LIBRAIRIE
G. ADELBAND

LE

DROIT COMMUN

DE LA FRANCE,

ET LA

COUTUME DE PARIS,

DIVISÉS EN SIX LIVRES

ET EN

DEUX VOLUMES IN-FOLIO.

L E

DROIT COMMUN

DE LA FRANCE,

5836 /1

ET LA

COUTUME DE PARIS

RÉDUITS EN PRINCIPES,

Tirés des Loix, des Ordonnances, des Arrêts, des Juriſconſultes & des Auteurs, & mis dans l'ordre d'un Commentaire complet & méthodique ſur cette Coutume:

Contenant, dans cet ordre, les uſages du Châtelet ſur les Liquidations, les Comptes, les Partages, les Subſtitutions, les Dîmes, & toutes autres matières.

NOUVELLE ÉDITION, CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE.

Par feu Me FRANÇOIS BOURJON, ancien Avocat au Parlement.

Revue, corrigée, & auſſi augmentée d'un grand nombre de Notes.

TOME PREMIER.

A PARIS,

Chez { GRANGÉ, Imprimeur-Libraire, au Cabinet Littéraire, Pont Notre-Dame, près la Pompe.
CELLOT, Imprimeur-Libraire, rue Dauphine; & à l'Ecu de France, Grand'Salle du Palais.

M. DCC. LXX.

AVEC APPROBATION ET PRIVILÉGE DU ROI.

A

MONSEIGNEUR MOLÉ,

ANCIEN

PREMIER PRÉSIDENT.

MONSEIGNEUR,

LA premiere Edition de cet Ouvrage parut ſous vos auſpices ; l'Auteur, que vous honorâtes de vos bontés, employa le reſte de ſes jours à le perfectionner : daignez jetter un regard favorable ſur les derniers travaux d'un Juriſconſulte qui fut toujours pénétré de reſpect pour vous, MONSEIGNEUR, & pour votre illuſtre Maiſon. Il m'a tranſmis ces ſentimens que grave dans tous les cœurs une longue ſuite de grands hommes plus diſtingués par leurs vertus que par leurs dignités, qui depuis tant de ſiécles ſe ſont couverts de gloire par une multitude d'actions brillantes en tout genre, & vraiment patriotiques.

ÉPITRE.

CHARLES VII dut le recouvrement de la Capitale de la Champagne à la valeur de GUILLAUME MOLÉ, qui chassa de cette Ville une Nation orgueilleuse, toujours rivale de la gloire du nom François.

Dans d'autres tems malheureux, où des sujets rébelles oserent prendre les armes contre leur Souverain, EDOUARD MOLÉ renfermé dans les murs de Paris, mais toujours inviolablement attaché aux intérêts de son Prince, inspiré par le zèle le plus pur, soutenu par l'espérance de pouvoir être utile à sa Patrie, céda aux vives instances du Peuple, qui le proclama Procureur Général. Sa fidélité ne fut jamais suspecte au Roi. Tous les grands événemens dont il a été l'ame, & qui ont suivi une démarche aussi généreuse, en sont une preuve éclatante.

Sur les conclusions de cet Illustre Magistrat, fut rendu le célèbre Arrêt de 1593, restaurateur de la Loi fondamentale de la Monarchie. Il se servit aussi-tôt de toute l'autorité que lui donnoit la confiance publique, pour hâter l'heureux moment, où le retour du Souverain dans sa Capitale devoit assurer à jamais le bonheur de la France. Parvenu au comble de ses vœux, il ne s'occupe plus désormais que du rang qu'il avoit auparavant dans le Sénat; mais HENRI IV, pour récompenser tant de services signalés, l'éleve à la dignité de Président à Mortier.

L'État n'oubliera jamais ce qu'il doit à la mémoire d'EDOUARD. MATTHIEU MOLÉ son Fils ne fut pas moins recommendable; son nom seul retrace toutes les vertus qui l'ont distingué dans les places éminentes qu'il a si glorieusement remplies. Un seul trait le caractérise, un peuple innombrable se mutine, & est prêt à se porter aux derniers excès. MOLÉ se montre, tout s'appaise; il parle, tout rentre dans le devoir.

Animés du même esprit, revêtus successivement des premieres dignités de la Magistrature, les descendans de ce grand homme se sont entiérement consacrés à rendre la justice aux sujets du Roi, & dépositaires de leurs vœux, ils les ont portés au pied du Thrône.

Tant d'illustres Magistrats ont assuré à leur postérité, la reconnoissance éternelle de la Nation. Vous en avez reçu, MONSEIGNEUR, des témoignages bien convaincans. Quelle

fut ſa joie & ſa ſatisfaction, lorſqu'un Monarque judicieux, toujours attentif au bonheur de ſon Peuple, reconnut dignement vos ſervices, en vous plaçant à la tête de cette auguſte Compagnie, fidéle interprête des Loix, & leur plus ferme appui ! Vous avez vu ſes regrets, lorſqu'après un nombre conſidérable d'années conſacrées aux intérêts publics, vous êtes deſcendu du rang glorieux, où vous avez fait éclater les vertus que l'on avoit admirées dans vos ancêtres, & où votre équité & votre affabilité vous ont acquis les droits les plus ſolides ſur le cœur des François.

Il nous reſte encore une eſpérance dans le rejetton d'une illuſtre famille, dont nous craignions l'extinction. Guidé dans la carriere des vertus, par un Pere qui a donné un nouveau luſtre à celles de ſes ayeux, que ne doit-on pas en attendre ?

Oſerois-je joindre ici mes vœux à ceux de toute la Nation, pour la proſperité de votre Maiſon, & comme ſucceſſeur à tous les droits de l'Auteur ſur cet Ouvrage, puis-je me flatter que vous daignerez m'accorder la protection dont vous l'avez honoré.

Je ſuis avec reſpect,

MONSEIGNEUR,

Votre très-humble, & très-obéiſſant ſerviteur,

BOURJON.

AVERTISSEMENT

Sur cette nouvelle Édition.

LE zèle vraiment patriotique avec lequel feu M. BOURJON avoit entrepris & exécuté cet Ouvrage, qui eſt peut-être le plus complet & le plus convenablement lié ſur la Juriſprudence coutumiere, ne l'a cependant point préſervé de la critique : d'un côté on a prétendu que c'étoit une compilation entaſſée ſans ordre & approchante du plagianiſme, & de l'autre on a trouvé qu'il péchoit par le défaut de citation des autorités dans leſquelles les principes avient été puiſés.

M. BOURJON loin de s'offenſer de la critique, a taché de mettre à profit les reproches qu'une eſpece de reconnoiſſance ſembloit devoir lui épargner, & préférant le plaiſir ſatisfaiſant qui l'avoit fait agir, à tout autre avantage ; il s'eſt appliqué par de nouveaux travaux à perfectionner ſon ouvrage, perſuadé que les ſçavans auroient l'indulgence de lui paſſer des explications inutiles à la vérité pour eux, mais qui peuvent être très-néceſſaires à ceux qui ſont moins verſés dans l'étude de la Juriſprudence : ainſi, en réuniſſant un grand nombre de propoſitions qui pouvoient ſe réunir, il a ajouté à toutes les autres ce qui pouvoit les rendre plus claires, plus intelligibles & plus ſolidement établies ; & quoique ces augmentations forment actuellement plus d'un tiers de l'ouvrage, cependant le nombre des volumes n'en ſera pas plus conſidérable, & ſera toujours fixé à deux, par l'attention qu'on a eu ſur les réunions qui évitent la perte d'un eſpace inutile, & par le ſoin qu'on a également eu de reſerrer les intitulés.

Dans cette nouvelle édition, l'Auteur a fait mention des Jugemens rendus depuis la premiere ; & ſes travaux l'ayant obligé de réitérer ſes premieres recherches, il eſt parvenu à augmenter ſon Ouvrage de cinq à ſix mille citations, que ſon penchant pour l'abbréviation lui avoit d'abord fait négliger. Ces recherches l'ont auſſi conduit à traiter plus à fond la matiere des Dixmes, ſur laquelle il avoit paſſé trop rapidement, & à rendre le titre des Subſtitutions conforme à la nouvelle Ordonnance, ſans néanmoins retrancher l'explication de l'ancienne Juriſprudence, que la ſageſſe de cette loi laiſſe ſubſiſter pour le tems antérieur à ſa promulgation.

Il eut été à deſirer, que dès la premiere impreſſion de ſon Ouvrage ; l'Auteur fit ces liaiſons & ces additions; mais c'eſt ce qu'il ne pouvoit exécuter, puiſque *l'*Ordonnance concernant les Subſtitutions n'a paru que depuis : d'ailleurs *n'eſt*-il pas certain que dans les Ouvrages qui tendent à une réunion complette & conſéquente, la premiere édition ne peut pour ainſi dire, former qu'un premier Eſſai ?

Le ſeul regret que nous ayons, & que le public partagera ſans doute avec nous, eſt que M. Bourjon, par ſa mort trop prématurée, n'ait pas eu la ſatisfaction de préſenter lui-même le fruit de ſes nouvelles recherches : nous avons exactement ſuivi ſon plan ; mais comme depuis ſon décès, il a été rendu pluſieurs Arrêts intéreſſans & relatifs aux matieres, nous avons cru devoir les y inſérer, & en même tems faire quelques Notes ſur les propoſitions de l'Auteur qui nous en ont parus ſuſceptibles : ces Notes & Arrêts ſeront diſtingués par une ☞.

DISSERTATION

SUR

L'UNION DU DROIT COMMUN DE LA FRANCE,

AVEC

LA COUTUME DE PARIS,

CONTENANT LE PLAN DE CE COMMENTAIRE.

LE Droit commun du Royaume, eſt l'exacte explication de la Coutume ; il ſupplée à tout ce qui lui manque : en effet, s'il eſt vrai que tout ſoit dit, c'eſt principalement dans l'étendue de ce Droit que cette vérité ſe manifeſte ; qu'on conſidere ce qu'il embraſſe, on reconnoîtra que nulle ſcience n'eſt ſi complette, qu'il y en a peu qui ſoit plus ſatisfaiſante, mais qu'il y en a peu qui ſoit plus diſperſée & plus chargée par les nuages que certains tems ont répandu ; il ſeroit donc utile de réunir, d'arranger & de ſimplifier toutes les déciſions relatives à ce Droit (*a*) & à la Coutume de Paris, Droit que cette derniere ſuppoſe ; la commodité qui en naîtroit, la prompte connoiſſance que cela procureroit, le danger qu'il y a de voir dans cette ſcience, les choſes par parties ; & la néceſſité de les embraſſer d'une vue générale, m'ont engagé à le faire. Il m'a paru que l'union ſeroit imparfaite, tant qu'on n'embraſſeroit pas le Droit commun dans ſa totalité, ce qui n'a pas encore été fait : quant à la ſimplicité & à l'arrangement de ce ſupplément à la Coutume, auſſi vaſte qu'il lui eſt néceſſaire, ſon immenſité les rend d'une abſolue néceſſité, parce que les détails devenant infinis, on ne peut éviter la confuſion, & rendre ſenſible le grand nombre de déciſions que cette union embraſſe, que par tous les ſecours que fourniſſent la préciſion & la méthode. Le plan de cet Ouvrage eſt donc de réunir, d'arranger & de ſimplifier ; voyons leur utilité ; voyons comment on peut y parvenir, après avoir conſidéré ce qui nous avoit éloigné ; voyons enfin les objections qu'on peut faire contre l'exécution de ce projet.

Dans la premiere partie de cette Diſſertation, j'examinerai la néceſſité de cette union ; j'examinerai ce qui nous en a éloigné : dans la ſeconde, j'examinerai l'ordre & l'arrangement qu'elle doit avoir ; & en examinant les objections contre cet ordre & cet arrangement, je démontrerai l'utilité de la préciſion ſur la Juriſprudence. Ces idées générales paroiſſent peut-être annoncer un Ouvrage complet, précis & méthodique ; mais qui voudroit écrire à ce prix ? heureux ſi mon utilité propre me conduit à en faire l'ébauche !

PREMIERE PARTIE.

Quant à l'union, il eſt certain qu'on ne peut parvenir à un corps complet que la Coutume ſuppoſe, qu'en alliant avec elle le Droit commun de la France, qui en eſt la

(*a*) On entend par Droit commun de la France, non-ſeulement les Ordonnances, mais encore cette portion du Droit civil, qui concerne l'état des perſonnes, la nature des Contrats, l'exécution des Teſtamens, & des Subſtitutions, que la ſageſſe de ce Droit en cette partie, a fait adopter ; enſemble les déciſions communes à toutes les Coutumes, ſur les Succeſſions, les Fiefs, les Cenſives & les Retraits. C'eſt ainſi que M. Dumoulin, ſur le titre premier de la Coutume de Paris, nomb. 106 & 107 ; & M. le Brun, dans ſon traité des Succeſſions, liv. 2, ch. 8, num. 9, l'ont défini.

baſe, & en plaçant la premiere dans le rang qu'elle doit occuper dans l'autre, union ſans laquelle il faudroit ſuppoſer, que l'eſprit de la Coutume rejette tout ce que ſa lettre ne comprend pas, ou ſuppoſer que ſa lettre ſuffit pour tout régler. La premiere ſuppoſition ſeroit déraiſonnable; la ſeconde ſeroit fauſſe, preuve de la néceſſité de l'union; union enfin, marquée dans tous les tems de cette Loi. Remontons à ſon origine, ſuivons-la dans ſes progrès, l'on reconnoîtra que ſes premiers tems, ainſi que ſes différens âges, la rendent d'une abſolue néceſſité.

L'Hiſtoire nous apprend, que pendant pres de 500 ans, les Gaules avoient été régies par les loix de l'Empire Romain, dont une précieuſe portion étoit entrée dans la compoſition du Droit commun du Royaume; en effet, elle nous apprend que les François ayant réduit ce pays ſous leur obéiſſance, ils y établirent leurs uſages, non comme une abolition générale de la Loi qu'ils trouvoient établie dans les lieux de leurs conquêtes, mais comme une addition pour partie, comme un changement dans une autre, à cette même Loi, que ſa ſageſſe dans le ſurplus leur faiſoit adopter; autre preuve de la néceſſité de cette même union.

Dans les commencemens de la domination des François dans les Gaules, les Coutumes qu'ils y avoient apporté étoient uniformes: c'eſt du moins une conjecture raiſonnable; ſi leur uniformité eût toujours ſubſiſté, elles ſeroient plutôt parvenues à leur perfection, à leur incorporation avec la portion adoptée de la Loi générale; mais la diviſion de la Monarchie, entre les enfans des Rois, ſous la premiere & la ſeconde race, l'uſurpation des Droits régaliens par pluſieurs Seigneurs, leur attention à éloigner leurs Vaſſaux du commerce avec les autres, occaſionnerent la diverſité des Coutumes. Cette diverſité a éloigné l'incorporation à laquelle elles tendoient; incorporation que la ſimplicité qui régnoit dans les premiers tems, rendoit même ſuperflue; d'autres cauſes ſe ſont jointes à ces premieres, & ont rendu l'alliance plus difficile: examinons-les ſuivant l'ordre des tems.

De cette diverſité naquit leur incertitude, on en faiſoit preuve par témoins & par enquêtes, ſource de confuſion à laquelle la foibleſſe des derniers Rois de la premiere race, ne put apporter de reméde.

Ce que l'affoibliſſement de la puiſſance légitime avoit produit; cet embarras qui naiſſoit de la diverſité & de l'incertitude des Coutumes, s'augmenta encore par le mêlange de pluſieurs Loix étrangeres, par la permiſſion que Charlemagne accorda aux peuples qu'il avoit ſoumis, de vivre & de contracter ſuivant les Loix de leur pays, ou ſuivant les Loix Romaines.

La décadence de la Maiſon Carlovingienne, les déſordres du dixieme ſiécle, confondirent les Loix de la nation & les laiſſerent ſans appui, en étouffant la raiſon écrite qui étoit leur baſe. La raiſon égarée pendant les ſiécles d'ignorance, ne ſentit plus les bonnes ſemences que cette Loi avoit jetté dans les eſprits.

A ces Loix confuſes, l'abus de l'autorité uſurpée y joignit les Coutumes bizarres preſque toujours injuſtes. Les perſonnes puiſſantes, enhardies par l'exemple des grands Seigneurs qui s'étoient érigés en Souverains, profitant des allarmes que cauſoient les incurſions des Barbares, s'approprierent les marches ou frontiéres des Royaumes, que les Rois avoient confié à leur garde; ils s'approprierent ces conceſſions à vie, qui ſe nommoient lors des bénéfices; ils uſurperent la Juſtice dans l'étendue de ces marches, & dans celle de leurs bénéfices; & ſoutenus des Loix dures des Lombards, qu'ils introduiſirent plus par l'abus de leur puiſſance, que par la raiſon, ils s'attribuerent des droits dont on n'avoit pas encore entendu parler; enchaînemens d'incidens qui ont encore éloigné l'union que l'eſprit de la Coutume ſuppoſoit.

Hugues Capet, laiſſa ces terres à ceux qui les avoient uſurpées; ceux-là firent de pareilles conceſſions à leurs Vaſſaux, & ces derniers en firent de ſemblables à leurs arrieres Vaſſaux. Il fallut dans le calme abolir les uns, & donner un certain ordre aux autres, devenus légitimes, par la prudence & par l'autorité du Souverain.

Cependant ces droits n'étoient fondés ſur aucune Loi publique; les Coutumes alors ſimplement ébauchées, ne les autoriſoient pas, n'étant encore que l'ouvrage des Anciens & des ſages du peuple; ouvrage de leur mémoire, & que le Juge devoit apprendre par cœur, preuve de leur inconſéquence; preuve qu'une Loi plus complette & qu'il falloit y joindre, étoit la loi générale, par l'adoption qui en avoit été faite pour une partie.

Pendant le dixieme ſiécle, 200 ans après le premier établiſſement des droits Seigneuriaux, on travailla à des rédactions publiques, autoriſées & plus étendues que les premieres. On comprit dans celles-là & dans celles des 15 & 16e. ſiécles, les droits des

Seigneurs;

Seigneurs; ces droits auxquels pendant un assez long-tems, on voulut rapporter toutes les autres parties du Droit François, produisirent un nouvel embarras, & firent un changement si notable dans ce Droit, que le Royaume fut régi pendant près de 300 ans, plutôt comme un grand Fief, que comme une Monarchie; tels ont été les obstacles à l'incorporation de la Coutume, avec la portion adoptée de la Loi générale, qui étoit sa base; il y en a eu encore d'autres, on les expliquera par la suite, en examinant les causes qui les ont fait naître.

Malgré ces nuages, le génie François, sur la certitude de ses Loix, étoit toujours le même. Les premiers tems alternativement tranquilles & orageux, ou le laissoient agir, ou ne faisoient que le suspendre; on en auroit plus promptement éprouvé l'effet, si les siécles d'ignorance n'avoient précipité le plus grand nombre dans l'abîme de l'instabilité. Que de travaux il a fallu pour l'en tirer & le ramener à l'esprit de la Coutume, que ces tems malheureux lui avoient fait méconnoître!

Jusqu'au tems des rédactions des Coutumes, mais à partir de celui qu'on en avoit troublé & même arrêté la source, le droit municipal fut enséveli sous d'épaisses ténebres: dans l'origine de l'adoption de la Loi générale, c'est-à-dire, de l'équité écrite, la réunion expresse de cette derniere avec la Loi municipale, auroit été en quelque façon superflue. En effet, par la simplicité, par l'amour de la Justice, dans lesquelles vivoient les anciens François, ils trouvoient cette Loi générale dans leur cœur; mais la cupidité ayant pris la place de cet amour, la réunion expresse & consommée, étant par la suite devenue nécessaire, notre Coutume lors de sa rédaction, seroit parvenue à sa perfection, si tous les génies des rédacteurs avoient été également dociles & étendus; elle auroit formé un corps complet autant qu'on pouvoit le former alors, si le zéle & l'intelligence, eussent pu efficacement agir: mais les Magistrats qui présidoient à ces rédactions, & le petit nombre d'éclairés, pressés par le tems, auroient eu beaucoup de peine à faire entrer dans leur vue un grand nombre des coopérateurs de ces rédactions, qui par les effets des siécles d'ignorance, en etoient devenus incapables.

Les discordes sur leur sens, firent appercevoir leur insuffisance; elles produisirent plus de doutes que de décisions. On regarde la Coutume de Paris, comme une des Coutumes des mieux rédigées, cependant comme les autres, elle suppose une Loi générale; & par une suite de cette supposition, (qu'il me soit permis de me servir de cette expression, n'en trouvant pas d'autre qui rende si exactement ma pensée:) je dis donc, que par une suite de cette supposition, elle laisse ignorer les matiéres les plus importantes, même les principes capitaux de celles qu'elle comprend; mais sa lettre conduisoit à son esprit, & ce dernier ne laissoit rien à desirer que d'être rendu sensible.

En effet, en se fixant à sa lettre, que dit cette Loi sur l'état des personnes? sur les contrats & les actions qui en naissent? elle ne contient qu'une petite partie des incapacités; elle commence par les Fiefs, & après avoir traité cette matiére, elle dit que tous les biens sont meubles, ou immeubles; ce qu'il falloit sçavoir avant d'entamer la matiére des Fiefs. Enfin, elle ne parle pas des matiéres les plus fréquentes, sur lesquelles les Praticiens alléguant l'usage souvent avec incertitude, presque toujours sans en démêler le principe, que cette Loi abrégée par ses suppositions, ne leur indique pas. C'est cette insuffisance de sa lettre; c'est l'éloignement fugitif des supplémens qui enfantent le Pyrrhonisme, dont le dangereux progrès se fait sentir.

L'état de cette Loi demandoit des éclaircissemens; on l'a reconnu aussi-tôt qu'elle a paru. Ce ne fut point autrefois un crime de s'efforcer de saisir le nœud des difficultés; tous les Commentateurs l'ont fait; il en reste encore qu'on ne pourroit applanir que par degré & par le tems, nous sommes parvenus à ce tems. Cherchons donc la vérité sur ces éclaircissemens, ne craignons pas pour la découvrir d'attaquer l'empire injuste des préjugés, & si nous la trouvons, respectons-la plus que l'obstacle qui l'a empêché de paroître; qui balanceroit sur cette préférence, seroit un homme dangereux.

Les plans de ses Commentaires, se réduisent à deux espéces; par les uns on a suivi la lettre de la Coutume, & on l'a commenté dans cet ordre sans y réunir ce qu'elle supposoit. Par les autres plus exacts, plus réfléchis, (mais cependant sans embrasser sa base générale) on a donné à cette lettre un certain arrangement, en se renfermant, comme on avoit fait par les premiers, dans ses courtes limites, & on l'a expliqué dans cet arrangement, qui n'en mettoit qu'une partie dans son jour: ni l'une ni l'autre de ces méthodes, ne pouvoit former un corps complet, on a senti qu'il falloit réunir, mais l'immensité de la réunion a été un obstacle à son ordre; on n'est parvenu à ce dernier, que divisément & par partie; d'abord on rassembloit tout, c'étoit la premiere opération, mais on ne pouvoit parvenir au but que par l'ordre, la précision & l'harmonie, sur un tout complet.

Ces obſervations, qui m'ont conduit à mon plan, ne tombent point ſur nos premiers Commentateurs; un certain torrent auquel il étoit impoſſible alors de réſiſter, les entraînoit; l'ordre ſur une portion des matieres, avoit occupé la vie de pluſieurs; il en reſtoit encore d'autres dans la confuſion, de laquelle un ſeul ne pouvoit les tirer, & par conſéquent il étoit alors encore plus impoſſible à un ſeul de donner l'ordre naturel ſur le tout: n'imputons donc pas à ces Commentateurs, la confuſion qui ne pouvoit ceſſer que lentement & par degrés: eſprits auſſi méthodiques que lumineux & pénétrans, ils auroient donné le complément, l'ordre & la préciſion à leurs ouvrages, s'ils euſſent écrit de nos jours. En effet, *les Dumoulin*, *les d'Argentré*, *les Loyſeau*, & ceux qui ont marché ſur leurs traces, étoient auſſi capables de faciliter aux autres l'intelligence de ce qui étoit le plus obſcur dans notre Droit, qu'ils ont été capables de le pénétrer. Quelle profondeur d'érudition! quelle ſolidité dans le raiſonnement! quelle élévation dans les idées! on ne peut & uniquement dans de certains endroits, leur reprocher que trop d'érudition. Mais, malgré ce penchant auquel le goût de leur ſiécle les portoit, & que l'étendue de leurs connoiſſances leur rendoit ſi facile à ſatisfaire, on trouve dans leurs profondes recherches, un eſprit d'ordre & conſéquent.

Qu'on me permette ici une obſervation, dans laquelle je n'entends pas comprendre les derniers Commentateurs, ni aucun des Auteurs de nos Traités particuliers. Pourquoi n'a-t-on pas marché ſur les traces de ces Auteurs? Pourquoi leur terme, qui étoit un corps régulier, n'a-t-il point été le point de vue principal? Pourquoi, en réuniſſant à leurs travaux les déciſions qu'ils n'avoient pas lorſqu'ils ont écrit, ne s'eſt-on pas réduit à les ſimplifier, pour ſe conformer au goût du ſiécle préſent, meilleur que celui du ſiécle précédent? & pourquoi, après les longs travaux qui ont diviſément fait trouver l'ordre ſur chaque matiere, ne s'eſt-on pas attaché à le ſaiſir ſur le tout, avec la ſimplicité & la briéveté que ce tout exigeoit? L'éloignement de cette route n'a produit par rapport aux Commentaires ſur la Coutume, que des fruits amers; quelques-uns ſe ſont efforcés de faire venir preſque tout ſur certaines matieres, & ſouvent même ſur certaines queſtions particulieres; ils s'imaginoient que ce grand aſſemblage de déciſions peu relatives les unes aux autres, étoit érudition, par la ſeule raiſon que ces ouvrages étoient étendus, ſans conſidérer qu'en éloignant le Lecteur du véritable objet, il le fatiguoient plus qu'ils ne l'inſtruiſoient.

Enfin, on a confuſément rapproché du texte de la Coutume, des déciſions dont le plus grand nombre n'a avec lui qu'une relation éloignée; déciſions utiles, mais déplacées, & qui ne pouvoient produire leur effet, qu'en les faiſant précéder du principe ſubordonné qui les fondoit, & qui les auroit réunis conſéquemment avec le texte: inconvénient inévitable à ceux qui ſe ſont fixés à l'ordre de la lettre de la Coutume, & qui dans cet ordre ont voulu expliquer les ſupplémens & l'eſprit de cette Loi. C'eſt par le défaut de diviſion, par celui d'ordre progreſſif, par les vuides que ce défaut laiſſe, que la lecture de certains ouvrages eſt ſi peu profitable; troiſiemes & derniers obſtacles à la réunion qui ont encore rallenti le progrès de notre Coutume.

Les nuages qui ſe ſont répandus ſur la baſe de la Loi municipale (*ſur le Droit Civil*) ont augmenté cette lenteur; on eſt étonné de trouver dans les Auteurs qui ont écrit dans des tems critiques ſur le Droit Romain, tant d'eſprit avec tant d'incertitude; plus féconds en difficultés qu'en principes, le doute perpétuel dans lequel ils flottent, décourage; au milieu de leur inſtabilité, la déciſion ſe perd de vue. Ils ont ajouté à ces doutes, un fil mal tiſſu de conſéquences qu'ils ont pouſſé à l'extrême; &, ſemblables à ces hommes qui découvrirent de nouvelles terres, l'étendue paroît avoir été leur objet, il faut après eux, diſtinguer les bonnes d'avec les mauvaiſes; par cette imperfection de méthode, la lecture de leurs ouvrages laiſſe dans l'eſprit un amas d'incertitude & d'obſcurité. C'eſt apparemment contre ces Auteurs, que M. Deſpeiſſes s'éleve fortement dans ſa Préface; mais encore une fois, c'eſt plus à l'eſpece d'impoſſibilité d'une union totale & méthodique qui ſubſiſtoit alors; c'eſt plus au tems dans lequel ils ont écrit, qu'il faut s'en prendre, qu'à eux-mêmes. Il ſembloit alors que c'étoit le ſort de chaque ſcience, de ſe ſentir non-ſeulement de la foibleſſe d'un premier âge, mais encore, dans leurs découvertes déja faites, d'être placée ſous des épines.

Perſonne n'ignore les ravages que la Scholaſtique y avoit fait; elle avoit porté les eſprits à ergoter ſans fin ſur les queſtions le plus frivoles, & par ſes illuſions, elle les avoit fait penſer dans le Droit, comme dans les autres ſciences, qu'il n'y étoit nullement queſtion de ſimplicité, ni même d'équité, & que c'étoit la fureur de la diſpute, qui ne quittoit pas alors un eſprit dès qu'elle l'avoit ſaiſi, qui devoit tout décider: juſques-là que l'on mettoit en queſtion, ce que la ſimplicité des principes mettoit en évidence; mais la poſitive dont elle a quelque tems uſurpé la place, ſans jamais en produire l'effet, a enfin repris le deſſus.

Ces conſidérations ne tombent pas encore une fois ſur les Auteurs, mais uniquement ſur la diſperſion qui étoit alors inévitable, & ſur le goût du ſiécle dans lequel ils ont écrit : non-ſeulement je ſuis pénétré de reſpect pour tous ceux qui ont commenté la Coutume avant moi, ſoit en totalité, ſoit en traitant quelques-uns de ſes titres en particulier ; mais j'éprouve encore que l'amour de la ſcience produit un eſprit d'adoption, qui nous fait regarder ceux qui ont écrit avant nous comme nos peres. Loin donc de vouloir diminuer la reconnoiſſance qu'on doit à ceux qui ont conſacré au ſervice du public, une partie de leurs jours, je n'ai compoſé ce Commentaire que pour l'augmenter, & pour rendre l'utilité de leurs travaux plus palpable. Si, dans ſa compoſition, j'ai pris une route différente de la leur, je prie les perſonnes judicieuſes, de conſidérer que je n'aurois pas entrepris cette alliance complette & préciſe, ſi j'avois pu la trouver, je ne dis pas dans un ou deux voulumes, mais dans quatre & dans ſix. Je les prie de conſidérer qu'il ſeroit inutile de donner un nouveau Commentaire ſur une Loi déja commentée, s'il ne reſtoit pas encore une ouverture à le faire d'une maniere utile & commode, en ſaiſiſſant l'eſprit de la Loi, c'eſt-à-dire, en la prenant dans ſa totalité.

En effet, je ſuis les ſuppoſitions de la Coutume, & parcourant cette route ſûre, je ne fais que ranger conſéquemment, & recueillir par abrégé dans cet ordre, ce que les plus grands Maîtres nous ont donné, *les Dumoulin*, *les d'Argentré*, *les Loyſeau*, *les Ricard & les le Brun*. Je ne fais qu'exécuter ce que nos deux derniers Commentateurs avoient projetté, & ce qu'ils auroient fait auſſi parfaitement, que je le fais imparfaitement, ſi débarraſſés d'affaires particulieres, leur zele & leurs lumieres avoient eu une libre carriere ; ce Commentaire eſt une ébauche de leur projet. Je ſuis perſuadé qu'ils y auroient employé la méthode, la préciſion que je ſuis, ſi le tems de leur vie, toujours trop court pour des hommes ſi utiles aux autres, leur eût permis de le faire : l'eſprit de la Coutume a été leur guide ; c'eſt par lui qu'ils ont développé ſa lettre & manifeſté le progrès que ſon explication devoit avoir. Ce ſont eux qui m'ont conduit à mon plan, & cette Loi débarraſſée par leurs doctes écrits de ce qui étouffoit avant ſon eſprit, m'a paru parvenue à ſa perfection, c'eſt-à-dire, pouvoit former un corps complet & régulier, lorſque par le ſecours des Arrêts, on a eu des déciſions en aſſez grand nombre, pour déterminer l'adoption, pour fixer les bornes des conſéquences, & lorſque par les Ordonnances, on a pu remplir les vuides qui ſe trouvoient encore dans cette Loi. Voilà le point fixe que j'ai ſaiſi, par les lumieres de ces deux Commentateurs, qui ſecouant le joug du préjugé, qui n'ayant pour guide que le vrai & l'utile, ont ſuivi l'ordre ſucceſſif des principes, & ont eu pour but, de les raſſembler dans cet ordre. Par-là ils m'ont convaincu qu'on ne pouvoit éclaircir le texte de la Coutume avec ſuccès, qu'en changeant ſon arrangement par une méthode plus juſte & plus complette ; je ne différe de l'exécution de leur plan, que par le complement auquel ils tendoient, & par la briéveté ; je me ſuis attaché à cette derniere, comme ils auroient fait, s'ils avoient tout embraſſé, parce que les détails devenant infinis par cette réunion, ſans elle le point de vue général qui eſt d'une abſolue néceſſité, ne pourroit être rendu ſenſible ; développons donc l'idée principale de ces deux Commentateurs.

Evitant l'écueil où pluſieurs avoient échoué, ces deux Sçavans d'entre les Modernes que je viens d'annoncer & que je me ſuis propoſé pour modeles, ſe ſont formé ſur la Coutume le plan d'un corps régulier ; M. Dupleſſis eſt le premier qui a conſidéré & traité la Coutume comme devant faire une Loi complette ; mais loin d'avoir exécuté ce plan, il ne l'a tracé qu'en partie : les Notes qu'on a ajoutées à ſon Commentaire, que leurs Auteurs ont fait, ſans deſſein formé de compoſer un corps complet, mais à meſure que certaines matieres ſe préſentoient à eux, n'ont pas remédié à l'inexécution du deſſein de cet Auteur, ces Notes ne formant qu'une partie du plan général qu'il avoit eu en vue, & qu'il étoit bien capable d'exécuter s'il avoit eu le tems de le faire.

Il ſemble que M. le Maître a adopté l'idée de M. Dupleſſis, il s'y eſt en quelque façon conformé relativement à chacun des titres de la Coutume, mais non par rapport à ſa totalité ; il a donné très-logiquement les diviſions principales de chacun de ſes titres, ſi ſes chapitres, ſi ſes ſections étoient diviſés en pluſieurs, ſa préciſion ſeroit plus commode. Cette omiſſion de ſa part, laiſſe quelques ombres ſur ſon ouvrage qui eſt excellent, il prouve, ainſi que le Commentaire de M. Dupleſſis, l'utilité, la néceſſité même d'une union complette & méthodique. En effet, ces deux Commentateurs n'expliquent certains titres de la Coutume que le droit civil avoit épuiſés, par exemple, le titre des Donations, celui des Teſtamens, celui des Preſcriptions, qu'en poſant les principes généraux de ce dernier, comme étant l'exacte explication de l'autre ; ainſi ſur ces titres leur but a été l'alliance de l'un & de l'autre Droit ; par-là ils ont établi que ſur ces titres la Loi municipale ſuppoſoit une Loi générale : ils ont été plus loin, par leurs intercalla-

tions, quoique limitées, ils ont fait connoître que la Coutume supposoit tout ce qui est raison écrite, que tel étoit son esprit, si sa lettre ne l'embrassoit pas; & par leur méthode ils ont fait voir que le tout devoit être mis dans son ordre naturel, mais ils n'ont pas consommé ce projet.

Les bornes dans lesquelles les Commentateurs se sont resserrés ont occasionné les traités particuliers, ouvrages où l'ordre regne, ouvrages presque tous parfaits; mais étant limités à une certaine matiere, les liaisons, les rapports de la matiere qu'ils comprennent avec les autres n'ont pu y être rendus sensibles; il est vrai que si nous en avions sur toutes les matieres, si on les assembloit tous en un corps, un tel ouvrage seroit utile aux zélés & aux sçavans; mais il décourageroit les autres par son étendue, il les éloigneroit de la connoissance de l'harmonie sur le tout, que la briéveté & la précision peuvent seuls rendre sensible à leur égard.

L'utilité de l'assemblage a encore conduit aux compilations, qui outre le défaut d'ordre, ont encore un autre inconvénient; elles présentent la diversité des opinions, & par-là elles présentent diversité de principes; ce qui écarte de leur analogie. Je pourrois ici parler des Dictionnaires, mais j'aurai occasion d'en parler par la suite: ni les unes ni les autres ne nous conduisent au véritable terme, à l'union totale, méthodique, analogique & conséquente; tel est le dernier âge de la Coutume, qui n'a pas encore remedié à la dispersion & au défaut d'ordre dans le tout.

Je prie le Lecteur de considérer que ce n'est que depuis un certain nombre d'années qu'un seul homme peut éviter les inconvéniens de la dispersion, & former un corps complet; je le prie de me rendre cette justice de penser que je ne suis pas assez aveugle pour m'attribuer la gloire d'avoir trouvé dans le projet de cette union une ouverture à faire cesser tous les inconvéniens, étant bien convaincu qu'il n'y a pas une seule personne instruite dans la Jurisprudence qui n'ait eu avant moi cette idée si simple, si naturelle, qui ne l'eût plus approfondi s'il eût voulu s'y fixer, & qui ne l'eût mieux exécuté que moi.

C'est par ce progrès ainsi ralenti que la Coutume est parvenue à sa perfection, mais cette perfection ne paroît que dans l'éloignemnt, par la dispersion qui subsiste encore, & cet éloignement rend cette perfection moins sensible; il est vrai que tout ce qui manque à la lettre de la Coutume peut se trouver dans les autres textes & dans les Arrêts, mais que de difficultés pour parvenir à leur union & en connoître l'ordre!

En effet, les Ordonnances comprennent principalement le Droit public, les droits du Roi, le pouvoir & les fonctions de ses Officiers, & les formes des procédures; mais elles contiennent peu de régles sur le droit des particuliers, & ces régles y sont détachées & fugitives.

Les Arrêts laissent dans l'esprit des doutes par l'ignorance de leur motif; & pour trouver le supplément qu'ils ajoutent au texte de la Coutume, il faut feuilleter quarante volumes de Jugemens rapportés non dans l'ordre naturel des matieres, mais dans leur ordre alphabétique ou celui de leur date, ce qui ne peut conduire à leur analogie.

A l'égard de la portion adoptée du Droit Romain, dans laquelle la raison semble avoir été éclairée d'un flambeau divin, que de doutes naissent du défaut d'adoption marquée! d'ailleurs que de terres étrangeres à parcourir! s'il est donc vrai que tout peut se trouver, il n'est pas moins vrai qu'il est encore dispersé.

Cependant ces supplémens, tout ensemble & si nécessaires & si difficiles à démêler, sont ignorés d'un grand nombre de personnes qui devroient en être instruites, qui néanmoins s'imaginent sçavoir leur Coutume, lorsqu'ils en ignorent l'étendue, & qui sans ces supplémens ne peuvent même avoir qu'une idée très-imparfaite de ce que le texte présente.

C'est cependant avec ces supplémens supposés par la lettre, que les Coutumes sont regardées comme la base du droit particulier; celle de Paris a été la plus étudiée: dans la foiblesse chancelante de son premier âge, dans les ombres épaisses de ses premiers tems, elle ne formoit comme les autres qu'une science de mémoire, à présent elle en forme une d'esprit & de raison, qui, perfectionnée par les travaux de deux siécles, devroit être dans l'union qu'elle exige, affranchie de l'inconstance de nos jugemens; mais avant d'être parvenu à cette union, tout paroît incertitude; si l'on ne voit aucune route qui y conduise, on s'égare; en voit-on plusieurs, mais difficiles, on se lasse, on se confond. Les causes de la dispersion connues, la nécessité de l'union prouvée, voyons comment on peut y parvenir.

SECONDE

DISSERTATION.

SECONDE PARTIE.

Toutes les difficultés conſiſtent à ſe former des idées juſtes, préciſes & complettes. Pour parvenir à ces trois fins, il faut démêler les principes étouffés, diſperſés, les faire connoître complets, liés, relatifs & conſéquens; ces qualités ſeront ſenſibles, ſi en ſaiſiſſant leur ordre on retranche ce qui les empêche de paroître tels, comme ils le ſont eſſentiellement; par ce moyen on parviendra à un corps complet & régulier que la Coutume ſuppoſe, & qui eſt ſon vrai commentaire. Un double exemple m'ayant démontré l'utilité de ce projet, m'a fourni les premieres idées par leſquelles on pourroit conſommer ſon exécution. Qu'il me ſoit permis pour rendre plus nettement ma penſée d'en emprunter le ſecours; j'ai conſidéré que celui qui auroit étudié les cartes particulieres, ſans avoir réuni & rectifié ſes idées ſur une carte générale, ou s'en être formé une à lui-même, ne pourroit être qu'un Géographe imparfait, parce qu'il n'auroit pas une connoiſſance véritable de la relation, de la proximité ou de la diſtance que chaque objet a avec les autres; j'ai conſidéré qu'un Hiſtorien qui n'auroit pas des points fixes ſur la Chronologie générale, tels que le diſcours ſur l'Hiſtoire univerſelle de M. Boſſuet, & les Cartes chronologiques du Pere Petau les fourniſſent, ſeroit preſque toujours flottant dans l'incertitude des tems; j'ai penſé qu'il en étoit de même dans la Juriſprudence coutumiere en la prenant dans ſon eſprit, parce que la réunion de la totalité, ſon harmonie générale, & la connoiſſance des rapports en forment les baſes; que par conſéquent il ſeroit utile d'avoir dans cette ſcience un ouvrage qui y fît le même effet que la premiere mappemonde a fait en Géographie, ou que le diſcours & les cartes dont j'ai parlé ont fait dans l'Hiſtoire; il m'a même paru que dans la Juriſprudence un ouvrage de ce genre limité à la Coutume & au Droit commun, y ſeroit encore plus utile que dans l'Hiſtoire & dans la Géographie, parce qu'indépendamment que cette réunion eſt l'eſprit de la Coutume & ſon vrai commentaire, un tel ouvrage ſur ſa véritable étendue pourroit être plus complet, & par conſéquent y ſeroit plus ſon effet; puiſque dans les exemples dont j'ai emprunté le ſecours, on ne peut marquer que les objets principaux, au lieu qu'ici le tableau, quoique général, peut tout comprendre, même les détails, tout ſituer dans ſa véritable place, & fournir les preuves de tout par d'exactes citations; conſidérons donc ce qu'il faut faire pour cela, entrons dans les détails de l'exécution, & voyons les routes qui conduiſent à ce terme.

1°. Former ce corps complet, qui a été le but de nos meilleurs Commentateurs, corps que le texte de la Coutume ſuppoſe, corps qui encore une fois eſt ſon vrai commentaire, & dont on ne peut méconnoître la néceſſité, ſans dépouiller la Coutume de ſa ſageſſe.

2°. Rendre ce corps régulier par la liaiſon de toutes ſes parties poſées ſur leur baſe (*le Droit Civil*) remplir les vuides qui ſe trouveroient, malgré cette baſe, des déciſions qu'ont produit les Arrêts & les Ordonnances, qui formées ſur le génie & les mœurs de la Nation, nous donnent ce que le premier ne pouvoit nous fournir, & par cette alliance rendre ce corps auſſi complet que régulier.

3°. N'embraſſer le droit Civil dans le tout, que dans la partie ſuppoſée par le texte de la Coutume, tantôt comme ſon canevas, tantôt comme ſa liaiſon, & ne l'expoſant que comme tel.

4°. Ranger les diſpoſitions des Ordonnances & de la Coutume dans l'ordre qu'elles doivent être ainſi que l'adoption d'une partie du Droit Romain, de ſorte que tout ſe trouve placé dans ſon ordre naturel & conſequent; méthode d'autant plus rapide & lumineuſe, que ce n'eſt qu'en incorporant ainſi les adoptions avec nos textes, qu'on peut les montrer reſpectivement dans leur ſageſſe, & que ce n'eſt que par l'ordre naturel dans le tout qu'on peut leur faire produire leur véritable effet.

5°. Réduire la Coutume & toutes les ſuppoſitions qu'elle fait, aux principes & aux déciſions, parce que les principes rapprochés ſont plus conſéquens & plus ſenſibles, que lorſqu'ils ſont diviſés & coupés par des preuves; une majeſtueuſe ſimplicité leur eſt naturelle: réduction d'ailleurs ſans laquelle il ſeroit impoſſible de parvenir au point de vue général qui eſt l'ame de la Juriſprudence; négliger cette réduction, ce ſeroit couvrir, ce ſeroit anéantir ce point de vue général.

6°. Diviſer le tout de façon qu'on trouve ſous un même titre, ſous un même chapitre toutes les déciſions, c'eſt-à-dire, tout l'utile que chacun d'eux doit contenir; diviſant non-ſeulement par des titres & des chapitres, mais encore par des ſections & des diſtinctions

tout ce qui doit être diviſé ; c'eſt par l'exactitude des diviſions qu'on fait voir toutes les matieres, & toutes leurs branches ſe préſenter dans leur ordre, ſans peine, ſans recherches, & naître par degrés les unes des autres ; en un mot faire ſur le Droit commun de la France, joint avec la Coutume de Paris, dans l'ordre naturel qu'elle y doit occuper, ce que l'exact & le méthodique M. Domat a fait ſur le Droit commun, & en portant plus loin que lui, s'il étoit poſſible, l'exactitude des diviſions.

7°. Rendre ſur chaque matiere l'analogie ſenſible par l'enchaînement prompt & non interrompu de tous ſes principes, montrer que leur ordre progreſſif renferme la plus forte de leurs preuves, preuve qui eſt inalliable avec les autres.

8°. Compoſer du tout des propoſitions courtes, & former leur aſſemblage comme celui des matieres dans l'ordre qui les fait naître les unes des autres ; on évite par cette réduction du tout en propoſitions la longueur des diſſertations, que les doutes ont fait naître, mais que des déciſions authentiques ont fait ceſſer ; par-là une diſſertation de pluſieurs pages, réduite à ce qui en réſulte d'utile à la déciſion & à la raiſon principale & conſequente qui la fonde, ſe trouve réduite à deux lignes ; c'eſt le moyen de rendre ſenſible l'eſprit de la Coutume, de lever le voile que la diſperſion produit, & de faire trouver le tout facilement par la méthode que le trop d'étendue rend inefficace.

Enfin tirer toutes les propoſitions, ou des Ordonnances ou du texte même de la Coutume, ou des Arrêts, ou du Droit civil, ou des Auteurs accrédités, & les citer à la ſuite des propoſitions ſans les y renfermer, afin de n'en pas couper l'enchaînement.

En commentant la Coutume de cette façon, on la rend reſpectable comme elle l'eſt eſſentiellement, puiſqu'on la rend conſéquente & complette ; en la commentant ainſi, on ſuit ſon eſprit, on parvient à ce corps complet & régulier, auquel tend cette Loi ; par cette maniere de la commenter, on évite l'erreur, l'opinion, la controverſe, la prévention ; tout coule de ſource & de ſon principe ; il en naît une lumiere vive qui vole rapidement au but, qui écarte les obſtacles & qui diſſipe les ténebres.

En effet, en la commentant ainſi, on la lie avec la portion précieuſe du Droit Romain qu'elle a ſuppoſé ; on remplit tous les vuides qui pourroient s'y trouver encore par les ſupplémens qu'ont produit les Ordonnances & les Arrêts ; par-là cette portion précieuſe ſuppoſée ne paſſe plus pour une Loi étrangere, c'eſt portion de la Coutume même, c'eſt ſa ſuppoſition conſommée ; par-là cette portion ſuppoſée, le texte de la Coutume, les Ordonnances & les Arrêts forment un tout analogique.

Enfin, en commentant ainſi la Coutume, on découvre bien plus l'étendue des premiers principes d'où les autres ſont ſortis, ainſi que les ruiſſeaux de leurs ſources ; on découvre celle des principes capitaux de chaque matiere, auxquels il eſt toujours bon de remonter ; l'ordre & le prompt enchaînement peuvent ſeuls procurer cette utilité ; qu'on déplace un ſupplément, il devient preſque inutile ; qu'on lie avec le principe une conſéquence éloignée, elle ne frappe pas : rangez-la dans ſon ordre, précédée de celle qui l'a fait naître dans la liaiſon conſéquente des précédentes, alors elle perſuade.

La Coutume de Paris, miſe dans cet ordre & traitée ſur ces principes, ſera auſſi complette, auſſi ſatisfaiſante par rapport à la régie des biens particuliers, que le Droit Romain ; la lumiere & l'équité naturelle ne l'animent pas moins ; on y découvre une politique ſage, par l'établiſſement de la communauté de biens entre conjoints par mariage, qui les conduit par l'intérêt à la paix domeſtique ; par l'établiſſement des propres, dont l'effet contribue à la ſplendeur de l'Etat, en conſervant les biens dans les familles qui le compoſent. On y reconnoîtra que dans l'ordre de ſuccéder, elle eſt plus conforme au penchant de la nature ; que dans les incapacités qu'elle établit, elle eſt plus ſalutaire que le Droit Romain, plus ſimple dans les actions, plus uniforme dans les preſcriptions, plus prévoyante dans les effets de l'hypothéque, & dans l'établiſſement du douaire ; plus humaine & plus égale dans la légitime, plus judicieuſe dans les facultés de diſpoſer ; enfin, plus compatiſſante envers les malheureux dans les décrets & la dépoſſeſſion des biens.

En effet, en ne détachant plus ſon eſprit de ſa lettre, en la prenant dans ſon étendue, les principes de cette Loi réglent tout avec ſageſſe : par-tout on y voit l'unanimité, & non ces contrariétés apparentes dans le Droit Romain, ſuite de ſa formation qui a duré pluſieurs ſiécles, & de ſa rédaction qui n'a été faite que dans le tems du déclin de l'Empire Romain ; en un mot, tous ſes principes ſont à préſent éclaircis, on n'a jetté ſur eux des doutes que pour les pénétrer mieux, que pour rendre la raiſon de décider plus convain-

cante ; ces doutes ayant produit leur effet, il eſt expédient de ſe fixer aux ſolutions, puiſque ſi l'on excepte quelques formes, que le ſeul intérêt fait encore regarder comme arbitraires, les déciſions ſont complettes ; par conſéquent ce que l'on peut faire de plus utile eſt de les réunir toutes dans un tel ordre que chacunes d'elles & leur baſe puiſſent ſe trouver facilement ; c'eſt ſur ces conſidérations, c'eſt ſur ces principes que ce Commentaire eſt compoſé, les diviſions en diſtribuent le fil plus qu'elles ne le coupent, & rapprochant les conſéquences éloignées par le juſte milieu des conſéquences plus prochaines, elles les concentrent toutes dans leurs principes.

Il eſt à propos à préſent d'entrer dans quelques détails : 1°. de rendre compte du ſtyle de ce Commentaire : 2°. de donner quelques éclairciſſemens ſur le grand nombre de citations qu'il contient ; enfin il eſt à propos de donner une idée générale de ce que ce Commentaire contient ; par rapport au ſtyle, en expliquant le Droit municipal il a fallu me conformer à la vétuſté des termes de la Coutume, ils ſont conſacrés, on y attache des idées préciſes auxquelles on eſt accoutumé ; changer ces termes, ſe livrer à des phraſes plus longues, c'auroit été énerver ces mêmes idées ; c'eſt par cette conſidération que le ſtyle de ce Commentaire eſt ditactique, ce ſtyle m'a paru le plus convenable ; j'ai toujours eu pour objet la ſimplicité, convaincu que la facilité qui en naît eſt préférable au foible agrément que la variété auroit produit ; dans un ouvrage de ce genre, l'imagination, une affectation de fineſſe d'eſprit y auroient plus nuit qu'elles n'y auroient été utiles.

A l'égard des citations, de plus de vingt mille que ce Commentaire contient, il n'y en a pas deux cents que j'aie indiqué ſur la foi d'autrui, encore en ce cas ai-je eu la précaution de citer l'Auteur dont je l'ai tiré. J'ai puiſé toutes les autres ſur l'Auteur même que je cite, ce qui mérite indulgence ſur les erreurs qui pourroient s'y être gliſſées, elles ſont preſque inévitables ; en effet, pour réunir ce nombre d'autorités, j'avois preſque toujours douze volumes in-folio, & quelquefois plus ſous mes yeux, ils n'y pouvoient être tous à une même diſtance, & ſouvent obligé de citer le livre qui ſe trouvoit le plus éloigné de moi, il a pu m'arriver de prendre un chiffre pour un autre, rien n'eſt plus fugitif, ſouvent même les Editeurs m'ont trompé par les erreurs fréquentes dans leſquelles ils tombent ; enfin celui qui a tranſcrit mon ouvrage aura pu augmenter ces ſortes de fautes, & les Imprimeurs auront pu encore les multiplier ; il ne ſeroit pas juſte de me les imputer : quand j'ai cité un Auteur, j'ai cité exactement par rapport à ſon ſentiment, & ſi l'indication que j'en donne ſe trouvoit fautive par les accidens ci-deſſus, il eſt aiſé de la corriger, en conſidérant l'ordre & la méthode de l'Auteur que je cite.

On trouvera dans ce Commentaire, non-ſeulement toutes les déciſions que le Droit commun embraſſe & qui rendent la Coutume complette, & ce dans leur ordre, mais on y trouvera encore dans ce même ordre la Juriſprudence du Châtelet, les régles des comptes, tant de tutelle que de communauté, les principes des partages tant de communauté que de ſucceſſion, & ces principes éclaircis par les opérations tant ſur les uns que ſur les autres, ainſi que ſur les liquidations des légitimes, & ſur les réductions de donations de portion d'enfant, opérations ſans leſquelles dans ces matieres le principe, quoique conſtant, n'eſt pas rendu ſenſible ; enfin on y trouvera les principes de ce nombre infini d'actions qui ſont fréquentes au Châtelet : Juriſprudence que M. Dumoulin eſtimoit beaucoup, qui s'eſt bien perfectionnée depuis que ce grand homme a écrit, & ſans laquelle un commentaire ſur la Coutume de Paris ne peut être complet.

Je me ſuis fixé à ce que deſſus par les conſeils de perſonnes éclairées ; j'en ai demandé à tous ceux qui ont voulu examiner mon plan & lire quelques chapitres de mon ouvrage ; j'en ai reçu de bons que j'ai mis à profit ; j'en ai reçu d'autres dont je n'ai pu faire uſage ; comme ces derniers pourroient être du goût de quelques perſonnes, je dois au public l'expoſition des raiſons qui me les ont fait rejetter.

1°. On m'a dit par rapport au Texte de la Coutume, que je parlois trop ouvertement de ſon inſuffiſance & de ſon peu de méthode. 2°. Qu'une méthode qui conduiſoit à l'abbréviation pouvoit être utile, mais que le deſſein de ce Commentaire étoit préſomptueux, que c'étoit trop m'attribuer à moi-même & trop exiger des autres, que de réduire mes preuves à un arrangement qui excluoit les diſſertations. 3°. Que ce Commentaire ne ſeroit utile qu'aux ſçavans accoutumés à ſuivre un raiſonnement de conſéquence en conſéquence ; enfin, l'on m'a dit que ce Commentaire ne contenant rien de neuf que ſa méthode, il ne ſera utile qu'imparfaitement.

Quant à la premiere partie de l'objection, j'obſerverai qu'on a commenté cette Loi que parce que ſon texte eſt inſuffiſant, que par conſéquent tous les Commentaires précédens

prouvent ſon inſuffiſance, puiſqu'on ne l'auroit pas commenté ſi ſa lettre n'eût rien laiſſé à déſirer; j'obſerverai que nos deux derniers Commentateurs, en changeant ſon ordre, ont établi que ſa méthode n'étoit pas bonne; enfin, j'obſerverai que cette inſuffiſance, ce peu de méthode, étant les principaux obſtacles à l'intelligence de cette Loi, il ne falloit pas les diſſimuler, lorſqu'il étoit queſtion de les ſurmonter.

A l'égard de la ſeconde partie de l'objection que d'autres ont porté bien plus loin, comme on le verra par la ſuite, car ces derniers ont blâmé cette méthode en elle-même, méthode que les premiers n'ont trouvé que préſomptueuſe; il eſt vrai quant au deſſein, que les premiers m'imputoient que mon plan exclut les diſſertations; il eſt vrai que mes propoſitions n'en renferment pas, elles y étoient inalliables, mais on en trouvera dans les notes, dans les endroits où elles ſont utiles; je les y abrége le plus que je peux, mais ce n'eſt pas par préſomption, je ne le fais que parce qu'on ne doit chercher que la vérité, & que c'eſt la rendre ſenſible que de rapporter toutes les déciſions dans leur ordre, & de les inſinuer par la raiſon principale & par l'autorité qui la fonde; il n'y a que ces deux voies pour perſuader les autres, l'autorité & la raiſon: je les fais toujours concourir; non-ſeulement ce concours efface toute idée de préſomption, mais encore il va plus droit au but que les diſſertations, ce que j'établirai; encore une fois, je n'examine ici que l'imputation de préſomption que les perſonnes judicieuſes rejetteront.

En effet, peut-on dire que je m'attribue trop & que j'exige trop des autres par la réduction que je donne à mes preuves, lorſqu'avec ce concours mon deſſein a été de réunir, de ſimplifier & d'arranger tout ce qui rend la Coutume complette? J'indique mes ſources & mes garants; loin donc d'exiger du Lecteur, j'ai eu recours à la méthode que je ſuis, pour faire trouver facilement les autorités: quant à ceux qui auront du penchant pour l'opinion contraire à celle que j'ai embraſſée par la néceſſité de choiſir, non pour m'attribuer le droit de décider, ils pourront aiſément ſe ſatisfaire; ils n'auront qu'à recourir aux ſources que je leur indique, ils trouveront dans les Arrêts, dans les Auteurs cités, & principalement dans les traités particuliers qui ont preſque toujours épuiſé les matieres, les moyens qui fondent tant l'opinion que je ſuis d'après un guide, que ceux de l'opinion contraire; de-là il réſulte qu'il ſeroit déraiſonnable de m'imputer un deſſein préſomptueux.

Quant à la troiſieme partie de l'objection, qui eſt de dire que ce Commentaire ne ſera utile qu'aux ſçavans, il eſt au contraire fait pour ceux qui ne le ſont pas encore; il les dirigera en leur préſentant des points fixes, qu'ils ne peuvent facilement démêler; il produira à leur égard un autre avantage, il les préviendra contre le préjugé, qu'on ne peut être inſtruit dans la Juriſprudence qu'après des travaux infinis, & leur donnera du goût pour une ſcience que les difficultés n'ont étouffé que trop ſouvent.

Enfin ſur la derniere partie de l'objection qui concerne le prétendu défaut du neuf, j'obſerverai que l'invention eſt interdite à tout Auteur qui écrit ſur la Juriſprudence; le faire ce ſeroit une entrepriſe ſur la puiſſance légiſlative; les ſeules voies qui lui ſont ouvertes pour expoſer les déciſions, ſont l'ordre & la préciſion, je m'y ſuis attaché; ainſi en conſidérant la méthode de ce Commentaire, en conſidérant qu'outre les déciſions nouvelles, il contient toute la Juriſprudence du Châtelet, où l'eſprit de la Coutume qui ſupplée abondamment à ſa lettre eſt bien connu, la derniere partie de ces premieres objections ceſſera.

On m'a fait d'autres objections ſur le retranchement de diſſertations; les uns vouloient que je traitaſſe avec plus d'étendue ce que nous voyons qui s'agite dans les Tribunaux, les autres vouloient que je ne me ſerviſſe de cette méthode que ſur un certain nombre de queſtions de droit, qui ſelon eux étoient encore problématiques; enfin, quelques-uns par une fâcheuſe habitude prétendoient que je devois joindre à toutes mes propoſitions, les moyens contraires & enſuite les réfuter; voici les raiſons qui m'ont empêché de me conformer à ces avis.

1o. Quant aux conteſtations dont les Tribunaux retentiſſent, elles ne roulent preſque jamais ſur la déciſion générale dont on eſt forcé de convenir, mais ſeulement ſur quelques circonſtances à la faveur deſquelles on ſe flatte de faire plier la régle: un Auteur voudroit-il entreprendre de diminuer le nombre de ces conteſtations, il faudroit recourir à l'imagination, feindre un nombre infini d'eſpéces, les examiner dans leurs circonſtances diverſes, & riſquer ſur ce guide à faire fléchir la régle dans de certains cas, & à ſoutenir dans d'autres, qu'il faut y reſter fermement attaché; je ne penſe pas qu'il y ait de projet plus vain, plus chimérique que cet amas d'exemples enfantés par l'imagination, parce que malgré

malgré leur multitude ils seroient toujours insuffisans, vu que les passions & la bizarrerie varient, multiplient les espèces à l'infini, & en font paroître auxquelles on n'auroit jamais pensé; amas d'autant plus inutile que malgré la variété, toutes les espèces doivent se rapporter aux règles générales. En effet, pourquoi y auroit-il des loix, des décisions, si elles n'avoient pas leur application, ou que leur application fût soumise à un jugement arbitraire, & qui deviendroit tel, s'il étoit permis de le fonder sur quelques particularités de faits, parce qu'on ne manqueroit jamais d'en trouver? ce n'est que par passion, ce n'est qu'en s'écartant de la sagesse du Législateur qu'on peut penser que presque tous les cas sortent de la règle générale; tous au contraire y rentrent, si l'on s'attache à cette sagesse & au bien qui en résulte.

2°. A l'égard de certaines questions de Droit que quelques-uns veulent encore faire passer pour problématiques, & sur lesquelles, selon eux, les raisons de part & d'autre peuvent se balancer; je n'en vois point de telles sur le Droit commun, ni même sur la Coutume, si l'on excepte par rapport à cette dernière certaines formes toujours peu intéressantes; quelque hardie que soit cette idée dans l'esprit de quelques personnes, la vérité, le bien public, le respect qu'on doit aux Loix & aux Magistrats, la soutiendront toujours.

La vérité la soutiendra, si sur ces objets on n'en indique pas quelqu'un, où l'on ne puisse avec assurance prendre un certain parti comme bon & s'en promettre le succès. Je n'en connois point où l'on ne puisse le faire, & s'il en étoit autrement, si sur un petit nombre de questions on pouvoit encore prendre également l'un ou l'autre parti, il est du bien public de se fixer à un dès qu'il est analogique & autorisé.

Le bien public la soutiendra, parce qu'il n'y a rien dans la Jurisprudence qui lui soit si opposé qu'une ouverture à la probabilité; elle y est si dangereuse que la fixation au parti le moins analogique, pourvu qu'elle ne blessât pas l'équité, seroit moins nuisible que l'incertitude.

Le respect dû aux Loix, ainsi que celui dû aux Magistrats la soutiendra encore, parce que c'est manquer à ce qu'on doit à la prévoyance du Législateur, au zèle & aux lumieres des Magistrats, que de penser qu'il reste encore des incertitudes, que de supposer qu'une circonstance affoiblit la disposition de la Loi, toujours générale, toujours courte, toujours sententieuse, que de supposer que les décisions des Magistrats sont resserrées entre ceux qui ont agité les questions, & qu'on peut par la suite les agiter de nouveau; ce langage d'instabilité ne peut être que celui d'une partie passionnée, mais un Auteur doit s'attacher principalement à montrer la dignité & la grandeur de la Jurisprudence dans sa certitude, dans sa prévoyance; à montrer qu'elle a sagement tout embrassé par ses décisions, & cet aspect est son principal devoir; d'ailleurs dans cette salutaire stabilité je ne suis que l'abbréviateur des décisions que j'ai trouvé; décisions que je fais passer en revue sous les yeux du Lecteur, auxquelles je donne un ordre général, ordre auquel on tend depuis bien des années comme le plus satisfaisant.

Enfin, allons plus loin, & prouvons la dépravation du goût de ceux qui sur certaines questions adoptent la probabilité; en effet, pourquoi la Jurisprudence sera-t-elle la seule de toutes les sciences où l'on s'imaginera qu'il est utile d'y perpétuer les doutes, lorsqu'il n'y en a aucunes où ils soient plus dangereux? Il est vrai que sur ces questions, c'est du choc des opinions que la lumiere de la vérité est anciennement sortie; mais sa découverte a fait cesser ce choc, l'a anéanti; pourquoi donc le perpétuer, lui qui ne peut produire dans le Barreau que des maux, & si c'est une vérité, comme je crois qu'il est impossible d'en disconvenir, que de dire que les décisions sont complettes, n'est-il pas plus convenable de le présenter avec précision, que de conduire le Lecteur sur un grand nombre de ces mêmes décisions dans l'embarras de l'incertitude? car il ne faut pas se méprendre sur cette maniere de traiter la Jurisprudence, c'est la poser sur le centre de l'instabilité, c'est perpétuer un mal que de continuer de la traiter de cette façon; prouvons-le. Qu'on considere que de le faire, c'est, pour ainsi dire, envelopper la raison en elle-même, c'est l'embarrasser dans ses propres ressorts, en leur donnant des mouvemens contraires; c'est la fatiguer au lieu de la fixer sur son effet naturel; c'est encore en altérer la droiture, puisque ces contradictions seroient pour elle des piéges & qu'elles serviroient à fournir des moyens assortis à tout intérêt; c'est faire ce qu'un Auteur qui avoit traité le faux avoit fait, lequel voulant donner aux bons des règles pour le découvrir, fourniſſoit encore plus aux méchans les moyens de le pratiquer; c'est, comme le dit M. *Despeisses*, faire de la science des loix, qui est faite pour tout le monde, une cabale & un talmud; c'est en montrer l'écorce, la surface, mais voiler son esprit; en vérité c'est en défigurer la beauté, c'est méconnoître sa sagesse, sa perfection; c'est dégrader sa dignité & sa grandeur

que de continuer à obſcurcir les déciſions par l'expoſition de ces doutes. Il y a plus, traiter la Juriſprudence de cette façon, c'eſt s'éloigner de ſon objet capital ; en effet, ſes deux fins ſont la juſtice & la paix entre les concitoyens ; peut-on les leur procurer ſi l'on place toujours une partie du droit dans l'agitation d'un flux & reflux, qui la porte continuellement d'un côté & d'un autre ? Peut-on trouver la juſtice & la paix ſi l'on éloigne les hommes de la droiture & de la ſimplicité, en les flattant ſur ces queſtions prétendues problématiques, de l'eſpérance du ſuccès, quelque parti qu'ils y prennent ? & ſeroit-ce tendre à la juſtice, à la douceur des mœurs, qui ſont les plus précieux liens de la ſociété, que de traiter la Juriſprudence de façon que cette ſcience ne ſoit qu'à la portée d'un petit nombre, & plus propre à ſéduire les autres qu'à les inſtruire ? Enfin, peut-on ſe flatter que les loix ſerviront à diriger les hommes ſi elles ne ſont pas facilement connues ? Ce qui démontre que cette maniere de traiter la Juriſprudence eſt auſſi contraire à ſes fins qu'à l'avantage public.

Si l'on s'éloigne de l'eſprit de la loi, s'il y a inconvénient, comme on ne peut douter, de regarder quelques queſtions comme étant encore problématiques, & à laiſſer ſur une portion du Droit commun une ouverture à la probabilité, qu'il ſeroit dangereux de la répandre ſur toutes les propoſitions, ou ſur le plus grand nombre de celles qui compoſent cet ouvrage ! ce qui me conduit à la derniere partie de l'objection qui a été de me dire qu'il falloit embraſſer dans mes notes les raiſons & les moyens qu'on pouvoit alléguer contre mes propoſitions, & y joindre enſuite leur réfutation. Outre les inconvéniens qu'on vient d'expoſer, ſuffiſans pour faire rejetter cette opinion, elle tendroit encore à enfanter un grand nombre de volumes au lieu de deux, qui a moindre frais peuvent produire tout leur effet ; à ruiner la fortune des Editeurs, s'il s'en étoit trouvé d'aſſez ſimples pour ſe charger de l'impreſſion d'un tel ouvrage, qui ſeroit peu lu, & qui obligeroit ceux qui le liroient à prendre autant de peine à le réduire dans ſes bornes, que l'Auteur en auroit pris à les étendre ; elle tendroit à copier les diſſertations qu'on trouve aiſément, ou par un artifice qui réuſſit quelquefois, mais qui décrédite dans l'eſprit des gens éclairés ; elle tendroit à changer le bon ordre que les Auteurs de ces Diſſertations leur ont donné ; il eſt plus convenable d'indiquer ces Diſſertations, dont le public ſe trouve déja enrichi, que de les copier ou de les défigurer.

Il y a plus ; ſi ce Commentaire qui embraſſe la totalité du droit qu'on peut appeller Pariſien, contenoit cette copie ſervile ou défigurée de diſſertations ſur les propoſitions qui le compoſent, ces diſſertations auroient éloigné les principes les uns des autres, en occupant trop longtems l'attention ſur un ſeul ; dans de tels écrits l'eſprit ſe fatigue, le goût s'émouſſe, & la déciſion s'évanouit.

Une autre raiſon m'a encore convaincu de la néceſſité de ce retranchement ; le fil des principes & celui des conſéquences, ne peut être coupé ſans être affoibli dans ſes rapports ; ce n'eſt abſolument que par ce retanchement de toute diſſertation, qu'on peut parvenir à rendre ſenſible le progrès du principe aux conſéquences ; il eſt certain que ce progrès eſt dans la Juriſprudence, la preuve la plus forte : la démonſtration qu'il porte avec lui, tire ſa force de l'enchaînement, & on la manque cette démonſtration, ſi on ne la donne pas en une page, comme une eſpece de tableau ; cette preuve renferme la baſe des diſſertations, & jalouſe qu'elle eſt, elle ne peut s'allier avec aucune autre, elle diſparoît dès qu'on les veut faire concourir avec elle.

Enfin, d'autres m'ont dit, que mes intitulés étoient trop fréquens, trop multipliés, que leur multiplicité fatiguoit le Lecteur, en l'obligeant de remonter à leur ſource, & de repaſſer pluſieurs intitulés précédens celui ſur lequel il ſeroit, & que cette multiplicité de titres m'avoit fait tomber dans des répétitions.

Par rapport à l'objection de la prétendue fatigue que le Lecteur peut trouver dans cette gradation de diviſions, je diminue la fatigue réelle, au lieu de l'augmenter ; elle ne vient nullement de l'ouvrage, mais de la multitude des objets ; en effet, que je retranche les ſubdiviſions que j'ai marquées au Lecteur par des ſous-titres, non-ſeulement il faudroit toujours que ſon eſprit embraſſât toutes les idées que je lui préſente, tant ſous l'intitulé principal, que ſous les ſubdiviſions ; mais il faudroit encore qu'il les démêlât, ſi je les lui préſentois ſous un même titre, ſecond travail que je lui épargne ; loin donc d'augmenter ſa fatigue, je la diminue : c'eſt encore par ces diviſions qu'on trouvera facilement tout ce qui eſt contenu en ce Commentaire, elles l'annoncent, & conduiſant à l'ordre naturel & conſéquent ; elles ſervent d'une indication plus prompte & plus ſatisfaiſante qu'une table alphabétique qui preſque toujours imparfaite, coupe les matieres qu'il eſt toujours bon de ſuivre, & empêche qu'un Lecteur qui s'y livre, en connoiſſe l'harmonie & l'enchaînement ; elles

ſont ſi utiles ces diviſions, que l'eſprit ſe porte toujours à diviſer, & il s'y porte tellement par un penchant auquel la facilité qui en naît l'entraîne, que je ſuis perſuadé que pour ſe procurer de plus en plus cette même facilité, bien des Lecteurs diviſeront encore mon Ouvrage.

Venons à préſent aux répétitions que le nombre de mes intitulés a occaſionné. Il eſt vrai que les répétitions déplaiſent ordinairement; mais lorſque la répétition n'eſt que celle d'un intitulé, loin alors de déplaire, elle ne produit plus qu'un bon effet: non-ſeulement on lit patiemment dans le chapitre ou la ſection, ce qu'on avoit déja lu dans l'intitulé, parce qu'alors la répétition eſt néceſſaire; mais encore l'intitulé porte dans l'eſprit une idée vive, d'après laquelle le Lecteur ſe parle à lui-même, & cherche à prévenir ce que l'Auteur va lui dire: loin alors que la répétition le fatigue, il ſent un ſecret plaiſir à l'avoir prévenu. Lorſqu'il a pénétré tout ce que l'Auteur dit, il approuve ce qu'il lit, comme des conſéquences qu'il auroit tiré lui-même; il ſe corrige par une plus forte impreſſion, que lorſqu'on ne l'a pas prévenu, s'il n'a pas ſi bien rencontré que l'Auteur, ou par une ſuite de cette même impreſſion, il corrige l'Auteur, lorſque l'Auteur s'eſt trompé. Ce grand nombre d'intitulés & les répétitions qu'il néceſſite ſont donc un effet utile de l'ordre auquel je me ſuis attaché.

C'eſt par l'exactitude des diviſions que j'évite le gonflement d'une table alphabétique, qui auroit été auſſi longue que l'Ouvrage, ſi on avoit voulu la rendre complette, puiſque toutes les propoſitions qui le compoſent auroient dû y trouver leur place, & là en occuper une preſque auſſi grande que dans l'Ouvrage même, attendu leur briéveté, & ſouvent même s'y trouver deux fois, la plûpart des choſes ſe préſentant ſous deux idées, & par conſéquent devant ſe trouver également ſous l'indication de deux lettres; en faire une ce ſeroit tromper le Public, ce ſeroit faire deux fois la même choſe, & donner l'ouvrage en une mauvaiſe forme après l'avoir donné dans un ordre utile. Une autre raiſon m'a encore convaincu de l'inutilité d'une table alphabétique; en effet, ſur l'indication elle n'épargneroit pas au Lecteur une minute de tems, & ſouvent elle lui en feroit perdre; car il faudroit d'abord chercher dans cette table, & enſuite dans l'Ouvrage; il eſt bien plus court, il eſt bien plus commode (vu l'attention qu'on a eu ſur les diviſions) de parcourir les intitulés d'un certain titre, d'un certain chapitre qu'on trouve ſur le champ, que de ſe livrer à cette double recherche qu'entraîne avec elle une table alphabétique; & il y a plus, cette derniere ne peut préſenter qu'un ſquelette, qu'une déciſion ſéche, au lieu que l'autre la préſente avec ce qui la fait naître & ce qui en réſulte; ce qui me donne occaſion de parler des Dictionnaires, qu'on peut regarder comme de vaſtes tables alphabétiques; ils ſont goûtés dans la Grammaire & dans l'Hiſtoire où tout peut être déplacé, pourvu qu'on le trouve avec facilité, parce que dans l'une & dans l'autre tout le monde veut y paroître ſçavant, & que peu veulent travailler à le devenir, parce que ces ouvrages flattent tout à la fois, le deſir d'apprendre & la répugnance à travailler; mais dans la Juriſprudence, ils ne peuvent être utiles que ſuperficiellement, puiſqu'ils n'en préſentent pas l'ordre conſéquent qui en eſt l'ame; telle eſt la baſe du préjugé ſur les tables alphabétiques, que la ſeule inexactitude ſur les diviſions a occaſionné.

Si un ſurcroît de méthode porte l'aridité & tarit juſqu'à l'attention du Lecteur, ce n'eſt que dans les ouvrages qui veulent une agréable liaiſon, comme dans l'Hiſtoire, où l'on peut dire que les pauſes, au lieu de racourcir le chemin le font trouver plus long; mais il n'en eſt pas de même lorſqu'on écrit ſur la Juriſprudence; ſes détails qui ſont infinis demandent la méthode la plus exacte, & c'eſt dans l'ordre conſéquent des choſes qu'on doit la puiſer, & non dans l'ordre alphabétique, auſſi défectueux que l'autre eſt efficace.

Quant aux autres répétitions qui ſe trouvent dans les propoſitions mêmes, indépendamment de celles que l'utilité des intitulés a pu occaſionner, je ſuis ſûr que les perſonnes judicieuſes ne les blâmeront pas; ils ſçavent que ſans ces répétitions, ceux qui veulent lire rapidement manqueroient ſouvent de trouver de certaines déciſions, ſi elles ne ſe trouvoient pas dans tous les endroits où elles peuvent être placées naturellement, & que ces perſonnes ſe fixant à l'un, ſans chercher l'autre, ſeroient privées de la réſolution qu'elles chercheroient, ſi elles ne la trouvoient pas à l'endroit où elles ont penſé qu'ils devoient la trouver: en effet, il y a des matieres qui ont tant de rapport, que les répétitions y ſont non-ſeulement inévitables, mais même qu'un abrégé qu'on a en vue de rendre complet ne pourroit l'être ſans ces mêmes répétitions.

Il me reſte de rendre compte du motif qui m'a engagé à réduire ce Commentaire en propoſitions détachées les unes des autres, dont les premieres préſentent ordinairement ce qui eſt le plus ſimple, comme facilitant l'intelligence de ce qui l'eſt moins. Ce

motif, outre l'abbréviation, eſt encore un autre avantage; chaque propoſition porte dans l'eſprit ſon idée diſtincte, & s'y imprime plus fortement; la ſéparation, ſa diſtinction d'avec les autres, avertiſſant continuellement le Lecteur, que toutes enſemble, ne veulent pas être lues rapidement; c'eſt le propre des Ouvrages qui contiennent beaucoup en peu de paroles. Ce n'eſt ni l'amour-propre, ni cet eſprit trop dominant dans les Préfaces de ſe louer ſoi-même, qui me fait ainſi parler, c'eſt la forte perſuaſion de l'utilité de l'abbréviation, de l'utilité de l'ordre progreſſif de chacun des principes à ſes conſéquences, la perſuaſion de l'attention que cet ordre exige de la part du Lecteur, & la néceſſité de détruire ce reproche que quelques perſonnes m'ont fait, que mon Ouvrage étoit trop diviſé.

Telles ſont les raiſons qui ne m'ont pas permis de me conformer à ces avis; je me ſuis fixé aux conſeils de ceux qui, après avoir refléchi ſur tout le Droit, & ſe l'être rendu propre, nous ramenent toujours à ces points fixes, qui s'inſinuent d'eux-mêmes par l'équité qu'ils n'en détachent jamais; qui n'ont recours à la vaſte ſcience dont ils ſont pleins, que lorſque l'eſprit peut réſiſter à l'impreſſion d'un exact raiſonnement; par ce moyen ils ſatisfont, ils perſuadent. C'eſt à leurs conſeils que je dois en partie les régles de ce Commentaire, que je dois la réformation de pluſieurs de mes propoſitions, je ſerois ſûr de mon Ouvrage, ſi toutes celles qui le forment avoient paſſé par leur examen. C'eſt encore à leurs conſeils que je dois le penchant que j'ai pour la préciſion, mon attachement à l'autorité la plus ſuivie, mon éloignement à tout ce qui iroit à l'obſcurcir, à la contrarier.

Mais eſt-ce ſimplier? eſt-ce abréger, que de compoſer deux gros Volumes où l'abbréviation a produit obſcurité, & ſouvent répétition? Cet Ouvrage, tout gros qu'il eſt, n'eſt vraiment qu'un précis de l'eſprit vaſte de la Coutume, précis par lequel ſeul on peut rendre le point de vue général ſenſible; c'eſt l'étendue que doit avoir l'abrégé de ce que j'ai embraſſé; je m'eſtimerois heureux s'il étoit plus complet. Quant aux obſcurités (inconvénient preſqu'invitable des abrégés, mais moins grand que ceux des ouvrages étendus) elles diſparoîtront, ſi l'on veut prendre la peine de lire attentivement l'intitulé, les propoſitions qui précédent, & celles qui ſuivent ce qui dans une premiere lecture paroiſſoit obſcur. Un Auteur ne peut pas tout dire à la fois, & ce reproche vient plus ſouvent d'un jugement précipité, que de l'ouvrage qu'on trouve obſcur.

Enfin, ai-je atteint mon but? ai-je donné à un tel ouvrage, l'ordre, la préciſion & le complément qu'il demande? Je n'ai pas de moi des ſentimens ſi préſomptueux, je ſouhaite ſeulement qu'il ſoit utile aux autres, autant qu'il l'eſt à moi-même. Il me fournit en un inſtant, les principes & les autorités, que je ne trouvois avant, qu'après trois heures de recherches; il me tire de la confuſion où j'étois avant ſa compoſition; ma foibleſſe lui a donné l'être; il n'appartient qu'à Meſſieurs mes Confreres de lever le voile, dont je n'ai pu ſupporter qu'un petit coin. Je les ſupplie de conſidérer que preſque tous ceux qui ont entrepris de grands ouvrages, les ont rarement portés à leur perfection, par un certain relâchement inévitable dans de grands travaux; j'eſpere qu'ils voudront bien me faire grace ſur les défauts du mien, en faveur de mon zele & de la pureté de mon intention. La gloire, même celle que l'amour-propre ſe diſſimule ſous le nom de la belle gloire, n'a eu aucune part à mon entrepriſe; je n'y trouve rien ſur quoi je puiſſe la fonder; je me ſuis borné à réunir, à ſimplifier & à arranger, dans l'opinion que dans une ſcience auſſi vaſte que la Juriſprudence, où tout eſt dit, mais diſperſé & trop étendu, cela pourroit être utile aux autres, comme il l'eſt beaucoup à moi-même. Mais convaincu de l'exactitude de la définition que l'Auteur du Dictionnaire Hiſtorique & Critique a donné des Abbréviateurs, qu'il a ingénieuſement défini des Portefaix de Littérature, je ne me trouve, par un travail dur & pénible, qu'un Portefaix de Juriſprudence; juſte appréciation, qui me renfermant dans ma ſphere, eſt inalliable avec l'orgueil que la malignité ſeule pourroit m'imputer.

Fin de la Diſſertation.

LE DROIT COMMUN *DE LA FRANCE*, ET LA COUTUME *DE PARIS.*

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DES PERSONNES LIBRES.

CHAPITRE PREMIER.

QUELLES PERSONNES SONT LIBRES.

I.

TOUTE perſonne eſt libre, s'il n'y a loi ou jugement contraire ; les troubles des ſiécles d'ignorance ont pu ſeuls dénier cette juſtice à l'humanité. Tel eſt le Droit commun de la France. Heureuſe la terre où cette maxime eſt inviolablement obſervée ! Elle eſt fondée autant ſur la religion que ſur la nature & la raiſon.

Cette liberté a ſa ſource dans la nature : *Quia quis dominio alieno contra naturam ſubjicitur.* Loi 4, §. 1, ff. *De ſtatu hominum.*

Quelques-unes de nos coutumes, & entr'autres, Troyes, Vitry & Chaumont, ont conſervé des gens de main-morte, ou de poſt ; ce qui eſt exorbitant du droit commun, & comme tel, reſtraint autant qu'on le peut faire, en attendant une juſte réformation. Voyez, ſur ces diſpoſitions, les obſervations de M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, *pag.* 179 : M. Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, *ch.* 1, *num.* 58, *p.* 6. M. Loyſel, *liv. I, tit.* 1,

art. 6. Mais les négres, que leurs maîtres conduisent en France, dans le deſſein de les ramener dans l'autre hémiſphère, reſtent ſous la puiſſance de leurs maîtres. *Déclarat. du mois de mars 1685:* juſte exception à la maxime, qui ne donne aucune atteinte à l'eſpèce d'eſclavage qu'on ſuit en France, par un juſte droit de repréſailles, & pour traiter certaines nations comme elles traitent les ſujets du roi lorſque quelqu'un d'eux tombe en leur puiſſance, & dont elles ont commencé les premieres à abuſer. Ainſi ces deux exceptions ſervent à confirmer la regle générale que la propoſition contient.

II. Le fils de famille jouit de cette liberté; la nature la lui donne, la loi la confirme: ſon état eſt de reſpect & d'obéiſſance, non de ſervitude. Il jouit donc, comme les autres ſujets du roi, de cette même liberté; mais dans les limites de la loi, limites qui laiſſent à la puiſſance paternelle ſes juſtes effets; leſquels, par leur faveur, & la néceſſité d'une telle ſubordination, méritent plutôt d'être étendus, que d'être reſtraints.

M. *Ricard*, en ſon traité des Donat. *part.* Ire. *ch.* 3, *ſect.* 5, *nomb.* 802, *p.* 66. Ce qui n'affoiblit pas les effets de la puiſſance paternelle, dont on va voir l'étendue par la propoſition qui ſuit.

III. La puiſſance paternelle ne s'étend que ſur la correction des mœurs des enfants, ſur leur éducation; la majorité en fait ceſſer les effets, ſans affoiblir leur reſpect, qui a ſa racine dans la loi divine, & dans la nature. Juſtes bornes, parce que les enfants appartiennent moins encore à leurs pere & mere qu'à l'Etat, dont l'intérêt exige & aſſure leur liberté.

Francigenas prorſus eſſe abſolutos à patriâ poteſtate, Accurſius ſur le §. *Jus autem. Inſt. de patriâ poteſtate.* C'eſt avec la limitation ci-deſſus que cette note s'entend: la puiſſance paternelle, telle qu'elle eſt établie par le droit romain, n'a pas même lieu dans les pays régis par le droit écrit, qui ſont dans l'étendue du parlement de Paris, ſuivant l'arrêt du 3 ſeptembre 1667, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 29. Dans ce droit, un eſprit républicain, & d'une fauſſe indépendance, l'avoit trop étendu; mais n'aurions-nous pas mieux fait d'admettre cette puiſſance dans de juſtes bornes, que de la rejetter, & d'adopter de ce même droit pluſieurs ſubtilités, qui n'ont aucun rapport à nos mœurs? La forme devroit-elle faire plus de progrès que la raiſon? cela eſt étrange. Mais le prédécédé des pere & mere peut laiſſer à l'autre la puiſſance de lever une ſubſtitution entre leurs enfants; puiſſance favorable, & qui maintient leur reſpect.

IV. Tout engagement qui tend à gêner la liberté, eſt regardé comme illicite, étant contraire au droit naturel: c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; ſauf l'effet d'un juſte dédommagement occaſionné par ſon inexécution, lorſque ſon exécution naturelle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs.

Voyez les arrêts rapportés ci-après ſur l'exécution des promeſſes de mariage, & M. *Lapeyrere*, lett. P, déciſ. xxxvij, p. 303 de l'édition de 1725.

Loi, *Si quis*; ff. *De re judicatâ in obligationibus faciendi: Poſt moram ſuccedit obligatio in id quod intereſt; nec quis preciſè ad factum cogitur.*

V. La religion ayant banni l'eſclavage, en admet un volontaire: c'eſt le ſeul adopté par le droit commun; & il conſiſte dans une abnégation volontaire de ſoi-même, qui confond la volonté de celui qui s'y ſoumet dans celle de ſon ſupérieur, pourvu que cette derniere ne ſoit pas contraire aux loix.

Si notre religion a banni de la république chrétienne les eſclaves forcés, elle en a introduits de volontaires; j'entends parler des religieux, leſquels, en ſacrifiant leurs volontés entre les mains du ſupérieur du monaſtere dans lequel ils entrent, profeſſant une pauvreté & abandonnement de tous leurs biens, perdent les effets civils. M. *Ricard*, des donations, part. Ire, chap. 3, ſect. 5, num. 305. Voyez *Paſquier*, en ſes recherches de la France, liv. 3, chap. 41, p. 318.

☞ On peut mettre dans la même claſſe, quant à la ſubordination & à l'obéiſſance ſeulement, ceux qui ont engagé leur liberté pour le ſervice de l'état.

CHAPITRE SECOND.

QUAND LA LIBERTÉ N'A PAS LIEU, ET QUAND ELLE CESSE.

I. L'HOMME, dans ſa jeuneſſe, étant par ſon inexpérience hors d'état de ſe gouverner lui-même, eſt mis ſous la puiſſance d'un autre, qui régit ſa perſonne & ſes biens juſqu'au temps marqué par la loi, dont la prévoyance à cet égard conſerve ſes droits ſans les affoiblir: c'eſt ce qu'on verra dans le titre des tuteurs.

Tutela eſt vis & poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem ſe defendere nequit. §. 1 & 2 Inſt. de Tut. *Voyez* la Coutume de Bretagne, art. 528, & ſuivans; & l'art 506 de celle d'Anjou: c'eſt droit commun; c'eſt raiſon écrite.

II. La femme, par la foibleſſe naturelle à ſon ſexe, eſt incapable de pluſieurs ſortes de fonctions, comme d'être témoin de la paſſation d'un acte: par la ſuite, on examinera plus au long ſon état conformément à nos mœurs, & à ſon incapacité à contracter. Elle vit comme aſſujettie; mais elle meurt comme libre: voilà ſon véritable état.

Fœminæ tutores dari non poſſunt, quia id munus maſculorum eſt. Leg. ult. ff. *de tutelis.* Sur la ſeconde partie, *voyez* le titre de la communauté; c'eſt le ſiége de l'incapacité légitime de la femme.

III. Hors ce cas, la femme qui n'eſt pas en puiſſance de mari, jouit de cette liberté, qui eſt tout enſemble naturelle & légale. Elle eſt donnée à tous les êtres raiſonnables; on ne peut donc l'en priver.

Voyez le titre de la communauté, où il eſt établi que l'incapacité réſultante du ſexe ne milite que pendant le mariage : c'eſt lui qui la produit, & non le ſexe.

IV. Cependant le mariage la dépouille de l'adminiſtration de ſes biens, ſi elle eſt en communauté de biens avec ſon mari. Telle eſt la diſpoſition textuelle de la coutume, autant en ſa faveur qu'en celle de ſon mari, qui eſt obligé de veiller à la conſervation de ſes droits.

Art. 234 de la coutume ; *voyez* le titre de la communauté.

V. La loi, ou plutôt la coutume, dans le cas où le contrat de mariage ne contient pas ſéparation de biens, en donne l'adminiſtration à ſon mari : ſa ſageſſe a temperé cette dépendance, en aſſujettiſſant l'un au travail, dont elle exempte l'autre par ſa foibleſſe.

Art. 233 de la coutume.

VI. La mort de ſon mari lui rend la liberté de l'adminiſtration : l'effet que la loi donne à la puiſſance de ce dernier l'en avoit dépouillée, non la nature ; cette mort lui rend donc la liberté.

M. *Dupleſſis*, des teſtamens. *Voyez* le titre indiqué ſur l'avant-derniere propoſition.

VII. La raiſon qui détermine l'uſage de la liberté, les loix qui arrêtent l'abus que l'homme en pourroit faire, n'agiſſant plus ſur un inſenſé, il ceſſe d'être libre; la liberté lui ſeroit funeſte, & pourroit l'être aux autres : principe général qu'on développera dans le titre des Interdits.

Furioſi in curatione ſunt. §. 3 Inſt. de curat. *Voyez* ci-après le titre des Interdits. Autre prévoyance de la loi.

VIII. L'inſenſé, comme le furieux, eſt incapable de tout engagement, l'uſage d'une volonté raiſonnable, qu'il n'a pas, devant en être la baſe : autre principe général, qu'on expliquera par la ſuite; il ſuffit ici de poſer les principes généraux.

Furioſus nullum negotium contrahere poteſt. l. 5, ff. *de Reg. Jur.* Ainſi double motif, qui ſe concentre dans un principal, fondé ſur l'incapacité de l'inſenſé à contracter. On va examiner la nature de cette incapacité.

IX. Cette incapacité eſt de droit, le jugement qui la contient n'en eſt que la déclaration : c'eſt la nature qui l'a produite ; le jugement lui donne la publicité.

Voyez ci-après le chapitre des Interdits, où la propoſition eſt confirmée par le ſentiment de M. *Ricard*, qui eſt cité : & c'eſt droit commun, & raiſon écrite.

X. L'inſenſé perdant légalement la liberté ne perd aucun de ſes autres droits ; autrement, ce ſeroit ajoûter une affliction à celle qu'il a reçu de la nature : ſon état conduit à conſerver ſes droits, tant pour lui, que pour les ſiens, & non à l'en dépouiller : ils lui ſont conſervés même avec faveur ; car la preſcription ne milite pas contre lui, à cauſe de ſon incapacité, qui l'en met à couvert, comme on le verra dans ſon lieu.

Statum & dignitatem, & rei ſuæ dominium retinet. L. XX, ff. *de ſtatu hominum.* Ce qui eſt très-juſtement adopté, comme étant raiſon écrite.

XI. La mort civile retranchant de la ſociété le mort civilement ; cet événement, en le dépouillant de tous ſes droits, le dépouille de la liberté qui en eſt la baſe : il ne conſerve que la vie naturelle, & n'a plus la vie civile. Voilà le principe général ; on le développe par le titre XII de ce premier livre.

Qui ultimo ſupplicio damnantur, ſtatum, & civitatem, & libertatem perdunt ; itaque præoccupat hic caſus mortem. L. 29, ff. *de pœnis. Voyez* ci-après le titre de la mort civile.

TITRE SECOND.

DES PERSONNES RELATIVEMENT A LA NATURE.

I. LES mâles à dix-huit ans, les femelles à quatorze, ont acquis la pleine puberté : celle des mâles à quatorze ans, celle des femelles à douze, eſt une puberté imparfaite. La nature avance ce qui la regarde ; elle eſt plus tardive du côté de la raiſon : mais comme, dans la fixation indicative de la puberté, la loi n'a eu d'autre régle que la nature, c'eſt la nature, ſuivant l'eſprit même de la loi, qu'il faut toujours conſulter : ainſi c'eſt elle, lorſque ſes effets ſont conſtants, qui doit plus déterminer que cette fixation. Tel eſt le véritable eſprit de la loi.

Pubertatem in maſculis poſt decimum quartum annum completum, & in fœminis poſt duodecim annos completos, viri potentes eſſe credantur. Inſt. *Quibus modis tutela.* Voyez l'arrêt rapporté par M. *Soëfve*, t. II, cent. 4 ch. 55 : la loi IV, ff. *De ritu nuptiarum* : le journal du palais, édit. *in-4°.* t. I, p. 49, & pages ſuivantes : autorités qui, étant priſes dans leur vrai ſens, confirment la réflexion qui termine la propoſition.

II. Ces âges les rendent capables de contracter mariage ; c'eſt tout l'effet de la puberté, ſauf les modifications & les reſtrictions, qui ſeront ci-après expliquées dans leur ordre ; ces fixations n'ayant pour objet

que le droit naturel, & non le droit civil, dont il faut reſpecter les diſpoſitions.

Licet puberes ſint adhuc, tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſunt. Inſtit. *De curatoribus.* Le mariage contracté avant cet âge ſeroit nul, & la femme privée de ſes gains nuptiaux : arrêt rapporté par M. *de Montholon*, ch. 138, M. *Soëfve*, tome II, cent. 2, ch. 76. M. *Bouguier*, lettre M, num. 2, rapporte un arrêt qui, par les circonſtances particulieres, a adjugé ſes repriſes. Mais le mariage valideroit, ſi il étoit réitéré après la puberté. Loi IV. ff. *De ritu nuptiarum*, déjà citée.

☞ 1. Dans l'eſpéce de l'arrêt rapporté par *Bouguier*, il s'agiſſoit d'un mariage contracté par une fille qui n'avoit que onze ans neuf mois. On prétendoit que ce mariage étoit nul, ſur la préſomption du défaut de puberté ; mais il a été déclaré valable, la femme ayant prouvé qu'elle étoit groſſe.

III. On regarde le mort-né, & l'avorton, comme s'ils n'avoient jamais été conçus : ils n'ont été que la matiere de l'eſpérance d'un homme ; il faut donc les regarder comme n'ayant jamais exiſté : ils ont été le rebut de l'être, & preſque l'image exacte du néant.

Qui mortui naſcuntur, neque nati, neque procreati videntur. L. 129, ff. *de verbor. ſign.* Voyez la derniere propoſition de ce titre, & M. *Ricard*, des diſput. condit. chap. V, ſect. 5, num. 499 & 500, pag. 211 : c'eſt droit commun, qui a ſa baſe dans la nature.

IV. Celui qui a l'eſſentiel de la forme d'un homme, jouit de tous les droits d'enfant, la privation d'une parfaite conformation ne le dépouille pas de l'humanité ; il doit donc, en ce cas, jouir de tous les droits d'un enfant légitime : il y auroit inhumanité à le regarder autrement.

Arrêt du 23 juillet 1619, rapporté par M. *Bardet*, tom. I, liv. 1, chap. 68. Il en eſt autrement du monſtre : c'eſt ce qui forme la propoſition qui ſuit.

V. Mais le monſtre qui n'a pas la forme humaine, ne fait pas nombre parmi les enfans, & n'en peut avoir les droits, n'ayant aucun des attributs de l'humanité. Il faut donc le regarder comme n'en faiſant pas partie.

Non ſunt liberi qui contra formam humani generis converſo more procreantur, lib. XIV, ff. *de ſtatu hominum.* Voyez M. *Ricard*, des diſpoſit. cond. ch. X, ſect. 5, num. 518, pag. 215.

VI. La naiſſance poſthume ne fait perdre aucun des droits que donne la légitimité : la perte de celui qui a donné l'être au poſthume, & qui l'auroit ſoutenu dans ſon enfance, lui attire au contraire une protection plus ſinguliere de la loi. La naiſſance poſthume ne fait donc perdre aucun des droits civils.

Poſthumos dicimus eos qui poſt mortem parentis naſcuntur. Lib. III, ff. *de injuſt. rupt.* L'enfant conçu eſt cenſé né lorſqu'il s'agit de ſes intérêts. *Antiqui libero ventri ita proſpexerunt, ut in tempus naſcendi omnia & jura integra reſervarent.* Lib. III & IV, ff. *ſi pars hæred. pet.* Mais l'enfant qui n'eſt ni né, ni conçu, n'eſt pas capable d'inſtitution d'héritier : Ordonnance des teſtamens de 1735. *Voyez* ci-après la premiere partie du titre des ſucceſſions : mais celui qui naîtroit treize mois après la mort du mari, ne ſeroit pas préſumé légitime ; ſur quoi on peut voir la derniere propoſition de ce titre. C'eſt la vérité, c'eſt la nature, qui doit ſur cela ſervir de guide, étant de principe que les régles du droit civil ne peuvent altérer celles du droit naturel.

VII. La vieilleſſe, quoique décrépite, n'emporte pas interdiction de plein droit ; au contraire, elle rend l'homme plus reſpectable & plus éclairé : en effet, quoique la vieilleſſe ſoit le centre des infirmités corporelles, loin d'affoiblir l'eſprit de l'homme, elle lui fournit au contraire les ſecours d'une longue expérience. De-là il faut donc conclure que la vieilleſſe, même la plus avancée, n'emporte pas par elle-même interdiction, ſauf la limitation qui ſuit.

Voyez l'arrêt rapporté par M. *Soëfve*, tom. II, cent. 2, chap. 80. M. *Ricard*, des donat. part. I, & la propoſition qui ſuit, qui limite celle-ci.

VIII. Cependant, lorſque les infirmités de cet âge, comme de tout autre, ſont telles, qu'elles empêchent évidemment les opérations de l'eſprit, elles emportent avec elles interdiction de droit : c'eſt précaution de la loi, ſalutaire à celui qui eſt dans cet état ; ce qu'on ne doit appliquer qu'avec ménagement & certitude, malgré le principe que l'incapacité qui provient de la nature eſt plus de fait que de droit.

Voyez le titre des interdits, & M. *Ricard*, en la partie citée ſur la propoſition précédente.

IX. De-là il s'enſuit que les ſourds & les muets de naiſſance ſont de droit interdits, & par conſéquent incapables de contracter. La liberté de le faire leur ſeroit funeſte, ces infirmités ayant été un obſtacle à toute notion : & c'eſt le cas dans lequel s'applique ſurement l'obſervation qu'on vient de faire ſur l'interdiction légale.

Et ſurdis & mutis, & qui perpetuo morbo laborant, quia rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. L. II, ff. *De curat. furioſ.*

X. Un impuiſſant eſt incapable de contracter mariage ; c'eſt tout l'effet de ce vice naturel, qui n'influe point ſur les droits civils : il ne peut avoir d'autre objet que le mariage.

Arrêt du 8 janvier 1665, qui, par rapport au mariage, le juge ainſi, quoique la fille avec laquelle l'impuiſſant vouloit contracter mariage y conſentît : cet arrêt eſt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences. Par l'arrêt de réglement du 18 février 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, il eſt fait défenſes à tous juges, même aux officiaux, d'ordonner, dans les cauſes de mariage, la preuve du congrès. C'étoit en effet une épreuve auſſi

indécente d'un côté que de l'autre ; il a donc été juſte de la proſcrire, & il eſt étonnant qu'elle ait même été autoriſée.

☞ Pour faire déclarer nul un tel mariage, la femme doit ſe pourvoir devant l'official, parce que le juge laïc ne peut pas prononcer ſur la validité en tant que ſacrement ; mais ſeulement quant aux effets civils.

XI. Mais ſi les infirmités mentionnées dans l'avant-derniere propoſition, c'eſt-à-dire, l'aveuglement & la ſurdité, ſurviennent après la majorité, ſoit qu'elles ſoient réunies, ſoit qu'elles ſoient diviſées, elles n'emportent pas interdiction de droit, & ne donnent par conſéquent aucune atteinte à la liberté naturelle. La raiſon eſt que les notions acquiſes avant ces infirmités, ſuffiſent pour déterminer une juſte volonté, & en régler les effets : ainſi, en ce cas, celui qui eſt affligé de ces infirmités, reſte dans tous ſes droits. Ce ſeroit inhumanité, ce ſeroit injuſtice, que de l'en dépouiller, ſi ſon état, d'ailleurs, n'y conduit pas.

De-là, il s'enſuit, à plus forte raiſon, que l'aveugle eſt capable de tout acte : M. *Lapeyrere*, lettre A, num. 86, pag. 25, tout à la fin de l'édition de 1725 : ce qui eſt inconteſtable.

XII. On a vu dans le titre précédent, que l'inſenſé, en perdant cette liberté, conſerve tous ſes autres droits ; ce qu'il convient de reprendre ici : en effet, on ne le dépouille de ſa liberté, dont il pourroit abuſer, que pour lui conſerver ces mêmes droits.

C'eſt la diſpoſition de la loi XX, ff. *de ſtatu hominum*.

XIII. Il n'y a aucune incapacité qui influe ſur un legs, ou donation de penſion viagère : ſa faveur leve l'incapacité. En effet, pour en profiter, il ſuffit de vivre. De-là il s'enſuit que tout incapable peut profiter d'une telle diſpoſition : la loi civile guide la loi naturelle ſans l'étouffer. Il doit donc en profiter. C'eſt la conſéquence de la propoſition fondée ſur ce que les beſoins auxquels la nature a aſſujetti l'homme, levent toute incapacité à cet égard.

On tient pour maxime, conformément au ſentiment de M. *Ricard*, que, pour être capable d'une telle diſpoſition, il ſuffit de vivre. *Voyez la propoſition qui ſuit, & la note ſur icelle.*

Obligatio alimentorum cùm naturalem præſtationem habeat, capitis diminutione perſeveret : la loi, *Cùm Ulpianus* ff. *de Interdict. & relegat.* dit, *Quòd verò piè rogaſtis, liceat vobis ultimâ voluntate eis ad victum & ad alios uſus neceſſarios relinquere.* Ce qui eſt généralement adopté : c'eſt droit commun ; c'eſt raiſon écrite.

XIV. La différence que la nature a mis dans l'état des perſonnes par la différence des ſexes, eſt, comme on l'a vu dans le titre précédent, augmentée par la prévoyance de la loi, qui dépouille la femme commune & en puiſſance de mari, de l'adminiſtration de ſes biens ; ce qu'on a déja obſervé, & qu'on développera davantage par la ſuite.

Fœminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis, remotæ ſunt : lib. II, ff. *de Regul. Jur.* Sur l'intérêt civil du mari qui a été la baſe de l'incapacité que la coutume a établie contre la femme : *Voyez*, ci-après, le titre de la communauté. Ceſſant cette relation, la femme jouit de tous les droits de citoyen, exceptant les fonctions dont ſon ſexe l'exclut.

XV. L'enfant qui naît avant le ſeptieme mois, n'eſt pas préſumé *viable*, & ne peut par conſéquent tranſmettre ſucceſſion : ce qui ne s'entend que dans le cas qu'il mourroit incontinent après ſa naiſſance ; car, s'il exiſtoit un certain temps, toute préſomption légale ceſſe par la vérité que la nature manifeſte. C'eſt elle qui, ſur cela, doit déterminer, pourvu que les ſignes de vie ne ſoient pas incertains, équivoques : mais dans la theſe générale, les ſeptieme & onzieme mois de l'accouchement ſont les termes de la légitimité.

Loi 12. ff. *de ſtatu hominum.* Voyez M. *Bouguier*, let. C. num. 4. Mais le ſeptiéme mois étant commencé, l'enfant eſt préſumé viable, & c'eſt ainſi qu'on doit entendre l'arrêt rapporté par M. *Bougier*, conformément à la diſpoſition de la loi 3. §. ult. ff. *de ſuis & legit. hæred.* qui dit, *de eo qui centeſimo octageſimo ſecundo die natus eſt, divus Hypocrates ſcripſit, & divus Pius reſcripſit pontificibus, juſto tempore videri natum.* Voyez M. *Ricard*, des ſubſtitut. part. 1. ch. 5. ſect. 5. n. 488. pag. 209. & l'obſervation faite ſur la ſixieme propoſition de ce titre.

XVI. Suivons les termes de la légitimité. Celui qui naîtroit onze mois après la mort de ſon pere, ne ſeroit pas réputé légitime ; les onze mois étant le dernier terme de la légitimité : ce qui s'entend dans la theſe générale, & ſauf les ſecrets reſſorts de la nature, & ſes mouvemens extraordinaires, lorſque l'on peut en connoître la cauſe

M. *Ricard*, des ſubſt. part. 1. chap. 5. n. 497. & ſuivans, pages 212 & 213. M. *le Maître*, tit. 15. pag. 488. voyez l'arrêt rapporté par M. *Augeard*, tom. 1. chap. 62. page 487.

☞ Il a un arrêt rendu le 22 août 1626, rapporté par *Bouguier*, let. E. num. 6. qui a jugé qu'un enfant né onze mois, parfaits & accomplis après la mort de ſon pere, n'étoit pas préſumé légitime ; & néanmoins par un autre arrêt du 6 ſeptembre 1653, rapporté au premier vol. du journal des audiences, livre 7. chap. 27. il a été jugé qu'une fille née 11 mois après la mort de ſon pere, étoit ſa légitime héritiere. La diverſité des jugemens vient ſouvent des circonſtances qui changent les raiſons de décider ; le ſecond arrêt peut être fondé ſur des préſomptions différentes & favorables à la fille.

TITRE TROISIEME.

DES PERSONNES CONSIDERÉES RELATIVEMENT AU DROIT CIVIL.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ÂGE AUQUEL ON COMMENCE À JOUIR DE LA LIBERTÉ.

I. LA loi conſultant la nature ne permet de contracter mariage qu'à l'âge de puberté. La nature eſt ſur ce un bon guide que la loi a ſuivi. Et c'eſt à cet acte important, qu'eſt borné l'effet de la puberté, ſa fixation n'a pas d'autre fin.

Voyez les deux premieres propoſitions du titre précédent.

II. Suivons ſes âges marqués : par cette harmonie elle ne confie à l'homme l'adminiſtration de ſes biens qu'à la majorité plus reculée que la puberté : la premiere a un effet plus étendu que l'autre ; on en examinera les effets en examinant les priviléges & la capacité des mineurs, qui n'ont pas celle que donne la majorité.

Voyez la propoſition qui ſuit, & ci-après le titre des tutelles.

III. La loi la fixe à vingt-cinq ans, c'eſt à cet âge que l'homme eſt majeur. Il a fallu une époque fixe ; on tomberoit dans l'arbitraire des conjectures, ſi on la vouloit fixer ſuivant la prodigieuſe inégalité de l'étendue des eſprits ; elle varie comme les phyſionomies.

Maſculi quidem puberes, & fœminæ viri potentes uſque ad vigeſimum quinque annum, curatores accipiunt. Inſt. de curator. C'eſt droit commun, ſauf l'effet limité de la majorité féodale.

IV. Avant cet âge la liberté ſeroit à l'homme un préſent funeſte, dont il pourroit abuſer contre lui-même par ſon inexpérience : en effet, juſqu'à cet âge la nature refuſe à l'homme les lumieres néceſſaires pour bien adminiſtrer ; & la ſalutaire prévoyance de la loi, a voulu pour cela une fixation uniforme, rapportée à l'intérêt du ſujet & à l'ordre public, & avant laquelle le mineur eſt ſous ſa protection.

Quia licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſunt, même loi aux inſtituts *de curatoribus*.

CHAPITRE SECOND.

DES MARIAGES.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR DÉCENCE.

I. PRESQUE tous les droits civils découlent de la légitimité des mariages, ils ſont d'inſtitution divine ; telles ſont les ſources de leur formalité, qui les élevent à la dignité d'un ſacrement.

Non eſt bonum eſſe hominem ſolum, faciamus ei adjutorium ſimile ſibi. Geneſ. 2. 18. preuve de la derniere partie de la propoſition.

II. C'eſt la baſe de la ſociété actuelle, & celle de l'eſpérance pour le tems à venir, cela s'annonce de ſoi-même. On ne peut donc trop conſerver la pureté & la décence dans cette aimable union, qui eſt le plus précieux lien de la ſociété.

Nuptiæ ſunt conjunctio maris & fœminæ & conſortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio. L. 1. ff. *de ritu nuptiarum. Matrimonium videtur humano generi artificiosè immortalitatem introducere, authent. de nuptiis* : ce qui établit la derniere partie de la propoſition, la premiere loi citée établit l'autre partie. Outre que c'eſt un contrat civil, élevé à la dignité d'un ſacrement, derniere qualité dont on ne peut trop maintenir la pureté.

III. C'eſt ſur leur décence extérieure, ſur leur honnêteté & ſur leur dignité, qu'eſt fondé l'ordre public & l'ordre particulier de chaque famille ; ce que tout droit manifeſte, & ce que fonde l'obſervation qui termine la propoſition précédente.

Sur la ſolemnité des mariages, voyez M. le Prêtre, Centurie 1. ch. 5. & ſur la nullité du mariage de la femme, qui ſe remarie pendant l'abſence de ſon mari. Voyez le même, centurie 1. ch. 1. & ſur le mariage de celui, *qui duxit uxorem quam polluit per adulterium*; le même, cent. 2. ch. 5. & ſur la Bigamie ; le même, cent. 2. ch. 92. les propoſitions ſuivantes établiſſent encore celle-ci. C'eſt par cette décence que l'adultere, accompagné d'une promeſſe des parties de s'épouſer, lorſqu'elles ſeront libres, forme un empêchement dirimant au mariage, cap. 6. *extrà de eo qui duxit* : ce ſeroit heurter de front la pureté & la décence qui doivent être les baſes du mariage.

IV. La légitimité du mariage eſt la ſource unique de la parfaite légitimité des enfans ; toute autre eſt imparfaite, & la loi la rejette. C'eſt donc la légitimité du mariage des pere & mere qui eſt le premier fondement de celle des enfans ; celle-ci ne peut être ſans l'autre.

Elevé à la dignité d'un ſacrement, le ſeul conſentement des parties contractantes ne peut produire cette légitimité. Voyez l'arrêt de réglement du 4 ſeptembre 1680, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 3. ch. 22. qui fait défenſes aux notaires de paſſer des actes par leſquels des hommes & des femmes déclaroient ſe prendre pour mari & femme. Ce ſeroit encore heurter de front la décence dont on a parlé, que d'admettre de telles promeſſes, ce ne ſeroit plus qu'un ſimple contrat civil.

V. La vigueur des loix ſalutaires qui maintiennent cette décence, qui tend à ſanctifier le mariage & à régler les mœurs, ne doit jamais céder à des interprétations, que la dépravation & la licence font hazarder quelquefois : le bien public qui eſt la loi ſuprême, celui-même des particuliers bien entendus, doivent faire rejetter ces ſortes d'interprétations ; & ce ſeroit contrevenir ouvertement à cette décence, que d'enlever des filles ou des veuves, & les épouſer par la fuite ; la liberté eſt la baſe de tout mariage : ainſi le rapt le vitie.

Nuptiæ conſiſtere non poſſunt, niſi conſentiant omnes, id eſt, qui coeunt, l. 2. ff. *de ritu nuptiarum*. Ce que les ordonnances ont ſalutairement adopté & développé. Voyez l'art. 169 de l'ordonnance de Louis XIII de 1629.

VI. Le rapt eſt un crime capital qui influe ſur le mariage, & eſt un obſtacle ineffaçable à la légitimité des enfans. La liberté abſolument néceſſaire a manqué à un tel mariage, ce qui le rend incapable de produire des effets civils, & par conſéquent de donner la légitimité à des enfans.

La fille ravie ne peut même, après ſa majorité, ſe marier avec le raviſſeur. Voyez l'arrêt rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, page 175. ce qui prouve la propoſition comme la précédente. C'eſt vice ineffaçable, & qui influe toujours ſur l'avenir ; c'eſt ordre public inviolable.

☞ A quoi eſt auſſi conforme le Canon *Placuit*. cauſ. 36. queſt. 2. *placuit ut hi qui rapiunt feminas vel ſuruntur aut ſeducunt eas nulla tenus habeant uxores quamvis eis poſt modum conveniat.*

SECTION II.

De la néceſſité du conſentement des peres & meres aux mariages de leurs enfans.

DISTINCTION PREMIERE.

Sur quoi eſt fondée cette néceſſité, & que le mariage eſt nul par le défaut de ce conſentement.

VII. Le fils de famille agiroit contre la révérence qu'il doit à ſes pere & mere, s'il contractoit mariage ſans leur conſentement, principe général dont on va voir les ſuites ; & qui ſur cet acte important maintient pour l'ordre public, ainſi que celui des familles, les ſalutaires effets de la puiſſance paternelle, objet ſur lequel elle ne peut ſouffrir aucune atteinte.

Sur le conſentement des parties contractantes, & celui des perſonnes en la puiſſance deſquelles ils ſont. Voyez M. le Prêtre, centurie 1. ch. 53. cela confirme ce principe général qui eſt inconteſtable. Suivant les ordonnances qu'on citera ci-après, & qui ont la loi divine pour baſe.

VIII. Ce ſeroit de la part du fils de famille agir non-ſeulement contre cette révérence, mais contrevenir à l'ordre public, & au premier commandement de la ſeconde table ; autre preuve du principe général.

Dans le droit romain les enfans de famille ne pouvoient contracter mariage ſans le conſentement de leur pere & mere ; mais, quoique mineurs, ils le pouvoient, lorſqu'ils étoient émancipés. Voyez l'arrêt du 19 mai 1707. rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 7. ch. 22. p. 39. voyez l'art. 8. de l'ordonnance de Blois, l'art. 2. de la déclaration du 26 novembre 1639, & l'art. 39 de l'édit de 1629.

IX. De là il s'enſuit que nul enfant mineur mâle ou femelle étant en la puiſſance de pere & de mere, ou de l'un d'eux, ne peut contracter un mariage valable, ſans le conſentement de l'un & de l'autre, ou du ſurvivant des deux ; s'il en contracte un ſans ce conſentement, il eſt nul : c'eſt la conſéquence de ce que deſſus. Et tel mariage ne peut par conſéquent produire d'effets civils, s'il n'y a ratification légitime.

Si nepotem ex filio, & neptem ex altero filio, in poteſtate habeam, nuptias intereos, me ſolo autore, contrahi poſſe, Pomponius ſcribit, & verum eſt, l. 3. ff. *de ritu nuptiarum*. Arrêt du 4 ſeptembre 1637. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 6. ch. 29. Voyez Baſſet, tom. 1. liv. 4. tit. 3. ch. 2.

DISTINCTION II.

Quand le mariage du fils de famille eſt valable, nonobſtant le défaut de ce conſentement.

X. Le mariage du fils de famille, contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere, ou du ſurvivant d'eux, eſt valable, lorſqu'il l'a contracté après la majorité; ſon état eſt de reſpect & non d'eſclavage, comme on l'a vu par la ſeconde propoſition du chapitre premier ci-deſſus: mais manquant par un tel mariage au premier, c'eſt-à-dire, au reſpect, il s'expoſe par-là aux peines qu'on expliquera ci-après. Ce qui conſerve les droits d'un pere & des enfans dans les limites qu'ils doivent avoir ſuivant l'ordre public, dont le maintien eſt encore plus précieux que leur puiſſance.

Arrêt du 28 novembre 1690. rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 443.

XI. Cela a lieu, tant pour les filles que pour les mâles, cette liberté leur eſt commune, ſauf entr'eux la diſtinction des âges, pour ſe mettre à l'abri du foudre de l'exhérédation. Il a fallu cette diſtinction, parce que la nature prémature pour les filles ce qu'elle a retardé pour les mâles.

La déclaration faite par un fils de famille devenu majeur, qu'il perſéveroit dans le mariage par lui contracté en minorité, ſans le conſentement de ſes pere & mere, l'a fait confirmer par l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 5. ch. 11. ce qui prouve la propoſition & la précédente.

XII. En ce cas, ils ſont ſujets à l'exhérédation; c'eſt la peine qu'ils encourent, & qu'on expliquera ci-après. Mais la majorité coutumiere ne ſuffit pas pour la validité d'un tel mariage, il faut majorité parfaite pour la capacité qui ne fait pas obſtacle à la peine qu'on va expliquer.

Arrêt du 18 mars 1651. rapporté par M. Soëfve, tom. 1. cent. 3. ch. 70.

DISTINCTION III.

De la peine que le Majeur encourt, lorſqu'il contracte mariage ſans le conſentement de ſes pere & mere, & quand, & comment il s'en met à couvert,

XIII. La loi civile punit le majeur qui n'ayant pu être retenu par la révérence de la loi divine, a contracté mariage ſans le conſentement de ſes pere & mere: principe général qu'on va expliquer. Et c'eſt ainſi que la loi concilie ſes diſpoſitions, tant ſur la liberté des enfans, que ſur la puiſſance paternelle, à l'abus de laquelle elle a encore paré, comme on l'expliquera par la troiſieme propoſition de cette diſtinction.

Voyez l'ordonnance citée ſur la propoſition qui ſuit: en effet, l'exhérédation auroit toujours lieu, quoique le mariage eût d'abord été célébré contre les formes, & depuis célébré une ſeconde fois avec toutes les formes, & que cette ſeconde célébration eût été déclarée valable par arrêt contre le pere qui l'a conteſtée; tel arrêt n'étant préſumé avoir déſarmé le pere du foudre de l'exhérédation dont il peut punir ſon fils, s'il le juge à propos. Arrêt du 3 avril 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8. ch. 34. & l'âge de l'enfant eſt indifférent au ſujet de cette peine de l'exhérédation qu'il en court, ſuivant l'arrêt du 4 juin 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences; d'où il faut conclure que, nonobſtant l'âge, il eſt ſujet à l'exhérédation. Mais il faut abſolument la majorité, pour la validité du mariage.

XIV. Cette loi, c'eſt-à-dire, non-ſeulement le droit civil, mais encore les ordonnances de nos rois, arment les pere & mere du foudre de l'exhérédation, & leur en permettent l'uſage en ce cas, c'eſt-à-dire, lorſque leurs enfans, abſtraction faite de leur âge, ont contracté mariage ſans leur conſentement, parce que l'intérêt, ſouvent plus éloquent que le devoir, peut arrêter l'abus que la paſſion pourroit faire faire aux enfans de cette liberté.

Article 1. de l'ordonnance de 1556, & même la nomination faite par le ſurvivant des pere & mere, pour recueillir les biens du prédécédé, peut en ce cas être par lui révoquée; arrêt du 10 juillet 1640, rapporté par Soëfve, tom. 1. cent. 1. ch. 17. mais l'exhérédation ne dépouille pas le fils des biens auxquels il eſt appellé par les ſubſtitutions établies par ſes auteurs, Henrys, tom. 2. liv. 5. queſt. 3. ce qu'il a fallu obſerver ſur la propoſition. Voyez l'arrêt du réglement du 17 août 1692, & l'édit du mois de mai 1697.

XV. Comme les pere & mere pourroient quelquefois abuſer eux-mêmes de leur puiſſance, la loi l'a tempérée par ſa ſageſſe, & a prévenu les ſuites de l'abus qu'ils en pouvoient faire: en effet, les enfans ſont affranchis de cette peine, lorſqu'ils ne contractent mariage qu'après un certain âge, pourvu qu'ils ayent requis l'avis & conſentement de leurs pere & mere; réquiſition qui marque & qui conſomme leur reſpect, & qui les met en ce cas à l'abri de l'exhérédation. Juſte conciliation, exacte harmonie des droits des uns & des autres.

L'exhérédation du fils de famille mineur qui ſe ſeroit marié ſans le conſentement de ſon pere ou de ſa mere ſurvivante, ſeroit-elle valable, dans le cas que le mariage auroit été déclaré nul? L'arrêt du 3 mars 1637, rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 6. ch. 6. juge l'exhérédation nulle; mais cette nullité n'empêche pas le mépris de l'autorité paternelle, & ne doit, pour le maintien de l'ordre public, effacer la peine que mérite un tel mépris; ſans cela, la puiſſance paternelle ſeroit inutile pendant la minorité, pendant lequel tems elle doit être plus ménagée & plus efficace: c'eſt ce que la cour a jugé par l'arrêt rendu contre la demoiſelle de Moras, du 16 mai 1741; voyez Bardet, liv. 3. ch. 55; & tom. 2. l. 7. ch. 49. le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 418. C'eſt à cette juſte interprétation qu'il faut ſe tenir.

XVI.

XVII. Cet âge auquel les enfans peuvent contracter mariage ſans le conſentement de leurs pere & mere, & ſe mettre à couvert de la peine de l'exhérédation, en faiſant les ſommations ci-deſſus marquées; cet âge eſt pour les mâles celui de 30 ans, & pour les filles celui de 25. accomplis: la faveur des mariages & le maintien de la liberté, ont donné lieu à ce juſte tempérament de l'ordre public & de celui des familles.

Art. dernier de l'édit de 1656. N'entendons comprendre les mariages qui auront été & ſeront contractés par les fils excédens l'âge de 30 ans, & les filles ayant 25 ans accomplis, pourvu qu'ils ſe ſoient mis en devoir de requérir l'avis & conſentement deſdits pere & mere. Mais à cela, la loi a attaché une condition, elle forme la propoſition qui ſuit.

XVIII. Pour que les enfans qui ont acquis cet âge, ſe mettent à couvert du foudre de l'exhérédation, il faut donc qu'ils faſſent faire à leurs pere & mere, ou au ſurvivant d'eux, trois ſommations reſpectueuſes; c'eſt à ces ſommations que la loi a attaché la marque extérieure de leur reſpect. Elles doivent être faites par deux notaires, en vertu de la permiſſion accordée par le juge de le faire.

Telle eſt la forme preſcrite par l'arrêt de réglement du 27 août 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 641. Voyez l'édit cité ſur la propoſition précédente.

XIX. Au défaut de ces ſommations reſpectueuſes, les enfans qui ſe marient ſans le conſentement de leurs pere & mere, ſont indiſtinctement & à tel âge qu'ils ſoient, ſujets à l'exhérédation; leur omiſſion eſt un éloignement marqué de reſpect, qui autoriſe cette peine, dont la loi ne les met à couvert, qu'en rempliſſant la juſte & néceſſaire condition à laquelle ils ont négligé de ſe conformer.

Article dernier de l'ordonnance de 1556.

XX. Avant l'âge ci-deſſus, celui ou celle qui feroit faire ces ſommations ſeroit ſujet à l'exhérédation, la loi ne lui donnant pas ce pouvoir; c'eſt ce qui réſulte de l'ordonnance. C'eſt condition dont il faut un parfait accompliſſement, autrement ce ſeroit ajoûter à la loi & même étouffer ſa ſageſſe; mais le défaut de cette formalité n'autoriſeroit pas le refus des alimens, qui ſont toujours dûs par les pere & mere.

Celui ou celle qui eſt ſujet à l'exhérédation pour s'être marié ſans le conſentement de ſes pere & mere, ne peut leur demander des alimens; arrêt du 22 décembre 1628, rapporté par Bardet, tom. 1. liv. 3. ch. 20. Mais l'exhérédation a-t-elle lieu, lorſqu'elle n'eſt pas prononcée par le pere? Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2 cent. 2. ch. 67, la négative paroît réſulter de l'ordonnance. La loi arme le pere, mais c'eſt la volonté de ce dernier qui doit agir.

XXI. La fille qui ſe ſeroit fait enlever eſt ſujette à l'exhérédation: l'en affranchir, ce ſeroit autoriſer une ouverture pour éluder les ordonnances.

Voyez Henrys, tom. 2. liv. 5. queſt. 2. & les notes ſur la troiſieme propoſition de la préſente diſtinction.

DISTINCTION IV.

Si ce conſentement eſt néceſſaire pour le ſecond mariage des enfans, & ſi le convol des peres & meres les en affranchit.

XXII. Le conſentement des peres & meres, ou les ſommations ci-deſſus, au défaut de ce conſentement, ſont néceſſaires pour les ſeconds mariages des enfans, comme pour les premiers. Le reſpect qu'ils doivent eſt indépendant d'une telle circonſtance, outre que par le ſecond, comme par le premier mariage, les enfans ne peuvent donner à leur pere & mere une poſtérité contre leur gré; & que l'ordonnance, ne diſtinguant pas ſur cela, on ne peut pas admettre de diſtinction, cela ſeroit contraire à l'eſprit de la loi, que les déclarations poſtérieures ont manifeſté.

Art. 2 de la déclaration de 1639. arrêt de la chambre de l'édit du 13 mars 1663, l'édit de 1693. Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 2. ch. 47. M. Soëfve, tom. 1. cent. 2. ch. 5; le même, tom. 2. cent. 2. ch. 79; & le journal des audiences, tom. 2. liv. 4. ch. 4.

XXIII. Le convol du pere ne change rien à ce que deſſus, c'eſt-à-dire, à la néceſſité de ſon conſentement ou à le réquiſition d'icelui; il faut toujours ſon conſentement, ou à ſon défaut, les trois reſpectueuſes ſommations; il n'en eſt pas moins pere, quoique remarié. Et il en eſt de même du convol de la mere; lorſqu'elle eſt remariée, ſon conſentement eſt non de bienſéance, mais de néceſſité, quoique la foibleſſe du ſexe diviſe ſes affections. Il eſt vrai que quelques'uns ont voulu la diſtinguer du pere remarié, mais leur diſtinction a été rejettée.

Voyez l'arrêt d'enregiſtrement de l'édit de 1556, & l'Arrêt du 21 Juillet 1702, rapporté dans le 6. vol. du journal des audiences, pag. 265. Autre du 3 mai 1703, rapporté dans le même vol. liv. 3. ch. 18. pag. 363, qui confirme les exhérédations prononcées par des meres remariées, contre des enfans majeurs qui s'étoient mariés ſans requérir leur conſentement. En effet, les ordonnances ne diſtinguant pas, pourquoi admettroit-on une diſtinction qui ſeroit contraire à la loi divine, à laquelle la prétendue foibleſſe du ſexe, ne doit pas donner atteinte.

SECTION III.

De la néceſſité du conſentement des Tuteurs & Curateurs.

XXIV. Au défaut de pere & de mere les tuteurs en tiennent lieu aux mineurs, & par là, leur conſentement au mariage eſt indiſ-

penſable, & ſans icelui il y a nullité. Ainſi ſi le mineur n'a pas de tuteur, il en faut néceſſairement un pour la validité du mariage du mineur; tel eſt l'uſage, tel eſt l'eſprit des ordonnances.

Art. 40, de l'ordonnance de Blois. Cette ordonnance qui requiert le conſentement des curateurs, ne s'entend que des curateurs qui ont les mineurs en leur puiſſance, & non des curateurs aux cauſes, quand la famille du mineur émancipé approuve le mariage. Arrêt du 3 avril 1666, rapporté par Soëfve, tom. 2. cent. 3. ch. 72. Autre du 20 mars 1687, rapporté par M. Augeard, tom. 2. pag. 43. Voyez les judicieuſes remarques de M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pages 181 & ſuivantes. Au châtelet il eſt d'uſage de nommer un tuteur à cet effet. Voyez auſſi ſur la propoſition les art. 42 & 43 de l'ordonnance de Blois, & l'art. 39 de celle de 1639.

XXV. Le mineur qui eſt ſous la puiſſance d'un tuteur. Ce qui s'applique à un interdit qui eſt abſolument incapable, mais non à un ſourd & muet; le mineur, dit-on, ne peut donc valablement contracter mariage ſans ſon conſentement; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: c'eſt celle qui réſulte des ordonnances. En effet, étant incapable de diſpoſer de ſon bien, comment diſpoſeroit-il de ſa liberté?

Arrêt du 16 mars 1632. rapporté par Bardet, tom. 1. liv. 1. ch. 16. Mais la mere naturelle, quoique tutrice, n'a pas le même pouvoir que la légitime, pour conteſter le mariage de ſon fils mineur de 25 ans. Arrêt du 1. février 1662. rapporté par Soëfve, tom. 2. cent. 2. ch. 56. Sur la queſtion de ſçavoir ſi le mineur, devenu majeur, peut ſe pourvoir contre la célébration de ſon mariage. Voyez Bardet, tom. 2, liv. 7. ch. 30. A l'égard de l'interdit pour démence, il ne peut valablement contracter mariage, ſon état le privé de toute juſte volonté, & nul ne peut pour ce y ſuppléer. Arrêt du 3 août 1638. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 7. ch. 38. Quant au ſourd & muet de naiſſance, il peut contracter mariage, Soëfve, tom. 2. cent. 1. c. 82. C'eſt un droit naturel auquel ſes infirmités ne l'empêchent pas de participer; quant aux autres, c'eſt incapacité civile.

XXVI. Ceſſant ce conſentement du tuteur, le mariage du mineur ſeroit nullement contracté, par la raiſon de l'incapacité ci-deſſus. incapacité abſolue qui produit la nullité du mariage, que le conſentement ſeul peut faire valider.

Cette néceſſité que le mineur ſoit pour ſon mariage aſſiſté d'un conſeil, ayant qualité & capacité pour le guider, eſt ſi néceſſaire, que la mere tutrice, voulant marier ſa fille mineure, & l'ayeul paternel s'y oppoſant; en ce cas, la cour a ordonné une aſſemblée de parens, par arrêt du 1. août 1639. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 8. ch. 32. Néanmoins par l'arrêt rapporté par le même, liv. 9. ch. 13. l'avis de la mere a été ſuivi; voyez le 5. vol. du journal des audiences, pag. 444. En effet, en ce cas la juſtice ne cherche qu'à inſtruire ſa religion ſur les vrais intérêts du mineur; mais la juſte préſomption eſt que l'affection de l'aſcendant eſt ſupérieure à toutes.

XXVII. Le tuteur doit prendre l'avis des parens, tant ſur le mariage de ſon pupile, que ſur les conventions d'icelui: ſi l'aliénation des biens l'oblige à cela, comme on n'en peut douter, à plus forte raiſon un tel établiſſement.

Art. 43. de l'ordonnance de Blois, lorſque le tuteur agrée le mariage du conſentement des parens, il ne peut plus varier. Arrêt du 10 mars 1654. rapporté par Soëfve, tom. 1. cent. 4. ch. 56. Si les parens ne s'accordent pas ſur le mariage & les conventions, le juge en doit faire fonction. Arrêt du 26 novembre 1701. rapporté dans le 6. vol. du journal des audiences, pag. 151.

SECTION IV.

Formalités communes à tous les Mariages.

§. I

De la publication des Bans.

XXVIII. Pour rendre les mariages ſolemnels, il faut, outre la capacité perſonnelle des contractans, outre leur conſentement, outre celui de leur pere & mere, ou celui de leur tuteur, il faut encore le concours de pluſieurs formalités, & notamment la publication des bans qu'on va expliquer. C'eſt de cette publication que le mariage tire ſa publicité, & c'eſt elle qui, ménageant l'intérêt des tiers, aſſure aux miniſtres de l'autel, la liberté des contractans, ſur laquelle les témoins pourroient être trompés.

Sur ces ſolemnités, voyez le traité des mariages clandeſtins de M. le Prêtre; les mariages préſumés n'ont lieu en France, Baſſet, tom. 1. liv. 4. tit. 3. ch. 1. & les propoſitions ſuivantes; & cela réſulte évidemment de ce que deſſus, puiſque c'eſt de leur décence & de leur publicité que dépend leur validité.

XXIX. Le mariage doit être précédé de la publication de trois bans; & il faut qu'elle ſoit faite par trois jours de fêtes, avec un intervalle ſuffiſant dans chacune des paroiſſes des contractans: cependant une ſeule publication eſt ſuffiſante, lorſqu'il y a diſpenſe des deux autres.

Voyez la premiere partie de l'article 40 de l'ordonnance de Blois; M. *Louët*, & M. *Brodeau*, lettre M, num. 6; *Bardet*, tom. II, liv. 2, chap. 52; & l'ordonnance de 1629.

☞ Quoiqu'il paroiſſe réſulter de l'article 40 de l'ordonnance de Blois, qu'un mariage ſeroit nul, faute de publications de bans, néanmoins, comme l'intention de la même ordonnance a été ſeulement d'obvier à la clandeſtinité des mariages; on en doit conclure, que ſi d'ailleurs la publicité n'en étoit pas conteſtée, on ne pourroit l'attaquer avec ſuccès à cauſe du défaut de publications de bans. Voyez d'Hericourt, en ſes loix eccléſiaſtiques, ch. du mariage, art. 1. num. 21. Bardet, liv. 7. chap. 38. & l'arrêt rapporté au 5e. vol. du journal des audiences.

XXX. La diſpenſe de la publication des trois bancs ſeroit abuſive ; la loi eſt trop ſalutaire pour les diſpenſer totalement: ainſi il y auroit abus dans la célébration du mariage, qui n'auroit été précédé d'aucune publication de bans.

Arrêt du 27 février 1627. rapporté par M. Bardet, tom. 1. liv. 2. ch. 98. Voyez le même, tom. 2. liv. 3. ch. 23.

XXXI. Mais elle peut être accordée pour les deux derniers bans, pour cauſe légitime ; diſpenſe, quoique valable en elle-même, & uſitée, dont la multiplication deviendroit abuſive ; & qui, lorſqu'elle concerne un mineur, ne doit être accordée que du conſentement des pere & mere, & à leur défaut, du tuteur du mineur.

Par arrêt de réglement du 22 décembre 1687. rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 240, il eſt ordonné que la diſpenſe des bans ne pourra être accordée pour marier des mineurs, que du conſentement de leur pere & mere, & tuteur & curateur : juſte conſéquence de l'ordonnance.

§. II.

De la préſence du propre Curé.

XXXII. Le mariage doit être célébré en préſence du propre curé des parties ; c'eſt leur paſteur, le choix d'un autre ſeroit ſuſpect & contraire à la publicité des mariages qui leur eſt néceſſaire, & qui conſerve leur décence, ſans elle il y auroit abus. Cette préſence eſt une ſuite des précédentes diſpoſitions, & la lettre y eſt même expreſſe.

Article 1. de l'ordonnance de 1639. édit du mois de mars 1697. Par l'arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 2. liv. 8. ch. 43. il eſt fait défenſes aux notaires de ſommer le curé de procéder à la célébration du mariage ; & par le réglement du 5 ſeptembre 1680. rapporté dans le quatrieme vol. du journal des audiences, liv. 3. ch. 22. il leur eſt fait défenſes de paſſer des actes, par leſquels les hommes & les femmes déclaroient ſe prendre pour mari & femme. réglement qui a déja été cité ci-deſſus, & que l'ordre exige de citer encore ici. Voyez la déclaration du 15 juin 1697, tout cela prouve la néceſſité de la préſence du propre curé.

XXXIII. Il ne peut être célébré hors la paroiſſe que du conſentement par écrit du curé ou de l'évêque ; le vrai paſteur pouvant ſeul accorder une telle diſpenſe : c'eſt la conſéquence qui naît de la propoſition précédente.

Voyez l'arrêt du 15 juillet 1689. rapporté dans le cinquieme vol. du journal des audiences, pag. 303, & celui de réglement du 15 juin 1691. rapporté dans le même vol. pag. 520.

XXXIV. Il doit être fait mention de ce conſentement dans l'acte de célébration ; c'en eſt la baſe lorſqu'il eſt célébré ailleurs, & ſuite de ce que deſſus.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 2. ch. 45, qui ne peut être tiré à conſéquence, les arrêts cités ſur la propoſition précédente peuvent ſervir à confirmer celle-ci.

XXXV. Si les parties contractantes ſont domiciliées ſous deux paroiſſes différentes, c'eſt dans la paroiſſe de la fille que le mariage doit être célébré, tel eſt l'uſage. Néanmoins il peut être également célébré dans la paroiſſe du garçon, avec le conſentement de l'autre curé.

Le mariage contracté hors la préſence du propre curé, quoique du conſentement de la mere de la fille, a été déclaré nul par arrêt du 1. février 1659. rapporté dans le deuxieme vol. du Journal des audiences, liv. 2. ch. 5. ce qui établit la propoſition.

☞ Voyez encore le mémoire inſéré au 5. vol. des œuvres de M. d'Agueſſeau après le 57e. plaidoyer.

XXXVI. A l'égard des bans, on a vu dans la diſtinction précédente, qu'en ce cas ils devoient être publiés dans les deux paroiſſes ; cette publication peut ſe faire doublement, mais non la célébration qui ne ſe peut faire que dans une ſeule paroiſſe.

Voyez l'article 40 de l'ordonnance de Blois, & le mémoire ci-deſſus cité.

§. III.

Du domicile conſidéré, relativement à la ſolemnité du Mariage.

XXXVII. Le domicile s'acquiert par ſix mois d'habitation, ſous une même paroiſſe ; il a bien fallu fixer un tems pour cela, & un plus long auroit des inconvéniens ; par rapport à la célébration du mariage ; & c'eſt ce domicile qui fixe la publication des bans, & la perſonne du propre curé.

Voyez l'édit ci-après cité ; par le rituel, il s'acquiert par deux mois d'habitation ; voyez M. Augeard, tom. 2. p. 54.

XXXVIII. Lorſqu'il y a eu changement de diocèſe, il faut un an d'habitation pour acquérir domicile.

Voyez l'édit cité ſur la propoſition qui ſuit.

☞ Voyez l'arrêt du 15 février 1755, rapporté par Deniſart, *Verbo* mariage, par lequel un mariage a été déclaré nul, parce qu'il manquoit un ſeul jour au délai de 6 mois, néceſſaire pour acquérir domicile.

XXXIX. Celui qui eſt en la puiſſance de pere & de mere, n'a pas d'autre domicile que celui de ſes pere & mere, il le conſerve pendant ſa minorité. Ce qui a lieu, tant pour ſon mariage que pour les autres effets civils, que la juriſprudence fait dépendre du domicile.

Edit du mois de mars 1697. Par arrêt du 18 janvier 1729, deux conjoints coupables de ſuppoſition d'un faux domicile, & les témoins certificateurs de ce faux domicile, ont été condamnés aux galeres, & la femme au banniſſement.

XL. Suivons le domicile, relativement au mariage, le pupile n'en a pas d'autre que celui de ſon tuteur, qui lui tient lieu de pere en pareil cas; mais quant aux autres effets du domicile, le pupile eſt ſenſé avoir conſervé celui de ſes pere & mere.

Le même édit, cité ſur la propoſition précédente, porte: ſi dans le cas de cette propoſition & de celle-ci, le fils de famille, & le pupile avoient un domicile de fait, il faut double publication de bans; c'eſt la diſpoſition de l'Edit. Voyez l'arrêt du 19 mars 1707.

§. IV.

De la préſence de quatre Témoins.

XLI. Outre les formalités ci-deſſus, & expliquées par les trois paragraphes précédens, il faut pour rendre le mariage ſolemnel, la préſence de quatre témoins; ſans elle, il y auroit abus dans la célébration du mariage. Cette préſence concourt néceſſairement dans ſa publicité, & elle eſt la baſe de la liberté des parties à le contracter.

C'eſt la diſpoſition de l'ordonnance de Blois, art. 40. ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que les bedeaux & domeſtiques de l'Egliſe ne peuvent être témoins.

XLII. Ces témoins doivent être idoïnes & dignes de foi; la loi n'en admet point d'autres en toutes matieres, à plus forte raiſon doivent-ils être tels pour atteſter un acte auſſi important que le mariage?

Ces qualités ſont néceſſaires dans tous les cas où la loi requiert des témoins; voyez la nouvelle ordonnance ſur les teſtamens, elle ſert de preuve à la propoſition.

XLIII. Ils doivent atteſter la capacité des contractans: c'eſt l'objet & la fin de la néceſſité de leur préſence. C'eſt le motif de la néceſſité de leur atteſtation; & ſi l'on fait paroître plus de quatre témoins, c'eſt-à-dire deux pour chacun des conjoints, c'eſt par honneur, & non par néceſſité.

Sur cette propoſition & la précédente, voyez l'article 1. de l'ordonnance de 1639, cette ordonnance les confirme.

XLIV. L'atteſtation fauſſe ſeroit un crime capital: c'en eſt un en effet, que de tromper l'égliſe & la juſtice; & c'eſt en même tems violer l'ordre public, que de concourir à la célébration d'un mariage que les loix réprouvent.

Les arrêts ſur ce intervenus, l'ont ainſi jugé. Voyez celui du 18 janvier 1729, ci-deſſus cité.

§. V.

Des promeſſes de Mariage.

XLV. Les promeſſes de mariage ne produiſent aucun lien de droit; telles promeſſes ne pourroient former qu'un ſimple contrat, & même un contrat imparfait, le mariage étant élevé à la dignité de Sacrement; par conſéquent elles ne ſont pas vraiment obligatoires, & tout leur effet ſe réduit à un dédommagement contre le refuſant de les exécuter, encore ce dédommagement n'a-t-il lieu que ſuivant les circonſtances. En effet, toute promeſſe de mariage ſuppoſe la condition légale qu'il ſera célébré réguliérement; condition juſqu'à l'accompliſſement de laquelle il n'y a pas de véritable engagement, ſauf le dédommagement dont le juge d'égliſe ne peut connoître.

Le juge d'égliſe peut bien connoître d'une telle promeſſe toujours inefficace, & les autres juges ne peuvent connoître de *Fœdere matrimonii.* Arrêt du 24 juillet 1635. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 4. ch. 24. Mais le juge d'égliſe ne peut prononcer ſur les dommages & intérêts, & s'il le faiſoit il y auroit abus, M. Robert, liv. 3. ch. 5. Il y auroit pareillement abus, ſi il contraignoit par cenſures eccléſiaſtiques d'accomplir & exécuter des promeſſes de mariage. Arrêt du 1. juin 1638. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 7. ch. 26. Voyez encore l'arrêt du 3 août 1706. rapporté dans le ſixieme vol. du journal des audiences, pag. 659. La peine ou le dédommagement ſtipulé faute d'épouſer, n'eſt pas obligatoire, & ſe réduit au dédommagement que le juge arbitre; voyez M. Loüet, let. M. num. 24. Bardet, tom. 2. liv. 8. ch. 15. M. Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21. num. 332. pag. 209. Sur les mariages par paroles de préſent; voyez le premier vol. du journal des audiences, liv. 6. ch. 10. L'art. 25 de l'ordonnance de 1606. qui défend toutes promeſſes de mariage par paroles de préſent; on a déja cité ſur ce l'arrêt de réglement du 5 ſeptembre 1680. En effet, telles promeſſes étoient abſolument indécentes, & oppoſées à la ſolemnité des mariages, dont on ne peut trop conſerver la décence.

XLVI. Cependant le garçon majeur qui ſouſcrit une telle promeſſe, eſt tenu de dédommager la fille, non ſuivant l'écrit, mais ſuivant la juſtice; c'eſt réparation du tort, & non exécution d'un acte imparfait; & telle eſt la ſimple action qui naît de telles promeſſes: comme on l'a déja annoncé, ce qui réduit l'engagement imparfait à ſon véritable objet.

Voyez M. le Prêtre, cent. 1. ch. 68. mais ſi le garçon étoit mort depuis les fiançailles, la fille ne peut retenir les bagues & joyaux. Arrêt du 14 mars 1619. rapporté par M. Bardet, tom. 1. liv. 1. ch 55. La Peyrere, pag. 141. Le mariage étoit la condition, & une force majeure a mis obſtacle à ſon exécution.

XLVII. L'inexécution d'une telle promeſſe donnée par un mineur à une fille majeure, ne donne lieu à aucun dédommagement: ſon inexpérience & ſa foibleſſe le diſculpent; c'eſt juſte exception.

Mais le majeur, qui donne lieu à la diſſolution des fiançailles, perd les bagues & joyaux par lui donnés à ſa future, quoique tel don n'eût été par lui fait qu'en contemplation du futur mariage.

journal des audiences, tom. 1. l. 1. ch. 10. Soëfve, tom. 1. cent. 3. ch. 33. C'eſt le premier dédommagement qui n'exclut pas l'autre, ſi ce premiere eſt inſuffiſant.

XLVIII. La fille qui refuſe d'exécuter une telle promeſſe, ne doit aucun dédommagement; l'inconſtance naturelle à ſon ſexe l'en affranchit: cependant, ſi elle étoit majeure, les circonſtances pourroient l'y aſſujettir, mais rarement.

Mais elle doit rendre les préſens: telle eſt ſur ce, la juriſprudence du châtelet; voyez M. Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21. num. 334. pag. 209.

SECTION V.

De la nullité des Mariages par l'inobſervation des formalités ci-deſſus expliquées, & du rapt.

XLIX. Si les contractans étoient incapables de contracter mariage; s'ils ont négligé l'une des formalités expliquées dans les quatre premiers paragraphes de la ſection précédente, le mariage eſt nullement contracté: c'eſt ce qui réſulte de ces paragraphes.

Voyez la propoſition qui ſuit, qui contient la preuve de celle-ci, déja annoncée par les ſections précédentes.

L. Il eſt nul par la diſpoſition des ordonnances & par celle des conciles, qui ont déclaré que ces formalités étoient non-ſeulement de la néceſſité du précepte, mais encore de celle du ſacrement; réunion qui opére nullité abſolue.

Voyez Bardet, tom. 2. liv. 1. ch. 21. & les ordonnances ci-deſſus citées.

LI. C'eſt par le concours de ces moyens, que les juges ſéculiers, ſans toucher à la dignité du ſacrement auquel le mariage a été élevé, jugent que dans le cas de l'inobſervation de quelqu'une de ces formalités, il y a abus dans la célébration du mariage: il y a en effet abus lorſque ce ſacrement a été conféré, ſans qu'il y eût le concours de ce que les conciles ont déclaré être néceſſaire pour le conférer: formalités en ce qu'elles ſont adoptées par les ordonnances qui deviennent les loix de la nation.

Cela réſulte de preſque tous les arrêts cités ſur cette matiere, & la connoiſſance ſur l'exécution des ordonnances de nos rois, appartient aux juges royaux, & non à ceux de l'égliſe; ce ſeroit uſurpation de le prétendre.

LII. Une telle déclaration, quoique faite par des juges ſéculiers, & bien compétens pour ce, juge le mariage nul à tous égards; parce qu'ils déclarent que le ſacrement n'a pas été valablement conféré: autre conſéquence de ce que deſſus. En effet; n'ayant pas été conféré ſuivant les loix, tant canoniques que civiles, il n'en ſubſiſte que le nom, & non la réalité; puiſque l'obſervance de ces loix étoit la condition ſous laquelle il avoit été conféré: mais le juge d'égliſe ne peut troubler un mariage concordant.

Voyez la déclaration de 1639. Mais un promoteur ſans parties ne peut troubler un mariage concordant fait entre majeurs, ſous prétexte de défaut de ſolemnité dans la célébration. Arrêt du 16 janvier 1673. rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 13. Ce ſeroit abus qu'une telle pourſuite & abus intolérable.

LIII. Il y a des mariages qui ne ſont nuls que quant aux effets civils ſeulement; ce qu'on verra ci-après. Cette nullité peut être prononcée par les juges ſéculiers, parce qu'elle ne conſiſte que dans le défaut des formalités portées par les odonnances; juſte compétence qu'on a vu ci-deſſus.

Les effets de cette nullité forment la matiere de la ſection qui ſuit, où cette nullité eſt développée, mais il a fallu l'annoncer ici en général.

LIV. La nullité fondée ſur l'abus dans la célébration ne peut être jugée que par les parlemens, ou par les conſeils ſupérieurs, & ſur un appel comme d'abus interjetté devant eux: ils ſont ſeuls dépoſitaires de l'autorité du roi en cette partie; & les autres juges ne peuvent point en connoître.

Voyez l'édit de janvier 1742, cité par *Fevet*, traité de l'abus; & l'uſage en eſt inviolablement obſervé.

LV. Il y a d'autres mariages qui ſont nuls quant au ſacrement, & qui néanmoins produiſent des effets civils, que la bonne-foi, l'équité, & le maintien de l'ordre public autoriſent; ce qu'on expliquera ci-après.

Voyez ſur cette nullité la ſection 7. du préſent chapitre.

LVI. Le mariage contracté avec un raviſſeur eſt illégitimement contracté: le rapt eſt incompatible avec le conſentement; & il imprime un vice ineffaçable.

Voyez l'art. 169 de l'ordonnance de 1629. & la déclaration de 1639. Eſt à obſerver, que ſi depuis le rapt, la perſonne ravie majeure, & étant en liberté, donne un nouveau conſentement au mariage, tel mariage eſt valable pour le ſacrement, mais il eſt nul pour les effets civils; ordonnance de 1639, art. 3.

SECTION VI.

Des Mariages nuls, quant aux effets civils ſeulement.

LVII. Dans la ſolemnité des mariages, concourent la dignité d'un ſacrement & l'authenticité d'un contrat civil; mais un mariage peut être nul, quant au ſacrement, ſans l'être, quant aux effets civils. Nous allons

examiner dans cette ſection les nullités de la derniere eſpece; celles de la premiere feront la matiere de la ſection ſuivante.

L'arrêt du 12 mai 1689. rapporté dans le cinquieme vol. du journal des audiences, ch. 14. pag. 284. Les propoſitions ſuivantes les vont dérailler. Voyez la déclaration de 1639.

LVIII. Le mariage contracté *in extremis*, eſt nul quant aux effets civils : il eſt l'effet d'une juſte crainte, plus que l'effet d'une libre volonté; ce qui exclut les effets civils, lorſqu'il y a eu concubinage : cependant, en ce cas même, il eſt dû un certain ſecours aux enfans.

Art. 6. de la déclaration de 1639. Voyez le quatrieme plaidoyer de M. Robert, ajoûté au commencement des arrêts par lui rapportés. M. de Montholon, ch. 70. le premier vol. du journal des audiences, liv. 2. ch. 100. & l'arrêt de Rennes, rapporté dans le même vol. liv. 6. ch. 4. il eſt auſſi rapporté par Soëfve, tom. 1. cent. 3. ch. 30. Cependant par commiſération, la cour adjuge aux enfans une certaine portion des biens. Arrêt du 14 Juillet 1687. rapporté par M. Augeard, tom. 2. pag. 44. Par l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2. cent. 3. ch. 89. le mariage contracté par un homme bleſſé, a été jugé nul, quant aux effets civils, quoique le mari eût ſurvécu 54 jours; voyez auſſi M. le Prêtre, cent. 2. ch. 7. Mais le mariage fait à l'extrémité de la vie, n'eſt privé des effets civils, que lorſqu'il a été précédé de concubinage; M. le Maître, tit. 14. pag. 486. C'eſt juſte interprétation de l'ordonnance.

LIX. Cependant nonobſtant la nullité dans la theſe générale du mariage contracté *in extremis*, ſi un homme en ſanté épouſoit ſa concubine dans le temps qu'elle ſeroit enceinte, ſans autre accident pour ſa vie, tel mariage ſeroit bon, & même quant aux effets civils. Cela eſt fondé ſur ce que c'eſt un libre conſentement que produiſent la religion & l'honneur; conſentement qui fait valider le mariage : autre exacte exception de la même loi.

Arrêt du 5 Septembre 1675. rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 175. où cette queſtion eſt très-doctement traitée. Ce même arrêt a jugé que tel mariage avoit légitimé les enfans nés avant, ce qui prouve bien évidemment la propoſition. Car il ne pouvoit y avoir légitimité des enfans, ſi il n'y avoit légitimité dans le mariage.

LX. Il n'en eſt pas de même quand l'homme eſt mourant, & qu'il contracte mariage dans cet état avec une perſonne qu'il a entretenue comme concubine : c'eſt une contrainte viſible; c'eſt une conjonction que l'homme a lui-même jugée honteuſe; & dans laquelle il paroît n'avoir voulu entrer qu'en ceſſant de vivre : c'eſt le vrai cas de cette nullité; c'eſt le vrai cas d'appliquer l'ordonnance.

Arrêt du 28 février 1667. rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 1. ch. 15. ſur quoi il faut obſerver qu'avant l'ordonnance de 1539. un mariage contracté *in extremis*, avec une concubine, dont il y avoit eu pluſieurs enfans, a été déclaré bon & valable par arrêt du 13 mai 1633. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 1. ch. 46. Voyez le même auteur, au même tome, liv. 5. ch. 10. mais c'étoit donner un effet abuſif à tel mariage, ce que l'ordonnance de 1539 a fait ceſſer, & principalement lorſqu'il y a eu concubinage. Salutaire diſpoſition à laquelle il faut ſcrupuleuſement s'attacher.

☞ Néanmoins un mariage contracté *in extremis*, par une perſonne qui étant en pleine ſanté, & avant ſa maladie, auroit fait ce qui étoit en ſon pouvoir pour le contracter, ce dont il auroit été empêché par des oppoſitions, ou autres difficultés, ne ſeroit pas dans le cas d'être privé des effets civils; ainſi jugé par arrêt du parlement de Normandie du 29 juillet 1717, rapporté au 6. volume du journal.

LXI. Le mariage clandeſtin eſt pareillement nul, quant aux effets civils : on va expliquer ce que c'eſt que la clandeſtinité, qui eſt totalement oppoſée à la décence & à la pureté des mariages.

Article 5. de la déclaration de 1639. Voyez M. le Prêtre, cent. 2. ch. 6. ſuivant lequel, la premiere marque de clandeſtinité eſt le défaut de contrat, voyez ſon traité des mariages clandeſtins, pag. 643. Je crois que cette premiere circonſtance, ſi elle ſe trouvoit ſeule, ne feroit pas grande impreſſion pour la clandeſtinité. C'eſt ſur les ordonnances qu'il faut fonder la clandeſtinité; lorſqu'elle eſt telle, il y a abus dans la célébration, & par conſéquent nullité abſolue.

LXII. Tel eſt le mariage du fils de famille contracté à l'inſçu de ſes pere & mere : tel mariage eſt vraiment clandeſtin, & par conſéquent nul, quant aux effets civils, puiſque ce conſentement eſt eſſentiel à la ſolemnité du mariage.

Bardet, tom. I, liv. 2, ch. 88.

LXIII. Tel eſt celui contracté par les fils de famille & par les autres, ſans publication de bans, qui, quant aux effets civils, conſomme la publicité, & ſans laquelle il y a clandeſtinité.

M. le Prêtre, traité des mariages clandeſtins, pag. 654. On a vu ci-deſſus que par la diſpoſition des ordonnances, la publication des bans étoit une des formalités principales pour la publicité des mariages.

LXIV. Tels ſont les mariages contractés hors la préſence du propre curé : autre clandeſtinité marquée, & qui, dans ce cas, comme dans les deux précédens, influe néceſſairement ſur les enfans.

Les enfans nés de tels mariages, ſont incapables de ſuccéder, M. le Maître, tit. 15. pag. 486. Ce qui prouve la propoſition & la néceſſité de cette préſence, a été établi ci-deſſus dans ſon ordre.

LXV. Ces mariages ſont nuls, non-ſeulement comme clandeſtins, & comme tels,

contraires aux ordonnances ; mais encore comme contraires aux conciles, qui ont ordonné ces formalités, les premieres ayant adopté les autres. Ainſi, ſur cette nullité, il y a le concours des deux puiſſances.

Voyez ſur ce, les arrêts ci-deſſus cités ; mais ce ſont principalement les ordonnances qui operent cette nullité.

LXVI. Le défaut de préſence de quatre témoins idoïnes rend encore le mariage clandeſtin, & opére la même nullité.

Voyez l'art. 40 de l'ordonnance de Blois, il établit cette propoſition.

LXVII. Les mariages que l'infâmie fait cacher, quoique revêtus des formalités preſcrites par les conciles & par les ordonnances, ſont réputés clandeſtins, & comme tels incapables de produire des effets civils: ils ſont contraires à la décence & à l'ordre public.

L'inégalité des perſonnes eſt la ſeconde marque de clandeſtinité, & la privation du rang & de l'honneur, dans laquelle la femme eſt laiſſée, la quatrieme marque de clandeſtinité. Selon M. le Prêtre, pag. 645, elles ſont bien plus frappantes que le défaut de contrat que ce magiſtrat donne comme la premiere marque de clandeſtinité. En effet, tels mariages tiennent plus de la honte du concubinage que de la dignité d'un ſacrement; & comme, tels il eſt juſte de les priver des effets civils.

Ce ſont les termes de l'art. 5. de la déclaration de 1639, & qui établiſſent évidemment cette propoſition, ainſi que la précédente.

LXVIII. Tel eſt encore le mariage de celui qui épouſeroit ſa ſervante, & qui nonobſtant ce mariage, auroit toujours paſſée pour domeſtique ; c'eſt clandeſtinité très-marquée, & par conſéquent qui rend le mariage incapable de produire des effets civils.

Voyez M. le Prêtre, en ſon traité des mariages clandeſtins ; c'eſt, comme on l'a déja vu, la quatrieme marque de clandeſtinité qui me paroît ſur ce déterminante; & cela a été ainſi jugé au parlement par arrêt du 26 mai 1705, rapporté par Augeard, & au parc civil, plaidant M. Laverdi.

LXIX. Il en eſt de même de celui qui auroit été contracté avec une perſonne d'une qualité fort inégale, & qui habiteroit dans une maiſon ſéparée ; la clandeſtinité dans ce cas eſt moins marquée que dans le précédent, mais elle produit le même effet.

Voyez M. le Prêtre, aux pages ci-deſſus citées. En effet, l'inégalité de condition jointe au ſecret, détermine la clandeſtinité, & par conſéquent en ce cas nuls effets civils ; & voyez ci-après le titre de la mort civile, qui opere nullité du mariage, quant aux effets civils.

LXX. Le mariage ignoré n'eſt pas nul, par-là ſeulement qu'il eſt ignoré, & cela n'opere pas vraie clandeſtinité, ſi il n'y a pas d'autres circonſtances qui le rendent clandeſtin.

Cela s'entend, pourvu qu'il n'y ait pas vilité dans le ſujet dont on fait ignorer l'état. Tel eſt celui qui ſeroit contracté par deux perſonnes libres, & à-peu-près de même état, qui, par une prudente politique, auroit tenu leur mariage ſecret ; tel mariage n'eſt point nul, & pas même tel, quant aux effets civils.

Arrêt du 11 janvier 1691. rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7. ch. 3. pag. 456. voyez la note ſur la propoſition qui ſuit, mais il ne faut pas que ce myſtere dure juſqu'à la mort & à la diſſolution; en ce cas, il y auroit nullité, quant aux effets civils, comme on le va voir par la note ſur la propoſition qui ſuit. Ce ſecond cas ſeroit celui des ordonnances, mais non le précédent.

LXXI. Dans ce cas de myſtere & politique, quand les époux auroient chacun un domicile ſéparé, tel mariage ne laiſſeroit pas de produire les effets civils, pourvu que dans la célébration d'icelui, les formalités euſſent été obſervées; ce qu'on ne doit appliquer qu'avec beaucoup de prudence & de ménagement. Tel eſt l'eſprit des ordonnances qui doit toujours ſervir de guide, & ſuivant lequel, tel myſtere ne doit pas avoir ſubſiſté juſqu'à la mort.

Si tel mariage avoit été tenu caché juſqu'à la mort de l'un des conjoints, il ne produiroit aucun effet civil, ni en faveur du ſurvivant, ni en faveur des enfans. Arrêt du 30 mars 1666. rapporté par Soëfve, tom. 2. cent. 3. ch. 71. Autre du 10. Janvier 1671. rapporté par le même auteur, tom. 2. cent. 4. ch. 57. Voyez encore celui du 24 mai 1704. rapporté par M. Augeard, tom. 1. ch. 51. pag. 412. & celui du 26 mai 1705. rapporté par le même auteur, au même tome, pag. 462.

LXXII. Le mariage contracté par une perſonne condamnée à mort eſt nul, quant aux effets civils; nullité qui a lieu, encore que l'autre fût dans la bonne-foi, parce que ces condamnations étant publiques, leur ignorance ne peut ſe préſumer; ainſi en ce cas nullité abſolue.

De cette privation de tout effet civil, il s'enſuit que les enfans nés d'un tel mariage ſont incapables de ſuccéder; c'eſt la diſpoſition de l'ar. 6. de la déclaration de 1639. M. de Montholon, ch. 36. M. Louet, let. E. num. 8. Bardet, tom. 1. liv. 2. ch 32. la Peyrere, let. N. pag. 233. & 247. voyez l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, pag. 224. qui, par la bonne-foi d'un des conjoints, adjuge une ſucceſſion à un enfant né d'un tel mariage. Et Fevret, tom. 2. M. Louet lett. E, chap. 6. mais c'eſt plus faveur que vrai droit; ainſi cela ne peut être tiré à conſéquence.

LXXIII. Il en eſt de même de celui contracté par une perſonne condamnée à perpétuité aux galeres, ou au banniſſement perpétuel; c'eſt mort civile qui s'annonce d'elle-même.

Cela auroit lieu encore que la condamnation fût

par contumace, lorſque la contumace n'a pas été purgée. Arrêt du 13 février 1525. rapporté dans le premier volume du journal des audiences. Voyez M. le Maitre, tit. 15. pag. 288.

LXXIV. Mais le mariage contracté par celui contre lequel telles condamnations n'auroient été prononcées qu'à tems, produiroit des effets civils, n'y ayant que celles à perpétuité qui emportent mort civile.

Mais ſi le mort civilement qui a contracté mariage après la condamnation par contumace, mouroit dans les cinq ans, en ce cas, le mariage produiroit des effets civils. Voyez l'arrêt du 25 mars 1709. rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 9. ch. 11. pag. 224. c'eſt une déciſion ſur un cas particulier & favorable, qui ne peut donner atteinte à la régle générale; par cet arrêt, une ſucceſſion collatérale eſt adjugée à un enfant né d'un tel mariage; mais il alléguoit la bonne-foi de ſa mere & la preſcription du crime. Le premier moyen étoit foible, le ſecond avoit de la ſolidité, & a fondé la déciſion.

LXXV. Les enfans qui naiſſent des mariages nuls, quant aux effets civils, ſont incapables de toute ſucceſſion; c'eſt le juſte effet de la privation des effets civils. Un pere ne pouvant tranſmettre un droit qu'il n'a pas, impuiſſance qui néceſſite cet effet contre les enfans.

Art. 5. & 6. de la déclaration de 1639. Voyez l'arrêt rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, pag. 224. cité ſur la propoſition précédente, qui par la bonne-foi d'un des conjoints, adjuge une ſucceſſion à un enfant né d'un tel mariage. Voyez Montholon, en l'endroit qu'on vient de citer; M. Bardet, tom. 1. liv. 1. ch. 29. Soëfve, tom. 1. centurie 4. ch. 27.

M. le Maître, tit. 15. pag. 488.

LXXVI. Mais dans le cas de condamnation par contumace, ſi le pere mouroit pendant les cinq ans, ou après s'être repréſenté, les enfans ſeroient capables, puiſque le pere même meurt capable.

M. le Prêtre, voyez ci-deſſus l'arrêt du 25 mai 1709, & ci-après le titre de la mort civile.

LXXVII. Cette incapacité eſt pour les ſucceſſions collatérales, comme pour celles de leur pere & mere; elle eſt générale & abſolue. Ainſi ſur cette incapacité, il n'y a aucune diſtinction à faire, en ſuivant la pureté de la régle.

L'ordonnance ci-deſſus citée dit, de toute ſucceſſion; voyez M. le Maître à la page 488. déja cité, & la remarque qu'on a fait au ſujet d'un arrêt qui ſemble juger le contraire. Il eſt de 1709.

LXXVIII. Cependant ſur les ſucceſſions de celui de leur pere ou mere qui eſt mort en poſſeſſion d'état de citoyen, on leur adjuge une certaine ſomme, & même en propriété; c'eſt effet de commiſération, & non effet d'un droit civil. La fixation de ce, dépend de l'arbitrage du juge, les circonſtances doivent être la baſe de ſa liquidation. Mais les enfans nés d'un mariage contracté depuis la mort civile, c'eſt-à-dire de celle réſultante d'un jugement contradictoire, n'ont rien dans les biens de leur pere ou mere mort civilement; il en eſt autrement dans les autres ſucceſſions, dans le cas que la bonne-foi de l'un des conjoints leur donne faveur; mais c'eſt faveur plus que vrai droit, comme on l'a déja obſervé.

Voyez l'arrêt du 25. mars 1709. rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, pag. 224. part. 2. & cela eſt fondé ſur ce que leur naiſſance poſtérieure à la confiſcation ne peut donner aucune atteinte à icelle. Cependant par l'arrêt du 6 juillet 1637. rapporté par Bardet, tom. 2. ch. 18. l'enfant iſſu d'un mariage contracté par un mort civilement, quoiqu'incapable de ſuccéder à ſon pere, eſt néanmoins capable de ſuccéder à ſon frere conſanguin; cet arrêt fut cité lors de celui de 1709. ci-deſſus cité: c'eſt encore une fois plus faveur que vrai droit; car la loi étant générale, ne paroit pas admettre cette diſtinction.

LXXIX. Par l'incapacité des enfans nés de tels mariages, ils ne peuvent revendiquer le fonds du douaire; c'eſt repréſentation de portion héréditaire; ainſi l'incapacité quant à l'un, entraîne incapacité, quant à l'autre.

Cette repréſentation eſt établie ſur le titre du douaire, elle fonde la propoſition & l'incapacité milite, tant pour le préfix que pour le coutumier; l'un & l'autre produiſant également cette repréſentation; ainſi quant à ce nulle diſtinction à faire.

XC. La femme dont le mariage eſt déclaré nul, quant aux effets civils, eſt privée de toute convention lucrative portée par le contrat de mariage; telle convention eſt effet civil du ſacrement, & par conſéquent tombe d'elle-même, lorſqu'il y a eu abus dans ſa célébration.

Voyez le titre de la communauté, où cela eſt établi par le ſentiment de M. le Brun, & celui des auteurs des notes ſur M. Dupleſſis.

XCI. De-là il s'enſuit qu'elle eſt privée du douaire & du préciput porté par ſon contrat de mariage: c'eſt gain de ſurvie; mais pour l'épouſe légitime ſeulement, & non pour elle qui ne l'eſt pas: c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente. Ainſi celle dont le mariage a été nullement, & abuſivement contracté, ne peut prétendre ces avantages.

Les collatéraux ſont recevables à attaquer un mariage par voie d'exception, lorſqu'il eſt de leur intérêt de le faire, & qu'ils ont des moyens d'abus abſolus; Arrêt du premier août 1707. rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 7. ch. 36. pag. 84. & lorſqu'ils y réuſſiſſent, ces avantages tombent d'eux-mêmes, & la femme en eſt privée.

XCII.

XCII. Mais elle a la répétition de ſa dot, elle devient un prêt indépendant du mariage; & en effet c'eſt reſtitution, & non gain nuptial; par conſéquent une telle reſtitution doit avoir lieu, nonobſtant la nullité du mariage, autrement ce ſeroit autoriſer une injuſte conquête.

Voyez l'arrêt du 15 juillet 1716, rapporté par M. Augeard, tome 1, ch. 60, pag. 462. La propoſition qui ſuit établit encore celle-ci.

XCIII. En ce même cas elle n'a pas droit de communauté, ou du moins elle n'a que moitié de ce qui a été acquis pendant le mariage; & ce, non en vertu de la loi qu'elle ne peut invoquer, ni en vertu de la ſtipulation qu'elle ne peut alléguer; mais par le ſeul fait, par le mélange des biens, & le droit qui réſulte de la commune collaboration, qui eſt une voie générale & légitime d'acquérir.

M. le Brun, de la communauté, & ce droit qu'on lui accorde eſt une exacte juſtice, qui par le fait ſeul ne peut lui être refuſé.

SECTION VII.

Des mariages nuls, quant au ſacrement, & qui néanmoins produiſent des effets civils.

§. I.

Du principe de cette faveur.

XCIV. Il y a des mariages qui ſont nuls, quant au ſacrement, & qui néanmoins produiſent des effets civils, & ce par forme de dédommagement; c'eſt ce qu'on va expliquer par cette ſection. Mais c'eſt le dédommagement qui produit ce droit plus que le mariage; c'eſt l'équité, c'eſt l'ordre public qui donnent un droit que le mariage ſeul déniroit.

Voyez Bardet, tom. 2. liv. 2. ch. 28. & les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci.

XCV. La bonne-foi des deux contractans, ou de l'un d'eux, eſt la baſe de cette faveur, & fonde ce juſte dédommagement, & les effets civils qu'on va expliquer par les paragraphes ſuivans. Voilà le principe général, c'eſt cette bonne-foi à laquelle on n'a pu refuſer cette équité.

Note ſur M. Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1. ch. 1. déſignée par la lettre A. p. 351. Sur cette propoſition générale eſt à obſerver que tel eſt le mariage d'une perſonne libre, avec autre qui ſe diroit veuf; ſur le mariage des veufs ou veuves, voyez l'arrêt du réglement du 9 février 1640. rapporté par M. Henrys, tom. 1. liv. 4. ch. 6. queſtion 96. Mais cela ne peut s'appliquer à celui qui a encouru une mort civile infamante, & qui par-là eſt publique; la publicité écartant toute préſomption de bonne-foi, & par conſéquent tout juſte dédommagement.

§. II.

Du mariage d'une perſonne libre, & dans la bonne-foi, avec une perſonne engagée dans un précédent mariage, ou dans les Ordres.

XCVI. Dans ce cas le mariage, quoique nul quant au ſacrement, produit tous les effets civils. Le principe général expliqué par le paragraphe précédent a conduit là, c'eſt-à-dire, la bonne-foi.

Arrêt du 3 avril 1653. rapporté dans le 1. vol. du journal des audiences, liv. 7. ch. 23. ſi le premier mariage étoit nul, le ſecond par la bonne-foi ſeroit même valable, *quoad fœdus*, jugé par le même arrêt. Voyez encore l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 3. ch. 8. & l'auteur du traité des propres, ch. 2. num. 11. pag. 102. M. le Prêtre, cent. 1. ch. 1. M. Louet, lettre L. chap. 14.

XCVII. Fixons-nous à ce juſte motif. La bonne-foi de l'un des contractans, & la faveur que mérite cette bonne-foi produit cet effet, la validité civile du mariage; & c'eſt dans ce cas que s'applique l'effet de la bonne-foi de l'un des conjoints, qui influe ſur les enfans; mais non dans les autres cas.

Un des principaux effets eſt la légitimité des enfans. Voyez l'arrêt du 13 juin 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8. ch. 40. Voyez auſſi la deuxieme partie du ſixieme volume, pag. 224. Ainſi les enfans nés d'un tel mariage ſont légitimes, ils méritent autant de faveur que le conjoint qui eſt en bonne-foi, & cette légitimité eſt un de ſes droits.

XCVIII. Il en eſt de même du mariage qu'une fille contracteroit de bonne-foi avec un homme engagé dans les ordres ſacrés; le dédommagement que ce dernier lui doit ouvre tous ſes droits, c'eſt-à-dire, tous ceux qu'auroit une épouſe parfaitement légitime, comme on le verra par le paragraphe qui ſuit. C'eſt un ſecond cas dans lequel s'applique exactement l'effet de la bonne-foi qui influe ſur les enfans, ſans laquelle influence le conjoint en bonne-foi ſouffriroit du crime de l'autre.

Cependant la bonne-foi de la femme dans la célébration d'un mariage avec un religieux, ne peut donner aux enfans la capacité de ſuccéder à leurs ayeux, les conventions particulieres ne pouvant donner atteinte au droit public. Arrêt du 10 février 1632. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 1. ch. 5. ſur le mariage contracté avec un diacre. Voyez l'arrêt du 12 mai 1676, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10. ch. 24. & dans le cinquieme, pag. 650.

§. III.

Des droits de la Veuve & des Enfans nés d'un tel mariage.

XCIX. Dans ce cas la veuve qui a contracté de bonne-foi, a non-ſeulement la répétition de ſa dot, mais l'exercice de tous les droits réſultans de ſon contrat de mariage; la mauvaiſe foi de ſon mari ne doit lui nuire,

elle doit donc avoir tous ſes droits, c'eſt-à-dire, non-ſeulement la répétition de ſa dot, mais celle de ſes gains nuptiaux.

Voyez les notes ſur M. Dupleſſis au commencement de ſon traité de la communauté.

☞ 1. Voyez l'arrêt du 22 janvier 1693, rapporté au 5. vol. du journal des audiences, rendu en faveur d'une femme qui avoit épouſé un religieux profès dont elle ignoroit l'état. Cet arrêt a adjugé à la femme moitié de la communauté qui étoit opulente, & toutes ſes conventions matrimoniales.

XCX. Les enfans nés d'un tel mariage ont la parfaite légitimité; la bonne-foi de leur mere leur procure cet avantage, parce qu'elle ne doit pas ſouffrir, même dans la perſonne de ſes enfans; c'eſt ce qui réſulte du paragraphe précédent & que l'ordre veut qu'on reprenne ici.

Voyez l'arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 53. Soëfve, tom. 2, cent 1, ch. 26.

XCXI. En cette qualité, non-ſeulement ils ſuccédent à leurs pere & mere, mais ils ſont encore capables de toute ſucceſſion collatérale; ils ſont enfans légitimes & ont tous les droits de la légitimité, & par conſéquent ce droit de ſuccéder généralement, ſans néanmoins qu'il puiſſe influer ſur la bâtardiſe d'un mari.

Mais la bonne-foi de la femme qui auroit cru épouſer un légitime & non un bâtard, peut-elle rendre les enfans nés d'un tel mariage capables de ſuccéder à leur ayeul, pere naturel de leur pere? M. Montholon, ch. 13. rapporte un arrêt qui a jugé l'affirmative; c'eſt étendre bien loin l'effet de la bonne-foi. Je ne goûte pas cette opinion.

§. IV.

Des effets de la bonne-foi du mari, & des droits de la femme qui s'eſt mariée en mauvaiſe foi.

XCXII. La bonne-foi du mari produit tous les mêmes effets que la bonne-foi de la femme; ainſi le même principe leur eſt commun. Par cette bonne-foi les enfans ont la parfaite légitimité, cela eſt conſtant, abſtraction faite de quel côté ou du pere ou de la mere vient la bonne-foi.

Voyez le cinquieme volume du journal des audiences, page 282.

☞ 2. La propoſition eſt encore établie par deux arrêts des 5 ſeptembre 1744, & 13 juillet 1752, rapportés par Deniſart *Verbo legitimation.*

XCXIII. Mais la femme qui étant engagée dans un premier mariage en contracte un ſecond, n'a que la répétition de ſa dot & nul exercice de ſes gains nuptiaux; ſa mauvaiſe foi l'en rend indigne, c'eſt elle qui doit le dédommagement, & non elle à qui il eſt dû: c'eſt donc à cette répétition qu'elle eſt réduite, & la légitimation par le ſubſéquent mariage d'enfans nés dans l'adultere, quoique dans la bonne-foi de l'un, n'a pas lieu.

Les enfans ne ſont pas légitimés par le mariage ſubſéquent, nonobſtant la bonne-foi de l'un de leurs pere & mere, ſi ils ſont nés dans l'adultere, & que le mariage ait été contracté depuis, lorſque l'un des contractans en étoit incapable, & que l'autre fût dans la bonne-foi par l'ignorance de cette incapacité; ce vice d'origine efface en ce cas la faveur. M. le Maître, tit. 15. pag. 488. C'eſt juridique exception à l'effet de la bonne-foi.

XCXIV. On a vu ci-deſſus que la bonne-foi d'un des conjoints ne peut rien, même par rapport aux enfans, dans le cas d'un mariage contracté avec une perſonne condamnée à la mort; il eſt bon d'en faire ici l'obſervation: c'eſt incapacité, c'eſt inhabilité publique qui ne peut s'allier avec la bonne-foi.

Voyez les notes ſur M. Dupleſſis, au commencement de ſon traité ſur la communauté, & la diſtinction 5. de la ſection précédente: on peut excepter de ce, les ſucceſſions collatérales; mais cela eſt contre le principe.

XCXV. En effet, telles condamnations étant publiques, l'ignorance & la bonne-foi ne peuvent jamais ſe préſumer; ainſi dans ce cas la bonne-foi, qui n'eſt qu'ignorance inexcuſable, ne peut rien, ſi ce n'eſt une certaine faveur bien plus qu'un vrai droit légitime; & c'eſt à cette faveur que ſe réduit tout le droit des enfants nés d'un tel mariage.

Cela eſt établi en la diſtinction citée ſur la propoſition précédente.

§. V.

Du mariage contracté entre parens, & ſi la bonne-foi peut lui faire produire des effets civils.

XCXVI. Le mariage contracté entre parens à un degré prohibé, produit quelquefois des effets civils, mais cela eſt rare; principe général qu'on va développer, & qui ſe réduit à dire qu'en ce cas la bonne-foi qui produit les effets civils peut difficilement ſe préſumer.

Les Romains, guidés par l'ordre public, & privés des lumieres de notre ſainte religion, prohiboient les mariages entre perſonnes proches; l'empereur Claude, qui ne voyoit que par les yeux d'autrui, permit le mariage avec une niece; loi qui fut enſuite révoquée par l'empereur Nerva, comme celle qui permettoit les mariages entre couſins, qui fut révoquée par Théodoſe. Par l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 7. ch. 12. la diſpenſe pour un tel cas accordée par l'évêque entre proches, a été jugée valable. A plus forte raiſon, lorſqu'elle eſt accordée par le pape, qui peut diſpenſer de l'obſervance du droit poſitif, mais non de celle du droit divin. Voyez les fameuſes conteſtations ſur le mariage de Catherine d'Arragon, avec Henry VIII, roi d'Angleterre, & qui étoit veuve du prince Arthur ſon frere, tous les deux enfans d'Henry VII.

XCXVII. La bonne-foi des conjoints ou celle de l'un d'eux, c'eſt-à-dire, l'ignorance de la parenté ſuffit, pour cela, dans le cas

qu'on va expliquer, c'eſt-à-dire, lorſque cette bonne-foi peut avoir une juſte baſe.

Sur la qualité de cette ignorance, voyez l'arrêt du 18 avril 1707. rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, pag. 29.

XCXVIII. Cette bonne-foi ne ſe préſumeroit pas ſi le degré de parenté étoit prochain; en ce cas, il y a illégitimité, tant par rapport au mariage que par rapport aux enfans; mais on peut la préſumer dans le cas, que le degré de parenté eſt éloigné.

Voyez Bardet, tom. 2. liv. 2. ch. 28.

XCXIX. De-là il s'enſuit que dans le cas de cette bonne-foi, & où elle peut ſe préſumer, les enfans nés d'un tel mariage, quoiqu'illicite, ſont légitimes; la bonne-foi de ceux qui leur ont donné l'être les rend tels; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: il eſt nul, quant au ſacrement, & même dès ſon origine, dès que le vice de la célébration ſe découvre; cependant il produit des effets civils.

M. Baſſet, tom. 1. plaidoyer 16. Note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 351.

C. Il s'enſuit que dans le même cas, la femme a tous les droits réſultans de ſon contrat de mariage, c'eſt le juſte effet de la bonne-foi: autre effet qu'elle produit nonobſtant la parenté éloignée, & lorſque par cet éloignement, on peut préſumer la bonne-foi des contractans.

Voyez la citation ſur la premiere propoſition du paragraphe précédent.

CI. L'alliance ou affinité ſpirituelle ne rend pas le mariage nul, le contraire étoit un abus que quelques tribunaux portoient autrefois bien loin; on en eſt heureuſement revenu.

Arrêt du 27 avril 1638. rapporté par Bardet, tome 2. liv. 7. ch. 20. ſur la validité des diſpenſes obtenues par des parens, pour pouvoir contracter mariage enſemble. Voyez les moyens & les autorités contenues dans l'arrêt du 11 décembre 1664. rapporté dans le deuxieme volume du journal des audiences, liv. 6. ch. 52.

CHAPITRE TROISIÉME.

DES FEMMES EN PUISSANCE DE MARIS.

I. LES filles ne jouiſſent, comme les mâles, de la liberté & de la libre diſpoſition des biens qu'après la majorité; c'eſt fixation commune à l'un & à l'autre ſexe; & ſi ſur cela il y a des limitations par rapport à la femme, c'eſt ſon état & non la nature qui les produit.

Voyez le chapitre 2. du premier titre de ce premier livre. Incapacité purement relative que l'ordre veut qu'on poſe ici, & qu'on a approfondi ſur le titre de la communauté.

II. Mais le mariage retranche beaucoup de cette liberté; ce qu'il eſt à propos d'obſerver ici en général, & ce qu'on développera ci-après dans le titre des perſonnes conſidérées relativement à l'ordre de chaque famille, & dans le titre de la communauté.

Voyez l'article 223 de la coutume, & ci-après le titre de la communauté, qui eſt le ſiége de l'incapacité que le mariage produit par rapport à la femme en puiſſance de mari, & en communauté de biens avec lui; il ſuffit ici de poſer le principe général.

CHAPITRE QUATRIÉME.

DE LA PREUVE DE LA LÉGITIMITÉ DU MARIAGE, ET DE LA LÉGITIMITÉ DES ENFANS.

SECTION PREMIERE.

DES PREUVES DE CETTE LÉGITIMITÉ.

I. LE mariage valablement contracté entre les pere & mere, eſt la ſource unique de la parfaite légitimité des enfans, comme on l'a déja vu; la loi & l'ordre public n'en reconnoiſſent point d'autre, & c'eſt de ce principe & de ſon obſervance que découle le dernier.

Filius eum definimus qui ex viro & uxore ejus naſcitur, liv. 6. ff. *de his qui ſui vel alieni juris ſunt.* Celui qui naît après le ſeptieme mois commencé après le mariage eſt légitime. Celui qui naît dans le onzieme mois après la mort du pere eſt pareillement légitime. Arrêt du 6 ſeptembre 1643, rapporté dans le 1. volume du journal des audiences, liv. 7. ch. 27. Mais celui qui naît

troit onze mois parfaits & accomplis après la mort de ſon pere n'eſt pas légitime. M. Bouguier, lettre E. num. 6. de même celui qui naît quatre mois après le mariage. Arrêt du 21 juin 1638, rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 7. ch. 32. Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tome 2. centurie 3. ch. 18. & centurie 4. ch. 1. & le deuxieme volume du journal des audiences, liv. 8. ch. 40. Sur quoi il eſt bon encore d'obſerver que la ſuppoſition de part eſt un crime capital, & que par arrêt du 11 mars 1730, une veuve qui avoit ſuppoſé être enceinte, & avoir accouché neuf mois après le décès de ſon mari, a été condamnée à faire amende honorable & bannie à perpétuité. Quant à la naiſſance anticipée dans le cas de perſonnes libres, la reconnoiſſance du pere, ou la poſſeſſion de l'état d'enfant légitime levent toute difficulté.

II. Cette légitimité ſe prouve par l'extrait baptiſtére de l'enfant, non par atteſtation, & par l'extrait de célébration du mariage de ſes pere & mere. La poſſeſſion d'état ſupplée au défaut de ces preuves; mais au défaut de poſſeſſion, ces ſeuls titres peuvent établir la légitimité des enfans.

Les regiſtres, ces monumens publics de l'état des concitoyens, ſont fort anciens; l'empereur Marc-Aurele avoit ordonné que les citoyens romains feroient inſcrire les noms de leurs enfans & leur nombre dans le temple de Saturne, & avoit créé des notaires pour tenir de pareils regiſtres dans les provinces. Voyez l'article 7. de la déclaration de 1639. l'art. 7. du titre 20 de l'ordonnance de 1667. l'art. 8. du même titre, l'art. 291. de la coutume, & la déclaration du 9 août 1736, on verra dans cette ordonnance tout ce qui eſt néceſſaire pour conſtater la légitimité: en effet, *Non nudis aſſertationibus, ſed matrimonio legitimè contracto filii legitimi efficiuntur;* l'arrêt rapporté par M. Robert, liv. 2. ch. 17. ne doit pas être tiré à conſéquence. Voyez le même, chapitre ſuivant. Soëfve, tome 1. centurie 1. ch. 34. & centurie 4. ch. 68. le deuxieme volume du journal des audiences, liv. 1. ch. 31.

III. Tout enfant né pendant le mariage eſt préſumé légitime; préſomption qui tient lieu & qui opére même la plus forte preuve: elle eſt la baſe de la tranquilité des familles; ce ſeroit s'en écarter, que de tenter de l'affoiblir par de certains faits apparens; elle ſubjugue impérieuſement le fait & même la raiſon.

Pater eſt is, quem nuptiæ demonſtrant, liv. 5. ff. *de in jus vocan.* Arrêt du 2 août 1649. rapporté par Soëfve, tome 1. cent. 3. ch. 11. Voyez le même, tome 2. cent. 2. ch. 100. & dernier; & le deuxieme volume du journal des audiences, liv. 6. ch. 7. M. le Maître, tit. 15. pag. 489.

Voyez l'arrêt du 2 août 1649, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5. ch. 46. Sur la ſuppoſition de nom, & la peine contre celui qui veut s'introduire dans une famille. Voyez l'arrêt rapporté par M. Soëfve, tom. 2. cent. 1. ch. 85. ſur la preuve de la filiation. Voyez le même Arretiſte, tom. 2. cent. 1. ch. 100. & dernier. M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 1. ch. 4. ſect. 11. p. 36.

SECTION II.

Des erreurs & des déguiſemens dans les Extraits baptiſtéres.

IV. L'erreur qui s'eſt gliſſée dans l'extrait baptiſtére, ne fait que différer la preuve de la vérité, & ne l'étouffe pas; en effet, telle erreur doit être réformée lorſqu'elle eſt prouvée: c'eſt toujours à la vérité qu'il faut revenir.

Voyez les propoſitions ſuivantes qui expliquent la forme de cette réformation; c'eſt principe général.

V. A cet effet, les parens doivent être aſſemblés devant le juge pour faire leur déclaration, & s'il y a lieu à la réformation le Juge l'ordonne; & il en eſt de même ſi les pere & mere, par une damnable politique, avoient déguiſé lors du baptême le nom de leurs enfans, incapables de ſe connoître alors, ils l'étoient de s'aſſurer les preuves de leur légitimité.

Cela a été jugé au châtelet, moi plaidant. Les parens étant tout enſemble ſur cela, & les témoins les plus sûrs, & les parties qu'une telle réformation intéreſſe.

VI. Dans l'un & dans l'autre cas, le regiſtre reſte comme il étoit, mais on fait mention ſur icelui de la Sentence qui a ordonné la réformation; ce qui opére, vaut réformation réelle, & rend à la vérité toute ſa force.

De-là il s'enſuit que la déclaration faite par un pere, qu'un tel enfant né pendant le mariage n'eſt pas le ſien, ne fait aucun obſtacle à la légitimité de cet enfant, liv. 27. ff. *de inofficioſo teſtam.* Et par l'arrêt du 5 juillet 1655. rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8. ch. 22. il a été jugé qu'un enfant né pendant le mariage étoit légitime, nonobſtant la déclaration du mari qui ſe diſoit impuiſſant, & celle de la mere qui nommoit le prétendu pere de l'enfant. Voyez auſſi l'arrêt du 25 mai 1620. rapporté par Bardet, tome 1. liv. 1. ch. 82. M. le Brun, des ſucceſſions, num. 5. 6. & 7. pag. 34. & 35.

☞ En effet, il y auroit bien du déſordre ſi l'on s'attachoit à de telles déclarations ſur la légitimité des enfans, qu'un pere voudroit obſcurcir; la loi plus ſage la croit pour lui, & le ſoulage de ſes ſcrupules auxquels un déteſtable intérêt pouvoit donner l'être.

☞ Il en ſeroit autrement, ſi l'enfant n'avoit point été baptiſé ſous le nom du mari, & ſi le mari prouvoit que l'enfant n'eſt point de lui. Voyez l'arrêt du 31 mai 1745, cité par Denifart *Verbo legitimation.* Il s'agiſſoit de la ſucceſſion de la mere.

SECTION III.

De la poſſeſſion de l'état d'enfant légitime.

VII. La poſſeſſion publique de l'état d'enfant légitime, produit tout l'effet de la preuve littérale de cet état; en effet, celui-là

eſt en poſſeſſion de l'état d'enfant légitime, qui rapporte des actes par leſquels il eſt juſtifié, que ſes pere & mere ont agi & contracté comme conjoints par un légitime mariage, & qui prouvent qu'il a été élevé comme leur enfant légitime, & qu'il a été dit & regardé comme tel par les parens & par les voiſins: telle eſt cette vraie poſſeſſion, dont l'effet pour la parfaite légitimité a été bien juſtement adopté; c'eſt la baſe de la tranquilité des familles.

Par l'effet de la poſſeſſion d'érat, les collatéraux ſont non-recevables après un long-tems à conteſter le mariage de leur parent, ou plutôt la validité d'icelui. Arrêt du 7 janvier 1676. rapporté par Soëfve, tome 2. cent. 4. ch. 92. ce qu'il convient obſerver ſur la propoſition. Cependant ſi il y avoit la preuve juridique d'un vice capital, la poſſeſſion, la fauſſe ſécurité des conjoints ſur un tel vice ne pourroient pas l'effacer.

VIII. Le concours des preuves auxiliaires, qui naiſſent de la poſſeſſion d'état, tient lieu de la preuve qui réſulteroit de l'acte de célébration de mariage de ſes pere & mere & de ſon extrait baptiſtere, & ce concours eſt ſouvent la baſe de la tranquillité des familles; ce qu'on développe par les deux dernieres propoſitions de cette ſection.

Ce concours, cette poſſeſſion, exclut toute preuve contraire. Voyez M. Soëfve, tome 2. cent. 3. ch. 69. M. le Brun, des ſucceſſions, p. 37. num. 8. Ce qui s'applique aux enfans, mais non aux conjoints, même lorſqu'il ne s'agit pas de l'intérêt & de l'état des premiers.

IX. Ce même concours de preuves ne ſeroit d'aucun effet, s'il y avoit des preuves littérales contraires il ne pourroit les balancer, & même à l'égard des enfans; il peut conduire à la vérité, & y conduit en effet au défaut de preuves littérales; mais il n'étouffe ni la vérité, ni ces preuves.

Par arrêt du premier août 1707. rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, pag. 84. il a été jugé que la poſſeſſion d'état ne couvroit pas l'abus d'un mariage, quand le vice eſt certain; ce qui établit la propoſition.

X. Si la poſſeſſion d'état d'enfant légitime produit cet effet au défaut d'autres preuves, c'eſt qu'indépendamment de la préſomption que l'enfant ainſi élevé a pour lui, ce ſeroit quelquefois le réduire à l'impoſſible que de faire dépendre ſa légitimité de la preuve d'un mariage contracté dans un tems qu'il n'exiſtoit pas; & de la repréſentation de ſon extrait baptiſtere, formé dans un tems dans lequel incapable de ſe connoître lui-même, il ne pouvoit pas s'en ménager les preuves; ce qui fonde le juſte effet qu'on donne à la poſſeſſion d'état, à l'égard des enfans.

Sur l'effet que produit la poſſeſſion d'état, voyez l'arrêt du 12 mai 1669. rapporté dans le deuxieme volume du journal des audiences, liv. 7. ch. 17. & celui du 6 juillet 1666. rapporté au même volume, liv. 8. ch. 9. par celui du 28 mars 1665. rapporté au même volume, liv. 8. ch. 22. La cour a jugé que l'action en ſuppoſition de part n'étoit pas recevable, l'enfant qu'on prétendoit ſuppoſé ayant vécu 27. années en poſſeſſion de l'état d'enfant légitime; ce qui confirme ce que deſſus l'effet de la poſſeſſion.

XI. Une autre raiſon qui fonde cet effet de la poſſeſſion d'un certain état, c'eſt que l'état eſt la ſituation dans laquelle il a plu à la providence de faire naître chaque homme; chacun d'eux ordinairement n'a un certain état, que parce qu'il y a été élevé ſans interruption marquée & ſans déguiſement, d'où il faut conclure qu'il y eſt né; autre baſe de l'effet que produit la poſſeſſion d'état; parce que nous ne ſommes tous ce que nous ſommes, & dans un certain état, que parce que nous y ſommes nés, que nous y avons été elevé, & par conſéquent que nous en avons joui: mais la légitimité ſans poſſeſſion, ne peut ſe prouver par témoins, que dans le cas que les regiſtres publics qui la contiennent ſont perdus.

Lorſqu'il n'y a ni poſſeſſion d'état ni extrait baptiſtere, & qu'on n'allégue pas la perte des regiſtres, on n'eſt pas recevable à faire preuve par témoins de l'état de légitimité. Arrêt du 19 mars 1691, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 474.

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES BASTARDS.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR ÉTAT CONSIDÉRÉ EN GÉNÉRAL, ET DU NOM QU'ILS PEUVENT PORTER

I. LA qualité de bâtard produit bien des incapacités, & tout a concouru à les établir. Un bâtard peut bien commencer une nouvelle famille, & en être la tige légitime; mais pour lui il ne peut tenir à perſonne que par la nature, & non par le droit civil: ce qui s'entend de la capacité active de ſuccéder, & non de celle paſſive.

Vulgò concepti dicuntur, qui patrem demonſtrare non poſſunt, vel qui poſſunt quidem, ſed eum habeant quem habere non licet, qui & ſpurii appellantur; la mere a l'éducation de ſon enfant naturel, Robert, liv. 1. ch. 9. Voyez Bacquet, traité du droit de bâtardiſe, c. 1. pag. 98. c'eſt droit purement naturel.

II. La religion, l'honnêteté publique, fondent ces incapacités, outre l'intérêt des familles. Cependant les bâtards portent le nom de leur pere, quoiqu'ils ſoient la tige d'une nouvelle famille: ce qui a lieu même pour les adulterins; mais ils n'en portent pas les armes qui viennent du droit civil & non du droit naturel.

Arrêt du 14 février 1639. rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 8. ch. 8. A l'égard de la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur l'arrêt du 11 juin 1707. rapporté par M. Augeard, tome 1. ch. 84. pag. 664.

III. Ceux des gentilshommes ſont roturiers; ceux des princes ſont nobles, lorſqu'ils ſont reconnus. La ſource de ces derniers influe par de juſtes conſidérations ſur leurs bâtards.

Voyez Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 2. num. 12. ſur la premiere partie de la propoſition. Voyez M. Loyſeau, des ordres, ch. 5. num. 62. pag. 32. L'arrêt rapporté par Bardet qu'on vient de citer. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 61. & ſur la ſeconde partie, Lapeyrere, let. B. num. 14. pag. 30. de l'édition de 1725. Chopin, du domaine, liv. 1. tit. 10. num. 10.

IV. Quoique reconnus, ils ne peuvent porter les armes de leur pere que lorſqu'ils ſont légitimés; elles ne ſont pas ſi indifférentes que le nom, que le haſard & la biſarrerie de l'origine des noms rendent ſouvent commun à pluſieurs; il ne faut donc pas confondre les armes avec le nom relativement aux bâtards; ces premieres ſembleroient conduire à un droit ſucceſſif, que les bâtards n'ont pas.

L'article 144. de l'ancienne coutume d'Artois porte, que les bâtards des nobles ſont réputés nobles; ſur quoi M. Dumoulin a dit, *Stulta & barbara conſuetudo*. En effet, cela eſt directement contraire à l'art. 26 du réglement de 1600. rapporté par Loyſeau, au num. cité ſur la propoſition précédente. Voyez ſur ce, l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 8. ch. 8. il faut excepter ceux des princes & des grands ſeigneurs qui, étant avoués, peuvent porter les armes de leur pere, mais avec barre, ſuivant l'avis de Lapeyrere, à l'endroit qu'on vient de citer; ce qui forme la propoſition qui ſuit.

V. Lors même qu'ils ont droit de porter les armes de leur pere, ils ſont obligés à les différencier par quelque marque; il ſeroit dangereux de leur laiſſer une voie pour ſe confondre avec les légitimes. C'eſt une confuſion que l'ordre public, & celui de chaque famille en particulier, doivent empêcher.

M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 13. num. 12. M. Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 2. num. 12. & 13. pag. 100, & les autorités rapportées ſur la propoſition précédente.

VI. Les bâtards indiſtinctement jouiſſent des droits des citoyens, le droit de ſuccéder excepté, & celui de recevoir de leur pere & mere, ſauf les limitations qui ſeront ci-après expliquées dans leur ordre. Voilà en général leur capacité & leur incapacité; inhabiles à ſuccéder, ils ſont citoyens.

Ils ſont même capables de poſſéder des offices, mais non des bénéfices. Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 2. num. 5. De cette capacité, il s'enſuit qu'ils peuvent diſpoſer de leurs biens, ſoit par donation entrevifs, ſoit par teſtament. Loyſel, liv. 1. tome 1. régle 42. M. Louet, lettre D. chap. 37. Voyez la dixieme partie du journal du palais, où eſt rapporté une ſentence du domaine; tout cela eſt acte de citoyen.

SECTION II.

Des différentes eſpéces de bâtards, de leur incapacité à ſuccéder, & que leur incapacité influe ſur leurs enfans.

VII. Les enfans naturels, c'eſt-à-dire, ceux qui ſont nés de perſonnes libres, ſont bien moins défavorables que les bâtards inceſtueux ou adulterins, différence qu'on ex-

pliquera par la ſuite; mais ils ſont également incapables de ſuccéder.

C'eſt Hugues Capet qui a arrêté le cours des abus des droits qu'on leur accordoit; M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 12. num. 3. C'étoit un abus intolérable qui avoit ſa premiere racine dans les ténebres du paganiſme, que même les payens policés avoient retranché.

VIII. Ce degré de défaveur augmente l'incapacité des bâtards adultérins; mais dans le doute on préſume que le bâtard eſt enfant naturel, & non bâtard adultérin; c'eſt juſte & favorable préſomption.

M. Ricard, en ſon traité des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5. ſect. 5. num. 519. pag. 215.

IX. Suivons leur incapacité abſolue; tout bâtard indiſtinctement eſt incapable de ſuccéder, il n'a que des parens naturels, il ne tient pas à eux par le droit civil, il n'y tient que par la nature; preuve sûre de cette incapacité ſur laquelle notre coutume contient une diſpoſition expreſſe.

Article 158. de la coutume, c'eſt auſſi la diſpoſition du droit civil, *Vulgò quæſitus nullos habere agnatos manifeſtum eſt* §. 4. *Inſt. de ſucceſſ. cognat.* cependant en Dauphiné le bâtard a droit de légitime ſur les biens de ſa mere. Baſſet, tom. 1. liv. 5. tit. 11. ch. 3. juriſprudence que cet auteur par préjugé préfere à la nôtre, ſur le fondement que la légitime, *eſt naturale ſubſidium*, engagement que la nôtre remplit par les alimens qu'elle accorde aux bâtards, ſans donner atteinte à la pureté des mœurs dont l'autre s'écarte: la juriſprudence du parlement de Bordeaux eſt contraire; ce qui réſulte de ce que dit Lapeyrere, ſur le mot de bâtard, lettre B. num. 1. pag. 28. Voyez Loyſel, liv. 2. régle 45, quant aux alimens dûs au bâtard; c'eſt droit commun.

X. Cette incapacité n'a pas lieu indiſtinctement pour toute ſucceſſion, parce que le bâtard, comme la tige d'une famille naiſſante peut acquérir un lien civil; en effet, elle ceſſe lorſque le lien eſt civil & naturel: ce qui ſera expliqué dans la ſection ſuivante; il a fallu poſer ici ce principe général.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 9. num. 1. M. Baquet, du droit de bâtardiſe, ch. 2. num. 6. pag. 99.

XI. Les enfans d'un bâtard, quoiqu'enfans légitimes, ſont incapables de ſuccéder à leur ayeul, leur ſource eſt inhabile; ils ne tiennent à leur ayeul que par un lien naturel, & non par un lien civil; ce qui exclut la capacité de ſuccéder.

M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 13. num. 13.

XII. L'enfant naturel ne fait pas ceſſer la ſubſtitution faite dans le cas que ſon pere n'auroit pas d'enfans; il n'eſt, quant à ce, cenſé tel. Voilà les incapacités du bâtard. Voyons par la ſection qui ſuit ſes capacités.

Voyez M. Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 1. pag. 98.

SECTION III.

A qui le bâtard & la deſcendance du bâtard peut ſuccéder, & de ceux qui lui ſuccedent.

XIII. Le bâtard a capacité pour ſuccéder à ſes enfans légitimes; premiere exception à ſon incapacité. Il y a lien civil & naturel, fondement inébranlable de cette capacité.

M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 12. num. 9. Voyez Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 15. pag. 154. *Heraldus liv. rerum quotidianarum*, cap. 2. num. 13.

XIV. Il ſuccede auſſi à ſa femme qui meurt ſans héritiers; ſeconde exception à cette même incapacité. C'eſt lien civil que produit la qualité des conjoints par mariage.

Voyez M. Bouguier, lettre S. num. 12. M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 9. num. 1. & tel eſt ſur ce l'uſage, & ſa femme lui ſuccede. Voyez Loyſel, liv. 2. régle 47, & ci-après la fin du titre des ſucceſſions légitimes.

XV. Quoique dans la theſe générale l'incapacité du bâtard au droit de ſucceſſion, ſoit tant active que paſſive, néanmoins il y a de certaines perſonnes qui ont droit de lui ſuccéder; il eſt bon de ſe fixer à ce ſecond principe que le bâtard a, dans certains cas, la faculté paſſive, ſes enfans légitimes en ſont le premier objet.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1. ch. 1. ſect 4. num. 1. Voyez les propoſitions ſuivantes.

XVI. Les enfans légitimes du bâtard ont droit de lui ſuccéder, même les légitimés par lettres, lorſque ces lettres portent ce droit; premieres exceptions à ſon incapacité paſſive. Les premiers tirent cette capacité du droit civil; les autres la tire de la toute-puiſſance du roi, & du conſentement de la famille: ainſi il n'y a pas dans la perſonne du bâtard une incapacité paſſive abſolue de ſuccéder.

Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 8. num. 2. & 3. pag. 119. M. Baſſet, tom. 2. liv. 4. tit. 12. ch. 7. M. de Renuſſon, des propres, ch. 2. ſect. 19. num. 7. pag. 241. Loyſel, liv. 2. régle 45 & 46. Voyez les coutumes citées ſur la premiere propoſition de la ſect. 5. ci-après.

XVII. Il en eſt de même de ſa femme; dans l'un & l'autre cas, le lien eſt civil, & de ce lien naît la tranſmiſſion de ſucceſſion légitime; & comme il a capacité pour ſuccéder à ſa femme, lorſqu'elle ne laiſſe aucun héritier, de même ſa femme a la capacité de lui ſuccéder. Autre exemple de ce droit paſſif de ſuccéder dans la perſonne du bâtard.

Voyez M. Bouguier, lettre S. num. 12. Arrêt du 23 mai 1630. rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2. ch. 63. M. Henrys, tom. 1. liv. 6. ch. 5. queſt. 18. Ce droit, cette capacité des conjoints par mariage de ce ſuccéder l'un à l'autre, auroient lieu, encore que l'un

& l'autre fût bâtard, dit *Henrys*, au lieu que l'on vient de citer. M. le *Brun*, des ſucceſſions, pag. 9. num. 1. confirme encore la propoſition ; elle eſt de droit commun, tous les principes concourent à l'établir.

XVIII. Les enfans naturels d'un même pere, & qui ont été conjointement légitimés, ont droit de ſe ſuccéder les uns aux autres, leur titre de légitimité eſt à leur égard indiviſible; autre exception à l'incapacité : autre exemple de capacité.

M. Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 14 num. 12. pag. 150.

XXII. Lorſque le bâtard a été légitimé, les parens qui ont conſenti à ſa légitimation, excluent le fiſc & lui ſuccédent ; autre exception à ſon incapacité de tranſmettre ſa ſucceſſion.

Lapeyrere, ſur le mot bâtard, num. 11. pag. 31, où il prétend même que les parens qui n'ont pas conſenti à ſa légitimation lui ſuccedent ; mais comme le bâtard, quoiqu'ainſi légitimé, n'auroit pu leur ſuccéder, n'eſt-il pas juſte de rendre en ce cas l'habileté à ſuccéder réciproque, & par conſéquent exclure de la ſucceſſion du bâtard légitimé, ceux de ſes parens qui n'ont pas conſenti à ſa légitimation? Voyez ci-après le chapitre de la légitimation.

SECTION IV.

Du droit du bâtard de diſpoſer de ſes biens, & à qui ſes biens appartiennent, faute de diſpoſition & d'héritiers mentionnés dans la ſection précédente.

XX. Le bâtard a droit de diſpoſer de ſes biens, même par teſtament, & le ſeigneur n'a pas même droit de prétendre la réduction de la diſpoſition ; la loi n'a pas établi cette réduction pour lui, & le bâtard comme citoyen doit jouir de tous les droits de citoyen.

Cela a été ainſi jugé par un ancien arrêt du 6 juillet 1545. c'eſt le 29 du recueil de le Veſt, & par un autre du 24 janvier 1641, rapporté par Bardet, tom. 2. liv. 9. ch. 14; cet arrêt eſt auſſi rapporté par Soëfve, tom. 1. cent. 1. ch. 29. Voyez M. Ricard, des donations, part. 1. num. 446. pag. 98. & M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 8. ch. 1. pag. 64. M. Bacquet, traité du droit de bâtardiſe, ch. 6. pag. 111. C'eſt droit commun dans le royaume, ſauf le droit du roi, lorſque le bâtard n'a pas diſpoſé, ſoit entrevifs, ſoit par teſtament, la faculté du dernier acte, emportant à plus forte raiſon celle du premier.

XXI. Faute de diſpoſition, la ſucceſſion du bâtard appartient au roi ou au ſeigneur haut-juſticier à titre de deshérence.

Ordonnance de Charles VI. de 1386. *Si ſpurius inteſtato deceſſeret, jure conſanguinitatis aut agnationis, hæreditas ejus ad nullum pertinet*, liv. 4. ff. *unde cognat.* Voyez Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 8. num. 4. & 5. Bardet, tom. 1. liv. 3. ch. 82. M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 8. ch. 1. pag. 64, & ci-après le titre des fiefs, ch. des droits appartenans aux hauts-juſticiers. Voyez auſſi Bacquet, pag. 119.

XXI. Cependant, comme on l'a vu dans la ſection précédente, les enfans légitimes & la femme du bâtard excluent le fiſc, ce qu'il eſt bon de reprendre ici. Ce ſont juſtes exceptions à l'incapacité paſſive de ſucceſſion.

Un frere bâtard peut faire un legs univerſel à ſon frere bâtard ; arrêt du 6 août 1677. rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 234, où cette queſtion eſt très-bien traitée : c'eſt diſpoſition & non ſucceſſion.

SECTION V.

De ce que le bâtard peut recevoir de ſes pere & mere.

§. I.

De ce que peut recevoir l'enfant naturel.

XXIII. L'enfant naturel peut recevoir de ſes pere & mere, ou de l'un d'eux, à titre particulier & en propriété ; il n'en eſt pas de même du bâtard adultérin, qui ne peut recevoir d'eux que des alimens : exacte diſtinction qu'il faut faire entre ces deux différentes eſpéces de bâtard, toutes deux défavorables, mais l'un beaucoup moins que l'autre.

Voyez ſur cette diſtinction, & les ſuivantes, le chap. 3. du traité du droit de bâtardiſe de M. Bacquet ; obſervez qu'on parle ici de l'enfant naturel, & non du bâtard inceſtueux ou adultérin, de l'incapacité duquel on parlera dans la diſtinction 3. de cette ſection. Voyez Robert, liv. 2. ch. 14. M. Dumoulin, ſur l'art. 12. de la coutume de Lille, dit : *Sednon eſt incapax donationis, aut legati particularis* ; principe général qui fonde la propoſition, mais ſous la limitation qui ſuit. Voyez auſſi Loyſel, liv. 1. régle 43 ; mais le bâtard peut recevoir une donation univerſelle d'un étranger. Loyſel, liv. 1. régle 46, art. 320. de la coutume de Touraine, art. 356, de celle du Maine, art. 344, de celle d'Anjou ; c'eſt droit commun, c'eſt juſtice que cette capacité, c'eſt droit de citoyen.

XXIV. Il ne peut recevoir d'eux à titre univerſel, il eſt incapable d'une telle diſpoſition. Ce ſeroit trop le confondre avec des enfans légitimes que de le tendre capable d'une telle diſpoſition, juſte effet de ſa défaveur qu'entraîne ſon état, ſa qualité.

Le Veſt, ch. 72. Bardet, tom. 1. liv. 3. ch. 82. Soëfve, tom. 2, cent 2, ch. 43 & le ch. 34 du liv. 4 du deuxiéme volume du journal des audiences. M. Ricard, des donations, part. 1., ch. 3, ſect. 8, num. 428, pag. 96.

XXV. Cette incapacité de la part du bâtard de recevoir une diſpoſition univerſelle de ſes pere & mere, ou de l'un d'eux, a lieu encore que le pere naturel n'eût aucun enfant légitime ; c'eſt dans ſa perſonne même qu'elle

qu'elle réſide ſans aucune diſtinction, & elle eſt fondée ſur la décence, ſur l'honnêteté publiques, & ſur la crainte des ſuites d'une affection immodéré, en faveur d'un enfant qui ne doit la naiſſance qu'à la paſſion.

Arrêt du 13 mars 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 32; l'arrêt du 14 mai 1630, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 105, avoient jugé le contraire; c'étoit un legs de quotité, mais l'arrêt du 26 mars 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 7, a jugé le bâtard incapable de diſpoſition univerſelle, dans le cas même que le pere naturel ne laiſſe aucun enfant légitime: ce même arrêt eſt rapporté dans la neuviéme partie du journal du palais, pag. 63, juſqu'à la page 78, & c'eſt à cette juriſprudence ſi conforme à la pureté des mœurs qu'il faut s'arrêter. Voyez le journal des audiences, tom. 5, liv. 4, chap. 4.

XXVI. De la même incapacité, il réſulte qu'un legs particulier fait à l'enfant naturel, & qui épuiſeroit la plus forte partie de la ſucceſſion du pere naturel, ſeroit nul en partie comme contravention indirecte à la loi.

Arrêt du 26 mai 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 38; en ce cas, le legs eſt réduit & modéré à ce qui eſt convenable. Arrêt du 28 mai 1709, rapporté par M. Augeard, tome 2, pag. 573. Voyez auſſi M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 57, & ſuivantes; M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 12, num. 6. En effet, pour juger des actes, il faut les prendre non dans la fauſſe & artificieuſe qualité qu'on leur a donné, mais dans leurs effets; c'eſt le vrai guide qu'il faut ſuivre pour en bien juger.

§. II.

Si cette incapacité de toute diſpoſition univerſelle influe ſur les enfans légitimes du bâtard.

XXVII. Cette incapacité de diſpoſition univerſelle que les pere & mere voudroient faire au bâtard, n'influe pas ſur celles que l'ayeul naturel pourroit faire à ſes petits-fils, enfans légitimes de ſon fils naturel; leur légitimité les en affranchit; & porter l'incapacité dans ce cas, ce ſeroit rigueur outrée. Cependant la capacité n'y eſt pas abſolue: voilà la régle générale.

C'eſt le ſentiment de M. le Brun, des ſucceſſions, page 13, num 14 & 15; de Bacquet, traité du droit de bâtardiſe, ch. 4, p. 107.

XXVIII. Dans le cas que le pere naturel du bâtard n'a aucun enfant légitime, il peut inſtituer ſes petits enfans, enfans légitimes de ſon bâtard, ſes légataires univerſels; voilà le cas dans lequel leur incapacité ceſſe: il eſt favorable en lui-même.

Arrêt du 21 avril 1637, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 17; M. Lapeyrere, let. D. ſur le mot donation à la pag. 105, à la fin de l'édition de 1725: c'eſt la limitation que M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 13, num. 18, apporte à la propoſition précédente; mais ces enfans, quoique légitimes, ne ſuccédent pas à leur ayeul; Bacquet, ch. 15, num. 5, pag. 154, comme on l'a vu ci-deſſus; leur origine eſt toujours pour ce illégitime; & ſi ils ſont capables de profiter d'un droit qui réſulte de la volonté de l'homme, ils ſont incapables de profiter de celle de la loi, qui n'a pas diſpoſé pour eux.

XXIX. Cette capacité eſt fondée ſur ce que ces petits enfans nés d'un mariage légitime deviennent un objet d'affection légitime & licite; que la loi civile n'exclud pas: mais cette limitation en faveur des enfans légitimes du bâtard, n'auroit lieu ſi leur pere étoit bâtard inceſtueux ou adultérin; en ce cas, ſes enfans ne méritent nulle faveur.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 8, num. 418, & ſuivans, pag. 92 & 93. M. Bacquet, au ch. cité ſur la premiere propoſition de cette ſection, & la propoſition qui ſuit.

XXX. L'inhabilité, en ce cas, eſt fondée ſur ce que l'horreur de leur origine ſe répand ſur eux & l'emporte ſur la commiſération; & l'on ne peut trop ſur cela maintenir la pureté & la rigueur de la régle.

Cependant M. Henrys qui rapporte l'arrêt du 21 avril 1637, ci-deſſus cité, prétend que les enfans légitimes du bâtard adultérin, ſont capables de recevoir de leur ayeul une diſpoſition univerſelle; c'eſt au tome 1, liv. 6, ch. 3, queſt. 10. M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 14, num. 21, dit, qu'il doute fort qu'on ſuive aujourd'hui cet arrêt; les deux auteurs cités ſur la propoſition précédente ne s'y ſont pas arrêtés, ce qui me paroit plus juſte.

§. III.

De ce que peut recevoir de ſes pere & mere le bâtard inceſtueux ou adultérin.

XXXI. Le bâtard inceſtueux ou adultérin ne peut rien recevoir en propriété de ſes pere & mere, ni même des pere & mere légitimes de ſon pere; l'horreur de ſon origine produit cette incapacité abſolue.

Jugé par l'arrêt rapporté par le Veſt, ch, 108. Voyez M. Louet, let. D. num. 1, & la diſſertation de M. Brodeau, à la ſuite de l'arrêt rapporté par M. Bardet, tome 2, liv. 4, ch. 14. Voyez la novelle 89, Loyſel, régle 43; le journal des audiences, tome 5, liv. 4, chap. 3.

XXXII. Il faut cependant en excepter la dot léguée à la bâtarde adultérine; la foibleſſe de ſon ſexe lui rend ce ſecours abſolument néceſſaire, & en fait valider la diſpoſition en ſa faveur: c'eſt juſte, mais ſeule exception à la propoſition précédente.

Arrêt du premier août 1657, rapporté dans le deuxiéme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 24.

XXXIII. Mais, malgré l'horreur de ſa naiſſance, le bâtard inceſtueux ou adultérin peut recevoir d'eux des alimens, à plus forte raiſon, ſes enfans légitimes en peuvent-ils

recevoir de leur ayeul; la nature ſuffit pour ſoutenir une telle diſpoſition, c'eſt un guide duquel on ne doit pas s'écarter.

De ce que le bâtard adultérin, & l'inceſtueux ne peut recevoir en propriété de ſes pere & mere, il s'enſuit qu'il ne peut profiter de leurs biens par la voie de ſubſtitution. Arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, chap. 50. Voyez la propoſition ſuivante qui établit celle-ci; c'eſt ſuite du même principe, de la même incapacité, à l'égard de toute diſpoſition qui emporte propriété.

XXXIV. La raiſon qui le rend capable de recevoir d'eux des alimens, eſt que la vengeance que la juſtice tire du crime eſt toujours tempérée par la charité, & que d'ailleurs pour profiter d'une telle diſpoſition il ſuffit de vivre; ainſi c'eſt exception qui confirme la régle que contient la premiere propoſition de ce paragraphe, c'eſt-à-dire l'incapacité à recevoir en propriété.

Liceat eis ad victum, & ad alios uſus neceſſarios, relinquere, l. Ulp. ff. *de interd. & relegat.* quoique la lettre de cette loine parle que des morts civilement, ſon eſprit s'applique à tout incapable. Voyez l'arrêt du 19 avril 1695, rapporté dans le cinquiéme volume du journal des audiences, page 742, & tel eſt ſur ce l'uſage : en effet, puiſque la mort civile n'emporte pas incapacité à profiter d'une telle diſpoſition, comment la qualité qu'on examine ici l'emporteroit-elle?

SECTION VI.

De l'action du bâtard pour alimens ſur les ſucceſſions de ſes pere & mere.

Tout bâtard a action pour demander des alimens ou une certaine ſubſiſtance ſur les ſucceſſions de ſes pere & mere; ſa qualité & la nature lui donnent ce droit qui eſt naturel, & que la loi civile confirme, loin de l'altérer. Celui qui a donné l'être doit fournir les moyens de le conſerver.

Arrêt du 12 février 1619, rapporté par M. Bardet, tome 1, liv. 1, ch. 53, ou que leur pere ſoit tenu de leur faire apprendre un métier, ce qui a même lieu en faveur des adulterins. Arrêt du 18 juin 1707, déja cité & rapporté par M. Augeard, tome 1, chap. 84, page 664.

XXXV. Cette action appartient même au bâtard inceſtueux ou adultérin; c'eſt la nature qui la fonde, & elle milite contre les héritiers ſans aucune diſtinction, puiſque c'eſt un droit naturel qui vient au ſecours des bâtards comme des enfans naturels.

Arrêt du 27 février 1688, dans le cinquiéme volume du journal des audiences, page 164; mais l'enfant légitime qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere, qui l'étoit du bâtard, n'eſt pas tenu de cette action, appartenant à ſon frere naturel. Arrêt du 15 juillet 1628, rapporté par Bardet, tome 1, liv. 3, ch. 11. Voyez M. Ricard, des donations, part. num. 443, pag. 98. En effet, n'eſt héritier qui ne veut l'être, & celui qui n'eſt pas héritier, ne peut etre tenu des charges de la ſucceſſion qu'il a répudié.

XXXVI. Cette action que la juſtice tempérée par la charité donne au bâtard, eſt fondée ſur ce qu'ayant reçu la vie de ſes pere & mere, l'un & l'autre doit, lorſqu'il le peut, lui fournir les moyens de la conſerver; le contraire ſeroit inhumanité : c'eſt donc, comme on l'a dit, un droit naturel, qui cependant n'influe pas ſur l'ayeul.

Mais l'ayeul n'eſt point tenu des alimens envers le bâtard de ſon fils. Arrêt du 5 août 1689, rapporté dans le cinquiéme volume du journal des audiences, page 317; c'eſt engagement perſonnel & qui ne peut paſſer qu'avec les biens.

XXXVII. Il y a cette différence à faire que l'enfant naturel peut, dans le cas d'opulence de la ſucceſſion de ſon pere naturel, avoir quelque choſe en propriété, au lieu que l'inceſtueux & l'adultérin ne doivent jamais avoir que de ſimples alimens & non au-delà : hors le cas d'opulence, l'action eſt réduite aux alimens.

Arrêt du 12 avril 1638, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 7, ch. 40, qui adjuge 2000 liv. de dot à une fille naturelle; autre arrêt du 24 juillet 1657, rapporté par Soëfve, tome 2, cent 1, ch. 68.

XXXVIII. La fixation de ces alimens dépend de l'arbitrage du juge; & ſe détermine ſur la fortune du pere qui eſt ſur cela à conſidérer : ce ſont ces conſidérations qui décident l'étendue de l'action, qui ceſſe lorſque le pere la rempli.

Arrêt du 10 mars 1701, rapporté dans le ſixiéme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 23, page 43; mais l'action du bâtard pour alimens ceſſe ſi ſes pere & mere lui ont fait apprendre un métier par le moyen duquel il puiſſe ſubſiſter. Arrêt du 2 avril 1595, rapporté par M. Louet, let. A, num. 4, ſur cette action. Voyez le cinquiéme ch. du traité du droit de bâtardiſe de M. Bacquet, page 108.

☞ Il faut obſerver que les alimens ne ſont dus au bâtard né de perſonnes libres ou adultérin, que juſqu'à ce qu'il ſoit en état de gagner ſa vie, c'eſt-à-dire juſqu'à l'âge de 20 ans, & qu'alors le pere eſt obligé de lui faire apprendre un métier ou de le pourvoir d'un état convenable; ce principe eſt dans la juſtice, & a été confirmé par un arrêt du 28 mai 1731.

A l'égard du tems où ſes alimens commencent à courir, ils ſont dus du jour de l'accouchement de la mere, & non de celui que le pere eſt condamné à ſe charger de l'enfant. Ainſi jugé par arrêt du 4 octobre 1724.

Voyez Deniſart qui rapporte ces deux arrêts, verb. alimens.

CHAPITRE SIXIEME.

DE LA LÉGITIMATION DES BASTARDS.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR LÉGITIMATION PAR LE MARIAGE SUBSÉQUENT DE LEURS PERE ET MERE.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand le mariage ſubſéquent produit cet effet.

I. LE mariage contracté entre les pere & mere naturels, ſubſéquemment à la naiſſance des enfans naturels, produit la légitimation des enfans, & cette légitimation eſt parfaite dans ſes effets; comme en étant un très-juſte du concours de la loi naturelle & de la loi civile, lorſque dans l'origine il y avoit capacité à contracter le mariage.

M. Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5, ſect. 5, num. 534, page 217. M. de Montholon, ch. 108, l'enfant ainſi légitimé a tous les droits de celui qui eſt né tel. Voyez l'arrêt du 30 mai 1647, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 18. M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 1, diſtinction 1.

II. Cette légitimation s'opére, à tous égards, lorſqu'elle a été produite par le mariage ſubſéquent, & que ce mariage a été valablement contracté, tant par ſa forme que par la capacité des contractans.

Par arrêt du 21 juin 1668, rapporté dans le troiſiéme volume du journal des audiences, la cour a jugé que le mariage contracté en Angleterre avoit produit cet effet, pour les biens étant en France, quoique la légitimation *per ſubſequens matrimonium*, n'ait pas lieu en Angleterre; ce qui prouve la propoſition.

III. Pour qu'il produiſe cet effet, il faut que les pere & mere ayent été libres & en état de contracter mariage enſemble, au tems de la conception ou de la naiſſance des enfans; & que l'empêchement dans l'un & l'autre cas ne ſoit pas, au tems de la conception, un mariage précédent; mais cette liberté dans l'un ou l'autre tems ſuffit, il n'eſt pas néceſſaire qu'elle ait ſubſiſté pendant les deux tems; rien n'étant ſi favorable que la légitimation, comme on l'explique par la propoſition qui ſuit.

M. le Maître, tit. 15, pag. 486 & 487, eſtime que la capacité, au tems de la naiſſance ſeulement, n'eſt pas ſuffiſante; mais voyez les autorités ci-après, auxquelles il faut joindre la faveur de la légitimation. Voyez auſſi M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 15, num, 8, & en ce cas la légitimation eſt acquiſe, ſans qu'il ſoit beſoin de déclaration des pere & mere. Arrêt du 15 juin 1632, rapporté par Bardet, tome 2, ch. 31, ſur la queſtion de ſçavoir ſi l'enfant d'un homme engagé dans les ordres avant d'avoir obtenu diſpenſe pour ſe marier, peut être légitimé par le ſubſéquent mariage. Voyez l'arrêt du 18 mars 1666, rapporté dans le deuxiéme volume du journal des audiences, liv 8, ch. 19, & la propoſition qui ſuit ſur le principe contenu dans la propoſition; mais l'incapacité de contracter mariage au tems de la conception, & ce par le lien d'un précédent mariage, fait un obſtacle abſolue à cette légitimation.

IV. Par la rigueur, il faudroit qu'ils euſſent été libres au tems de la conception; la faveur de la légitimité a fait établir cette alternative, & a fait adopter cette interprétation; pourvu que l'empêchement, lors de la conception, ne ſoit pas un précédent mariage.

En effet le bâtard adultérin n'eſt pas légitimé par le mariage ſubſéquent de ſes pere & mere. Arrêt du 3 février 1681, rapporté dans le deuxieme volume du journal, liv. 4. ch. 3. ce qui me paroît devoir être étendu dans le cas même que le pere naturel du bâtard adultérin auroit été engagé dans un mariage lors de la conception du bâtard, & qu'il ſe trouveroit veuf lors de ſa naiſſance. L'arrêt de 1681, a encore été ſuivi d'un ſemblable; il eſt du 4 juin 1697, & rapporté par M. Augeard, tom. 1. chap. 2. pag. 6. Voyez la remarque ſur la propoſition qui ſuit qui eſt commune à celle-ci.

V. Cette légitimation eſt fondée ſur la préſomption que ces enfans ont été conçus ſur la foi d'un mariage, & ſur l'efficacité du ſacrement; baſes auſſi ſolides de la légitimation qu'elles ſont favorables.

De-là il s'enſuit que les enfans nés d'une conjonction adultérine ou inceſtueuſe, ne peuvent être légitimés par le mariage ſubſéquent de leurs pere & mere. Arrêt du 11 décembre 1664, rapporté par M. Soëfve, tome 2. cent. 3. ch. 29. Voyez Lapeyrere, ſur le mot bâtard, num. 23. pag. 31, & la note ſur la propoſition précédente.

DISTINCTION II.

Que cette légitimation a effet rétroactif, & même contre les enfans nés depuis le mariage contracté, & que les pere & mere ne peuvent empêcher cet effet.

VI. Cette parfaite légitimation qu'opére le mariage ſubſéquent a un effet rétroactif

au jour de la naiſſance de l'enfant ainſi légitimé; c'eſt un effet & une ſuite de la perfection d'une telle legitimation, lorſque rien n'a empêché que le mariage ſubſéquent ne la produisît.

Cela eſt atteſté par tous les auteurs qui ont traité cette matiere, mais ſous la limitation qui forme la troiſieme propoſition de la préſente diſtinction. Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 1. ch. 10. n. 70.

VII. Les enfans légitimement nés depuis le mariage, ne peuvent conteſter à leur frere, ainſi légitimé, cet effet rétroactif; ils leur ſont en quelque façon redevables de leur exiſtence; la juſte préſomption étant, que cet enfant né avant le mariage a été le motif d'icelui, d'où il ſuit que l'enfant mâle légitimé par le ſubſéquent mariage, eſt ſaiſi du droit d'aîneſſe, à l'excluſion du premier mâle né depuis le mariage de ſes pere & mere: conſéquence qui naît du principe, & qui eſt l'effet de cette parfaite légitimation & de ſa vertu rétroactive.

C'eſt le ſentiment de M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 17. n. 22. & 23. & pag. 158 & 159 de M. le Maître, tit. 15. pag. 459.

VIII. Mais ſi entre la naiſſance de l'enfant naturel & le mariage ſubſéquent, le pere ou la mere naturel avoit contracté intermédiairement un mariage légitime, & qu'il fût né un mâle de ce mariage, l'enfant naturel en ce cas ne ſeroit pas ſaiſi du droit d'aîneſſe par le mariage ſubſéquent de ſes pere & mere. Il ſeroit injuſte de dépouiller un autre d'un droit qui lui ſeroit acquis; ainſi celui qui, en ce cas, a été ainſi légitimé, ne peut avoir le droit de primogéniture ſur l'autre qui en a été ſaiſi; c'eſt juſte limitation à l'effet rétroactif relativement à un tiers.

Voyez ſur cette queſtion M. le Brun, traité des ſucceſ. pag. 158. & 159 où il l'a traitée fort au long: il eſt d'avis contraire à la propoſition; mais M. le Maître, tit. 15. pag. 460. la confirme & détruit ſolidement les raiſons alléguées par M. le Brun, & c'eſt le ſentiment de M. Dumoulin, comme on le va voir ci-après.

IX. Cela eſt fondé ſur ce que l'effet rétroactif de la légitimation ne peut avoir lieu au préjudice du droit acquis à un tiers avant cette légitimation; raiſon qui paroît bien ſatisfaiſante, & dont il eſt difficile de s'écarter.

C'eſt le ſentiment de M. Dumoulin, ſur l'article 8 de la coutume de Paris, gloſe 1, n. 34 & ſuivant. M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 159 eſt, comme on l'a vu ſur la propoſition précédente, d'avis contraire; ce qui n'eſt pas ſuivi. Voyez M. le Maître, pag. 460. Voyez encore la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci. En effet, comment, par un événement poſtérieur, pouvoir effacer un droit acquis, & que la loi même a donné à celui qu'on en voudroit dépouiller par la ſuite?

X. Cette diſtinction que l'enfant ainſi légitimé a droit d'aîneſſe contre ſes freres & ſœurs iſſus du mariage qui le légitime, & non contre un frere né d'un mariage intermédiaire, eſt fondée ſur ce qu'il eſt naturel de faire remonter la legitimation, & qu'il eſt impoſſible de faire deſcendre la naiſſance d'un enfant dont le tems ne peut être changé: autre raiſon très-ſatisfaiſante; ainſi la nature concourt avec le droit civil pour le parti qu'on embraſſe.

C'eſt ce que dit M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 17, n. 22, & pag. 158, n. 13, quoiqu'il conclût contre cette raiſon déciſive, ce qui paroît étrange.

XI. Les pere & mere ne peuvent, par telle clauſe que ce ſoit, empêcher à l'égard de leurs enfans l'effet du mariage ſubſéquent; la loi agit indépendamment de leur volonté, & ils ne peuvent s'ériger en réformateurs de ſa diſpoſition, & ſubſtituer leur paſſion à la place de ſa ſageſſe; c'eſt droit public, auquel les particuliers n'ont pas la puiſſance de déroger. Cet effet a donc lieu indépendamment de la volonté des pere & mere.

Voyez Bardet, tom. 2, liv. 1, ch. 31; c'eſt l'effet du ſacrement. M. Lapeyrere, ſur le mot bâtard, n. 24, pag. 31.

XII. De-là il s'enſuit qu'ils ne peuvent le reſtraindre à l'égard de quelqu'un de leurs enfans, & en priver les autres; autrement il y auroit dérogation au droit public: ce qui n'eſt pas en la puiſſance d'un particulier.

M. Bacquet, traité du droit de bâtardiſe, 2 part. ch. 12, n. 8, pag. 131, va bien plus loin; car il y ſoutient qu'un pere ne peut priver un enfant légitimé par lettres, du droit de légitime, quoique cette légitimation ſoit bien moins parfaite que celle par le mariage ſubſéquent: ce qui ne me paroît pas devoir être ſuivi; car ces lettres ont pour premiere baſe la volonté du pere, il ne faut donc pas l'en ſéparer.

XIII. Cela eſt fondé ſur ce que la grace du ſacrement influe ſur tous les enfans, indépendamment de la volonté de leurs pere & mere, & que la loi les protége tous également. Confirmation de la propoſition précédente.

Voyez ce que dit M. le Brun, ſur les effets que notre droit donne à cette légitimation; traité des ſucceſſions, pag. 17, n. 16 & ſuivans.

DISTINCTION III.

Que cette légitimation à l'égard des donations eſt regardée comme ſurvenance d'enfans, & qu'elle milite en faveur de la deſcendance du fils naturel, quoique mort avant le mariage ſubſéquent.

XIV. Cette légitimation eſt regardée comme une véritable ſurvenance d'enfans, & regardée comme telle à tous égards: on va développer l'application de ce principe général, qui influe ſur la révocation des donations que le pere pouvoit avoir faites.

Voyez l'ordonnance des donations de 1731, art. 39, & les trois propoſitions ſuivantes.

XV. De-là il s'enſuit qu'au moyen de cette légitimation, les pere & mere peuvent demander la révocation de la donation entre-vifs par eux faite avant cette légitimation; c'eſt eſpece de ſurvenance d'enfans: premiere conſéquence du principe poſé, mais qui ne peut s'appliquer ſur une donation poſtérieurement faite à cette légitimation.

M. Tiraqueau, ſur la loi *ſi unquam*. M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 22, n. 27, & la propoſition qui ſuit.

XVI. La raiſon qui fonde l'ouverture à la révocation, c'eſt que c'eſt donner à cet enfant un nouvel état, que de lui donner la légitimité, que la nature ſeule n'avoit pu lui donner; il y a donc lieu en ce cas à la révocation de la donation; c'eſt droit juſte & favorable; c'eſt remede ſalutaire & efficace à l'imprévoyance du pere.

Arrêt du 14 mai 1649, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent 3, ch. 14.

XVII. Faute par les pere & mere d'avoir demandé cette révocation, l'enfant légitimé peut la demander; c'eſt pour lui que la loi l'a établie: ſeconde conſéquence du même principe.

Voyez l'ordonnance citée ſur la propoſition ci-deſſus, c'eſt-à-dire, l'ordonnance de 1731.

XVIII. Cette légitimation eſt ſi favorable, que ſi l'enfant naturel étoit mort avant le mariage de ſes pere & mere, & laiſſant des enfans légitimes, ces enfans ſuccéderoient à leurs ayeux par repréſentation de leur pere; troiſieme conſéquence qui naît du même principe, en ſuppoſant toujours que le mariage ſubſéquent a pu produire cette parfaite légitimation.

Je l'ai entendu ainſi décider par de très-habiles avocats, ſur le fondement que cette légitimation a effet rétroactif. Raiſon qui me paroît déciſive, & cet effet rétroactif eſt établi dans la diſtinction deuxieme ci-deſſus.

☞ Les auteurs ne ſont point d'accord ſur cette derniere propoſition. Balde & quelques autres ont ſoutenu que la repréſentation n'auroit pas lieu en pareil cas, fondés ſur ce que l'enfant naturel étant mort avant le mariage de ſes pere & mere, n'avoit lui-même aucun droit acquis; mais Barthole & d'autres tiennent l'opinion contraire, & admettent la repréſentation. Nous croyons ce dernier ſentiment le mieux fondé, parce qu'en effet, le mariage intervenu depuis la mort de l'enfant, ſemble avoir purgé le vice de ſa naiſſance, & devoir produire un effet rétroactif en faveur de ſes deſcendans.

SECTION II.

Quand le ſubſéquent mariage ne produit pas la légitimation.

XIX. Si les pere & mere ne pouvoient contracter mariage enſemble au tems de la conception ou de la naiſſance de l'enfant, cet enfant ne peut être légitimé par le mariage ſubſéquent. La fiction ne peut aller au-de-là de la vérité, preuve de cette impuiſſance.

M. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 11, ch. 8; M. le Brun, des ſucceſ. pag. 15, n. 8; M. Bacquet, du droit de bâtardiſe, deuxieme partie, ch. 11, n. 3, p. 127; M. le Maître, tit. 15, pag. 486 & 487. Delà, il s'enſuit que les bâtards adultérins ou inceſtueux ne peuvent être légitimés par le mariage de leur pere & mere ſubſéquent à leur naiſſance; cependant, ſi l'inceſte venoit de conſanguinité ou affinité, que cet empêchement n'eût pu être levé lors de la naiſſance, & que depuis il l'eût été par des diſpenſes antérieures au mariage; en ce cas, le mariage ſubſéquent produiroit légitimation du bâtard inceſtueux. Arrêt pour Marie-Anne Prevoſt, du 20 août 1711.

☞ Sur la derniere partie de l'obſervation ci-deſſus, relative aux diſpenſes, on peut ajoûter quelles doivent être pures & ſimples & ſans clauſe de légitimation, parce qu'elle eſt de droit. C'eſt ſur ce principe que par un arrêt du 11 août 1738, le parlement a déclaré qu'il y avoit abus dans une diſpenſe accordée par le pape, pour lever un empêchement réſultant de la conſanguinité, en ce que la clauſe de légitimation des enfans nés avant le mariage s'y trouvoit inſérée.

XX. Il en eſt de même lorſque le mariage ſubſéquent eſt clandeſtin, ſa clandeſtinité efface tout effet civil, & par conſéquent ne peut produire la légitimation dont on traite ici, puiſque cette légitimation eſt un effet civil du mariage, & qui ne peut le produire que par ſa légitimité.

C'eſt le ſentiment de M. le Brun, des ſucceſ. pag. 15, n. 4. Voyez ci-deſſus la ſection des mariages nuls, quant aux effets civils, où le principe eſt établi.

XXI. Le mariage contracté à l'extrémité de la vie ne produit pas cette légitimation; il eſt, comme le clandeſtin, incapable de produire effets civils, ni par conſéquent cette légitimation. C'eſt ſuite du même principe qui a lieu dans tous les cas dans leſquels la forme manque au mariage; défaut qui le prive des effets civils.

Lapeyrere, let. B. ſur le mot bâtard, n. 21, page 30; le Brun, des ſucceſ. page 15, n. 6, & la propoſition qui ſuit.

XXII. Cela eſt fondé ſur ce que la crainte d'une mort prochaine, qui donne lieu à un tel mariage, ne peut s'allier avec la préſomption d'un mariage librement promis; préſomption qui eſt la premiere baſe de la légitimation que produit le mariage ſubſé-

quent, & qu'on ne peut avoir de celui qui n'a voulu ſacrifier ſa liberté qu'en perdant la vie : ainſi dans ce cas nulle difficulté qu'un tel mariage ſubſéquent n'a point produit la légitimation.

Cela réſulte de ce qui eſt établi ſur le titre des mariages.

SECTION III.

De la légitimation par lettres du prince.

DISTINTION PREMIERE.

De l'effet de ces lettres, lorſque le bâtard les obtient ſans l'approbation de ſes pere & mere, & parens naturels.

XXIII. Le roi ſeul, par la plénitude de ſa puiſſance, peut accorder de telles lettres, toute autre puiſſance eſt ſur cela inſuffiſante, & la prétendue légitimation qui en ſeroit émanée, ne ſeroit que relative & très-limitée.

Ab imperio hoc precipientibus, ut in uno eodemque hoc quod agitur, ſit donum patris & principis; id eſt dicere, naturæ ſimul & legis. Novell. 74, chap. 2, §. 1, M. Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 10, n°. 13.

XXIV. La légitimation qu'elles produiſent, eſt bien moins étendue que celle que produit le mariage ſubſéquent ; c'eſt un principe général que l'on développera, & auquel il eſt à propos d'abord de s'arrêter.

Voyez ſur cette légitimation, M. le Brun, des ſucceſ. liv. 1, ch. 2, ſect. 1, diſtinct. 2 ; M. Ricard, des diſpoſit. condition. ch. 5, ſect. 5, n°. 540 & 541, page 219. Par la diſpoſition de la novelle 89, cette légitimation produiſoit tous les effets de la légitimité, ce que nous ne ſuivons pas, ſi les lettres n'expriment tous les effets ; & cette légitimation ne donne point la nobleſſe au bâtard, quoique ſon pere ſoit noble, ſi cela n'eſt pas exprimé dans les lettres. Loiſeau, des ordres, ch. 5, n°. 62, page 32.

XXV. Les lettres de légitimation ne peuvent être obtenues ſans le conſentement du pere. Ce conſentement, après l'autorité du roi, eſt leur baſe.

Ordonnance de Henry III, de 1579. Voyez le Brun, des ſucceſ. page 20, n. 8, ſur la forme de ces lettres. Voyez M. Bacquet, du droit de bâtardiſe, ch. 10, où il confirme la propoſition, page 125, & ch. 11, page 126, en diſant que cette légitimation profite *ad honores non ad ſucceſſiones.*

XXVI. L'effet principal de ces lettres, eſt de rendre le bâtard, qu'elles légitiment, capable de poſſéder office & bénéfice en France. Voilà leur premier effet ; mais il n'influe pas ſur le droit actif de ſuccéder, qui ne peut militer ſans le conſentement du pere.

A l'égard de telles lettres obtenues du pape, elles ne produiſent en France d'autre effet, que d'habiliter le bâtard à y poſſéder bénéfice. Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 12, ch. 3, encore cet effet, eſt-il contraire à la loi citée ſur la premiere propoſition de cette diſtinction.

XXVII. Son autre effet, eſt que le bâtard peut porter, non-ſeulement le nom, mais les armes de ſon pere, en y renfermant une marque de ſon origine ; mais il ne ſuccéde pas, le roi ne voulant par ſes graces faire préjudice à des tiers ; ce qui doit s'entendre des parens, ſans le conſentement deſquels les lettres auroient été obtenues.

Voyez l'arrêt rapporté par M. le Veſt, ch. 95. M. Louet, let. L, n°. 70. Lapeyrere, let. B, ſur le mot bâtard, n°. 6, page 29, de l'édition de 1725.

XXVIII. Il ne jouit pas de la nobleſſe de ſon pere, à moins que la clauſe d'ennobliſſement ne ſoit inſérée dans ces lettres, ce qui a lieu encore qu'il y eût conſentement à la légitimation ; mais il en jouit, ſi les lettres le portent : la volonté du roi étant une des principales ſources de la nobleſſe, dont l'effet, à cet égard, milite, même vis-à-vis de l'étranger.

Le bâtard étranger, légitimé par ſon prince naturel, l'eſt par-tout ; mais cette légitimation ne peut affoiblir les droits du roi ſur la ſucceſſion, laquelle, ſi elle ne lui appartient comme bâtard, elle lui appartient comme étranger ; c'eſt ainſi qu'il y a lieu d'entendre ce que dit M. Lapeyrere, let. B, ſur le mot bâtard, n. 13, page 29.

XXIX. Cette légitimation ne fait ceſſer la ſubſtitution faite au défaut d'enfant, que dans le cas où par les lettres, il eſt rendu capable de ſuccéder. Sans cette capacité l'ordre de la ſubſtitution doit être gardé.

M. Richard, des diſpoſit. condition., ch. 5, ſect. 5, n. 540 & 541, page 219.

DISTINCTION II.

De l'effet de ces lettres, lorſqu'il y a conſentement à icelles de la part de la famille.

§ I.

Si en ce cas, le bâtard a droit de ſuccéder, & relativement à qui il a ce droit.

XXX. Il a droit ne ce cas, de ſuccéder à ſes pere & mere, pourvu que cette faculté ſoit exprimée dans les lettres ; mais cette faculté ne naît pas du ſeul conſentement & ne ſe ſupplée jamais, & il faut réguliérement conſentement de tous les intéreſſés.

Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit 12, ch. 3 ; M. le Brun, des ſucceſ. page 19, n°. 5. Voyez M. le Maître, tit. 15, page 487, qui eſt d'avis contraire, qui ne doit s'entendre que dans le cas que les autres parents n'ont pas conſenti.

XXXI. Pour cette habilité, il faut outre le conſentement de ſes pere & mere, le

consentement de ceux qui avoient droit de leur succéder à son exclusion, à moins qu'on ne regarde le consentement du pere comme une institution d'héritier, & que ce consentement leve toute incapacité à profiter d'une telle disposition. Je crois que ce consentement, qui n'a pu seul déroger à la loi de la nation, & priver des tiers d'un droit qu'elle leur déféroit, est insuffisant; & qu'en ce cas, les enfans tirent tout leur droit de la volonté du roi, si il l'a ainsi exprimé par les lettres. Mais les graces qu'il fait, guidées toujours par sa justice, ne se font que sous les conditions tacites qu'elles ne pourront préjudicier à un droit acquis à des tiers; ainsi ce droit, s'il n'y a expresse dérogation à icelui, doit militer.

Voyez M. Bacquet, du droit de bâtardise, ch. 12, nº. 6, page 131, il estime que le consentement des parens n'est pas nécessaire; mais au nº. 19, il dit, qu'il est plus sûr d'appeller les parens. Voyez l'arrêt du 13 juin 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 26. Cependant nonobstant le défaut de consentement, Lapeyrere, let. B. nº. 12, page 29, est d'avis qu'ils succédent à leur pere, à l'exception des biens sujets à la coutume; mais tous les biens y sont sujets: il faut observer que nonobstant le défaut de consentement, les freres ainsi légitimés, se succédent les uns aux autres; le Brun, des succes. page 20, nº. 10, Bacquet, page 140; c'est juste exception à l'observation qu'on vient de faire, un même titre leur donne le même droit.

XXXII. Delà il s'ensuit que si au moment de l'ouverture de la succession du pere, ou de celle de la mere, il y avoit un parent qui n'eût pas consenti aux lettres, & qu'il fût saisi de la succession du pere ou de la mere cessant cette légitimation, ce parent collateral exclut le légitimé par lettres; sauf l'exception en faveur de plusieurs enfans qui se succédent les uns aux autres lorsqu'ils sont légitimés.

Cela résulte de l'arrêt rapporté par le Vest, & qu'on a ci-dessus cité; à plus forte raison, ne pourroit-il succéder à son ayeul au préjudice d'un collatéral qui n'auroit pas consenti à sa légitimation. M. Henrys, tome 1, liv. 6, ch. 5, quest. 27, rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé. Voyez M. le Brun, des succes. page 20, nº. 13, & suivans.

☞ Actuellement on pense très-généralement que pour rendre le bâtard légitimé capable de succéder à ses pere & mere, il suffit que les lettres de légitimation ayent été obtenues de leur consentement; mais cela ne s'étend pas aux autres parens.

XXXIII. Non-seulement dans le cas du consentement de tous les intéressés, le bâtard succéde à ses pere & mere, mais encore à ceux qui ont consenti à sa légitimation; & ceux-là même lui succédent, l'habilité devient réciproque; elle doit donc avoir son effet d'un côté comme de l'autre.

Voyez M. Soëfve, tome 1, cent. 1, ch. 13; Loysel, liv. 1, régles 45, ses opuscules, page 133; Bacquet du droit de bâtardise, chap. 11; le Brun des successions, liv. 2, sect. 1.

XXXIV. A l'égard des parens qui n'ont pas consenti à sa légitimation, ils n'ont nulle part dans sa succession, de même que lui ne leur succéderoit pas: même principe; l'habilité réciproque ne pouvoit naître que du consentement: ainsi ce consentement cessant, il y a inhabilité de part & d'autre, tout y doit être égal.

M. Bacquet, traité du droit de bâtardise, part. 2, ch. 13, pag. 145. Voyez la section 6, du ch. 5, de ce titre, & la note sur la derniere proposition de cette section; M. le Brun, des successions, pag. 9, nº. 3, estime que les parens qui n'ont pas consenti à la légitimation du bâtard, lui succédent; ce qui me paroît ne pouvoir être entendu que relativement au fisc. Voyez aussi Bacquet, du droit de bâtardise, ch. 14, nº. 20 & 21, où il incline pour l'opinion contraire qui me paroît mieux fondée.

XXXV. Le bâtard adultérin peut bien être légitimé par la toute puissance du roi; mais telle légitimation ne l'habilite pas à succéder, l'horreur de sa naissance l'en rend toujours incapable.

Arrêt rapporté dans la cinquiéme part. du journal du palais, page 209. Voyez Bacquet, du droit de bâtardise, ch. 12, num. 26, page 137. Le Brun, de la communauté, page 19, num. 6, & au nombre suivant, il requiert le consentement des héritiers pour une telle légitimation; mais tel consentement peut-il l'habiliter à succéder? Voyez Bacquet, du droit de bâtardise, ch. 11, page 126.

§. II.

Quand ce droit de succession active, en faveur du bâtard ainsi légitimé, est de droit révoqué.

XXXVI. L'effet de cette légitimation cesse si depuis il est survenu des enfans légitimes au pere naturel du bâtard, il ne peut en ce cas y avoir de concours; & cet événement est, à l'égard de la légitimation, ce qu'est la survenance d'enfant par rapport à une donation dont elle opére la révocation.

M. Lapeyrere, sur le mot bâtard, num. 10, part. 29, est d'avis qu'en ce cas, l'enfant légitimé doit avoir une légitime; mais il paroît bien plus conforme au principe de faire révoquer, pour le tout, l'habilité à succéder, comme elle révoqueroit une donation, que de laisser subsister cette habilité pour partie, qui doit subsister en entier ou être effacée pour le tout. La nouvelle ordonnance sur les donations peut encore fonder la proposition. Voyez la proposition qui suit.

XXXVII. Cela est fondé sur ce que cette survenance d'enfant légitime, révoque l'institution tacite d'héritier qu'opéroit la légitimation & même le consentement approuvé par le roi, au droit actif de succéder.

Tel est le sentiment de Tiraqueau, sur loi *si unquam*, que M. le Brun, des succes. page 22, num. 27, paroît adopter.

XXXVIII. D'ailleurs le légitimé ne peut faire valoir son droit de succéder, contre un enfant légitime, né depuis sa légitimation,

& par conſéquent héritier par la nature & par la loi, qui n'a pas conſenti à ſa légitimation & au droit actif de ſuccéder ; ce qui paroît lever toute difficulté, ſauf au bâtard ainſi légitimé à demander des alimens, ou même quelque choſe en propriété.

Indépendamment de cette queſtion, il eſt inconteſtable que cette légitimation ne peut rien opérer contre des enfans nés avant elle, s'ils n'y ont pas conſenti ; c'eſt ce que dit Lapeyrere à l'endroit cité, à l'addition du nombre 26, pag. 31. Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 21, num. 17, ce qui établit encore que la légitimation par les lettres, ne donne le droit de ſuccéder, que dans le cas que l'héritier qui ſe trouveroit ſaiſi de la ſucceſſion au tems de ſon ouverture, a conſenti au droit de ſuccéder en faveur du légitimé par lettres.

§. III.

Si cette légitimation même conſentie, donne lieu à la révocation de la donation antérieure.

XXXIX. L'enfant naturel légitimé par lettres, ne donne pas lieu à la révocation des donations faites par ſon pere ou par ſa mere, avant ſa légitimation ; ce ſeroit porter trop loin ſon effet, & la confondre avec la légitimation par le ſubſéquent mariage, ce qui eſt fort différent ; a faveur eſt dans le dernier cas, elle n'eſt pas de même dans le précédent.

Telle étoit ſur ce, l'opinion commune au châtelet, même avant l'ordonnance de 1731, dont l'art. 39 établit la propoſition. Voyez la propoſition qui ſuit.

XL. En effet, cette légitimation eſt toujours imparfaite, & le roi accordant ſes graces, les accorde toujours ſous la condition tacite, que c'eſt ſans préjudicier aux droits acquis à des tiers ; c'eſt ainſi que ſa juſtice accompagne toujours ſa puiſſance : telle légitimation ne doit donc opérer révocation des donations.

Il n'en eſt pas de même de la légitimation par le mariage ſubſéquent, comme on l'a vu ſur la diſtinction troiſiéme ci-deſſus ; cette légitimation, ſuivant le même art. 39 de l'ordonnance de 1731, qu'on vient de citer, donne lieu à la révocation : en effet, cette légitimation doit être regardée à tous égards, comme véritable ſurvenance d'enfant légitime ; elle doit donc opérer cet effet, mais non l'autre.

§. IV.

Si le légitimé par lettres, a droit d'aîneſſe.

XLI. De ce que la ſurvenance d'enfant légitime détruit le droit de ſuccéder que pouvoit avoir le légitimé par lettres, il s'enſuit dans la théſe générale, qu'il ne peut avoir droit d'aîneſſe contre des enfans légitimes, nés depuis ſa légitimation ; l'un eſt ſuite de l'autre, l'incapacité abſolue emporte la relative.

Voyez M. le Brun, des ſucceſ. pag. 21, num. 36.

XLII. Il ne peut l'avoir pareillement contre un enfant légitime, né avant ſa légitimation, & qui auroit conſenti à icelle, dans le cas même qu'il concourt avec lui ; & cela par la raiſon qu'il ne peut avoir ce droit au préjudice d'un tiers, auquel il eſt acquis, comme en ce cas, le droit d'aîneſſe avoit été acquis à l'enfant légitime.

Cette propoſition s'établit par ce que dit M. Dumoulin, ſur l'art. 8, de la coutume, gloſ. 1, num. 34, & ſuivans.

XLIII. Cependant il auroit droit d'aîneſſe, contre les freres germains, enfans comme lui des mêmes pere & mere, ſi ſes pere & mere depuis avoient contracté un mariage valable ; ce mariage, mais non les lettres, fonderoit ſur ce, ſon droit ; la premiere légitimation donnant tous les droits de la légitimité, & l'autre ne les donnant pas.

Voyez les notes ſur les deux propoſitions précédentes ; ce droit militeroit en ce cas en ſa faveur, non en vertu de la légitimation imparfaite, opérée par les lettres, mais par la légitimation parfaite que produit le mariage ſubſéquent ; effet de cette derniere légitimation qui a été établi ci-deſſus.

§. V.

Si ces lettres rendent le bâtard capable de diſpoſitions univerſelles.

XLIV. Lorſque les lettres n'habilitent pas le bâtard à ſuccéder, elles ne levent pas ſon incapacité à recevoir de ſes pere & mere des diſpoſitions univerſelles ; l'effet de ces lettres eſt, en ce cas, preſque borné à le rendre capable de poſſéder office & bénéfice en France.

Arrêt du 23 mars 1656, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 17.

XLV. Mais ſi ces lettres le rendent capable de ſuccéder, elles le rendent capable de recevoir des diſpoſitions univerſelles ; cette derniere capacité étant une ſuite néceſſaire de l'autre.

Voyez M. Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, ſect. 8, num. 41, pag. 99.

XLVI. Il ſeroit même capable de recevoir une diſpoſition univerſelle, mais en un certain cas ſeulement ; & ce, quand le droit de ſuccéder n'auroit lieu, par le défaut de conſentement de la famille.

Ce qui a été jugé par l'arrêt rapporté par M. le Veſt, ch. 170, & par celui du 13 juin 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 26. Voyez auſſi l'arrêt du 17 juillet 1655, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 99, ce qui ne s'entend que dans le cas qu'on va expliquer.

XLVII. Mais il faut en ce cas d'inhabilité à ſuccéder, que la diſpoſition univerſelle ſoit portée par le contrat de ſon mariage ; la faveur du contrat & du mariage qui devient

vient la ſource d'une nouvelle famille, fait valider une pareille diſpoſition, nonobſtant l'inhabilité à ſuccéder par le défaut de conſentement, ce qui eſt une juſte faveur; mais par contrat de mariage même, le fils naturel ainſi légitimé ne pourroit être capable de recevoir une diſpoſition univerſelle, ſi ſon pere ou ſa mere naturels, qui l'auroit faite à ſon profit, avoit laiſſé des enfans légitimes; ce ſeroit effet de paſſion de le préférer aux autres: c'eſt ainſi que ſe concilie l'intérêt des familles, avec la juſte faveur attachée au mariage.

Voyez la loi neuviéme, paragraphe dernier, Cod. *de natural. lib.*

XLVII. Le bâtard ainſi légitimé, même avec droit de ſuccéder, n'a pas droit de demander une légitime, lorſque ſon pere a diſpoſé de tout, mais ſimplement une proviſion *ut vivat*; ſon droit ayant pour baſe bien plus la volonté de ſon pere que la diſpoſition de la loi, il ne peut agir contre cette même volonté.

Ainſi jugé par l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 95: voyez M. Bacquet, traité du droit de bâtardiſe, ſeconde partie, ch. 12, num. 8, page 131, où il eſt d'opinion contraire; mais tout étant grace pour lui, peut-il avoir quelque choſe contre la volonté de ſon pere.

TITRE QUATRIEME.

DES PERSONNES CONSIDERÉES RELATIVEMENT A L'ORDRE PUBLIC.

On avoit eu deſſein de traiter ſous ce titre, du clergé, de la nobleſſe & du tiers-état; mais l'embarras continuel ſur une matiere auſſi délicate, a engagé au ſilence; on n'y traitera donc que des communautés relativement à leurs biens, des avocats, à l'ordre deſquels l'auteur a eu l'honneur d'appartenir, & des priviléges des bourgeois de Paris, dont la coutume ne fait qu'une légere mention.

CHAPITRE PREMIER.

DES COMMUNAUTÉS CONSIDERÉES RELATIVEMENT AUX BIENS QU'ELLES POSSEDENT.

SECTION PREMIERE.

COMMENT LES COMMUNAUTÉS PEUVENT SE FORMER, ET DE LEUR RAPPORT A L'ORDRE PUBLIC.

I. LE bien public eſt la loi ſuprême & l'objet de toutes les autres loix; c'eſt ce bien public qui a conduit à l'établiſſement des diverſes communautés, dont on va examiner les droits.

Sur les formalités néceſſaires pour l'établiſſement des communautés, voyez la déclaration du mois de décembre 1666, & l'arrêt d'enregiſtrement rapporté dans le troiſiéme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 23.

II. Les communautés ſont des corps compoſés de pluſieurs perſonnes & formés, comme on l'a dit, pour le bien public, d'où il s'enſuit que toutes les communautés doivent avoir, & ont en effet rapport à la police temporelle & à l'ordre public

C'eſt ce que dit M. Domat; c'eſt la fin à laquelle tend leur établiſſement.

III. Nulle communauté ne peut ſe former ſans la permiſſion du roi; tout autre corps eſt illicite: c'eſt de ſa puiſſance que découle tout ordre public, & par conſéquent la formation d'une communauté.

Voyez l'art. 357, de l'ordonnance de Blois. *Neque ſocietas, neque Collegium, neque ejuſmodi corpus, paſſim omnibus habere conceditur, nam & legibus & ſenatuſconſultis & principalibus conſtitutionibus ea res coercetur*, liv. 1, ff. *Quod cujuſcunque univerſitatis nomine.* Voyez auſſi les ordonnances de 1627 & de 1666; la bibliothéque canonique, tom. 1, page 317, le journal des audiences, tom. 3, liv. 1, chap. 23, & M. Ricard, des donations ſur la capacité qu'il faut avoir pour en pouvoir profiter, tout cela fonde la propoſition qui eſt de droit public.

IV. Celle qui ſe ſeroit formée ſans lettres-patentes du roi duement enregiſtrées, ne pourroit poſſéder aucun bien ni en recevoir, elle eſt cenſée ne pas exiſter; le vice de ſa formation la réduit au néant, & par conſéquent, la met dans l'incapacité qu'on vient de marquer, autrement ce ſeroit en autoriſer la formation qui eſt vicieuſe.

Outre les lettres-patentes qui forment la premiere baſe de tout établiſſement de communauté, nulle communauté réguliere ne peut s'établir dans une ville, ſans le conſentement des habitans. M. Henrys, tome 2, queſt. 6, où il dit : « J'honore » tous les religieux, auſſi-bien ceux que nous n'a» vons pas que ceux que nous avons en cette ville ; » ma maiſon eſt ouverte à tous, ils ſeront toujours » bien venus, mais point d'établiſſement nouveau : » car comme l'intérêt public m'obligera toujours » à me déclarer pour lui, l'on n'aura jamais pour » cela mon approbation. « Ce ſont ſes termes : c'eſt juridique & ſage politique, que l'obſervation de ce bon auteur.

V. Lorſque la communauté eſt établie par l'ordre, ou la permiſſion du prince, elle peut poſſéder des biens & en recevoir ; elle peut même faire des ſtatuts pour ſon utilité & ſa diſcipline particuliere, pourvu qu'ils ne ſoient pas contraires au bien public ; tout cela eſt ſuite de la légitimité de ſa formation, & de l'autorité qui la fonde.

Art. 99, de l'ordonnance d'Orléans, la loi 4, ff. *de Collegiis* ; M. Baſſet, tome 1, liv. 3, tit. 14, ch. 2.

SECTION II.

Des différentes eſpéces de communautés.

VI. Les communautés ſont de trois eſpéces différentes ; ce qu'on va diſtinguer par les propoſitions ſuivantes.

VII. Les unes regardent la religion, tels ſont les chapitres & les monaſteres.

VIII. Les autres regardent la police temporelle, tels ſont les corps d'officiers, les communautés de ville.

Voyez ſur cette propoſition & la précédente, M. Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 5, ch. 7, num. 73, & ſuivans.

IX. La troiſieme eſpece regarde tout enſemble la religion & la police, telles ſont les univerſités ; il eſt ſenſible que toutes ont le bien public pour fin, baſe de leur établiſſement.

Voyez M. Domat, droit public, liv. 1. tit. 15.

X. Les communautés, qui par leur regle, ne peuvent poſſéder aucun bien en propre, ſont cependant capables d'un legs qui leur eſt fait par forme d'aumône : c'eſt juſte exception à leur incapacité à poſſéder des biens ; mais il ne faut pas en abuſer, ce qui arrive quelquefois.

Arrêt du 20 août 1669, rapporté par M. Augeard, tom. 2. pag. 201.

☞ Dans l'eſpece d'une communauté de religieux, il faut excepter le cas où le teſtateur auroit eu pour directeur un des religieux de la maiſon ; alors il y auroit incapacité abſolue de recevoir un legs, quelque modique qu'il fût : c'eſt ce qui a été jugé par différens arrêts, & notamment contre les récollets de Nevers, par arrêt rendu en la ſeconde chambre des enquêtes le 16 février 1760.

SECTION III.

Comment les biens des communautés ſe régiſſent, & ſi les adminiſtrateurs peuvent les aliéner.

XI. Les biens d'une communauté n'appartiennent pas aux particuliers qui la compoſent, mais à la communauté, qui de ſa nature eſt perpétuelle ſi le prince ne la ſupprime ; de-là on conçoit facilement que ceux qui ſont prépoſés à l'adminiſtration de ces biens, doivent avoir une certaine qualité.

Loi 14. cod. *de ſacro ſanct. Eccleſ.*

XII. Ces biens ſe régiſſent par ceux des membres auxquels la communauté en a confié l'adminiſtration : toute autre adminiſtration ſeroit confuſion, & comme telle illégitime.

L'art. 9. de l'édit de Melun de 1580, regle l'emploi de ces biens, & la maniere dont les adminiſtrateurs en doivent compter.

XIII. Quoique toutes les voies légitimes d'acquérir leur ſoient ouvertes, preſque toutes celles pour aliéner leur ſont fermées ; ſi cela a des inconvéniens, la liberté d'aliéner en auroit auſſi ; mais auſſi pour cela même il ne faut pas les multiplier.

La loi 14. cod. *de ſacro ſanct. Eccleſ.* ſur l'aliénation des biens d'égliſe & des communautés ; voyez Papon, liv. 1. chap. 13. Baſſet, tome 1. liv. 4. tit. 12. ch. 5. Voyez l'ordonnance d'Henri II. de 1558. l'art. 29. de l'ordonnance d'Orléans, & l'art. 79. de celle de Blois. Cependant ces communautés peuvent aliéner, en obſervant certaines formalités ; mais les communautés qui ne ſont ni villes, ni bourgs fermés, ne peuvent vendre. Voyez l'édit du mois d'avril 1683, & l'ordonnance des eaux & forêts, titre 25.

XIV. C'eſt par cette difficulté d'aliéner qu'ils ſont appellés gens de main-morte ; exacte définition de leur impuiſſance à aliéner, dans la theſe générale.

Voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement.

XV. C'eſt par cette même difficulté que lorſqu'ils acquiérent, ils doivent au roi le droit d'amortiſſement, & celui d'indemnité aux ſeigneurs, deſquels droits il eſt traité ci-après, & qui ſont fondés ſur les pertes que leur poſſeſſion fait ſouffrir, tant au roi qu'aux ſeigneurs féodaux ; pertes auxquelles il a été bien juſte de parer, ce qu'on a fait par l'établiſſement de ces droits.

Voyez ſur ce, le titre des cenſives, à la fin. Loyſel liv. 1. régle 57, & ſuivantes. M. le Maître, du droit d'amortiſſement.

XVI. Cependant les communautés peuvent aliéner lorſqu'il eſt juridiquement prouvé que l'aliénation leur eſt avantageuſe ;

mais il faut pour cela cette preuve ; ſans elle l'aliénation ſeroit nulle.

Voyez l'article 79. de l'ordonnance de Blois, ſur les formalités des aliénations des biens d'égliſe ; voyez M. Henrys, tom. 2. liv. 1. queſt. 34, & M. Domat, du droit public, liv. 1. tit. 15. Lorſque l'aliénation a été faite ſans obſerver les formalités & ſans cauſe urgente, l'aliénation eſt nulle, & l'acquéreur n'en peut répéter le prix; arrêt du 22 décembre 1636, rapporté par Bardet, tome 2. liv. 5. chap. 33. & le tems ne peut confirmer une telle aliénation; voyez l'arrêt du 4 décembre 1645, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4. chap. 25, la preſcription de 40 ans n'a pas lieu en ce cas, en faveur même du tiers détempteur, acquéreur de bonne foi; arrêt du 11 décembre 1646, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4. ch. 43; ce qui a lieu principalement quand la nullité ſe juſtifie par le propre titre de l'aliénation; arrêt du 23 juillet 1638, rapporté par Bardet, tome 2. liv. 7. ch. 36; voyez auſſi l'arrêt du grand conſeil, rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 125, & M. le Prêtre, cent. 1. chap. 2; tout cela confirme la propoſition.

☞ Voyez encore ſur toutes les propoſitions du préſent chapitre qui peuvent s'appliquer aux gens de main-morte, l'édit de décembre 1691, contenant la dénomination de ceux qui ſont compris au nombre des gens de main-morte, & qui régle les formalités relatives aux acquiſitions & aliénations, ainſi qu'à l'adminiſtration de leurs biens.

Les déclarations de 1731, 1738, & 1739, portant défenſes aux gens de main-morte, & notamment à ceux du comté de Bourgogne, de la Flandre & du pays Meſſin, d'acheter & d'aquérir ſans une permiſſion expreſſe du roi.

Et enfin, l'édit d'août 1749, qui eſt la loi la plus nouvelle & la plus générale dans la matiere.

CHAPITRE SECOND.

DES AVOCATS.

I. LA profeſſion d'avocat eſt noble par elle-même, du moins elle jouit d'une conſidération ſi parfaite, que ſon exercice, loin d'obſcurcir la nobleſſe dans la perſonne de ceux qui l'ont d'extraction, ne fait qu'y ajoûter un nouvel éclat.

Dans les anciennes ordonnances du parlement, les avocats ſont appellés *Advocati conſiliarii*; voyez M. Loyſeau, des ordres, ch. 8. num. 28. & 29. pag. 50, & les propoſitions ſuivantes.

II. Dans les tems où le mérite conduiſoit ſeul aux honneurs & aux dignités, l'ordre des avocats étoit le ſéminaire de la magiſtrature; leurs concitoyens leur en conſervent une d'autant plus eſtimable qu'elle eſt volontaire, en ſe ſoumettant à leurs déciſions ; & les magiſtrats les aſſocient ſouvent à leurs fonctions. Précieux reſtes de la nobleſſe de leur état, & qui en conſervent le mérite s'ils n'en conſervent pas toute l'utilité & l'ornement extérieur.

Perpetuus populi, privato in limine Prætor, c'eſt la définition que Manilius a fait d'un avocat; *Advocatorum tunc incipere dignitates cùm finiunt actiones* dit Corneille Tacite; ils devenoient même les conſeillers des empereurs, *Juriſperitos in conſilium principis aſſumptos*, dit la loi 30. ff. *de excuſat.* Nos mœurs conſervent encore les veſtiges de ces avantages.

III. Quoique cet état ne donne pas la nobleſſe réelle & tranſmiſſible, ceux qui exercent cette profeſſion ſont regardés comme vivans noblement, & leur poſtérité tire du luſtre de cet état honorable; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Par la loi 1. ff. *de Advoc. diverſ. judicior.* les avocats, après avoir plaidé 20 ans, devenoient comtes du premier rang, *conſequantur Clariſſimatûs dignitatem*; c'eſt ce qui eſt obſervé par M. Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1. ch. 8. num. 18. pag. 50, ſur la diſtinction de la nobleſſe réelle, & de celle d'établiſſement; voyez l'auteur des eſſais de morale dans ſon traité de la grandeur; les notes ſur la cinquieme propoſition de ce chapitre, éclairciſſent ces avantages trop convenables au bien public, pour être conteſtés, puiſqu'ils ſoutiennent les avocats dans leurs travaux, preſque toujours infructueux.

IV. L'amour de la juſtice qui renferme toutes les autres vertus, & la connoiſſance des loix, ſont les fondemens de cet état; l'union qui y regne, fait que les lumieres y ſont communes par l'effuſion qui s'en fait : heureux état, qui a pour baſe la vertu & le bien public!

Un illuſtre bâtonnier dans le diſcours qu'il prononça en 1743 : diſoit » les fonctions de cet état » ſont toujours uniformes, c'eſt un travail continuel » & ſans relâche ; les premiers tems ſe paſſent » dans les exercices du barreau, qui eſt le théâtre » de l'honneur, & le champ de la vertu ; les derniers tems s'écoulent dans la retraite du cabinet ; dans l'un & dans l'autre de ces tems, » l'avocat occupé des intérêts des autres, oublie les ſiens, vit dans une abnégation de ſoi-même, & par ſes travaux ſe pénetre de plus » en plus de la perfection de la loi de Dieu. En » effet, c'eſt la véritable fin à laquelle tend l'exercice de cette profeſſion qui conduit toujours à » la religion.

V. Des fonctions ſi nobles, ſi ſalutaires aux autres, méritoient de la conſidération & de la reconnoiſſance; c'eſt par ces motifs puiſſans que les avocats jouiſſent des principaux avantages de la nobleſſe, & l'on a même eu la délicateſſe qu'il ne reſtât aucun veſtige du trouble qu'un traitant leur avoit fait eſſuyer ſur la poſſeſſion dans laquelle ils avoient toujours été des priviléges de cet état. C'eſt encore une fois nobleſſe réelle, qui, ſi elle n'eſt

pas d'établiſſement, eſt toujours d'un grand prix.

Leur nobleſſe eſt atteſtée par M. Guypape, en ſa quatre-vingt-huitiéme déciſion, *doctores eſſe nobiles & debere gaudere privilegiis nobilium;* ce qu'il confirme dans la 388. déciſion par un arrêt du parlement de Dauphiné, *& ita*, dit-il, *fuit concluſum & determinatum definitivè per dominos parlamenti & cameræ computorum, die ultimâ aprilis* 1491. voyez auſſi les remontrances de M. Baſſet, rapportées dans ſon premier volume, page 290. Le journal du palais, ſixieme partie, page 302. où il eſt établi que ces remontrances produiſirent tout leur effet, & comment auroient-elle pu ne pas le produire? Si la vertu, toute abſtraction faite de ſon efficacité, emporte avec elle-même une nobleſſe réelle, *nobilitas ſola eſt, atque uniqua virtus*, comment donc aux vertus de l'avocat ſi efficaces, ſi ſalutaires aux autres, à la nobleſſe réelle duquel on en a joint une d'établiſſement, mais limitée à ſa perſonne, auroit-on pu dénier les privileges de cette derniere? Lorſque M. du Croc, en ſon ſtyle du parlement de Paris, rapporte que les avocats y exerçant leurs fonctions pendant cinq ans, acquiérent le privilége de la nobleſſe; arrêt du 5 février 1542. Il y en avoit eu un précédent du conſeil du 4 mars 1545; ce qui a encore été jugé par un plus récent de la cour des aydes du 16 juin 1619, ce qui a lieu dans les autres parlemens; Chaſſanée l'atteſte pour le parlement de Bourgogne & pour celui d'Aix; Baſſet, l'atteſte pareillement: & en effet lorſqu'on reçoit un docteur, on lui dit, *te comitem & nobilem facimus*, l'avocat a donc non ſeulement une nobleſſe réelle, mais encore une nobleſſe d'établiſſement; il jouit des priviléges qui y ſont attachés; mais ces priviléges limités à ſa perſonne, ne paſſent pas à la poſtérité: ce qui eſt du moins une preuve de la nobleſſe réelle dans ſa perſonne.

VI. Il eſt bien glorieux aux avocats qui n'ont pour eux que la vertu, la ſcience & la parole, de ſe maintenir parmi leurs concitoyens dans cette conſidération, quoique la fortune & l'autorité ſoient regardées par le plus grand nombre de ces mêmes concitoyens, comme les ſeules ſources de la conſidération.

Voyez le plaidoyer de M. l'avocat général, Gilbert de Voiſins, ſur lequel eſt intervenu l'arrêt du 29 janvier 1731, où il dit, que les avocats ne peuvent avoir d'autres armes que le raiſonnement & le diſcours; vérité exacte & marquée au coin de ce grand magiſtrat. Peu connoiſſent mieux la trempe de ces armes que les avocats.

VII. S'il n'y a rien de plus flateur pour l'amour-propre que de ſe voir entouré de gens qui rendent de certains devoirs, non par l'autorité, non par les richeſſes, non par la charge, non par la qualité d'héritier de celui à qui il les rend; mais par une conſidération perſonnelle, qui pourroit plus ſe prendre à cet appât ſéducteur, que l'avocat à qui on ne les rend qu'à cauſe de lui-même, ſi ſon amour pour la juſtice & pour l'ordre public, auxquels l'amour-propre eſt ſi funeſte, ne le mettoit à l'abri de ces illuſions: c'eſt ce que fait l'exercice de ſa profeſſion, il y puiſe la pratique des vertus.

Voyez Quintilien, *dialog. orator.* l'auteur des eſſais de morale, traité de la connoiſſance de ſoi-même, ch. 3, pag. 10.

VIII. Par une ſuite de cette conſidération & de leur capacité reconnue, ils ſont de droit lieutenans des juges, & comme tels rendent juſtice publique & autoriſée en leur abſence; autre preuve de leur nobleſſe réelle.

Loi 14, cod. *de advocat. diverſor. judicior. Non enim ſolos*, dit cette loi, *noſtro imperio militare credimus, illos qui gladiis & thoracibus nituntur, ſed etiam advocatos, militant enim cauſarum patroni qui gloriosè voces confici munimine, laborantium ſpem, vitam & poſteros defendunt.* M. Baſſet, tome 2, liv. 2, tit. 4, ch. 1, pag. 89, rapporte un arrêt qui les a confirmé dans cette qualité d'être lieutenans des juges.

IX. Tous ces avantages ne ſont accordés qu'à ceux qui, fréquentans le barreau, ſe ſont mis en état de profiter des exemples qu'il fournit, & qui, après des épreuves publiques, ont mérité d'être inſcrits ſur le tableau; tout autre, c'eſt-à-dire, celui qui ſe trouve ſeulement décoré du titre, ſans y joindre l'exercice de la profeſſion, n'eſt pas digne d'y participer.

Voyez les art. 81 & 84 de l'ordonnance de Blois; l'édit du mois d'avril 1679, qui régle les tems des études, au droit civil & au droit canon; il eſt rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 5, pag. 55, ſurquoi on obſervera qu'il faut bien diſtinguer un avocat au parlement, & un avocat en parlement. Ce dernier n'eſt vraiment qu'un licencié en droit, reconnu en cette qualité par le parlement, mais non de ceux qui ſe ſont rendus dignes de faire la fonction d'avocat dans cet auguſte tribunal.

X. Ce ſeroit bien s'écarter de cette juſte conſidération, que de penſer que les avocats, dont la conduite eſt toujours réglée ſur la juſtice & le déſintéreſſement, ſont incapables de profiter des diſpoſitions faites par leurs cliens; ces diſpoſitions ſont un effet de leur juſte reconnoiſſance, & non d'une puiſſance que les avocats ne connoiſſent que pour l'avantage des autres: ce ſeroit donc abuſer de la loi, qui défend de donner aux adminiſtrateurs, que d'en faire application à leur égard, cette loi ne les comprenant, ni dans ſa lettre, ni dans ſon eſprit: tel eſt, à leur égard, le vrai ſens des ordonnances, aſſuré par la juriſprudence des arrêts, qui ont rejetté l'abus qu'on vouloit faire contre eux des ordonnances.

Arrêt du 7 mars 1652, rendu au profit de M. Gorillon avocat., rapporté par Soëfve, tome 1, ch. 93, page 344; autre du 2 avril 1675, au profit de M. Abraham, dans le troiſiéme volume du journal des audiences, liv. 9, ch. 7. Lors de ces arrêts, il fut dit que c'étoit une propoſition téméraire que d'avancer que les avocats étoient incapables de profiter des diſpoſitions faites par leurs cliens. Voyez M. Baſſet, tom. 1, liv. 5, tit. 1, ch. 18, page 53 & 54; il rapporte deux arrêts du parlement de Dauphiné qui l'ont ainſi jugé; c'eſt le ſen-

riment de M. le Préſident Faber au code *de procurat.* & en ſa déciſion 9, au code *de litigioſis*, de M. Expilly, en ſes arrêts, ch. 220, num. 8. Voyez auſſi Henrys, tom. 2, liv. 4, ch. 55, page 118; c'eſt droit commun, puiſque c'eſt le vrai ſens des ordonnances, qu'on a inutilement tentés de détourner à leur égard; ce qui a été rejetté.

XI. Les avocats précédent les anciens marguilliers comptables aux proceſſions & autres cérémonies publiques; & entre les conſeillers préſidiaux & eux, la préſéance ſe regle par l'ancienneté de leur matricule: en ſorte que tel conſeiller ne précéde l'avocat que dans le cas que le conſeiller eſt plus ancien avocat; ce rang eſt la juſte ſuite de ce que deſſus.

Cette préſéance, contre les anciens marguilliers, été jugée par arrêt du 15 juin 1688, rapporté dans la onziéme partie du journal du palais, pag. 472, & dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 14, page 189, & à l'égard de leur concurrence avec les conſeillers des préſidiaux. M. Baſſet, tome 1, page 289, rapporte un arrêt du parlement de Dauphiné du 17 mai 1666, qui a jugé qu'un avocat pourvu de l'office de conſeiller aſſeſſeur au bailliage de Gévaudan, ne devoit rendre le pain béni, par une préférence qu'il prétendoit que ſa charge lui donnoit à l'excluſion de l'avocat qui étoit ſon ancien & qui devoit le rendre ſuivant l'ordre de la matricule. Loyſel, en ſes opuſcules, page 696, a remarqué que M. le préſident de Thou, ſe trouvant dans la paroiſſe de S. André-des-Arts, ne voulut point aller à l'offrande avant M. Chartier, ancien avocat. Le même auteur, dans les mêmes opuſcules, page 630, a remarqué que meſſieurs de Thou & Seguier, ſe préſentans en même tems pour être reçus en l'office de préſident en la cour, dont le roi les avoit l'un & l'autre honoré, la cour décida que M. de Thou ſeroit reçu le premier, comme étant le premier reçu avocat, quoique M. Seguier fût alors pourvu de la charge d'avocat général, & comme tel déja du corps de cette auguſte compagnie; en ſorte que la cour a décidé qu'une charge ſi relevée ne devoit pas troubler l'ordre de la réception dans l'état d'avocat: ce qui ſert à confirmer les obſervations précédentes, & par conſéquent, celles faites relativement aux conſeillers préſidiaux.

XII. La contradiction où les Avocats ſe trouvent par état, n'ayant que la découverte de la vérité pour but; loin d'altérer leur union, en reſſerre les liens par le prix de cette découverte qui eſt leur fin. Leur amour pour la juſtice, calme même chez eux l'agitation que l'antinomie pourroit produire par une paix intérieure qu'elle leur procure. Si quelques membres d'un corps ſi eſtimable ſe rendent par des actions contraires à leur qualité, indignes de profiter de tous les avantages ci-deſſus; ces actes de la part de ces membres qui dérogent, ne peuvent ternir l'éclat de l'ordre; les corps publics & politiques ſont incorruptibles, quoique les membres de ces mêmes corps ſe corrompent; on peut accuſer l'abus que l'on fait d'une profeſſion, mais non la profeſſion même, & dégrader les membres qui deshonorent leur état, mais non pas l'état même.

Voyez la loi *Proponebatur*, ff. *de judic.* & la ſixiéme partie du journal du palais, pag. 301.

XIII. Aſſociés, pour ainſi dire à la magiſtrature, ils ne parlent que le langage des loix & de la juſtice; cependant une noble véhémence, une ſainte hardieſſe fait partie de leur miniſtere; & ils y manqueroient s'ils négligeoient de peindre le vice avec les couleurs les plus propres à exciter la juſte indignation des magiſtrats. Et ſi la partie a à ſe plaindre, ce ne peut être que du déreglement de ſa conduite, & non du miniſtere de l'avocat, qui deviendroit ſouvent inutile, s'il ne lui étoit permis d'employer les expreſſions les plus propres à combattre l'iniquité.

Arrêt du 21 janvier 1707, rapporté par M. Augeard, tome 3, chap. 81, page 404.

☞ Cependant ils ne doivent point dire d'injure ni ſe ſervir d'expreſſions trop hardies, & en pareil cas, il eſt de la prudence & du devoir des magiſtats de leur impoſer ſilence. Voyez le plaidoyer de M. l'avocat général Portail, inſéré en l'arrêt du 21 janvier 1707, ci-deſſus cité.

CHAPITRE TROISIEME.

DU DROIT DE BOURGEOISIE ET DES PRIVILEGES DES BOURGEOIS DE PARIS.

I. LES gens du menu peuple n'ont pas droit de prendre la qualité de bourgeois: cette qualité ne leur appartient pas; & ils ne la prennent qu'abuſivement.

M. Loiſeau, des ordres, chapitre 8, num. 8, page 49.

II. Cette qualité n'appartient pas même à tous les habitans des villes indiſtinctement; elle n'appartient qu'à ceux qui habitent dans les villes, qui ont des priviléges, & droit de corps & de communauté; & non à ceux qui habitent dans d'autres villes.

C'eſt ce que dit M. Loiſeau, au chapitre cité ſur la premiere propoſition, num. 9, pag. 49.

III. En effet, être bourgeois ou citoyen, c'eſt avoir part aux droits & priviléges de la cité; ainſi nul n'eſt bourgeois, s'il n'a ces droits, & s'il n'eſt habitant d'une ville qui les ait.

Voyez M. Domat, en ſa préface, liv. 1, tit. 1, ſect. 2, & nous ne ſuivons pas en cela, la diſpoſition de la loi 17, ff. de *ſtatu hominum.*

SECTION PREMIERE.

Des droits de franc-fief & de taille, considérés relativement aux bourgeois de Paris.

IV. Par les anciennes ordonnances, ils avoient le privilége d'acquérir des fiefs, sans être sujets aux droits de franc-fief; mais à présent ce n'est de leur part qu'une simple prétention & non un vrai droit.

Edit de Charles V, donné à Paris, en son hôtel près S. Paul, le 9 août 1371. Cette ordonnance porte, qu'ils ont les mérites & facultés de personnes de bride d'or & acoutremens appartenant à l'état de chevalerie, & ont droit de prendre les armes de chevaliers, comme nobles *de gente & origine* de notre royaume; voyez sur ces privileges des bourgeois de Paris; M. le Prêtre, cent. 2, ch. 8; M. Bacquet, des francs-fiefs, ch. 9, num. 2, page 31; mais le temps a anéanti ces droits, qui ne sont plus regardés que comme une belle chimère.

V. Cessant ce privilége, ils doivent ce droit au roi; comme tout autre roturier le doit, par l'inhabilité qu'il a à posséder ces sortes de biens. Ainsi ce privilége s'étant effacé, ils doivent ce droit comme les autres.

Voyez M. Bacquet, en son traité des francs-fiefs, ch. 4, où il établit sur le fondement des ordonnances de Philippe III & de Philippe IV, que les roturiers ne peuvent posséder des fiefs en France, sans la permission du roi.

VI. Lorsqu'ils exploitent une ferme qui leur appartient, ils ne sont pas imposés à la taille, sous la restriction ci-après; droit qui leur est actuellement conservé.

M. Bacquet, traité des droits de justice, chap. 30, num. 36 & 37, page 273.

VII. Ce privilege est limité à une seule paroisse, d'où il s'ensuit que si le bourgeois de Paris fait valoir par lui-même, dans deux différentes paroisses, deux fermes qui lui appartiennent, il ne jouit de cette exemption que pour une, & non pour les deux; ce qui n'influe pas sur un bail, & il y a même à ce droit une autre limitation.

Il n'en jouiroit ni pour l'une ni pour l'autre, si il les tenoit à ferme, & en ce cas, seroit cotisable, encore qu'il ne fût demeurant ni dans l'une ni dans l'autre; Bacquet, des droits de justice, pag. 273; mais il faut dans l'un & l'autre cas, & pour jouir de cette exemption limitée à une seule ferme, que pour son exploitation, il ne soit besoin que de deux charrues.

VIII. Les bourgeois de Paris sont encore exemts du ban & arriere-ban, & de certains droits par rapport au vin de leur crû.

Pour le vin de leur crû qu'ils vendent en leurs caves, ils sont exemps du droit des jurés-vendeurs de vin; arrêt du 27 août 1703, rapporté dans le sixiéme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 39, page 406.

IX. Ils ont, outre les priviléges ci-dessus, la garde bourgeoise de leurs enfans; ce qui sera traité ci-après & dans son ordre. En effet, ce droit n'appartient point aux roturiers qui habitent dans d'autres villes.

Ordonnance de Charles VI, elle est rapportée par M. Bacquet, des francs-fiefs, ch. 9, num. 6, page 31.

X. Ils ont la noblesse impropre, comme on l'a vu ci-dessus; mais cette noblesse est encore une chimere, elle ne produit aucune réalité, si ce n'est pour les arts & métiers par la faculté qu'elle donne aux maîtres reçus à Paris, de pouvoir exercer leur art dans toutes les villes du royaume.

M. Loyseau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 63, page 46; on peut ajoûter à tous ces priviléges, que celui qui a été reçu maître à Paris, dans un certain art, peut exercer le même art dans toutes les villes du royaume, en faisant enregistrer ses lettres dans icelles. Arrêt du 16 janvier 1704, rapporté par Augeard, tome 1, page 384.

SECTION II.

De leur juge privilégié.

(Art. 112 de la coutume.)

§. I.

Quand cette attribution a lieu.

XI. Le bourgeois de Paris ne doit être en défendant, traduit ailleurs qu'au châtelet de Paris, c'est un de ses priviléges; cessant lequel en certain cas, on pourroit le traduire ailleurs.

Lettres patentes de Louis XI, du 9 novembre 1473; M. Bacquet, des droits de justice, ch. 8, num. 42, page 26; M. le Prêtre, cent. 2, ch. 8; M. Bacquet, en son traité des francs-fiefs, ch. 9, num. 4, page 31. Arrêt du conseil d'état, du 18 août 1704, il est rapporté par M. Augeard, tome 3, chap. 69, page 345.

XII. Ce privilege a lieu dans les cas esquels la regle générale, que le défendeur doit être traduit devant le juge de son domicile, manqueroit; voilà l'effet du privilege, qui milite dans les cas qu'on va expliquer.

On le juge ainsi au châtelet. Voyez M. Loyseau, en son traité des seigneuries, chap. 14, page 82.

XIII. De-là il s'ensuit qu'il peut demander la révocation de l'assignation à lui donnée, devant les juges de son privilége; quoique la demande contre lui formée, fût purement réelle; matiere où la regle générale (que le défendeur doit être assigné devant le juge de son domicile) cesseroit, ce qui développe l'effet ci-dessus marqué: premier cas où ce privilége a lieu; il y en a d'autres qu'on va détailler.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, & nombre de fois, moi plaidant, contre l'avis de M. Dupleſſis, à la fin de ſon traité des actions, page 612 : opinion abſolument contraire à l'eſprit de la coutume, & qui tendroit à rayer ſon art. 112.

XIV. Cela auroit lieu encore que l'héritage pour lequel le bourgeois de Paris ſeroit aſſigné, ne ſeroit pas ſitué dans le reſſort de la coutume de Paris, dont le texte porte ce privilége : la raiſon eſt que ce privilége eſt, non-ſeulement fondé ſur la loi municipale, mais ſur les ordonnances qui ont lieu par tout le royaume ; preuve de la propoſition, & ſecond cas où s'applique le privilége.

Lettres patentes de Louis XI, vérifiées au parlement, le 21 novembre 1453.

XV. De ce que le bourgeois de Paris a droit de faire révoquer au châtelet de Paris, une demande pétitoire contre lui formée, il s'enſuit à plus forte raiſon, qu'il peut faire évoquer des demandes contre lui formées en partage ou en licitation, puiſque ces demandes ne ſont pas purement réelles, mais mixtes ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, c'eſt une ſuite de leur privilége, & un troiſieme cas dans lequel il s'applique, parce que dans ces demandes la perſonnalité l'emporte ſur la réalité.

On le juge ainſi au châtelet, & cela eſt établi ſur le chapitre des partages.

XVI. En vertu du même privilége, le bourgeois de Paris étant aſſigné en garantie, ailleurs qu'au châtelet de Paris, a droit de demander la révocation de l'aſſignation devant le juge de ſon privilége ; ſuite des deux premieres propoſitions de ce paragraphe, & c'eſt un quatriéme cas dans lequel milite leur privilége ; il eſt donc réel, & ce ſeroit mal l'entendre que de dire qu'il n'eſt que de droit commun.

En ce cas, M. le lieutenant-civil, accorde toujours ſon ordonnance qui contient cette révocation & défenſes de procéder ailleurs ; ainſi l'on ne ſuit pas au châtelet, ce que dit M. Bacquet, ch. 8, num. 43, page 47 : c'eſt erreur que les ordonnances citées proſcrivent ; & par leurs diſpoſitions, ce privilége opére dans le cas ci-deſſus.

XVII. Dans le cas de cette révocation, le demandeur en garantie étant intéreſſé à ne pas plaider en deux différentes juriſdictions, a droit de demander la révocation au châtelet de la demande principale ; ce qui lui eſt accordé, c'eſt communication de droit qui par l'exercice de celui du bourgeois de Paris devient inévitable : c'eſt émanation ſalutaire, puiſqu'elle abrege la procédure.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; en effet, l'indiviſibilité des deux demandes, & le privilége du bourgeois de Paris, donne ouverture & fonde cette derniere évocation.

XVIII. Cette évocation ſe fait par une requête que le bourgeois de Paris préſente au juge de ſon privilége ; par la ſignification de l'ordonnance qu'il obtient de ce juge, & par l'aſſignation donnée en conſéquence : tel eſt l'uſage du châtelet : privilége qui influe ſur le ſcel de cette juriſdiction.

On peut mettre au nombre des priviléges des bourgeois de Paris, celui du ſcel du châtelet, d'être attributif de juriſdiction, ſur le privilége attribué à ce ſcel. Voyez M. Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, chapitre 8, page 17, & ſuivantes.

☞ L'attribution de juriſdiction attaché au ſcel du châtelet, n'a point lieu dans les matieres dont la connoiſſance eſt attribuée à la connétablie. Voyez les arrêts cités par Bauclas, à ce ſujet.

§. II.

Que ce privilége cede à celui du committimus, *à celui du ſeigneur de traduire devant ſon juge, pour les droits de ſon fief, mais qu'il l'emporte ſur celui réſultant des lettres de garde gardienne.*

XIX. Le bourgeois de Paris ne peut évoquer lorſqu'il eſt aſſigné aux requêtes du palais ou à celles de l'hôtel, à la requête de celui qui a droit de *committimus* ; le droit qui en réſulte l'emporte ſur le privilege du bourgeois de Paris, c'eſt loi générale ; l'autre n'eſt que loi particuliere.

L'uſage vérifie cette propoſition. Voyez l'ordonnance des *committimus*.

XX. De même, lorſqu'en qualité de vaſſal ou de cenſitaire, il eſt aſſigné par ſon ſeigneur, devant le juge de ſa ſeigneurie, c'eſt exception à ſon privilége ; mais pour cela il faut qu'il ne s'agiſſe entr'eux que de la reconnoiſſance de la directe ; c'eſt-à-dire de la foi & hommage, du paiement du cens, ou de paſſer déclaration au terrier ; hors ces cas, le privilége auroit lieu.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant, & tel eſt l'eſprit de l'ordonnance de 1667.

XXI. Ce qui fonde en ce cas la limitation au privilége des bourgeois de Paris, eſt que les ſeigneurs conſervent ordinairement leurs titres dans le principal manoir de leur fief, & qu'il eſt juſte, pour éviter la diſperſion de leurs titres, de donner cette attribution à leur juge ; telle eſt ſur ce, la juriſprudence du châtelet.

Voyez l'ordonnance de 1667, tel eſt ſon motif.

XXII. Mais le privilége des bourgeois de Paris l'emporte ſur celui des lettres de garde gardienne que quelques communautés, non ſujettes à la coutume de Paris, ont obtenues ; l'un eſt un droit public, l'autre n'eſt qu'un droit particulier : ce dernier doit donc céder à l'autre.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, par ſentence du 7 janvier 1713, plaidant M. Barbier & M. Foreſtier, contre les Feuillans de Poitiers, qui avoient obtenu de Louis XIII, des lettres-patentes, portant attribution de leurs cauſes au ſénéchal de

Poitiers ; leur moyen étoit de dire, que la coutume de Paris, *nec vim nec imperium habet, ultrà territorium* : mais cette portion de son texte, n'est qu'une répétition des ordonnances antérieures ; ainsi, ce moyen n'étoit pas bon, aussi fut-il rejeté & avec raison.

XXIII. Ce privilége a même lieu en plusieurs cas contre le seigneur : on va expliquer ces cas.

Voyez M. Bacquet, en son traité des droits de justice, ch. 8, num. 51 & 52, page 29, & la proposition qui suit.

XXIV. Il a lieu, s'il ne s'agit que du paiement de droit de quint ou de celui de relief, ou de celui de lods & ventes, & que ces droits soient contestés de la part du bourgeois, & dans tous les cas qu'il ne s'agit pas de la directe : mais lorsqu'il s'agit de la directe, le bourgeois de Paris ne peut, contre son seigneur, exciper de son privilége.

On le juge ainsi au châtelet ; parce que dans le cas précédent, c'est pure action personnelle qui n'intéresse pas la seigneurie en elle-même.

TITRE CINQUIEME.

DES PERSONNES CONSIDÉRÉES RELATIVEMENT A L'ORDRE DES FAMILLES.

CHAPITRE PREMIER.

DES PERES DE FAMILLE.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR PUISSANCE SUR LEURS ENFANS.

I. LEUR pouvoir est un pouvoir de direction temperé par la piété paternelle : il ne va pas au-delà selon nos mœurs : mais ne seroit-il pas salutaire de lui donner plus d'étendue, il ne tendroit qu'à l'ordre public ?

Francigenas prorsus esse absolus à patria potestate. Accurse, sur le paragraphe, *Jus autem. Inst. de patriâ potest. Pater-familias appellatur, qui in domo Dominium habet. Ulpianus, in lege* 195, *de verborum signif.* M. de Montholon, ch. 89.

II. Cette puissance, dans les limites que nos loix lui donnent, doit être regardée favorablement ; la raison de cette faveur est que les mœurs qui en découlent, contribuent encore plus que les loix à faire de bons citoyens ; & c'est par la même faveur qu'on doit confirmer le pouvoir que le prédécédé des pere & mere donne à l'autre, de lever une substitution dont il ont grevé leurs enfans.

Voyez Bacquet, traité des droits de justice, ch. 15, num. 59, page 131.

La puissance paternelle avoit lieu ci-devant en pays coutumier, même à Paris. Voyez M. Bretonnier, en ses décisions alphabétiques, pag. 262. Un auteur ingénieux, s'est étonné de ce qu'ayant adopté pour le pays coutumier, plusieurs subtilités du droit romain, on ait néanmoins rejetté la puissance, que ce droit donnoit aux peres, & qui produisoit des effets très-salutaires. Cette remarque m'a toujours paru très-judicieuse. Voyez sur cette puissance Loysel, liv. 1, tome 1, règle 37 ; M. d'Argentré, sur l'art. 498, de la coutume de Bretagne, gloss 1.

III. Les limites de cette puissance sont fondées sur ce que les enfans appartiennent encore plus à l'état qu'à leurs peres. Mais ne pouvoit-on pas concilier ces derniers droits en donnant plus d'étendue à cette puissance qui a précédé toutes les conventions ? cela seroit très-salutaire, sans donner aucune atteinte aux droits de l'état.

Sur la puissance paternelle, telle qu'elle a lieu en pays de droit écrit, voyez M. Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 10, chap. 6 ; mais les pere & mere peuvent exhéréder leurs enfans dans les cas de droit. Novelle 115, chap. 3 ; on l'a vu sur le mariage, on le verra encore en traitant des successions.

IV. De-là il s'ensuit que dans les fonctions publiques, la puissance publique l'emporte sur la puissance domestique ; conséquence inconteſtable.

M. Loyseau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 14, page 43.

V. Par ces limites, les pere & mere n'ont sur leurs enfans aucun pouvoir de vie & de mort. Cela résulte évidemment de ce que dessus ; c'est justice que la fureur d'un esprit républicain avoit pu seul étouffer.

Sur la question de savoir si les pere & mere peuvent empêcher leurs enfans mineurs de faire profession

feſſion de la vie monaſtique. Voyez la ſentence des requêtes du palais, rapportée dans la dixieme partie du journal du palais, où cette queſtion eſt doctement traitée. Voyez auſſi Aynault, de la puiſſance paternelle.

☞ Il n'y a point de difficulté ſur cette queſtion, nombre d'arrêts ont jugé qu'un enfant ne peut ſe faire religieux ſans le conſentement de ſon pere; & conformément à cette juriſprudence qui eſt certaine, une ſentence du châtelet du 30 août 1760, a admis l'oppoſition d'un pere à l'émiſſion des vœux de ſa fille, âgée de 23 ans, & ordonné qu'elle ſe retireroit en la maiſon de ſon pere, avec défenſes d'en ſortir avant ſa majorité.

SECTION II.

De leurs engagemens naturels envers leurs enfans.

VI. Le pere de famille eſt obligé de nourrir & entretenir ſes enfans, juſqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge ſuffiſant pour pouvoir ſubſiſter par leur travail; tel eſt ſon premier engagement: il a ſa premiere racine dans la nature.

Voyez le titre du Cod. *de alendis liberis, ac parent.* & notamment la loi premiere, & la loi deuxieme de ce titre; la loi derniere §. *ipſum de bonis quæ liberis*, & la novelle 117. §. *illud quoque*, enſemble l'authentique, *Si pater. Cod. divert. fact. apud quem liberi.* C'eſt engagement tout enſemble civil & naturel; mais il n'eſt tel qu'avec la limitation qui ſuit; la néceſſité plus que les qualités, en étant le motif.

VII. Cependant ſi avant cet âge, le fils ou la fille avoient des droits acquis, le pere peut prendre ſur les revenus du bien de ſes enfans le montant de leurs nourritures & entretiens; c'eſt juſte exception à l'engagement ci-deſſus, qui ne milite qu'au défaut de bien.

On le pratique ainſi au châtelet, dans les comptes de tutelle, conformément au ſentiment de M. le Brun; ce qui ne me paroît pas pouvoir ſouffrir de difficulté.

VIII. Mais les pere & mere ne ſont pas obligés d'établir ni doter leurs enfans. L'ordre & la ſubordination voulant que les enfans méritent & attendent de la bonne volonté de leur pere & mere leur établiſſement

Je l'ai entendu ainſi juger au parc-civil; tel eſt l'eſprit du droit coutumier, & le contraire ſeroit oppoſé à l'ordre public.

☞ Voyez l'arrêt du 3 ſeptembre 1760, cité par Deniſart, au mot dot: il juſtifie encore la propoſition.

IX. Quoique les pere & mere ne ſoient pas obligés de nourrir leurs enfans, lorſqu'ils ſont en âge de pouvoir ſubſiſter par leur travail, cela ne doit pas s'entendre des filles de gentilshommes & des notables bourgeois. Elles doivent toujours être nourries & entretenues par leur pere juſqu'au tems de leur établiſſement: tel eſt le véritable ordre public

Tel eſt ſur ce, le droit commun.

SECTION III.

Si les peres ſont les fruits des biens de leurs enfans.

X. Hors le cas de la garde noble ou bourgeoiſe dont il ſera traité ci-après, les peres ne ſont point les fruits & revenus des biens de leurs enfans; ils en ſont comptables, s'ils les ont perçus, les illuſions d'un eſprit de domination & d'uſurpation d'une eſpéce de ſouveraineté avoient ſeuls enfanté l'uſage contraire.

Tel eſt ſur ce, la juriſprudence, qui, n'accordant les fruits aux pere & mere qu'en un cas, les leur refuſe dans les autres; cela eſt bien plus juridique.

XI. Cela a lieu encore que les enfans fuſſent impuberes, le droit de ceux-là eſt égal à celui des autres; ainſi nulle diſtinction ſur ce à faire: le contraire ſeroit erreur, & cet effet immodéré de la puiſſance paternelle de jouir des biens des enfans, n'avoit été dicté aux Romains que par un eſprit républicain, & non par la religion, ni par la raiſon que nous ſuivons en cela, & qui ſont de plus ſûrs guides que ceux qu'ils prenoient.

La loi 6, cod. *de bonis quæ liberis* reſtraignoit ce droit; notre coutume le rejette entiérement par ſon ſilence ſur icelui.

XII. Mais ſi le pere tombe dans l'indigence, les enfans doivent lui fournir les alimens; voilà le ſeul droit de l'un ſur les biens des autres: c'eſt engagement réciproque qui a ſon principe dans la religion comme dans la nature; il y auroit donc impiété de tenter de s'y ſouſtraire.

Competens judex à filio te ali jubebit, ſi in ea facultate eſt ut tibi alimenta præſtare poſſit, liv. 2, Cod. *de alendis liberis ac parent.* Par la juriſprudence des ſentences de la chambre civile, ces alimens ſe fourniſſent par les enfans en nature; en ſorte que s'il y a quatre enfans, le pere tombé dans l'indigence, doit vivre trois mois dans la maiſon de chacun d'eux, ce qui ſembleroit exclure la ſolidité dans une action ſi favorable. Cependant par l'arrêt du parlement de Dijon, rapporté dans la ſeptiéme partie du journal du palais, page 394, il a été jugé qu'il y avoit ſolidité contre les enfans, ſauf leur recours entr'eux, ce qui eſt bien juſte, & qui doit être comme tel adopté; & de la nature d'un tel droit, il s'enſuit que ſi, par les circonſtances, les enfans avoient été condamnés de payer à leur pere une penſion, cette penſion ſeroit inſaiſiſſable.

CHAPITRE SECOND.

DES ENFANS EN PUISSANCE DE PERE ET DE MERE.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR DÉPENDANCE ET DU TEMS QU'ELLE SUBSISTE.

I. LES enfans juſqu'à ce qu'ils ayent atteint la majorité, ſont indiſtinctement & ſans réſerve ſous la dépendance de leurs pere & mere, lorſque tous les deux ſont vivans, mais ils y ſont avec les tempéramens qu'on vient d'expliquer: c'eſt ainſi que la loi concilie ſagement les droits des uns & des autres; mais peut-être ne donnons-nous pas aſſez à la puiſſance paternelle.

La majorité s'acquiert à 25 ans accomplis, & *cùm nundum compleverit, ita erit dicendum, ut à momento ad momentum tempus ſpectetur*, liv. 3, ff. *de minoribus*. Le pere ſeul peut, juſqu'à la majorité, priver ſon fils mineur de ſa liberté, en le mettant en maiſon de correction; la mere ni les autres parens ne le peuvent faire qu'en vertu d'un ordre du juge. Voyez ſur ce, les arrêts de réglement, rapportés dans le cinquiéme volume du journal des audiences, liv. 12, ch. 25, page 860; Expilli, partie IIe. chap. 43.

II. Cette puiſſance eſt fondée ſur ce que juſqu'à cet âge, ils ſont hors d'état de ſe conduire eux-mêmes; il faut donc que ceux qui leur ont donné l'être, ſoient chargés de leur conduite, & c'eſt par cette diſpoſition que la loi y a pourvu.

Mais les enfans peuvent-ils, ſans ce conſentement de leur pere, faire des vœux monaſtiques? Jeſus-Chriſt ayant toujours déclaré qu'il étoit venu, *non ſolvere legem, ſed adimplere*, il ne faut pas croire qu'il ait voulu diſpenſer les enfans d'un précepte formel. Henrys, tome 2, liv. queſt. 33. Voyez la derniere propoſition de la ſection qui ſuit, & les autorités qui y ſont rapportées.

☞ Voyez auſſi notre obſervation ſur la huitiéme propoſition de la ſection précédente.

III. Cette dépendance n'emporte pas, comme on vient de le voir, la perte de leurs revenus, dont ils ont droit de demander compte, déduction faite de leur dépenſe légitime: obſervation qu'il convient de reprendre ici en traitant de leur dépendance, qui n'affoiblit pas les droits à eux acquis.

Comme les peres ſont tenus de nourrir leurs enfans, les enfans ſont obligés de fournir des alimens à leurs peres, comme on l'a déja dit dans la ſection 2, du chapitre précédent; on peut joindre aux autorités qui y ſont rapportées, la loi *imperator*. ff. *ad ſenatuſconſultum Trebell.* Arrêt du 30 août 1669, rapporté par Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 40.

IV. Par cette dépendance, le fils mineur ne peut valablement contracter mariage, ſans le conſentement de ſes pere & mere, c'eſt un des principaux effets de cette dépendance, ce qui a été établi ci-deſſus; il eſt inutile dans dire ici davantage ſur cet objet.

Voyez les ordonnances qu'on a cité ſur le titre des mariages, & notamment celle de Blois, art. 4, & celle de 1639.

SECTION II.

De la liberté des enfans par la majorité.

V. Le fils de famille étant parvenu à ſa majorité, les pere & mere ou le ſurvivant d'eux, ne peuvent lui ôter ni la jouiſſance de ſes biens, ni celle de ſa liberté; cet âge lui en donne tout l'uſage & lui confere tous les droits de citoyen, même ceux d'un pere de famille, puiſqu'il eſt en état de le devenir.

Quædam perſonæ ſui juris ſunt. Inſt. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.

VI. En effet, le fils de famille parvenu à ſa majorité, devient lui-même un pere de famille, & par conſéquent maître de ſes droits & de ſes actions; liberté qui ne doit jamais affoiblir ſon reſpect, mais reſpect qui s'allie avec cette liberté.

Quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt, l. 8, ff. *de capit. diminut.*

VII. Il peut même à cet âge, contracter un mariage valable, ſans leur conſentement, ſauf l'exhérédation; ce qu'on a expliqué ci-devant.

Cela eſt établi ſur le titre des mariages.

VIII. Mais il ſeroit ſujet a l'exhérédation, s'il avoit négligé de faire les trois ſommations reſpectueuſes dont il eſt parlé ci-deſſus dans le chapitre des mariages; c'eſt la marque du reſpect duquel l'âge ne peut l'affranchir.

Art. 1, de l'ordonnance d'Henri II, de 1556. Voyez les autres ordonnances, citées ſur le titre des mariages.

IX. Quoique juſqu'à la majorité, l'homme & ſes biens ſoient mis ſous la puiſſance d'un autre, il peut néanmoins à 16 ans ſe conſacrer à Dieu, par des vœux monaſtiques, la grace de ſa vocation ſupplée pour ce à ſon inexpérience; c'eſt religieuſe & favorable exception.

Cela s'entend lorſque l'évêque le trouve capable. Arrêt du 23 juillet 1686, rapporté dans la onziéme partie du journal du palais, page 355, où cette propoſition eſt ſolidement établie, mais les diſpenſes obtenues pour faire profeſſion avant cet âge ſeroient abuſives. Arrêt de réglement, du 7 juillet 1682, rapporté dans le quatriéme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 21.

☞ Actuellement & à compter du premier avril 1769, perſonne ne peut s'engager par la profeſſion monaſtique ou réguliere, qu'il n'ait atteint à l'égard des hommes, 21 ans accomplis, & à l'égard des filles, 18 ans auſſi accomplis : & il eſt fait défenſe à tous ſupérieurs de monaſteres, de recevoir aucuns religieux avant cet âge, à peine de nullité des profeſſions. Voyez l'édit de mars 1768, enregiſtré au parlement le 26 du même mois. Cependant il paroit que ce point de légiſlation n'eſt que proviſoire, ſa majeſté s'étant réſervée par le même édit, d'expliquer de nouveau ſes intentions à ce ſujet, après le terme de 10 années.

CHAPITRE TROISIEME.

DES FEMMES EN PUISSANCE DE MARIS.

(Article 223 de la Coutume.)

I. LA fille majeure eſt, comme le mâle, maîtreſſe de tous ſes droits ; c'eſt l'effet de la majorité, abſtraction faite du ſexe, qui ne forme un obſtacle à la liberté, que lorſqu'il y a réunion de la puiſſance maritale, incapacité purement relative.

Quædam perſonæ ſui juris ſunt. Inſt. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.

II. Le mariage la mettant ſous la puiſſance d'un mari, emporte contre elle une eſpéce d'interdiction légale ; & par l'effet de cette puiſſance, ſi la femme ſe retiroit de la maiſon de ſon mari, il a le droit de l'obliger de retourner chez lui.

Voyez M. Loiſeau, du déguerpiſſement, liv. 26 ch. 4, num. 6, page 38 ; ce qui eſt plus au long expliqué ſur le titre de la communauté, & ſur la derniere partie de *la propoſition*. Voyez la loi 22, paragraphe 7, ff. *ſoluto matrim*, & la loi 2, ff. *de liberis exhibendis*.

III. Cette interdiction que produit le mariage, la rend incapable de tout engagement ſans l'autoriſation de ſon mari : ce qu'on expliquera dans ſon ordre, il ſuffit ici de poſer ce principe général ; ſon explication eſt du titre de la communauté, non de celui-ci.

Art. 223, de la coutume. Voyez ci-après le titre de la communauté ; il ſuffit ici, en traitant des perſonnes, de poſer ce principe général.

IV. Le refus du mari, d'autoriſer ſa femme, ne doit pas lui nuire ; ce ſeroit iniquité, à laquelle la juriſprudence a paré ; en effet en cas de refus, la juſtice en connoiſſance de cauſe l'autoriſe : ce qu'on ne fait encore que poſer ici, & qu'on expliquera en traitant de l'autoriſation ſur laquelle il faut entrer dans des détails.

Si elle n'eſt ſéparée ou autoriſée par juſtice, art. 224 de la coutume.

V. Mais en ce même cas, la femme n'oblige que ſes propres, & l'exécution ſur iceux ne peut ſe faire qu'après la diſſolution de la communauté ; c'eſt ainſi que la prudence de la loi confirme & concilie les droits de deux conjoints par mariage.

Voyez le titre de la communauté, où cela eſt établi.

VI. L'excluſion de communauté ne change en rien cet état naturel de la femme, ſon effet eſt limité à priver la femme du droit de communauté ; mais avec cette privation elle reſte dans ſon état naturel de femme en puiſſance de mari, & par conſéquent dans ſon incapacité légale ; il en eſt autrement de la ſéparation contractuelle. En ce dernier cas la femme eſt capable de tout acte d'adminiſtration, mais non de ceux d'aliénation. En effet la ſéparation de biens contractuelle ou judiciaire, produit en faveur de la femme une eſpéce d'émancipation, qui la rend capable des actes d'adminiſtration ſeulement, & non de ceux d'aliénation.

Art. 224 de la coutume. M. Louet, let. F, ch. 30 ; journal des audiences, tome 5, liv. 7, ch. 17 : ainſi elle ne peut aliéner ſes propres, ſans l'autoriſation de ſon mari ; & nonobſtant une telle ſéparation, elle eſt obligée de le ſuivre par-tout, fors en exil hors le Royaume. Voyez auſſi le Brun de la communauté.

VII. La ſéparation de corps & de biens n'opére pas plus d'effet, quant à ce, que la contractuelle ; c'eſt-à-dire, qu'elle ne donne à la femme la capacité que pour les actes d'adminiſtration & non pour ceux d'aliénation : mais en ce cas, elle peut ſe choiſir un domicile à ſon gré. C'eſt le juſte effet d'une telle ſéparation.

Voyez le titre de la communauté, où cela eſt établi. Sur la deuxiéme partie, il faut obſerver que la ſéparation d'habitation ne fait aucun obſtacle à l'accuſation du crime d'adultère.

VIII. La femme marchande publique s'engage valablement ſans autoriſation pour tout ce qui regarde ſon commerce, mais non pour autre choſe ; c'eſt la ſeconde exception à la néceſſité de l'autoriſation. L'or-

dre, le bien public & le maintien du commerce fondent cette capacité.

Art. 234 & 235 de la coutume ; art. 8, du titre 34, de l'ordonnance de 1667 ; édit du mois de mai 1680 ; le journal des audiences, tome 1, liv. 2, ch. 7.

☞ Toute marchande publique s'oblige valablement, quant à son commerce, quoique mineure & en puissance de mari, & en s'obligeant elle oblige aussi son mari, à moins que ce dernier n'ait révoqué publiquement la faculté qu'il avoit donné à sa femme, d'être marchande publique. Actes de notoriété de M. le lieutenant civil le Camus, des 19 juin 1699 & 26 août 1072, & sur la deuxiéme partie de la proposition ; arrêt en forme de réglement du 3 mai 1718.

IX. Celle qui est séparée de biens est obligée de nourrir son mari lorsqu'il n'a pas de quoi subsister ; cette séparation n'affoiblit pas le lien qui les unit ensemble ; c'est condition tacite de cette séparation.

La loi *ubi adhuc cod. de jure dotium* ; elle est sur ce, adoptée.

X. Le mari mineur autorise valablement sa femme majeure, mais le mari étant restitué contre l'autorisation, l'obligation de la femme tombe par l'anéantissement de l'autorisation. Cela est fondé sur ce qu'en ce cas, cette obligation n'a plus de base, & que la volonté de la femme confondue dans celle de son mari, cesse par la perte de son indemnité ; l'une ne peut donc subsister sans l'autre, la femme ne s'étant obligée que sous cette condition.

Voyez l'arrêt du commissaire Hubert, cité dans le chapitre de l'autorisation, du titre de la communauté ci-après, il est rapporté dans le journal du palais.

☞ Le mari mineur peut valablement autoriser sa femme majeure, pour l'aliénation qui ne le regarde qu'en ce qu'il est privé de la jouissance des fruits. Arrêt en la grand'chambre, le premier avril 1608, rapporté par Corbin en ses plaidoyers, chap. 128.

XI. L'autorisation générale est nulle, il l'a faut expresse, sauf la restriction qui suit ; hors cette limitation, ce seroit abus : cependant elle est valable lorsqu'elle est portée par contrat de mariage ; c'est condition d'icelui qui en est inséparable, c'est le seul cas dans lequel l'autorisation générale vaut.

Voyez ci-après le titre de la communauté où cela est établi.

XII. En ce cas la femme peut non-seulement administrer, mais encore aliéner, & même à titre de libéralité ; telle autorisation mettant ses biens hors la dépendance de son mari ; sauf néanmoins la question de fraude & des voyes détournées qu'on auroit employées pour parvenir à un avantage indirect.

Mais l'administration, telle quelle soit, de même que la séparation contractuelle, n'empeche pas que la femme par le mariage ne perde son nom & ses armoiries. M. Loyseau, en son traité du déguerpissement, liv. 2, ch. 4, num. 6, pag. 38.

XIII. La femme en puissance de mari, peut toujours tester sans son autorisation, le testament est un acte qui ne peut dépendre que de sa volonté ; & si la femme vit pendant le mariage dans une juste dépendance, elle meurt comme libre, & ce n'est qu'après sa mort que son testament peut produire effet ; preuve de cette capacité.

Cela résulte de l'art. 292 de la coutume, qui dit, *toutes personnes, &c.* Voyez M. Ricard, en son traité des donations, part. 1, ch. 3, sect. 5, num. 356 & 357, page 78. Il y a quelques coutumes contraires, dans les dispositions desquelles un faux préjugé a eu plus de part que la raison ; mais tel est le droit commun du royaume, ce qui est attesté par M. Ricard, à la page citée, num. 359. M. le Maître, tit. 14, page 435. M. Dargentré, sur la coutume de Bretagne, art. 223, gloss 4 ; les arrêtés faits chez M. le premier président de Lamoignon, tit. des testaments, art. 3.

XIV. La nécessité, la forme de l'autorisation, les cas esquels la femme en est dispensée, sont traités ci-après plus au long dans le titre de la communauté ; mais par le veuvage, la femme recouvre sa liberté, & il l'a fait rentrer dans son premier état.

Voyez le chapitre 3 de ce premier livre, & ci-après le titre indiqué.

TITRE SIXIEME.

DES PERSONNES CONSIDÉRÉES RELATIVEMENT A L'INCAPACITÉ NATURELLE OU LÉGALE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MAJORITÉ ET DE LA MINORITÉ

SECTION PREMIERE.

DES EFFETS DE LA MAJORITÉ.

I. ON a vu ci-deſſus que la majorité n'eſt acquiſe qu'à 25 ans accomplis ; on va examiner ici les effets de la majorité, c'eſt-à-dire de la capacité qu'elle opére.

Uſque ad vigeſimum quintum annum, curatores accipiunt. Inſt. de Curatorib. Voyez la loi 3, §. 3, ff. *de minoribus.*

II. A cet âge l'homme eſt maître de ſes droits & non plutôt ; voilà ſon effet général : une liberté plus anticipée auroit été un préſent funeſte.

A momento ad momentum tempus ſpectetur, l. 3, §. 2, ff. *de minorib.*

III. Il diſpoſe valablement de ſes biens, ſoit par acte de commerce, ſoit par acte de libéralité, ſauf les réſerves coutumieres relativement aux teſtamens ; réſerves qui n'ont lieu à l'égard des donations entre vifs, par rapport auxquelles la liberté eſt entiere.

Quædam perſonnæ ſui juris ſunt. Inſt. de his qui ſui vel alieni juris ſunt.

IV. La liberté de le faire avant cet âge ſeroit, comme on l'a vu ci-devant, un préſent plus funeſte qu'avantageux à l'homme ; ainſi c'eſt pour ſon propre avantage que la loi le lui dénie.

Quia licet puberes ſint, adhuc tamen ejus ætatis ſunt, ut ſua negotia tueri non poſſunt. Inſt. de Curatorib. c'eſt droit commun. Voyez les coutumes de Bretagne & d'Anjou, art. 528 & 506.

SECTION II.

Des effets de la majorité ; des actes pour leſquels le mineur a capacité, & quand il eſt reſtituable.

V. L'homme avant la majorité étant par l'inexpérience incapable de ſe gouverner lui-même, eſt mis ſous la puiſſance d'autrui ; ce qu'on développera en traitant des tutelles. Cette puiſſance s'étend non-ſeulement ſur les biens, mais encore ſur la perſonne, & c'eſt principalement cette derniere qu'elle a pour objet : mais la loi qui porte ſon attention ſur tout, l'a portée également ſur les biens ; ici on examine l'incapacité perſonnelle.

Tutor non rebus duntaxat, ſed etiam moribus pupilli præponitur, l. 12, §. 3, ff. *Adminiſt. & pericu. tutorum.*

VI. Cependant dans la thèſe générale, le mineur pubere eſt capable de tout acte d'adminiſtration ; d'où il s'enſuit que les actes paſſés par le mineur pubere ne ſont pas nuls de droit, mais annullés s'il y échet : c'eſt la conſéquence du principe ; car étant ſous la puiſſance de la loi, il ne peut à ſon préjudice abuſer de cette liberté : baſe de la reſtitution en entier qu'on traitera dans ſon ordre.

Cela eſt regardé comme une maxime conſtante, & eſt établi ſur le titre des reſtitutions en entier, dont l'admiſſion fonde la propoſition ; c'eſt-à-dire, la validité des actes légitimes.

VII. Cela eſt fondé ſur ce que le mineur n'eſt pas reſtituable comme mineur, mais ſeulement comme léſé, autrement ce privilege ſeroit préjudiciable à lui-même ; ce que la raiſon rejette.

Non tanquam minor, ſed tanquam læſus reſtituendus eſt.

VIII. La déclaration fauſſe de majorité faite par le mineur, & contenue dans l'acte même qu'il a paſſé, ne fait pas obſtacle à la reſtitution, autrement la précaution de la loi ſeroit rendue inutile ; le contraire étoit abus, la juriſprudence la proſcrit : il eſt étonnant que cet abus ait ſubſiſté.

Voyez le titre de la reſtitution en entier où cette propoſition eſt établie, tant par la diſpoſition du droit civil, que par la juriſprudence des arrêts.

IX. En effet, en ce cas il y a lieu de préſumer que la même inexpérience qui l'a engagé à paſſer l'acte, l'a engagé à faire la fauſſe déclaration ; on ne doit donc pas s'y arrêter.

Telle eſt ſur ce, la *juriſprudence*; il y a eu arrêts de réglement, des 6 mars 1620 & 26 mars 1624.

☞ Voyez *Deniſart*, *verbo* mineur; il rapporte un arrêt du 5 février 1763, qui juge en conformité des précédens, que le mineur eſt reſtituable même dans le cas d'un faux extrait-baptiſtére qui l'auroit ſuppoſé majeur.

X. Le mineur eſt reſtituable contre l'effet d'une omiſſion par laquelle il ſouffriroit lézion, de même qu'il l'eſt contre les engagemens; toute perte qu'il ſouffre par ſon inexpérience, fondant la reſtitution indépendamment de la nature de l'acte.

Voyez le titre des reſtitutions en entier où cela eſt établi.

SECTION III.

Quand le mineur eſt réputé majeur.

XI. Le mineur marchand eſt réputé majeur par tout ce qui regarde ſon commerce; ſon propre intérêt a conduit là; premiere exception à la regle & à la fixation générale de la majorité: l'avantage même du mineur la fonde; c'eſt pour lui-même exception ſalutaire.

Voyez l'ordonnance du commerce de 1763, art. 6, tit. 1.

XII. Il en eſt de même de celui qui eſt revêtu d'une charge ſous la reſtriction qui ſuit; ſeconde exception, même motif, même réſolution, mais qui n'influe que ſur l'exercice de l'office.

Voyez le titre des reſtitutions en entier.

XIII. Mais s'il eſt lézé par les engagemens qui n'ont nul trait à ſa charge, il eſt reſtituable contre ſes engagemens; il rentre en ce cas dans le droit commun, & il n'eſt plus dans celui de l'exception.

Voyez l'arrêt du commiſſaire Hubert, qui établit cette propoſition qu'on regarde comme inconteſtable.

XIV. De même le bénéficier mineur eſt cenſé majeur, relativement aux droits qui compoſent ſon bénéfice; troiſieme exception à la regle, mais limitée au bénéfice.

Cela eſt établi ſur le titre de la reſtitution en entier, c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

XV. Reprenons la concluſion. Pour tout autre acte, par l'exécution duquel le mineur officier ou bénéficier ſouffriroit lézion, il eſt reſtituable comme tout autre mineur: il n'eſt plus dans le cas de l'exception, il eſt dans le droit commun, & par conſéquent reſtituable.

Voyez ci-après le titre des reſtitutions en entier.

CHAPITRE SECOND.

DES TUTEURS.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR NOMINATION.

DISTINCTION PREMIERE.

Des cas eſquels il y a lieu à cette nomination.

I. ON doit pourvoir les enfans mineurs, & qui ſont privés de leurs pere & mére, ou de l'un d'eux, d'un tuteur, puiſqu'incapable d'adminiſtrer, il faut qu'un autre adminiſtre pour eux; c'eſt ce que la ſage précaution de la loi ordonne: précaution par laquelle il pourvoit à la conſervation de leur perſonne & à celle de leurs biens, qui leur étant acquis, doivent leur être conſervés.

Cette qualité de tuteur ne ſe conſtate que par la nomination, la confirmation du juge, & par l'acceptation de la part du tuteur. M. Baſſet, tom. 2. liv. 4, tit. 14, ch. 1; ce qui eſt conforme à l'uſage du châtelet.

II. On élit auſſi un tuteur au mineur ayant pere & mere, lorſqu'il a des droits acquis; il faut, pour lui, une adminiſtration qu'il ne peut faire.

Puberes uſque ad vigeſimum-quintum annum curatores accipiunt. Inſtitut. de curatorib. Voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

III. Il y a lieu à cette élection lorſqu'un ayeul a fait une ſubſtitution en ſa faveur; c'eſt la premiere démarche pour conſerver le droit du mineur appellé à la ſubſtitution.

Cela ſe pratique au châtelet, & c'eſt le droit commun, c'eſt droit acquis, & par conſéquent à conſerver.

DISTINCTION II.

De la forme de cette nomination, & de l'aſſemblée des parens néceſſaire pour y parvenir.

IV. Les tutelles ſont datives, non légales; on va voir avec quelle précaution on les défére: il eſt bon de ſe fixer d'abord à leur vraie qualité; ce qui exclut la tutelle portée par le teſtament du pere, ſi elle n'eſt confirmée; mais il eſt bien juſte de la conſerver s'il n'y a de puiſſantes raiſons pour la rejetter.

De-là il s'enſuit que celui élu par les parens & confirmé par le juge, eſt préférable à celui nommé par le pere; M. Loüet, let. T, num. 2; M. Mornac, ſur la loi 2, au cod. *de epiſcop. audientia;* Lapeyrere, let. T, déciſ. 164, page 507. Voyez le journal des audiences, tome 1, liv. 2, ch. 71; arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, des tuteurs, ch. 1 & 2.

V. Elles ſont déférées par le juge ſur l'avis des parens, qui, à cet effet, doivent être aſſemblés pardevant lui: ils doivent être au nombre de ſept, trois du côté du ſurvivant, & quatre du côté du prédécédé, & au défaut des parens, on aſſigne des amis: il faut obſerver que le tuteur doit être du nombre des nominateurs; c'eſt une juſtice qui lui eſt due.

Magiſtratus ejus civitatis, undè filii tui originem per conditionem patris ducunt, vel ubi eorum ſunt facultates, tutores, vel curatores his quamprimùm ſecundùm formam perpetuam dare curabunt, l. unic. cod. ubi per. tut. les nominateurs ne ſont pas tenus par leur nomination d'aucune action envers le pupile; M. de Montholon, ch. 48; M. Loüet, let. T, num. 1, & M. Brodeau, au même endroit; autre arrêt du 16 juillet 1640, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 9, ch. 10; M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 457, & tel eſt ſur ce, l'uſage du châtelet, ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez la coutume d'Orléans, art. 184; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. des tuteurs, art. 21; le journal des audiences, tome 1, liv. 3, ch. 84. Il en eſt autrement en Normandie.

VI. Tout parent, même une tante, peut provoquer une aſſemblée de parens pour la nomination d'un tuteur: l'avantage des mineurs, qui eſt ici un guide certain, fonde cette capacité, nonobſtant le ſexe.

Cela a été jugé au parc civil, plaidant M. Pothouin & moi.

VII. C'eſt ſur le ſuffrage des parens que le juge défere la tutelle: mais en cas de partage d'avis de la part des parens, le juge y pourvoit par ſa prudence: c'eſt lui qui eſt, pour ainſi dire, le premier tuteur, & qui, en cette qualité, a le pouvoir d'en choiſir un qui ſoit chargé des détails. Quant aux femmes, elles ne ſont point appellées aux aſſemblées de parens, mais elles peuvent provoquer la nomination, & cette excluſion eſt fondée ſur ce que la foibleſſe de leur ſexe fait préſumer l'inutilité de leur avis; & leur capacité à provoquer eſt fondée ſur ce que tout acte qui ne tend qu'à inſtruire le juge eſt favorable.

Fœminæ ab omnibus officiis civilibus remotæ ſunt, liv. 2, ff. *de reg. Jur.*

DISTINCTION III.

Quels ſont les tuteurs qui doivent être nommés.

VIII. Le ſurvivant des pere & mere n'eſt pas de droit, tuteur de ſes enfans, puiſque parmi nous, ce n'eſt pas la loi qui défere cette qualité & que toute tutelle eſt dative: le ſurvivant des pere & mere n'eſt donc pas tuteur de droit; cela eſt ſuite du principe qu'on a poſé: en effet, il peut y avoir des inconvéniens à admettre des tutelles purement légales, les tutelles datives ſont plus prudentes, & vont plus droit à leur but que celles que le droit civil admet.

Nous ne ſuivons pas la diſpoſition du titre des Inſtituts *de legitim. parent. tut.* les pere & mere ne ſont tuteurs que lorſqu'ils ſont nommés; le ſurvivant mineur ne peut être élu tuteur qu'à ſa majorité, tout mineur étant incapable d'être tuteur, ſuivant le §. 13. *Inſt. de excuſat. tut.* Quand on dit qu'on ne ſuit pas le titre des inſtituts, c'eſt pour la thèſe générale; il y en a une exception qui eſt au ſujet de l'acceptation des donations, pour laquelle les aſcendants ont de droit la qualité de tuteurs. Voyez la derniere ordonnance ſur les donations.

IX. Cependant le parent nommé par le teſtament du pere, doit être préféré, à moins qu'il n'y ait de fortes raiſons pour l'exclure; c'eſt à cette préférence que ſe réduit l'effet d'une telle nomination.

M. Lapeyrere, lettre T, à la note ſur la déciſion 164, page 507; c'eſt moyen ſouvent bon, mais qui n'eſt pas toujours déciſif. Tel eſt l'aſpect ſous lequel il faut conſidérer une telle nomination.

X. Comme nulle affection ne l'emporte dans la nature ſur celle des pere & mere, le ſurvivant d'eux ne doit être exclut de la tutelle de ſes enfans que par de très-fortes raiſons adoptées par le juge.

Quis enim talis affectus extraneus inveniatur qui vinat paternum, l. 7. Cod. *de curatoribus furioſo.*

XI. Dans le cas même que le ſurvivant ſeroit privé de la tutelle, il ne doit pas être privé de l'éducation de ſes enfans, la nature la lui donne, & l'honnêteté publique l'y maintient, pouvu que la religion n'y ſouffre pas de préjudice.

Educatio pupillorum tuorum nulli magis quàm matri eorum, ſi non vitricum eis induxerit, committenda eſt, l. 1, cod. *ubi pupil. educ.* Voy. M. Robert, liv. 1, ch. 8. Cependant l'éducation des enfans d'un pere catholique ne doit pas être donnée à la mere,

faisant profession d'autre religion. Arrêt du 27 janvier 1638, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 7, ch. 8; Lapeyrere, let. E, page 117; c'est juste exception à la régle & qui sert à la confirmer.

XII. Dans ce cas, le tuteur doit payer une pension à ce survivant, pour les nourritures & entretiens de l'enfant, de l'éducation duquel il est chargé; c'est la premiere délégation sur la masse des fruits & revenus de la tutelle que le tuteur doit faire & acquitter.

Tel est l'usage du châtelet, fondé sur ce que le droit d'éducation, qui appartient au survivant, ne lui est pas accordé sous la condition de nourrir à ses dépens un enfant qui a des droits acquis.

XIII. La même raison qui exclut les femmes des assemblées de parens, les rend incapables de la fonction de tutrices, sauf les deux exceptions ci-après.

Fœminæ ab omnibus officiis civilibus remotæ sunt, l. 2, ff. *de reg. jur. Fœminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est*, l. ult. *de tutor.* ce qui est conforme à nos usages.

XIV. Cependant les meres & ayeules peuvent être tutrices de leurs enfans & petits-enfans; ce sont justes & favorables exceptions.

C'est ce qui se pratique au châtelet; comme les meres ne sont tutrices que par un privilége que la loi leur accorde, elles peuvent se dispenser d'accepter la tutelle; note sur Lapeyrere, page 507: mais il faut pour cela de leur part une cause apparente; & la raison qui fonde leur capacité, est que la loi présume que leur tendresse suppléera à leur inexpérience, & que par cette tendresse les droits du mineur seront conservés.

Quis enim talis affectus inveniatur.

XV. La mere & l'ayeule rentrent dans leur incapacité naturelle par le convol, il efface la juste présomption qui la levoit: ainsi en cas de convol, elles ne peuvent plus être tutrices; & jusqu'à une nouvelle nomination, leurs seconds maris sont tenus de la tutelle.

Si non vitricum eis induxerit. La mere qui a convolé, & qui par son convol a été privée de la tutelle de ses enfans, ne peut la redemander sur le fondement que la mort de son second mari la rend à ses premieres affections. M. Lapeyrere, let. T, décision 169, page 607.

XVI. Les parens substitués aux mineurs peuvent être leurs tuteurs, mais ils n'en doivent point avoir l'éducation: l'avantage du mineur fonde cette restriction; c'est, comme on l'a déja dit, le guide le plus sûr en pareil cas: il en est de même d'un créancier.

La qualité de créancier du pupille n'empêche pas que le parent créancier ne puisse être nommé son tuteur. Voyez M. Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 15; M. Bretonnier, en ses décisions alphabétiques, pag. 457.

DISTINCTION IV.

Si l'on peut nommer plusieurs tuteurs.

XVII. On doit éviter autant qu'il est possible, la pluralité des tuteurs, elle est ordinairement plus nuisible qu'utile. Cela est fondé sur ce que la contrariété presqu'inévitable entre administrateurs d'égal pouvoir, pourroit être nuisible au pupille.

C'est la disposition de droit; l'exception portée par la proposition qui suit, sert à confirmer cette régle générale.

XVIII. Cependant lorsque les biens du pupille sont éloignés les uns des autres, & situés dans différentes provinces, c'est le cas de nommer plusieurs tuteurs; adoption d'un cas de pluralité qui exclut les autres, & qui fonde la proposition précédente, & toutes les deux ont leur racine dans l'avantage même du pupille.

L. 27, ff. *de tut. & curat. dat. &c.*

XIX. C'est en ce cas au juge de la tutelle à déterminer si la pluralité des tuteurs sera convenable aux intérêts du mineur: c'est la prudence qui regle cela, mais en cas de pluralité, il ne doit pas y avoir de solidité entr'eux.

Lorsqu'il y a eu plusieurs tuteurs, le pupille a-t-il action solidaire contre chacun d'eux? Bacquet, du droit de bâtardise, ch. 7. Lapeyrere, lettre T, décision 167. pag. 508, tiennent l'affirmative: cependant, si l'administration avoit été divisée entr'eux, cette division étant autorisée par le juge, écarte toute idée de solidité, je le pense ainsi.

DISTINCTION V.

Quand le tuteur nommé est tenu d'accepter, & quand la tutelle court à ses risques.

XX. Le tuteur nommé doit accepter la tutelle, & prêter serment de bien & fidélement l'administrer: mais pour opérer cette obligation à son égard, il est nécessaire qu'il ait été du nombre de ceux qui ont été appellés pour être présent à la nomination.

Volumus dum celebratur decretum quod tradit curam ei ad eum accedit etiam jusjurandum eum dicere sacro sancto Dei evangelio tangentem, quia per omnem vitam pergens utilitatem adolescentis agit. Novell. 74, *cap. ult.* sur la derniere partie de la proposition. Voyez l'art. 184 de la coutume d'Orléans, & les arrêtés faits chez M. le président de Lamoignon, tit. des tutelles, art. 21.

XXI. Faute d'acceptation, elle court à ses risques du jour de sa nomination, son retard ne devant nuire au mineur: mais cela est provisoire seulement, sauf l'effet de son appel, s'il s'est pourvu par cette voie, contre sa nomination.

Voyez la loi citée ſur la propoſition ſuivante.

XXII. Cependant, s'il n'avoit paru à l'aſſemblée des parens que par un fondé de procuration; en ce cas, la tutelle ne commence à courir à ſes riſques que du jour que ſa nomination lui a été notifiée, ce n'eſt que de ce jour qu'il eſt en retard : ce n'eſt donc que de ce jour qu'elle doit courir à ſes riſques.

Ex quo innotuit tutori ſe tutorem eſſe, ſcire debet periculum tutelæ ad eum pertinere, l. 5, § ult. ff. *de adminiſtratione & periculis tutorum.* Pour celui qui n'a été mandé, & qui n'a paru à l'aſſemblée ni en perſonne, ni par procureur, il ne doit pas être nommé tuteur. Arrêt du 14 janvier 1642, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 50.

XXIII. Le tuteur ſe portant pour appellant de ſa nomination, doit gérer ſans préjudice de ſon appel; telle adminiſtration eſt proviſoire, & l'appel n'en eſt point ſuſpenſif.

Tel eſt l'uſage du châtelet : cet uſage eſt fondé ſur l'art. 80 de l'ordonnance de 1498. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. des tutelles, art. 56 & ſuiv.

XXIV. En ce cas, ce qu'il a géré eſt valable, encore que par l'événement de l'appel, il fût déchargé de la tutelle, il a eu qualité pendant ce tems; & au moyen de cette décharge, le ſurplus de l'adminiſtration de la tutelle ne le regarde plus, ni même la ſolvabilité du nouveau tuteur.

Lorſque le tuteur nommé a ſur ſon appel obtenu la décharge de la tutelle, il n'eſt pas garant de la ſolvabilité du tuteur nommé à ſa place. Arrêt du 30 août 1672, rapporté dans la deuxieme partie du journal du palais, page 505; autrement ce ſeroit dans l'effet confirmer la ſentence qui a été infirmée.

DISTINCTION VI.

Des tuteurs honoraires & des protuteurs.

XXV. On donne aux perſonnes de condition, outre un tuteur onéraire, un ou pluſieurs tuteurs honoraires; cela eſt fondé plus ſur l'uſage & la bienſéance que ſur la néceſſité.

Sunt quidam tutores qui honorarii appellantur, l. 14, §. 1, ff. *de ſolutionibus & liberationibus.*

XXVI. Le tuteur onéraire eſt ſeul chargé : la fonction des honoraires ſe réduit à aſſiſter le premier de leurs conſeils, ſans aucune adminiſtration : cependant ſi les derniers avoient reçu, ils ſeroient comptables.

Quos honorarios appellamus, dati ſunt quaſi obſervatores actus ejus qui geſſerit & cuſtodes, l. 3, §. 1, *de adminiſt. & periculo tutor.* Cependant, ſi le ſecond avoit reçu & adminiſtré les biens ſous le nom de l'autre, il ſeroit comptable. Arrêt du 10 février 1707, rapporté par M. Augeard, tom. 2, pag. 460 : le ſeul fait le rend tel; c'eſt juſte exception que le fait duquel le droit doit toujours naître, rend inconteſtable.

XXVII. Lorſque c'eſt le ſurvivant des pere & mere qui eſt nommé tuteur de ſes enfans, on nomme aux enfans un ſubrogé tuteur : on va expliquer le motif de cette nomination; c'eſt non-ſeulement uſage, mais néceſſité, à cauſe des droits à regler entre'eux.

Si pupillus pupilla vè cum tutore; tutor vè cum eorum quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur. l. 3, §. 2, ff. *de tut.* Le droit les rendoit reſponſables, ils ne le ſont pas parmi nous; M. Bretonnier, en ſes déciſ. alphab. page 458, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur les limites qu'on va expliquer.

XXVIII. La fonction du ſubrogé tuteur, eſt de veiller à la confection de l'inventaire, & de défendre le mineur contre les demandes que le tuteur a à diriger contre le mineur; il n'eſt ni comptable, ni garant du compte dû par le tuteur; voilà à quoi ſe réduiſent ſes fonctions & ſes devoirs : c'eſt donc avec raiſon qu'il n'eſt pas comptable; c'eſt aſſiſtance & non recette, ſource inconteſtable de décharge de compte.

M. Louet, lettre T, num. 13, il ne peut interjetter appel d'un jugement, lorſque le tuteur ne s'en plaint pas. Arrêt du 27 mars 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 12, pag. 343. Voyez Bretonnier, à la page citée ſur la propoſition précédente.

XXIX. Lorſque la veuve, tutrice de ſes enfans, convole en ſecondes noces, ſon ſecond mari devient légalement protuteur de ſes enfans; protutelle qui produit quelquefois effet rétroactif, & qui eſt une ſage prévoyance de la loi, pour la conſervation des droits du pupille.

Si mater, legitimâ liberorum tutelâ ſuſcepta ad ſecundas aſpiraverit nuptias, & mariti quoque ejus præteritæ tutelæ geſtæ ratiociniiis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia, lib. 6. *Si mater, cod. in quibus cauſis pign. vel hiſt. tacit. contrah.* Voyez auſſi la loi 2, cod. *Quando mulier tut. officio fungi poteſt.* Ainſi jugé par ſentence du parc civil du châtelet, du 25 octob. 1713, & fondée ſur la 12 propoſition; & c'eſt droit commun.

XXX. Sans cette protutelle légale, les enfans pourroient devenir les victimes du ſecond mariage de leur mere; & par l'effet de cette protutelle, le beau-pere devient de droit, comptable de tout ce qui a été fait depuis ſon mariage : qualité, qui eſt ſuite néceſſaire de l'autre; mais quelquefois la procuration la fait porter trop loin.

Ne velamento matrimonii fraudes tutelæ tegantur.

XXXI. Sa charge remonte même plus haut, non par une action directe, mais par une garantie, en vertu de laquelle il doit payer le reliqua du compte de tutelle des

enfans du premier lit de sa femme, & même leur portion dans les conquêts de premiere communauté, si les biens de la mere sont insuffisans pour cela : ce qui, quoique rigoureux, est juridique ; mais ce qui épuise d'autant les biens maternels, autrement ce seroit double recette.

Voyez la loi *si mater, cod. in quibus cauſ. pign. vel hip. tacit. contrah.*

XXXII. Il s'affranchit de cette rétrogradation de protutelle, s'il a fait faire un état en forme des biens de sa femme ; en ce cas, il ne doit que la représentation de ce qu'il contient, aller au-delà seroit rigueur outrée, ce seroit même injustice, à moins qu'il n'y ait preuve de fraude dans la fixation.

Voyez l'arrêt de réglement du 14 mars 1731, suivant lequel il faut inventaire avec un légitime contradicteur ; il est rapporté dans les notes sur M. le Maitre, tit. 10, pag. 252. Si le second conjoint néglige de faire faire cet inventaire, il est garant du reliqua du compte de tutelle, mais il n'en est tenu que subsidiairement, autrement les enfans trouvant ce reliqua dans les biens de leur mere, son convol le doubleroit ; le beau-pere s'affranchit de cette action si sa femme a rendu compte avant le convol, loi *si mater*, ci-dessus citée ; précaution qu'un second mari ne devroit jamais manquer de prendre.

XXXIII. A l'égard de la femme qui épouse un homme qui a des enfans, elle n'est pas tenue de cette garantie, sa dépendance l'en affranchit, mais sa communauté en est souvent affoiblie ; cela est inévitable.

Telle est l'opinion commune au châtelet ; aussi la loi citée n'assujettit-elle à cette garantie que le beau-pere & non la belle-mere.

SECTION II.

Du pouvoir des tuteurs & de leur adminiſtration.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'ils ont capacité pour tout acte d'adminiſtration.

XXXIV. Dans la these générale, le fait du tuteur est sensé le fait du pupille ; principe général qui va se développer par ce qui suit : c'est représentation universelle, sauf l'effet de la restitution en entier.

Factum tutoris, factum pupilli.

XXXV. De-là il s'ensuit que l'acte passé par le tuteur, est exécutoire contre le pupille devenu majeur, sans qu'il soit besoin de le faire déclarer tel.

On le juge ainsi au châtelet. Voyez la loi 2, ff. *de adm. & peric. tutor.* En effet, il représente la personne du mineur ; on doit donc regarder ce dernier comme s'il avoit contracté lui-même.

XXXVI. Cette exécution de l'acte du tuteur contre le pupille, n'a lieu que sauf la restitution en entier, comme on l'a dit ci-dessus.

Minoribus viginti quinque annis, etiam in his quæ præsentibus tutoribus in judicio vel extra judicium gesta fuerunt in integrum restitutionis beneficium superesse si circonveni sunt, placuit, l. 2, cod. *de tut. vel cur. inter.* Voyez dans le sixieme livre, le tit. des restitutions en entier. C'est le vrai siege de cette matiere.

XXXVII. Ce pouvoir du tuteur, d'agir pour le mineur, & de le représenter, est borné aux actes d'administration ; ceux d'aliénation ne sont pas en sa puissance, comme on le verra dans la distinction troisieme : ainsi le principe général contenu dans la premiere proposition, n'a lieu que pour les actes d'administration.

Tutor in re pupillari tunc domini loco habetur cum tutelam adminiſtrat, non cùm pupillam ſpoliat, l. 7, § 5, ff. *pro emptore ;* ce qui est suivi au châtelet. Voyez l'art. 201 de l'ordonnance d'Orléans ; les arrêtés faits chez M. le président de Lamoignon, tit. des tutelles, art. 69.

DISTINCTION II.

Des baux que le tuteur peut faire, & qu'il peut recevoir le rembourſement des rentes.

XXXVIII. Les baux étant des actes d'administration, sont dans la puissance du tuteur, sous les limitations suivantes, ainsi il peut louer & affermer ; il y a plus, il doit même le faire puisqu'il doit veiller aux droits du pupille.

Tutor qui tutelam gerit ad providentiam pupillarem, domini loco haberi deb. l. 27, ff. *de adm. & per. tut.* Mais quand il n'a pas loué, il n'est pas tenu des loyers, à moins qu'il n'y ait une négligence entiere de sa part, ou qu'on ne justifie des locations clandestines dont il ait profité.

XXXIX. Il ne peut les faire que pour un certain tems, & avec une certaine anticipation ; limitation qu'on va expliquer, & qui est une sage prévoyance de la loi, autrement ce seroit espece d'aliénation, & toute aliénation lui est interdite.

Voyez l'art. 227 de la coutume, qui régle, quant à ce, le pouvoir du mari, par rapport aux baux des propres de sa femme. Suivant la jurisprudence des sentences du châtelet, la disposition de cet article s'applique également au tuteur. C'est l'esprit de la coutume ; c'est juridique application de sa disposition sur un premier cas à celui-ci.

XL. Voyons les temps à l'égard des baux des maisons des villes, ils ne peuvent être que de six années, & non au-delà. Et à l'égard des héritages de campagne, ils ne peuvent excéder neuf années ; telles sont sur ce, les limites de la puissance du tuteur.

Voyez le titre de la communauté ; ce qui y est établi, par rapport aux baux que le mari peut faire des biens de sa femme, a lieu par rapport aux baux que le tuteur a capacité de faire par rapport aux biens du pupille. Le principe qui doit décider dans l'un & dans l'autre cas est le même, la cou-

tume ayant ſur cela conſidéré le mari ſous l'aſpect d'un tuteur, ainſi parfaite application de l'un à l'autre.

XLI. Paſſons à l'anticipation : l'avantage des pupilles a fait autoriſer les tuteurs à pouvoir louer & affermer par anticipation ; mais dans la crainte de fraude de la part du tuteur, il ne peut anticiper la location que de ſix mois, par rapport aux maiſons des villes, & d'un an par rapport aux héritages de campagne. Telles ſont ſur l'anticipation, les bornes à ſon pouvoir, & que la juriſprudence lui a preſcrit par le même motif que la fixation du temps, c'eſt-à-dire, la conſervation des droits du pupille.

Tel eſt l'uſage du châtelet, par l'application qu'on y fait de l'art. 227 de la coutume, comme on l'a déja dit, & c'eſt eſpece de droit commun.

XLII. Si le tuteur a excedé ſon pouvoir, ſoit par rapport au tems, ſoit par rapport à l'anticipation ; le bail par lui ainſi fait, n'eſt pas indiſtinctement nul, mais il peut l'être dans les cas qu'on va expliquer. S'il y a plus forte anticipation, le mineur devenu majeur avant le commencement de l'exploitation d'un tel bail, il a droit d'en demander la nullité totale ; mais il faut pour cela la ſurvenance de la majorité avant le commencement du bail : & ſi au moment de ſa majorité, tel bail a commencé à être exécuté, il faut qu'il ait ſon entiere exécution, & la nullité a ceſſé, parce que le tems l'a effacée ; & que le bail fait ainſi par le tuteur, ſe trouve fait dans le tems d'une entiere capacité de ſa part.

On le juge ainſi au châtelet, tant par rapport au tuteur, que par rapport au mari. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui contient une eſpece de droit commun.

XLIII. En effet, dans ce cas le tuteur a eu capacité pour le faire au tems auquel l'anticipation auroit pu commencer ; ainſi le tems a fait valider, ce qui étoit irrégulier dans ſa ſource ; puiſqu'en ce cas il étoit même de ſon devoir de faire le bail, qu'il n'a pas été obligé de réitérer ſe trouvant fait.

C'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondée principalement la juriſprudence, atteſtée ſur la propoſition précédente.

XLIV. Dans le cas que le tuteur a fait des baux pour une durée plus longue, que celle ci-deſſus marquée, le pupille devenu majeur ne peut demander la nullité d'un tel bail, que pour l'excédent du tems ſeulement ; parce que ce n'eſt que par cet excédent que le tuteur a paſſé ſon pouvoir, & que pour le ſurplus il a eu capacité de le faire. Le bail doit donc dans cette derniere partie avoir exécution, & il doit même ſubſiſter pour le tout, ſi la tutelle a aſſez duré pour rendre le tuteur capable de faire un ſecond bail.

Tel eſt encore l'uſage du châtelet ; c'eſt ſuite du texte de la coutume, par rapport aux baux qu'un mari peut faire.

XLV. Le tuteur reçoit valablement le rembourſement d'une rente conſtituée, c'eſt adminiſtrer que de le faire & non aliéner ; cet acte eſt donc dans ſon pouvoir.

Cela réſulte de la loi 1, ff. *de tut. habet vim & poteſtatem ad tuendum eum qui propter ætatem ſe defendere nequit.* Voyez les notes ſur M. Dupleſſis, au traité de la communauté ; & M. de Renuſſon, traité des propres, chap. 4, ſect. 10.

XLVI. Pour cela il ne faut aucun avis de parens ; & cet acte indépendamment d'aucun concours eſt dans ſa puiſſance, parce que la réception d'un tel rembourſement, eſt inévitable, & eſt par conſéquent acte d'adminiſtration & non d'aliénation.

Delà il s'enſuit, à plus forte raiſon, que le débiteur d'une ſomme mobiliaire en eſt bien libéré, en la payant au tuteur, nonobſtant le doute de quelques juriſconſultes, qui le fondoient ſur le paragraphe dernier aux inſtituts. *Quibus alienare licet.* Voyez Lapeyrere, lettre T. déciſ. 173, & les notes ſur cette déciſion, pag. 510.

XLVII. Le débiteur qui fait au tuteur un tel rembourſement, n'a beſoin d'aucun emploi pour ſa décharge, double raiſon le démontre ; le tuteur a pour ce qualité, & le débiteur d'une telle rente doit jouir de la faculté perpétuelle de pouvoir s'en libérer.

Cette propoſition, & la précédente ont été formées ſur l'uſage du châtelet, & c'eſt droit commun, l'opinion contraire eſt fauſſe & ſervile crainte des praticiens.

DISTINCTION III.

Des actes qui ne ſont pas en la puiſſance du tuteur.

XLVIII. Tout acte d'aliénation eſt hors la puiſſance du tuteur ; libre pour l'avantage, il eſt lié pour le mal ou la diſſipation ; cela réſulte aſſez de la diſtinction précédente.

In re pupillari, tunc Domini loco habetur, cum tutelam adminiſtrat, non cum pupillum ſpoliat, liv. 7, § 2. ff. *pro emptore.*

XLIX. Il en eſt de même de tout acte qui tend à aliénation, comme de celui qui feroit aliénation effective ; d'où il s'enſuit que non-ſeulement il ne peut ſeul vendre un immeuble appartenant à ſon pupille, mais même qu'il ne peut l'hypothéquer, l'hypothéque eſt acte qui tend à aliénation ; ce dernier n'eſt donc pas en ſa puiſſance, s'il n'y eſt autoriſé, & il ne doit l'être qu'en connoiſſance de cauſe & pour l'avantage du pupille.

C'eſt une ſuite de la loi qu'on a rapporté ſur la premiere propoſition de cette diſtinction. Voyez

l'art. 508 de la coutume de Bretagne ; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des tutelles, art. 85 ; le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 71, & un arrêt du 28 fév. 1722.

L. De ce que le tuteur ne peut faire ces actes tendans à aliénation, il s'enſuit qu'il ne peut provoquer un partage ; c'eſt aliéner en quelque façon que de partager, & de même il ne peut provoquer une demande en licitation ; c'eſt aliéner, on le penſe ainſi au châtelet ; je ne goûte pas beaucoup cette juriſprudence : c'eſt plus abus que principe ; tels actes étant plutôt prudente adminiſtration qu'aliénation.

C'eſt la juriſprudence du châtelet, difficile à concilier avec le principe, ces actes étant bien plus des actes de bonne adminiſtration que d'aliénation ; en effet, par quelle raiſon un mineur ne jouira-t-il pas du droit commun ? par quelle raiſon le rendre incapable, & ſon tuteur pareillement, de rompre une poſſeſſion commune qui lui eſt préjudiciable ? Je n'ai jamais pu goûter cette juriſprudence, d'autant plus que le mineur a toujours la voie à la reſtitution en entier dès qu'il ſouffre léſion. Il me paroît qu'elle ſubſiſte plus par préjugé, par une vieille habitude, que par raiſon ; on en reviendra quelque jour, d'autant plus que la voie de la reſtitution en entier, met le mineur à l'abri de tout.

☞ Sur la queſtion de ſçavoir ſi le tuteur peut provoquer une demande en licitation des biens de ſon mineur. Voyez le ſupplément à la collection de Deniſart, où l'éditeur rapporte au mot *tuteur*, un arrêt du 8 janvier 1768, rendu ſur les concluſions du miniſtere public, confirmatif d'une ſentence des requêtes du palais, qui avoit ordonnné qu'une licitation ſeroit pourſuivie à la requête du tuteur d'un mineur ; ce qui juſtifie l'opinion contraire à la juriſprudence du châtelet.

LI. Mais, ſuivant l'uſage même du châtelet, il peut défendre à l'une & à l'autre demande ; défendre eſt adminiſtrer, & non aliéner ; la différence, ſelon moi, eſt bien peu ſenſible.

La défenſe à telle demande, eſt vraie adminiſtration, la former prudemment & pour la prévenir, puiſque la prévention pouvant être avantageuſe au pupille, ne paroît pas une véritable aliénation différente d'une bonne adminiſtration ; mais l'uſage du châtelet eſt contraire. Encore une fois, je le reſpecte plus que je ne le goûte.

LII. Par cette même incapacité aux actes d'aliénation, ou tendans à aliénation, le tuteur ne peut ſeul accepter ou renoncer à une ſucceſſion échue à ſon pupille, ni déguerpir ; ce ſeroit aliéner, & encore moins impoſer une ſervitude : cela eſt inconteſtable, tous ces actes ſont hors ſa puiſſance.

Servitutem imponi nec remitti, l. 3, § 5, ff. *de reb. eor. qui ſub tut. vel curat. ſunt.* Par rapport à la premiere partie de la propoſition, elle a été formée ſur l'uſage du châtelet, & la loi qu'on vient de citer la fonde.

LIII. Il ne peut pareillement compromettre ſur les droits de ſon pupille, qui eſt toujours ſous la protection de la juſtice : l'uſage, ainſi que la loi, fonde cette incapacité.

Ces deux propoſitions ſont fondées ſur les autorités ci-deſſus rapportées à l'égard du compromis, le droit civil le défend abſolument en ce cas ; mais c'eſt ſur une ſimple forme qui ne peut donner atteinte au fond, puiſqu'il y a la voie de l'appel contre la ſentence arbitrale, dont les mineurs ne pourroient être privés ſans compromettre leurs droits.

LIV. Si le tuteur avoit fait les actes ci-deſſus de ſon chef, & ſans y avoir été autoriſé, dans la forme qu'on verra dans la diſtinction ſuivante, l'acte ſeroit nul de plein droit, ſans qu'il fût beſoin de lettres ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, & la ſuite inévitable du défaut de qualité & de pouvoir. En effet, tel acte ſeroit fait par une perſonne, ſans pouvoir & ſans qualité ; défaut le plus grand de tous, & qui entraîne néceſſairement la nullité de l'acte fait par celui qui étoit incapable de le faire.

Nullus eſt major defectus quàm poteſtatis.

DISTINCTION IV.

De l'avis de parens & de la tutelle, ad hoc, *néceſſaires pour les actes d'aliénation, & des limites du pouvoir du tuteur* ad hoc, *& des autres formalités des aliénations.*

LV. La prohibition d'aliéner les biens des mineurs, établie pour leur avantage, tourneroit à leur préjudice, ſi elle étoit abſolue & ſans réſerve ; auſſi cette prohibition a ſes bornes, ce qu'on va voir : l'utilité & l'avantage des mineurs les ont fait établir.

Sur les formalités des aliénations des biens des mineurs, voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 22 ; M. Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 13, ch. 1.

LVI. Dans le cas qu'il y a néceſſité ou avantage pour le mineur, le tuteur peut ſe faire autoriſer pour l'aliénation ; pour cela il faut avis de parens homologué par le juge, avis & décret qui approuvent la vente, & en outre affiches & publication : il faut encore qu'il y ait une juſte cauſe pour vendre, comme la néceſſité de payer des dettes, ou l'utilité de vendre un bien infructueux. Mais ce ſeroit abuſer de la loi & tourner contre les pupilles, ce qui a été établi en leur faveur, que de prétendre qu'un tuteur, lorſqu'il eſt ſuffiſamment autoriſé, ne peut vendre un immeuble du mineur qui eſt infructueux lorſqu'il n'y a pas de dettes à acquitter ; c'eſt l'avantage du mineur qui doit ici être le guide, la juſtice & la raiſon n'en peuvent admettre d'autre. Ainſi dans le cas qu'on examine ici, la diſcuſſion du mobilier eſt étrangere, elle n'eſt requiſe

par un juſte préalable que lorſqu'un créancier du pupille veut ſaiſir réellement.

Minorum poſſeſſionis venditio per procuratorem delato ad præſidem provinciæ libello, fieri non potuit, cùm ea res confici rectè aliter non poſſit, niſi apud acta, cauſis probatis quæ venditionis neceſſitatem inferant, decretum ſolemniter interponatur, l. 6, cod. *de pred. & al. reb. min.* Arrêt du 10 janvier 1575, rapporté par le Veſt, ch. 112; ſage précaution renouvellée par l'arrêt de réglement du 9 avril 1630, rapporté dans le premier tome du journal des audiences, dont on a enſuite négligé l'obſervation, & qui depuis a été renouvellée ſur l'appel d'une ſentence du châtelet, rendue au ſujet d'un chantier, ſitué rue de la Verrerie, entre les Chalandas, pour leſquels je plaidois, contre les demoiſelles Couſinet; en ſorte qu'actuellement, c'eſt la juriſprudence conſtante. Voyez Coquille, queſt. 210; & M. Louet & M. Brodeau, lettre A, chap. 5, & lettre M, chap. 15 & 19.

☞ Sur les précautions néceſſaires pour la vente des biens des mineurs, voyez encore l'arrêt du 28 février 1722, rapporte au ſeptieme volume du journal des audiences, liv. 5, chap. 8, par lequel l'exécution de celui de 1630 a été ordonnée; & en conſéquence, que le prévôt de Paris, & tous autres juges, en permettant la vente de biens des mineurs, feront tenus d'ordonner que ladite vente ne ſera faite qu'après les affiches, publications & remiſes ordinaires.

LVII. Dans ce même cas, le tuteur doit être nommé tuteur *ad hoc*, pour conſommer ce qui a été aviſé par les parens du mineur; nomination uſitée, mais non de néceſſité, l'autoriſation du tuteur pour l'acte la contenant tacitement, du moins cela me paroît ainſi; c'eſt plus uſage que vrai droit, que de penſer qu'il faut un tuteur *ad hoc*, lorſque le tuteur indéfini eſt autoriſé.

Cette tutelle *ad hoc*, eſt cependant en ce cas, ordinairement pratiquée au châtelet; mais quand le tuteur indéfini a été autoriſé, il a autant qu'un tuteur *ad hoc*, qualité pour conſommer ce à quoi il a été autoriſé; ce qui fonde la réflexion qui termine la propoſition.

LVIII. C'eſt en vertu de cette tutelle *ad hoc*, que le tuteur doit aliéner l'immeuble; accepter ou répudier une ſucceſſion, ou déguerpir un héritage dont la détention ſeroit nuiſible au mineur: tels ſont les cas où cette tutelle eſt uſitée, & en vertu de laquelle le tuteur doit agir comme faiſant l'autoriſation de ſon procédé, & le ſoutien de l'acte qu'il paſſe: Mais il ne faut pas de tutelle *ad hoc*, pour défendre à une demande en partage ou en licitation, formée contre le mineur, c'eſt acte d'adminiſtration & d'adminiſtration néceſſaire; par conſéquent en ce cas, la tutelle *ad hoc* eſt inutile: les ſcrupules de quelques praticiens, qui ſe plaiſent à multiplier les formes inutiles, leur font quelquefois pratiquer le contraire.

On le juge ainſi au châtelet; cependant le ſcrupule de quelques procureurs, introduit ſouvent en ce cas même, la nomination d'un tuteur *ad hoc*; nomination qui me paroit totalement inutile.

LXIX. Le tuteur *ad hoc*, ne peut engager le mineur au-delà de l'objet qui a été confié à ſon adminiſtration; cette limite naît de ſa propre qualité: delà il s'enſuit que le mineur peut impunément ſe déſiſter d'une demande en retrait formée pour lui par un tuteur *ad hoc*; & cela a lieu non-obſtant le contrat qui ſe ſeroit formé en juſtice, en tendant le giron de la part du défenſeur en retrait, & non-obſtant la maxime, que lorſqu'il s'agit d'acquérir, le mineur eſt cenſé majeur. Voilà l'application du principe qu'on vient de poſer, qu'un tel tuteur ne peut engager le pupille au-delà de l'objet qui lui eſt confié. De ce principe il réſulte que le mineur abandonnant l'objet du retrait, au-delà duquel un tel tuteur ne pouvoit pas l'engager, la demande en retrait que ce même tuteur auroit formé pour lui, ne peut produire contre lui aucun effet.

Cela a été jugé par ſentence du châtelet; rendue ſur productions des parties, au rapport de M. Heron, au mois de ſeptembre 1720, pour le ſieur de Caumont, contre le ſieur du Canet: j'avois écrit au procès pour le ſieur de Caumont, M. Prevôt avoit écrit pour le ſieur du Canet; ce qu'on développe par la propoſition qui ſuit.

LX. Le moyen qui a paru le plus déciſif, a été que le tuteur *ad hoc*, qui a formé le retrait, ne peut engager le mineur au-delà de l'objet du retrait; d'où il s'enſuit que le mineur abandonnant l'héritage qui étoit l'objet du retrait, toute action ceſſe contre lui, puiſque cette action eſt limitée à l'héritage, & auquel ſe bornoit toute la puiſſance d'un tel tuteur: d'où il s'enſuit en ce cas, par une ſeconde conſéquence, que le mineur peut impunément ſe déſiſter d'un tel retrait.

Entr'autres moyens, je m'étois ſervi de celui-là. Après le jugement, M. le rapporteur me dit que c'étoit celui qui avoit le plus contribué à la décharge du mineur rétrayant.

DISTINCTION V.

Si le tuteur peut ſeul conſentir au mariage du pupille, s'il peut épouſer ſa pupille, & nommer aux offices & bénéfices.

LXI. Il ſeroit à ſouhaiter que le tuteur, même le tuteur indéfini, ne pût engager par mariage ſon pupille, ſi le mariage n'eſt approuvé des principaux parens, & que cela eût lieu pour le mineur, tant de l'un que de l'autre ſexe: nulle raiſon de différence; je penſe qu'il ne le peut pas, quoique l'ordonnance qu'on va citer ne contienne pas la nullité du mariage; car non-obſtant l'omiſſion de cette peine, la diſpoſition de cette loi doit toujours être ſuivie.

L'article 43 de l'ordonnance de Blois, lui fait défenſes de conſentir au mariage du pupille ſans

le conſentement des parens ; mais cette ordonnance ne prononce pas de peine en cas qu'il contrevienne à ſa diſpoſition. Voyez ſur ce les ſalutaires obſervations de M. Bretonnier en ſes déciſions alphabétiques, page 183 & ſuivantes. Si le tuteur n'eſt pas ſeul maître des conventions matrimoniales, comme cela paroit par le zele de M. le lieutenant civil, qui a coutume de nommer un ancien avocat pour rédiger ces conventions, donnera-t-on au tuteur un pouvoir abſolu ſur la liberté de ſon pupille ; c'eſt-à-dire, ſur l'engagement que ce dernier contracte par la ſeule célébration d'icelui, & indépendamment des conditions contractuelles que l'on met hors ſa puiſſance, & qui ſont cependant bien moins importantes que le premier engagement ? M. Poquet de Livonieres, décide nettement dans ſes regles de droit, page 45, que le tuteur n'a pas capacité ſeul pour donner un tel conſentement. Ce ſentiment eſt bien conforme à l'ordre public & au véritable eſprit des ordonnances.

LXII. Cependant, & ſans contredit ſur ce, lorſque le tuteur eſt un aſcendant, il a cette capacité pour conſentir ſeul au mariage du pupille ; & en ce cas, le conſentement des parens n'eſt que de bienſéance & non de néceſſité, la réunion de ſes qualités lui donne ce pouvoir : mais il eſt peu légitime de faire influer cette capacité ſur un autre tuteur.

Quis enim talis affectus extraneus inveniatur qui vincat paternum, lib. 7, cod. *de curator. furio.*

LXIII. Le tuteur peut épouſer ſa pupille ; mais en ce cas ſingulier, le conſentement des principaux parens me paroît encore plus néceſſaire que dans tout autre, & il ſeroit à ſouhaiter qu'il fût regardé comme tel.

La loi 59 *de ritu nuptiarum* le défendoit ; le parlement n'a point admis cette défenſe ; M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, p. 456 : ce ſeroit le cas de rendre le conſentement des parens néceſſaire.

LXIV. Tout tuteur indéfini peut nommer aux bénéfices vacans pendant ſa tutelle, étant à la nomination du pupille ; c'eſt adminiſtration. Il peut pareillement & ſans l'avis des parens, pourvoir aux offices dépendans des fiefs appartenans au mineur ; c'eſt adminiſtrer. La vacance, à l'égard des uns comme par rapport aux autres, ſeroit nuiſible ; ces actes ſont donc dans ſa puiſſance.

Cette propoſition réſulte évidemment de tout ce que deſſus, où l'on a prouvé que tout acte d'adminiſtration eſt dans la puiſſance du tuteur.

LXV. En effet, il eſt de l'intérêt public, que les offices & bénéfices ne reſtent pas vacans ; la nomination à iceux doit donc être confiée au tuteur ; mais il ne peut aſſurer des ſurvivances parce qu'elles pourroient militer dans un tems auquel il n'auroit plus de qualité.

C'eſt principalement ſur cette raiſon, qu'on juge que le tuteur a cette capacité dans le premier cas, & incapacité dans l'autre.

LXVI. Mais il ne peut deſtituer les officiers, encore qu'ils fuſſent deſtituables à volonté, que dans le cas qu'il y a cauſe légitime de deſtitution ; ce ſeroit de ſa part innover ſans néceſſité, ce qu'il ne peut faire, ce ſeroit une eſpéce d'aliénation.

Voyez le titre des offices où cela eſt établi.

DISTINCTION VI.

Des procès que le tuteur peut intenter, & s'il peut accorder des remiſes & prétendre des appointemens.

LXVII. Le tuteur peut de ſon chef défendre aux demandes formées contre le mineur ; mais il ne peut accorder des remiſes, ni intenter un procès important, ſans avis de parens ou ſans le conſeil de la tutelle, s'il en a un établi.

Tutoribus conceſſum eſt, à debitoribus pupilli pecuniam exigere, & non etiam donare vel etiam diminuendi cauſa cum eis tranſigere, l. 46, ff. *de adminiſt. & peric. tutor.* Voyez M. Bacquet, des droits de juſtice, chap. 21, num. 41, 42, 43, p. 127 ; la coutume de Bretagne, art. 513 ; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. des tutelles, art. 110.

LXVIII. Sans cette précaution d'un avis de parens, qui l'autoriſe à intenter un procès important, il ne peut répéter les dépens dans le cas qu'il a ſuccombé en demandant ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt la juſte peine de ſa témérité.

Non eſt ignotum tutores vel curatores adoleſcentium ſi nomine pupillorum vel adoleſcentium ſcientes, calumnioſas inſtituant actiones, eo nomine condemnari oportere, lib. 6, cod. *de adminiſtrat tut.*

LXIX. Cela auroit lieu encore que cette peine ne fût pas portée par le jugement ; ſon énonciation n'eſt pour ce néceſſaire, que lorſqu'il ſuccombe en défendant : en ce cas elle eſt néceſſaire, mais non en demandant.

Telle eſt ſur ce, l'opinion commune.

LXX. Le tuteur, même le tuteur étranger, ne peut prétendre aucun appointement ; c'eſt fonction gratuite, & qui par conſéquent les exclut : ſauf l'exception, comme on le fait en pareil cas pour un tuteur onéraire.

Cependant, dans les tutelles conſidérables, le tuteur peut avoir un agent d'affaires, & les appointemens de cet agent doivent lui être paſſés en dépenſes ; c'eſt la diſpoſition de la loi 13, § 1, ff. *de tutelis. Eſt etiam adjutor tutelæ quem ſolet prætor permittere tutoribus conſtituere, qui non poſſunt ſufficere adminiſtrationi tutelæ.* Ce qui n'eſt ſuivi au châtelet, que dans le cas que cela eſt porté par l'acte de tutelle.

LXXI. Il en eſt autrement ; c'eſt-à-dire, que le tuteur (ce qui ne s'entend que du tuteur onéraire) peut par ſon compte de

tutelle, coucher en dépenſe des appointemens, lorſque les appointemens ſont portés par l'acte de tutelle; telle fixation emporte dérogation au droit commun, dérogation adoptée par le juge, & qui doit être ſuivie dans le compte : c'eſt ſon premier guide.

En ce cas, on alloue au châtelet la dépenſe que le tuteur en fait par ſon compte; c'eſt la condition de ſon acceptation : elle en eſt inſéparable.

DISTINCTION VII.

Des actions du pupille contre ſon tuteur, & qu'il ne peut ſe rendre adjudicataire de ſes biens.

LXXII. Pendant la tutelle, les actions du pupille contre ſon tuteur, ſont en ſuſpens; cette ſuſpenſion eſt de droit, & l'impuiſſance dans laquelle eſt le mineur d'agir, la fonde & la rend inconteſtable.

Contra non valentem agere non currit preſcriptio; en effet, comment le pupille, incapable par lui-même d'agir, pourroit-il pourſuivre celui que la loi conſtitue maître de toutes actions mobiliaires ou poſſeſſoires ?

LXXIII. Il en eſt de même des actions du tuteur contre ſon pupille, l'impuiſſance d'agir qui eſt réciproque, & qui milite preſque autant pour le tuteur que pour le pupille, fonde l'une & l'autre ſuſpenſion; & cette derniere eſt auſſi juridique, ſi elle n'eſt pas auſſi favorable que l'autre.

Le tuteur ne perd pas ſes actions contre ſon pupille, quand il auroit omis de les déclarer lors de l'acceptation de la tutelle; ainſi, nous n'admettons pas la diſpoſition de l'authentique *Minores, cod. qui dare tutorem.* Voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 4, chap. 6, queſt. 56, Lapeyrere, lettre T, déciſion 166, p. 506. En effet, cette diſpoſition eſt tout enſemble biſarre & injuſte, je n'y vois aucune raiſon.

LXXIV. Delà il s'enſuit que quant à ce, la preſcription ne court pas ni contre l'un ni contre l'autre, & cette ſuſpenſion eſt fondée ſur l'impoſſibilité dans laquelle ils ſont d'agir; impoſſibilité qui fait obſtacle à preſque toutes les préſcriptions, ſuivant la maxime générale déjà citée : on dit à preſque toutes les preſcriptions, parce qu'il y en a quelqu'unes qui militent contre les mineurs; par exemple, l'année du retrait, celle pour former la complainte; enfin la preſcription des cinq ans, quant aux arrérages des rentes conſtituées, ont lieu contre les mineurs.

Contra non valentem agere, non currit preſcriptio. Maxime générale qui prouve la premiere partie de la propoſition, quant à la ſeconde partie, & notamment la preſcription des cinq ans des arrérages des rentes conſtituées à prix d'argent, qui a lieu contre les mineurs. Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 23. num. 10; & cela eſt atteſté par la plus grande partie des commentateurs de la coutume, art. 113.

LXXV. Les tuteurs ne peuvent ſe rendre adjudicataire des biens de leurs pupilles, il y auroit trop d'inconvéniens à leur permettre de le faire.

Voyez l'édit d'Henry II, du mois de février 1556, la loi 5, § 2, ff. *de autor. & conſenſu tut. & curat.* qui eſt citée ci-après, & les notes ſur la deuxieme propoſition de la diſtinction deuxieme de la ſection qui ſuit.

☞ Tronçon, ſur l'article 359 de la coutume de Paris, rapporte un arrêt du 12 janvier 1610, qui a jugé qu'un tuteur peut ſe rendre adjudicataire de l'immeuble de ſon mineur ſaiſi & mis en criées, à la requête de ſes créanciers pour les dettes de la ſucceſſion. En effet, il ſemble qu'il ne fait en cela aucun acte incompatible, quand les formalités du décret ont été bien obſervées, & que la vente a été faite publiquement & ſans fraude; cependant, en pareil cas, on croit qu'il eſt néceſſaire que les parens y conſentent par un avis homologué.

LXXVI. Ils ne peuvent pareillement prendre les baux des biens de leurs pupilles, ni les faire prendre par leurs proches parens; la même raiſon fonde cette incapacité : mais le tranſport ſur le mineur, n'eſt nul, qu'en cas qu'il y ait dol de ſa part; cependant le pupille n'eſt obligé de rendre à ſon tuteur, que le prix du tranſport; cela ménage les droits des deux, & eſt conforme à la juſtice qui leur eſt également dûe : ainſi en ce cas nous appliquons la diſpoſition des loix *per diverſas, & ab anaſtacio.*

Non fit contra ſenatuſconſultum, ſi cujus tutor creditori patris pupilli inſolverit, ut ejus loco ſuccedat, l. 12, ff. *de reb. eorum qui ſub tutel.* A l'égard de la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur l'arrêt du mois de ſeptembre 1690, rapporté par M. Augeard, tom. 2, pag. 66. l'authentque, au cod. *qui dare tutores*, & dénie pour ce toute action au tuteur. C'étoit rigueur outrée, diſpoſition injuſte, qui n'a point été ſuivie parmi nous; ce qui prouve l'arrêt qu'on vient de citer.

☞ Il eſt certain que le tranſport que le tuteur ſe ſeroit fait faire de la dette de ſes mineurs, ne ſeroit nul qu'autant qu'il y auroit preuve ou violente préſomption de fraude de ſa part; cependant, pour traiter avec ſûreté en pareil cas, il eſt prudent à lui de ſe faire autoriſer par un avis de parens, portant reconnoiſſance de l'avantage que recevront les mineurs de l'acceptation du tranſport par leur tuteur.

SECTION III.

Des engagemens des tuteurs.

DISTINCTION PREMIERE.

Du ſoin de l'éducation & de l'obligation de conſtater les biens du mineur.

LXXVII. Le premier devoir du tuteur, eſt de veiller à l'éducation du mineur, parce qu'il eſt donné à la perſonne & aux biens, & principalement à la perſonne : c'eſt donc à ſa conſervation qu'il doit d'abord veiller.

Personæ & rebus. A l'égard de la dépense sur ce, la loi y a pourvu. *Præses provinciæ, inspectâ personarum qualitate & conditione, proponet ubi puer educari debeat*, lib. 1, cod. *ubi puer educ. deb.* Sur l'obligation du tuteur de veiller à la conduite, à l'éducation du pupille. Voyez les art. 41, 42 & 43 de l'ordonnance de Blois, & l'art. 1 de l'ordonnance de 1639.

LXXVIII. Le second devoir du tuteur est de faire juridiquement constater les biens du pupille : c'est à quoi il doit vaquer après avoir veillé à la conservation de la personne.

Faute de faire inventaire, il est destituable. M. Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 14, ch. 3. Voyez les notes sur la proposition qui suit; ce qui résulte encore de la disposition de l'ordonnance d'Orléans qui l'assujettit à faire une vente authentique du mobilier; & c'est la disposition de l'édit qu'on cite sur la proposition qui suit.

LXXIX. De-là il s'ensuit qu'aussitôt l'ouverture des successions échues au pupille, le tuteur doit faire procéder à l'inventaire des biens qui les composent; c'est acte principalement conservatoire, & dont il ne peut se dispenser.

Tutores vel curatores mox quam fuerint ordinati sub præsentiâ personarum inventarium rerum omnium & instrumentum solemniter facere curabunt, lib. 24 *de adminis. tut.* C'est la disposition de l'édit d'Henri II, du mois de février 1556; à quoi l'ordonnance d'Orléans, art. 102, a mis la derniere main.

DISTINCTION II.

De la vente des meubles.

LXXX. Le tuteur doit faire vendre les meubles appartenans au pupille, leur dépérissement l'assujettit à ce, autrement ce seroit négliger des intérêts qu'il doit conserver; jusques-là, qu'il doit les préférer aux siens.

Si tutor cessaverit in distractione earum rerum quæ tempore deperiunt, suum periculum facit, l. 7, § 1, ff. *de administrat. & peric. tutor.* Voyez la proposition qui suit, & les notes sur icelle, qui prouvent que la sagesse de nos ordonnances a été sur ce, encore plus loin que le droit civil.

LXXXI. Cette vente doit être publique & non clandestine, toute autre ne rempliroit pas le vœu de la loi, elle doit être faite dans les six mois; mais ce délai ne s'observe pas à la rigueur, & dans tel tems que ce soit le tuteur ne peut s'en rendre adjudicataire.

Voyez l'art. 102 de l'ordonnance d'Orléans. *Idem ipse tutor, & emptoris & venditoris officio fungi non potest*, l. 5, § 2, ff. *de autor. & consens. tutor.* Voyez à ce sujet M. Henrys, tom. 1, livre 4, chapitre. 6, question 110, & l'arrêt qui y est rapporté. Voyez aussi M. Louet, les arrêtés faits chez M. le président de Lamoignon, tit. des tutelles, art. 69; le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 71; & l'arrêt du 28 février 1722, qui concerne les immeubles.

LXXXII. Cette obligation de faire vendre les meubles cesseroit, si le pupille étoit proche de sa majorité, & que les parens eussent avisé qu'il étoit convenable de les garder; mais il faut cet avis pour cela; & en ce cas, c'est juste exception à la régle, qui a l'intérêt même du mineur pour principe.

Tel est l'usage du châtelet, conforme à la disposition du droit civil; adoption par nous faite, & attestée par M. Domat, sur ce titre.

DISTINCTION III.

Des effets mobiliers que le tuteur doit conserver.

LXXXIII. Le tuteur ne doit point faire vendre les effets mobiliers qui sont utiles pour l'exploitation des terres; c'est une seconde exception à la régle, & fondée sur le même principe.

L'article 102 de l'ordonnance d'Orléans, dit *les meubles périssables*, ce qui fonde la proposition. De-là il s'ensuit que les ustensiles servant au labourage, ne doivent pas être vendus, leur utilité les tire de la regle.

LXXXIV. Il en est de même des bestiaux, la vente de tels effets seroit contraire aux intérêts du mineur, & par conséquent ils ne doivent pas être vendus. C'est toujours cet intérêt qui doit guider.

Cette proposition & la précédente, ont été formées sur ce qui se pratique au châtelet; pratique qui, encore une fois, a la racine dans la disposition des ordonnances, & dans celle du droit civil.

LXXXV. A l'égard des promesses, cédules & obligations, le tuteur ne doit ni les vendre, ni les céder, mais il doit en faire le récouvrement; ce qui fait la matiere de la distinction suivante.

Suivant l'usage du châtelet, ce sont ces mêmes billets, promesses & obligations, dont le tuteur n'a pu faire le recouvrement, qui doivent faire la matiere du chapitre de reprise de son compte de tutelle, où l'on examine sur ce son procédé & sa vigilance; pourquoi ce chapitre doit toujours être précédé d'une recette du contenu en de tels effets, quoiqu'il ne les ait pas reçus, sauf la reprise de sa part; cela renferme une exacte opération.

DISTINCTION IV.

Des diligences que le tuteur doit faire pour la conservation & le recouvrement des dettes actives.

LXXXVI. Lorsque par la dette active appartenante au mineur, le mineur n'a pas d'hypothéque, le tuteur doit obtenir sentence qui la lui procure: c'est quant à ce, la premiere diligence à laquelle sa qualité l'assujettit, puisque cette qualité l'oblige à faire tout ce qui intéresse le pupille.

Tutoribus concessum est à debitoribus pupilli pecuniam exigere, l. 46, §. *ult.* ff *de administ. & peric. tutor.* Voyez la proposition qui suit, qui développe celle-ci.

LXXXVII. Faute de cette diligence, le tuteur eſt garant envers le mineur de la perte qu'il ſouffre par le défaut d'hypothéque, ſi ce défaut, par l'événement, avoit emporté perte de la créance : voilà l'effet que produit cette négligence.

Tam de adminiſtratis quàm de neglectis, l. 6, cod. *de reſt. tut.*

LXXXVIII. De-là il s'enſuit à plus forte raiſon, que le tuteur eſt garant de l'action qu'il a laiſſé preſcrire ; c'eſt négligence inexcuſable, & conſéquence ſûre de ce que deſſus : c'eſt perte que le pupille ne ſouffre que par ſon fait.

Quidquid tutoris dolo, vel latâ culpâ aut levi, ſeu curatores minores amiſerint, hoc in tutelæ ſeu negotiorum geſtorum utile judicium venire non eſt incerti juris, l. 7, *de aut. tut.* C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet ; c'eſt raiſon écrite, c'eſt droit commun.

LXXXIX. De-là il s'enſuit encore, que le tuteur eſt garant de ce qu'a ſouffert le mineur, par le défaut d'une oppoſition au décret des biens de ſon débiteur ; & du même principe, il réſulte que s'il eſt prouvé que par l'oppoſition au décret, le mineur n'eût rien pu recevoir ſur les biens de ſon débiteur, ſon action contre ſon tuteur ceſſe : telle eſt la nature de ſon action, qui n'emporte pas une garantie d'icelle, mais le payement de ce qu'elle auroit fourni réellement.

C'eſt avec cette reſtriction qu'on donne au châtelet une action en garantie au pupille contre le tuteur. Voyez la propoſition ſuivante, qui en contient la preuve.

XC. Cela eſt fondé ſur ce que cette même action eſt limitée à la perte que le mineur ſouffre par la négligence de ſon tuteur, & bornée à répéter de ſon tuteur ce qu'il auroit reçu, s'il y avoit eu oppoſition au décret ; ainſi il n'eſt garant que des ſuites de ſa négligence, & non de la ſolvabilité du débiteur, & par conſéquent, l'action ceſſe en ce cas.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les comptes de tutelle, & tel eſt l'eſprit de la loi qu'on a cité.

XCI. Par les mêmes principes, le tuteur doit l'intérêt de plein droit, des ſommes dont il eſt débiteur envers ſon pupille : ſa vigilance pour les droits du mineur, l'aſſujettit à cela.

M. Lapeyrere, let. T, déciſion 173 aux additions, page 511, de l'édition de 1725. En effet, il eſt de principe en ce cas, que *debuit à ſemetipſo exigere* ; & en ce même cas, il ne jouit pas du délai pour faire emploi : car l'intérêt y court, non faute d'emploi, mais faute de diligence ; & par conſéquent, ce même intérêt court contre le tuteur, toute abſtraction faite du montant de la ſomme dont il eſt débiteur envers ſon pupille.

DISTINCTION V.

Que le tuteur n'eſt garant de l'inſolvabilité lorſqu'il a fait des diligences.

XCII. Lorſque le tuteur a fait des diligences, tout recours, toute action récurſoire contre lui ceſſe ; cela réſulte de la diſtinction précédente : il eſt bien garant de ſa négligence, mais non la caution des débiteurs ; preuve de ſa décharge en ce cas, puiſqu'on ne peut plus lui imputer de négligence.

Sufficit tutori benè & diligenter negotia geſſiſſe, etſi eventum adverſum habuit quod geſtum eſt, l. 3, §. 1, ff. *de contraria tut. & utile actione.*

XCIII. Ces diligences doivent être telles qu'un bon pere de famille exact & appliqué les feroit pour lui-même ; c'eſt à de telles diligences auxquelles ſa qualité l'aſſujettit ; mais étant par lui faites, il eſt à couvert de tout recours ; ce qu'il faut même traiter favorablement, lorſque le tuteur a part dans la dette.

Lorſque le tuteur eſt un aſcendant ſurvivant, & qui avoit moitié dans la dette, la juriſprudence du châtelet eſt, que le défaut de pourſuites n'eſt d'aucune conſidération, la juſte préſomption étant que le tuteur n'a pu faire mieux pour ſon pupille qu'il a fait pour lui-même ; à moins que la négligence ne ſoit inexcuſable, & telle qu'il fût conſtaté que par la pourſuite il auroit été payé, parce qu'en ce cas-là il rentre dans la régle générale : mais hors cette exception qu'on vient de marquer (d'une négligence inexcuſable), dès que l'action eſt commune entre le tuteur & le pupille, la préſomption eſt pour le tuteur ; c'eſt raiſon, c'eſt exacte juſtice d'admettre cette préſomption ; ſoutenir le contraire, eſt abus de praticien.

XCIV. Ce qui fonde la décharge du tuteur en ce cas, eſt que le tuteur, comme on l'a déjà dit, n'eſt pas garant de la ſolvabilité des débiteurs de ſon pupille, mais ſeulement de ſa négligence & de la perte qu'elle occaſionne : on ne peut porter la garantie dont il eſt tenu au-delà.

Voyez la loi citée ſur la premiere propoſition de la préſente diſtinction.

XCV. Si dans le compte le tuteur eſt obligé de ſe charger des dettes non recouvrées, ce n'eſt que pour l'ordre du compte dans lequel il les met en même temps en repriſe ; ce qui ſe verra dans le titre des comptes de tutelle.

Rationem reddat, l. 9, *cod. de aut. tut.* Telle eſt la baſe de ce juſte uſage.

DISTINCTION VI.

Des emplois de deniers que le tuteur doit faire.

§. I.

Quand il doit faire cet emploi, & des deniers qui y ſont ſujets.

CXVI. Dès que le tuteur a entre ſes mains ſomme ſuffiſante pour en faire un em-

ploi au profit du mineur, il doit en faire emploi ſix mois après que la ſomme s'eſt trouvée ſuffiſante; tel eſt en ce cas ſon engagement: mais c'eſt une erreur de quelques praticiens que de dire qu'il doit l'intérêt du mobilier reſtant lors de la tutelle: quoique ce mobilier fût modique, il faut toujours ſuffiſance.

Seconde partie de l'art. 102 de l'ordon. d'Orléans, *ex mobilibus prædia idonea comparentur*, liv. 24. Cod. *de adminiſt. tuto.* Voyez M. le Prêtre, centurie 1, chap. 52. L'acte de notoriété du châtelet, du 11 mai 1699; les arrêtés faits chez M. Lamoignon, titre des tutelles, art. 97 & 101; le journal des audiences, tome 3, liv. 3, chap. 18.

XCVII. La ſuffiſance ou inſuffiſance de la ſomme, ſe regle par la fortune des mineurs; mais lorſqu'il y a moins de 1000 liv. il n'y a pas lieu à la néceſſité d'emploi.

Voyez les arrêtés de M. Auzanet; M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 462.

XCXVIII. La ſomme de mille livres à l'égard des mineurs de baſſe condition & qui ont peu de bien, eſt cenſée ſuffiſante pour en être fait emploi; toute ſomme au deſſous ne l'eſt pas, par l'impoſſibilité d'en faire emploi. A l'égard des mineurs qui jouiſſent d'un bien un peu conſidérable, cette ſomme ne ſeroit pas cenſée ſuffiſante; cela tombe en arbitrage, ordinairement il faut trois mille livres; ce qui eſt ſuffiſant pour les pupilles les plus riches.

C'eſt ce que dit M. Auzanet.

XCXIX. La néceſſité de l'emploi tombe non-ſeulement ſur les deniers provenans du rembourſement des rentes ou des aliénations des immeubles, ſur le prix des meubles que le tuteur doit vendre, mais encore ſur les reſtans des revenus que le mineur n'a pas conſommé, tout cela eſt ſujet à emploi: c'eſt ainſi que la loi a pourvu à tout, pour conſerver l'intérêt des mineurs, & il ſe fait du tout une jonction pour la ſuffiſance.

Ita autem diſpoſitione pecuniarium locus eſt ſi ea ſumma colligi poſſit, ut comparari ager poſſit, l. 5, ff. *de adm. & peric. tutor.* Il doit auſſi faire recette, non-ſeulement des revenus des nouveaux fonds provenus des épargnes, mais encore des intérêts des intérêts, des ſommes de deniers par lui non employées, lorſqu'elles ont été ſuffiſantes; c'eſt ce qui réſulte de la loi 7, §. 12, ff. *de adm. & peric. tut. Si uſuras exactas tutor vel curator retinuerint, earum uſuras eos agnoſcere oportet, ſanè enim parvi refert utrum ſortem pupillarum an uſuras in uſus ſuos converterint.* Voyez ci-après, le livre des actions, & la ſection qui ſuit; mais les intérêts des intérêts ceſſent du jour de la clôture du compte: le contraire ſeroit rigueur outrée, puiſque alors le pupille peut agir; mais la totalité du reliqua en produit en faiſant ceſſer à la majorité, l'intérêt de l'intérêt.

§. II.

Des nourritures, entretiens du mineur & de ſes revenus, conſidérés relativement à la néceſſité de l'emploi.

C. Si, par l'acte de tutelle, la dépenſe du mineur a été reglée, le tuteur ne peut jamais lui faire dépenſer au-delà; ce reglement devient loi pour ce, & le tuteur ne peut l'excéder: ſi même par une facilité condamnable des parens dont on eut pris ſur cela l'avis, ce réglement étoit trop fort, ce que j'ai vu aſſez ſouvent; en ce cas le pupille peut le faire modérer, en ſe portant pour appellant d'icelui.

Modus autem, ſi quis prætor arbitratus eſt, is ſervari debet, l. 2, §. 1 ff. *ubi pupil. educari.*

CI. Quoique la dépenſe du mineur pour ſes nourritures & entretiens n'ait pas été reglée par l'acte de tutelle, le tuteur ne peut faire dépenſer au mineur au-delà de ſes revenus, ſa puiſſance à cet égard eſt bornée à leur montant, & toute dépenſe ſur ce excédente eſt rayée: c'eſt droit commun.

Si forte poſt decreta alimenta ad egeſtatem pupillus fuerit deductus, diminui debent quæ decreta ſunt, l. 3, ff. *eodem.* Mais ſi le mineur étoit ſans biens, le tuteur n'eſt pas obligé de le nourrir du ſien, *Si egeni ſint pupilli de ſuo eos alere tutor non compellitur*, l. 3, §. *ult.* ff. *ubi pupil. educari.* Voyez l'acte de notoriété du châtelet du 21 mars 1699, qui eſt ſur ce général: cependant ſi le tuteur étoit un ſimple collatéral, & par conſéquent, n'étant pas par ſa qualité obligé de fournir les nourritures & entretiens au pupille comme un aſcendant, & à plus forte raiſon, ſi le tuteur étoit un étranger; en ces deux cas, s'il y avoit avis de parents homologué en juſtice, qui permît au tuteur d'employer pour les nourritures & entretiens du pupille, plus que ſes revenus; en ce cas, nonobſtant l'acte de notoriété ci-deſſus cité, la régle eſt d'allouer au tuteur une telle dépenſe, qui ſe trouve autoriſée par la juſtice & par la famille.

CII. Les revenus des mineurs ne s'entendent que déduction faite ſur iceux, des arrérages des rentes qu'ils peuvent devoir & des charges annuelles; tout cela eſt déliberation ſur les fruits & revenus, & ce n'eſt que ce qui en reſte, qui peut être dépenſé pour les nourritures.

Cette délibération s'obſerve au châtelet, & ce n'eſt qu'aprés leur prélevement qu'on fixe le montant des revenus; tel eſt l'uſage.

CIII. Du principe que le tuteur ne peut faire dépenſer à ſon mineur pour ſes nourritures & entretiens, au-delà de ſes revenus, il s'enſuit que le mineur peut faire rayer toute dépenſe que ſon tuteur lui fait à cet égard, en abandonnant ces revenus pour ce & pour toute charge annuelle; c'eſt la conſéquence qui naît inévitablement de ce même principe.

Tel eſt la juriſprudence conſtante du châtelet, & ce qui s'y pratique dans les comptes de tutelle

ſous la limitation qui ſuit, ſur le fondement de la loi citée ſur la deuxieme propoſition de ce paragraphe.

CIV. Mais le mineur ne peut ſincoper ſes revenus, il faut qu'il les abandonne tous, ou qu'il alloue ce qui a été réellement dépenſé pour ſes nourritures & entretiens; en ſorte que cette faculté d'abandonner ſes revenus, n'eſt ouverte qu'en la ſuivant pour tout le tems de la tutelle, & non en le diviſant & le ſincopant.

Cette impuiſſance de ſincoper ſe ſuit inviolablement au châtelet. En effet, il ſuffit ſur ce, que les fonds du pupille ne ſe trouvent pas entamés; tel eſt l'eſprit des loix ci-deſſus citées, il y a des temps plus onéreux que d'autres.

CV. Lorſque le mineur n'eſt pas dans le cas de cet abandon, c'eſt de cet excédent de revenus que le tuteur doit faire emploi, lorſqu'il a produit ſomme ſuffiſante pour le faire, & ce, ſix mois après que cette ſomme s'eſt trouvée ſuffiſante pour un emploi.

Voyez l'art. 102 de l'ordonnance d'Orléans, & tel eſt l'uſage du châtelet qui a ſa racine dans la loi 7, ff. *de admin & tut.*

CVI. Dans le cas que le tuteur a fait un emploi de l'excédent du revenu, les fruits ou revenus de cet emploi ne doivent point être confondus par le tuteur avec les autres revenus, & il ne peut les lui faire dépenſer pour nourritures & entretiens, ce qui eſt plus rigoureux qu'équitable; & de ce même revenu, il doit en être fait un nouveau fonds ou nouvel emploi, lorſqu'il a produit ſomme ſuffiſante pour le faire: c'eſt une ſeconde épargne de tutelle produite par une premiere; c'eſt intérêt d'intérêts auquel la qualité de tuteur aſſujettit, mais ces derniers n'en peuvent plus produire d'autres.

Voyez les loix citées ſur la ſubdiviſion précédente.

CVII. Lorſqu'il y a conteſtation entre le pupille & le tuteur au ſujet des intérêts, que le tuteur prétend ne pas devoir, & dont le pupille ſoutient qu'il doit ſe charger en recette, on l'oblige à faire cette recette lorſqu'il eſt manifeſté que les intérêts ſont dûs; mais ſi cela n'eſt pas, on renvoye ces conteſtations au calcul général, parce qu'il ne ſeroit pas juſte d'obliger le tuteur de payer l'intérêt d'une ſomme qu'il auroit incontinent payée en l'acquit du mineur: ce que je n'admettrois pas lorſque le tuteur doit lui-même à ſon pupille une ſomme conſidérable, eu égard à la fortune de ce dernier, ſomme dont il a dû contre lui-même faire courir l'intérêt; & en ce même cas, ſans attendre l'opération du calcul général du compte, je penſe que par le compte même il en doit compte annuellement, cela eſt ſuite des engagemens que fait naître contre lui ſa qualité; & dans le calcul général, on fixe ce dont le tuteur a pu reſter débiteur chaque année, & c'eſt ſur cette fixation qu'on liquide & qu'on arrête les intérêts qu'il doit, & de quand il les doit; ce qui entraîne ſouvent intérêt d'intérêts.

Le renvoi au calcul général que les procureurs du châtelet font entr'eux indiſtinctement, a des inconvéniens, & multiplie quelquefois les opérations; il eſt bon, lorſqu'il eſt incertain ſi le tuteur doit; mais s'il eſt clair qu'il ſera débiteur, on devroit dans le compte l'obliger à faire recette des intérêts, & principalement des intérêts des fonds qui ſont rentrés en ſes mains; ce renvoi n'étant bon dans la théſe générale que par rapport aux intérêts du pur mobilier, ou aux intérêts des intérêts, comme on le dit dans la ſubdiviſion qui ſuit; parce que ſans cela on eſt obligé, lors de la clôture, de revoir tout un compte déja examiné, pour fixer après la balance de la recette & de la dépenſe, quelle ſomme & depuis quel tems le tuteur l'a eu en ſes mains: l'expédient ſur ce, ſeroit d'obliger le tuteur de fixer ſon compte année par année; cet expédient éclaircit le droit & applanit les difficultés ſur le fait, opération qui n'étant pas faite, ſe fait par le calcul général, & même par un débat général, par lequel on peut faire cette opération.

§. III.

De la peine que le tuteur encourt faute de faire emploi, & comment il s'en met à couvert.

CVIII. Le tuteur, faute de faire emploi dans les ſix mois à partir du jour que la ſomme eſt ſuffiſante, en doit perſonnellement les intérêts; telle eſt ſur ce, la juſte peine de ſa négligence: & même dans le cas qu'il y a eu des emplois publics & autoriſés, ouverts pour les tuteurs, il ne doit pas jouir du délai de ſix mois.

Uſuræ à tutoribus non ſtatim exiguntur, ſed intervallo tempore ad exigendum l. 7. §. *& peric. tutor.* notre uſage a étendu le délai porté par la loi. Voyez M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 461; ſi la ſomme n'eſt pas ſuffiſante, il ne doit aucun intérêt, *ut comparari ager poſſit*, l. 15, ff. *de adm. & peric. tut.* Voyez le cent quarante-huitiéme des arrêts rapportés par M. le Veſt, & les citations ſur la troiſieme propoſition ci-deſſus, qui eſt la premiere du §. 1, de la préſente diſtinction.

CIX. Ce n'eſt pas tout, il doit les intérêts de ces mêmes intérêts, dont il devient débiteur, lorſqu'ils ont fourni ſomme ſuffiſante pour pouvoir faire un nouvel emploi; cela eſt rigoureux, mais juridique, & ſa qualité fonde cette rigueur; ce qu'on a déja rémarqué, & que l'ordre veut que l'on reprenne.

Voyez les autorités ſur la ſubdiviſion précédente: mais ces derniers intérêts qu'on appelle pupillaires, c'eſt-à-dire, intérêts d'intérêts, ne courent que pendant la minorité, tel eſt l'uſage du châtelet; & liquidés & compris dans le reliqua, ils ne produiſent plus nouveaux intérêts

d'intérêts : le contraire eſt rigueur outrée, mais tout le ſurplus du reliqua en produit.

☞ Voyez auſſi l'acte de notoriété du 4 juin 1689, ſuivant lequel tout tuteur doit ſe charger en recette des intérêts & intérêts des intérêts, qui font un capital au mineur ; & ce, par la préſomption de droit, que le tuteur qui n'a pas fait l'emploi ni ſes diligences pour y parvenir, eſt préſumé avoir profité des deniers de ſon mineur.

CX. Les intérêts provenans d'intérêts n'en produiſent plus en faveur des mineurs, même pendant le cours de la tutelle ; & du jour de la clôture, il n'y a plus d'intérêt d'intérêt, & c'eſt pour cela que le tuteur compte des intérêts par colonne vive & par colonne morte : la premiere comprend les intérêts qui en produiſent d'autres ; & la ſeconde, les intérêts qui n'en produiſent pas, & qu'on appelle à cauſe de cela colonne morte.

Ce ſont ces intérêts qui, dans l'uſage du châtelet, pour les comptes de tutelle, forment ce que les procureurs appellent la colonne morte, c'eſt-à-dire, qu'elle n'a plus aucune activité productive d'intérêts.

☞ Voyez l'acte de notoriété du châtelet du 11 juillet 1678, ſuivant lequel les intérêts & intérêts d'intérêts doivent être comptés par accumulation, juſqu'au jour de la majorité, & non par colonnes mortes.

CXI. Les tuteurs ſe déchargent de payer l'intérêt à leurs mineurs, & même des fonds qui ſeroient rentrés en leurs mains, en faiſant une ſommation aux parens de leur indiquer un emploi ; ils ſont à couvert dès qu'ils ont fait ce qui étoit en eux.

Si pecuniam pupillarem, neque idoneis hominibus credere, neque in emptionem poſſeſſionum convertere potuiſti, non ignorabit judex uſuras ejus à te exigere non oportere, l. 3, cod. *de uſur. pupil.* Parmi nous, c'eſt la ſommation aux parens qui conſtate cette impuiſſance.

CXII. Dans le cas d'une telle ſommation, non-ſeulement l'intérêt de l'intérêt, mais même l'intérêt d'un fonds ou rente rembourſée, ceſſe, & le tuteur n'en eſt plus tenu ; la ſommation d'une part & le ſilence des parens de l'autre manifeſtant l'impoſſibilité de l'emploi ; impoſſibilité juridiquement conſtatée, qui fonde la décharge du tuteur.

Loi citée ſur la propoſition précédente, ce qui ne s'entend qu'avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

CXIII. Cependant ſi, après telle ſommation, les parens indiquoient un emploi, l'intérêt contre le tuteur coureroit du jour de l'indication, à moins que l'emploi indiqué n'eût été rejetté par le juge ; hors ce cas, le tuteur rentre dans le cas de la regle générale.

Tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur les loix citées, & qui aſſujettiſſent le tuteur à l'emploi.

CXIV. La raiſon de la décharge des intérêts dans le cas de cette ſommation, eſt que la condition des tuteurs ſeroit trop dure, ſi, ne trouvant pas à employer ces deniers, & les gardant fidélement en leur poſſeſſion, ils demeuroient indiſtinctement chargés d'en payer l'intérêt : c'eſt donc une ſouveraine équité qui a conduit à cette décharge.

Voyez la loi 3, cod. *de uſur. pupill.* ci-deſſus citée ; c'eſt raiſon écrite & adoptée ; c'eſt équité dont on ne peut s'écarter.

CXV. Les conteſtations ſur l'intérêt de l'excédent des revenus, ſe renvoyent au calcul général, par lequel on connoît ſi le tuteur a été & eſt débiteur ou non ; mais par rapport à l'intérêt de la maſſe des meubles & des fonds aliénés, lorſqu'ils ont été ſuffiſans pour un emploi, le tuteur doit par ſon compte en faire recette, à moins qu'il n'y ait de ſa part une dépenſe incontinent ; car ſi la dépenſe n'eſt que poſtérieure, il faut l'obliger à faire recette de ces intérêts, après le délai ci-deſſus marqué, ſauf à faire double opération & retrancher les intérêts depuis ſa dépenſe, à proportion que ſa dépenſe a retranché le fonds.

Voyez l'obſervation ſur la derniere propoſition de la ſubdiviſion précédente, & cette opération conſerve les juſtes intérêts du pupille & ceux du tuteur ; autrement on leur donneroit atteinte.

§. IV.

Des formalités que le tuteur doit obſerver dans les emplois.

CXVI. Le tuteur ne peut faire emploi des deniers pupillaires que de l'avis des parens, qui ſont pour ce ſes légitimes contradicteurs ; ſans cela, ce ne ſeroit pas adminiſtrer, mais diſpoſer, & l'emploi non autoriſé ſeroit rejetté, mais il en eſt d'autoriſés par une loi générale.

On rejette au châtelet tout autre emploi, à moins qu'une loi publique & générale n'ait autoriſé le tuteur à faire ſeul un certain emploi ; en ce cas, c'eſt exception légale qui confirme la régle que contient la propoſition.

CXVII. Cet avis doit être homologué par le juge, c'eſt cette homologation qui eſt ſa baſe ; ſans cela il ne ſeroit, dans la rigueur, d'aucune conſidération ; cependant l'emploi étant bon, il ſeroit difficile, en ce cas de le rejetter.

Niſi apud acta decretum ſolemniter interponatur, l. 6, cod. *de prædi. & al. reb. min.*

CXVIII. Ces formalités non obſervées, l'emploi eſt aux riſques du tuteur, à l'exception de l'emploi ſur les aides & gabelles pour les rembourſemens faits au tuteur,

en papiers, pendant l'année 1720; tel emploi fait par le tuteur ſeul eſt valable, lorſqu'il paroît qu'il n'en a pas pu faire un meilleur: il doit en être de même de tout autre emploi de deniers pupillaires autoriſé par une loi publique : encore une fois, c'eſt exception à la regle, & qui la confirme.

Les deux parties de la propoſition ſont conformes à ce qui ſe pratique au châtelet, & aux arrêts du conſeil intervenus à ce ſujet.

CXIX. Delà il s'enſuit dans la théſe générale, que le tuteur ayant fait emploi ſans y avoir été autoriſé, comme il eſt dit ci-deſſus, il reſte débiteur de la ſomme ainſi employée, & qu'il en doit l'intérêt tel que de droit, ſauf à lui à diſpoſer de l'emploi; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus : & ce qui fait rejetter un tel emploi, eſt que l'emploi ne peut être regardé comme un ſimple acte d'adminiſtration; acte auquel la puiſſance du tuteur eſt bornée : c'eſt droit preſque toujours immobilier, ou qui eſt réputé tel, & pour la conſommation duquel il faut par conſéquent le concours & le ſuffrage de la famille.

Cela eſt établi ci-deſſus; en effet, l'emploi eſt repréſentatif d'un fonds ou de ce qui tenoit lieu d'un fonds : or tout fonds & tout ce qui le repréſente, eſt au-delà de ſon adminiſtration; d'où il faut conclure, que tout emploi non approuvé, eſt aux riſques du tuteur.

§. V.

De l'extinction légale des créances du tuteur contre ſon pupille, lorſqu'il a deniers ſuffiſans & des effets.

CXX. Le tuteur étant créancier de ſon mineur, doit ſe payer lui-même lorſqu'il a des deniers appartenans à ſon pupille ſuffiſans pour cela; c'eſt encore un de ſes engagemens, qui ne va pas à la perte de ſes droits, lorſqu'il a fait tout ce qu'il devoit pour la conſervation de ceux de ſon pupille.

Mais il ne perd pas ſes droits faute de les déclarer lors de l'acceptation de la tutelle; M. Henris, tome 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 36, & tome 2, liv. 4, queſt. 15. Voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

CXXI. Faute de conſommer ce payement par quelque acte, il ſe fait de droit par une extinction légale de la créance du tuteur, juſqu'à concurrence des deniers qu'il a entre ſes mains appartenans à ſon pupille : voilà l'effet du principe poſé, & les juſtes ſuites de la qualité de tuteur, qui aſſujettit le tuteur à agir pour le pupille, & à préférer ſes intérêts aux ſiens,

Nam & ſibi ſolvere poteſt, l. 9, §. 5, ff. *de admin. & peric. tut.* & tel eſt l'uſage du châtelet.

CXXII. Développons ce motif : cette extinction eſt fondée ſur ce que le tuteur doit procurer en tout l'avantage de ſon mineur, & faire pour cet avantage ce qu'il feroit pour lui-même; il doit même préférer l'avantage de ſon pupille au ſien, juſques-là que s'il compoſe avec les creanciers, ſon ſort comme créancier, doit être égal à celui des autres; ce qui confirme ce que deſſus.

Cùm hæreditas patris ære alieno gravaretur, & res in eo ſtatu videretur ut pupill. ab hæreditate paternâ abſtineretur, unus ex tutoribus cum pleriſque creditoribus ita decidit ut certâ crediti portione contenti eſſent, & reſpondi eum tutorem qui cæteros creditores ad portionem vocaret, eâdem parte contentum eſſe eſſe debere, l. 59, ff. *de adm. & per. tut.*

CXXIII. Delà il s'enſuit, que lorſque la mere eſt tutrice de ſes enfans, elle doit s'acquitter elle-même de ſes repriſes, juſqu'à concurrence des deniers de la tutelle qu'elle a entre les mains; c'eſt la conſéquence qui naît de ce que deſſus, ce qui opére ſouvent confuſion de ſes créances, lorſque par la ſuite elle eſt l'héritiere mobiliaire de l'enfant dont elle a été la tutrice.

C'eſt la juriſprudence du châtelet, & ce qu'on y pratique dans les comptes de tutelle, qu'une mere tutrice rend à ſes enfans, après avoir ſuccédé à l'un de ſes enfans, dont elle avoit été tutrice; ſucceſſion qui ouvre l'application qu'on doit faire de ce paiement, auquel la loi l'aſſujettit : ainſi, en ce cas, le mobilier qui avoit appartenu au pupille décédé, diminue d'autant ſa ſucceſſion mobiliaire, & appartient à la mere, non comme héritiere, mais comme créanciere; en ſorte que, juſqu'à cette extinction, elle ne peut faire revivre ſa créance pour y faire contribuer les autres héritiers.

CXXIV. Cependant, cette extinction légale dans ce dernier cas, comme dans les autres, n'a lieu, que lorſque les deniers que le tuteur a en ſes mains, ſont ſuffiſans pour acquitter le quart au moins de la créance du tuteur; ce qui eſt fondé ſur ce qu'on ne peut forcer un créancier de morceler ſa dette, & que la faveur du mineur, ne fait autoriſer cette diviſion, que pourvu qu'elle ne ſoit pas au-deſſous du quart. De cette extinction légale, il s'enſuit que le mineur décédant en minorité, ſa mere & ſa tutrice, ne peut prétendre, en qualité de ſon héritiére mobiliaire, les deniers comptans & les effets mobiliers, & prétendre avoir conſervé l'intégralité de ſes créances, pour obliger les autres héritiers à y contribuer ſuivant leur émolument; il y a eu extinction juſqu'à concurrence du mobilier, dont elle a dû faire faire la vente : autre ſuite de ce que deſſus, autrement ce ſeroit, comme on vient de l'obſerver par la note précédente, non-ſeulement faire revivre une créance acquittée, mais encore dépouiller les autres d'un droit qui leur étoit acquis.

C'eſt la juriſprudence du châtelet, déjà rapportée ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction. Voyez ce que dit M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 618, num. 28, où il ſoutient

qu'il faut, relativement aux héritiers du mineur décédé, faire revivre les dettes acquittées pendant la minorité, pour les repartir sur tous les biens; ce qu'on ne peut faire qu'en regardant les biens aliénés, comme existans, & plutôt comme devant être remplacés par cette contribution: mais cette fiction n'a lieu que pour le prix des immeubles, & ne va pas à faire revivre une dette mobiliaire que le tuteur a dû acquitter; ce qui ne peut par conséquent, donner la moindre atteinte à la proposition. Voyez celle qui suit.

CXXV. En effet, le meilleur emploi qu'un tuteur puisse faire du mobilier du mineur, & dont l'ordonnance d'Orléans enjoint la vente, est de libérer le mineur; ainsi cette mere tutrice a dû se payer elle-même, sa créance s'est donc éteinte de droit jusqu'à concurrence des deniers comptans & des effets mobiliers, dont elle devoit faire faire la vente; ce qui diminue d'autant sa saisine légale des meubles & acquêts de la succession, desquels la loi l'a saisi, par la mort de ce fils dont elle avoit été la tutrice.

Debuit à semetipsâ exigere; & c'est ce qui se pratique au châtelet, & non le sentiment de M. le Brun, qui ne peut avoir lieu, que par rapport aux immeubles aliénés; suivant l'article 94 de la coutume, qui n'a lieu que pour ces sortes de biens & non pour le mobilier, à quoi il faut joindre l'effet légitime que la coutume donne à la compensation; ce qui écarte absolument l'opinion de cet auteur, qui me paroît une véritable erreur.

DISTINCTION VII.

Si les actes & obligations que le tuteur passe comme tuteur, réfléchissent contre lui personnellement.

CXXVI. Les obligations que le tuteur passe en qualité de tuteur, ne l'engagent pas personnellement, sa qualité l'annonce à ceux qui contractent avec lui: ainsi ces engagemens sont limités sur les biens du mineur; ils sont purement relatifs à ce dernier, & non au tuteur, si ce n'est l'exception qui forme la proposition qui suit:

Elles n'engagent que le pupille, suivant la maxime *Factum tutoris, factum pupilli,* sauf la restriction ci-après.

CXXVII. Tout leur effet à son égard, est de l'obliger de rendre compte de ce qu'il a entre les mains; il est comptable en cette partie, & non vrai débiteur: voilà, quant à lui, le seul effet de ces engagemens, le compte de son administration sur le reliqua duquel les créanciers se font payer.

Cela résulte du §. 11, de la loi 5, ff. *de reb. eorum qui sub tut.* & telle est la jurisprudence du châtelet. Voyez la troisieme proposition de la distinction qui suit; & c'est droit commun.

CXXVIII. Mais elles engagent le mineur, comme on l'a vu ci-dessus, elles sont même contre lui exécutoires, sans qu'il soit besoin de les faire déclarer telles, étant regardées comme s'il les avoit passées lui-même, son tuteur l'ayant représenté absolument.

Si tutor condemnaverit vel ipse condemnatus est pupillo & in pupillum, potius actio judicati datur, l. 2, ff. *de admin. & per. tut.*

DISTINCTION VIII.

Du compte que le tuteur doit rendre.

SUBDIVISION PREMIERE.

Dans quel tems ce compte doit être rendu, & de sa forme.

CXXIX. Il doit être rendu aussi-tôt la cessation de la tutelle: cette cessation ouvre l'action en reddition du compte de son administration; c'est donc dès-lors qu'il est tenu de cette action, sauf à anticiper ce tems s'il y a lieu.

Rationem reddat l. 9, cod. *arb. tut.* Voyez l'ordonnance de 1667. Le tuteur peut être condamné plutôt à rendre compte lorsqu'il y a dissipation de sa part; mais cessant toute dissipation, le ministere public même, ne peut le poursuivre en reddition de compte avant la cessation de la tutelle. Arrêt du 14 février 1705, rapporté dans le sixieme vol. du journal des audiences, pag. 498.

CXXX. Cela a lieu; c'est-à-dire, qu'il doit rendre le compte de sa tutelle, soit que la tutelle soit finie par la majorité, soit par l'émancipation du pupille, soit par la destitution du tuteur; en effet, ce dernier doit compte, dès qu'il cesse d'avoir qualité pour administrer; & les trois voies ci-dessus, font cesser dans sa personne la qualité & la capacité pour administrer: il faut donc dans tous les cas qu'il rende son compte de tutelle, c'est le centre auquel aboutissent tous ses engagemens.

C'est son dernier engagement & la justification qu'il doit au pupille, qu'il a rempli les autres; & il le doit encore rendre aux héritiers de son pupille décédé; auquel compte peuvent assister les héritiers des propres, à cause de leur intérêt à la contribution aux dettes.

CXXXI. Si les créanciers du pupille poursuivent le tuteur, & qu'il déclare n'avoir au pupille des deniers suffisans pour les satisfaire, il est tenu de leur rendre compte, mais par bref état seulement. Pour justifier cette déclaration, il leur doit la preuve de sa défense; mais ce n'est qu'à un tel compte, en ce cas, qu'il est assujetti.

Sufficit tutori benè & diligenter negotia gessisse, & si adversum eventum habuit quod gestum est, l. 3, §. 7, ff. *de contraria tutelæ & util. act.* Disposition dictée par l'équité, & comme telle adoptée.

CXXXII. Il doit encore rendre compte, si par l'acte de tutelle, il est assujetti à le faire après un certain tems, charge qui ne s'impose ordinairement qu'à des tuteurs onéraires; dans ce cas, comme dans le pré-

cédent, ſon compte doit être ſommaire & rendu par bref état ſeulement.

C'eſt en ce cas-là, ce qui ſe pratique au châtelet, comme condition de la tutelle.

CXXXIII. Toute décharge générale de compte, ſans communication de pieces & d'inventaire eſt inſuffiſante; elle annonce la fraude, & par conſéquent, ne peut décharger le tuteur: il y a plus, elle eſt nulle, & par conſéquent le laps de dix années ne peut la faire valider.

Qui non viſis tabulis contrahit, potiùs decipi quam contrahi videtur. M. Louet, let. T, num. 30, les dix années même pour la reſtitution, ne doivent pas courir contre le pupille devenu majeur, par rapport à une ſimple quittance ou décharge générale du compte; mais la fin de non-recevoir, réſultante des dix années, auroit lieu s'il y avoit eu compte, quoiqu'infidéle, & tranſaction ſur icelui; Henrys, tome 2, liv. 4, queſt. 74; ce qui a été jugé au châtelet, moi plaidant: ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que le tuteur ne peut même tranſiger ſur la tutelle avec ſon pupille, quoique devenu majeur, qu'après lui avoir rendu compte, & communiqué les pieces juſtificatives d'icelui. Arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des tutelles, art. 127, l'art. 517 de la coutume de Bretagne; M. le Prêtre, cent 1, chap. 25; c'eſt droit commun. Voyez ci-après & dans le dernier livre, le chapitre en reddition de compte de tutelle, & le titre des reſtitutions où cela eſt approfondi.

CXXXIV. Cela a lieu, encore que telle décharge générale eût été donnée par un pupille devenu majeur, & après ſa majorité, le majeur étant reſtituable contre icelle; & le pupille, quoique devenu majeur, toujours réputé mineur relativement à ſon tuteur, juſqu'à la reddition du compte de tutelle: c'eſt ſalutaire diſpoſition de la loi.

Voyez l'ordonnance de 1667, tit. des comptes, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur les autorités rapportées ſur la propoſition précédente.

CXXXV. Cependant le pupille devenu majeur, peut entendre ſon compte de tutelle à l'amiable, & pardevant notaire; il eſt alors maître de ſes droits lorſqu'on le met à portée d'en connoître l'étendue; capacité qui autoriſe une telle forme: mais pour la validité d'un tel compte, il faut qu'il ſoit conſtaté que les pieces juſtificatives d'icelui ont été communiquées à l'oyant, ſans cela, la fraude ſuffiſante pour le détruire, s'annonceroit d'elle-même.

Voyez les notes ſur la cinquieme propoſition de cette diſtinction; & telle eſt encore à cet égard la pratique du châtelet, fondée ſur les autorités ci-deſſus rapportées.

CXXXVI. A l'égard du mineur, le compte de tutelle ne peut être rendu qu'en juſtice, il eſt ſous ſa protection, & dans ce cas, il ne peut être rendu que pardevant le juge qui a décerné la tutelle; le changement qui y ſeroit ſuſpect, fait rejetter la compétence de tout autre juge.

Voyez l'ordonnance de 1667, tit. des comptes, & la propoſition qui ſuit.

CXXXVII. De-là il s'enſuit que le tuteur privilégié ne peut évoquer l'inſtance de compte de tutelle pardevant le juge de ſon privilége, ce ſeroit contravention à la loi: c'eſt la conſéquence du principe.

On le juge ainſi journellement au châtelet, ſur le fondement de la diſpoſition de l'ordonnance qu'on vient de citer.

CXXXVIII. Le compte de tutelle qui ſe rend à un mineur, doit être rendu par dépouillement d'inventaire, lequel inventaire en eſt la baſe, autrement ce ſeroit éluder la loi; mais étant rendu en conformité de l'inventaire, le ſurplus de ſa forme dépend du rendant, ſauf à loyant à ſe ſervir de la voie du débat général, & de forcer la recette.

Cela réſulte de l'ordonnance, & a été jugé au parc-civil, moi plaidant; on m'oppoſoit que par la voie du débat général, je pouvois faire réformer tout le compte. Ce moyen qui étoit vrai, ne fit aucune impreſſion, & il fut ordonné que le compte dont il s'agiſſoit, & dans lequel on avoit affecté une briéveté artificieuſe, ſeroit rendu par dépouillement d'inventaire; c'eſt exacte & inévitable opération.

CXXXIX. Ce compte doit être préſenté par le tuteur dans le délai fixé par le juge, ſinon il y a lieu à le condamner au payement d'une proviſion.

C'eſt en ce cas, ce qui ſe pratique au châtelet, ſur l'action du pupille en reddition de compte de tutelle. Voyez les ſept diſtinctions de la ſection premiere du chap. 13, du tit. 2, du livre 6, de ce commentaire; à l'égard des proviſions, elles ſont la matiere de la ſubdiviſion qui ſuit.

SUBDIVISION II.

Des proviſions que le mineur obtient contre le tuteur en retard de rendre le compte, & des intérêts du reliqua.

CXL. Faute par le tuteur de rendre le compte dans le délai qui lui a été donné, il il doit être accordé une proviſion au mineur; tout comptable eſt réputé débiteur; c'eſt cette maxime qui fonde une telle proviſion dans le droit, & le fait ne l'établit pas moins, puiſqu'ayant dans ſa main toute la fortune du pupille, & étant en retard de la repréſenter, il eſt juſte que pendant ce retard, il fourniſſe au mineur de quoi ſubſiſter.

Voyez l'ordonnance de 1667, & cette préſomption forme au châtelet une maxime conſtante.

CXLI. Cette proviſion ſe régle ſur l'étendue apparente des biens du mineur, c'eſt ſur cette étendue que la prudence du juge la fixe. Elle s'exécute ſur les biens perſon-

nels du tuteur; elle devient par la condamnation, ſa dette perſonnelle.

L'uſage fonde cette propoſition.

CXLII. La préſentation du compte fait ceſſer la proviſion, encore qu'elle fût adjugée, parce que l'effet ceſſe avec ſa cauſe; mais dans cette ceſſation, n'y a-t-il pas trop de dureté? & ne ſeroit-il pas juſte, en ce cas, de réduire la proviſion à ce qui eſt néceſſaire au mineur pour ſubſiſter pendant l'audition du compte?

Ceſſante cauſâ ceſſit effectus. Et je l'ai toujours entendu juger ainſi au châtelet; en effet, on ne peut regarder une telle condamnation, que comme une condamnation comminatoire: juſte définition qui fonde cet uſage; mais le beſoin preſſant devroit être rempli.

CXLIII. L'intérêt du reliqua du compte de tutelle dû par le tuteur, court du jour de la clôture juſqu'au payement effectif, ſans qu'il ſoit beſoin pour ce, du ſecours d'aucune demande; la liquidation ne pouvant éteindre un droit acquis avant icelle, ſauf la diſtraction qui forme la propoſition qui ſuit.

M. Baſſet, tome 2, liv. 4, tit. 15, chap. 1. Arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des tutelles, art. 123 & 124; mais l'intérêt du reliqua dû au tuteur, ne court que du jour de la demande, l'un eſt bien moins favorable que l'autre.

CXLIV. Mais cela a-t-il lieu même pour les intérêts d'intérêts, qui ont, dans le compte de tutelle, formé la matiere de la colonne morte, & qui, comme tels, n'en doivent plus produire? Je ne l'eſtime pas ainſi, il faut, quant à ce, les diſtraire du reliqua; le contraire, comme on l'a déja annoncé, ſeroit rigueur outrée, & l'intérêt de l'intérêt n'a de baſe que la pupillarité.

Sur ces intérêts & intérêts d'intérêts, voyez M. Baſſet, au lieu qu'on vient de citer; il dit que le tuteur par ſon compte, s'en doit charger en recette, année par année; l'uſage du châtelet eſt contraire, & on renvoye cela au calcul général, comme on l'a vu ci deſſus, ſauf les exceptions qu'on a auſſi marquées, dans leſquelles ſeulement le ſentiment de M. Baſſet me paroît juridique.

CXLV. La raiſon de ce, eſt que tout ce qui forme le reliqua eſt confondu par la clôture du compte, & devient un vrai capital, ſauf les intérêts des intérêts qui n'en produiſent plus; ainſi donc le reliqua, (mais avec l'exception expliquée) doit produire des intérêts; mais l'intérêt de l'intérêt n'ayant de baſe que la pupillarité, doit même ceſſer par la majorité.

Pecunia quam in uſus ſuos converterunt tutores, legitimas uſuras præſtant, l. 7, §. 4, ff. *de admin. & pericul. tut.* Cependant par l'uſage du châtelet, les intérêts pupillaires, c'eſt-à-dire, les intérêts des intérêts ceſſent par la majorité; ainſi de ce jour, on ceſſe de les compter, & ils ne ſont plus employés dans le compte & étant confondus dans le reliqua, ils ne doivent produire intérêts du jour de la clôture, qui ne peut donner un droit, que la minorité même ne donnoit pas.

SUBDIVISION III.

Des débats ſur le compte de tutelle; quand l'intérêt des articles débattus court, & de l'hypothéque du reliqua.

CXLVI. Si, par le compte, le tuteur n'eſt pas reliquataire, le mineur ne peut former une demande en proviſion ſur le fondement de ſes débats ſur le compte; la déciſion ſur iceux peut ſeule décider de leur validité: on peut abuſer de cette regle, mais l'abus qu'on en peut faire ne l'étouffe pas, parce qu'elle eſt bonne en elle-même, pourvu que par la ſuite on dédommage le pupille: en effet, par la préſentation du compte, le tuteur a rempli ſon engagement, & on ne doit pas, par proviſion, juger ſon compte infidéle; ce qu'on feroit ſi l'on tabloit proviſoirement ſur les débats: mais ſi par la ſuite le pupille obtient à ſes fins, il faut le dédommager complettement, & par conſéquent lui rendre ce qui lui appartient, tant en principal qu'en intérêt.

Cette propoſition & la ſuivante ſont conformes à l'uſage du châtelet, juſtifiées par le quarantieme arrêt du recueil de M. le Veſt; ainſi c'eſt une juriſprudence fort ancienne.

CXLVII. De-là il s'enſuit que le mineur ne peut demander que le montant de la recette lui ſoit payé, ſauf par la ſuite, à juger les débats ſur la dépenſe; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, ce compte étant indiviſible.

Papon, liv. 16, tit. 8, arrêt 1.

CXLVIII. Mais l'intérêt des ſommes qui ſont adjugées au mineur, par la ſentence qui intervient ſur les débats, court du jour de la clôture du compte, ainſi la condamnation a effet rétroactif; & cela eſt fondé, ſur ce que le défaut d'acquieſcement aux débats jugés bons, & la conteſtation téméraire du tuteur ne doivent pas préjudicier au mineur, qui trouveroit ce même intérêt courant du jour du reliqua, ſi ſon tuteur lui avoit rendu juſtice: telle condamnation doit donc avoir effet rétroactif.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & autrement les droits du pupille ne ſeroient pas conſervés, & l'injuſtice du tuteur même y auroit donné atteinte.

CXLIX. La ſentence qui intervient ſur les débats, doit ordonner que les parties ſe retireront par-devant le commiſſaire pour procéder à la réformation des calculs & de la clôture; c'eſt par cette réformation que le

le reliqua eſt fixé, & que la premiere fixation qui n'avoit été faite qu'à la charge des débats, eſt anéantie.

Tel eſt l'uſage du châtelet ; & la liquidation qu'il faut faire, rend cela inévitable ; il ſeroit ſouvent ſalutaire que la ſentence même la contînt.

CL. Le mineur a hypothéque pour le reliqua du jour de la tutelle, & cette hypothéque eſt la même pour les ſommes adjugées par la ſentence ſur les débats ; cette ſentence, c'eſt-à-dire, celle qui le nomme tuteur, eſt la ſource de tous les engagemens du tuteur ; c'eſt donc à elle que doit remonter l'hypothéque du pupille, ce qui rigoureuſement ne s'accorde pas au tuteur.

C'eſt la diſpoſition de la loi 2, cod. *de adminiſtut.* Voyez la loi, *Si mater* 6, cod. *in quib. caus pignor. vel hypot.* qui dans le cas du convol d'une mere tutrice, dit, *mariti quoque bona jure pignoris tenebuntur obnoxia* ; mais ſi le ſurvivant des pere & mere s'étoit immiſcé dans la tutelle, ſans avoir été nommé par les parens & confirmé par le juge, le pupille auroit hypothéque du jour de l'immiſcion ; jugé par l'arrêt rapporté par M. le Veſt, chap. 133, ce qui doit avoir lieu ſur les biens de tout autre qui a géré comme tuteur ; le tuteur qui eſt créancier pour reliqua, avoit même hypothéque ; M. Louet, let. H, n°. 23, telle étoit l'ancienne juriſprudence, elle étoit conforme à la diſpoſition des inſtituts *de obligat. quæ quaſi ex contractu* ; mais par la derniere juriſprudence, le tuteur n'étant pas ſi favorable, n'a hypothéque pour le reliqua que du jour de la clôture ; M. Bretonnier, en ſes déciſions, page 458. Voyez M. Louet, let. H, chap. 23 déja cité, & Bacquet, des droits de juſtice, chap. 21, n°. 413 ; mais cela n'eſt-il pas trop rigoureux, & le titre commun ne devroit-il pas produire reſpectivement un même effet ?

SUBDIVISION IV.

Du compte que doit le tuteur qui continue à recevoir depuis la majorité, & de la continuation du privilege de la minorité en faveur du pupille devenu majeur.

CLI. Si, après la majorité du pupille, le tuteur avoit continué de recevoir & d'adminiſtrer, cette adminiſtration prorogée, l'aſſujettit à tous les engagemens des tuteurs ; il s'eſt par ſon propre fait aſſujetti à cela ; c'eſt prorogation de tutelle qui doit produire tout ſon effet contre lui, & c'eſt ſon fait même qui fonde cette prorogation.

Cela réſulte de l'ordonnance de 1667, qui relativement au tuteur, répute ſon pupille toujours mineur, juſqu'à ce que le premier lui ait rendu compte, remis les pieces juſtificatives d'icelui, & payé le reliqua. Avant de finir les engagemens des tuteurs, il faut obſerver que les parens nominateurs, & encore moins le juge qui a déféré la tutelle, ne ſont tenus d'aucune action ; ainſi la loi 4, cod. *de magiſt. comm.* n'a pas lieu à Paris, il en eſt autrement en Normandie ; mais les parens d'un pupille Normand, qui ſont domiciliés à Paris, & aſſignés en Normandie pour la nomination d'un tuteur à ce pupille, ſont-ils garants du fait du tuteur ? Je ne l'eſtime pas, principalement s'ils ne paroiſſent pas, cette garantie étant ſtatut plus perſonnel que réel.

CLII. De la propoſition précédente, il s'enſuit qu'il doit rendre compte de ce qu'il a reçu depuis la majorité, & l'hypothéque pour ce, eſt toujours la même, & part du même jour de la tutelle ; c'eſt la ſource de ſa geſtion, & par conſéquent ſa véritable hypothéque.

Sur l'hypothéque du tuteur pour ſon reliqua, voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 35 & M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 458, déja citée ſur l'avant-derniere propoſition.

CLIII. Juſqu'à ce que le tuteur ait rendu compte, juſqu'à ce qu'il ait remis les pieces juſtificatives, & payé le reliqua d'icelui, le pupille, quoique devenu majeur, eſt toujours cenſé mineur, relativement à lui : la loi a porté juſques-là ſa ſage précaution ; c'eſt diſpoſition très-ſalutaire pour la conſervation des droits des pupilles.

Voyez l'ordonnance citée ſur la premiere propoſition, & celle qui ſuit, qui confirme celle-ci.

CLIV. En effet, l'ignorance de ſes droits, le conſtitue réellement tel, à l'égard de celui qui devoit la faire ceſſer : il a donc été juſte de porter juſques-là les engagemens qui réſultent de la qualité de tuteur : c'eſt ſa puiſſance & l'ignorance abſolue du pupille qui la fonde.

Cela eſt établi ci-après, ſur le titre des reſtitutions en entier : c'eſt le ſiege de cette matiere, & l'ordonnance de 1667 le fonde.

SECTION IV.

Des cauſes qui diſpenſent de l'acceptation de tutelle.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'âge, du nombre d'enfans, ou de tutelles déja acceptées.

CLV. Celui qui à l'âge de 70 ans accomplis, eſt exempt de tutelle ; c'eſt charge trop peſante pour un tel âge, premiere cauſe d'exemption.

Excuſantur à tutelâ & curatoriâ qui ſeptuaginta annos compleverunt, l. 2, ff. *de excuſat.*

CLVI. Mais étant nommé à cet âge, il dépend de lui de l'accepter ; c'eſt à lui à conſulter ſes forces & ſon zele : ce qui a été établi en ſa faveur, ne peut être interpreté contre lui, principe qui fonde ſa capacité non-obſtant ſon âge.

Il eſt de principe que ce qui eſt introduit en faveur d'une perſonne, ne peut être interpreté contre elle. *Quid*, de l'éloignement de domicile,

la loi 21, ff. *de excuſat.* dit que le tuteur peut s'excuſer *ne ultra certiſſimum lapidem tutelam gerat*, cette diſtance ſe rapportant aux 100 milles d'Italie, qui font 50 lieues de France; telle diſtance forme excuſe légitime.

CLVII. Le tuteur parvenant à cet âge pendant le cours de la tutelle, ne peut ſe faire décharger d'icelle, c'eſt une ſuite qui eſt moins fatigante; & cela eſt fondé ſur ce que la cauſe d'excuſe qui ſurvient depuis la nomination n'eſt d'aucune conſidération; on en verra les autres exemples dans les diſtinctions qui ſuivent.

C'eſt la diſpoſition de la loi 2, ff. *de excuſat.*

CLVIII. Le nombre de cinq enfans légitimes & vivans, excuſe de la tutelle, & diſpenſe de la néceſſité de l'acceptation; c'eſt comme l'âge, charge aſſez peſante, & ſeconde cauſe de diſpenſe.

L. 1, cod. *qui num. liber. ſi exc.* Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 14, chap. 2.

☞ Le nombre de cinq enfans eſt une excuſe légitime pour celui qui la propoſe quand il a été nommé malgré lui. Voyez l'arrêt du 22 avril 1668, rapporté au troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, chap. 11. Le même arrêt a jugé que l'indiſpoſition qui ſurvient au tuteur pendant ſa geſtion eſt une cauſe pour obtenir ſa décharge; ce qui ne doit s'entendre cependant que dans le cas que cette indiſpoſition eût été un empêchement légitime à ſa nomination, comme ſeroit une infirmité incurable, ou dont la guériſon paroîtroit éloignée.

CLIX. Dans le nombre de cinq enfans ſont comptés les enfans mariés & établis, ils ont demandé des ſoins & en demandent ſouvent encore; ces enfans doivent donc faire nombre, par rapport à cette exception, ce qui s'étend même aux morts civilement.

Les morts civilement par profeſſion en religion font nombre, ce qui forme la ſixieme propoſition de cette ſection. Arrêt du 22 mai 1640, rapporté par Soëfve, tom. 1, p. 17; Henrys, tom. 2, l. 4, queſt. 73, ce qui prouve la propoſition par rapport aux enfans mariés: en effet, il n'y a aucune diſtinction à faire entre les uns & les autres.

CLX. Mais tous les petits enfans d'une même branche ne ſont comptés que pour un; en effet, c'eſt un ſeul enfant qu'ils repréſentent: c'eſt donc pour un ſeul enfant, que tous ces petits enfans doivent être comptés; la faveur & les ſoins que les petits enfans demandent ſembleroient conduire au parti contraire.

C'eſt la diſpoſition de la loi 2, § 7, ff. *de exc.* ſur les autres privileges de ceux qui ont douze enfans. Voyez l'arrêt du 6 août 1672, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 28, après lequel ſe trouve la déclaration du mois de décembre 1666, intervenue au ſujet de ces privileges.

CLXI. Quoique pour former ce nombre on ne compte que les enfans vivans, ceux qui ſont morts au ſervice du roi font nombre, la gloire de leur mort les fait, quant à ce, réputer vivans; gloire d'autant plus juſte, ainſi que la faveur qu'on y attache, qu'ils n'ont ceſſé d'être que pour la défenſe de l'état, & la conſervation des biens & de la tranquilité des autres.

Un auteur ingénieux a dit qu'on en devroit tenir un regiſtre public pour répandre la gloire de leur mort ſur tous ceux de leur ſang: c'eſt expreſſion ornée, qui rentre dans la préciſion de la loi.

CLXII. L'enfant qui a fait profeſſion dans un ordre approuvé & qui vit, eſt compté au nombre des enfans; ſa mort civile n'étouffe pas les attentions paternelles, il doit donc faire nombre; mais n'eſt-ce pas porter trop loin la faveur, le monaſtère lui tenant lieu de pere: car il paroît que cette mort civile qui laiſſe certain être de ſociété, ne devroit pas ſur cela être confondue avec une autre?

Voyez les arrêts cités ſur la ſixieme propoſition de la précédente diſtinction.

CLXIII. L'enfant dont la mere eſt enceinte eſt réputé vivant, relativement aux excuſes de tutelle: la raiſon de douter eſt que ce n'eſt que pour l'intérêt perſonnel d'un tel enfant qu'il eſt réputé vivant, & non pour celui des autres; mais la faveur que mérite un pere en ce cas, l'a juſtement emporté ſur cette raiſon de douter; c'eſt ſoin à venir, mais inévitable, & ſouvent plus agiſſant par la crainte que le ſoin ordinaire, qui ſouvent ſe diminue par l'habitude.

Arrêt du 23 août 1668, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, chap. 9, même celui qui ſurvient depuis la nomination, mais avant le jugement ſur l'acceptation. Lapeyrere, lettre T, pag. 513, édit. de 1725; ce qui confirme encore plus la propoſition.

CLXIV. Quoique les enfans morts naturellement, ce qui eſt fort différent de ceux qui ne ſont morts que civilement, ne faſſent pas nombre pour l'exemption de tutelle, l'exemption de la taille acquiſe par le nombre des enfans, reſte permanente, nonobſtant la mort de quelques-uns d'eux: lorſque ce nombre a fait prononcer l'exemption, d'une certaine tutelle, telle exemption, quoique prononcée dans le cas que le privilege étoit ſubſiſtant, ne milite pas pour les autres nominations des tutelles qui peuvent arriver depuis.

Arrêt de la cour des aides, du 26 août 1672, rapporté dans la deuxieme partie du journal du palais, pag. 37, qui établit la premiere partie de la propoſition; la ſeconde eſt établie ci-deſſus.

CLXV. La charge de trois tutelles diſpenſe de l'acceptation d'une quatrieme; c'eſt charge bien ſuffiſante & troiſieme cauſe de diſpenſe: la raiſon l'a ſoutenu, la juſtice l'a confirmé.

Tria onera tutelæ dant excuſationem, l. 3, ff.

de excuſat. Deux ne ſuffiſent, arrêt du 2 avril 1710, rapporté dans la deuxieme partie du 6 vol. du journal des audiences, liv. 10, ch. 8, p. 275.

CLXVI. La tutelle de pluſieurs freres poſſédans leurs biens en commun, n'eſt comptée que pour une ſeule & même tutelle; une même adminiſtration la remplit: c'eſt même adminiſtration indiviſible dont la ſubdiviſion n'eſt relative qu'aux pupilles; preuve de cette exception.

C'eſt la diſpoſition de la même loi, & la juriſprudence.

DISTINCTION II.

Des procès & intérêts oppoſés du tuteur contre le mineur, & s'ils ſervent d'excuſes.

CLXVII. Les procès entre le mineur & celui qui eſt nommé pour ſa tutelle, ne ſervent pas toujours d'excuſe à ce dernier, mais ils lui en ſervent quelquefois. Le procès où il s'agiroit de l'état du mineur, ou de la plus grande partie de ſes biens, produit excuſe valable; il ſeroit indiſcret de confier les intérêts du mineur à une perſonne qui en a de ſi grands contre lui; c'eſt une quatrieme cauſe d'excuſe, qu'il ne faut pas confondre avec d'autres intérêts.

Ce qui s'obſerve au châtelet, ſur le fondement de la loi citée ſur la propoſition qui ſuit.

CLXVIII Mais les autres moins intéreſſans ne peuvent ſervir d'excuſe, ils peuvent aiſément compatir avec la tutelle; ceux-là ne doivent donc pas faire d'impreſſion: c'eſt occurrence commune dans les familles, autrement il faudroit preſque toujours des tuteurs étrangers

Amplius autem abſolvitur à tutelâ cum queſtionem quis pupillo de ſtatu movet, l. 6, §. 18, ff. *de excuſat.* c'eſt donc une exception que contient cette loi; ce qui confirme la regle générale, exprimée dans la propoſition.

CLXIX. Non-ſeulement les procès intéreſſans entre le pupille & la perſonne nommée à la tutelle ſervent d'excuſe, mais même ceux d'entre le pupille, & les pere & mere ou freres de la perſonne nommée à la tutelle; cela eſt fondé ſur la crainte que le zele du tuteur pour les intérêts de ſon mineur ne ſoit ſuſpendu par les ménagemens que la proximité de ces perſonnes rend preſque inévitables de la part d'un tel tuteur: tel eſt l'eſprit de la loi, qui courte & ſententieuſe, s'applique à ce cas comme au précédent.

C'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondée la juriſprudence atteſtée ſur la propoſition précédente: c'eſt ſuite de la loi citée, tant pour l'un que pour l'autre cas.

CLXX. La qualité de créancier de ſomme fixe du pupille, n'eſt pas une excuſe ſuffiſante de la tutelle; cette qualité ne peut faire obſtacle à celle du tuteur, c'eſt événement ordinaire; mais celui qui a des prétentions indéfinies contre le mineur ne doit pas être nommé à ſa tutelle: ce ſeroit indiſcrétion que de la lui confier; cela dépend des circonſtances, la prudence du juge les balance.

C'eſt une conſéquence néceſſaire de la loi ci-deſſus.

CLXXI. De cette derniere propoſition, il faut excepter les peres & meres & ayeux, qui, nonobſtant des droits indéfinis contre leurs enfans, ne ſont pas incapables de leur tutelle, leur affection écarte tout ſoupçon; & c'eſt à cette affection juſtement préſumée qu'il faut s'arrêter; mais pour cela, on nomme un tuteur qui conſomme tout.

Par l'uſage du châtelet, les repriſes des conventions matrimoniales qu'une veuve a à exercer contre ſes enfans ne l'empêchent point d'être leur tutrice; M. le lieutenant civil nomme un tuteur *ad hoc*, pour défendre les mineurs contre les actions de leur mere: ce qui ménage tout enſemble les droits des mineurs & ceux de l'aſcendant, qui, après cette liquidation, & en exceptant ce qui la concerne, n'en eſt pas moins juſte, convenable & légitime tuteur.

DISTINCTION II.

Des exemptions de tutelles réſultantes des priviléges attachés à de certains offices ou certaines fonctions.

CLXXII. Les privileges qui emportent exemption de tutelles, tiennent lieu d'excuſe, c'eſt cette cinquieme cauſe d'excuſe ou d'exemption qu'on va expliquer; mais on ne connoît aucun privilege d'exemption de tutelle, s'il n'eſt fondé ſur un édit ou ſur une déclaration du roi, il faut une loi particuliere pour exempter de la diſpoſition de la loi générale.

On n'admet que cette preuve d'exemption. Voyez le titre des offices; quand il y a loi générale, il en faut diſpenſe expreſſe.

CLXXIII. Les évêques ne peuvent être contraints d'accepter une tutelle, leurs ſoins importans les en exemptent; ce privilege s'étend à tous ceux qui ſont promus aux ordres ſacrés; même raiſon, quoique moins forte dans ces derniers que dans la perſonne des évêques: c'eſt extenſion d'une juſte faveur que de légitimes ſoins, plus ou moins étendus, autoriſent.

C'eſt la diſpoſition de la loi 42, cod. *de epiſc. & cleric.* qui eſt adoptée, & que favorablement on a étendu au ſecond ordre.

CLXXIV. Cependant, les uns & les autres peuvent, s'ils le jugent à propos, ſe charger de l'éducation de leur parent mineur, & par une ſuite de ce, de l'adminiſ-

tration de ſes biens; ce qui eſt privilege pour eux, ne pouvant pas s'interpréter contre eux-mêmes : & lorſque les uns ou les autres ont accepté la tutelle, ils ſont tenus de la continuer, & ne peuvent plus, pour s'en décharger, alléguer leur privilege; autrement ce ſeroit ſe replier ſur eux-mêmes, & aller contre leur propre fait. En effet cette juriſprudence eſt fondée ſur ce que, par leur acceptation, ils ont renoncé au privilege réſultant de leurs ſaints ordres, & que par conſéquent, ils ne peuvent plus le faire valoir; s'ils en avoient la faculté, leur variété nuiroit au mineur, & ils effaceroient par leur ſeule volonté, un engagement auquel ils ont ſouſcrit.

C'eſt principalement ſur cette raiſon qu'eſt fondée la juriſprudence ſur laquelle la propoſition a été formée.

CLXXV. Les officiers de cours ſouveraines ſont exempts, leur attention vaſte & continuelle au bien public, les exempte d'un tel détail: c'eſt juſtice qui ne pouvoit leur être déniée.

Sur les priviléges de meſſieurs du parlement, voyez M. le Prêtre.

CLXXVI. Cette exemption a lieu en faveur des vétérans, ils conſervent les droits des titulaires; ils doivent donc en jouir comme les derniers, puiſque leurs droits ſont les mêmes.

Cela eſt établi ſur le titre des offices.

CLXXVII. Les lieutenans généraux & les lieutenans particuliers jouiſſent de cette exemption, elle milite pareillement en faveur des avocats & procureurs du roi; c'eſt privilége attaché à leurs offices, c'eſt même motif, c'eſt favorable extenſion qui ne va pas au commis à l'exercice de l'office.

Mais celui qui eſt commis à l'exercice d'un certain office emportant exemption de tutelle, ne jouit pas de cette exemption, ſi l'édit ne le porte. Arrêt du 21 juillet 1708, rapporté dans la deuxiéme partie du ſixiéme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 36, pag. 181.

CLXXVIII. Elle a lieu en faveur des abſens pour le ſervice du roi; un ſervice ſi reſpectable, ſi important ne peut être interrompu par l'adminiſtration importune d'une tutelle.

Ce ſervice, qui a toujours le bien public pour objet, l'emporte ſur tout autre.

CLXXIX. Tout homme qui reçoit les deniers du roi eſt exempt de tutelle, c'eſt moins exemption qu'incapacité; en effet la crainte de la confuſion des deniers du roi, avec ceux de la tutelle, fonde cette exemption, ou plutôt cette eſpéce d'incapacité.

L'ordonnance des aides.

CLXXX. Si la jouiſſance de ces priviléges mentionnés dans cette diſtinction, ſurvient depuis l'acceptation de la tutelle, elle n'eſt d'aucune conſidération & ne peut excuſer, le contraire auroit trop d'inconveniens; c'eſt droit acquis qu'un événement poſtérieur ne peut effacer.

Tutor petitus ante decreti diem, ſi aliquod privilegium quæret, rectè petitionem inſtitutam excludere non poterit, l. 28. ff. *de excuſat.* C'eſt droit commun, c'eſt raiſon écrite.

CLXXXI. De-là il s'enſuit que nonobſtant la ſurvenance d'un tel privilége, le tuteur en ce cas doit continuer d'adminiſtrer; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient de poſer, autrement le mineur ſouffriroit d'un événement auquel il n'eſt pas en ſa puiſſance de parer, & qui cependant lui feroit perdre un droit qui lui étoit acquis.

On le juge ainſi au châtelet, ſur le fondement de la loi qu'on vient de citer.

SECTION V.

Des cauſes qui rendent incapables de tutelle.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'âge & du ſexe qui produiſent incapacité

CLXXXII. Le mineur ayant beſoin lui-même de tuteur, ne peut l'être; c'eſt une incapacité qui a ſa racine dans la nature, & à laquelle la loi s'eſt conformée.

Minores viginti-quinque annis ad tutelam prohibentur aſpirare. §. 13. *Inſt. de excuſat. tutorum.* C'eſt raiſon écrite, adoptée; & comment auroit-on pu confier les biens d'un autre à celui qui ne peut adminiſtrer les ſiens?

CLXXXIII. Cette incapacité a lieu encore que le mineur fût marié ou pourvu d'un office; ce qui à ſon égard n'opére même qu'une émancipation légale : ces deux états ne font pas ceſſer ſon inexpérience, & le laiſſe par conſéquent dans ſon incapacité naturelle d'être tuteur; ce qui n'a pas lieu à l'égard des pere & mere, & qui n'opere que ſuſpenſion.

Cependant l'aſcendant mineur peut être nommé tuteur, pour commencer l'adminiſtration, à ſa majorité ſeulement, comme on l'a vu par la diſtinction troiſieme de la premiere ſection du ch. 2 de ce titre; c'eſt exception qui n'a lieu qu'avec cette précaution qui conſerve la pureté des regles, & le juſte droit des pere & mere.

CLXXXIV. Les femmes, par leur inexpérience & par leur foibleſſe naturelle, ſont incapables de tutelle; ce qui ne s'entend qu'avec la reſtriction qui forme la propoſition ſuivante; ſeconde cauſe d'incapacité.

Fœminæ tutores dari non poſſunt, l. ult. ff. *de tutor.* ſauf l'exception qui ſuit, & que l'affection des meres fonde.

CLXXXV. Cependant la mere ou l'ayeule

non remariées peuvent être tutrices de leurs enfans & petits enfans, la préſomption de leur tendreſſe leve leur incapacité & produit exception en leur faveur, que leur convol très-juſtement efface.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, *nullus enim eſt affectus qui vincat paternum*, ce qui s'étend & qui s'applique à l'un & à l'autre ſexe, & ce qui eſt du droit commun, comme raiſon écrite.

CLXXXVI. Mais l'une & l'autre peut refuſer cette tutelle, parce que leur inexpérience & leur foibleſſe leur fourniſſent une excuſe légitime.

C'eſt l'opinion commune au châtelet. On ne doit cependant appliquer cela qu'avec le ménagement qu'exige l'intérêt du mineur.

CLXXXVII. De cette incapacité à la tutelle réſultante de la minorité, il s'enſuit que la veuve mineure ne peut être tutrice de ſes enfans, ſauf à elle à demander la tutelle pour ne la commencer qu'à ſa majorité; ce qui doit lui être accordé, s'il n'y a cauſe d'excluſion.

Cela ſe regle ainſi au châtelet, comme on l'a vu ci-deſſus.

DISTINCTION II.

De l'ignorance & des infirmités qui produiſent cette incapacité.

CLXXXVIII. Les infirmités qui empêchent d'agir, rendent l'infirme incapable de tutelle; tels ſont les aveugles, les ſourds, & ceux qui ſont atteints de maladies incurables; troiſieme cauſe d'incapacité, qui produit une juſte excuſe qu'on ne peut rejetter quand ces perſonnes l'alléguent.

C'eſt la diſpoſition de la loi 1, ff. *de tut.* elle eſt adoptée : c'eſt raiſon écrite.

CLXXXIX. Ces maladies corporelles produiſent cette incapacité, à plus forte raiſon, l'inſenſé eſt incapable de tutelle; incapable d'agir pour lui, il l'eſt pour les autres.

Il eſt mis lui-même ſous la puiſſance d'un autre. Voyez le ch. 4, ci-après.

CXC. Si ces cauſes d'incapacité ſurviennent depuis la nomination, le tuteur doit être déchargé, parce que par-là, le tuteur devient abſolument incapable; incapacité bien différente d'un motif ou privilége d'exemption, qui ne ſurviennent que depuis la nomination, & qui ne peuvent donner aucune atteinte à icelle, comme on l'a vu ci-deſſus. Dans ce dernier cas, c'eſt droit acquis au mineur, qu'un fait étranger ne peut lui faire perdre; mais dans le premier, c'eſt incapacité abſolue, à laquelle il faut néceſſairement déférer.

Tel eſt l'uſage du châtelet.

CXCI. L'ignorance rend incapable de tutelle, mais non pas toute ignorance; de-là celui qui ne ſçait ni lire ni écrire en eſt incapable; quatrieme cauſe d'incapacité, ſauf l'exception ci-après.

Eos qui litteras neſciunt eſſe excuſandos divus pius reſcripſit § 8 *Inſt. de excuſat.* ce qui ne s'admet que ſous la reſtriction ci-après; c'eſt-à-dire, que cette excuſe ne milite pas à l'égard des gens ruſtiques.

CXCII. L'extrême pauvreté produit cette même incapacité; excuſe, comme la précédente, réſultante de l'ignorance qui ne s'entend qu'avec la reſtriction qui ſuit; cinquiéme incapacité.

On le juge ainſi au châtelet, conformément à la diſpoſition de la loi citée ſur la propoſition qui ſuit.

CXCIII. De-là il s'enſuit que celui qui eſt obligé de gagner ſa vie du travail de ſes mains eſt exempt de tutelle; il a beſoin de tout ſon tems pour ſe procurer ſa ſubſiſtance, ſauf l'exception qui ſuit.

Paupertas ſanè dat excuſationem, lib. 7, ff. *de excuſat.*

CXCIV. Cependant entre gens ruſtiques & entre ceux du menu peuple, cet état, ni même l'ignorance, ne produit ni incapacité, ni excuſe de tutelle; autrement dans ces familles, il ſeroit preſque impoſſible de trouver un tuteur.

Ejus qui ſe neget litteras ſcire excuſatio accipi non debet, licèt non ſit expers negotiorum, l. 6, § *ult.* ff. *de excuſat.*

CXCV. Les cauſes d'incapacité de tutelle produiſent excuſes; de-là il s'enſuit que ſi l'incapable a été nommé, il peut alléguer ſon incapacité pour excuſe, & ſe faire décharger ſur ce fondement, de la nomination, pourvu qu'il ne l'ait pas accepté; car en ce cas, il n'y a plus lieu qu'à la deſtitution.

M. Domat, titre des tuteurs.

SECTION VI.

De la deſtitution des tuteurs.

DISTINCTION PREMIERE.

De la forme de la deſtitution.

CXCVI. Le juge ne peut d'office, prononcer la deſtitution d'un tuteur, & la baſe de la forme de la deſtitution, doit être l'avis des parens aſſemblés devant le juge : la juſtice n'en admet point d'autre; autrement en déshonorant le tuteur, on troubleroit le repos des familles, & ſouvent en vain.

Tel eſt l'uſage du châtelet.

CXCVII. Pendant le cours de l'inſtance en deſtitution, le tuteur doit toujours continuer l'adminiſtration, d'où il s'enſuit qu'il peut continuer de recevoir les revenus : mais ſon pouvoir reçoit des limitations. En effet, à compter du jour de la requête, tendante à deſtitution, il ne peut, de ce jour, faire tranſport des capitaux mobiliers dus au mineur; il y auroit danger de le rendre capable d'un tel acte : ce ſeroit lui donner la puiſſance d'arrêter les effets de la deſtitution, ſi par la ſuite, elle étoit prononcée.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet.

CXCVIII. Il ne peut même faire ceſſion des revenus à échoir, mais bien de ceux échus, puiſqu'il pourroit les recevoir; c'eſt ſuite de ce que deſſus: mais, quant aux revenus à échoir, ce ſeroit tomber dans l'inconvénient qu'on vient de remarquer.

C'eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur ce que ſans ces reſtrictions, il dépendroit de lui de rendre la deſtitution inutile; inconvénient auquel il faut parer.

DISTINCTION II.

Des cauſes de deſtitution.

CXCIX. Le tuteur qui refuſe de fournir aux nourritures & entretiens du mineur, ayant à lui deniers pour ce faire, doit être deſtitué de la tutelle; c'eſt manquer au premier devoir de ſa qualité, & premiere cauſe de reſtitution.

Perſonæ & rebus datur, & ſine ulla malignæ ſuſpicione agere tutorem oportet ut alatur, l. 1, § 1, ff. *ubi pupil. educ.*

CC. Celui qui prévarique dans l'adminiſtration de la tutelle, doit être deſtitué de la tutelle; ſon procédé l'en a rendu indigne : ſeconde cauſe de deſtitution, mais il ne faut l'appliquer qu'avec ménagement.

Competere adverſus tutores tutelæ, actio ſi malè contraxerint, hoc eſt, ſi prædia comparaverint non idonea per ſordem aut gratiam, l. 7, § 2, *de adm. & peric. tutor.*

CCI. La ſimple négligence du tuteur, lorſqu'elle eſt certaine & marquée, eſt une cauſe valable de ſa deſtitution, mais non deshonorante : troiſieme cauſe de deſtitution; mais qui n'a lieu que, lorſque par cette négligence, il y a pour le pupille, danger certain & évident.

Sur la diſſipation de ſa part, & le compte auquel elle peut donner lieu avant la fin de la tutelle. Voyez l'arrêt du 14 février 1705, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 7; de-là il s'enſuit que non-ſeulement le tuteur qui néglige, mais celui-même qui s'abſente eſt deſtituable : c'eſt la ſuite du principe qu'on vient de poſer, l'abſence étant une ſource de négligence & d'incapacité.

CCII. Le convol de la mere n'eſt pas toujours une cauſe de deſtitution; il n'eſt tel que lorſque le ſecond mari eſt un inſolvable ou un diſſipateur : car il eſt légalement protuteur, qualité, qui, hors le cas d'inſolvabilité, aſſure les droits du pupille : à l'égard du pere, le convol n'eſt pas une cauſe de deſtitution, s'il y en a d'autres qui concourent.

Voyez M. Robert, liv. 1, ch. 8, & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

DISTINCTION III.

Quand la deſtitution emporte note d'infamie.

CCIII. La deſtitution de la tutelle n'emporte pas note d'infamie, ſi la cauſe n'eſt infamante & n'eſt exprimée dans la ſentence de deſtitution; il faut pour cela le concours de ces deux choſes.

Lib. 1, § 7, ff. *de officio præſid. urb.*

CCIV. Celle pour négligence n'emporte aucune note, mais celle pour malverſation emporte note d'infamie, lorſque cette cauſe eſt exprimée pour la ſentence de deſtitution.

Voyez la loi qu'on vient de citer.

CCV. Cela eſt fondé ſur ce qu'au défaut de cette expreſſion, la préſomption eſt que le tuteur n'a été deſtitué que pour cauſe de négligence; la préſomption étant pour l'innocence & non pour le crime.

Cette propoſition & les deux précédentes ont été formées ſur l'uſage, qui a ſa ſource dans la loi qu'on a cité.

SECTION VII.

Comment finit la tutelle.

CCVI. La tutelle finit par la mort du pupille, ſauf la reſtriction qui ſuit; premiere cauſe de ſa fin, elle étoit inſéparable du pupille, puiſqu'elle n'étoit relative qu'à lui.

Finitur tutela morte pupilli, § 3. *Inſt. quib. mod. tut. fin.* C'eſt raiſon écrite & adoptée.

CCVII. Cependant le tuteur ne doit pas abandonner l'adminiſtration, juſqu'à ce que les héritiers du pupille décédé ſoient en état de l'en décharger; cette continuation de ſon adminiſtration eſt ſuite de ſa qualité : mais les intérêts purement pupillaires, c'eſt-à-dire, intérêts d'intérêts, ceſſent.

C'eſt l'opinion commune au châtelet; c'eſt l'eſprit de la loi citée.

CCVIII. Elle finit pareillement par la mort du tuteur; néanmoins l'héritier du tuteur s'il eſt en état & en âge d'agir, doit veiller à la conſervation des droits du mineur, juſqu'à ce qu'il ait été pourvu d'un nouveau tuteur; ſeconde cauſe de ſa fin.

Telle eſt encore ſur ce l'opinion commune au châtelet, par rapport à la derniere partie de la propoſition, fondée ſur ce que c'eſt engagement qui réſulte de la qualité d'héritier; mais engagement limité, comme on l'a expliqué.

CCIX. Elle finit par la majorité qui met le pupille en état d'agir pour lui-même, & hors la puiſſance du tuteur : troiſieme cauſe de ſa fin.

A momento in momentum, tempus ſpectatur, lib. 3, § 3, ff. *de min. pupilli pupillæque cùm puberes eſſe cœperint à tutelâ liberantur, inſt. Quib. mod. tut. fin.* ſur les inconvéniens de la fin de la tutelle par la puberté. Voyez M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 459; inconvéniens qu'on n'éprouve pas en pays coutumier, où la tutelle ne finit que par la majorité ou par l'émancipation.

CCX. Dans cette ceſſation, comme dans les précédentes, le tuteur, nonobſtant la majorité, doit continuer à adminiſtrer juſqu'à ce qu'il ait rendu compte. La raiſon eſt que, juſqu'à ce, il eſt tenu de toutes les actions de la tutelle, & que, juſqu'à la reddition de ſon compte, le pupille eſt cenſé mineur; il doit donc continuer ſon adminiſtration juſqu'au compte.

Voyez l'ordonnance de 1667 : mais cela ne s'entend que dans le cas qu'il n'y a pas de jugement contraire.

CCXI. La mort civile du tuteur la fait ceſſer; elle le retranche de la ſociété & le dépouille de ſa qualité : quatrieme cauſe de la fin de la tutelle. Elle ceſſe auſſi par l'émancipation dont on va traiter dans le chapitre qui ſuit : c'eſt la cinquieme & derniere cauſe de ſa fin, parce qu'elle avance, quant à ce, l'effet de la majorité.

Voyez ſur la premiere partie ci-après le titre de la mort civile, & ſur la ſeconde le chapitre qui ſuit.

CHAPITRE TROISIÉME.

DE L'ÉMANCIPATION DES MINEURS.

SECTION PREMIERE.

DE L'ÉMANCIPATION LÉGALE.

I. TRIPLE ſource d'émancipation; 1°. Le mariage du mineur l'émancipe de plein droit, & fait ceſſer la tutelle; c'eſt émancipation légale & de droit qui opere, & qui donne capacité pour eſter en jugement, pour faire des baux, pour exiger le paiement des débiteurs, pour ſe faire rendre compte par un tuteur, pourvu que dans le compte, il ne s'agiſſe pas d'actions immobiliaires; auquel cas il faudroit un tuteur qui opere capacité pour s'obliger au ſujet de l'entretien ordinaire, & pour diſpoſer de ſes meubles : tels ſont les effets de cette émancipation.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 239 de la coutume. Voyez M. le Maître, page 252; cette émancipation a plus d'effet que celle par lettres, en ce que celui qui eſt ainſi émancipé, peut teſter en jugement ſans curateur; néanmoins les procureurs du châtelet ſont dans l'uſage de faire créer un curateur à la femme mineure, qui pourſuit ſa ſéparation de biens : c'eſt ainſi qu'il arrive ſouvent que les craintes des praticiens multiplient les formalités; celle-ci eſt inutile par l'art. 239 de la coutume : auſſi par ſentence rendue au parc-civil, ſur les concluſions de M. Herault, lors avocat du roi, & plaidant M. Pillon & Pothoin, il a été jugé qu'une demande en ſéparation de biens, formée par une femme mineure, étoit réguliere; mais il faut obſerver qu'en ce cas, il faut un tuteur pour la validité de la renonciation à la communauté; mais c'eſt pour cet acte ſeulement, qui eſt un acte d'aliénation, que cette création du tuteur eſt néceſſaire, & non pour la demande en ſéparation, qui eſt un acte de ſimple adminiſtration, & par conſéquent dans la capacité d'un émancipé légalement.

II. La diſſolution du mariage, quoiqu'arrivée avant la majorité, ne fait pas ceſſer cette émancipation; c'eſt droit & qualité acquis par la loi, & qui ſubſiſtent nonobſtant la diſſolution du mariage : ſa célébration a opéré & pourvu aux capacités perſonnelles que ſa diſſolution ne peut effacer.

L'émancipation légale que le mariage produit, a lieu même dans la portion du pays de droit écrit, qui eſt du reſſort du parlement de Paris, ſuivant l'arrêt du 3 ſeptembre 1667, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 39. Voyez ſur cette émancipation M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, num. 281, 282 & 283.

III. Le mineur, pourvu d'un office, eſt légalement émancipé, mais cette émancipation eſt limitée aux fonctions de ſon office, & à tout ce qui y a trait : ſeconde cauſe d'émancipation légale.

Tel eſt l'uſage, fondé ſur les lettres de proviſion, qui doivent produire leur effet.

IV. Le bénéficier mineur eſt pareillement

émancipé de droit ; mais cette émancipation légale eſt comme la précédente, bornée à ſa cauſe, & n'a lieu que pour ce qui concerne le bénéfice & l'adminiſtration des biens qui le compoſent ; troiſieme exemple d'une telle émancipation : ainſi, dans ces deux derniers exemples, comme dans celui qui ſuit, l'émancipation eſt moins étendue que celle que produit le mariage.

Cela eſt établi ſur le titre des reſtitutions en entier ; & cela réſulte des ordonnances.

V. Le mineur marchand, banquier, ou maître dans quelque art, eſt légalement émancipé ; & dans ces trois derniers cas, non-ſeulement le mineur eſt émancipé de droit pour tout ce qui concerne ſon commerce, ſa banque, ou ſon art, mais encore il eſt, quant à ce, réputé majeur, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus : quatrieme exemple d'une émancipation de droit, qui, comme dans les cas précédens, ne fait pas obſtacle à la reſtitution en entier, lorſqu'il y a léſion évidente, ſi ce n'eſt à l'égard du marchand & du banquier.

Voyez l'ordonnance du commerce par rapport à l'émancipation du marchand, & ſur les autres émancipations légales, telles que ſont celles par dignités, par prêtriſe & par habitation ſéparée. Voyez M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 267 & 268.

VI. Les majorités coutumieres ne ſont que des émancipations légales, & non de vraies & parfaites majorités : c'eſt abus de leur donner plus d'étendue.

Cela eſt établi ſur le titre des reſtitutions en entier.

VII. De-là il s'enſuit qu'elles n'empêchent pas le bénéfice de la reſtitution en entier, l'émancipation n'y faiſant aucun obſtacle ; c'eſt la conſéquence ſûre du principe.

Arrêt du 21 avril 1648, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 2, chap. 81 ; M. Lapeyrere, lettre M, déciſion 36, pag. 243.

SECTION II.

De l'émancipation par lettres.

VIII. Les parens du mineur peuvent abréger le tems de ſa tutelle, en donnant leur avis pour ſon émancipation : mais cela n'a lieu que lorſque le mineur eſt en état d'adminiſtrer ſes biens par lui-même, & non autrement.

C'eſt la condition des lettres dont on va parler ; condition puiſée dans le droit, & qui fonde la propoſition.

IX. Pour parvenir à cette émancipation, & miſe anticipée hors de tutelle, il faut des lettres-royaux ; c'eſt diſpenſe que le roi ſeul peut accorder ; premiere démarche pour y parvenir, toute autre voie ſeroit inſuffiſante.

Ætatis venia principale beneficium eſt, l. 2, cod. *de eis qui ætatis venia* ; ce qui eſt conforme à nos uſages.

X. Ces lettres doivent être entérinées par le juge : ſeconde forme inévitable ; c'eſt à lui à connoître ſi les motifs ſont véritables.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & eſt une autre condition de ces lettres, ſans l'accompliſſement de laquelle elles ſont ſans effet ; ce qui fonde la propoſition.

XI. Il ne doit les entériner que ſur l'avis des parens, qui lui atteſtent que le mineur eſt capable d'adminiſtrer ſon bien : troiſieme forme auſſi inévitable ; c'eſt par cette premiere voie qu'il doit commencer à inſtruire ſa religion.

Cet avis de parens doit être donné par-devant le juge du domicile du pere, & non devant le juge du domicile de fait du mineur. Arrêt du 26 février 1710, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 6, pag. 272.

XII. Leur avis pour l'émancipation, doit être pur & ſimple, & ſans reſtriction, ni limitation, parce que ſi la reſtriction, la limitation étoient néceſſaires, l'émancipation doit être rejettée ; il faut donc un conſentement pur & ſimple. Ordinairement, cette émancipation ne s'accorde qu'à 18 ans pour les mâles & à 16 ans pour les femelles ; cependant les circonſtances peuvent faire anticiper ce tems ; cela dépend de l'avis des parens, & de la prudence du juge.

Par la loi 2, § 1, cod. *de iis qui ven. ætat. imp.* l'émancipation s'accorde aux mâles à vingt ans, & aux femelles à dix-huit. M. Lapeyrere, lettre L, addition à la déciſion 90, pag. 225 de l'édition de 1725. Voyez auſſi ſur l'âge auquel l'émancipation peut être accordée. M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 265.

XIII. En effet, ce tems peut quelquefois être anticipé par la nature du ſujet & l'avis des parens qui y concourent : mais ſans cela, il ne faut pas admettre d'anticipation.

Arrêt du 16 janvier 1706, rapporté dans le ſixieme volume du journ. des aud. l. 6, chap. 2, pag. 600.

XIV. Par la ſentence qui homologue les lettres d'émancipation, le juge, ſur l'avis des parens, doit nommer un curateur à l'émancipé ; c'eſt condition de l'émancipation : ce curateur l'aſſiſte de ſes conſeils dans les affaires extrajudiciaires, & de ſes conſeils & de ſa préſence, dans les inſtances dans leſquelles cette derniere eſt abſolument néceſſaire : telles ſont les fonctions du curateur d'un émancipé.

Faute de cette préſence, on juge au châtelet la procédure

procédure nulle. C'eſt l'exécution de la nomination d'un curateur ; ce qui n'a pas lieu, comme on l'a dit, par rapport à l'émancipation que le mariage produit.

SECTION III.

Des effets de l'une & de l'autre émancipation.

XV. Par l'émancipation, le mineur devient maître de ſon mobilier & de ſes revenus, non de ſes fonds: tel eſt l'effet général de l'une & de l'autre émancipation, ſauf néanmoins l'effet de la reſtitution en entier, en faveur de l'émancipé, quand il eſt léſé.

La loi 3, cod. *de his qui ven. ætat. impet.* porte cette impuiſſance, ce qui ſert auſſi à établir la premiere partie de la propoſition.

XVI. Cette capacité anticipée & dont le mineur jouit avant l'âge, par la grace du roi, embraſſe tous les actes d'adminiſtration, & non les actes d'aliénation ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus : ainſi ſur les premiers, il eſt bien difficilement reſtituable.

C'eſt la condition des lettres ; elle eſt inſéparable de leur effet, ſuivant l'uſage.

XVII. De cette capacité anticipée, il s'enſuit que le mineur peut faire ſeul les baux de ſes biens ; c'eſt adminiſtrer, & ſuite de ce que deſſus ; & contre iceux, il ne peut être reſtituable que par le dol & non par la ſimple léſion, à moins qu'elle ne fût énorme, & accompagnée d'un certain dol de la part du fermier ou locataire.

Voyez le titre des baux, où cela eſt établi ; & telle eſt la juriſprudence.

XVIII. Il s'enſuit qu'il reçoit valablement ſes revenus échus, qu'il eſt capable d'en donner une valable décharge, & d'en faire tranſport, mais non de ceux à échoir ; cette anticipation ſeroit diſſipation, & par conſéquent hors ſa puiſſance ; autre ſuite de ce que deſſus.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la premiere propoſition de la ſection 1 de ce titre.

XIX. Non-ſeulement il a capacité pour recevoir ſes revenus, mais même pour recevoir & donner décharge des ſommes mobiliaires qui lui ſont dues, quoique capitales ; c'eſt adminiſtration mobiliaire, & par conſéquent juſte effet de l'émancipation.

C'eſt l'opinion commune ; mais ſuivant cette même opinion commune, il en faut excepter le reliqua de ſon compte de tutelle ; exception qui eſt fondée, 1°. ſur ce qu'un tel reliqua forme une univerſalité de mobiliers, & que comme tel, *ſapit quid immobile* ; 2°. ſur ce qu'un tel reliqua eſt ſouvent repréſentatif d'immeubles, & que les immeubles & leur prix, ne ſont pas dans la puiſſance d'un émancipé.

XX. De cette même capacité, il s'enſuit qu'il peut louer une maiſon ou appartement pour ſon habitation, conforme à ſon état & à ſa fortune ; tout cela eſt adminiſtration, & par conſéquent, quant aux locations, eſt, tant paſſivement qu'activement, dans ſa puiſſance.

On le juge ainſi au châtelet.

XXI. Dans les cas des trois propoſitions précédentes, le bénéfice de la reſtitution en entier, fondé ſur la ſeule lézion, ceſſe à ſon égard, lorſqu'il ne la fonde que ſur le défaut d'emploi, autrement ſa capacité ne ſeroit que de nom, & un piege pour les autres ; ce qu'on ne peut admette.

Voyez le titre de la reſtitution en entier, c'eſt le ſiege de cette matiere ; en effet, ces actes ſont de pure adminiſtration, pour leſquels il a capacité, & dans leſquels la préſomption de léſion eſt inſuffiſante : On n'excepte au châtelet de cette propoſition que la priſe d'un bail de la part d'un émancipé, ſi de ſa part elle étoit totalement indiſcrette.

XXII. Le mineur émancipé peut même s'engager valablement par promeſſe ou par obligation ; c'eſt ſouvent maniere néceſſaire d'adminiſtrer : cet acte eſt donc dans ſa puiſſance ; mais pour la validité d'une telle promeſſe ou obligation, il faut qu'elle n'excede pas les revenus, leur montant fixant cette capacité ; hors ces bornes, il y a lieu à la reſtitution.

Cela eſt établi ci-deſſus, & c'eſt-là où ſa puiſſance & ſa capacité ſe bornent.

XXIII. Dans le cas que l'obligation n'excede pas les revenus, le mineur emancipé n'eſt pas reſtituable ſur le ſeul fondement de la lézion réſultante du défaut de juſtification d'emploi, que la ſomme empruntée, ait tourné à ſon profit ; parce que dans ce cas, l'obligation eſt ſimple acte d'adminiſtration, qui eſt en ſa puiſſance, ce qui exclut le bénéfice de la reſtitution : mais ſi le mineur émancipé avoit contracté pluſieurs engagemens ſemblables, & non pour nourritures & entretiens, quoique chacun d'eux n'excédât pas les revenus, il ſeroit reſtituable, en les attaquant tous par cette voie.

Cela a été ainſi jugé au préſidial, ſur les concluſions de MM. les gens du roi, moi plaidant. Voyez la propoſition qui ſuit.

XXIV. La reſtitution en entier, en ce cas, eſt fondée ſur ce que la multiplicité de tels engagemens manifeſte la diſſipation, l'abus de la capacité anticipée, & fondent la reſtitution.

C'eſt ſur ces moyens qu'eſt fondée la juriſprudence atteſtée ſur la propoſition précédente.

XXV. Dans ce même cas, les créanciers ne peuvent éviter la reſtitution, en offrant de ſe reſtreindre ſur le mobilier & ſur les

revenus échus, parce que l'émancipé, en s'engageant ainſi envers eux, a excédé ſon pouvoir; ce qui vitie de tels engagemens, le plus grand des défauts étant celui de pouvoir.

Arrêt du 5 décembre 1651, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, chap. 87.

SECTION IV.

Des actes dont l'émancipé eſt incapable.

XXVI. Le mineur émancipé ne peut, comme on l'a déja vu dans la ſection précédente, diſpoſer de ſes revenus par anticipation notable; s'il le fait, il eſt reſtituable; c'eſt aliénation & non adminiſtration: mais il peut entendre le compte de ſa tutelle, avec l'aſſiſtance d'un ſimple curateur: en peut-il recevoir le reliqua, comme un pur mobilier que la loi confie à ſon adminiſtration? Je ne le penſe pas, quoiqu'il ne ſoit même compoſé que de mobilier, & cela eſt ſans difficulté, s'il renferme le montant d'actions immobiliaires.

La premiere partie de la propoſition eſt conforme à l'opinion commune du châtelet; par rapport au payement du reliqua, pluſieurs en font difficulté lorſqu'il eſt conſidérable; pour moi, je penſe qu'il ne peut ſeul le recevoir, parce que, *ſapit quid immobile*, comme on l'a déja vu ci-deſſus; diroit-on que cette même reſtriction détruit cette opinion, qui n'eſt conforme au principe, que dans le cas de la propoſition qui ſuit, mais qui y eſt contraire lorſque le compte n'embraſſe que du mobilier? Je ne puis me rendre à cette raiſon; c'eſt toujours une univerſalité du mobilier, pour la conſervation de laquelle il faut veiller pour le mineur; c'eſt ſon propre avantage que cette incapacité.

☞ Voyez Lacombe, *verbo* mineur, num. 13, il cite un arrêt du 6 mars 1738, par lequel il dit avoir été jugé qu'un mineur émancipé peut recevoir & donner quittance du reliqua de ſon compte ſans aſſiſtance d'un tuteur *ad hoc*, à quelque ſomme que ce compte ſe monte, lorſqu'il ne provient que d'arrérages de rentes & vente de meubles.

Voyez auſſi Denizart, *verbo* émancipation; il cite l'eſpece de cet arrêt.

XXVII. Il eſt d'uſage de ne rendre un pareil compte, & en payer le reliqua, qu'à un tuteur *ad hoc*, un tel compte embraſſant preſque toujours la liquidation d'actions immobiliaires; cet uſage eſt bon, & évite la difficulté qu'on vient d'examiner, mais que l'avantage meme du mineur doit faire ceſſer.

Dans le cas que le reliqua comprend la liquidation d'actions immobiliaires, ou le prix d'immeubles aliénés pendant la tutelle, l'incapacité du mineur émancipé à recevoir un tel reliqua, ne peut être conteſté, ce qui peut ſervir à établir la propoſition précédente; car il eſt difficile d'admettre une différence qui ſeroit préjudiciable au mineur.

XXVIII. Le mineur émancipé ne peut recevoir le rembourſement d'une rente conſtituée; il faut tuteur *ad hoc*, pour donner quittance d'un tel rembourſement, c'eſt un immeuble légal, qu'il s'agit d'éteindre, & par conſéquent acte hors de ſon adminiſtration limitée; ce qu'on étend même à l'émancipé par mariage, ſoit pour les ventes qui lui ſont perſonnelles, ſoit pour celles appartenantes à ſa femme.

C'eſt la juriſprudence, & ce qui réſulte de l'art. 94 de la coutume, qui ordonne que les deniers provenans d'un tel rembourſement, ſeront réputés immeubles pendant tout le tems de la minorité.

XXIX. Quoique le mineur émancipé puiſſe diſpoſer de ſon mobilier, cependant, il ne peut, ſans l'aſſiſtance d'un tuteur *ad hoc*, accepter ou répudier une ſucceſſion, encore que cette ſucceſſion fût toute mobiliaire, parce qu'une univerſalité de meubles eſt conſidérée comme un immeuble: cet acte n'eſt donc pas dans ſa puiſſance; ce qui peut ſervir à prouver qu'il n'a pas le pouvoir de recevoir le reliqua de ſon compte de tutelle.

Sapit quid immobile: c'eſt ſur ce fondement qu'en ce cas on ne manque pas au châtelet, de pourvoir l'émancipé d'un tuteur *ad hoc*. La renonciation ou l'acceptation qu'il feroit ſans l'aſſiſtance d'un tel tuteur, y ſeroit déclarée nulle: tel eſt l'uſage de ce tribunal; & cette aſſiſtance ne fait aucun obſtacle à la reſtitution en entier, ſi, par un tel acte, le mineur émancipé étoit lézé.

SECTION V.

Des fonctions du curateur de l'émancipé.

XXX. L'émancipé par lettres ne peut eſter en jugement, ſoit en demandant, ſoit en défendant, ſans l'aſſiſtance d'un curateur, comme on l'a déja dit en général, & ce qu'on va développer ici: mais il n'eſt pas de même de l'émancipé par mariage; il a droit d'eſter en jugement ſeul & ſans l'aſſiſtance d'un curateur, le mariage le rendant pere de famille, & par conſéquent capable ſeul de cela.

Voyez la ſentence citée ſur la ſection premiere du préſent chapitre. M. Louet, let. M, num. 1.

XXXI. Cependant, lorſqu'un émancipé par mariage entend le compte de ſa tutelle, il faut qu'il ſoit aſſiſté d'un tuteur *ad hoc*, principalement dans le cas que le compte contient liquidation d'actions mobiliaires; en ce cas, c'eſt un tuteur & non un ſimple curateur qui eſt néceſſaire.

Cela ſe pratique au châtelet, ſur le fondement des principes expliqués par la ſect. précédente.

XXXII. Par rapport aux autres émancipés légalement, tel qu'eſt le mineur pourvu d'un office, de celui qui eſt titulaire d'un bénéfice, ou de celui qui eſt établi dans le commerce, comme leur émancipation n'eſt

pas générale, mais reſtreinte à ce qui concerne l'exercice de l'office, la jouiſſance du bénéfice, & l'exploitation du commerce: il n'y a que dans les cauſes qui ont trait à ces objets, dans leſquels les émancipés n'aient pas beſoin de l'aſſiſtance d'un curateur; dans toute autre inſtance, cette aſſiſtance eſt néceſſaire.

Voyez le titre de la reſtitution en entier où cela eſt établi.

XXXIII. Le curateur des émancipés n'eſt en aucune façon, comptable; il aſſiſte, il conſeille, il ne reçoit pas; il en eſt autrement des curateurs de l'interdit, dont on va traiter dans le chapitre qui ſuit.

Le premier n'eſt que curateur aux cauſes, les autres le ſont à la perſonne & aux biens, d'où il réſulte que les premiers ne ſont pas comptables. C'eſt le droit commun du royaume.

CHAPITRE QUATRIÉME.

DES INTERDITS ET DE LEURS CURATEURS.

SECTION PREMIERE.

DES INTERDITS PAR DÉMENCE.

DISTINCTION PREMIERE.

QUELS SONT CES INTERDITS.

I. IL eſt de certains défauts qui aſſujettiſſent les majeurs à la puiſſance d'un tiers; on va examiner ici quels ſont ces majeurs que leur état ſoumet à la puiſſance d'un autre, par leur incapacité d'agir pour eux-mêmes: tels ſont les furieux, les imbécilles, les inſenſés que leur triſte état fait confier à des tiers: c'eſt prévoyance de la loi, pour leur propre conſervation & celle de leurs biens.

Furioſi in curat. ſunt. Inſt. §, 3 *de curat.* Voyez M. Ricard, des donations, partie 1, ſect. 3, n°. 144, pag. 34; & c'eſt droit commun.

II. On en compare d'autres à ces premiers; en effet, tels ſont auſſi les prodigues, leur funeſte penchant, quant à l'adminiſtration, les aſſimile aux précédens: & la juſtice, pour en arrêter les effets, les confie à leurs curateurs; même motif dans ce cas que dans le précédent.

Prodigi, licèt majores viginti quinque annis ſint, tamen in curatione ſunt, § 3, *Inſt. de curat.*

III. Voyons les motifs: les premiers étant privés totalement, les derniers en partie, de l'uſage de la raiſon, ſont incapables de l'adminiſtration de leurs biens, & par cette incapacité, mis ſous puiſſance d'autrui; c'eſt ce qui a conduit la loi à ce remede qui leur eſt ſalutaire, qui va juſqu'à rendre les premiers incapables de contracter mariage.

M. Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 14, ch. 5. Par cette incapacité, les inſenſés ſont incapables de contracter mariage, *extrà de ſponſalibus cap. dilectus*; mais la foibleſſe d'eſprit, qui ne va pas juſqu'à rendre incapable de conſentir, n'eſt pas un empêchement au mariage. Arrêt du 27 mars 1604. M. Servin, liv. 3, plaidoyer 101.

IV. Cette incapacité, par rapport aux inſenſés, a ſa racine dans la nature même; & par-là, eſt plus efficace & plus prompte que celle des autres: en effet, elle a lieu de droit, il n'en eſt pas de même de l'autre interdiction, comme on le verra dans la ſection qui ſuit.

Voyez les moyens contenus dans l'arrêt rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 92 & la diſtinction ſuivante, où l'on développe la propoſition.

V. La raiſon de cette incapacité, eſt que la volonté libre doit être la baſe de tout engagement, & que celui qui eſt privé de la raiſon, ne peut vouloir raiſonnablement, & par conſéquent ne peut contracter; preuve inconteſtable de cette incapacité, tout enſemble naturelle & civile dans les inſenſés.

Furioſi nulla eſt voluntas, lib. 40, ff. *de reg. jur.* il ne peut même faire aucun acte d'adminiſtration, ni préſenter aux bénéfices en qualité de patron laïc. Arrêt du 27 mars 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 44; en un mot ſon incapacité pour toute adminiſtration eſt abſolue & générale.

VI. Voyons les ménagemens de la loi. Les furieux, les imbécilles ne perdent pas l'état que leur donnent les autres qualités, ils conſervent tous leurs droits, nonobſtant leur interdiction, ils ſont plus à plaindre qu'à punir. De-là il s'enſuit qu'ils conſervent le droit de ſuccéder & de recevoir, ſoit par donation, ſoit par teſtament; c'eſt la conſéquence qui naît du principe: dans

le premier cas, la capacité a sa racine dans la nature; dans l'autre, il suffit, suivant la sagesse du droit civil, d'exister pour la conserver

Qui furere cœpit, & statum, & dignitatem videtur retinere, sicut rei suæ dominium retinet, l. 2, ff. *de statu hominum*; ce qui est adopté, sauf la limitation qui suit.

VII. Mais ils ne peuvent être témoins en aucun cas, ne pouvant attester un fait qu'ils n'ont pu connoître à fond, & qu'ils ne peuvent constater; ce qui les rend incapables de remplir cette qualité.

Voyez la nouvelle ordonnance sur les testamens.

DISTINCTION II.

De la forme de cette interdiction, & quand elle commence.

VIII. L'interdiction pour fureur ou démence tirant sa source de la nature, & de l'état naturel de celui qui en est attaqué, a lieu de plein droit, & sans l'office du juge; la nature suffit pour la fonder, comme on l'a déja annoncé; la nature a agit, le juge ne fait que la constater.

C'est le sentiment de M. Ricard, traité des donat. partie premiere, ch. 3, sect. 3, num. 146; en sorte que sur ce, il faut faire preuve du tems précis auquel a commencé la démence. Arrêt du 2 avril 1708, rapporté par M. Augeard, tom. 3, chap. 87, pag. 432.

IX. La sentence que le juge prononce contre lui, n'est donc que déclarative d'une incapacité déja encourue; c'est la conséquence de la proposition précédente: ainsi, telle sentence rend bien l'état public, mais n'en fixe pas le commencement.

M. Ricard, des donations, partie premiere, chap. 3, sect. 3, num. 144 & 145, pag. 34. Et quel guide meilleur pourroit-on prendre ici que la nature même?

X. De-là il s'ensuit que l'engagement contracté par l'interdit pour démence, avant la sentence d'interdiction, est nul, s'il est prouvé que la démence étoit antérieure à l'interdiction; suite de la même conséquence: c'est justice due à l'interdit, ainsi qu'à ses héritiers.

Quiamente carent, §. *item furiosi*, *inst. quib. non est perm. fac. test.*

☞ Mais si les actes n'annonçoient pas la démence, en ce cas, quoiqu'elle fût certaine au tems où ils ont été passés, ils ne seroient pas moins valables: c'est ce qui a été jugé par arrêt du 2 juin 1734, confirmatif d'un testament que l'on attaquoit, sur le fondement qu'au tems de ce testament le testateur étoit en démence.

XI. Pour ce, la preuve testimoniale est admise, dès qu'il y a le commencement de preuve par écrit, résultant de la sentence d'interdiction; d'ailleurs, c'est la preuve d'un fait qui n'est jamais tombé en convention: telle preuve doit donc en ce cas être admise; & sans cela, la loi seroit imparfaite, ou du moins son application bien affoiblie.

Cela résulte des autorités ci-dessus, & de l'ordonnance de 1667, l'art. 54 de l'ordonnance de Moulins, ne pouvant en ce cas recevoir d'application, puisqu'il s'agit d'un fait qui n'est jamais tombé en convention; autrement ce seroit abuser de ces loix salutaires.

XII. Mais si l'imbécille est mort en possession de son état, ses héritiers, pour détruire ses engagemens, ne seroient point admis à prouver que lors d'iceux, il étoit en démence, à moins que les faits n'aient été publics, & que les actes qu'ils veulent attaquer, ne forment une espece de preuve de la démence qu'ils articulent: la preuve testimoniale n'est admise que dans ces cas, & non dans le cas général, par la juste crainte que pour se procurer des injustes décharges, les héritiers n'en abusassent.

Telle est la jurisprudence du châtelet, conforme à l'arrêt du 12 avril 1654, rapporté par M. Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 65; & tel est l'esprit des ordonnances.

XIII. La premiere démarche pour parvenir à l'interdiction pour démence, est l'interrogatoire de celui qu'on veut dépouiller de son état, que le juge ordonne sur une requête qui lui est présentée à cet effet, & le juge ne la doit prononcer que lorsqu'elle est prouvée par l'interrogatoire; il seroit bien difficile que l'interdiction pût avoir une autre base, c'est du moins la plus sûre; & si une premiere fois elle est équivoque, il faut la réitérer.

Cela résulte de la loi 5, ff. *de curat. furioso & aliis*. Voyez l'arrêt du 16 juin 1633, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 2, chap. 42.

XIV. Si un mineur tombe en démence, il ne faut pas l'interdire, parce qu'il est plus avantageux pour lui d'avoir un tuteur jusqu'à sa majorité, sauf après sa majorité à pourvoir à son interdiction, s'il y a lieu; c'est un juste ménagement dont on ne doit pas s'écarter; & qui peut s'appliquer, lorsque la démence se fait connoître à la majorité & avant la reddition du compte de tutelle: il est plus salutaire en ce cas, d'en continuer l'administration pendant un tems dans lequel il y a quelqu'espérance, que de poursuivre précipitamment l'interdiction.

Putavi & si minor viginti-quinque annis furiosus fit curatorem ei non ut furioso, sed ut adolescenti dari quasi ætatis esset impedimentum, l. 3, §. 1 *de tut.* ce qui est conforme à nos mœurs.

XV. On ne doit admettre que rarement d'interdiction mixte; telle est celle de ne pouvoir contracter que par l'avis d'un certain conseil; telle interdiction seroit un piege

pour les autres ; & par conſéquent doit rarement être admiſe.

C'eſt la juriſprudence du châtelet ; cependant on y a égard, lorſque la partie même, par un défaut corporel, la demande ; il faut obſerver qu'on ne doit prononcer l'interdiction, ſoit pour démence, ſoit pour prodigalité, que ſur des preuves déterminantes ; parce que, comme le dit M. Baſſet, tom. 1, liv. 4, au commencement, elle laiſſe vivre l'homme comme dans un tombeau animé, & comme banni honteuſement dans ſon propre pays ; image vive & juſte de l'interdiction.

DISTINCTION III.

Qui ſont ceux qui peuvent être curateurs des interdits pour démence.

XVI. Toute perſonne jouiſſant des droits de citoyen, peut être curateur d'un interdit ; mais il y a ſur ce, un choix à faire, & cette charge tombe ordinairement ſur le plus prochain parent, ainſi que la tutelle, à moins qu'il n'y en ait d'autre plus capable que lui : il eſt juſte que cette charge ſuive le ſang, & qu'elle tombe ſur ceux qui ont eſpérance à la ſucceſſion.

Voyez ſur cette propoſition ce qui a été dit ci-deſſus ſur la nomination des tuteurs : cela s'applique également ici.

XVII. Le fils peut être nommé curateur à ſon pere ou à ſa mere interdits pour démence, ſes devoirs & ſes ſoins doivent s'augmenter par l'état de l'autre, & la nature conduit à ce devoir, loin d'y réſiſter.

Furioſæ matris curatio ad filium pertinet, l. 4, ff. *de curatoribus furioſo* ; à l'égard du pere tombé en démence, la loi 2 *in fine* du même titre, n'en donne la curatelle au fils que ſous cette limitation : *Si tam probus ſit, &c.* ce qui eſt bien juſte ; mais un fils n'eſt pas recevable à attaquer un mariage contracté par ſon pere, ſous prétexte d'imbécillité. Arrêt du parlement de Bordeaux, du 5 ſeptembre 1707, rapporté par M. Augeard, tom. 1, chap. 87, pag. 675. Ce ſeroit ſubverſion de la nature & de la loi.

XVIII. Le mari peut auſſi l'être à ſa femme, mais non la femme à ſon mari ; ce ſeroit renverſer l'ordre naturel que de mettre un mari ſous la dépendance de ſa femme, & contrarier ouvertement la loi ; cependant dans le cas de commerce dont la femme ſeroit inſtruite, elle peut être curatrice de ſon mari, nul ne pouvant mieux qu'elle exercer une telle curatelle.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, conformément à l'eſprit des loix qu'on vient de citer ; & la derniere partie de la propoſition a été confirmée par un arrêt de 1748.

☞ Cependant, voyez l'arrêt du 17 avril 1734, cité par Denizart, *verbo* interdit, par lequel la marquiſe de Menars a été nommée curatrice à l'interdiction de ſon mari ; ce qui paroît donner atteinte à l'uſage qui ſe pratique au châtelet, & ſemble devoir faire admettre que, ſoit pour démence, ſoit pour prodigalité, la femme peut être curatrice de ſon mari.

DISTINCTION IV.

Comment finit l'interdiction pour démence.

XIX. Comme cette interdiction a lieu de plein droit & ſans le miniſtere du juge, de même, dès que l'interdit pour démence a recouvré ſon bon ſens, il efface, ſans décret du juge, l'incapacité dans laquelle la nature l'avoit fait tomber, & devient capable de tout engagement ; ce qu'on ne doit néanmoins appliquer qu'avec ménagement, ce funeſte accident laiſſant toujours une racine dans le ſujet qui en a été affligé, & dont il faut craindre les effets.

Voyez M. Ricard, traité des donat. partie premiere, chap. 3, ſect. 3, num. 147, pag. 34. C'eſt le fait qui décide en ces cas ; mais la main-levée de l'interdiction leve toute difficulté.

XX. Si la démence quitte & vient par intervalles, l'interdiction n'a lieu que pendant la démence, & ceſſe lors des intervalles dilucides ; ce qui eſt certain dans la théorie, mais peu utile dans la pratique par la crainte de l'abus.

C'eſt la diſpoſition de la loi 6 au cod. *de curat. furioſo*. Voyez M. Ricard, au nombre cité ſur la propoſition précédente ; voyez la propoſition qui ſuit.

XXI. Ces deux propoſitions, vraies dans le droit, doivent être ſuivies avec beaucoup de ménagement dans la pratique ; une application d'icelle trop générale, auroit de grands inconvéniens.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet, ſur le fondement des moyens rapportés par M. Ricard.

XXII. De-là il s'enſuit que ſi celui au profit duquel un interdit pour démence s'eſt engagé, ſoutient que lors du contrat, l'interdit avoit recouvré la raiſon, & qu'il demande permiſſion de faire preuve de ce fait, cette preuve ne doit point être admiſe, ſi le recouvrement de la raiſon n'eſt annoncé par pluſieurs actes de ſageſſe, antérieurs & ſubſéquents à l'acte, de la validité duquel il eſt queſtion : ce ſont ces actes qui prouvent le fait, & la juſte application du principe qu'on vient de poſer.

L'uſage du châtelet ſur ce, eſt que pour admettre en tel cas la preuve teſtimoniale, il faut qu'il y ait du fait un commencement de preuve par écrit. Cela réſulte de l'ordonnance & de la diſpoſition du droit civil.

XXIII. Ceſſans ces actes réitérés, la préſomption eſt, que l'interdit étoit, lors de l'acte, dans le même état qu'il étoit lors de la ſentence d'interdiction, que les parens, ni

le juge n'ont pas trouvé à propos de détruire : c'eſt un bon guide qu'il ne faut pas perdre de vue tant qu'il n'eſt pas écarté ; mais la preuve ſeroit bien plus admiſſible, ſi l'avis des parens, qui a précédé l'interdiction, prouvoit que la démence n'étoit que par intervalle ; ce ſeroit un commencement de preuve par écrit, de ce fait.

Voyez M. Ricard, des donat. partie 1, chap. 3, ſect. 3, num. 154, pag. 35.

XXIV. Dans le cas de la démence par intervalle, quoique la fonction du curateur doive ceſſer pendant les intervalles dilucides, cependant la charge de curateur dure pendant la vie de l'interdit, & ce, pour éviter à chaque rechûte, une nouvelle nomination, qui ſeroit ruineuſe & embarraſſante : c'eſt raiſon civile, c'eſt diſpoſition ſalutaire & adoptée.

C'eſt ce que dit la loi 6, au cod. *de curat. furioſo.*

SECTION II.

Des interdits pour prodigalité.

DISTINCTION PREMIERE.

Quels ſont ces interdits, & quelle eſt leur incapacité.

XXV. La prodigalité étant une folie commencée, le prodigue, ſur l'avis de ſes parens, eſt interdit par le juge, de la conduite de ſes affaires & du maniement de ſes biens, & l'on en donne la charge à un curateur ; cela ſe fait pour ſon propre avantage.

Lege XII. *Tabularum prodigo interdicitur bonorum ſuorum adminiſtratio*, l. 1, §. *ult.* ff. *de tut. & curat. dandis* ; M. Ricard, des donations, pag. 34.

XXVI. La prodigalité doit être juridiquement prouvée, & ſans preuve, la demande en interdiction doit être rejettée ; cette preuve doit être ſa baſe, ſans cela, l'état des concitoyens ſeroit expoſé à la cupidité de leurs parens.

Si talem hominem invenerint, même loi.

XXVII. L'interdiction pour prodigalité peut être reſtreinte aux actes d'aliénation, & à ceux qui y ont trait ; mais ſi l'interdiction n'eſt pas ainſi reſtreinte, elle tombe même ſur les revenus ; en effet, en ce cas, elle eſt générale : elle influe donc ſur tout, & place l'interdit dans l'état d'un vrai pupille.

Cette reſtriction eſt uſitée au châtelet. Voyez la propoſition ſuivante qui la développe.

XXVIII. Cette reſtriction n'opere autre choſe, ſinon que celui qui a été ainſi interdit pour prodigalité, eſt capable de recevoir ſes revenus ſeulement, & non d'autre adminiſtration ; laquelle limitation ceſſante, il ſeroit incapable de toute adminiſtration.

Par arrêt du 21 mars 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 44, il a été jugé qu'un interdit, étant patron laïc, ne pouvoit préſenter à un bénéfice, quoique telle preſentation ne fût pas acte d'aliénation.

☞ Ce n'eſt point acte d'aliénation, mais acte où il faut du diſcernement & de la réflexion, qui ne ſont point à ſuppoſer dans un interdit, même pour prodigalité. D'un autre côté, ſon intérêt perſonnel & ſon penchant à la diſſipation, pourroient l'empêcher de faire un juſte choix en pareil cas.

XXIX. Mais il ne peut paſſer des baux, ſans l'aſſiſtance de ſon curateur, quoiqu'on lui ait laiſſé la capacité de recevoir ſes revenus : ces derniers actes ſont fort différens des autres.

Tel eſt l'uſage du châtelet, parce que cette capacité limitée ne peut être étendue d'un cas à un autre ſur la queſtion de ſavoir ſi l'interdit, pour prodigalité peut teſter : voyez le titre des teſt. cela demande un examen particulier ; on le fera dans ſon ordre.

XXX. Lorſque cette interdiction n'eſt pas reſtreinte, l'interdit eſt, à tout égard, comme un véritable pupille ; & ſon curateur fait, à l'égard de tous ſes biens, les fonctions d'un véritable tuteur : c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt eſpece de minorité prorogée par la juſtice.

De-là il s'enſuit qu'il ne peut plus valablement s'engager pour telles cauſes que ce ſoit. Voyez l'arrêt du 11 février 1633, rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 2, ch. 10 ; c'eſt la ſuite de l'incapacité ci-deſſus établie, & la fin de l'interdiction, c'eſt-à-dire, celle à laquelle elle tend.

XXXI. La preſcription ne court point contre ces interdits, ils jouiſſent des priviléges des mineurs, ils ne peuvent agir ; impuiſſance qui ſuſpend toute preſcription.

Contra non valentem agere non currit preſcriptio. Voyez le titre des preſcriptions ; & la coutume dit, *âgés & non privilégiés* ; ce qui comprend les interdits. Voyez le titre de la preſcription.

DISTINCTION II.

De la forme de cette interdiction, & quand elle commence.

XXXII. L'interdiction pour prodigalité étant un empêchement plus civil que naturel, & la prodigalité dépendant de pluſieurs actes réitérés, cette interdiction tire toute ſa force de la ſentence qui la contient ; propoſition générale qu'on va développer par ſes conſéquences : ainſi ceſſant une telle

ſentence, il ne peut y avoir d'interdiction pour prodigalité.

C'eſt le ſentiment de M. Ricard, traité des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 3, num. 147, pag. 34. Voyez la propoſition qui ſuit, & c'eſt le droit commun du royaume.

☞ Les ſentences des premiers juges, concernant les interdictions des prodigues ou des inſenſés, doivent être exécutées, nonobſtant & ſans préjudice de l'appel, ſans que l'on puiſſe accorder des défenſes. Réglement du 29 janvier 1658; journal des audiences, tome 2, l. 1, chap. 34.

XXXIII. De-là, nul n'eſt interdit pour prodigalité, s'il n'eſt déclaré tel en juſtice; c'eſt ſon autorité ſeule qui produit une telle interdiction, & non la nature.

M. Ricard, au nombre cité ſur la propoſition précédente; M. le Maître, tit. 14, page 432, ſauf l'explication qui ſuit.

XXXIV. Cependant, cette interdiction commence du jour de la requête que les parens ont préſenté pour y parvenir; ſi par la ſuite elle eſt prononcée, le contraire auroit trop d'inconvéniens; il a fallu y parer, & c'eſt ce que la juriſprudence a fait par cet effet rétroactif.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la propoſition ſuivante.

☞ Cependant, voyez l'arrêt du 24 mars 1564, cité par Papon, & celui du 11 février 1633, rapporté par Bardet, tome 21, page 130, qui ſemblent juger que l'interdiction ne commence que du jour de la ſentence qui l'a prononcée.

XXXV. Sans cette rétrogradation, celui qui mérite d'être interdit, ſe mettroit à couvert de l'interdiction, en contractant des engagemens envers les perſonnes qui lui ſeroient affidées, dans le tems intermédiaire qui s'écouleroit entre la requête & la ſentence: cette juriſprudence a donc ſa racine dans les premiers principes de l'ordre judiciaire, ſur la pleine exécution des décrets & des ordonnances de juſtice.

C'eſt ſur cet inconvénient, qui iroit à énerver la ſentence d'interdiction, que la juriſprudence, alléguée ſur la propoſition précécente, eſt fondée.

DISTINCTION III.

De la notification de la ſentence d'interdiction, pour prodigalité.

XXXVI. La ſentence d'interdiction pour prodigalité, doit être ſignifiée à tous les notaires de la ville, dans laquelle l'interdit eſt domicilié; autrement l'interdiction d'un particulier ſeroit un piege pour les autres: cependant cette ſignification étant faite dans un tems brief, elle a un effet rétroactif.

Tel eſt l'uſage du châtelet; j'y trouve des inconvéniens, & il me paroît que ceux qui ont contracté avec l'interdit, ſont favorables, tant qu'ils ont ignoré ſon état; mais ce ſont inconvéniens de part & d'autre, & il a fallu ſaiſir le parti dans lequel il y en avoit moins.

XXXVII. Ceſſant cette ſignification, les engagemens contractés par l'interdit, ſont valables, nonobſtant la ſentence: la validité en ce cas de l'engagement, eſt fondée ſur ce que l'interdiction pour prodigalité, ne ſe manifeſtant pas d'elle-même, ne peut être connue que par cette voie, & que ſans cela l'interdiction ſeroit un piege pour le public: ce qu'on ne peut admettre, ſauf à rejetter le dol.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 37.

XXXVIII. De ce que deſſus, il s'enſuit que l'obligation paſſée par l'interdit depuis la ſignification, eſt nulle par le plus grand des défauts, par l'incapacité; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Nullus eſt defectus major quàm poteſtatis.

XXXIX. Cette nullité eſt abſolue, elle eſt nulle, tant à ſon égard, qu'à l'égard de tous ſes repréſentans; & ſans cela, l'effet de l'interdiction ſeroit imparfait: il eſt donc juridique de la rendre abſolue.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; autrement, & ſi l'effet de cette interdiction étoit bornée à l'interdit, elle ſeroit un reméde bien peu efficace; & c'eſt le droit commun de la France.

XL. Dans le cas de cette nullité, le notaire qui a reçu l'obligation eſt garant envers le créancier, c'étoit à lui à l'inſtruire de l'état public du débiteur; ſilence d'où réſulte la juſte garantie qui milite en ce cas contre lui.

Arrêt du 17 janvier 1662, rapporté par M. Soëfve, tome 2, cent. 2, chap. 53; ce qui eſt fondé ſur la propoſition qui ſuit, qui pourvoit à la ſûreté du notaire.

XLI. Pour rendre ces interdictions publiques, les notaires ſont aſſujettis d'avoir dans leurs études une liſte des interdits; il y en a arrêt de réglement, & il leur annonce continuellement ce qui leur a déjà été ſignifié.

Voyez le chapitre 31 du quatrieme livre du deuxieme volume du journal des audiences, où ſe trouve l'arrêt du 17 janvier 1662, rapporté par M. Soëfve, & ci-deſſus cité.

XLII. Cette liſte ou tableau, n'empêcheroit pas la garantie contre le notaire, encore que l'interdit qui a contracté devant lui y fût inſcrit, parce que, outre ce, il doit avertir le créancier de l'interdiction, comme on l'a déja dit; ſinon & faute de mention dans ſon acte, il y a garantie formelle, c'eſt à lui à avertir de ce que ſon tableau lui annonce;

mais a yant averti, il n'y a plus de garantie contre lui.

Voyez l'arrêt cité ſur les deux dernieres propoſitions ; en effet, s'il a averti, & que l'obligation en faſſe mention, il n'eſt plus garant, le créancier a contracté avec connoiſſance ; il doit donc en ce cas s'imputer à lui-même l'inſuffiſance & l'imperfection de ſon titre, par l'incapacité qu'on lui a fait connoître, de celui avec qui il a contracté ; c'eſt ce qui réſulte de l'arrêt cité.

DISTINCTION IV.

Comment finit l'interdiction pour prodigalité.

XLIII. Cet empêchement étant civil non naturel, ne peut être levé que par un jugement contraire à celui qui l'a établi ; nul autre acte ne peut l'effacer : il faut ſentence pour le faire, la juſtice pouvant ſeule lever ce qu'elle a établi.

Voyez M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſection 3, num. 148, & ſuivans, page 34 & 35. M. Bardet, tome 1, liv. 2, chap. 71. M. Lapeyrere, lett. D, déciſion 159, page 349. M. le Maître, tit. 14, part. 2, page 432 de la deuxieme édition.

XLIV. Le juge ne doit s'aſſurer de la réſipiſcence de l'interdit, que par les ſuffrages de ceux qui ont aidé à le faire interdire, s'ils ſont vivans ; ce ſont les plus ſûrs certificateurs qu'il peut y avoir ſur ce.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, conformément aux autorités qu'on vient de rapporter.

XLV. L'interdiction pour prodigalité finit comme elle commence ; elle finit du jour de la requête préſentée au juge à cet effet, ſi dans l'événement l'interdiction eſt levée.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la régle de droit, que les liens ſe briſent par le contraire de ce qui les a formés, & c'eſt une juſtice qui étoit dûe à l'interdit.

XLVI. La ſentence qui leve l'interdiction, doit être ſignifiée aux notaires ; mais l'omiſſion de cette précaution n'empêcheroit pas que la main-levée de l'interdiction n'eût toujours lieu ; & par la levée de l'interdiction, l'interdit rentre dans tous ſes droits & dans la capacité que l'interdiction avoit ſuſpendus : l'autorité de la juſtice, quant à ce, conſomme tout, ſa notification eſt ſurabondante.

Voyez la loi 1, ff. *de curatorib. furioſo.*

XLVII. De-là il s'enſuit qu'il entend & débat valablement le compte de ſa curatelle ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente, puiſque par la main-levée de l'interdiction, il rentre dans tous les droits des citoyens.

Tel eſt, ſur ce, l'uſage du châtelet, fondé ſur la loi qu'on vient de citer.

SECTION III.

Des engagemens des curateurs des interdits, ſoit pour démence, ſoit pour prodigalité.

XLVIII. Ils doivent ſe conformer à la ſentence qui contient leur nomination, c'eſt leur loi ; ils ne peuvent donc dans leur adminiſtration s'écarter de ſa diſpoſition.

L. 1, ff. *ubi puer educ.* l. 2, §. 1, *eod. tit.* C'eſt raiſon écrite ; & comme telle, elle eſt adoptée.

XLIX. Si cette ſentence régle la dépenſe de l'interdit, tant pour ſa nourriture, que pour ſon entretien, ils ne peuvent pas excéder cette fixation ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

C'eſt cette fixation qu'on ſuit au châtelet, dans le compte que le curateur rend de ſon adminiſtration ; encore une fois, la ſentence qui contient cette fixation, eſt ſur ce, la loi ; c'eſt ce qui réſulte de celle qu'on vient de citer.

L. Ils doivent incontinent après l'acceptation de la charge, faire procéder à l'inventaire des biens de l'interdit, vendre les meubles, en ne laiſſant à l'interdit que ceux qui lui ſont néceſſaires, & ils doivent faire faire cette vente au plus tard dans les ſix mois ; tels ſont leurs engagemens principaux, puiſqu'ils ſont aſſimilés à des tuteurs, & que tels ſont les engagements de ces derniers.

L. 4, cod. *de adminiſt. & peric. tut.* l. 7, §. 1, ff. *de adminiſt. & peric. tut.* Art. 102 de l'ordonnance d'Orléans ; cette loi & cette ordonnance s'appliquent à ces curateurs, qui ſont regardés comme des tuteurs, & qui n'en différent que de nom.

LI. Le principal ſoin du curateur d'un imbécille, eſt de pourvoir à la ſûreté de la perſonne de l'interdit ; tel eſt le vœu de la loi, telle eſt ſa fin.

Perſonæ & rebus datur. La conſervation de la perſonne doit donc être le premier objet de ſes ſoins.

LII. Le curateur eſt tenu de faire emploi du prix des meubles, de même qu'un tuteur, dont il ne différe que de nom, ainſi qu'on l'a déjà dit.

L. 5, ff. *de adminiſt. & peric. tut.*

LIII. Il doit faire emploi de l'excédent des revenus ; lorſque cet excédent eſt ſuffiſant pour être placé, il tient lieu d'un tuteur : il doit donc en remplir les fonctions ; on les a ci-devant établies.

L. 7, §. 12, ff. *de adminiſt. & peric. tut.* Voyez ci-deſſus ce qui a été dit de l'emploi que le tuteur doit faire ; il s'applique ici.

LIV. La curatelle étant finie, le curateur doit

doit rendre compte devant le juge qui l'a nommé, de même qu'un tuteur le doit à la fin de la tutelle ; c'eſt le dernier engagement qui réſulte de ſa qualité, & par lequel il doit prouver l'accompliſſement des autres.

L. 9, cod. *arbitrium tutelæ*. Voyez l'ordonnance de 1667.

LV. Si la dépenſe de l'interdit n'a pas été reglée, on la régle par le compte, ſuivant la fortune & l'état de l'interdit ; même régle, même uſage quant à ce, que par rapport au mineur.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt droit commun, tel curateur étant aſſimilé au tuteur.

LVI. Faute d'emploi, le curateur, ſemblable au tuteur, eſt tenu de l'intérêt, il doit s'en charger en recette par ſon compte, ce qui s'entend principalement des fonds qui lui ſont rentrés ; mais à l'égard de l'accumulation des revenus, ainſi que du mobilier exiſtant, la déciſion de la queſtion de ſçavoir, ſi le curateur ſe chargera en recette des intérêts de leur montant, doit ſe renvoyer au calcul général du compte ; ſur quoi on peut appliquer ce qui a été dit ſur le compte de tutelle, étant inutile ici de le répéter.

Voyez au livre des actions, le chapitre de l'action en reddition de compte de tutelle, & ci-deſſus le chapitre des tuteurs.

LVII. Tout ce qu'on a dit ci-deſſus, touchant la nomination, le pouvoir & les fonctions des tuteurs, milite à l'égard des curateurs des interdits, ainſi que les autorités ; ce ſont de vrais tuteurs ſous un nom différent.

Voyez le chapitre 2, ci deſſus.

CHAPITRE CINQUIÉME.

DES PRIVILEGES DES MINEURS ET DES INTERDITS.

I. LE mineur ne contracte que ſous le bénéfice de la reſtitution en entier, & avec le privilége d'être remis dans l'état qu'il étoit avant l'acte qu'il a paſſé, ſi par icelui il eſt lézé. Tel eſt le privilége de ſon âge, fondé ſur ſon inexpérience, & la protection que la loi lui accorde pour ſe mettre à couvert de ſes effets, parce que par la foibleſſe du ſujet, elle eſt elle-même ſon premier tuteur.

Multorum inſidiis expoſitum auxilium eis prætor hoc edicto pollicitus eſt, l. 1, ff. *de minor.* c'eſt droit commun, & généralement adopté.

II. Ce privilége ne réfléchit pas contre lui : le majeur qui eſt engagé envers lui, l'eſt irrévocablement ; c'eſt la condition de ce dernier, & le privilége établi en faveur du mineur, ne s'interprête pas contre lui.

Telle eſt la juriſprudence, dans le cas même des actes ſynallagmatiques, fondée ſur le principe de droit, qui contient la propoſition, & que la raiſon & l'équité ont dicté.

III. Le mineur qui s'eſt dit majeur, n'en eſt pas moins reſtituable ; la foibleſſe qui lui a fait ſouſcrire l'acte, l'a conduit à cette fauſſe déclaration, c'eſt ce qu'on doit préſumer ; ainſi cette déclaration ne fait aucun obſtacle au bénéfice de reſtitution, comme on l'a deja ci-deſſus dit. Il eſt étrange qu'il ait fallu un certain tems pour ſentir cette exacte vérité.

Par la juriſprudence des arrêts, la diſpoſition de la loi 2, au cod. *Si min. maj. ſe dixer.* eſt rejetté : ils ſont rapportés ſous le titre des reſtitutions en entier ; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

☞ Voyez l'arrêt ci-devant cité ſur les effets de la minorité.

IV. L'émancipation n'empêche pas le bénéfice de la reſtitution, ſon effet eſt borné aux actes d'adminiſtration, & ne va au-delà, & ne peut donc y faire obſtacle, ſi ce n'eſt relativement à un marchand ou un banquier qui s'engagent pour le fait de leur commerce ou de leur banque, comme on l'a expliqué par le chapitre troiſieme ci-deſſus ; auxquels cas ces mineurs légalement émancipés, n'ont de baſe pour la reſtitution en entier, que le dol perſonnel de ceux avec leſquels ils ont contracté.

Voyez Domat, liv. 4, tit. 6, ſect. 2, num. 22.

V. Il en eſt de même de la majorité coutumiere, comme on l'a déja vu ; c'eſt émancipation légale, elle n'a pas plus d'effet qu'elle.

Voyez ci-deſſus le chapitre des émancipés, & ci-après celui des reſtitutions en entier.

VI. Le privilége de reſtitution paſſe aux héritiers des mineurs, ils la leur tranſmettent : en effet, c'eſt une action qui fait partie de leur ſucceſſion ; preuve de cette tranſmiſſion.

Non ſolùm minoribus, verùm ſucceſſoribus quoque minorum datur in integrum reſtitutio, & ſi ſint ipſi majores, l. 8, §. *ult.* ff. *de min.*

VII. Ce même privilége de reſtitution en entier a lieu contre un autre mineur, ce privilege étant indépendant de la faveur & de la qualité de celui contre lequel il

réfléchit ; il suffit que celui qui l'exerce en ait le droit.

C'est la disposition de la loi 11, §. 6, *de min.* elle est adoptée.

VIII. Pour obtenir la restitution en entier, le mineur doit obtenir des lettres en chancellerie, parce que les actes qu'il passe, ne sont pas nuls de droit, mais annullés, s'il y échoit ; il faut donc lettres pour parvenir à la restitution, ce qui ne tombe pas sur les nullités portées par les ordonnances qui se proposent efficacement sans lettres.

Cette proposition est fondée sur la maxime, que les voies de nullités n'ont pas lieu en France, ce qui ne s'entend que de celles établies par le droit civil, & non de celles établies par les ordonnances & par les coutumes, pour l'allégation efficace desquelles, il n'est pas besoin de lettres-royaux ; telle est la jurisprudence, & c'est droit commun.

IX. Il n'en est pas de même des curateurs des interdits ; pour faire annuller les actes passés par l'interdit, il ne faut pas des lettres, parce que ces actes sont nuls par le droit commun, & non simplement par le droit civil : c'est suite de la proposition précédente, c'est une suite de l'interdiction.

On ne doit, en ce cas, les obtenir que par surabondance, la notification de la sentence d'interdiction ayant ôté toute capacité à l'interdit.

CHAPITRE SIXIEME.

DES INCAPABLES.

SECTION PREMIERE.

DES INCAPABLES DE SUCCEDER.

I. LA religion, la pureté des mœurs, l'ordre public, la décence extérieure & la juste sévérité du droit civil, concourent à rendre les bâtards incapables de succéder ; c'est la loi de la nation, qui d'intelligence avec la nature, défére les successions, mais la nature seule ne peut le faire ; fondement inébranlable de leur incapacité, qu'on a déja annoncé en examinant leur qualité, l'ordre oblige de le reprendre ici.

Vulgo quæsitos nullos habere agnatos manifestum est, §. 4, *inst. de succes. cognat.* Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 10, & c'est la disposition de la coutume en l'art. cité sur la proposition qui suit, & c'est le droit commun du royaume.

II. Ils sont incapables de retraire, cette incapacité dérive de l'autre ; qui ne peut succéder, ne peut retraire.

C'est la disposition de l'art. 158 de la coutume. Incapacité de retraire que la coutume fonde avec raison sur l'incapacité de succéder ; ainsi, cet art. 158 de la coutume, établit la double incapacité.

III. Le mort civilement est incapable de toute succession ; en effet, par la mort civile il a été retranché de la société : on ne parlera pas ici des autres incapacités à succéder, quoique cette incapacité soit un des aspects sous lesquels les personnes doivent être considérées, parce que ces incapacités sont encore plus du titre des successions ; c'est donc sous ce titre, comme le vrai siége de cette matiere, qu'on traitera de toutes ces incapacités, & qu'on approfondira les deux qu'on ne vient ici que d'effleurer par la nécessité de l'ordre, & pour conduire le lecteur à l'endroit où il trouvera l'examen de ces incapacités, où l'on examinera pareillement celle que le jésuite peut encourir, mais qu'il n'encourt qu'après un certain tems.

Qui ultimo supplicio damnantur, statum, & civitatem, & libertatem perdunt, l. 29, ff. *de pœnis* ; ce qui embrasse celui qui a fait profession en religion, quoique sa mort civile soit honorable, & la part que le religieux auroit eu, accroît aux autres, comme s'il étoit mort naturellement & non au couvent, pourquoi nous rejettons l'authentique, *Ingressi*. Edit de François I, de 1532, art. 337 de la coutume. Loix salutaires qu'on ne peut trop maintenir dans leur vigueur ; le contraire étoit un abus manifeste.

☞ La distinction annoncée par la derniere partie de la proposition, porte maintenant à faux, à l'égard des jésuites, attendu l'entiere dissolution & extinction de cette société en France.

SECTION II.

Des incapables de donner & de recevoir.

DISTINCTION PREMIERE.

Des incapables de donner.

IV. Les conjoints par le mariage ne peuvent se donner, ni recevoir l'un de l'autre, leur union ne doit pas être vénale, & la vénalité lui feroit perdre son prix, telle est la juste base de cette incapacité salutaire pour toutes les familles ; la capacité contraire a des inconvenients infinis, que le préjugé seul peut méconnoître.

Art. 182 de la coutume, ce qu'on examine plus à fond ſur le titre des donations.

V. Cette prohibition comprend toute diſpoſition indirecte, toute abſtraction faite de la dénomination de l'acte qui pourroit l'opérer, ſans cela la loi ſeroit imparfaite.

La coutume dit, *directement ni indirectement*, ce qui établit la propoſition.

VI. Par une ſuite de ce principe, ils ne peuvent, par le contrat de leur mariage, ſe procurer la liberté de contrevenir à cette prohibition, cette liberté ſeroit contravention à la loi, & par conſéquent doit être rejettée; prohibition qui ne s'étend pas aux autres coutumes.

Mais lorſque la loi de leur domicile eſt prohibitive, peuvent-ils ſe donner des biens ſitués dans des coutumes qui leur permettent de ſe donner? M. Ricard, du don mutuel, chap. 7, num. 328, page 85, eſtime qu'ils ne peuvent ſe donner de tels biens. Voyez ci-après le chap. 4 du tit. 11 du préſent livre, où il eſt traité de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel, dans lequel endroit on examine cette queſtion, comme étant le vrai ſiége de la matiere : il ſuffira d'obſerver ici en général qu'ils le peuvent, & que par la juriſprudence, l'opinion que M. Ricard a eu ſur ce, n'eſt pas ſuivie; en effet, elle n'eſt nullement juridique, chaque coutume devant avoir ſon empire ſur les biens qui ſont ſitués dans ſon étendue.

VII. Cette incapacité des conjoints dans la coutume de Paris & autres ſemblables, à pouvoir, par le contrat de leur mariage, ſe ménager des moyens ou des ouvertures à ſe procurer des avantages pendant le cours d'icelui, eſt fondé ſur ce que différer dans un tems prohibé, l'exécution libre d'ue liberalité, ou la faire & la conſommer dans ce tems, eſt une même choſe, ce ſeroit anéantir la prohibition.

Paria ſunt aliquid fieri tempore prohibito, aut conferre in tempus prohibitum, M. Dumoulin. Exacte explication de l'eſprit du droit coutumier : il ſeroit à ſouhaiter qu'il fût général.

VIII. Cette incapacite embraſſe les concubinaires, ils ne peuvent ſe donner l'un à l'autre, l'effet d'une paſſion criminelle eſt encore plus à craindre que celui d'un penchant licite; ſeconde incapacité quant à ce, & encore plus forte que la précédente; mais ſon application eſt ſouvent difficile, ſauf l'exception qui forme la derniere propoſition de cette ſection.

Mulier in quam turpis ſuſpicio cadere poteſt, nec in teſtamento militis capere poteſt. l. 41, §. 1, ff. *de teſt. milit.* La donation à elle faite ſous couleur de vente, eſt nulle. Arrêt du 25 février 1665, rapporté dans le deuxieme volume du journal des audiences; les donations déguiſées ſous l'apparence d'une obligation, ſont même nulles. Arrêt du 21 août 1674, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences. Voyez le quatrieme volume, liv. 8, chap. 46; la pureté des mœurs ſe joint ici à l'impérieuſe & politique diſpoſition de la loi civile.

IX. A plus forte raiſon comprend-elle les adulteres, ils joignent l'horreur à l'effet orageux du vice; troiſieme incapacité encore plus marquée que les précédentes, & les motifs y ſont encore plus forts.

La loi qu'on vient de citer a lieu à plus forte raiſon dans le cas de cette propoſition : c'eſt droit commun dans le royaume.

X. Cependant les concubinaires, même les adulteres, peuvent ſe donner des alimens, parce que pour être capable d'une telle diſpoſition, il ſuffit de vivre, & que la loi, comme on l'a déja dit ſur d'autres cas, tempere ſa ſévérité par le droit naturel; c'eſt favorable exception à la rigueur de la regle, & c'eſt cette juſte faveur & les limites d'une telle diſpoſition qui la ſoutiennent.

Civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt, lib. 8, ff. *de cap. diminut.* Voyez la loi *cùm Ulpianus*, ff. *de interdict. & relegatis liceat eis ad victum & ad alios uſus neceſſarios relinquere, &c.* Diſpoſition qui s'applique à tout prohibé, à tout incapable.

DISTINCTION II.

De la limitation à la prohibition de s'avantager entre conjoints.

XI. La loi leur permet de ſe faire un don mutuel en certain cas; c'eſt une ſage politique qui les conduit à la collaboration, & juſte exception à la regle générale : la ſageſſe l'a établi, la même ſageſſe l'a limité pour une fin qui leur étant utile, l'eſt même à leurs héritiers.

C'eſt la diſpoſition de la coutume, art. 280, faculté dont il ſera ci-après traité dans ſon ordre, dans le quatrieme livre qui contient les différentes manieres de diſpoſer des biens; il ſuffit ici de marquer cette capacité pour ce : la propoſition ſuivante contient les moyens principaux qui fondent cette capacité.

XII. L'égalité de cet avantage, la légitimité de ſon motif, qui aſſure à chacun d'eux la jouiſſance de ce qui provient de la collaboration, l'ont fait autoriſer; tels ſont les motifs de cette juſte exception : & outre cet avantage licite, ſi les conjoints poſſédent des biens dans des coutumes, qui ne défendent pas les avantages entr'eux, ils en peuvent diſpoſer en faveur l'un de l'autre; ſeconde exception à la regle générale, fondée, comme on l'a dit, ſur l'effet que produit la diſpoſition d'une telle coutume, ce qui ne ſeroit pas s'il y avoit une entiere unanimité entre toutes.

Voyez ci-après le titre des donations, dans le livre 4, & dans celui-ci le titre du ſtatut perſonnel & du ſtatut réel. M. Ricard a penſé le contraire; mais, comme on l'a déja obſervé, ſon opinion n'eſt pas ſuivie.

XIII. La raiſon de ce, eſt que cette prohibition eſt un ſtatut réel & non un ſtatut perſonnel, & qu'une coutume n'a plus d'empire au-delà de ſon territoire, ce qui fonde la propoſition précédente; c'eſt ici l'autorité de chaque coutume qu'il faut reſpecter plus que la raiſon & la ſaine politique.

Voyez le chap. 4 du tit. 11, ci-après, où cela eſt établi.

DISTINCTION III.

Des incapables de recevoir.

XIV. Le bâtard né de perſonnes libres, peut recevoir d'eux une diſpoſition particuliere; mais il eſt incapable d'une diſpoſition univerſelle, comme on l'a déja vu; quatrieme ſorte d'incapacité à recevoir: mais plus étendue à l'égard des bâtards inceſtueux ou adultérins.

Civilis ratio naturalia jura corrumpere non poteſt, l. 8, ff. *de capit dimin.* Voyez M. de Montholon, & ci-devant le chap. des bâtards; M. Ricard, des donations, premiere partie.

XV. La légitimation par lettres, ne leve cette incapacité du bâtard, à recevoir des diſpoſitions univerſelles de ſes pere & mere, que dans le cas qu'elles l'habilitent à ſuccéder: c'eſt de cette ſeule habilité qu'il peut tenir la capacité de profiter d'une telle diſpoſition.

Voyez l'arrêt du 23 mars 1656, rapporté par Soëfve, tome 2, centurie premiere, chap. 17. M. Ricard, des donations, partie premiere, ch. 3, ſect. 8, num. 441, & ci-devant le chap. de la légitimation des bâtards; l'ordre, ainſi que la connexité des matieres, exigent ces répétitions.

XVI. Lorſque le pere ou la mere du fils naturel ont des enfans légitimes, le bâtard eſt incapable de recevoir de celui qui a des enfans, plus que le moins avantagé des enfans légitimes; la juſte faveur que méritent ces derniers, a conduit à cette limitation.

Voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 38.

XVII. Les bâtards adultérins, les inceſtueux, ne peuvent recevoir de leurs pere & mere que de ſimples alimens; la diſpoſition qui iroit au-delà en leur faveur ſeroit nulle: ainſi différence entiere à faire entre les différents bâtards, les premiers méritent une faveur dont les derniers ſont indignes.

Liceat eis ad victum & alios uſus neceſſarios relinquere; cette diſpoſition milite pour tous les incapables, ne pouvant être plus défavorable que le condamné & le mort civilement, qui, ſuivant la loi 29, ff. *de pœnis, perdunt ſtatum, libertatem & civitatem.* Arrêt du 24 juillet 1604, rapporté par M. Bouguier, let. B, num. 1.

XVIII. C'eſt à la vérité une grace que d'autoriſer une telle diſpoſition en leur faveur; mais les beſoins de la vie la fondent, ainſi que celle qui ſeroit faite en faveur d'un homme mort civilement.

Si in metellum damnato quid extra cauſam alimentorum relictum fuerit pro non ſcripto eſt, l. 3, §. 1 *de his qui pro non ſcripto.* Voyez M. Ricard, en ſon traité des donat. partie 1, chap. 3, ſection 4, num. 265, pag. 57; M. le Maitre, titre 14, pag. 439.

XIX. Les tuteurs & curateurs ſont incapables de recevoir de ceux qui ſont ſous leur puiſſance; cinquieme ſorte d'incapacité de recevoir qu'on doit à la ſageſſe de nos ordonnances, fondée ſur la crainte qu'ils n'abuſent de leur puiſſance.

☞ Excepté quand le mineur légue à ſon tuteur, qui eſt ſon héritier préſomptif, autant qu'il prendroit dans ſa ſucceſſion *ab inteſtat*; car celui-là ne donne pas, qui donne ce qui eſt accordé par la loi & les réglemens qui défendent de donner au tuteur, ne ſont relatifs qu'à l'adminiſtration, & n'influent point ſur la qualité d'héritier.

Voyez l'ordonnance de François II de 1539, art. 131, & la déclaration du mois de février 1549, enſemble la propoſition qui ſuit. C'eſt ſur ces ordonnances qu'on a formé l'art. 276 de la coutume.

XX. Cette incapacité eſt fondée ſur la crainte qu'ils n'abuſent de leur autorité, & la précaution de la loi rend cet abus inutile, s'ils y tombent, & ce, par le vice radical d'une telle diſpoſition à laquelle la contrainte, par une juſte préſomption, eſt regardée comme ayant donné l'être plutôt qu'une libre volonté.

Voyez le titre des donations où cela eſt établi; c'eſt le vrai ſiege de cette matiere, ſauf l'exception qui ſuit, que la nature fonde, & que le droit civil confirme.

XXI. Cependant les pere & mere non remariés, quoique tuteurs, ne ſont point compris dans cette prohibition; c'eſt juſte exception à cette cinquieme incapacité: mais le convol les y replace, il efface la juſte préſomption qui militoit en leur faveur.

Art. 276 de la coutume. Voyez le titre des donations, où cela eſt encore établi, comme étant le vrai ſiege de la matiere.

XXII. Une telle préſomption, quant aux pere & mere, tuteurs & non remaries, fonde leur capacité; en effet, on doit préſumer que c'eſt la tendreſſe du fils envers ſon pere, non l'abus de l'autorité de ce dernier, qui a donné lieu à la diſpoſition: cette préſomption eſt trop naturelle pour s'en écarter, trop forte & trop juſte pour l'étouffer; elle leve donc cette incapacité que la qualité de tuteur peut faire naître, mais qui doit céder à celle d'aſcendant.

Cela eſt établi ſur le titre des donations, & c'eſt la diſpoſition de la coutume.

XXIII. Par le même principe d'incapacité, & la crainte de l'abus du pouvoir, les précepteurs & pédagogues ſont incapables de recevoir de leurs écoliers; ſixieme ſorte d'incapacité de recevoir: elle a une même baſe que celle qu'on vient d'expoſer, la crainte de l'abus de puiſſance que cette qualité donne.

Voyez ci-après le titre des donations: il ſuffit ici, en traitant ſeulement des perſonnes, de donner une idée des regles les plus générales de la capacité ou incapacité, c'eſt à quoi on ſe borne dans ce premier livre qui ne traite que des perſonnes & non des biens.

P XXIV. Les notaires, les procureurs étant regardés comme adminiſtrateurs, ſont incapables de recevoir de leurs cliens, des donations, lorſqu'au tems d'icelles, ils ſont chargés d'affaires importantes, & qu'ils en ont la direction: mais leur puiſſance qui n'a pour objet que la conſervation des biens, ceſſe-t-elle dans celui qui ſent qu'il va les perdre? ſeptieme ſorte d'incapacité: elle a une même baſe; on examinera la réflexion que contient la propoſition ſur le titre des donations & des teſtamens.

Voyez l'arrêt du 2 juin 1700, rendu au profit de M. Pillon, procureur au châtelet, il eſt rapporté par M. Augeard, tome 2, pag. 288; il confirme la propoſition, puiſque le legs fait au profit de M. Pillon, n'a été jugé valable par cet arrêt, qu'attendu ſon parfait déſintéreſſement; à l'égard des avocats, leur probité & leur déſintéreſſement les fait juger capables de l'une & de l'autre donation. En effet la juſtice étant toujours l'ame de leur conduite, il n'auroit pas été juſte d'appliquer à leur égard une loi qui ne les comprend ni dans ſa lettre, ni dans ſon eſprit, & de les rendre par une extenſion de cette loi, qui eſt de rigueur, incapables de profiter des témoignages qu'on rend à leur vertu. Si des perſonnes jalouſes de l'eſtime & de la conſidération que les avocats ſe ſont attirés, alléguent quelques préjugés contraires, ces préjugés ne peuvent affoiblir en rien ce qui eſt dit ci-deſſus; ces préjugés n'ayant été rendus que ſur des circonſtances particulieres, & contre des perſonnes qui n'avoient que la qualité d'avocat, ſans l'être. En effet, voyez ſur cela les arrêts cités ſur le titre des donations, le journal des audiences, tom. 1, pag. 881, & ci-deſſus, le chap. des avocats, où l'on a déja touché quelque choſe de cette capacité qui ne fait plus la matiere d'un doute.

XXV. Les confeſſeurs ſont compris dans cette incapacité, & ne peuvent recevoir de leurs pénitens, ſi ce n'eſt un legs très-modique, & comme un honoraire de leurs peines; huitieme ſorte d'incapacité de recevoir.

Cela eſt établi ſur le titre des donations. Ces incapacités ont toutes un même fondement, la crainte de l'abus de puiſſance.

XXVI. Les médecins, chirurgiens & apothicaires ſont incapables de recevoir par teſtamens de leurs malades, à moins qu'ils ne ſoient proches parens: neuvieme ſorte d'incapacité; cependant ils peuvent recevoir par donations entrevifs, la ſanté mettant à l'abri de leur puiſſance; c'eſt juſte exception.

Cela eſt établi ſur le titre des donations. Voy. un arrêt du 18 janvier 1662.

☞ Voyez cependant Denizart, *verbo* apothicaire, il rapporte un arrêt du 27 février 1740, confirmatif d'une ſentence du châtelet, qui a jugé valable le legs univerſel fait par la teſtatrice à ſon apothicaire, quoique fait dans ſa derniere maladie, où l'apothicaire avoit fourni les drogues & médicamens. Voyez auſſi l'arrêt du 31 août 1665, journal des audiences, tom. 2, liv. 7, chap. 31, par lequel le legs fait par un malade à ſon chirurgien, a été déclaré valable, lors duquel arrêt, M. Talon, avocat général, obſerva que les médecins & chirurgiens n'avoient jamais été jugés par les arrêts incapables de recevoir des legs, lorſqu'il s'eſt rencontré d'autres cauſes que leur art ſeul: comme dans l'eſpece de cet arrêt où il étoit conſtant que le chirurgien avoit vécu avec intimité avec le malade pendant pluſieurs années, & où d'ailleurs le teſtateur avoit ſurvécu près de deux mois depuis ſon teſtament, & l'avoit confirmé.

XXVII. La crainte que les uns & les autres n'abuſent de l'impreſſion qu'ils peuvent faire ſur les eſprits, eſt la baſe de cette incapacité, telle qu'on vient de l'expliquer.

Preſque toutes les incapacités de recevoir, forment des ſtatuts perſonnels, & par conſéquent ont lieu par-tout, indépendamment de la loi de la ſituation des choſes données. M. Ricard, en ſon traité du don mutuel, chap. 7, num. 79; mais il en faut excepter la prohibition entre conjoints, qui n'a pas une vraie baſe dans le droit public, comme les autres incapacités de recevoir dont on vient de parler; ce qu'on a expliqué ci-deſſus, peut-être ſeroit-il à ſouhaiter que cette prohibition fût générale?

DISTINCTION IV.

De la limitation en faveur des magiſtrats & autres.

XXVIII. Quoique les magiſtrats exercent une puiſſance publique, ils ſont néanmoins capables de recevoir de ceux qui ſont ſoumis à cette puiſſance; on en va voir la raiſon: poſons d'abord le principe général & l'autorité d'où on l'a tiré.

Sicut imperatoribus, ità quoque dignitate decoratis viris, tam hæreditatem quàm legatum relinqui poſſe, l. 16, cod. *de teſtament.*

XXIX. La raiſon en eſt ſenſible; c'eſt que la juſtice & l'intégrité ſont les ſources & la baſe de cette puiſſance, & que loin que la puiſſance publique puiſſe être injuſte, c'eſt d'elle d'où découlent l'ordre & la juſtice; d'où il faut néceſſairement conclure que la juſte puiſſance qu'exercent les magiſtrats, ne peut les placer dans l'incapacité de recevoir.

C'eſt la juſte obſervation que fait M. Ricard.

XXX. L'intendant, quoiqu'adminiſtrateur, n'eſt point incapable de recevoir de ſon maître, il obéit & ne commande pas: de-là

il s'enſuit donc que dans la theſe générale, il n'eſt pas incapable.

Hi omnes inviti adminiſtrant, gerunt & jubent, dit M. Dumoulin, ſur l'art. 131 de l'ordonnance de 1539, où, parlant des vrais adminiſtrateurs dont cette ordonnance parle, *Secùs ergo in theſaurario generali, cui jubetur & revocari poteſt ab adminiſtratione :* ce qui n'auroit pas lieu, s'il avoit converti ſa juſte dépendance en une eſpece de deſpotiſme ; en ce cas, il eſt incapable, ce qui eſt confirmé par M. Ricard.

TITRE SEPTIEME.

DE L'ETAT RELATIVEMENT A LA QUALITE DE SUJET DU ROI.

CHAPITRE PREMIER.

DES ÉTRANGERS ET DES INCAPACITÉS ATTACHÉES A LA PÉRÉGRINITÉ.

SECTION PREMIERE.

DES ACTES DONT L'ÉTRANGER EST INCAPABLE.

I. CELUI qui n'eſt pas né dans le royaume, pays, terres & ſeigneuries de l'obéiſſance du roi, ne peut tenir office, ni bénéfice en France ; ſa fidélité eſt ſuſpecte, tant qu'elle n'eſt pas conſtatée par l'adoption : premiere incapacité de l'étranger, qui a une judicieuſe & ſage politique pour baſe.

In orbe romano, qui ſunt in conſtitutione imperatoris antonini cives effecti ſunt, l. 17, ff. *de ſtat. homin.* Voyez Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 1 ; le Maître, tit. 15, page 489 ; l'ordonnance de Blois, art. 4. Quant à l'incapacité de poſſéder des bénéfices, elle eſt portée par l'ordonnance de Charles VII, du premier mars 1411, par celle de Louis XI, du 13 juin 1499, renouvellées par Louis XIV, en 1681 & 1683 ; c'eſt ſur ces ordonnances que l'art. 39 des libertés de l'égliſe gallicane a été compoſé. Voyez Bacquet, du droit d'aubaine, deuxieme partie, chap. 14, pag. 33. Sur la queſtion de ſçavoir, ſi l'étranger qui s'eſt établi en France, ceſſe d'être regardé comme étranger, lorſque le roi a conquis le lieu de la naiſſance d'un tel étranger. Voyez l'arrêt rapporté par M. Augeard, tome 1, chap. 88, page 687. Les Athéniens avoient une juriſprudence contraire ; c'étoit une politique bien mal-entendue, & dont ils ont éprouvé les funeſtes effets, en changeant, en étouffant, même par la ſuite, leur liberté & la conſtitution de leur gouvernement.

☞ Le roi accorde ſouvent des brevets à des étrangers, pour tenir office ou bénéfice en France ; mais ces permiſſions, quoique datées & énoncées dans les proviſions, n'empêchent pas que les biens qu'ils laiſſent en mourant, ne ſoient acquis au roi par droit d'aubaine, à moins qu'ils n'ayent précédemment obtenus des lettres expreſſes de naturalité, ou s'ils n'ont point d'enfans légitimes nés en France & y demeurans.

II. L'étranger ne peut plaider qu'il ne donne caution qui ſe ſoumet de payer le jugé, autrement il pourroit impunément troubler les ſujets du Roi : ſeconde incapacité que ſa qualité produit, & par laquelle notre juriſprudence a conſervé l'intérêt des particuliers, comme elle a conſervé ceux du Roi.

M. Robert, liv. 4, chap. 11 ; M. Bacquet, du droit d'aubaine, deuxieme partie, chap. 16, page 35 ; M. Chopin, du domaine, liv. 1, chap. 11, page 35.

☞ Jugé par arrêt du 12 août 1758, qu'un Hollandois ne devoit point donner la caution *judicatum ſolvi* dans une affaire où il s'agiſſoit d'un fait de commerce.

III. En défendant, la caution n'eſt pas néceſſaire, la défenſe eſt du droit naturel ; c'eſt juſte exception à la propoſition précédente : ainſi en ce cas, l'étranger n'eſt point tenu de donner caution.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ſeconde partie, ch. 16, num. 3, page 35.

IV. Mais elle eſt de néceſſité en demandant, encore que ce fût contre un autre étranger, la loi eſt générale & ne diſtingue pas : ainſi elle a donc lieu en faveur d'un autre étranger ; cependant, peut-il invoquer réguliérement la loi de la nation ?

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ſeconde partie, ch. 16, num. 2, page 35.

V. Ces incapacités auroient lieu, encore que l'étranger eût poſſédé office ou bénéfice en France, & qu'il y eût vécu longtems ; encore une fois la loi eſt générale, & la diſpenſe pour un cas n'emporte pas une diſpenſe générale.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 11, page 28. Cependant les proviſions d'un office à lui accordées par le roi, ſembleroient devoir le mettre à couvert de la néceſſité de caution; mais leur effet n'eſt que relatif, & les graces du roi ne préjudicient pas par ſa juſtice à des droits acquis aux autres.

VI. L'étranger ne peut diſpoſer par teſtament, des biens qu'il a en France; c'eſt faculté accordée ſeulement aux citoyens; troiſieme incapacité que ſa qualité entraine néceſſairement pour les biens qu'il a en France, parce qu'il ne les a acquis que par une contravention aux ordonnances qui les tranſmet au roi, ſauf l'exécution de ſon teſtament ſur ſes autres biens; il y a exception en faveur des Anglois.

Voyez la loi 1, *ad leg. falcid.* M. Ricard, des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 4, num. 209. M. le Maître, tit. 14, page 433. Quant à l'exception en faveur des Anglois, elle ne tombe que ſur le mobilier dont ils peuvent diſpoſer librement. Suivant la déclaration du 19 juillet 1739, les François jouiſſent d'un pareil droit en Angleterre, ce qui eſt conforme au traité d'Utrecht.

VII. Cette incapacité étant abſolue, eſt indépendante de la faveur de la diſpoſition, elle eſt attachée à la perſonne; ainſi toute diſpoſition teſtamentaire de ſa part, eſt nulle & de nul effet.

L'authentique *omnes peregrini*, n'a lieu en France; M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 18, num. 4, page 39. Cependant le teſtament qu'il a fait en France, étant revêtu des formalités, eſt bon & doit s'exécuter ſur les biens qu'il a hors le royaume; M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 18, à la fin; M. Lapeyrere, let. T, déciſ. 71, page 487. En effet, quant à ce, il n'y a pas dans ſa perſonne d'incapacité abſolue; elle n'eſt relative qu'à de certains biens, & ces biens exceptés, ſon teſtament doit avoir ſon exécution, par rapport aux autres biens, dès qu'il fait foi juridique de ſa volonté.

VIII. La raiſon de cette incapacité, eſt que la faculté de diſpoſer par teſtament, vient de la loi de la nation, au bénéfice de laquelle l'étranger ne participe pas; d'où il faut néceſſairement conclure que tout teſtament de ſa part, eſt nul à l'égard des biens qu'il laiſſe en France; ainſi pour cette nullité, concourent & le droit public, & le droit civil particulier.

Liber vivit, moritur ſervus. M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 17, num. 4, page 38, image exacte de l'état de l'étranger.

IX. Par le même principe, l'étranger ne peut recevoir par teſtament, ſon incapacité pour ce, eſt tant active que paſſive: quatrieme incapacité de l'étranger, qui conſerve les intérêts des ſujets du roi, en conſervant ceux de ſa majeſté.

Peregrini capere non poſſunt hæreditatem, l. 1, cod. *de hæred. inſtit.* Au moyen de ce texte, il y a lieu de s'étonner que M. Baſſet, tome 2, liv. 8, tit. 1, chap. 7, diſe que l'étranger ſoit capable d'un legs; mais il s'eſt réformé à la fin du même tome, page 531 & 532, où il rapporte un arrêt du 18 février 1675, à quoi il faut ſe tenir, puiſque certains étrangers, qui par le privilége accordé à leur nation, ſont exemts du droit d'aubaine, en ſont incapables, ſur le fondement que les priviléges que les rois accordent, ſont toujours préſumés n'être par eux accordés, que ſous la réſerve des droits de leurs ſujets; ce que la cour a jugé à l'égard du ſieur Theluſſon. Voyez M. Ricard, des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 4, num. 212, page 48; tels ſont les vrais principes dont M. Baſſet ſemble avoir voulu s'écarter. Voy. la déclarat. du roi, rendue en faveur des Anglois le 29 juillet 1739; mais il paroît qu'ils ne ſont rendus capables de recevoir que d'un autre Anglois.

X. Du même principe d'incapacité il s'enſuit que l'étranger eſt incapable de recueillir une ſucceſſion dans le royaume; c'eſt la loi de la nation, au bénéfice de laquelle il ne participe pas, qui la défere: cinquieme incapacité, qui conſerve encore les intérêts des ſujets du roi, en conſervant ceux de ſa majeſté.

Par le même principe qu'il ne peut exciper du bénéfice de la loi, il n'eſt pas admis au bénéfice de ſucceſſion. Voyez l'ordonnance de 1669. M. Baſſet, tome 1, liv. 2, tit. 30, chap. 5, & tome 2, liv. 7, tit. 5, chap. 4. M. Lapeyrere, let. C, pag. 40 de l'édition de 1625. C'eſt auſſi le ſentiment de M. Mornac, ſur la loi 28, ff. *ex quibus cauſis major.* & de M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 16, num. 8; ainſi, c'eſt une ſixieme incapacité dans ſa perſonne: mais il faut par rapport au mobilier ſeulement, excepter les Anglois, qui par la déclaration du 19 juillet 1739, ſont rendus capables de recueillir le mobilier que leurs parens décédés en France y ont laiſſé; & par cette déclaration, une telle ſucceſſion ſe régle par les loix de la Grande-Bretagne.

XI. L'incapacité de l'étranger de ſuccéder eſt active & paſſive; non-ſeulement il ne ſuccede pas, mais encore, dans la theſe générale, perſonne ne peut lui ſuccéder: ſeptieme incapacité que ſa qualité produit, & qui conſerve les intérêts du roi, dans la main duquel ſa ſucceſſion paſſe de droit.

Pas même ſes enfans étrangers; M. Bacquet, ch. 30, page 63. Le rédacteur de l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 433, obſerve à la page 435, que cette politique a été une des cauſes principales de la grandeur romaine, comme l'uſage du contraire a produit la ruine des Athéniens. Obſervation d'une ſage & juſte politique; cependant cela ne peut influer ſur ſes enfans qui ſont nés en France, comme on le verra par la douzieme propoſition de la ſection ſuivante.

XII. Par une ſuite de ce principe, la veuve de l'étranger ne peut lui ſuccéder en vertu du titre *unde vir & uxor*: en effet, c'eſt ſucceſſion légitime que l'étranger ne peut tranſmettre; c'eſt ſuite de ce que deſſus, ſon incapacité eſt abſolue, il ne peut invoquer la loi de la nation.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 33, page 66, & les notes ſur la cinquieme propoſition de la ſection qui ſuit.

XIII. Les incapacités ci-deſſus, ont lieu contre l'étranger, encore qu'il ne fût que voyageur, & non établi dans le royaume; elles ſont générales & ſont attachées à ſa perſonne: ainſi elles le ſuivent par-tout & en tout temps; c'eſt inhabilité, incapacité perſonnelle.

On peut appliquer à cette propoſition, les autorités ci-deſſus rapportées, d'autant plus que où la loi ne diſtingue pas, il ne faut pas diſtinguer; autrement ce ſeroit ſans baſe reſtreindre ſa diſpoſition, qu'elle a voulu rendre générale par une très prudente politique.

XIV. Elles ont lieu pareillement contre l'étranger non demeurant en France, mais qui y a acquis des biens; ſa réſidence ailleurs, pourroit-elle le rendre plus favorable, que celui qui habite en France? il ſeroit déraiſonnable de le penſer. On a déja dit que l'étranger ne peut alléguer les exceptions portées par la loi, & de-là il s'enſuit qu'il eſt condamnable par corps en matiere purement civile, parce que cette contrainte n'a été abrogée qu'en faveur des ſujets du roi, & non en leur faveur; autre privation que ſa qualité entraîne. Tout ce que deſſus eſt de droit commun dans le royaume.

Arrêt du 2 ſeptembre 1684, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 25. Voyez dans le livre dernier, le titre de la contrainte par corps. Par le même principe, il ne peut demander ſon renvoi par-devant le juge de ſon domicile. Voyez M. Bardet, tome 2, liv. 1, ch. 42, & ſur la queſtion de ſçavoir, ſi l'étranger qui a commis un crime hors le royaume, peut être, pour raiſon de ce crime, pourſuivi & jugé en France. Voyez l'arrêt du 13 février 1671, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 18. A l'égard du ſujet du roi, il ne peut être traduit devant un juge dépendant d'un autre ſouverain; M. Baſſet, tom. 1, liv. 3, tit. 17, ch. 6, & tom. 2, liv. 2, ch. 6.

XV. Cette contrainte, c'eſt-à-dire, la contrainte par corps dont on vient de parler, & qu'on peut regarder dans la theſe générale, comme étant de droit, doit même avoir lieu contre l'étranger qui, par une grace accordée par le roi à ſa nation, jouiroit des droits des régnicoles, à moins qu'il n'ait des biens & un établiſſement en France, parce que telles graces générales ne ſont accordées que ſous la réſerve du droit des ſujets du roi: il en eſt autrement des graces ſpéciales, ce qui réſulte de ce que deſſus.

SECTION II.

Des actes dont l'étranger eſt capable, quoiqu'il n'ait pas obtenu des lettres de naturalité.

XVI. L'aubain vit en France comme libre, la liberté eſt du droit des gens: mais il y meurt comme eſclave; de cette liberté dérive en ſa faveur, la capacité de pluſieurs actes qu'on va expliquer, mais qui n'affoiblit en rien la privation de ceux qui ont fait la matiere de la ſection précédente.

Voyez ſur cette propoſition générale, M. le Brun, des ſucceſſions, page 10, num. 9; M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 17, num. 4, page 38.

XVII. Il peut par-tout acte de commerce, diſpoſer des biens qu'il a en France: il peut les vendre, les changer, les hypothéquer; premiere capacité dont il jouit, & qui eſt une ſuite de la liberté naturelle qui lui eſt attachée tant qu'il exiſte.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 17. num. 9, page 38, atteſte qu'il en peut diſpoſer par donation entrevifs, comme on le verra par la quatrieme propoſition de cette ſection; à plus forte raiſon peut-il en diſpoſer par acte de commerce. Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 11, num. 32, & la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

XVIII. Ces actes lui ſont permis, parce que ces contrats ſont du droit des gens, & que la liberté de les paſſer par toutes perſonnes, eſt la baſe de la correſpondance avec les états voiſins; ces actes ſont donc dans ſa capacité, & l'avantage commun des nations la lui procure; ainſi on voit une ſage politique dans les modifications mêmes à l'incapacité.

Peregrinus eſt capax eorum quæ ſunt juris gentium, dit M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, troiſieme partie, ch. 26, num. 4, page 58.

XIX. Par le même principe, il peut par donation entre-vifs, diſpoſer des biens qu'il a en France, c'eſt ſouvent acte de commerce; c'eſt toujours acte d'une certaine adminiſtration; ſeconde capacité de l'étranger: mais n'eſt-ce pas porter le droit d'adminiſtration trop loin?

M. Papon, liv. 5, tit. 2, num. 6; M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 19; M. Lapeyrere, let. A, ſur le mot aubaine, num. 76, page 24; M. M. Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, ſection 4, num. 218, page 49, doctrine qui eſt conforme à l'uſage.

XX. Deux étrangers conjoints par mariage, peuvent ſe faire un don mutuel; parce que le don mutuel, favorable par lui-même, tient plus de la diſpoſition entre-vifs, que de la diſpoſition à cauſe de mort, & que cet acte eſt plus une maniere d'acquérir, que de diſpoſer à cauſe de mort, chacun ne le faiſant que dans l'eſpérance de ſurvivre l'autre; c'eſt donc acte de commerce, & par conſéquent licite à l'étranger; troiſieme acte dont il eſt capable. Une juſte faveur, ainſi qu'une juſte préſomption d'acquérir plus que de donner, met cet acte au-deſſus de toute critique.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 20, page 40; mais ils ne ſuccédent pas l'un à l'autre, que dans le cas qu'ils ont obtenu lettres de naturalité, leur

leur droit ne peut être meilleur que celui des parens; M. Lapeyerere, ſur le mot aubaine, num. 74, page 23, de l'édition de 1752. Par rapport à la validité du don mutuel, elle eſt atteſtée par M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 220, page 50; & M. le Maître, tit. 13, part. 2, page 396. Le premier de ces auteurs, M. Ricard, traité du don mutuel, ch. 2, num. 45, page 13, étend même cette faculté à tout autre don mutuel, qui ſeroit fait entre étrangers non conjoints par mariage, ce qui eſt juſte ſi le don mutuel eſt revêtu des formalités des donations entrevifs: mais entre étrangers mariés en France, il n'y a point de communauté de biens, ſi elle n'eſt expreſſément ſtipulée. Arrêt du 8 janvier 1632, rapporté par M. Bardet, tome 2, liv. 1, ch. 1. Quelle étendue donneroit-on donc au don mutuel qu'ils auroient fait, dans le cas qu'ils n'auroient pas ſtipulé de communauté? La propoſition qui ſuit ſemble décider cette queſtion.

XXI. Deux étrangers conjoints par mariage, peuvent encore faire plus, ils peuvent ſe donner entre-vifs la propriété de leurs biens, lorſque la loi de leur pays ne leur défend pas une telle diſpoſition; ainſi le don mutuel entr'eux ſeroit bon, encore qu'il n'y eût pas communauté, ſi la loi de leur pays leur permet de s'avantager.

Voyez M. Ricard, des donations, tom. 1, pag. 49 & 50, & M. Bacquet, au nombre cité ſur la ſeconde propoſition de la préſente ſection, & ſon ch. 21, page 42 & ſuivantes.

XXII. Cela eſt fondé, ſur ce que pouvant donner cette propriété à un tiers, ils le peuvent donc faire en leur faveur, dès qu'il n'y a pas d'incapacité de recevoir l'un de l'autre; or il n'y en a pas, lorſque la loi de leur pays leur permet les avantages, cette loi étant celle qui régit leur capacité perſonnelle.

M. Lapeyrere, let. A, ſur le mot aubaine, num. 8, page 24, de l'édition de 1725. C'eſt auſſi l'avis de M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 20, num. 1, & ſuivant, ch. 21, num. 2.

XXIII. Quoique l'étranger ne puiſſe diſpoſer par teſtament, ni par donation à cauſe de mort; cependant l'inſtitution contractuelle d'héritier qu'un étranger auroit fait par ſon contrat de mariage, ſoit en faveur de ſa femme, ſoit en faveur de ſes enfans, ſeroit valable; c'eſt diſpoſition entre-vifs: qualité qui, par conſéquent, la fait valider, étant établi ci-deſſus, qu'il peut diſpoſer entre-vifs; or une inſtitution contractuelle d'héritier eſt une telle diſpoſition.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 218, page 49. A l'égard de ſes enfans, il ne pourroit y avoir aucune difficulté, dans le cas qu'ils ſeroient nés en France, comme on va le voir par les propoſitions ſuivantes, puiſqu'en ce cas ils ſont capables de lui ſuccéder; mais il faut encore étendre cela dans le cas que ces mêmes enfans ne ſeroient pas nés en France, puiſque l'étranger eſt capable de donner entre-vifs, & qu'une inſtitution contractuelle d'héritier, ayant toute la faveur & l'irrévocabilité d'une donation entre-vifs, eſt bien plus un contrat qu'une diſpoſition à cauſe de mort; ce qui s'entend d'une inſtitution contractuelle d'héritier, par lui faite par le contrat de mariage de ſes enfants, quoiqu'étrangers.

XXIV. Cette validité eſt donc fondée ſur ce que l'inſtitution d'héritier portée par contrat de mariage, a parmi nous toute la faveur expliquée dans la note précédente, quoiqu'elle ne comprenne que les biens que l'inſtituant laiſſera au jour de ſon décès; c'eſt toujours, ſelon nos mœurs, donation entre-vifs & irrévocable.

Cela eſt établi ſur le titre des donations, & réſulte encore évidemment des autorités ci-deſſus rapportées, qui établiſſent la capacité de l'étranger à diſpoſer de ſes biens par donation entrevifs; il le peut donc par cette voie, qui eſt vraie donation entrevifs.

XXV. Comme l'étranger peut donner par donation entre-vifs, il eſt pareillement capable de recevoir par une telle donation, même raiſon; pouvant diſpoſer ainſi, il peut auſſi recevoir: nulle raiſon de différence, & cela eſt du droit des gens; cinquieme capacité de l'étranger qui dérive des principes ci-deſſus, mais qu'il ne faut pas confondre avec des diſpoſitions teſtamentaires.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 21, num. 3, page 43, & précédens.

XXVI. Quoique l'étranger ſoit incapable de ſuccéder activement & paſſivement, cette incapacité ceſſe en quelques cas qu'on va expliquer: elle ceſſe 1°., ſi un françois, qui s'eſt marié en pays étranger, & qui a eu des enfans, vient enſuite s'établir en France, ſes enfans, quoique nés en pays étranger, ſuccédent à celui de leur pere & mere qui eſt françois, même à tous deux s'ils ſont françois, & ce, ſans lettres de naturalité: le retour des uns & des autres fait rentrer les enfans dans les droits de leur origine; ſixieme capacité de l'étranger qui a pour baſe & l'équité, & une prudente & judicieuſe politique, le retour effaçant favorablement l'inhabilité.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, part. 5, ch. 38, page 78. Arrêt du 26 juin 1634, rapporté par M. Bardet, tome 2, liv. 3, ch. 24. Autre du 27 avril 1655, rapporté par M. Soëfve, tome 1, cent. 4, ch. 87; il y a plus, tels enfans ſont réputés régnicoles en venant s'établir en France, quoique leur pere fût reſté en pays étranger. Arrêt du 12 mars 1707, dans le ſixieme volume du journal des audiences; M. Lapeyrere, ſur le mot aubaine, num. 84. M. le Maître, tit. 15, page 490; ce qui eſt confirmé par la déclaration du roi, du 25 octobre 1727, en faveur des enfans mêmes des François fugitifs pour fait de religion, nés en pays étranger.

XXVII. De même, ſi l'étranger laiſſe des enfans qui ſoient nés en France, ces enfans ſont capables de lui ſuccéder; ils ſont nés ſujets du roi, pourvu que par une retraite, ou plutôt une fuite du royaume, ils ne renoncent pas aux droits de leur naiſſance:

ſeptieme capacité de l'étranger pour laquelle la nature & le droit civil ſe réuniſſent en faveur de tels enfans.

M. de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 7, page 241. M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 32, num. 3, page 64, & ch. 39, num. 19, page 82. M. le Maître, page 489 Voyez auſſi M. Domat, du droit public, tit. 6, ſect. 4, num. 5. M. Baſſet, dans l'expoſé de l'arrêt ajoûté à ſon ſecond tome; M. Lapeyrere, ſur le mot d'aubaine, num. 75, page 23, de l'édition de 1725. Le plaidoyer de M. l'avocat-général, lors de l'arrêt du 23 août, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 38, page 404; M. le Brun, des ſucceſſions, page 10, num. 9.

XXVIII. Il y a plus, la capacité de ces enfans influe ſur les autres, non nés en France, pourvu que ces derniers, lors de l'ouverture de la ſucceſſion, ſoient domiciliés en France. Cette participation a une capacité qui ſembleroit devoir être perſonnelle, eſt fondée ſur la faveur de l'égalité entre enfans, & ſur la loi impérieuſe de la collation qui leur rend, quant à ce, tout commun; il y a donc, en ce cas, concours entre tous, fondé ſur une faveur juridique, qui fait ceſſer le vice de pérégrinité dans les ſeconds, que les premiers ne pouvoient alléguer ſans dureté & ſans indécence.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 31, num. 6; M. Lapeyrere, let. A, le mot aubaine, num. 83, page 25 de l'édition de 1725.

SECTION III.

A qui appartient la ſucceſſion de l'étranger.

XXIX. La ſucceſſion de l'étranger appartient au roi, privativement à tout ſeigneur haut-juſticier; c'eſt droit régalien, que nul haut-juſticier ne peut prétendre par telle poſſeſſion que ce ſoit.

Ordonnance de Charles VI, du 3 ſeptembre 1386. Voyez ſur ce, M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 4; le même auteur, au même traité, ch. 27, page 59, & en celui des droits de juſtice, ch. 22, page 233. Voyez auſſi M. Chopin, du domaine, liv. 1, ch. 11, num. 1, & M. Domat, du droit public, liv. 1, tit. 2, ſect. 2, num. 32, & la ſect. 4 du tit. 6 du même liv. M. Dumoulin, ſur le 41 article de la coutume d'Anjou, a ſoutenu le contraire, ſon opinion n'eſt pas ſuivie; M. Loüet & M. Brodeau, let. A, num. 16; en effet, comment pouvoir accorder à des ſeigneurs de fief, un droit qui n'eſt point de fief, & qui ne peut être par ſa nature que régalien, comme on va l'établir?

XXX. Ce droit eſt fondé, ſur ce que les biens de l'étranger tombent en commiſe, par la contravention faite par l'étranger, aux loix du royaume, qui lui défendoient d'acquérir des biens; c'eſt donc au roi ſeul, auquel ſes biens doivent appartenir; mais la préſomption eſt pour l'état de régnicole, lorſqu'il y a poſſeſſion de cet état.

Lorſqu'un homme eſt mort en poſſeſſion d'état de régnicole, ce n'eſt pas à ſes héritiers à prouver cet état, mais bien au donataire de la confiſcation à prouver que le défunt étoit aubain; c'eſt le ſentiment de M. Bacquet, du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 35, num. 16, page 73. Arrêt du 31 mai 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 10. Autre ſemblable, du 19 juin 1685, rapporté dans le même volume, liv. 8, ch. 31. Autre arrêt du mois de janvier 1703, rapporté dans le ſixieme volume du même journal, liv. 3, ch. 4, page 335. Voyez auſſi M. Augeard, tome 3, page 71. Les Anglois ont un privilége, mais limité au mobilier; il eſt fondé ſur le traité d'Utrecht de 1713, & ſur la déclaration du 19 juillet 1739.

XXXI. De l'incapacité établie par l'avant-derniere propoſition, il s'enſuit que les parens de l'étranger, quoique régnicoles, ne peuvent lui ſuccéder; c'eſt la conſéquence ſûre de ce que de deſſus, puiſque la ſucceſſion de l'étranger appartient au roi, généralement abſtraction faite de la qualité de ſes héritiers.

M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, part. 4, ch. 32, page 64.

XXXII. Nul ſeigneur ne peut prétendre une portion dans le droit d'aubaine, comme on l'a déjà remarqué ſur la premiere propoſition de cette ſection; parce qu'il n'y a que le roi qui puiſſe diſpenſer l'étranger de ces loix fondamentales dont la ſageſſe s'annonce d'elle-même: il eſt étrange que M. Dumoulin ait penſé le contraire.

M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 10, num. 9. M. Bacquet, du droit d'aubaine, part. 4, ch. 27, page 59. M. Loyſeau, des ſeigneuries, page 73.

XXXIII. Ce droit eſt inaliénable & impreſcriptible, ſa qualité de domanial le rend tel à tout égard; ce qui confirme que nul ſeigneur ne peut l'avoir, ni en tout, ni en partie: telle eſt la nature de tout droit domanial.

M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, ch. 4, num. page 9, & ch. 28, page 60.

XXXIV. De ſon impreſcriptibilité, il s'enſuit, comme on l'a dit, que nul ſeigneur ne peut le prétendre par telle poſſeſſion que ce ſoit, elle n'eſt pour ce, d'aucune conſidération; c'eſt ſuite de ce que deſſus. Encore une fois, c'eſt droit régalien, c'eſt droit domanial, & par conſéquent impreſcriptible.

Voyez M. le Brun, au nombre cité ſur la quatrieme propoſition; il eſt étonnant que M. Dumoulin, qui étoit ſi prévoyant, ſi éclairé ſur le droit françois, ait penſé le contraire; auſſi ſon opinion eſt rejettée.

XXXV. L'incapacité de l'étranger ceſſe par les lettres de naturalité; c'eſt la matiere du chapitre ſuivant, dans lequel on examinera l'effet de ces lettres. Son incapacité ceſſe en ce cas, parce que par ces lettres il de-

vient ſujet du roi par adoption ; ſi la nature lui a refuſé cette grace, la bonté du roi la lui procure ; c'eſt ce qu'on va voir : mais n'ayant pas obtenu cette grace, ſes enfans mêmes, lorſqu'il n'y en a aucun né en France, ne peuvent lui ſuccéder, ils ont, comme lui, le vice de pérégrinité, que rien n'a effacé.

L. 2, cod. *de jure aureor. annul.* le chapitre qui ſuit, & Bacquet du droit d'aubaine, chapitre 30, page 63.

CHAPITRE SECOND.

DES ÉTRANGERS NATURALISÉS, ET DES LETTRES DE NATURALITÉ.

SECTION PREMIERE.

DE LA FORME DE CES LETTRES, ET DE L'EFFET D'ICELLES, CONSIDÉRÉES EN GÉNÉRAL.

I. LE vice de pérégrinité ne peut être effacé que par le roi ; ſa toute-puiſſance peut ſeule lever un tel vice : ce principe déjà poſé, eſt la premiere baſe de ce chapitre.

Natales antiquos & jus ingenuitatis non ordo præſtare decurionum ſed à nobis peti potuit, l. 1, cod. *de aureor. annul.* Ainſi, nul ſeigneur haut-juſticier, tel qu'il ſoit, ne peut donner à un étranger lettres de naturalité ; M. Bacquet, du droit d'aubaine, troiſieme partie, ch. 24, page 53.

II. Les lettres de naturalité, qu'il plaît au roi d'accorder à l'étranger effacent ce vice, parce que ce ſont lettres d'adoption, qui, malgré ce vice d'origine, font regarder l'étranger comme François ; c'eſt le juſte effet du pouvoir légiſlatif, qui n'appartient qu'au roi ſeul.

M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, part. 3, ch. 23, num. 3 & 4, page 51. M. Ricard, des donations, premiere partie, chapitre 3, ſection 4, num. 213.

III. Ces lettres doivent être enregiſtrées en la chambre des comptes & au parlement ; telle eſt la forme à laquelle elles ſont aſſujetties : c'eſt leur publicité qui aſſure leur exécution.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, troiſieme partie, ch. 24, num. dernier, page 53.

IV. La non-réſidence de l'étranger, anéantit l'effet des lettres de naturalité par lui obtenues ; elle eſt une renonciation au droit qui en réſultoit : c'eſt inexécution de leur condition tacite, & qui par conſéquent les anéantit.

Ordonnance de Louis XII, de 1490 ; il en ſeroit autrement d'un voyage que l'étranger naturaliſé feroit en pays étranger, en conſervant toujours ſon principal domicile en France ; en ce cas, l'effet des lettres ſubſiſteroit, tel voyage n'étant que l'effet de la liberté qui lui eſt conſervée.

SECTION II.

Des différents effets de ces lettres.

§. I.

De ſon droit actif de ſuccéder, & à qui il ſuccéde.

V. Approfondiſſons le droit de ſuccéder, que telle adoption produit par l'effet des lettres de naturalité ; l'étranger eſt rendu capable de ſuccéder, mais il faut que les lettres ſoient obtenues avant l'ouverture de la ſucceſſion : premier effet de ces lettres.

Edit de Charles IX, de 1563 ; c'eſt auſſi la diſpoſition du droit civil : *imaginem ingenuitatis præſtat*, l. 2, cod. *de jur. aureo. annul.*

VI. Il ſuccede à ſes parens nés en France, à l'excluſion des autres parens non-naturaliſés, comme ceux-là lui ſuccedent : ſecond effet de ces lettres ; ainſi, droit de ſuccéder, tant actif que paſſif : il eſt François d'adoption, qualité de laquelle découlent ſes droits.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, troiſieme partie, ch. 24, num. 10, page 52.

VII. Il ſuccede à ſes parens étrangers, mais naturaliſés & demeurans en France, & non autrement : ſuite du principe précédent ; il faut capacité, tant dans la perſonne du défunt, que dans celle de l'héritier.

M. Ricard, des donations, tome 1, page 49 ; M. Bacquet, à la page citée ſur la propoſition précédente, num. 9.

VIII. Il ne ſuccede donc pas à ſes parens étrangers, non-naturaliſés, quoique demeurans en France, de même que ſes parens étrangers & non-naturaliſés, ne lui ſuccédent pas : il y a incapacité réciproque, ſauf l'exception qu'on va expliquer ; autrement, il auroit plus de droit qu'un François naturel.

Il faut excepter les enfans naturalisés, qui succédent à leurs pere & mere non-naturalisés, pourvu que les lettres de naturalité obtenues par ces enfans, en contiennent la clause ; M. Bacquet, du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 32, num. 8 & dernier, page 66. En ce cas, la capacité des uns supplée à l'incapacité de l'autre; c'est le juste effet de la grace accordée par le roi.

IX. Il est incapable de succéder à ses parens étrangers & non-naturalisés, parce que s'il a la faculté active de succéder, en ce même cas le défunt n'avoit pas la faculté passive: autrement, l'étranger naturalisé auroit plus de droit que le naturel François, puisque dans ce même cas, le naturel François ne pourroit succéder à son parent étranger & non-naturalisé, mort en France: réflection qui prouve cette proposition, & qui s'applique à ses parens non-naturalisés.

De même, les parens de l'étranger naturalisé ne lui succédent pas, s'il ne sont eux-mêmes naturalisés; M. Bacquet, du droit d'aubaine, troisieme partie, ch. 24, num. 7, page 53; ce qui s'applique à la proposition précédente, comme à celle-ci.

§. II.

De son droit de transmettre sa succession, & de ceux qui lui succédent.

X. Les lettres de naturalité affranchissent la succession de l'étranger du droit d'aubaine, il est adopté par le roi pour son sujet, & par cette grace, il transmet sa succession à ceux qui ont droit d'y prétendre par les loix.

Cette adoption est établie ci-dessus ; on en va expliquer les suites, & c'est le second effet des lettres.

XI. La succession de l'étranger naturalisé passe à ses parens, mais non pas indistinctement, comme on l'a vu en général par les distinctions précédentes: elle passe à ses parens nés en France, non aux parens étrangers, autrement il auroit plus de droit que le naturel François ; ce qu'on a vu par la distinction précédente par rapport à la capacité active: ici on examine la capacité passive.

M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 25, page 54. Voyez la distinction précédente, & M. Domat, deuxieme partie, tit. 1, sect. 2, num. 31, page 320.

XII. Elle ne passe à ses parens étrangers, que dans le cas qu'ils sont naturalisés eux-mêmes; il faut capacité de part & d'autre, sans elle inhabilité.

M. Bacquet, au chapitre cité sur la proposition précédente.

XIII. Il faut même que l'étranger qui veut lui succéder, ait obtenu des lettres de naturalité avant l'ouverture de la succession, leur obtention ne pouvant avoir effet rétroactif.

M. Bacquet, au chapitre indiqué sur les deux propositions précédentes, num. 19 & 20, pag. 57.

XIV. Cette restriction est fondée sur ce que les lettres étant obtenues depuis l'ouverture de la succession, le droit d'icelles est acquis à un autre, & que les rescrits des princes ne sont censés par eux accordés, que sous la réserve du droit acquis à un tiers.

C'est le sentiment de M. Domat, à l'endroit qu'on vient de citer, page 320 ; & telle est la jurisprudence.

XV. Au défaut d'héritier en France, la succession de l'étranger naturalisé, appartient à sa femme Françoise ou naturalisée; c'est succession légitime, ce qui ne seroit pas, si par la même raison il n'avoit pas été naturalisé, comme on l'a dit dans la section premiere de ce titre; troisieme effet de ces lettres: C'est succession légitime, que celle d'un conjoint par mariage à l'autre, & que les lettres de naturalité lui donnent droit de transmettre.

Cela ne s'entend que lorsque la femme de l'étranger est naturalisé en France, ou qu'elle a obtenu lettres de naturalité; M. Lapeyerere, sur le mot aubaine, num. 74, page 23, de l'édition de 1725. Voyez M. Bacquet, en son traité du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 33, page 66. En effet, on a vu ci-dessus qu'il faut que la capacité, soit de l'un & de l'autre côté : c'est-à-dire, que la faculté de succéder, soit tant active que passive; ce qui est inconteſtable; c'est droit commun, fondé sur les principes capitaux de cette matiere.

☞ Voyez encore l'arrêt du 9 août 1613, rapporté par Brodeau sur Louet, let. S, chap. 13.

XVI. Si l'étranger naturalisé ne laisse aucun héritier régnicole, sa succession appartient au roi, & non au seigneur haut-justicier à titre de deshérence, parce que les graces qu'il plaît au roi d'accorder, ne peuvent refléchir contre lui-même: c'est donc au roi seul, qu'en ce cas, la succession de l'étranger appartient : c'est droit régalien que nul seigneur ne peut prétendre, comme on l'a déjà dit, en considérant la succession de l'étranger non-naturalisé, & le seigneur de fief ne peut invoquer des lettres qui n'ont pas été accordées pour lui.

Beneficium non reflectitur in prejudicium concedentis; c'est ce qui est établi par M. Bacquet, en son traité du droit d'aubaine, quatrieme partie, ch. 34, page 68. Voyez le paragraphe 4; ci-après, troisieme & derniere proposition.

§. III.

Du droit résultant des lettres de naturalité de disposer par l'étranger, & de recevoir par testament.

XVII. Par les lettres de naturalité, l'étranger est rendu capable de disposer par testament; c'est la suite de son adoption, & le quatriéme effet des lettres. En effet,

la grace qui en réſulte en ſa faveur, le rend participant à tous les droits qui émanent de la loi de la nation, & par conſéquent capable de teſter.

M. Ricard, des donat. part. 1, chap. 3, ſect. 4, num. 213, pag. 49.

XVIII. Il eſt rendu capable de profiter d'une diſpoſition teſtamentaire faite à ſon profit; ainſi il a ſur ce, par les lettres, la capacité tant active que paſſive: ſur cela, nulle diſtinction à faire, puiſque la grace eſt générale, & ſon effet eſt actif & paſſif.

M. Domat, ſeconde part. tit. 1, ſect. 2, num. 31, pag. 320, & c'eſt le cinquieme effet des lettres de naturalité.

XIX. Mais il ne peut diſpoſer au profit d'aucun étranger, même parent non-naturaliſé; il ne doit pas avoir plus de droit qu'un naturel François, lequel n'auroit pas ce droit; ce qui rend la propoſition inconteſtable.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, troiſieme partie, chap. 26, num. 57. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme encore celle-ci.

XX. Double raiſon de ce; il ne ſuffit pas que le teſtateur ait la faculté de teſter, il faut encore que le légataire ait la faculté de recevoir le legs; autrement le teſtateur naturaliſé, auroit plus de droit que le régnicole: ce qu'on ne peut admettre qu'en heurtant de front les principes.

Cela a été établi ci-deſſus, & eſt inconteſtable.

XXI. Pour que l'étranger puiſſe, au moyen de ſon adoption, profiter du legs qui lui eſt fait, il faut qu'il ait obtenu des lettres de naturalité avant la mort du teſtateur; on a déjà vu que ces lettres n'avoient pas effet rétroactif: régle qui fonde la propoſition qui milite, tant par rapport aux teſtamens, que par rapport aux ſucceſſions légitimes.

Voyez M. Baſſet, tom. 2, pag. 437; M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 25, num. 19 & 20, pag. 56, & la propoſition qui ſuit.

XXII. En effet, le droit réſultant de l'incapacité, eſt acquis à l'héritier du teſtateur, & les graces qu'il plaît au roi d'accorder, réſerve le droit des tiers, ſa juſtice accompagnant toujours ſa toute-puiſſance: ainſi il en eſt des ſucceſſions teſtamentaires, ainſi que des ſucceſſions légitimes, comme on l'a vu ci-devant, par rapport à ces dernieres; autre preuve de la réſolution que contient la précédente propoſition.

Je l'ai entendu ainſi juger au parc-civil, conformément au ſentiment de M. Bacquet, aux deux nombres cités ſur la propoſition précédente.

XXIII. Mais les lettres étant obtenues par l'étranger, avant la mort du teſtateur, le legs fait à l'étranger naturaliſé, eſt bon, ſans que l'héritier du teſtateur puiſſe lui oppoſer, que les graces du prince ne militent pas contre des tiers; elles militent pour l'avenir, non pour le paſſé; & par les lettres d'adoption, les ſujets du roi profitant & des biens & de l'induſtrie de l'étranger naturaliſé, il eſt juſte de lui donner l'entiere capacité d'acquérir par les voies légitimes, les biens des autres, & de le rendre participant à tous les bénéfices de la loi de la nation, dans laquelle l'adoption l'a fait entrer; d'où l'on peut tirer la conſéquence, que ſi l'étranger naturaliſé avoit fait un teſtament en faveur d'un François, & que ſon héritier étranger, depuis la compoſition du teſtament, eût obtenu des lettres, & ce, avant la mort du teſtateur, telles lettres rendroient le teſtament nul, par rapport aux diſpoſitions univerſelles: l'un eſt ſuite de l'autre.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 25. Voyez auſſi l'arrêt rapporté par M. Baſſet, tom. 2, pag. 437, & M. Ricard, au nombre cité ſur la premiere propoſition de ce paragraphe; & ſur ſur la ſecoude partie de la propoſition, voyez ci-après la révocation des teſtamens: c'eſt le vrai ſiege de cette matiere.

§. IV.

Quand ceſſe l'effet des lettres de naturalité, & à qui appartient la ſucceſſion du naturaliſé, décédant ſans héritiers régnicoles.

XXIV. L'effet des lettres de naturalité ceſſe, ſi l'étranger naturaliſé a abſolument quitté le royaume, & établi le ſiége de ſa fortune ailleurs; c'eſt de ſa part une renonciation au droit qui en réſultoit, parce que par un tel établiſſement il renonce à ſes lettres d'adoption: elles ne ſont donc plus en ce cas d'aucune conſidération.

Voyez le chap. 4 de ce titre, il contient la preuve de cette propoſition.

XXV. Mais ſi l'étranger naturaliſé étoit décédé en trafiquant hors le royaume, & y ayant toujours conſervé le ſiége de ſa fortune, l'effet de ſes lettres ne ceſſeroit pas, elles ne le privent pas de la liberté.

Les lettres l'ont rendu François d'adoption, & le François, par un tel voyage, ne perd aucun des droits de ſa naiſſance; ce qui a lieu pareillement pour l'étranger naturaliſé, puiſque, par les lettres de naturalité, il eſt regardé comme François.

XXVI. Si l'étranger naturaliſé décéde *ab inteſtat*, ſans laiſſer d'héritiers régnicoles, ſa ſucceſſion, comme on l'a déjà dit, appartient au roi & non aux ſeigneurs haut-juſticiers, à titre de deshérence, parce que la grace qu'il a plu au roi d'accorder à l'étranger, ne peut militer contre lui.

M. Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, chap. 12, num. 109, pag. 73; M. Bacquet, du droit d'aubaine, quatrieme partie, chap. 34, pag. 68.

CHAPITRE TROISIEME.

DES PRIVILEGES ACCORDÉS A DE CERTAINS ÉTRANGERS.

SECTION PREMIERE.

DU PRIVILEGE DES EMBASSADEURS.

I. LES ambaſſadeurs ne ſont de leur vivant, ni leurs biens, après leur mort, ſujets au droit d'aubaine ; ils ſont ſous la protection du droit des gens, & tel affranchiſſement a pour baſe le bien public qui l'emporte ſur tout ; c'eſt juſte exception au principe général.

Eorum corpora, non ſolum inter ſociorum jura ſed inter hoſtium tela ſacroſancta ſunt. Voyez la loi, derniere, ff. *de Legatio* : la loi *ſanctum* ff. *de rerum diviſio*, & ce qui eſt adopté par toutes les nations policées.

II. Leurs biens paſſent par droit ſucceſſif à leurs parens, quoiqu'étrangers & non naturaliſés ; c'eſt une ſuite de leur privilege, c'eſt une ſuite de leur affranchiſſement dont leur état eſt la baſe.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 12, num. 2, pag. 29 ; M. Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 11, num. 28.

III. Par le même privilege, il leur eſt loiſible de diſpoſer de leurs biens par teſtament ; la privation de tous ces droits, dans ces perſonnes reſpectables, ſeroit nuiſible au bien commun des nations : en un mot, le juſte affranchiſſement dont ils jouiſſent eſt ſans réſerve.

Voyez la note ſur la premiere propoſition. M. le Maître, tit. 14, partie 2, pag. 433, atteſte qu'ils peuvent teſter.

IV. Les gens de la ſuite de l'ambaſſadeur jouiſſent de ces mêmes privileges ; ce ſont rayons de leur maître qui réfléchiſſent ſur eux, ſans cela leur privilege ſeroit très-imparfait, puiſqu'ils ne peuvent réſider ſans domeſtiques qui leur ſoient convenables ; ils ſont donc juſtement compris dans l'exemption.

Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 2, tit. 7, num. 21 ; Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 7, & ſuivants. M. le Bret, de la ſouveraineté, liv. 2, chap. 11.

V. Ni les ambaſſadeurs, ni les gens de leur ſuite, ne ſont point aſſujettis aux loix politiques de l'état, ils y ſont comme iſolés ; c'eſt encore une juſte ſuite de leur affranchiſſement, le ſeul droit des gens les dirige, ainſi que leur ſuite.

Voyez M. Chopin, du domaine, l. 1, tit. 11.

VI. Ils ne ſont pas ſujets à la juriſdiction des juges ordinaires, cette ſoumiſſion ſeroit incompatible avec leurs priviléges ; c'eſt toujours ſuite du même principe, & une conſéquence de la propoſition précédente : encore une fois, ils ſont comme iſolés dans l'état.

Sur cette propoſition & la précédente, voyez la note ſur la premiere propoſition de cette ſection : elle contient la preuve de celle-ci ; & comme par l'édit du mois de décembre 1674, il a été permis aux étrangers d'acquérir des rentes ſur l'hôtel-de-ville, lorſqu'ils laiſſent de telles rentes, ou qu'ils en ont diſpoſé par teſtament, leur diſpoſition, leur ſucceſſion ſe réglent conformément aux loix de leur pays. Déclaration du roi, donnée à Vincennes, le 7 décembre 1715.

VII. Mais ils ſont ſujets aux régles du droit des gens ; c'eſt ce droit même qui eſt la baſe de leurs priviléges : ils y ſont donc par conſéquent ſujets, & tel eſt l'avantage commun des nations.

Ce droit n'eſt qu'une partie du droit civil ; le dernier dans l'idée qu'on y attache, régle les intérêts de particulier à particulier ; l'autre qui n'en eſt qu'une ſuite & une dépendance, les régle de peuple à peuple : voilà la ſeule différence entre l'un & l'autre droit ; & c'eſt ce droit qui régle juſques où peuvent aller les privileges d'un ambaſſadeur.

VIII. Par ces privileges, l'ambaſſadeur étranger peut-il être inſtitué légataire ? il ſemble que ces priviléges ſe réduiſent à le faire vivre & mourir comme libre, mais non comme citoyen.

SECTION II.

Du privilege accordé aux étrangers ſervans dans les troupes ; que ce privilege n'a lieu en leur faveur, ainſi que des profeſſeurs étrangers, que pendant qu'ils vivent.

IX. Le ſervice des étrangers dans les troupes du roi opére en leur faveur, mais tant qu'ils vivent ſeulement, une eſpece d'adoption légale.

Lettres-patentes de François I, du 13 février 1534.

☞ Par l'article 8 de la déclaration du 30 novembre 1715, tous les officiers, gens de guerre & ſoldats étrangers, ſervants en France, ſans ex-

ception, & profeſſant la foi catholique, apoſtolique & romaine, jouiſſent de tous les privileges des régnicoles, & ſont exempts du droit d'aubaine, ſans obtenir lettres, pourvu qu'ils aient dix années de ſervice dans les armées du roi.

X. De-là il s'enſuit qu'ils vivent comme ſujets du roi, mais ils meurent comme tous autres étrangers, & par conſéquent incapables de tranſmettre leur ſucceſſion; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient de poſer.

M. Bacquet, en ſon traité du droit d'aubaine, chap. 13, pag. 30; M. le Maître, tit. 14, pag. 433. Le premier ſemble leur accorder le droit de teſter, en diſant en général qu'ils ſont affranchis du droit d'aubaine, ce qu'on ne peut entendre du droit de teſter; & comment un tel étranger pourroit-il teſter, lorſque, ſuivant Bacquet même, il eſt incapable de tranſmettre ſa ſucceſſion à ſes parens?

XI. Les lecteurs royaux, les principaux des colléges, les régens, & même les écoliers dans l'univerſité, jouiſſent, quoiqu'étrangers, du même privilége, c'eſt-à-dire, limité à leurs perſonnes.

Mais ce n'eſt que pendant leur vie, car le privilege de ſcholarité ne donne aucune atteinte au droit d'aubaine, qui ne naît que par la mort de l'écolier étranger. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 13. Lapeyrere, lettre A, ſur le mot aubaine, num. 77, pag. 24. Voyez M. le Maître, page 433, où il dit qu'ils ſont incapables de teſter.

XII. Ce privilege, mais limité à la ſeule perſonne de ces étrangers, eſt fondé ſur ce qu'il eſt de l'intérêt public de faire fleurir les univerſités; intérêt qui, par la volonté & la juſtice du roi, eſt toujours la loi ſuprême: telle eſt la baſe du privilege de ces étrangers.

M. Ricard, des donations, premiere partie, ch. 3, ſect. 4, num. 217, pag. 49.

XIII. De-là il s'enſuit que les militaires étrangers, & ces derniers ne peuvent diſpoſer de leurs biens par teſtamens, ni tranſmettre leur ſucceſſion à leurs héritiers; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: ils vivent comme régnicoles, mais ils meurent dans leur véritable état d'étrangers.

Voyez la note ſur la deuxieme propoſition, où cela a été établi.

XIV. Le privilege de ſcholarité effaçant pendant la vie de l'écolier, le vice de pérégrinité: il s'enſuit que les écoliers étrangers étudians dans une univerſité, ne ſont pas ſujets au droit de repréſailles, cette exemption eſt ſuite du privilege.

Mais s'ils meurent en France, ils ſont ſujets comme les autres étrangers, au droit d'aubaine, & il en eſt de même des profeſſeurs étrangers. M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, chap. 13, pag. 30; ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus: ce qui eſt fort différent du droit de repréſailles qui tombe-roit ſur ces étrangers-mêmes, & dont leur privilege les affranchit.

XV. Ils ne ſont pas obligés à ſe retirer du royaume pendant le tems de la guerre; c'eſt encore ſuite du même privilege, à moins qu'il n'y ait ſur cela un ordre exprès de vuider le royaume.

Cela s'entend dans la theſe générale, ce qui ceſſe lorſqu'il y a ſur ce des ordres contraires.

SECTION III.

Du privilege accordé aux marchands étrangers qui s'établiſſent dans de certains lieux, & du privilege des marchands, fréquentans certaines foires.

XVI. Les marchands étrangers, qui ſont établis dans les villes de Lyon & de Bordeaux, jouiſſent des privileges des naturels François: mais c'eſt plus pour l'avantage de ces villes, que pour celui de ceux ſur qui il tombe, que cela a été introduit.

Ordonnance de Louis XI de 1463, art. 9; édit de Charles IX de 1569; édit d'Henry III, du mois de mars 1583. Voyez M. Ricard, des donations, partie 1, chap. 3, ſect. 4, num. 214, pag. 49.

XVII. Il en eſt de même des marchands étrangers qui ſe ſont établis dans la province de Languedoc.

M. Ricard, au nombre cité ſur la propoſition précédente. Voyez la propoſition qui ſuit.

XVIII. Le bien public a fondé ce privilege, & il a été accordé, pour rendre dans ces lieux, le commerce plus floriſſant: c'eſt une ſage politique de Louis II, & qu'il avoit fort à cœur.

M. Coquille, ſur l'article 24 des ſucceſſions de la coutume de Nivernois. On ne peut trop favoriſer le commerce, c'eſt le nerf des états; l'Angleterre lui doit toute ſa force, & c'eſt par la défenſe à tout étranger d'y faire le commerce d'autres marchandiſes que de celle de ſon pays, n'y ayant que les régnicoles qui puiſſent commercer de tout, & qui y reçoivent une récompenſe, en faiſant ſortir de leur iſle une marchandiſe qui y eſt trop abondante, comme on leur aſſure un certain gain lorſqu'ils y en apportent d'une dont il y a diſette, que ſon commerce eſt devenu ſi floriſſant.

XIX. Ce privilege eſt plus étendu que celui dont il a été parlé dans la ſection précédente; car la ſucceſſion du marchand étranger qui eſt dans ce cas, n'eſt pas ſujette au droit d'aubaine, & paſſe à ſes héritiers légitimes & régnicoles: le roi a ſacrifié ſes intérêts à l'avantage de ſes ſujets.

On a vu dans la ſection précédente que le privilege accordé aux étrangers dont il eſt parlé dans cette ſection, ne ſubſiſtoit que pendant leur vie; ce qui prouve que ce privilege qu'on examine ici, eſt bien plus étendu que l'autre.

XX. Le marchand étranger qui eſt dans ce cas, diſpoſe valablement par teſtament; c'eſt une ſuite naturelle de la capacité qu'il a de tranſmettre ſa ſucceſſion: il y a plus; l'Anglois, quoiqu'il ne ſoit pas marchand, diſpoſe valablement teſtament, du mobilier qu'il laiſſe en France, & le tranſmet à ſes héritiers, quoiqu'étrangers.

M. de la Rocheflavin, liv. 4, tit. 5, let. T, art. 5. Sur la derniere partie, voyez le traité d'Utrecht de 1713, & la déclaration du 19 juillet 1739.

XXI. Mais n'ayant pas obtenu des lettres de naturalité, il eſt comme tout autre étranger, incapable de profiter d'un legs: incapacité fondée ſur ce que ce privilege n'opere que l'affranchiſſement du droit d'aubaine, & non une dérogation à la loi de la nation, ni au droit acquis aux régnicoles; c'eſt pour leur bien, & non contre eux, que ce privilege a été établi: ce n'eſt donc pas contre eux qu'on peut l'étendre.

Voyez Boërius, déciſion 13.

XXII. Le privilege accordé aux marchands étrangers, venans & commerçans dans les foires de Lyon, eſt encore plus étendu que celui dont on vient de parler.

Ordonnance de Louis XI, de 1463: c'eſt la diſpoſition de celle de Charles IX, donnée au Pleſſis-les-Tours au mois d'août 1569. Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 14, pag. 32, & la propoſition ſuivante.

☞ Les lettres-patentes de Charles IX, données en faveur des foires de Lyon, exemptent du droit d'aubaine tous les étrangers allans & venans ou retournans de ces foires, demeurans & ſéjournans dans la ville de Lyon, tant pour leurs marchandiſes & effets mobiliers, que pour les rentes conſtituées: mais l'arrêt d'enregiſtrement de ces lettres-patentes au parlement de Paris, du 4 février 1572, a excepté les rentes conſtituées, qu'il a ſans diſtinction déclarées immeubles; d'où il réſulte que l'exemption du droit d'aubaine, en pareil cas, ne porte que ſur les marchandiſes & autres effets mobiliers.

XXIII. Non-ſeulement les ſucceſſions de ces marchands ſont affranchis du droit d'aubaine, non-ſeulement en mourant dans le royaume, ils tranſmettent leur ſucceſſion à leurs héritiers régnicoles, mais encore ils la tranſmettent à leurs héritiers étrangers: c'eſt l'avantage public qui a conduit à ces privileges, mais avec la limitation que contient la propoſition qui ſuit.

Il n'en eſt pas de même du marchand paſſager, il eſt comme tout autre étranger ſujet au droit d'aubaine. M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 12, pag. 28, ſur le privilege mentionné en la propoſition & les précédentes. Voyez M. le Maître, tit. 14, pag. 433.

XXIV. Dans le cas que ce privilege milite en faveur d'un héritier étranger; cet héritier étranger ne peut tranſporter ni or, ni argent hors le royaume: c'eſt la condition qui eſt attachée à ſon droit, autrement ce privilege qui a le bien public pour objet, y deviendroit contraire.

Voyez M. Chopin, du domaine.

XXV. Cette condition a lieu pour tout étranger, qui, par un privilege ſingulier, peut recueillir une ſucceſſion dans le royaume: c'eſt ordre public que cette condition, elle eſt du droit des gens, autant qu'un juſte effet de la puiſſance du ſouverain.

Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 8, num. 43, pag. 22.

XXVI. Ce privilege n'a pas lieu pour toute les foires indiſtinctement, il n'a lieu que lorſqu'il eſt porté par des lettres-patentes de l'établiſſement de la foire, & que ces lettres ont été enregiſtrées au parlement, hors ces cas il ne peut avoir lieu: c'eſt à la politique de Louis XI qu'on doit le premier établiſſement de ces privileges, comme on l'a déjà obſervé.

Voyez les ordonnances ci-deſſus citées.

☞ Outre les privileges dont eſt queſtion dans cette ſection, les ouvriers étrangers travaillans ou conduiſans les ouvrages dans les manufactures royales ſont exempts du droit d'aubaine. Edit d'Henry IV, de janvier 1607, confirmé par Louis XIII, le 18 avril 1625, & par Louis XIV, le dernier décembre 1643.

De même, les marchands étrangers qui trafiquent & s'établiſſent à Dunkerque ſans diſtinction de meubles ou d'imeubles. Déclaration de novembre 1662, & arrêt du conſeil du 10 octobre 1716.

Pareille exemption en faveur des marchands fréquentant le port & havre de Marſeille. Edit de mars 1669.

Et en faveur des matelots étrangers, après cinq années de ſervice, & à la charge qu'ils feroient profeſſion de la religion catholique, apoſtolique & romaine. Edit d'avril 1687.

SECTION IV.

Des privileges accordés à de certains étrangers.

§ I.

Du privilege des Suiſſes.

XXVII. Les Suiſſes, mais non pas tous indiſtinctement, ſont regardés comme régnicoles; propoſition qu'on développera par les ſuivantes, on obſervera que c'eſt Louis XI qui a commencé à traiter avec eux.

Edit de Charles IX, donné à Saint-Germain en Laye, le 4 août 1561; les Genevois ſont aubains, ſelon Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 4, num. 8, page 12; mais l'arrêt du 25 juin 1705, cité ſur la derniere propoſition de ce paragraphe, a jugé le contraire, ainſi l'on ne peut plus s'arrêter à cette opinion. Sur les privileges accordés à de certains étrangers, qui ſont la matiere de la préſente diſtinction & des

trois

trois ſuivantes. Voyez Chopin, du domaine, l. 1, chap. 11, & Duclos, dans ſon hiſtoire de Louis XI, il eſt un de nos meilleurs hiſtoriens.

☞ Les cantons proteſtans ſont exceptés de l'affranchiſſement du droit d'aubaine.

A l'égard des Genevois, ils ſont compris dans l'affranchiſſement, aux termes de la déclaration du mois de juin 1608, portant que le droit d'aubaine n'auroit pas lieu dans le royaume à leur égard. Cet affranchiſſement eſt réciproque entre les deux nations, rien ne l'a interrompu, & il ſubſiſte encore actuellement.

XXVIII. Ci-devant il n'y avoit que les Suiſſes qui ſervoient dans les troupes du roi, ou qui étoient mariés ou établis dans le royaume, qui jouiſſoient de ce privilege, les autres n'en jouiſſoient pas, on a depuis étendu ce privilege.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 7, num. 2, page 13; mais cela a changé, & leur privilege a été accordé à tous, ainſi qu'on le verra par la note ſur la propoſition qui ſuit.

XXIX. De-là il s'enſuivoit que les premiers ſeulement, tranſmettoient leur ſucceſſion à leurs parens régnicoles, s'ils n'en avoient diſpoſé par teſtament, non les autres, mais à préſent plus de différence; le privilege eſt général, ainſi leur ſucceſſion paſſe à leurs parens, quoique réſidens en Suiſſe.

Tel étoit l'état des Suiſſes, ſuivant les lettres-patentes de 1581; mais par les lettres-patentes de 1685, ils ſont admis indiſtinctement à ſuccéder en France. Voyez Bardet, tom. 2, liv. 5, chap. 16.

XXX. En vertu du même privilege, ils ſuccedent à leurs parens décédans en France, non pas indiſtinctement, mais ſeulement à ceux qui ſont régnicoles, ou qui jouiſſent des privileges des regnicoles: ainſi ils ont capacité, tant active que paſſive, l'état du Genevois a été plus incertain, la derniere juriſprudence le fixe.

Mais le Genevois eſt-il étranger, & comme tel, tenu de donner caution de payer le jugé? L'arrêt du 6 février 1630, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 86 le juge ainſi; mais, par celui du 27 juin 1705, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, livre 5, chap. 41, pag. 539, la cour a jugé que le Genevois n'étoit tenu de donner caution, & qu'il étoit exempt du droit d'aubaine.

§. II.

De celui des Ecoſſois, Portugais & des Savoyards.

XXXI. Les Ecoſſois & Portugais, non indiſtinctement, mais tant qu'ils vivent dans le royaume, ſont exempts du droit d'aubaine, & peuvent teſter; il n'en eſt pas de même des Savoyards.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 7, num. 5 & 6, à l'égard des Savoyards & Piémontois (ſauf la reſtriction notée ſur la troiſieme propoſition) ils ſont vrais aubains. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 6.

XXXII. Par cette exemption, lorſque les Ecoſſois & les Portugais meurent dans le royaume, leur ſucceſſion paſſe à leurs héritiers régnicoles, non à leurs parens étrangers, s'ils n'ont le même privilege.

Voyez M. Bacquet, au chapitre qu'on vient de citer.

XXXIII. Ils ont, à l'égard de leurs parens régnicoles, le droit de leur ſuccéder, leur privilege eſt actif & paſſif.

La capacité paſſive qu'on vient d'établir dans leur perſonne prouve celle-ci, & les autorités ſont communes aux deux, quant aux Savoyards dont on a déja parlé dans la note ſur la premiere propoſition. Par arrêt du 29 juillet 1647, rapporté par Soëfve, tome 1, centurie 2, chap. 4, celui qui étoit né en Savoye pendant que le roi en jouiſſoit, n'eſt pas réputé François, & comme tel, capable de ſuccéder en France; cependant, en Dauphiné, le Savoyard n'eſt ſujet au droit d'aubaine, & réciproquement le Delphinois n'eſt en Savoye ſujet à ce droit. Déclaration du roi du mois de juillet 1669: voyez Baſſet, tom. 2, liv. 3, tit. 1, chap. 1. C'eſt exception qui confirme la regle.

XXXIV. A l'égard du Savoyard qui s'eſt établi dans le royaume dans le tems que la Savoie étoit ſous la domination de la France, & avant la reddition du pays, il eſt regardé comme régnicole: cet établiſſement déterminé étant fait dans ce tems-là, & non ſa naiſſance, quoiqu'arrivée dans un même tems.

Edit de Charles IX, du 21 mai 1566. Quant aux Anglois, par rapport à leur privilege, mais limité au mobilier, & qui n'a nullement lieu pour les immeubles, voyez la déclaration déja citée, du 19 juillet 1739.

§. III.

Du privilege des habitans de la ville d'Avignon & de celle de Carpentras, & ſi les Navarrois jouiſſent indiſtinctement des droits de régnicoles, & de l'état de quelqu'autres étrangers.

XXXV. Le privilege de ceux-ci eſt plus étendu que celui des précédens: ils ſont regardés comme vrais François, & jouiſſent des droits de concitoyens: les derniers ſont dans le droit des vrais ſujets du roi, s'ils ne le ſont pas de fait, & les autres habitent dans l'étendue d'un fief qui releve du comté de Provence qui appartient au roi.

Voyez Bacquet, au ch. cité ſur la propoſition qui ſuit.

☞ Voyez encore les lettres-patentes de Louis XIII, de janvier & mars 1611, & celles de Louis XIV, de mars 1660, confirmatives des priviléges des habitans de l'état d'Avignon & comté venaiſſin.

XXXVI. De-là il s'enſuit que, quoique décédant à Avignon ou à Carpentras, ils diſpoſent valablement par teſtament des biens qu'ils ont en France: premiere conſéquence qui naît de la propoſition préce-

dente ; ces lieux ſont relevants du comté de Provence, ce qui leur procure cet avantage, puiſqu'ils ſont médiatement les ſujets du roi.

Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 7, num. 14' page 15.

XXXVII. S'ils ne diſpoſent pas de ces mêmes biens, ils paſſent à leurs parens, quoique domiciliés dans ces villes : ſeconde conſéquence du même principe ; même qualité, même faveur dans les uns comme dans les autres.

Lettres-patentes d'Henri III ; elles ſont citées par M. Bacquet, au nombre indiqué ſur la propoſition précédente.

XXXVIII. De même un François y ſuccéderoit s'il étoit plus proche parent : il y a réciprocité, puiſqu'ils ont l'avantage d'une même qualité ; l'un immédiatement, l'autre médiatement.

Les autorités ci-deſſus ſervent de preuve à cette propoſition, le droit ſur ce, doit être réciproque.

XXIX. Par le même principe les habitans de ces villes ſuccédent à leurs parens qui meurent dans le royaume, ils ont pour ce, & de droit, capacité active & paſſive ; cela réſulte de leur qualité qu'on vient d'expliquer.

Voyez encore les autorités précédentes, & quant aux Navarrois, & ſur la queſtion de ſçavoir ſi celui qui eſt né dans la haute Navarre jouit de ce privilége. Voyez le douzieme des nouveaux plaidoyers de M. Robert, & l'arrêt qui eſt rapporté à la fin de ce plaidoyer ; M. de Montholon, ch. 107, & ſur la queſtion de ſçavoir ſi les Franc-Comtois, avant que la Franche-Comté fît partie du royaume, pouvoient être regardés comme régnicoles. Voyez le journal des audiences, tome 1, liv. 1, ch. 103, & ſur le droit des Lorrains avant le traité des Pyrenées. Voyez celui rapporté dans la deuxieme partie du journal du palais, page 433, & ſur la queſtion de ſavoir ſi les Lorrains avant la paix de Nimégue, ſont capables de ſuccéder en France. Voyez la neuvieme partie du même journal, page 38 ; à préſent les Lorrains ſont réputés naturels François. Déclaration du roi donné à Compiegne au mois de juillet 1738.

§. IV.

Du privilege des Flamans & des Milanois.

XL. Les Flamans & Milanois peuvent diſpoſer par teſtament des biens qu'ils ont en France, pourvu qu'ils ſoient en France au moment de leur decès ; il faut pour cela cette condition, & qu'ils ayent obtenu lettres de déclaration par le concours de l'une & de l'autre condition ; ils rentrent dans leur état naturel de ſujets du roi, dont une obéiſſance forcée les avoit tiré.

Par rapport à ces derniers, c'eſt-à-dire les Milanois, Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 8, num. 37 & 39, dit qu'ils ſont *jure & origine Galli* ; en effet, le duché de Milan eſt échu à Louis XII, par droit ſucceſſif, droit qu'il a tranſmis aux rois ſes ſucceſſeurs ; il en doit être de même des Flamans, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit, puiſque le comté de Flandres eſt un fief mourant de la couronne.

☞ Sous le nom de Flamans ſont compris tous les habitans des Pays-Bas Autrichiens ; leur affranchiſſement du droit d'aubaine, réſulte particulierement du traité de Baden ; conclu entre le roi Louis XIV, l'Empereur Charles VI & l'Empire, le 7 ſeptembre 1714 : il porte que les réglemens établis par les précédens traités pour l'abolition réciproque du droit d'aubaine à l'égard des ſujets de France & de ceux de Pays-Bas, ſeront tenus pour confirmés & perpétuellement obſervés.

XLI. Par une ſuite du même privilége, leurs parens demeurans en France leur ſuccedent, & ils ſuccédent à ceux-là, lorſqu'ils ſont dans les cas ci-deſſus exprimés, parce que le comté de Flandres & le duché de Milan appartiennent au roi héréditairement.

Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 2, num 10, page 17 & 18, & l'arrêt ajoûté à la fin du deuxiéme tome de M. Baſſet.

XLII. Cependant en tems de guerre, les biens des Flamans Eſpagnols & des Milanois, ſont ſaiſis, & le roi en fait les fruits ſiens ; puiſque, ſoumis par les armes à une puiſſance étrangere, ils fourniſſent des ſubſides à cette puiſſance contre leur légitime ſouverain : baſe inébranlable de ces juſtes ſaiſies.

Suivant l'arrêt du 16 juillet 1668, il faut diſtinguer les tems ; pendant la guerre, les Flamans, c'eſt à-dire, ceux d'entr'eux qui ne ſont plus ſous la domination du roi, leur vrai ſouverain, ſont réputés aubains : pendant la paix, le droit d'aubaine n'a lieu à leur égard, & ils peuvent même recueillir les ſucceſſions de leurs parens décédés en France, ſuivant les traités de paix ; mais ces traités de paix ne ſubſiſtent plus pendant la guerre, & le renouvellement d'iceux, par la paix, ne peut avoir effet rétroactif. Cet arrêt du 16 juillet 1668, eſt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 2. Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 8, num. 29 & ſuivans, & M. Lapeyrere, let. A, ſur le mot aubaine, num. 78, page 24.

XLIII. Ceux-là, c'eſt-à-dire, les Milanois & les Flamans, lorſqu'ils ſont domiciliés en France, pour pouvoir jouir de tous les droits des ſujets du roi, & ſe mettre à couvert de ces ſaiſies, n'ont pas beſoin de lettres de naturalité, mais de ſimples lettres de déclaration ; ils ſont ſujets du roi de droit, s'ils ne l'étoient de fait, & leur nouveau domicile leur rend la derniere qualité indiſtinctement & pour tous les temps, lorſqu'ils l'ont conſtatés par de telles lettres précédées d'un tel établiſſement.

Voyez les citations ſur les deux premieres propoſitions de ce paragraphe.

XLIV. Ces lettres par leſquelles il plaît au roi de les reconnoître & de les déclarer être du nombre de ſes ſujets, produiſent cet effet

de les mettre à couvert des saisies auxquelles la guerre fait ouverture ; ils sont alors vrais sujets de sa majesté.

Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, chap. 8, num. 6 & 7, page 17 & page 20, num. 19.

XLV. Ceux d'Artois jouissent des droits de régnicoles, & comment les leur déniroit-on, l'Artois étant une des provinces du royaume ?

M. Bacquet, du droit d'aubaine, ch. 8, num. 19, & suivant, page 19, sur quoi l'on peut observer que les lettres de *committimus* n'ont pas lieu dans le pays d'Artois. Déclaration du roi du 17 octobre 1708 ; c'est privilége favorable, vu les abus qu'il s'en fait souvent.

☞ Les sujets du grand duc de Toscane viennent aussi d'être exemptés du droit d'aubaine, tant pour les biens meubles, qu'immeubles, qu'ils posséderont en France, suivant les letttes-patentes du 10 janvier 1769, enregistrées au parlement le 6 juillet suivant : même exemption en faveur des sujets du duc de Parme, de Plaisance & de Guastalla, aussi pour les biens meubles & immeubles par lettres-patentes du 18 mars 1769, enregistrées au parlement le 6 juillet suivant.

CHAPITRE QUATRIÉME.

DES FRANÇOIS ÉTABLIS EN PAYS ÉTRANGERS

SECTION PREMIERE.

QUAND LE FRANÇOIS ÉTABLI EN PAYS ÉTRANGER NE PERD AUCUN DE SES DROITS.

I. LE François qui se retire hors le royaume avec la permission du roi, est toujours regardé comme un vrai régnicole ; telle permission prouve tout ensemble l'attachement du sujet & la dispense du souverain ; ainsi ayant cette permission, il n'encourt aucune inhabilité.

Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, cinquieme partie, ch. 40, num. 2, page 86 ; Chopin, du domaine, livre 1, tit. 11, num. 30 & 31 ; le journal des audiences, tome 1, liv. 2, ch. 18, & liv. 8, chap. 15 ; le Maître, plaidoyer, 22 ; Bardet, tome 2, livre 3, chap. 24, & l'arrêt rendu au profit des créanciers du sieur marquis de Bonneval, ensemble les mémoires sur cette affaire qui sont bien travaillés ; l'arrêt est du mois d'août 1748.

II. De-là il s'ensuit qu'au moyen de cette permission, il ne perd aucun des droits de citoyen ; c'est la conséquence de la proposition précédente : ainsi il succéde & on lui succéde, & les dispositions dont il est honoré ont leur exécution, sauf le cas de la retraite pour religion.

M. Bacquet, au chapitre qu'on vient de citer ; il en faut excepter celui qui se retire, quoi qu'avec cette permission, pour fait de religion ; le testament de celui-là est nul, l'effet de la permission en tel cas, étant limité à sa personne. Arrêt du 21 mai 1705, rapporté par M. Augeard, tome 1, ch. 57, page 446.

III. Le François qui voyage & qui séjourne même en pays étranger, ne perd aucun de ses droits, parce que, malgré le long séjour, l'esprit de retour dans la patrie se présume toujours, tant qu'il n'y a pas d'établissement marqué ; tout soutient une telle présomption dans la personne d'un tel François, l'intérêt, la nature & le devoir ; il est donc juste de s'y fixer, & par conséquent, de lui donner toute capacité.

Je l'ai entendu ainsi juger au châtelet ; delà il s'ensuit que le testament qu'il a fait en pays étranger n'est pas nul, par la seule raison qu'il est fait en pays étranger, au contraire, il doit être exécuté sur les biens qu'il laisse en France. Arrêt du 4 décembre 1627 ; M. Ricard, des donations, partie 1, chap. 3, sect. 4, num. 229, page 51.

IV. Ceux qui suivent les princesses du sang, qui contractent mariage du consentement du roi avec des princes étrangers, n'encourent aucun vice de pérégrinité ; c'est zéle & obéissance de leur part, & non abandon de la patrie ; ce qui leur conserve la qualité de régnicoles & de vrais François ; delà il s'ensuit que tel François est capable de succéder à ses parens morts en France, & non-seulement il a cette capacité, mais même ses enfans l'ont aussi, quoique nés en pays étranger ; autrement ce seroit le priver dans la personne de ses enfans, ce qu'on ne peut faire : il a donc été juste d'étendre cette faveur à ces dernieres.

Voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 15.

SECTION II.

Des droits que perd le François qui s'est établi sans permission en pays étranger, & de ceux qu'il conserve.

V. Tout François qui s'établit en pays étranger, sans la permission du roi, encourt le vice de pérégrinité, & ne peut plus invoquer la loi de la nation à laquelle il est censé avoir renoncé ; son fait le rend indigne de

ſes diſpoſitions ; c'eſt de ſa part abdication abſolue.

Edit du mois d'août 1669; cet édit porte confiſcation de corps & de biens. Voyez auſſi la déclaration du 14 août 1685 ; l'édit du mois de juillet 1705, qui porte confiſcation de corps & de biens contre les relégués hors leur domicile, qui ſe retireroient du royaume ſans la permiſſion du roi ; M. Bardet, tome 2, liv. 3, ch. 16, rapporte un arrêt du 27 mars 1634, par lequel il a été fait défenſe à un François établi en pays étranger de vendre ſes immeubles qu'il avoit en France ; & par celui du 9 février 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, il a été jugé qu'il n'avoit pu diſpoſer par teſtament, du bien qu'il avoit en France; cette incapacité eſt arteſtée par M. le Maître, tit. 14, page 433; mais elle ne s'entend qu'avec la reſtriction qui ſuit, il faut preuve entiere du fait.

VI. Pour qu'il y ait lieu à cette incapacité dans la perſonne d'un François, il faut un établiſſement marqué, ſoit par mariage en pays étranger, ſoit par l'acquiſition d'une charge, ſoit en obtenant des lettres de naturalité du prince étranger, dans les états duquel il s'eſt établi ; ſans cela il n'y a pas vice de pérégrinité, mais en ce cas, il eſt entier.

Voyez M. Soëfve, tom. 1, cent. 2, ch. 9 ; M. Bacquet, traité du droit d'aubaine, cinquieme partie, num. 2, page 76, & la propoſition qui ſuit.

VII. Ceſſant cet établiſſement fixe & marqué, le François n'encourt aucune incapacité, parce que l'eſprit de retour en la patrie, comme on l'a déja dit dans la ſection précédente, ſe préſume toujours, & qu'il faut un fait déterminant contraire, pour faire ceſſer cette préſomption favorable ; ce qui arriveroit s'il reſtoit volontairement en pays étranger pendant la guerre : ſa perſévérance pendant ce temps critique, marque un abandon abſolu de la patrie ; ainſi, en ce cas, le vice de pérégrinité eſt encouru.

M. le Maître, tit. 14, pag. 433 & 434; cette incapacité & ce vice de pérégrinité, ont lieu même pour la fille Françoiſe, que ſon pere a mariée en pays étranger, & qui étant demeurée veuve, n'a marqué aucun eſprit de retour. Arrêt du 16 juillet 1668, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 2. Voyez la note ſur la propoſition qui ſuit, où l'on verra que la femme qui ſuit ſon mari en pays étranger, n'encourt pas par ce fait, le vice de pérégrinité, elle obéit, en ce cas elle ſuit la volonté d'un autre & non la ſienne ; il n'en eſt pas de même de l'autre qui a ſuivi ſa volonté, qui forme abdication perſonnelle.

VIII. Par l'établiſſement marqué en pays étranger, ſans la permiſſion du roi, le François devient incapable de ſuccéder en France, ni de profiter d'un legs, l'oubli qu'il a fait de ſa patrie, le retranche du nombre des citoyens : on verra dans la ſection ſuivante, comment il peut lever cette incapacité, & cette propoſition eſt la ſuite de ce que deſſus : en effet, en ce cas, il a tout le vice de la pérégrinité, vice qui n'influe pas ſur la femme Françoiſe qui ſuit ſon mari en pays étranger, comme on vient de l'obſerver.

Cependant, la femme Françoiſe qui a épouſé un étranger qui l'a emmenée dans ſon pays, reſte capable de ſuccéder en France, mais ſous la limitation de ne pouvoir aliéner les immeubles à elle échus. Arrêt du 28 août 1630, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 66 ; & par M. Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 128.

IX. Par cette même incapacité, le François établi en pays étranger, ne peut exercer un retrait lignager : autre conſéquence du principe, car qui ne peut ſuccéder, ne peut retraire ; ainſi la premiere inhabilité entraine l'autre néceſſairement.

Arrêt du 6 août 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 35, page 398.

X. Mais par ce même établiſſement, il ne perd pas la propriété ni la jouiſſance des biens qu'il a en France, l'étranger même ne la perd pas de ſon vivant ; & par conſéquent, le François, quoiqu'établi en pays étranger, ne peut les perdre, cela eſt du droit des gens qu'un inhabilité civile & relative ne peut affoiblir.

Cela eſt établi ci-deſſus, où l'on a vu que l'étranger, tant qu'il vit, conſerve les biens qu'il a en France, ce qui a pareillement lieu pour le François établi en pays étranger, qui ne peut par un tel établiſſement, être plus défavorable que l'étranger même; ainſi la preuve eſt commune, & met la propoſition au-deſſus de toute conteſtation.

XI. De-là il s'enſuit qu'il en peut diſpoſer entre-vifs, puiſque l'étranger le peut faire ; puiſqu'encore une fois, & comme on vient de le dire, il n'eſt pas plus défavorable que l'étranger même qui le pourroit faire : mais mourant en pays étranger, il ne peut par teſtament, diſpoſer des biens qu'il a en France ; c'eſt une capacité qui n'appartient qu'aux régnicoles, & donc par conſéquent, il eſt privé.

Mourant en pays étranger, il ne peut diſpoſer par teſtament des biens qu'il a en France. Arrêt du 19 février 1660, rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 11 ; ce qui n'influe pas ſur les actes entre-vifs qui ſe réglent par le droit des gens.

SECTION III.

Quand le françois, nonobſtant l'établiſſement en pays étranger, devient capable de ſuccéder en France.

XII. Si le François, qui a fait un établiſſement marqué en pays étranger, revient en France, & qu'il déclare qu'il n'entend retourner dans le pays étranger, ſon incapacité de ſuccéder ceſſe ; ſon retour lui rend ſa capacité, cela eſt très-favorable, mais

le retour doit avoir précédé l'ouverture de la ſucceſſion.

Arrêt prononcé en robes rouges à Noël 1605; rapporté par M. de Montholon, ch. 106; ce même arrêt eſt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, chap. 8. Voyez M. le Maitre, tit. 15, page 489 & 490, ainſi que la propoſition qui ſuit.

XIII. Cela eſt fondé ſur ce que l'eſprit de retour en la patrie eſt favorable, & doit ſe préſumer, comme on l'a déja dit, & ſi rien n'y fait obſtacle, comme on va l'expliquer.

Voyez M. Soëfve, tome 1, cent 2, ch. 4; M. Lapeyrere, ſur le mot aubaine, num. 85, page 25 de l'édition de 1725.

XIV. Mais pour que cet eſprit de retour ſe puiſſe juſtement préſumer, il faut qu'il ſoit marqué par quelques circonſtances antérieures à l'ouverture de la ſucceſſion qu'il veut recueillir; les circonſtances poſtérieures ſeroient pour ce impuiſſantes, parce qu'elles ſeroient très-équivoques, l'intérêt les auroit guidées, & non le véritable eſprit de retour.

Voyez M. Bacquet, du droit d'aubaine, cinquieme partie, ch. 37, num. 11 & dernier.

XV. Dans le cas de cette préſomption, & par la crainte que ſa déclaration ne ſoit pas ſincere, on l'oblige de faire emploi du mobilier en acquiſition d'héritages ſitués dans le royaume; cela remédie aux inconvéniens de l'incertitude.

Voyez l'arrêt rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 97. Voyez M. Lapeyrere, let. S, déciſion 232, page 471.

SECTION IV.

A qui appartient la ſucceſſion du François établi, & mort en pays étranger.

XVI. La ſucceſſion du François établi ſans la permiſſion du roi en pays étranger, & qui y meurt, n'appartient pas au roi, comme celle de l'étranger; ſa faute ne doit pas refléchir ſur ſes parens régnicoles, qui conſervent, quant à ce, tous les droits que leur qualité leur donne.

Voyez M. Bacquet, au chapitre cité ſur la propoſition qui ſuit, & au chapitre 40 du même traité; le journal des audiences, tome 1, liv. 5, chap. 11.

XVII. En effet, cette ſucceſſion appartient à ſes plus proches parens régnicoles, que la loi en ſaiſit de même que s'il étoit mort en France; ce qui n'a pas lieu s'il y avoit confiſcation.

M. Bacquet, en ſon traité du droit d'aubaine, cinquieme partie, ch. 37, num. 6 & 7. Voyez auſſi le ch. 40 de la même partie, pag. 86, & la propoſition qui ſuit.

XVIII. Cela eſt fondé ſur ce que l'incapacité étoit limitée au défunt, & que le vice de pérégrinité encouru par lui & l'incapacité qui y eſt attachée, ne peut pas influer ſur ſes parens régnicoles; il ſeroit injuſte de lui donner cette influence, on puniroit l'innocent du fait du coupable.

Il y a une ancienne ſentence du châtelet de Paris, elle eſt rapportée par M. Bacquet, aux nombres cités ſur la propoſition précédente; cependant ſi le procès avoit été fait au François établi en pays étranger, & que la confiſcation de corps & de bien eût été prononcée contre lui, en ce cas, les biens qu'il avoit laiſſé en France, appartiendroient au roi, ſuivant l'édit de 1669; c'eſt droit acquis à ſa majeſté.

XIX. Ces parens, quoique ſimples collatéraux, ſont préférés aux enfans d'un tel François nés en pays étranger, leur naiſſance les rendant incapables de ſuccéder en France, ſauf la limitation qui ſuit; capacité d'un côté & incapacité de l'autre, la ſaiſine d'une ſucceſſion légitime ne peut ſuivre que la premiere.

Cette incapacité réſultante du vice de pérégrinité, eſt établie ci-deſſus, & cette même incapacité fonde cette propoſition, le droit de la ligne collatérale s'ouvrant par l'inhabilité de la directe; l'un eſt ſuite de l'autre, ſauf la limitation qui ſuit.

XX. Cependant, ſi les enfans du François qui s'eſt retiré en pays étranger, & qui y eſt mort, viennent s'établir en France; en ce cas, & ſans lettres de naturalité, ils ſuccédent à leur pere, à l'excluſion de tout collatéral, s'ils ſont dans le giron de l'égliſe: c'eſt juſte faveur que leur origine & leur retour leur procure.

Arrêt du 26 juin 1634, rapporté par M. Bardet, tome 2, liv. 3, ch. 24. Autre du 27 avril 1655, rapporté par M. Soëfve, tome 1, cent. 4, ch. 87. Enfin, il y en a un troiſieme du 12 mars 1707, rapporté dans le ſixieme volume du journ. des aud. Voyez la propoſition qui ſuit.

XXI. Leur capacité réſulte de ce qu'ils ſont François d'origine, s'ils ne le ſont pas de naiſſance, ce qu'on a déja vu ci-deſſus, & que l'ordre oblige de reprendre ici; en effet, le retour des François d'origine, eſt regardé favorablement, & l'héritier direct, dont l'incapacité ceſſe, l'emporte ſur le collatéral: ce qui confirme la propoſition précédente.

M. Bacquet, du droit d'aubaine, cinquieme partie 3, chap. 38, num. 5 & dernier, pag. 79.

SECTION V.

Du François qui s'eſt retiré en pays étranger, pour fait de religion.

XXII. Celui-là encourt, non-ſeulement le vice de périgrinité, mais une eſpece de mort civile; en effet, non-ſeulement, il eſt

incapable de ſuccéder, mais ſa fuite fait ouverture à ſa propre ſucceſſion, de même que ſa mort naturelle ; c'eſt mort civile qui produit les effets de la premiere.

Edit de 1689, enregiſtré au parlement ; ſur quoi il eſt à propos d'obſerver qu'en ce cas, le droit des héritiers eſt moins droit ſucceſſif que grace du roi, auquel les biens appartiennent à titre de confiſcation. Voyez l'arrêt du 16 février 1706, rapporté par M. Augeard, tome 2, pag. 426.

XXIII. Cette ouverture anticipée de ſucceſſion, eſt une ſuite naturelle de la mort civile qu'il a encourue, & qui imite en tout la naturelle ; or il n'eſt pas douteux que la mort naturelle fait ouverture à la ſucceſſion : incapacité abſolue qui influe même ſur une veuve fugitive pour ce fait, par rapport aux arrérages de ſon douaire.

Par cette fuite, la veuve fugitive eſt bien privée de ſon douaire, ainſi que de ſes autres biens ; mais il ne s'éteint pas pour cela en faveur des héritiers du mari, qui en ſont les débiteurs ; il ſubſiſte en faveur des créanciers de la veuve fugitive, & enſuite en faveur de ceux de ſes parens, que l'édit du mois de décembre 1689 a ſaiſis de ſes droits. Arrêt du 19 juillet 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, page 783 : c'eſt ſuite des principes ci deſſus.

XXIV. Telle ſucceſſion eſt cenſée ouverte du jour de la fuite, c'eſt ſon tems qui en fait l'ouverture, puiſque cette même fuite opere une eſpece de mort civile : autre conſéquence de ce que deſſus.

Voyez l'édit ci deſſus cité par la diſpoſition des loix 12 & 22, ff. *de capt. & poſt lim. reverſis*, on perdoit la qualité de citoyen, *per captivitatem, per damnationem & per fugam.*

XXV. De-là il s'enſuit que les parens du François qui s'eſt retiré en pays étranger, pour fait de religion, & qui ſont catholiques & régnicoles, & les plus prochains au moment de la fuite qui a fait l'ouverture, ſont ſaiſis de la ſucceſſion & ſaiſis irrévocablement, le cas du retour du fugitif excepté ; autre conſéquence : mais cette ſaiſine eſt un bienfait, eſt une grace que le roi leur fait, & non un droit vraiment héréditaire.

Voyez l'édit de 1689, déja pluſieurs fois cité.

XXVI. De-là il s'enſuit encore qu'on ne conſidére pas dans le cas de cette ſucceſſion, les parens régnicoles du François ainſi fugitif, qui ſe trouvent les plus prochains lors de ſa mort naturelle ; ce tems, en ce cas, n'eſt plus d'aucune conſidération, c'eſt la ſuite de ce que deſſus, c'eſt ſa fuite qui a fait ouverture à ſa ſucceſſion ; c'eſt donc ſon temps qui détermine les héritiers, abſtraction faite de celui de la mort naturelle.

M. Lapeyrere, let. S, déciſion 212 aux notes & additions, pag. 469.

XXVII. Si le François qui s'eſt retiré en pays étranger, pour fait de religion, revient dans le royaume y faire abjuration, & qu'il ait prêté ſerment de fidélité au roi, entre les mains du gouverneur de la ville frontiere, par laquelle il eſt rentré dans le royaume, ſes biens perſonnels lui ſont rendus, & il devient capable de recueillir toute ſucceſſion, pourvu qu'il ait abjuré avant leur ouverture ; s'il n'a abjuré que depuis, il eſt, quant à ce, non-recevable ; la juſte ſuſpicion de ſa conduite, plus intéreſſée que religieuſe, le rend tel ; mais l'abjuration antérieure & ſon retour dans le royaume leve tout ſoupçon.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet ; & tel eſt l'eſprit des édits.

☞ Voyez la déclaration du 25 octobre 1725 par laquelle le roi entend que ſes ſujets qui ſe ſont retirés hors du royaume pour fait de religion, qui y reviendront, ou à leur défaut, les enfans qu'ils ont amenés, ou ceux qui ſont nés en pays étrangers, puiſſent être admis aux ſucceſſions qui leur écheoiront depuis leur retour & après leur abjuration, ſans être obligés d'obtenir de lettres de naturalité, déclarant qu'ils n'en ont pas beſoin.

XXVIII. La reſtitution qui ſe fait au fugitif, en ce cas, n'embraſſe pas les fruits, ſes parens ſaiſis par la loi, ou plûtôt par la grace du roi, comme on le verra plus amplement ſur le titre des ſucceſſions, ſes parens, dit-on, qui les ont perçu, les ont faits leurs par leur bonne foi ; ainſi la reſtitution n'eſt que des fonds & capitaux, & non des fruits, il a vécu ; les autres ont dans la bonne-foi conſumé ces revenus, comme les leurs : ce ſeroit les ruiner & injuſtement, que de les aſſujettir à leur reſtitution.

Voyez ci-après le chapitre de la reſtitution des fruits, où il eſt établi que la bonne-foi met à couvert d'icelle, autrement le préſent que la loi a fait, ſeroit un préſent funeſte ; ce qui fonde la propoſition.

TITRE HUITIEME.

DES ABSENS.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS SONT LES ABSENS.

S'ILS PERDENT QUELQU'UNS DE LEURS DROITS, ET JUSQU'A QUEL TEMS ILS SONT PRÉSUMÉS VIVRE RELATIVEMENT A LEURS INTERESTS.

I. L'Abſent eſt celui qui a quitté pour un tems le lieu où il avoit établi le ſiége de ſa fortune ; tel eſt l'abſent dans le droit : qualité qui produit pluſieurs effets qu'on va examiner, & même quelquefois incapacité, mais relative à des tiers, ſans nuire à l'abſent, dont la loi conſerve tous les droits.

Voyez la loi 7, au cod. *de incolis* ; & la loi 27 ff. *ad municipalem.*

II. L'abſence ne fait encourir aucune incapacité, & l'abſent ne perd aucun de ſes droits ; c'eſt uſage de liberté, & non contravention à ſes devoirs, lorſqu'elle n'eſt pas accompagnée d'un établiſſement marqué & déterminé en pays étranger, ſauf ſon droit actif de ſuccéder, qu'il a fallu fixer ſans préjudicier en rien à ſes intérêts; ce qu'on examine ſous le titre des ſucceſſions, car une certaine abſence produit ſur cela incapacité.

Nihil eſt impedimento, quoniam quis ubs velit habeat domicilium, l. 31, ff. *ad municipalem.*

III. Quand il ne s'agit que des intérêts de l'abſent ou de ſes créanciers, il eſt dans la théſe générale, préſumé vivre juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de cent ans ; mais ce n'eſt qu'en ces cas que cette préſomption eſt admiſe : elle n'a pas lieu dans les autres cas; elle auroit de trop grands inconvéniens, ſon intérêt ſeul fonde cette préſomption ; c'eſt pour lui ſeul & ſes créanciers qu'elle eſt admiſe.

Voyez M. le Brun, traité des ſucceſſions, ch. 1, ſect. 1, num. 2.

IV. Cette préſomption eſt fondée ſur ce que dans le doute, il faut plutôt préſumer pour la vie que pour la mort, & que ce terme de cent ans eſt le plus long terme de la vie de l'homme : raiſons ſatisfaiſantes ſur cette juſte préſomption, de laquelle il s'enſuit que juſqu'à ce tems, les abſens ſont réputés capables de ſuccéder, ſous la reſtriction qui ſera expliquée dans le titre des ſucceſſions.

C'eſt la conſéquence de ce que deſſus. Voyez la loi 56, ff. *de uſufructu*, ce qui ne s'entend toujours que pour lui & pour ſes créanciers, & non pour ſes héritiers, relativement auxquels ſa mort ſe préſume beaucoup plutôt.

V. Cependant, la préſomption de la vie de l'abſent, juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de cent ans, ceſſeroit même pour ſes propres intérêts, ainſi que par rapport à ſes créanciers, s'il avoit ceſſé de paroître depuis une bataille dans laquelle il étoit, ou s'il s'étoit embarqué, & qu'on n'eût aucune nouvelle du vaiſſeau ſur lequel il ſeroit embarqué ; dans ces cas, il eſt préſumé mort du jour de la bataille ou de l'embarquement ; on en va voir la raiſon : voilà le principe.

M. le Brun, des ſucceſſions, chap. 1, ſect. 1, num. 4.

VI. Cela eſt fondé ſur ce qu'un fait déterminant doit l'emporter ſur une préſomption de droit, par laquelle on préſume pour la vie ; préſomption qu'on n'admet que pour lever, par une conjecture raiſonnable, une incertitude entiere ; incertitude que le fait déterminant fait ceſſer.

M. le Brun, au même endroit ; & c'eſt la juriſprudence.

VII. Cela a lieu de même dans ces deux cas, lorſqu'il s'agit des intérêts des créanciers de l'abſent, c'eſt-à-dire, que dans les deux cas ci-deſſus marqués, les créanciers d'un tel abſent n'ont rien à prétendre ; mais hors ces cas, les créanciers peuvent pendant le long intervalle, exercer tous les droits de l'abſent, & même ceux qui lui échoient ; c'eſt la matiere du chapitre qui ſuit.

Voyez ſur ce le titre des ſucceſſions ; c'eſt du moins autant qu'ici le ſiege de cette matiere.

CHAPITRE SECOND.

JUSQU'A QUEL TEMS L'ABSENT EST REPUTÉ VIVRE RELATIVEMENT A SES CREANCIERS ET A SA FEMME.

I. CESSANS, les faits déterminans & incompatibles avec la préſomption de la vie, l'abſent à l'égard de ſes créanciers, eſt préſumé vivre juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de cent ans : principe déja poſé, & qui reſte à développer dans ſes conſéquences.

II. De-là il s'enſuit que ces créanciers peuvent ſe venger ſur les ſucceſſions qui lui échoient, & que l'abſent eſt préſumé recueillir juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de cent ans : premiere conſéquence qui naît du principe ci-deſſus, mais qui ne milite pas indiſtinctement en faveur de ſes préſomptifs héritiers, à l'égard des ſucceſſions qu'il pouvoit recueillir ſi ſon exiſtence étoit certaine ; ce ſont divers intérêts que l'équité a conduit à diſtinguer.

Voyez cependant l'arrêt rapporté par M. Soëfve, tom. 1, centurie 4, chap. 38 ; & M. le Brun, à l'endroit cité ſur le chap. précédent.

III. Cette même préſomption de vie juſqu'à cent ans, milite envers la femme de l'abſent relativement à leur communauté : ſeconde conſéquence du même principe ; mais quant à l'adminiſtration des biens qui compoſent la commmunauté, que cette préſomption oblige de confier à la femme, il ne faut pas la traiter plus favorablement qu'un préſomptif heritier qu'on aſſujetti à donner caution.

Voyez la note ſur la propoſition qui ſuit, elle contient la preuve de celle-ci. Quant à la limitation qui termine la propoſition, cela a été ainſi jugé par un arrêt rendu à la fin de l'année 1748.

IV. De-là il s'enſuit que la communauté de biens contractée entre l'abſent & ſa femme, eſt réputé ſubſiſtante juſqu'à ce tems, & la femme jouit de tous les droits qui en réſultent, mais non de ſon douaire, ni de ſes gains de ſurvie ; il faut ſurvie conſtante pour faire ouverture à ces droits, & la ſimple préſomption n'eſt pas, quant à cela, ſuffiſante.

C'eſt ce que j'ai entendu juger au châtelet, & préciſément dans le cas exprimé dans la propoſition, par ſentence du 23 juillet 1715, & ce qui y a encore été jugé par une ſentence rendue en 1748 ; mais juriſprudence qui a été bien ſagement limitée par l'arrêt cité ſur la propoſition précédente : à l'égard de la ſeconde partie de la propoſition, elle eſt établie ſur le titre douaire. C'eſt le ſiege de cette matiere, c'eſt gain de ſurvie, il la faut conſtante.

V. De tout ce qui eſt contenu dans ce chapitre & le précédent, il réſulte que l'abſent eſt réputé vivant juſqu'à cent ans, tant qu'il s'agit de lui acquérir ou conſerver des biens, mais non quand il ne s'agit que des intérêts de ſes héritiers, & de diviſer ſes biens ; c'eſt la matiere du chapitre qui ſuit, & ce qu'on va expliquer.

Sur tout ce chapitre, voyez M. le Brun, traité des ſucceſſions, ch. 1, ſect. 1.

CHAPITRE TROISIEME.

DE QUEL JOUR L'ABSENT EST REPUTÉ MORT, RELATIVEMENT A SES HERITIERS.

I. SI l'abſent n'a donné aucune nouvelle, il eſt réputé mort relativement à ſes héritiers, dix années après ſon abſence ; mais c'eſt à cette relation à ſes héritiers, que cette préſomption eſt limitée ; mais quant à lui, elle n'eſt d'aucune conſidération.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, chap. 1, ſect. 1, num. 8.

II. Lorſqu'il a donné de ſes nouvelles, ces dix années ne courent que du jour de la derniere nouvelle ; la vérité conſtante écarte toute préſomption contraire.

M. le Brun, au même chapitre.

III. Cette abréviation de la préſomption de droit de la vie de l'abſent, à l'égard des héritiers de l'abſent, a été établie par les inconvéniens qu'il y auroit à laiſſer leur perſonne indéterminée pendant ce long terme ; enfin parce qu'après les dix années d'abſence, il faudroit des ſequeſtres, & il n'y en a pas de plus convenables que ceux qui ſont intéreſſés eux-mêmes à la conſervation des biens de l'abſent, & ce ſont ces ſequeſtres que la juriſprudence admet ; ce qui eſt tout enſemble juridique & ſalutaire.

C'eſt ſur ces moyens qu'eſt fondé le partage proviſionnel des biens de l'abſent, uſité en ce cas, & dont on va parler ; & ce partage eſt une eſpece de droit commun qui, conſervant les droits

des

des heritiers, n'eſt qu'un dépôt, relativement à l'abſent.

IV. De-là, il s'enſuit que les parens qui ſe trouvent les plus prochains de l'abſent après les dix années d'abſence, ſont ſaiſis de la ſucceſſion de l'abſent; & non ceux qui ſe trouveroient les plus prochains à l'abſent, lorſqu'il auroit atteint l'âge de cent ans; c'eſt la juſte conſéquence de ce que deſſus; juriſprudence exacte, & qui prévient bien des inconvéniens qu'une plus longue ſuſpenſion auroit entraînée.

M. le Brun, au chapitre cité, num. 1.

CHAPITRE QUATRIÉME.

COMMENT ET DANS QUEL TEMS LES HÉRITIERS DE L'ABSENT PARTAGENT SES BIENS.

I. APRE'S dix années d'abſence, on envoye les plus prochains parens de l'abſent en poſſeſſion de ſes biens; mais cet envoi eſt plus dépôt que vraie ouverture de ſucceſſion; c'eſt ſous cet aſpect qu'il faut le conſidérer, ce ſeroit s'en former une fauſſe idée, que de le conſidérer autrement.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, chap. 1, ſection premiere.

II. Ils peuvent même après ce délai, les partager proviſoirement entr'eux, ſauf la reſtitution & la ſûreté ci-après; ce qui confirme que c'eſt dépôt: car dans tout événement, les intérêts de l'abſent doivent être conſervés; cette conſervation eſt l'objet principal de la juſtice.

C'eſt ce qu'on pratique au châtelet, & le droit commun du royaume.

III. Pour cet envoi & ce partage proviſionnel, les héritiers doivent donner bonne & ſuffiſante caution de rendre les biens à l'abſent, même les fruits par eux perçus, ce n'eſt qu'à cette condition qui fait la ſûreté de l'abſent, & pour lequel la juſtice veille, qu'ils obtiennent cet envoi; mais depuis cet envoi, ſes héritiers ne peuvent prétendre ſuccéder de ſon chef, ſauf ſon droit perſonnel s'il reparoît; il y auroit trop d'inconvénient & preſque toujours de l'injuſtice à leur donner ce droit, qu'ils ne pourroient encore faire valoir qu'en ſe mettant en contradiction avec eux-mêmes.

C'eſt encore ce qui ſe pratique au châtelet. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez ci-après le titre des ſucceſſions.

IV. Ce partage proviſionnel n'a pas lieu, ſi l'abſent a laiſſé une procuration, il faut la ſuivre; c'eſt ſon intérêt ici auquel on veille plus qu'à celui de ſes parens; ainſi, une procuration de ſa part doit donc faire ceſſer cet envoi en poſſeſſion, ſauf à y pourvoir après un plus long délai & ſelon les circonſtances; c'eſt toujours l'intérêt de l'abſent qui y a veillé par une procuration, qu'il faut conſidérer.

M. le Brun, liv. 1, chap. 1, ſection premiere, num. 8.

V. Après trente années d'abſence, les héritiers ſont diſpenſés de la caution, & la procuration que l'abſent avoit laiſſé, n'eſt plus d'aucune conſidération; en ce cas, l'envoi en poſſeſſion eſt pur & ſimple, & il y a quant à eux, préſomption abſolue de la mort de l'abſent, & ſon intérêt, en ce cas, par trop éloigné, ne peut balancer celui de ceux que la loi appelle à ſa ſucceſſion.

Tel eſt l'uſage du châtelet; on ne laiſſe pas cependant, dans ce cas comme dans le précédent, d'y réquérir le miniſtere de meſſieurs les gens du roi, pour veiller aux intérêts de l'abſent; c'eſt par leur vigilance que la révolution des trente années eſt conſtatée.

TITRE NEUVIEME.

DU DOMICILE.

CHAPITRE PREMIER.

DU LIEU DU DOMICILE, COMMENT IL S'ACQUIERT, ET SI ON PEUT EN AVOIR DEUX.

I. LE domicile eſt le lieu où l'on a établi le ſiége principal de ſa fortune, le centre de ſes affaires, où l'on laiſſe ſa femme, & qu'on ne quitte que pour quelque cauſe particuliere ; tel eſt le vrai domicile dont la fixation regle pluſieurs droits.

In eo loco ſingulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem ac fortunarum ſuarum ſummam conſtituit, l. 7, cod. *de incolis*, l. 27, §. 1, ff. *ad municipalem*. Voyez l'art. 449 de la coutume de Bretagne, qui forme ſur ce une eſpece de droit commun de la France.

II. Le domicile s'acquiert par an & jour, & non par un tems plus bref, ſi ce n'eſt, cependant, pour la célébration du mariage par rapport à laquelle il y a des diſtinctions à faire, & qu'on a rapportées ci-deſſus.

C'eſt ce qu'on ſuit dans l'uſage, comme l'eſprit de la loi qu'on vient de rapporter.

III. Chacun peut changer le lieu de ſon domicile à ſon gré, ce changement eſt une ſuite néceſſaire de la liberté naturelle dont tout homme jouit, ſi quelque loi particuliere ne l'en prive.

Nihil eſt impedimento quominùs quis ubi velit habeat domicilium, l. 31, ff. *ad municip.*

IV. Dans la théſe générale on ne peut avoir qu'un ſeul domicile, ce qui ſouffre exception ; exception qu'on expliquera ci-après : mais telle eſt la régle générale.

C'eſt ce que dit M. Domat, du droit public, tit. 15, ſect. 3, num. 6, pag. 110.

V. En effet, il eſt preſqu'impoſſible de diviſer également dans deux endroits différens le ſiége de ſa fortune ; il en eſt un qui prédomine, & c'eſt à celui-là qu'il faut s'attacher pour fixer les droits qui en peuvent réſulter.

Voyez les trois propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

VI. Ceux qui par leur dignité, leur charge, ou leur bénéfice, ſont obligés à réſider en un certain lieu, & qui dans le tems qu'ils peuvent s'exempter de la réſidence, ont un domicile ailleurs, ont double domicile ; voilà l'exception au principe général, & chacun de ces domiciles peut produire ſon effet qu'on examinera, & ce qui s'applique au militaire lorſqu'il n'a pas un vrai domicile.

Senatores in ſacriſſima urbe domicilium dignitatis habere videntur, l. 8, cod. *de incol. & ubi quiſque : miles ibi domicilium habere videtur ubi inhæret*, l. 23, §. 1, ff. *ad municip.*

VII. Le premier on parle des magiſtrats, où ſe doit faire l'exercice de leur charge eſt un domicile de fait ; ainſi les meubles de celui qui ſe trouve dans ce cas, peuvent être régis par deux coutumes : voilà leur effet qui n'influe pas ſur ſes immeubles pour leſquels il faut ſtatut réel.

Cela a été ainſi jugé par arrêt du 6 ſeptembre 1670, rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, page 182, par lequel la cour a jugé que des meubles ſeroient partagés entre des enfans, ſuivant les diſpoſitions de deux différentes coutumes.

VIII. Le dernier, c'eſt-à-dire, le domicile de fait, l'emporte & prévaut ſur l'autre, lorſqu'il paroît que c'eſt le ſiége principal de la fortune de l'officier ; c'eſt donc à ce dernier qu'il fait ſe fixer, lorſque ſa fixation forme un objet d'intérêt, ſauf les exceptions expliquées dans le chapitre qui ſuit, & l'objet expliqué par la propoſition précédente, c'eſt-à-dire, par rapport aux meubles.

Cela s'entend, ſous la limitation qui réſulte de l'arrêt qu'on vient de citer, & avec les diſtinctions qui forment le chapitre qui ſuit.

CHAPITRE SECOND.

DU DOMICILE DE DROIT, ET DES CAS ESQUELS IL PREVAUT SUR LE DOMICILE DE FAIT.

I. LES grands officiers de la couronne n'ont point d'autre domicile que la ville capitale du royaume; tout domicile de fait à leur égard céde à celui-là, il prévaut ſur tout; leur état, les engagemens qui en réſultent les y aſſujetiſſent, & c'eſt plus droit que ſage politique.

In ſacriſſimâ urbe domicilium habere videntur : loi ci-deſſus citée. Voyez M. Louet, lettre C, numéro. 17, ce que M. Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, chap. 15, num. 82, pag. 136, étend à tous ceux qui, par leur office ou état, ſont obligés de ſuivre la cour.

☞ Les officiers de la maiſon du roi, des enfans de France, & princes du ſang, employés dans les états regiſtrés à la cour des aides & les premiers gentilshommes de la chambre, & autres officiers ſervans par année, ont leur domicile à Paris : peuvent néanmoins les officiers ci-deſſus dénommés, conſerver le domicile qu'ils avoient, quand ils ſont entrés dans leur charge, en faiſant leur déclaration dans l'an & jour au parlement de Paris, par un acte ſigné d'eux, & enregiſtré au greffe. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon.

II. De-là, il s'enſuit que la réſidence de ces perſonnes dans un certain lieu ne forme pas leur domicile, il n'eſt regardé que comme ſéjour; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus. La ville de Paris étant toujours réputée leur domicile, ce qui s'applique à un évêque par rapport à ſon ſiége épiſcopal.

Voyez l'arrêt rapporté par M. Soëfve, tome 1, cent. 3, ch, 91; de-là il ſenſuit que le domicile d'un évêque eſt le lieu de ſon évêché; arrêt du 8, mars 1667, rapporté par M. Soëfve, tome 2, centurie 3, ch. 92, le même arrêt eſt rapporté dans le troiſième volume du journal des audiences; autre du 12 février 1743, au ſujet de la ſucceſſion d'un chanoine de Senlis qui réſidoit à Paris; il étoit de l'académie, qualité qui lui avoit fait préférer le ſéjour de Paris à tout autre.

III. Le mineur non établi, n'a pas d'autre domicile que celui de ſon pere, toute autre réſidence de ſa part n'eſt que ſéjour, & par conſéquent n'eſt d'aucune conſidération; c'eſt une ſalutaire précaution qui, ménageant ſes intérêts, ménage encore ceux des autres, ſauf la limitation par rapport au mariage.

Voyez la dixieme partie du journal du palais, pag. 195; à la fin, cependant relativement au mariage du mineur, leur domicile eſt celui de leur tuteur, & non celui que leur pere & mere avoient lors de leur décès. Voyez l'arrêt du 19 mars 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 7, chap. 22, pag. 39; c'eſt pour ce, exception néceſſaire à la regle, & cette exception a l'ordre public pour baſe.

IV. Cela a lieu, encore que le mineur fût émancipé; il n'en eſt pas moins mineur, & l'exception pour ce eſt générale; ſa minorité tant quelle dure faiſant obſtacle à tout changement de domicile.

Les autorités citées ſur la propoſition précédente, ſont communes à celle-ci; mais une fille qui après la mort de ſes pere & mere, & ſa majorité reſteroit dans une communauté où ils l'auroient mis, changeroit de domicile, à moins que par imbécillité, elle fût incapable de faire ſur cela un choix.

V. Ce domicile ceſſe par l'établiſſement du mineur, c'eſt-à-dire, ou par ſon mariage ou par ſa réception en un office, ou la priſe de poſſeſſion en un bénéfice; en ce cas, c'eſt ſon domicile actuel & non le domicile d'origine qui décide : la préſomption aide la découverte de la vérité, loin de l'étouffer; & par conſéquent, en ce cas, c'eſt ce domicile qu'il faut conſidérer.

Placuit etiam filio familias domicilium habere poſſe, non utique ubi pater habuit, ſed ubicunque ipſe domicilium conſtituit; voyez Soëfve, tom. 1, cent. 4, chap. 58. C'eſt l'effet légitime & juridique d'un tel établiſſement, mais que la ſimple émancipation par lettres ne peut produire.

VI. La femme n'a pas d'autre domicile que celui de ſon mari; ſa puiſſance, ſous laquelle elle vit, ne lui en laiſſe pas d'autre, & ſi elle quittoit ce domicile; ſon mari, comme on l'a vu ci-deſſus, à droit de l'obliger d'y revenir.

Reſcriptum eſt mulierem quandiù nupta eſt, incolam ejuſdem civitatis videri, cujus maritus ejus eſt, l. *ult.* §. 3, ff. *ad municip.* loi 2, §. 7 ff. *ſoluto matrim.*, loi 2, ff. *de liberis exhibendis.* C'eſt droit civil & naturel, c'eſt raiſon écrite.

VII. De-là, il s'enſuit que ſon domicile de fait, n'eſt d'aucune conſidération; c'eſt toujours celui de ſon mari qu'il faut conſidérer, cependant ce domicile de droit ceſſe, ſi elle eſt ſéparée de corps & d'habitation; telle ſéparation la rend à elle-même, ſans toucher au ſacrement, & par conſéquent, en ce cas, il l'emporte ſur l'autre.

On le juge ainſi au châtelet, mais non dans le cas qui forme la propoſition qui ſuit, & c'eſt droit commun : la religion; la décence, l'ordre public, tout y concourt.

VIII. Mais il ne ceſſeroit pas ſi elle n'étoit ſéparée que de biens; la dépendance de la perſonne eſt toujours la même, ſi la puiſſance

du mari ſur les biens eſt affoiblie, ainſi en ce cas, elle n'a d'autre domicile que celui de ſon mari. C'eſt la ſuitte de cette juſte dépendance, qu'une telle ſéparation n'a pas affoiblie, parcequ'elle eſt bien différente de l'autre.

Voyez le titre de la communauté, & telle eſt en ce cas la juriſprudence; en effet, la femme ſéparée de biens doit toujours ſuivre ſon mari, telle ſéparation ne lui étant accordée que pour la conſervation de ſon bien, tant pour elle que pour ſon mari même, & ſans donner la moindre atteinte à la juſte & inévitable dépendance de ſa perſonne, tant qu'il n'y a pas de faits qui aient obligé la juſtice à l'en affranchir. Cela réſulte de la loi *ubi adhuc*.

☞ A moins qu'il ne lui ait été aſſigné un autre domicile par le juge qui aura prononcé la ſéparation dans le même jugement, ou quinzaine après la ſéparation en connoiſſance de cauſe. Voyez les arrêtés faits dans les conférences de M. le préſident de Lamoignon.

IX. Le militaire qui n'a pas de demeure fixe, eſt cenſé demeurer dans le lieu où eſt ſa troupe ou ſon régiment, tel eſt ſon vrai domicile, ſauf l'exception qui ſuit; en effet il lui en faut un, & ou pouvoit-il en avoir un plus convenable.

Je l'ai entendu juger ainſi au châtelet, ſuivant la diſpoſition de la loi 23, §. 1, ff. *ad municip.*

X. Mais ſi le militaire eſt marié & que ſa femme ait une demeure fixe, & non habitante en chambre garnie, le domicile de cette femme eſt celui de ſon mari, c'eſt en ce cas ſon vrai domicile. Une vérité conſtante devant l'emporter ſur une préſomption quoique légitime, mais qui ne s'admet qu'au défaut de l'autre.

Cela réſulte de la loi 23, §. 1, ff. *ad municip.* qu'on vient de citer, & en ce cas on le juge ainſi.

XI. Ce domicile a lieu pour tous ceux qui par état ou par les ſuites de leur commerce, ſont obligés d'aller de lieu en lieu; le domicile de le leur femme eſt le leur, & tout l'annonce tel; leurs ſéjours quoique coupés & variés ne pouvant pas affoiblir un fait conſtant.

On le juge ainſi, tant pour le marchant allant de foire en foire, que pour le ſoldat.

☞ Pourvu qu'il en ait fait ſa déclaration en jugement, ou qu'il y ait demeuré an & jour. Arrêtés de M. de Lamoignon.

XII. La veuve ne retient point de droit le domicile de ſon défunt mari, la mort de ſon mari lui a rendu ſa liberté à tous égards, & par conſéquent le choix de ſon domicile.

Voyez l'arrêt de la cour des aides, rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 283.

XIII. De-là, il s'enſuit qu'elle ſe peut choiſir tel domicile qu'elle juge à propos, & que le domicile par elle choiſi produit tous ſes effets, le veuvage l'ayant fait rentrer dans tous les droits de la liberté; c'eſt la conſéquence qui ſe tire d'elle-même.

Voyez la loi 31, ff. *ad municip.*

XIV. Celui qui eſt relegué par ordre du roi, ne change pas de domicile, c'eſt ſéjour forcé & non choix de domicile; il retient donc toujours ſon domicile.

C'eſt la diſpoſition de la loi 27, §. *ult.* ff. *ad municip.*

XV De-là, il s'enſuit qu'il retient de droit, celui qu'il avoit avant d'être relegué; il reſte toujours ſon vrai domicile; c'eſt encore la conſéquence qui naît d'elle-même, de la propoſition précédente.

Loi citée ſur la propoſition précédente.

TITRE DIXIEME.

DE LA LOI QUI REGIT LES PERSONNES, ET DE CELLE QUI REGIT LES BIENS.

CHAPITRE PREMIER.

DE CELLE QUI REGIT LES PERSONNES.

I. LA loi du domicile régit la perſonne, c'eſt-à-dire, ſon état, ſa capacité; c'eſt la perſonne qui eſt ſon objet & non les biens. Ainſi c'eſt cette loi qui régit la faculté, la capacité de diſpoſer comme on l'expliquera plus amplement ci-après, mais non la quotité.

Berthole, ſur la loi *cunctos*, ff. *de ſummâ Trinitate*, & les citations ſur la propoſition qui ſuit. Voyez M. Loyſel, des teſtamens, régle 5 & 4; M. Louet & M. Brodeau, lettre C, num. 42; & M. le Preſtre, cent. 3, chap. 84.

II. Cette loi ſuit la perſonne, & la régit dans tel lieu qu'elle ſoit; le ſéjour de la perſonne ne peut affoiblir ſon effet: c'eſt ſtatut perſonnel qui l'affecte abſtraction faitte du lieu de la réſidence.

C'eſt ce que dit M. Dupleſſis, dans ſes conſultations, pag. 732, édition de 1709 : voici ſes termes : « On ſçait la diſtinction qui ſe fait au » palais, des ſimples ſolemnités de l'acte d'avec » la ſubſtance & la diſpoſition ; véritablement » on ſuit la coutume du lieu où l'acte eſt paſſé » à l'égard des ſolemnités ; mais, quant aux diſ- » poſitions & à la ſubſtance, elles ſe reglent par » la loi du domicile, ou par celle de la ſitua- » tion des biens, les hommes ne reconnoiſſent » que ces deux ſortes de loix ; & c'eſt un lien » qu'ils traînent perpétuellement ; c'eſt à cette » derniere partie de la doctrine de cet auteur » qu'on s'attache ici. *Quotieſcunque de capacitate aut habilitate perſonarum quæritur domicilii leges & ſtatuta ſpectantur*, *Barthol.* ſur la loi *cunctos populos*, *de ſummâ Trinitate*. Voyez M. Louet, lettre C, num. 42, & la propoſition qui ſuit.

III. C'eſt que cette loi connoît les perſonnes qui ſont ſoumiſes à ſa puiſſance, & a réglé ſes diſpoſitions ſur leurs génies ; c'eſt donc la diſpoſition de cette loi qu'il faut ſuivre quant à ce, & non celle des autres coutumes qui ne peuvent tomber que ſur la forme ou la diſponibilité, ce qu'on y examinera ci-après, on ſe fixe ici à la diſtinction générale.

M. Ricard, des donations, partie premiere, chap. 3, ſect. 18, num. 806, pag. 179.

IV. De-là, il s'enſuit que la maxime que les diſpoſitions des coutumes, n'ont pas lieu aude-là de leur téritoire, ne s'étend qu'à l'égard des biens, non à l'égard des perſonnes ſujettes à leurs diſpoſitions ; c'eſt la conſéquence de la régle générale qu'on vient de poſer ſur le ſtatut perſonnel.

Voyez M. d'Argentré, ſur l'art. 218 de la coutume de Bretagne.

V. On verra au titre ci-après, quand la loi du domicile eſt cenſée contenir diſpoſitions ſur la perſonne, & quand cette diſpoſition eſt ſtatut réel, il ſuffit de ſe fixer ici ſur le ſtatut perſonnel conſidéré en général, cequi ſe développera par les diſtinctions ci-après, & ſans leſquelles ces régles générales reſteroient encore dans l'obſcurité.

La diſtinction qui eſt à faire entre le ſtatut réel & le ſtatut perſonnel, forme le titre onzieme ci-après.

CHAPITRE SECOND.

DE CELLE QUI REGIT LES BIENS.

SECTION PREMIERE.

DE CELLE QUI REGIT LES MEUBLES.

I. LA loi du domicile régit tout le mobilier, & détermine parconſéquent la ſaiſine de l'héritier qui doit y ſuccéder, parce que tout le mobilier ſuit & eſt pour ainſi dire attaché à la perſonne, il n'a d'aſſiette que le domicile du propriétaire ; c'eſt donc la loi de ce domicile qui doit le régir à tous les égards.

Lapeyrere, let. S, déciſion 224, pag. 469 de l'édit. de 1725. *Mobilia ſequuntur perſonam.* Régle inviolablement ſuivie. Elle eſt atteſtée par Loyſel liv. 2, tit. 1, régle 15, & par l'homeau, liv. 3, maxime 17 & 18, mais cette maxime n'a pas lieu en cas de confiſcation, de deshérence & de bâtardiſe. Voyez ci-après dans le titre des fiefs le chapitre de la confiſcation, & la coutume d'Anjou, art. 41 & 268 : cette exception eſt de droit commun ; l'aſſiette réelle la décide.

II. De-là, il s'enſuit que les rentes conſtituées ſont mobiliaires, lorſque la loi du domicile du créancier les répute telles, puiſque ces rentes n'ont aucune véritable aſſiette ; cela eſt encore du droit commun de la france.

Voyez la note E, ajoûtée au commentaire de M. Dupleſſis, pag. 167 de l'édition de 1709. M. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, le changement de domicile forme des queſtions aſſez embarraſſantes ſur la nature de ces rentes ; ces queſtions ſont examinées dans le livre ſecond ſur le titre des rentes. Cela mérite un examen entier, & on le fera dans ſon ordre : il ſuffit ici de poſer le principe général.

SECTION II.

De celle qui régit les immeubles.

III. Les immeubles ſont régis par la loi ou la coutume dans l'étendue de laquelle ils ſont ſitués, toute abſtractiuo faite du domicile du propriétaire ; ils ont une aſſiette fixe ; chaque coutume eſt réelle & exerce ſon empire ſur tous les immeubles qui ſe trouvent dans ſon reſſort ; c'eſt donc cette coutume qui doit les régir, parce que c'eſt l'effet juridique de la réalité de ſon empire.

Voyez M. Dupleſſis, dans ſes conſultations, page 749 de l'édition de 1709. M. Ricard, du don mutuel, page 80, & les autorités rapportées ſur la premiere propoſition de la ſection qui ſuit, elles ſont communes ici.

IV. De-là, il s'enſuit que c'eſt cette coutume & non celle du domicile qui détermine la quotité dont on peut diſpoſer des immeubles ; premiere conſéquence qui naît du principe qu'on vient de poſer, & qui eſt inconteſtable.

Voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 4, chap. 6,

queſt. 103. Lapeyrere, ſur le mot *coutume*, déciſion 117, page 69.

V. C'eſt cette même coutume qui régit l'étendue du douaire & la durée de la garde; autre conſéquence; dans ce cas comme le précédent; c'eſt réalité : c'eſt empire réel auquel le propriétaire ne peut ſe ſouſtraire par le choix d'un domicile.

C'eſt l'avis de tous les commentateurs, douaire & garde ſont réels, c'eſt cette même coutume qui détermine ce à quoi les héritiers ſuccédent. Lapeyrere, lettre S, déciſion 224, p. 469, ce qui eſt inconteſtable.

VI. C'eſt cette même coutume de l'aſſiette des immeubles, qui régit l'étendue des droits ſeigneuriaux; autre conſéquence du principe, & toujours réalité comme elle régit la ſaiſine des héritiers.

Voyez le tit. des fiefs : cela y eſt établi, c'eſt ſtatut réel.

VII. C'eſt celle qui régit la durée de la preſcription & les formalités des retraits, & celles des décrets; tout cela eſt réel & abſolument réel & rélatif à l'immeuble qui a une aſſiette fixe dans la nature; c'eſt donc encore réalité.

Cette maxime eſt atteſtée par les auteurs des notes ſur M. Dupleſſis, page 488 à la fin de l'édition de 1709. Voyez M. Dupleſſis, dans ſes conſultations, pag. 732. Ainſi, voilà huit exemples dans leſquels décide le ſtatut réel, abſtraction faite de la diſpoſition de la loi du domicile.

SECTION III.

De celle qui régit les formalités des actes.

VIII. La loi ou la coutume du lieu où les actes ſont paſſés en régit les formalités; c'eſt la loi que les perſonnes publiques qui les paſſent, connoiſſent; c'eſt donc à elle à en régir la forme; mais cette loi ne régit pas la capacité perſonnelle, ni la diſponibilité des biens, comme on le verra par les chapitres ſuivants, par leſquels on dévelopera ce qu'on a déja dit, & qui réſulte même des précédents.

M. Dupleſſis, en ſes conſultations, page 732. M. Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 1, chap. 2; M. Lapeyrere, ſur le mot *coutume*, déciſion 118, pag. 69, & lettre T, déciſion 40, pag. 477; M. Ricard, du don mutuel, chap. 7, num. 306, p. 77; & telle eſt la juriſprudence. Voyez ſur la diſtinction M. le Preſtre, cent. 3, ch. 84; M. Loyſel, des teſtamens, regle 3 & 4, & M. Louet & M. Brodeau, lettre C, chap. 42.

IX. De-là, il s'enſuit que le teſtament authentique fait par celui qui eſt hors ſon domicile, doit être revêtu des formalités que la coutume du lieu où il eſt paſſé requiert; ſans cela il ne ſeroit loi; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient de poſer, & qu'on a même étendu juſqu'à la diſſolution d'une communauté, qui ſe diſſout valablement en obſervant par l'inventaire la forme du lieu où il a été paſſé, parceque les officiers qui le font n'en connoiſſent point d'autres.

M. Ricard, des donations, premiere partie, chap. 5, ſection premiere, pag. 290; mais auſſi revêtu de ces formalités, quoique différentes de celles de la loi du domicile du teſtateur, il eſt valable. Arrêt du 29 janvier 1626, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 81, au ſujet d'un teſtament fait à Rome par un François; ce même arrêt eſt rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 67 & ch. 79; l'arrêt du 29 janvier 1626, cité par Duſreſne, eſt l'arrêt d'appointé en droit; mais la vraie date de l'arrêt que Bardet rapporte, ch. 79 eſt du 21 juillet 1626. Voyez M. Ricard, des donations, tom. 1, pag. 51, num. 229, où il établit la validité du teſtament fait par un françois en pays étranger. Autre arrêt du 26 juillet 1661, rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 44, par lequel un teſtament fait ſuivant la coutume ou les ſtatuts du lieu dans lequel il a été paſſé, eſt valable par-tout; c'étoit un teſtament fait à Paris, ſans inſtitution d'héritier, par un homme domicilié en pays de droit écrit : ce même arrêt eſt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 27. Voyez ſur ce dernier point l'ordonnance de 1735, art. 68, 69 & 70; & M. Henrys, tom. 2, l. 5, queſt. 32 ſur la propoſition générale, & ſur la diſſolution de la communauté dont on traitera dans ſon ordre. Voyez l'arrêt de Tardieu, rapporté dans le journal des audiences.

X. De-là, il s'enſuit que dans ce cas l'omiſſion des formalités, que la coutume du domicile requiert, n'eſt d'aucune conſidération, par le lieu de la paſſation de l'acte; cette loi deuient une loi étrangere; ſéconde conſéſéquence, & ce principe s'applique non ſeulement aux teſtamens, mais à tous autres actes.

Les autorités qu'on vient de rapporter ſur la propoſition précédente, prouvent évidemment celle-ci.

XI. Mais la capacité perſonnelle du teſtateur eſt régie par la coutume de ſon domicile; c'eſt un ſtatut perſonnel qui le ſuit par-tout, comme on le verra dans le chapitre qui ſuit; c'eſt la loi de ſon domicile qui connoît ſon génie & qui régle ſa capacité; ce n'eſt plus forme ici, c'eſt capacité perſonnelle; ce qu'on a déja annoncé par le chapitre premier de ce titre, & qu'on va développer dans le chapitre ſuivant.

La loi du domicile ne militant que pour cette capacité, cette reſtriction de ſon pouvoir ſert encore à prouver les propoſitions précédentes au ſujet des formalités des actes.

TITRE ONZIEME.

COMMENT ON DISTINGUE LA LOI QUI S'APPLIQUE A LA PERSONNE, D'AVEC CELLE QUI REGIT LES BIENS, OU DE LA DISTINCTION DU STATUT REEL ET DU STATUT PERSONNEL.

CHAPITRE PREMIER.

DU MOTIF DE CETTE DISTINCTION.

I. LEs coutumes étant réelles, & dans la théſe générale, leurs diſpoſitions etant renfermeés dans leur téritoire, il s'enſuit que leurs diſpoſitions ne peuvent avoir lieu dans une autre coutume, que lorſque la diſpoſition tombe ſur la perſonne; principe qu'on va développer, ſur lequel il eſt à propos de s'arrêterd 'abord, & qui dérive de la nature des coutumes; il commence à faire connoître la bâſe de la diſtinction.

M. Dupleſſis, en ſes conſultations, page 732.

II. Les diſpoſitions des coutumes qui ſont rélatives aux biens, n'ont lieu que pour les biens qui y ſont ſitués; mais celles qui ſtatuent ſur la perſonne la ſuivent par-tout, comme on l'a vû dans le chapitre premier du titre précédent, de-là; & de ce que tout le royaume n'eſt pas, par rapport aux biens des particuliers, régi par une même loi, il s'enſuit qu'il faut diſtinguer, ſi la diſpoſition de la coutume forme un ſtatut réel, ou un ſtatut perſonnel: c'eſt cette différence qui oblige à définir & à diſtinguer le ſtatut, & ce, par les différens effets que cette diſtinction produit: car ces divers effeta font une notable différence dans le droit, & c'eſt ce que les trois chapitres ſuivants rendront ſenſible.

Voyez ſur cela M. d'Argentré, en ſon commentaire ſur l'art. 218 de la coutume de Bretagne, où il a développé l'un & l'autre ſtatut dans la préciſion la plus exacte: ſon principe le plus général eſt que pour connoître ſi le ſtatut eſt perſonnel ou réel, *Quærendum eſt an ille caſus in rem vel in perſonam conceptus dici debeat*; principe très lumineux & qu'on va expliquer par les trois chapitres ſuivans, d'où il s'enſuit qu'il n'y a pas de ſtatut vraiment mixte. Il y a toujours la nature de l'un, qui doit prédominer ſur la nature de l'autre; ce qui la fixe, ce qui la caractériſe; car la loi qui régit la forme des actes, eſt moins un ſtatut qu'un réglement pour les formalités.

CHAPITRE SECOND.

DU STATUT PERSONNEL ET DE SES EFFETS.

I. LE ſtatut perſonnel eſt celui qui affecte univerſellement la perſonne, abſtraction faite des biens, tel eſt le ſtatnt perſonnel; il faut pour le rendre tel, affectation univerſelle de la perſonne, ceſſante cette affectation, il n'eſt point vrai ſtatut perſonnel: ce ſeroit agir contre l'eſprit des loix que de lui donner cette qualité.

Quod perſonæ legem ponit citra adjectionem & ſubjectum reale veluti ætatis, interdictionis, legitimationis. M. d'Argentré, à l'endroit cité; tous exemples très-juſtes d'un tel ſtatut, & qui le rendent ſenſible. Hors les cas ſemblables, le ſtatut ne peut être perſonnel.

II. Quand il eſt tel ſuivant les exemples qu'on verra ci-après, & dont il faut emprunter le ſecours pour ſe rendre ſenſible, il ſuit la perſonne dans tel lieu qu'elle ſoit; c'eſt l'effet naturel du ſtatut perſonnel qui milite abſtraction faitte de la réſidence de la perſonne, & qui la ſuit par-tout, c'eſt ſa loi.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 311, page 78.

III. De-là, il s'enſuit que tel ſtatut milite indépendamment des coutumes, dans l'étendue deſquelles les biens ſont ſitués, on en va voir les exemples les plus ſenſibles, & c'eſt ſuite de l'effet de ce ſtatut, c'eſt la conſéquence du principe qu'on a poſé, que tel ſtatut eſt la loi de la perſonne.

Sur cette diſtinction, voyez M. de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 6, depuis le num. 17, juſqu'au nombre 34, où il examine pluſieurs exemples de l'un & l'autre ſtatut. M. le Brun, de la communauté, pag. 269, num. 24 & 25. On va rapporter un exemple ſenſible du ſtatut perſonnel, que perſonne n'a mieux développé que M. d'Argentré. C'eſt cet auteur qu'il faut principalement conſulter ſur cela.

IV. Celui qui par la loi de ſon domicile eſt infâme ou interdit, ou univerſellement incapable de diſpoſer, on dit *univerſellement*,

porte par-tout avec lui-même cette infamie, cette interdiction, cette incapacité universelle; car à l'égard de cette derniere, il faut qu'elle soit telle pour former un ſtatut perſonnel; & tel eſt le vrai ſtatut perſonnel: loi qui influe ſur la capacité.

De même, lorſqu'il a capacité par la loi de ſon domicile, cette capacité le ſuit par-tout, même dans l'étendue d'une coutume qui la lui dénieroit. Arrêt rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, page 139; & c'eſt ce qui réſulte encore de la doctrine de M. d'Argentré, déja cité.

V. Suivons les conſéquences, de-là, il s'enſuit que telle incapacité a lieu, quoique les coutumes où les biens ſont ſitués ne la contiennent pas; ce ne ſont plus ces loix qu'il faut conſulter, mais celle du domicile, qui ſeule régle la capacité perſonnelle.

M. Dupleſſis, en ſes conſultations, page 732, & la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

VI. La raiſon de ce, eſt que tel ſtatut affectant la perſonne univerſellement, abſtraction faite des biens, eſt un vrai ſtatut perſonnel; mais pour cela il faut affectation univerſelle; dès qu'elle eſt telle, elle influe ſur tous les biens, parce qu'alors c'eſt de la perſonne dont il s'agit, & non de la quotité; de la diſponibilité, & ce, abſtraction faite de la ſituation des biens.

Sed nos præter vulgares ſcholaſticorum hominum ſententias perſonam affici negamus, quam cùm de univerſali perſonæ ſtatu diſponit, veluti in interdictis notatis accidit, non autem ſi particulari aliquâ de cauſâ agendi impediatur circumſcripti vè ad aliquem actum; M. d'Argentré, *loco citato*. num. 14; principe lumineux & qui diſſipe toutes les difficultés que quelques-uns s'étoient faites ſur cette matiere.

CHAPITRE TROISIÉME.

DU STATUT RÉEL ET DE SES LIMITES.

I. LE ſtatut réel, eſt celui qui n'a que les biens pour objet & non la perſonne; qui a trait aux uns, & non à l'autre; il a ſes effets, on va les expliquer, cette définition les annonce, & la différence eſt totale.

In rem caſus tantum conceptus, dit M. d'Argentré. Voyez M. le Brun, en ſon traité de la communauté, livre premier, page 270.

II. De-là, il s'enſuit que la diſpoſition d'une coutume, qui a les biens pour objet, ne forme qu'un ſtatut réel, & que telle diſpoſition milite par rapport aux biens qui ſont ſitués dans cette même coutume, indépendamment des diſpoſitions de la coutume du domicile du propriétaire, qui pour ce, ne ſont d'aucune conſidération; voilà le principal effet du ſtatut réel.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 314, page 80; Loyſel, des teſtaments, régle 3 & 4; M. Louet, lettre C, chap. 42, & M. le Preſtre, cent. 3, ch. 84; c'eſt l'effet de la réalité des coutumes & du juſte empire qu'elles ont ſur tous les biens qui ſont ſitués dans leur reſſort: empire qui eſt abſolument indépendant du domicile de ceux auxquels ils appartiennent; c'eſt leur réalité.

III. En effet, c'eſt dans ce cas qu'il eſt vrai de dire, que les coutumes ſont réelles, & qu'elles exercent leur empire ſur les biens qui ſont ſitués dans leur reſſort; on va en voir les exemples qui rendront ce principe général ſenſible, & ſans cela celui qui eſt ſujet à la loi ſeroit maître d'en rendre la diſpoſition inutile.

La réalité des coutumes & leur défaut de pouvoir au-delà de leur territoire, ſont atteſtés par tous les commentateurs, & elles naiſſent néceſſairement de la nature de ces loix municipales, qui ſont toutes renfermées dans un certain territoire, en attendant leur uniformité depuis longtems deſirée; ces principes & ces diſtinctions ſont juſtes, comme naiſſants inévitablement de la nature de ces loix.

IV. Commençons les exemples, les prohibitions de diſpoſer, ne ſont que des ſtatuts réels, & non des ſtatuts perſonnels, ce qui, ſelon moi, doit être limité aux prohibitions ſingulieres, & ne doit avoir lieu ſur celles qui ſont fondées ſur le droit public; or le plus grand nombre des prohibitions eſt dans ce cas, & notamment celles portées par les ordonnances qui forment ſtatuts perſonnels; quant à la diſponibilité, ou quotité des biens dont on peut diſpoſer, ſoit par donation entre-vifs, ſoit par teſtament portées par les coutumes; il eſt conſtant que telles diſpoſitions ne forment que des ſtatuts vraiement réels, & non des ſtatuts perſonnels.

Voyez M. Dupleſſis, en ſes conſultations, pag. 732, & ſur la ſeconde partie de la propoſition; les autorités rapportées ſur la ſeconde propoſition de ce chapitre, & la ſect. 8 du chap. ſuivant.

V. En effet, telles prohibitions n'affectent pas univerſellement la perſonne, & regardent bien plus les biens que les perſonnes; les biens étant leur objet; les prohibitions particulieres ne ſont donc que des ſtatuts réels: ainſi elles doivent être renfermées dans leur objet qui eſt les biens, & par rapport aux biens même, ces prohibitions particulieres ne tombent que ſur les biens qui y ſont affectés, & par conſéquent, ſont réſervées

réservés dans le territoire de la coutume qui les contient, & ne militent pas ailleurs.

Voyez sur cette proposition & la suivante, M. le Brun, de la communauté, pag. 270, num. 30, *circumscriptivè ad aliquem actum*, M. d'Argentré.

VI. De-là, il s'ensuit que lorsqu'une certaine coutume exclud les filles dotées des successions de leur pere & mere, telle exclusion n'a lieu que pour les biens situés dans la coutume qui contient cette disposition; c'est statut réel qui ne peut opérer au-delà de ses limites, & qui, par conséquent, n'est d'aucune considération pour les immeubles situés dans d'autres coutumes.

Voyez M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 332 & 334, page 86 & 87, & la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

VII. Cette limitation est fondée sur ce que telle disposition n'affecte pas universellement la personne, & a les biens pour objet principal; elle doit être limitée à ceux qu'elle frappe sans influer sur les autres, & encore moins sur la personne.

Le statut réel a un tel empire sur les biens, que lorsqu'il y a en France des procès entre étrangers, on suit pour le fonds les loix de leurs pays. M. Brodeau, sur M. Louet, let. C, num. 42; M. Lapeyrere, let. E, sur le mot *étranger*, décision 25, pag. 125; ce qui prouve d'autant plus ce que dessus.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES EXEMPLES DE L'UN ET DE L'AUTRE STATUT, ET DE LA DETERMINATION DE LEUR QUALITE'.

SECTION PREMIERE.

QUE LA LOI DU DOMICILE QUI REGLE LA MAJORITÉ ET LA FACULTÉ DE TESTER, ET CELLE DE DONNER, EST EN CE, STATUT PERSONNEL.

I. LA loi du domicile qui régle la majorité est un vrai statut personnel; c'est affectation totale de la personne, c'est donc vrai statut personnel: cela résulte des chapitres précédens; on va ici faire l'application des principes généraux qu'ils contiennent.

Arrêt du 31 mai 1710, rapporté dans la seconde partie du sixieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 14, pag. 290.

II. Il en est de même, lorsque la loi du domcile régle la soumission à la puissance paternelle, parce que ces deux dispositions affectent universellement la personne, abstraction faite des biens; ainsi dans l'un comme dans l'autre cas, c'est statut personnel, & qui influe, par conséquent sur les biens, abstraction faite de leur situation.

Voyez M. d'Argentré, sur l'art. 218, de la coutume de Bretagne, les principes que ce magistrat établit sur ce, prouvent cette proposition.

III. La coutume du domicile accordant à un certain âge la faculté de tester, forme statut personnel; elle habilite pour ce, la personne totalement & indivisément, mais la forme du testament est régie par la coutume du lieu, où il a été passé lorsqu'il est authentique, quant à la disponibilité des biens, c'est la coutume de leur situation qui en décide: voilà les distinctions & l'application des différens statuts dans leur précision.

Par arrêt du 6 septembre 1673, rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 139; il a été jugé que la demoiselle de Canillac, domiciliée en Auvergne, avoit pu à 17 ans faire un testament à Paris, contenant disposition universelle, & que cette disposition étoit bonne pour les biens situés en Auvergne; M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, sect. 18, num. 606, pag. 179; estime même que le changement de domicile ne peut effacer cette capacité, ce qu'on examinera dans la section suivante. Quant à la distinction qui termine la proposition, voyez M. Louet & M. Brodeau, let. C, chap. 42; Loysel, des testaments, régle 3 & 4; M. le Prestre, cent. 3, chap. 84.

IV. Il en est de même, lorsque la loi du domicile accorde la faculté de disposer entre-vifs; dans tous ces cas, la loi a principalement la personne en vue, & la suit par tout; abstraction faite de la situation de ses biens.

Voyez les citations sur la proposition précédente; elles peuvent également s'appliquer sur celle-ci.

V. De-là, il s'ensuit que la loi du domicile régle cette double capacité personnelle, & non la quotité de la disposition, & ce, indépendamment des dispositions contraires des coutumes où les biens sont situés; c'est capacité personnelle qui suit son objet, & non réalité ou quotité de biens.

De-là, il s'ensuit que la loi du domicile d'un testateur autorisant le testament ologoraphe, le

teſtateur porte avec lui-même la faculté d'en faire un de cette nature, dans tel endroit qu'il ſe tranſporte; M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 307, pag. 77. Voyez l'ordonnance du mois d'août 1735, qui établit ſur cela un droit commun; il eſt étrange que ci-devant ce droit ait été obſcurci par des contradictions.

VI. De ce que deſſus, il s'enſuit que celui qui eſt domicilié à Paris, non âgé de vingt ans, qui eſt l'âge auquel la coutume de Paris permet de diſpoſer par teſtament, de ſes meubles & acquêts, ne peut diſpoſer des biens qu'il auroit ſitués en pays de droit écrit, quoique le droit écrit permette de diſpoſer à 14 ans c'eſt à la loi de ſon domicile à régler pour ce, ſa capacité qui eſt indiviſible, preuve de l'incapacité en ce cas, puiſque la loi qui régle ſa perſonne la porte; loi qui regle de même ſa capacité.

M. d'Argentré, ſur l'article ci-deſſus cité, & M. Ricard, à la page citée ſur ſa propoſition qui ſuit.

VII. Cette incapacité eſt fondée, ſur ce que ce teſtateur eſt ſoumis à la loi de ſon domicile, & que c'eſt à cette loi, qui a été compoſée, eu égard aux génies de ceux qui y ſont ſoumis, à régler quant à ce, la capacité ou l'incapacité; en effet, quelle autre loi pouvoit-on prendre ſur ce, pour guide, ſans tomber dans la confuſion, & même dans une entiere incertitude.

Voyez M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 307, pag. 77.

VIII. Par le même principe, celui qui eſt domicilié en pays de droit écrit, & qui a des biens dans l'étendue de la coutume de Paris, peut par teſtament diſpoſer de ſes acquêts & du quint de ſes propres, pourvu qu'il ait l'âge que la loi de ſon domicile requiert pour teſter; c'eſt ſuite de ce que deſſus; c'eſt capacité perſonnelle, & par conſéquent, ſtatut perſonnel, qui milite pour tous les biens, mais qui ne regle pas la quotité de la diſpoſition, mais ſeulement la faculté en général; ſauf les limitations à cette faculté que les coutumes dans l'étendue deſquelles les biens ſont ſitués peuvent y apporter, ce qu'on développe par les deux propoſitions ſuivantes.

Voyez M. Ricard, au chapitre qu'on vient de citer; la perſonne cependant n'eſt pas univerſellement affectée, mais la capacité ou incapacité eſt indiviſible.

IX. Mais dans ce même cas, il ne pourroit diſpoſer des quatre quints de ſes propres ſitués à Paris, quoique la loi de ſon domicile n'admît aucune diſtinction, & lui permît d'en diſpoſer univerſellement; ce n'eſt plus ici capacité, mais quotité que la loi de l'aſſiette des biens régit.

M. Cujas, en ſa troiſieme conſultation, voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

X. En effet, il ne s'agit plus de la capacité, mais de la quotité qui eſt réglé par la coutume dans l'étendue de laquelle le bien eſt ſitué; le ſtatut réel, n'ayant trait qu'aux biens, abſtraction faite de la perſonne, & milite par conſéquent indépendemment de la loi du domicile du teſtateur; c'eſt donc à cette derniere, ſur ce, à prédominer ſur l'autre, puiſqu'il ne s'agit plus que de quotité, c'eſt le juſte effet de l'empire & de la réalité des coutumes.

M. d'Argentré, ſur l'article déjà cité; M. Du. pleſſis, en ſa conſultation ci-devant indiquée.

SECTION II.

Du changement du domicile conſidéré relativement au ſtatut perſonnel, & ſi c'eſt la loi du domicile d'origine, ou celle du domicile actuel, qui le forme & qui régle la capcité.

XI. Si un homme originaire du pays de droit écrit, vient s'établir à Paris avant d'avoir acquis l'âge que la coutume de Paris requiert pour teſter, il ne pourra teſter, auſſi-tôt que le droit écrit le permet, mais ſeulement lorſqu'il aura acquis l'âge requis par cette coutume; il eſt venu à Paris incapable, il y reſte tel juſquà ce que la loi qui régit ſa perſonne, léve l'incapacité.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 312, pag. 79.

XII. La raiſon de ce, eſt que c'eſt elle alors qui régit ſa perſonne & non le droit écrit, & par conſéquent ſa capacité, qu'il ne peut avoir que par ſa diſpoſition, puiſqu'il en l'a jamais eu par la loi même de ſon premier domicile, mais ſi cet homme n'avoit quité le pays de droit écrit qu'après avoir acquis l'âge pour teſter, & qu'il fut conſtaté que ſon teſtament eſt antérieur à ſon changement, de domicile, en ce cas, le teſtament ſeroit bon, quoique le teſtateur mourût à Paris, avant l'âge que la coutume requiert pour teſter, c'eſt droit acquis & conſommé.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 334, pag. 87.

XIII. Cela eſt fondé ſur ce que le changement de domicile ne peut lui faire perdre un droit & une capacité qu'il avoit acquis lors de ce changement, & qu'il avoit conſommé avant icelui; mais il faut cette conſommation & qu'il ſoit conſtaté qu'elle s'eſt faite avant le changement de domicile.

M. Ricard, au chapitre qu'on vient de citer.

XIV. La néceſſité de cette conſommation eſt fondée, ſur ce que n'ayant pas conſommé dans le tems, la faculté que la loi de ſon ancien domicile lui donnoit, cette loi par la ſuite lui eſt étrangére, & il ne peut l'invoquer pour un acte fait dans un tems, où la loi de ſon nouveau domicile,

celle par conſéquent qui régit ſa perſonne & ſa capacité, lui dénie cette faculté.

Les notes ſur les propoſitions précédentes, établiſſent encore celle-ci qui n'en eſt qu'une conſéquence, dans laquelle ſi la raiſon n'eſt pas abſolument ſatisfaite, la ſimplicité de la loi eſt conſervé, & le parti contraire ne pourroit ſe conſerver que ſur de vaines conjectures.

SECTION III.

Si la loi qui établit communauté de biens entre conjoints, forme un ſtatut réel ou perſonnel.

XV. La loi qui établit la communauté de biens entre conjoints par mariage, ne forme qu'un ſtatut purement réel; elle n'a que les biens pour objet, ce qui la caractériſe-t-elle ſans que cette qualité puiſſe affoiblir les droits légitimes des conjoints.

C'eſt ainſi qu'on doit entendre ce que dit M. Dumoulin, en ſon conſeil 53, num. 8. Voyez M. le Brun, de la communauté, page 271, num. 33.

XVI. Cependant il ne s'enſuit pas de-là qu'y ayant communauté de biens entre conjoints, les biens acquis pendant le mariage dans des lieux où la communauté n'eſt pas établie, ne ſoient pas conquêts, au contraire, ces biens ſont regardés comme vrais conquêts; on en verra la raiſon ci-après; mais c'eſt l'effet de la convention & non l'extention d'une coutume ſur une autre, ce qui a lieu même quand la convention ne ſeroit que tacite; ce qu'on explique par la propoſition qui ſuit.

M. le Brun, de la communauté.

XVII. Cela auroit lieu, encore qu'il n'y eût pas par le contrat de mariage ſoumiſſion à une coutume qui porte communauté; il ſuffit pour cela, que ce droit ſoit acquis aux conjoints, par la diſpoſition de la loi du lieu où le mariage a été célébré; dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il n'y a pas de contrat de mariage contenant ſoumiſſion à une coutume, & dérogation aux autres (ſoumiſſion qui eſt licite, & comme telle autoriſée), c'eſt la loi du lieu, de la demeure que les conjoints ſe forment, qui doit régir les droits des conjoints, & de même dans le cas que le droit de communauté eſt acquis par cette ſoumiſſion; c'eſt cette loi qui prédomine ſur celle de la ſituation, & ce, dans l'un & dans l'autre cas, autrement un mari s'aproprieroit la totalité des fruits provenus de la collaboration; ce qu'on ne peut admettre dans le premier cas, c'eſt juſte dédommagement que ce droit général de communauté procure à la femme; dans la deuxieme, c'eſt l'exécution d'une convention légitime autoriſée, cela doit donc avoir lieu pour les deux cas.

Voyez ci-après le titre de la communauté où cela eſt établi, c'eſt le vrai ſiége de cette matière; il ſuffit ici de poſer la régle général.

XVIII. De-là, il s'enſuit que les biens qu'un mari pariſien, & qui ſeroit en communauté avec ſa femme, acquereroit en Normandie, ſeroient communs, quoique la coutume de Normandie n'admette pas de communauté, dès que la loi qui régit leurs droits, établit entre eux droit de communauté.

M. Dupleſſis, ſur l'art. 220 de la coutume, autrement on tomberoit dans les inconvéniens ci-deſſus marqués & qui ſont intolérables: ce ſeroit autoriſer l'injuſtice.

XIX. Cela eſt fondé ſur ce qu'autrement il dépendroit du mari de frauder le droit acquis à ſa femme par le mariage, & de s'approprier tout le profit d'une communauté dans laquelle il ne doit y avoir que moitié; ce qui dégenereroit en fraude & ſeroit parconſéquent intolérable.

Voyez la premiere partie du titre de la communauté, où cela eſt établi plus au long.

SECTION IV.

Si la néceſſité de l'autoriſation de la femme; ſi la prohibition d'avantager entre conjoints, forment des ſtatuts réels ou perſonnels.

XX. L'incapacité de la femme de contracter ſans l'autoriſation de ſon mari dans les coutumes qui l'établiſſent, forme un véritable ſtatut perſonnel; on en verra la raiſon après les conſéquences qui réſultent de ce principe, il eſt bon d'abord de s'y arrêter.

M. le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, num. 18, pag. 148, confirme déjà cette propoſition générale, dont les ſuivantes ne ſont que les conſéquences; c'eſt ſtatut perſonel qui affecte univerſellement la perſonne; c'eſt l'application des principes ci-deſſus poſés, & qui réſultent évidemment de la doctrine de M. d'Argentré.

XXI. De-là, il s'enſuit que l'obligation que la femme domiciliée à Paris, auroit contractée ſans l'autoriſation de ſon mari, ne ſeroit pas valable, même ſur les biens ſitués dans les coutumes qui permettent à la femme de contracter ſans l'autoriſation de ſon mari; cette incapacité eſt indiviſible dans ſa perſonne qu'elle affecte abſtraction, faite de la ſituation des biens.

Perſonæ legem ponit; M. d'Argentré, ſur l'art. 218, & la propoſition qui ſuit.

XXII. En effet, cette incapacité eſt générale & affecte univerſellement la perſonne, abſtraction faite des biens, & cette affectation univerſelle forme le vrai ſtatut perſonnel; c'eſt donc ici ſtatut perſonnel qui milite abſtraction faite de la ſituation des biens; ce qui influe ſur la capacité de teſter.

Par la même raiſon, ſi la loi du domicile de la femme lui permet de teſter ſans autoriſation, ſon teſtament eſt valable par rapport aux biens ſitués dans des coutumes qui requierent l'autoriſation pour teſter, encore que le teſtament eût été fait ſans autoriſation. Arrêt du 26 juillet 1679, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 204, ce qui peut ſervir à confirmer la propoſition; c'eſt capacité indiviſible, comme l'incapacité l'eſt, lorſqu'elle eſt prononcée par la loi du domicile, parce que dans l'un comme dans l'autre cas; c'eſt ſtatut vraiment perſonel.

XXIII. Il n'en eſt pas de même de la prohibition d'avantages entre conjoints, établie par le plus grand nombre des coutumes; cette prohibition ne forme qu'un ſtatut purement réel; la différence eſt ſenſible, cette incapacité, ou plutôt cette prohibition n'eſt pas abſolue, mais relative, elle ne regle pas univerſellement l'état des deux conjoints, mais ſimplement l'excluſion d'un certain acte entr'eux, & relativement aux biens, ce qui ne peut former qu'un ſtatut réel, le ſtatut en ce cas n'eſt donc qu'un ſtaut réel, & limité comme tel aux biens qu'il affecte.

Arrêt du 2 décembre 1675, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 9, ch. 13. Voyez M. Ricard, en ſon traité du don mutuel, additions ſur le ch. 7, du même traité, pag. 89; mais les autres incapacités de recevoir, forment des ſtatuts plus perſonnels que que locaux, & par conſéquent ont lieu par-tout le royaume. Abſtraction faite de la ſituation des biens; M. Ricard, en ſon traité du don mutuel, ch. 7, num. 313, pag. 79, ce qui ne doit s'entendre que lorſque la prohibition eſt fondée ſur l'intérêt public & ſur le droit commun, en ce cas c'eſt vrai ſtatut perſonnel, & qui eſt toujours tel lorſque la prohibition eſt portée par une ordonnance.

XXIV. De-là il s'enſuit que les conjoints par mariage domiciliés à Paris, peuvent ſe donner mutuellement & même l'un à l'autre les biens qu'ils poſſedent dans l'étendue des coutumes qui ne prohibent pas les avantages entre conjoints; la perſonne n'eſt pas univerſellement affectée dans cette prohibition, par conſéquent la coutume où les biens ainſi donnés ſont ſitués, doit régir une telle donation, cette même coutume devant exercer ſon empire ſur les biens qui ſont dans ſon territoire; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente; autrement on en feroit prédominer une ſur l'autre, & toutes les deux ſont indépendantes l'une de l'autre, & doivent chacune régir les biens immeubles qui ſont ſitués dans leur reſſort.

On le juge même ainſi au châtelet, malgré l'éloignement qu'on a dans ce tribunal pour tout ce qui ſe reſſent de l'avantage indirect, par rapport aux donations entre conjoints par mariage & même à l'égard du don mutuel; M. Ricard, en ſon traité ſur le don mutuel, ch. 7, num. 328, page 89, avoit d'abord penſé qu'il falloit régler un tel don mutuel ſur la loi de leur domicile, lors de la diſſolution de la communauté; mais dans ſes additions ſur le même chapitre, num. 341: il eſtime qu'il faut régler un tel don ſuivant les diſpoſitions des coutumes où les biens ſont ſitués. Voyez la ſection qui ſuit qui eſt le ſiége de cette matière, & dans laquelle on trouve la preuve de la propoſition. C'eſt au dernier ſentiment de M. Ricard, qu'il faut s'arrêter comme auſſi conforme aux vrais principes que l'autre y étoit contraire.

SECTION V.

Si la faculté accordée aux conjoints par de certaines coutumes de ſe faire un don mutuel, eſt un ſtatut perſonnel ou un ſtatut réel.

XXV. Quoique la loi du domicile des conjoints leur permette le don mutuel, cette faculté n'influe pas ſur les biens ſitués dans les coutumes qui n'autoriſent pas cet avantage; c'eſt ſtatut réel, & qui doit avoir ſon exécution par rapport aux biens, indépendamment du domicile.

Voyez M. Ricard, au chapitre cité ſur la propoſition ſuivante; ce qu'on développe par les trois propoſitions qui ſuivent, & ce qui influe ſur la prohibition qui n'a lieu que pour la coutume qui la contient.

XXVI. La raiſon de ce, eſt que tel ſtatut n'ayant que les biens pour objet, ne forme qu'un ſtatut purement réel & non un ſtatut perſonnel, il a les biens pour objet, non la perſonne; chaque coutume de la ſituation doit donc produire ici ſon effet, & par conſéquent, produire la faculté de diſpoſer ainſi, lorſqu'elle ne contient pas de prohibition contraire, quoique la loi du domicile en diſpoſe autrement.

Voyez M. Ricard, du don mutuel, chap. 7, num. 324 & 325, page 84; ce qui eſt conforme à la doctrine de M. d'Argentré.

XXVII. De-là, il s'enſuit que le don mutuel fait entre conjoints domiciliés à Paris, ne peut avoir lieu ſur les conquêts ſitués en Normandie, la coutume de cette province rejettant ce don, & réglant les diſpoſitions ſur les biens qui ſont dans ſon territoire: c'eſt la conſéquence ſûre de ce que deſſus: c'eſt ſtatut réel qui doit opérer par rapport à une telle diſpoſition, mais non par rapport au droit de communauté qui eſt toujours fondé ſur un juſte dédommagement; ce dernier eſt balance & l'autre eſt avantage.

M. Brodeau, ſur M. Louet, let. C, num. 21 en rapporte deux arrêts.

XXVIII. Du même principe, il réſulte que ſi la loi du domicile des conjoints rejette le don mutuel entr'eux, nonobſtant ce, ce don a lieu ſur les conquêts aſſis dans les coutumes qui l'admettent; tous ces ſtatuts ſont réels, ainſi ils opérent ſur les biens qui ſont ſitués dans ces coutumes; ſeconde conſéquence de ce que deſſus, c'eſt toujours le même principe qui décide.

M. Ricard, en ſon traité du don mutuel, ch. 7, num. 317, page 85; eſtime que toute donation entre mari & femme, même le don mutuel, doivent ſe régler par la loi de leur domicile, toute abſtraction faite de la loi de la ſituation des héritages; c'eſt un ſentiment ſingulier à ce ſçavant auteur, qui iroit à détruire tout l'effet du ſtatut réel, & qui eſt contraire à ce qui ſe pratique tous les jours à Paris. Coutume prohibitive d'avantages, où l'ou confirme les legs faits par des conjoints par mariage, des biens ſitués dans des coutumes qui les permettent. Voyez les additions ſur le même ch. 7, où ce ſentiment eſt rejetté, comme on l'a obſervé ſur la derniere propoſition de la ſection précédente.

SECTION VI.

Si pour la tradition dans les donations entre-vifs, la loi du domicile du donateur forme un ſtatut perſonnel, ou ſi il faut pour ce, ſuivre les coutumes dans l'étendue deſquelles les biens donnés ſont ſitués.

XXIX. La loi du domicile du donateur, ne forme pas un ſtatut perſonnel qui puiſſe militer ſur ce, à l'égard des biens ſitués dans d'autres coutumes, on en verra la raiſon ci-après; c'eſt ici un ſtatut réel qu'il faut ſuivre: c'eſt donc à chaque coutume qu'il faut ſur cela ſe conformer.

M. Dupleſſis, en ſes conſultations, page 732.

XXX. Il en eſt de même de la loi du lieu, où la donation entre-vifs a été paſſée; celle-là ne peut regler que la forme extérieure de l'acte, & non la tradition pour laquelle il faut ſuivre les coutumes dans l'étendue deſquels les biens donnés ſont ſitués.

Voyez M. Ricard, du don mutuel, chap. 7, num 309 & 310, page 78, & il a été établi par la ſection 3 du chap. 2 du titre 10 de ce livre, que la forme des actes eſt régie par la loi ou coutume du lieu où ils ont été paſſés; mais la tradition n'eſt pas ſimple forme; elle eſt de l'eſſence de l'acte.

XXXI. De-là, il s'enſuit que pour que la tradition ſoit réelle & de fait, ſoit pour la tradition de droit néceſſaire pour la validité d'une donation entre-vifs, il faut ſuivre les diſpoſitions des coutumes où les biens donnés ſont ſitués; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 323, page 84, & la propoſition qui ſuit.

XXXII. En effet, ces formalités ſont purs ſtatuts réels, puiſqu'ils n'ont trait qu'aux biens, toute abſtraction faite de la perſonne, & que par rapport aux biens, chaque coutume exerce ſon empire ſur ceux qui ſont ſitués dans ſon étendue; il faut donc pour la tradition ſuivre la coutume de la ſituation.

M. Ricard, à la page citée ſur la propoſition précédente.

SECTION VII.

Si la néceſſité d'une inſtitution d'héritier établie par le Droit Civil; ſi la néceſſité de la ſurvie de quarante jours établie par la coutume de Normandie; ſi l'adoption du Velleien en cette Province, forment des ſtatuts perſonnels.

XXXIII. La néceſſité établie par le droit écrit d'inſtituer un héritier par ſon teſtament, n'eſt pas un ſtatut perſonnel, qui ſuive la perſonne dans tel lieu qu'elle ſoit; c'eſt ſimple forme de l'acte, ainſi cela ne peut être un ſtatut perſonnel.

Voyez les articles 68, 69 & 70 de l'ordonnance du mois d'août 1735; M. Henrys, tome 2, livre 5, queſt. 32, & M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 315, page 80.

XXXIV. De-là, il s'enſuit qu'un homme qui a ſon domicile en pays de droit écrit, & qui ſe trouve à Paris pour ſes affaires, y fait un teſtament valable, quoiqu'il ne contienne aucune inſtitution d'hérier; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, & ce qu'on a même étendu à une diſſolution de communauté.

Arrêt du 26 juillet 1661, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 27; ce même arrêt eſt rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 44, il a déja été cité ci-deſſus, & rendu au ſujet du teſtament de la demoiſelle de Canillac, ce qui eſt confirmé par l'ordonnance de 1735, & ce que la propoſition ſuivante développe ſur la derniere partie. Voyez l'arrêt de Tardieu, rapporté daus le journal des audiences.

XXXV. En effet, cette néceſſité ne regle ni l'état ni la capacité du teſtateur, ce n'eſt qu'une ſimple forme de l'acte, qui ſe regle par la loi du lieu où il eſt paſſé; ainſi ſur ce, la loi du domicile n'eſt donc d'aucune conſidération.

Voyez M. Ricard, du don mutuel, ch. 7 num. 319, page 82.

XXXVI. Il en eſt de même de la diſpoſition de la coutume de Normandie, qui veut, pour la validité du teſtament, que le teſtateur ſurvive trois mois à icelui, telle diſpoſition eſt un ſtatut réel, qui ne milite que pour les biens ſitués en Normandie, & non pour les autres, mais il milite pour ces biens, abſtraction faite du lieu où le teſtament a été fait. Cela eſt regardé comme diſponibilité.

C'eſt la diſpoſition de l'article 74 de l'ordonnance de 1735; telle eſt la juriſprudence du parlement de Normandie, qui eſt atteſtée par M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 311 à la fin, page 79. Voyez la propoſition ſuivante, explicative de celle-ci.

XXXVII. De-là, il s'enſuit que le teſtament d'un Normand, fait à Paris, ſeroit nul, ſi le teſtateur n'avoit ſurvécu trois

mois à icelui, pour les biens ſitués en Normandie ſeulement, mais valable pour les autres biens; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: c'eſt pur ſtatut réel.

Voyez la ſentence de la chambre du tréſor rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, on y ſoutenoit, à la vérité, que pour rendre valable un teſtament fait à Paris ſur des biens de Normandie; il n'étoit pas néceſſaire que le teſtateur ſurvêcût trois mois à ſon teſtament, mais en le ſoutenant ainſi, on convenoit que la juriſprudence étoit contraire; & cette ſentence n'a jugé le teſtament valable même par rapport aux biens de Normandie, que contre un donataire du roi qui avoit obtenu le don des biens du teſtateur ſur le faux expoſé qu'ils étoient ſujets au droit d'aubaine, & contre un ſeigneur de fief qui les prétendoit par droit de dèshérence; l'un & l'autre ne pouvant exciper des reſtrictions que les coutumes n'ont apportées aux teſtamens qu'en faveur des héritiers du ſang, ce qui eſt établi dans ſon ordre, & ce qui confirme la propoſition; cependant, par arrêt du 3 avril 1699, rapporté par M. Augeard, tome 1, pag. 163, la cour a jugé valable le teſtament d'une perſonne domiciliée à Paris, quoiqu'il y eût des biens en Normandie, & que le teſtateur n'eût pas ſurvêcu trois mois, les héritiers prétendoient que le legs étoit de l'uſufruit d'une terre en Normandie; mais l'arrêt juge que le legs eſt une penſion, ce qui eſt fort différent.

XXXVIII. Cela eſt fondé ſur ce que tel ſtatut, c'eſt-à-dire, celui qui aſſujettit à une ſurvie de trois mois depuis la confection d'un teſtament, & ce, pour la validité d'icelui, tel ſtatut n'affecte pas toute la perſonne du teſtateur, & la loi qui régit ſa perſonne ne l'a jugé incapable que d'un certain acte ſingulier, & non univerſellement ce qui ne peut former un ſtatut perſonnel; mais ſeulement un ſtatut réel.

Cela eſt établi ci-deſſus, & eſt fondé ſur la doctrine de M. d'Argentré, déja rapportée.

XXXIX. Par le même principe, le teſtament d'un Pariſien ne ſeroit pas valable par rapport aux biens qu'il a en Normandie; s'il n'avoit pas ſurvécu trois mois à ſon teſtament, parce que, quoique la loi qui régit ſa perſonne, l'ait jugé capable de diſpoſer ſans cette ſurvie, néanmoins cette néceſſité forme un ſtatut réel qui prévaut ſur la loi du domicile; en un mot c'eſt diſponibilité de biens; diſponibilité ſur laquelle on ne peut conſulter que la loi qui les régit, & non celle du domicile.

Voyez M. Dupleſſis, en ſes conſultations, page 732; & cela eſt ſuite des principes ci-deſſus.

XL. La diſpoſition du Velléïen, conſervée en Normandie, ne forme qu'un ſtatut purement local & non perſonnel; ce qu'on va développer par les conſéquences qui en réſultent.

M. le Brun, de la communauté, pag 268, num. 21, & pag. 269, num. 28. Arrêt du 7 ſeptembre, rapporté par le même auteur, au même traité, pag. 272, num. 36. Voyez ſur ce le traité de M. Froland, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats.

XLI. De-là, il s'enſuit que le cautionnement qu'une femme normande paſſe pour ſon mari eſt valable, & s'exécute ſur les biens qu'elle a ailleurs qu'en Normandie; premiere conſéquence du principe que les Normands s'efforcent de rejetter, quoique très-bonne.

Arrêt du 4 ſeptembre 1688, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 26, pag. 223. Voyez M. le Brun, de la communauté, pag. 275, 276 & 277, & le traité cité ſur la propoſition précédente. Cette propoſition n'eſt pas du goût des légiſtes Normands, qui, toujours portés à encenſer leurs uſages, veulent ériger celui-ci en ſtatut perſonnel; & pour cela, ils alléguent que la capacité de contracter doit ſe déterminer par la loi du domicile; mais il manque à cela un mot. Cela eſt vrai de la capacité univerſelle, mais faux de la capacité ou incapacité limitée à un certain acte: ce torrent a entraîné M. Froland, en ſes mémoires ſur le veilleien; mais il étoit Normand. M. Boulonnois, ſeizieme queſtion, page 316 & 317, eſt de même avis; mais, de bonne foi, peut-on dire que la prohibition du cautionnement ſoit un ſtatut qui regle univerſellement la perſonne, lorſqu'il eſt viſible que cette prohibition n'a que les biens pour objet, & eſt limitée à un ſeul acte. Et pourquoi les Normands ne font-ils pas à cet égard ce que nous faiſons? Notre coutume donne aux conjoints la capacité de ſe faire un don mutuel, la leur la dénie. Nous diſons que le don mutuel eſt bon pour Paris & non pour les biens ſitués en Normandie: c'eſt ce que dit Ricard, du don mutuel, chap. 7, num. 324, 325; c'eſt ce qu'on ſuit en Normandie, même par rapport au tems qu'un teſtateur doit ſurvivre à ſon teſtament pour ſa validité, & nonobſtant le défaut de ſurvie, il eſt bon pour les biens ſitués à Paris, parce qu'il ne s'agit là que d'un acte particulier, & non d'une capacité ou incapacité univerſelle; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 74 de l'ordonnance de 1735; enfin, l'adoption du veillein eſt contraire au bien public & à la ſûreté du commerce; auſſi, par les ordonnances pour les pays régis par le droit écrit, & du reſſort du parlement de Paris, le fonds dotal eſt aliénable. Il eſt donc étrange qu'un ſimple uſage adopté par une province, peut-être contre l'équité, & le bien public; mais limité à un certain acte, ſoit érigé en un ſtatut perſonnel pour pouvoir, ſous cette fauſſe définition, prédominer ſur les autres loix, & faire taire toutes les autres coutumes, beaucoup plus exactes que cet uſage: c'eſt une erreur, c'eſt un abus.

XLII. Par le même principe, le cautionnement qu'une femme pariſienne a paſſé pour ſon mari, quoique valable ſur les biens qu'elle a à Paris, eſt nul par rapport aux biens qu'elle peut poſſéder en Normandie; ſeconde conſéquence du même principe.

M. le Brun, de la communauté, page 275, num. 42; en effet, c'eſt vrai ſtatut réel, & pourquoi les Normands n'accordent-ils pas à notre coutume ce que nous accordons à la leur?

XLIII. En effet, c'eſt prohibition limi-

tée à un certain acte, & non une incapacité universelle ; par conséquent, c'est un statut réel, qui doit opérer par rapport aux biens qu'il frappe seulement, & non sur les autres, ce qui n'est pas de la majorité coutumiere, porté par cette coutume qui affectant universellement la personne, milite par-tout.

Cela se trouve établi par la doctrine de M. d'Argentré ; mais il n'en est pas de même de la majorité coutumiere, fixée par cette même coutume à l'âge de vingt ans ; tel statut affecte universellement la personne, il la suit par-tout, ainsi celui qui par la loi de son domicile a acquis une telle majorité, peut par-tout ester en jugement sans assistance de curateur, aux termes de l'arrêt du 31 may 1710, déja cité & rapporté dans le sixieme volume du journal des audiences, mais cette majorité purement coutumiere ne fait pas (ainsi qu'on l'a déja dit) obstacle à la restitution en entier, elle est regardée quant à ce, comme une simple émancipation légale, ce qui concilie tous les principes.

SECTION VIII.

Des dispositions principales des coutumes qui ne forment que des statuts réels & locaux.

XLIV. Les dispositions des coutumes, qui ont les biens pour objet, abstraction faite de la personne, ne forment, comme on l'a dit dans le chapitre troisieme de ce titre, que des statuts purement réels. On va ici expliquer les suites de ce principe général, & le rendre sensible par des exemples.

M. d'Argentré, sur l'art. 218, de la coutume de Bretagne, & les propositions suivantes, qui éclairciront celle-ci qui est générale, sur quoi l'on peut observer encore qu'il y a des espéces de statuts mixtes qui participent de la nature de l'un & de l'autre, mais la nature de l'un d'eux prédomine toujours sur la nature de l'autre ; c'est donc par la partie prépondérante qu'il en faut juger ; aussi M. d'Argentré, n'admet-il pas de statuts mixtes ; c'est la bonne regle.

XLV. Celles qui concernent la disponibilité des biens sont des statuts réels, les biens seuls sont leur objet, & c'est ce qui les caractérise tels : c'est l'exemple le plus marqué d'un statut purement réel. On va voir les conséquences qui résultent de cette proposition.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 314, pag. 80, ce qui va se développer par des exemples.

XLVI. De-là, il s'ensuit que celui qui possede des biens dans différentes coutumes, en disposant de ses biens, soit entre-vifs, soit par testament, doit se conformer aux dispositions des coutumes ou ses biens sont situés, & non à celle de son domicile ; premiere conséquence qui naît du principe : autrement, ce feroit confondre le statut réel avec le statut personnel.

M. Dupleſſis, en la consultation déja citée. Voyez M. le Prestre cent. 3, ch. 84 ; M. Louet, & M. Brodeau, let. C. ch. 42.

XLVII. De-là, il s'ensuit encore que quoique la coutume du domicile prohibe de disposer, néanmoins, on peut disposer des biens qu'on possede dans d'autres coutumes, lorsque les coutumes le permettent ; les prohibitions de disposer, ne formant que des statuts réels ; seconde conséquence qui résulte du principe contenu dans l'avant-derniere proposition.

Cela a été établi ci-dessus. Voyez les citations, sur la précédente proposition, ce qui s'entend des prohibitions particulieres, & non des prohibitions publiques.

XLVIII. De ce que la disponibilité des biens se regle par les dispositions des coutumes où les biens sont situés ; il s'ensuit, à plus forte raison, que la quotité de la disposition se regle par ces mêmes coutumes, abstraction faite de celle du domicile, c'est suite du même principe, c'est statut réel, inconteſtable, dès qu'il n'a que la disponibilité pour objet.

Moribus Galliæ & non fori, dit M. Cujas, consultation 3, *etiam possessiones solent legibus obligare, adeò ut si variis regionibus quæ non eodem jure reguntur, quis possideat bona in ordinatione testamenti, receptum est separanda esse bona pro varietate regionum, variis etiam legibus testatorem obligari.*

XLIX. De-là, il s'ensuit encore que la légitime du fils de celui qui a des biens dans différentes coutumes, se prend dans chaque coutume, jusqu'à la concurrence de la portion que chacune d'elle lui réserve dans le bien qu'elle régit ; autre suite de ce que dessus.

M. Ricard, du don mutuel, ch. 7, num. 317 & suivans, pag. 81. C'est la jurisprudence, c'est droit commun du royaume, c'est vraie réalité, vraie disponibilité.

L. La saisine des biens en faveur des héritiers légitimes, lors de l'ouverture des successions, se regle par les coutumes où les biens sont situés ; cette saisine est vrai statut réel : cinquieme conséquence du même principe.

M. Lapeyrere let. S, décision 224, pag. 469 de l'édition de 1725, & let. T, décision 40, p. 477 : cela est encore droit commun du royaume ; c'est suite du principe que les coutumes sont réelles, & qui s'appliquant à la légitime, s'applique encore plus à la saisine générale.

LI. De-là, il s'ensuit encore que si dans une même succession, il y a des biens dans différentes coutumes, il faut par le partage faire autant d'opérations & de différentes divisions, qu'il y a de différentes coutumes qui régissent la succession ; lorsque ces cou-

tumes ſont abſolument différentes ſur le droit & la ſaiſine des héritiers : ſixieme conſéquence ; c'eſt ſuite du même principe.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, chap. 1, num. 45, pag. 589 de la premiere édition ; & c'eſt ce qui s'obſerve inviolablement au châtelet dans les partages ; les propoſitions précédentes concernant la diſponibilité des biens & la quotité de la légitime, ont encore été formées ſur ces uſages : c'eſt dans tous ces cas réalité.

LII. De-là, il s'enſuit que ſi au nombre de ces coutumes, il y en a une qui exclut les femelles en faveur des mâles, les femelles ne ſont excluſes que par rapport aux biens ſitués dans cette coutume, quand elle ſeroit même celle du domicile du défunt, & les femelles partagent dans les autres, telle excluſion n'ayant que les biens pour objet ; ſeptieme conſéquence, ſeptieme application de la réalité des diſpoſitions des coutumes qui ne forment dans tous ces cas que des ſtatuts réels, ſauf en ce dernier l'effet du rapport.

La queſtion quelle ſera en ce cas le rapport de la fille, eſt traité en ſon ordre ſur le titre des ſucceſſions.

LIII. Ce qui détermine que tous les ſtatuts ci-deſſus, ſont réels, c'eſt qu'ils ont les biens pour objet, non la perſonne, & qu'il n'y a de vrais ſtatuts perſonnels que ceux qui reglent univerſellement la perſonne, abſtraction faite des biens : voilà le vrai principe bien établi par M. d'Argentré, & qui porte une lumiere vive ſur la diſtinction de l'un & de l'autre ſtatut.

In rem caſus tantum conceptus ; M. d'Argentré, ſur l'article déja cité, & les deux dernieres autorités rapportées ſur la troiſieme propoſition de cette ſection.

TITRE DOUZIEME.

DE LA MORT CIVILE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA MORT CIVILE PAR LA PROFESSION EN RELIGION.

DISTINCTION PREMIERE.

DE CETTE MORT CIVILE CONSIDERE'E ENGENERAL.

I. CE genre de mort civile qu'encourent ceux qui ſe conſacrent à Dieu par la profeſſion en religion, loin de tirer ſa ſource d'une cauſe infamante, la tire au contraire d'une cauſe qui doit attirer le reſpect ; cependant relativement aux intérêts civils, elle produit tous les effets de la mort civile, & ces effets qu'elle produit ont leur baſe dans la propre cauſe & la fin de ce dévouement.

M. Ricard, des donations, premiere partie.

II. Cette cauſe eſt de s'occuper entierement du culte divin, par une abnégation de ſoi-même & une renonciation volontaire à tous les biens du ſiécle : preuve des effets civils de cette mort civile.

Voyez la propoſition ſuivante.

III. De ce que deſſus il réſulte que la profeſſion en religion emporte mort civile abſolue, & relativement à tous effets civils.

Ingreſſi monaſterio, ipſo ingreſſu, ſe ſuaque dedicant Deo, non ergo de his teſtantur utpotè nec Domini rerum ; authentiq. Ingreſſi. Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 2.

IV. Cette profeſſion fait regarder celui ou celle qui la fait, comme s'il n'étoit plus exiſtant dans la ſociété civile, d'où il s'enſuit que depuis la profeſſion il ne peut plus teſter : premier effet de cette mort civile qui n'affoiblit pas des droits naturels.

M. le Maître, titre 14, page 434.

V. De-là, il s'enſuit qu'il ne peut plus ſuccéder ni tranſmettre ſon pecule à ſes parens, comme héritiers légitimes : ſecond effet de cette mort civile, & c'étoit une bien étrange politique que celle que les Romains avoient inconſidérement adoptées, que de tranſmettre de la perſonne du religieux, le droit de ſuccéder qu'il n'avoit pas, à ſon monaſtere : cela alloit à énerver l'état ; abus que la ſageſſe de nos ordonnances a fait ceſſer.

Cela eſt établi ſur le titre des ſucceſſions ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 337 de la coutume. Voyez ſur cette incapacité, ainſi que ſur celle de donner & de recevoir de leur part, ce que dit M. Ricard, en

en ſon traité des donations, tome 1, page 67; cela eſt droit commun, & une baſe de l'ordre & de la tranquillité publique.

VI. Cependant il peut par une libéralité conſommée diſpoſer entre-vifs de ſon péculé; c'eſt acte du droit de gens, qu'on ne peut lui dénier; c'eſt même acte du droit naturel.

Voyez la nouvelle ordonnance ſur les donations, qui affranchit une donation de meubles de toute formalités, la volonté & le fait étant ſuffiſans pour la conſommer.

VII. Des mêmes principes, il s'enſuit qu'il ne peut profiter d'un legs ni d'une donation, ſous les limitations qui feront la matiere de la ſection ſuivante : troiſieme effet de cette mort civile.

Neque hæreditas, neque legatum, neque fidei commiſſum contra mores & jus publicum hujuſmodi perſonis relinqui poteſt, nec conditio earum perſonarum mutari debet, l. 16, ff. *de interdict. & relegat.* qui s'applique en ce cas; c'eſt la diſpoſition de l'art. 337 de la coutume qui a ſur ce, ſa racine dans le droit civil.

SECTION II.

Des avantages dont le religieux eſt capable, & de ceux qu'il peut ſe conſerver.

VIII. Comme le mort civilement par une cauſe infamante, peut être gratifié d'une penſion viagere, à plus forte raiſon le religieux qui n'encourt qu'une mort civile, reſpectable & favorable, peut-il être gratifié d'une pareille penſion; cela eſt inconteſtable: c'eſt droit naturel qu'une incapacité civile ne peut effacer.

Quod pie rogaſtis liceat vobis ultimâ voluntate eis ad victum & ad alios uſus neceſſarios ſufficientia, relinquare même loi 16, ff. *de interd. & releg.* Voyez M. de Montholon, ch. 28, & M. Ricard, des donations, partie premiere; c'eſt raiſon écrite & par nous adoptée.

IX. Ce qui rend le mort civilement capable d'une telle penſion, & à plus forte raiſon le religieux, c'eſt que pour être capable d'en profiter il ſuffit de vivre, & que la loi civile n'étouffe pas la loi naturelle, ſauf la limitation qui ſuit; capacité qu'on ne doit cependant pas étendre à l'étranger qui a une incapacité générale & abſolue.

Sufficit vivere; mais une telle penſion léguée à un étranger ſeroit-elle valable? M. Domat, liv. 4, tit. 2, ſect. 2, num. 7, eſtime qu'elle eſt valable; ce qui me paroît pouvoir ſouffrir beaucoup de difficulté, les héritiers du teſtateur pouvant oppoſer que la loi de la nation qui leur a déféré la ſucceſſion, & modifiée par la faculté de teſter, n'a pas été faite en aucun cas pour l'étranger, & qu'il ne peut par-là l'invoquer.

X. Cependant pour rendre la penſion viagere léguée à un religieux valable, il faut qu'elle ſoit modique & proportionnée à ſes beſoins; c'eſt cette proportion qui la ſoutient, & ſans elle, elle ſeroit en partie vicieuſe: tel eſt l'eſprit de la loi, étendre la diſpoſition au-delà, ce ſeroit s'écarter de cet eſprit.

Ad victum & ad alios uſus neceſſarios; loi citée ſur la premiere propoſition de cette ſection.

XI. Si la penſion léguée au religieux étoit trop forte, elle ne ſeroit pas nulle pour le tout, mais modérée, la volonté conſtante du teſtateur a été de fournir à ſes beſoins; & c'eſt le juſte effet d'une telle diſpoſition: mais c'eſt à ce juſte effet qu'il faut la réduire conformément à loi adoptée.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, parce que la diſpoſition ne péche que dans ſon excédent, & la loi la ſoutient dans le ſurplus; tel eſt l'eſprit de la loi citée.

XII. Par le même principe, une veuve faiſant profeſſion en religion, conſerve de plein droit, & ſans réſerve expreſſe, la jouiſſance de ſon douaire; ſon étendue cependant doit être conſidérée, c'eſt aliment; & comme tel, j'eſtime qu'il ne doit ſubſiſter que juſqu'à une concurrence convenable: aller au-delà ce ſeroit anéantir les effets ſalutaires de la mort civile, mais la fuite du royaume pour fait de religion en prive totalement.

C'eſt le ſentiment de M. de Renuſſon cité ci-après, & cela eſt établi ſur le titre du douaire; mais la veuve fugitive pour fait de religion, eſt dépouillée du douaire comme de ſes autres biens, ſans que les débiteurs d'icelui en ſoient déchargés; tant qu'elle vit, la jouiſſance du douaire appartient à ſes créanciers ou à ceux que l'édit a ſaiſi de ſes biens. Arrêt du 19 juillet 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, page 789; ce qui conſerve tous les droits.

XIII. La raiſon de ce, eſt que le douaire eſt regardé comme aliment dans ſon origine, le fait nouveau ne l'altere pas; il doit donc ſubſiſter juſqu'à une juſte proportion nonobſtant la mort civile, mais il ne doit pas excéder cette portion.

Cela eſt atteſté par M. de Renuſſon, en ſon traité du douaire. Voyez les arrêts cités à cet égard ſur le titre ci-après du douaire.

SECTION III.

De la ſéculariſation par l'épiſcopat, & par la reſtitution contre les vœux.

XIV. Le religieux promû à l'épiſcopat eſt ſéculariſé, mais non à tous égards; on va expliquer les effets de ſa ſéculariſation qui ne milite pas contre des tiers & qui ne peut leur nuire.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 2, num. 4.

XV. Cette ſécularisation n'eſt que paſſive & non active; ainſi il reſte toujours incapable de ſuccéder activement, cette incapacité eſt de l'ordre public, autrement cette ſécularisation priveroit des tiers d'un droit qui leur étoit acquis.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, num. 320, page 71.

XVI. De-là il s'enſuit que les parens du religieux ſécularisé par l'épiſcopat lui ſuccédent, mais cette ſécularisation ne le rend pas capable de ſuccéder à ſes parens: c'eſt la double conſéquence qui réſulte des deux propoſitions précédentes.

Sa capacité à tranſmettre ſa ſucceſſion, réſulte de l'article 336 de la coutume; l'autre partie de la propoſition eſt prouvée; c'eſt droit public.

XVII. Cette incapacité reſte non-ſeulement pour les ſucceſſions échues avant la ſécularisation, & dont le droit étoit déja acquis à des tiers, mais encore pour celles échues depuis la ſécularisation: puiſque quant à ce, elle ne peut produire aucun effet.

Voyez le titre des ſucceſſions ci-après, & M. le Brun, en la ſection citée ſur la premiere propoſition de cette ſection, où cela eſt établi.

XVIII. Cependant par cette ſécularisation, le religieux rendu au ſiécle, devient capable de tout acte de commerce, il devient même capable de teſter; c'eſt la ſuite de la capacité que produit la ſécularisation.

M. le Maître, tit. 14, pag. 434; & telle eſt la juriſprudence.

XIX. De-là il s'enſuit inévitablement qu'il peut faire les baux des biens dont il jouit, & en recevoir les revenus; cela eſt inconteſtable.

Tel eſt ſur ce l'uſage, & il eſt fondé ſur les principes ci-deſſus.

XX. Cette incapacité s'étend encore plus loin; il peut, non-ſeulement, diſpoſer par teſtament, mais même par donation entre-vifs, & ſes héritiers ne pourroient les conteſter, qu'en ſuppoſant incapacité à lui ſuccéder, ce qui ſe repliroit ſur eux-mêmes, & ce qui ſeroit contre la coutume.

Cela eſt atteſté par M. Ricard, traité des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, num. 334. Voyez ci-après le titre des donations & celui des teſtamens, où cela eſt établi plus au long, comme étant le vrai ſiége de la matiere; il ſuffit ici de poſer le principe.

XXI. Mais il ne peut recevoir, ſoit par donation, ſoit par teſtament, que des penſions viageres ou des legs modiques, & non des diſpoſitions univerſelles; parce que ſa capacité ne peut affoiblir des droits acquis à des tiers par ſa mort civile, & autrement ces droits ſeroient affoiblis, puiſque par-là on dépouilleroit des héritiers légitimes.

Voyez le titre des donations & la loi 16, ff. *de relig. & interdict.*

XXII. Cela eſt fondé ſur ce que ſa ſécularisation produit tous ces effets, relativement aux biens acquis par lui depuis icelle, & par rapport à lui & à ſes héritiers; mais non relativement à des tiers, c'eſt-à-dire, par rapport à ceux que de telles donations faites au profit du religieux ſécularisé par l'épiſcopat dépouilleroient: telles donations ſont donc nulles; c'eſt ordre public que de conſerver inviolablement cette incapacité.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 2.

XXIII. Le religieux qui s'eſt fait reſtituer contre ſes vœux, & qui a obtenu l'entérinement du reſcrit du pape, rentre pleinement dans le ſiécle & dans tous les droits de citoyen; c'eſt l'effet de la reſtitution, mais que le reſcript du pape ne peut ſeul fonder.

Il n'en eſt pas de même, lorſque d'un monaſtere on fait une collégiale, les religieux, quoique devenus chanoines, reſtent dans l'incapacité comme avant la ſécularisation. M. le Maître, titre 14, chap. 434.

XXIV. De ce que le religieux qui s'eſt fait reſtituer contre ſes vœux, rentre non-ſeulement dans le ſiécle, mais encore dans ſes droits, il s'enſuit qu'il exerce, non-ſeulement tous les droits qui s'ouvrent depuis en ſa faveur, mais qu'il les recouvre tous, de même que s'il ne fût jamais ſorti du ſiécle, quoique ces droits fuſſent ouverts avant ſa profeſſion.

Voyez M. Ricard, à l'endroit cité, num. 335.

SECTION IV.

Que le religieux qui apoſtaſie; que celui qui quitte ſon cloître ne ſont pas ſécularisés.

XXV. L'apoſtat ne peut par ſon apoſtaſie, ſe prétendre rendu au ſiécle; il reſte toujours incapable, autrement ce ſeroit le rendre maître de rompre ſon engagement qui eſt pour lui, non-ſeulement inviolable, mais dont la ſtabilité intéreſſe les autres.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, num. 226 & 227, page 70, & la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci, par elle-même inconteſtable.

XXVI. En effet, la mort civile, ſuite du véritable état dans lequel l'apoſtaſie le laiſſe toujours, ne peut être effacée par ſon crime qui doit être puni loin d'être autoriſé.

M. Ricard, des donations, partie 1, chap. 3, ſection 5.

XXVII. Le religieux, qui après ſes vœux, quitte ſon cloître avec la diſpenſe de ſes ſupérieurs, n'eſt pas par-là rendu au ſiécle; la diſſimulation de ſes ſupérieurs ſur ſon procédé, ne peut produire une reſtitution qu'il n'eſt pas en leur puiſſance d'accorder; il reſte donc toujours dans les liens de la mort civile.

M. le Maître, tit. 14, part. 2, page 434, & M. Ricard, à l'endroit cité, num. 334 & 336.

XXVIII. Cela eſt fondé ſur ce que telle diſpenſe, ou plutôt telle diſſimulation de la part des ſupérieurs, ne peut affoiblir en rien les loix de l'état; outre la raiſon déja dite, c'eſt diſſimulation, non reſtitution; diſſimulation qui ne peut affoiblir la loi publique. De ce que deſſus, il réſulte à plus forte raiſon, que celui qui quitte ſon cloître ſans la permiſſion de ſes ſupérieurs, reſte mort civilement; il a tout enſemble contre lui, les loix générales & celles de ſon état.

Voyez la ſeconde propoſition de cette ſection; & M. le Maître, page 434.

SECTION V.

De l'état des chevaliers de ſaint Jean de Jéruſalem, & de la mort civile qu'ils encourent.

XXIX. Ces chevaliers, connus plus généralement ſous le nom de chevaliers de Malte, encourent par leurs vœux la mort civile; leur incapacité eſt fondée, ſur ce qu'ils ſont religieux militaires, & qu'ils font comme les autres religieux les trois vœux, qui ſont communs à tous, de pauvreté, d'obéiſſance & de chaſteté; ce qui entraîne mort civile.

M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 1, chap. 2, ſect. 2, num. 15 & 16, ſur leurs priviléges. Voyez l'arrêt du 6 ſeptembre 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 10, chap. 9, page 709, & M. le Maître, tit. 14, page 434.

XXX. De-là il s'enſuit qu'ils ſont incapables de recueillir une ſucceſſion légitime, mais ſous la limitation qui ſuit; en effet, ils en ſont incapables tant qu'ils n'ont pas commanderie; mais juſqu'à ce qu'ils ayent obtenu une commanderie, ils ont droit de demander une penſion contre leurs freres & ſœurs, lorſqu'ils ont recueilli la ſucceſſion du pere ou de la mere.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 2, num. 16, page 25.

XXXI. Outre cette penſion, ils ont droit de demander qu'on leur aſſure ſur les biens de leur pere & mere, une eſpece de légitime dont ils ne jouiſſent pas, & pour ſervir à les retirer de captivité s'ils y tombent, eſpéce de légitime qui accroît à la maſſe & non à l'héritier univerſel, lorſqu'il y en a un; telles ſont les limitations à la mort civile qu'ils encourent; c'eſt une juſtice, à leur égard, que cette aſſurance: mais comme le fait de la captivité eſt incertain, on ne l'obſerve pas toujours à la rigueur.

M. le Brun, en la ſection qu'on vient de citer, num. 17.

XXXII. De l'incapacité qui réſulte de la mort civile, il s'enſuit que les chevaliers de Malte, comme les autres religieux, ſont incapables de faire un teſtament; cela eſt même porté par leurs ſtatuts, la faculté d'en faire un ſeroit contraire aux avantages accordés à leur ordre.

M. Ricard, des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 5, num. 309, page 67.

XXXIII. Cette incapacité de teſter ſubſiſteroit encore que le chevalier de Malte eût obtenu pour ce, diſpenſe du pape; telle diſpenſe ne pouvant affoiblir l'effet des loix publiques du royaume, qui ne peuvent recevoir d'atteinte par de tels reſcripts.

Voyez M. Ricard, en la ſect. citée, num. 309.

XXXIV. En effet, telle diſpenſe ſeroit abuſive, comme contraire aux loix de l'état, dont le roi ſeul peut diſpenſer, & non aucune autre puiſſance.

Voyez ci-deſſus le chapitre ſecond du titre quatrieme du préſent livre.

XXXV. Cependant, le chevalier de Malte ayant obtenu la permiſſion du grand-maître & du chapitre, peut diſpoſer par teſtament juſqu'à concurrence de la ſixieme partie de ſon mobilier, parce qu'alors c'eſt validité qui ne naît que du conſentement de ceux pour leſquels l'incapacité avoit été établie.

M. le Maître, tit. 14, page 434.

XXXVI. Par les ſuites de la mort civile, le chevalier de Malte eſt incapable de profiter d'une diſpoſition, ſoit entre-vifs, ſoit à cauſe de mort, ſi ce n'eſt d'une penſion alimentaire, pour la capacité de laquelle il ſuffit de vivre.

Voyez la ſeconde ſection de ce chapitre où cette capacité eſt établie en général, & ſur laquelle on a rapporté les loix qui la fondent.

CHAPITRE SECOND.

DE LA MORT CIVILE, PAR LA CONDAMNATION POUR CRIME.

SECTION PREMIERE.

DE LA CONDAMNATION A MORT NON EXÉCUTÉE.

I. LA confiſcation de corps entraîne celle des biens, & par conſéquent, la mort civile; ce qu'on va expliquer: c'eſt droit commun du royaume plus parfait à cet égard que le droit civil.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, pag. 65; M. le Maître, tit. 8, chap. 5, page 216. C'eſt la diſpoſition de la coutume, art. 183, qui dit, que *qui confiſque le corps, confiſque les biens*, & qui par-là va plus loin que la loi 29, ff. *de pœnis qui ultimo ſupplicio damnantur, ſtatum, civitatem & libertatem perdunt, &c.* Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 5.

II. Par cette mort civile, le condamné à mort, quoique fugitif, eſt incapable de tous effets civils, mais non pas indiſtinctement, ce qu'on verra ci-après; mais dans la théſe générale, il eſt l'eſclave de la peine contre lui prononcée; elle le ſuit par-tout & le rend par-tout incapable: mais ces effets ſont en ſuſpend, tant qu'il y a lieu à une légitime préſomption de ſon innocence.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 230, page 51.

SECTION II.

De la condamnation à une peine capitale; de la condamnation aux galeres, & au banniſſement.

III. Tout condamné à une peine capitale, eſt mort civilement, lorſque la condamnation eſt telle qu'il ſera expliqué ci-après; c'eſt la ſuite de la ſection précédente, mais il faut condamnation définitive.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, page 26 & ſuivantes.

IV. Ces peines pour ce, ſont appellées capitales, parce qu'elles font perdre l'état de citoyen; c'eſt cette perte qui leur a fait donner ce nom, elles ſeules entraînent mort civile, & ſes effets, & non les autres condamnations; ce qu'on développera par la ſuite.

L. 6, §. *Sed & ſi*, ff. *de injuſto rupt. & irrit. facto teſtatem.*

V. Le banniſſement à tems, d'un certain lieu, ou d'un certain reſſort, n'emporte pas mort civile; il ſeroit contre la loi civile & contre la loi naturelle de lui faire produire cet effet, la fiction devant toujours imiter la nature.

Jugé par l'arrêt rapporté par M. Louet, let. B, num. 17, & par celui rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 1, chap. 94; M. Ricard, des donations, partie premiere, chap. 3, ſection 4, num. 254. M. Brodeau, ſur l'art. 183 de la coutume, num. 19. M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, chap. 2, ſection 3, num. 16; mais ce banniſſement rend infame. M. Loyſeau, des offices, liv. 1, chap. 13, num. 55, pag. 82.

VI. Il en eſt de même de la condamnation aux galeres à tems; telle condamnation n'emporte pas mort civile, on en va voir la raiſon; ainſi dans ce cas, comme dans le précédent, le condamné conſerve ſes droits, & eſt capable des effets civils, quoiqu'il ait encouru infamie.

M. Ricard, des donations, tom. 1, pag. 55, num. 253; M. le Maître, tit. 8, pag. 216. Les juges non royaux ne peuvent condamner aux galeres, ce qu'il eſt à propos de faire obſerver ici. Voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 2, chap. 4, queſt. 31.

VII. Mais la condamnation aux galeres à perpétuité & le banniſſement hors de tout le royaume, emporte mort civile, cette perpétuité de la peine eſt vraie mort civile, & telle condamnation en produit tous les effets.

De pœnâ & condamnatione ad perpetuos carceres, voyez M. le Prêtre, cent. 2, chap. 21. M. le Maître, tit. 8, chap. 5, pag. 215.

VIII. Ces condamnations étant comme il eſt dit ci-deſſus, à perpétuité, ôtent la faculté de teſter, c'eſt une des ſuites de la mort civile qu'elles produiſent; cela eſt inconteſtable, puiſqu'en ce cas, il y a abſolue mort civile.

Arrêt du 1 mars 1632, rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 1, chap. 11.

IX. La raiſon des propoſitions précédentes, au ſujet du banniſſement à tems & de la condamnation aux galeres à tems, & la diſtinction qu'il y a à faire entre ces condam-

nations à tems & ces condamnations à perpétuité, ſont fondées ſur ce que la mort civile étant une fiction de la mort naturelle, doit avoir la mort naturelle pour modéle ; & comme on ne meurt pas naturellement pour un certain lieu ou pour un certain tems, de même il faut conclure que telles condamnations à tems, n'emportent pas mort civile : telle eſt la baſe de la juriſprudence qu'on vient de rapporter, & de la diſtinction contenue dans les propoſitions précédentes.

Par l'arrêt du 11 août 1627, rapporté par M. Bardet, tom. 1, liv. 2, chap. 109, il a été jugé qu'un banni à tems, hors de tout le royaume, pouvoit eſter en jugement ; il faut obſerver que les juges des ſeigneurs ne peuvent bannir que de leur reſſort ; il n'y a que les juges royaux qui peuvent bannir hors du royaume. M. Lapeyrere, let. B, num. 34, pag. 34.

X. La condamnation à une priſon perpétuelle emporte mort civile ; c'eſt vraie imitation de la mort naturelle.

M. le Maître, tit. 8, chap. 5, pag. 216. Voyez M. le Prêtre, cité ſur la cinquieme propoſition ci-deſſus.

SECTION III.

Si les condamnations qui emportent note d'infamie, emportent mort civile ; & du blâme & de l'admonition.

XI. Celui qui eſt déclaré par ſentence duement atteint & convaincu d'un crime, eſt réputé infame, mais non mort civilement, toute infamie n'emporte pas mort civile ; mais tel jugement emporte toujours l'infamie de celui contre lequel il a été rendu.

M Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, chap. 13, num. 52, pag. 82.

XII. Si le condamné n'eſt condamné qu'à une amende pour les cas réſultans du procès, ſans être déclaré atteint & convaincu d'un certain crime, non-ſeulement il n'encourt pas mort civile, mais il n'encourt pas même note d'infamie ; c'eſt ſimple réparation d'un délit.

Voyez M. Baſſet, tom. 1, liv. 6, tit. 7, ch. 3. M. Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 35, pag. 80.

XIII. Celui qui a été blâmé par la juſtice, n'eſt pas mort civilement ; mais il eſt infame, l'infamie réſultante naturellement du blâme, & où il ceſſe la note d'infamie doit ceſſer ; ce qui prouve la propoſition précédente.

Par l'arrêt de la cour des aydes, du 18 janvier 1701, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 4, il a été jugé que le privilege de l'officier commençal vétérant étoit éteint par l'infamie réſultante d'un blâme ; ce qui établit la propoſition.

XIV. Il n'en eſt pas de même de celui qui a été mandé & admoneſté ; non-ſeulement il n'eſt pas mort civilement, mais même il n'eſt pas réputé infame ; mais telle condamnation emporte contre lui note d'indiſcrétion, ce qui différe beaucoup de l'infamie ; c'eſt être indiſcret, mais non infame, que de s'attirer un avertiſſement public de la part de la juſtice.

Sur la différence entre l'amende & la ſatisfaction honorable, voyez M. Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 13, num. 59 & ſuivans, pag. 82.

SECTION IV.

Si la ſimple accuſation d'un crime capital emporte mort civile ou note d'infamie, & de l'incapacité limitée qu'elle produit.

XV. L'accuſation d'un crime capital ne produit pas mort civile, il faut condamnation pour la produire ; ainſi juſqu'à la condamnation, l'accuſé reſte en poſſeſſion de ſon état ; c'eſt le juſte effet de la préſomption de l'innocence qui ſubſiſte même pendant un tems lorſque la condamnation eſt par défaut.

Poſt contractum capitale crimen donationes facta valent, niſi condemnatio ſecuto fuerit, l. 15, ff. *de donat.* Voyez M. le Prêtre, centurie 1, liv. 86. M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, chap. 2, ſect. 3, num. 1 ; M. le Maître, tit. 14, p. 420. Cela a lieu pour l'accuſé même de parricide. Arrêt du 5 février 1665, rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 3, chap. 45, ce qui met la propoſition hors de tout doute. Voyez le même tome 2, cent. 4, chap. 35. Quant à la ſuſpenſion, elle ſera traitée à la fin de cette ſection, & par la ſection ſuivante.

XVI. En effet loin que l'accuſation d'un crime capital emporte par elle-même mort civile, au contraire, tout accuſé eſt préſumé innocent juſqu'à la condamnation ; tout conduit à cette préſomption, & par conſéquent à la conſervation de ſes droits, juſqu'à la condamnation ; en ſorte que pour en rendre les effets actuels & préſens, il faut qu'elle ſoit définitive & contradictoire ; limitation que la ſuite développe.

Voyez M. Ricard, traité des donations, tom. 1, pag. 51. M. le Maître, à la page citée ſur la propoſition précédente.

XVII. De-là il s'enſuit que l'accuſé recueille une ſucceſſion ouverte à ſon profit, depuis l'accuſation, mais avant la condamnation, & il la recueille, quoiqu'échue depuis l'accuſation, ſi par la ſuite il étoit déchargé d'icelle, cette décharge ayant un effet rétroactif ; mais il n'en n'eſt pas de même s'il eſt condamné définitivement.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, num. 1, pag. 26 ; mais de la condamna-

tion contradictoire, naît l'incapacité. Arrêt du 26 juillet 1626, rapporté dans le premier tome du journal des audiences; mais si elle est échue depuis la condamnation, & pendant l'appel. Voyez M. Bardet, tome 2, liv. 1, ch. 45, & M. Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 35, & la note sur la proposition qui suit, qui établissant que l'incapacité n'a lieu dans ce cas, que lorsque la condamnation s'est ensuivie, prouve en même tems que si elle ne s'ensuit pas, l'accusation est effacée & l'accusé remis dans tous ses droits.

XVIII. En effet, dans le cas de l'appel de la condamnation par défaut, & qu'il meurt pendant cet appel, le droit en une telle succession lui est acquis dans un tems qu'il jouissoit des droits de citoyen; & dans le cas qu'il a été déchargé d'une telle accusation, il est regardé comme n'ayant jamais été privé de ces mêmes droits de citoyen; il succéde donc dans l'un & dans l'autre cas: capacité qu'il n'a pas s'il y a contre lui condamnation définitive, lorsque l'ouverture de la succession est arrivée après l'accusation.

Mais si la succession étoit échue depuis la condamnation confirmée ensuite par arrêt, il n'auroit comme incapable, nulle part dans la succession. Arrêt du 10 janvier 1630, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, livre 2, ch. 49; le même arrêt est rapporté par M. Bardet, tome 1, liv. 3, ch. 81.

XIX. Cependant, celui qui est accusé d'un crime capital, ne peut, à partir de l'accusation, disposer de ses biens par donation entre-vifs, sous la limitation ci-après, il y auroit trop d'inconvénients à lui laisser cette faculté; cependant la décharge de l'accusation fait valider la disposition, mais il y a nullité rétroactive s'il y a condamnation.

M. Basset, tome 1, liv. 6, tit. 2, ch. 3, est d'avis, que la donation comme la vente est bonne; cependant il rejette la vente dès qu'il y a le moindre soupçon de fraude, ce qui doit faire rejetter l'autre absolument; la participation à la fraude n'étant nécessaire que dans les actes de commerce & non dans ceux de libéralité, ce qui est établi par la loi 45, ff. *de jure fisci*, & tel est le sentiment de M. Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, sect. 4, num. 242 & 243, page 51; c'est le vrai sens de la loi citée sur la premiere proposition de cette sect.

XX. Cette incapacité est fondée sur la présomption violente, que telle donation a été faite en fraude, & pour affoiblir l'effet de la confiscation qu'on craignoit; de-là il s'ensuit que telle donation est nulle, si l'accusé est condamné, mais valable s'il est absous; c'est justice exacte par rapport à un tel donateur, c'est raison écrite.

Voyez M. le Prêtre, cent. 1, ch. 85; M. Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 35, & la loi 15, ff. *de donat.*

XXI. Si cependant par la suite l'accusé étoit déchargé, ou qu'il mourût avant la condamnation, la donation entre-vifs par lui faite depuis l'accusation seroit valable; dans le dernier cas, il mourroit en possession de son état, ce qui la fait valider; dans le premier, la décharge est effet rétroactif & efface l'accusation, de même que si elle n'avoit pas été intentée; ce qui met la disposition au dessus de toute atteinte.

Il en est de même de la résignation qu'il auroit faite de son office; M. Loyseau, en son traité des offices, liv. 1, ch. 13, num. 17, & suivans, page 79, ce qui établit la proposition, qui d'ailleurs est conforme à la loi qu'on va citer. Cependant, M. le Maître, tit. 14, page 342, estime que nonobstant l'absolution, la donation n'est valable que dans le cas que le donateur a survécu long-tems à son absolution, ce qui est contraire à la loi 15, ff. *de donat.* déja citée, qui indistinctement fait valider une telle donation, lorsque le donateur a obtenu son absolution: je pense bien que l'état violent dans lequel une telle donation a été faite ouvre au donateur la voie de la restitution en entier contre icelle, voie qui ne peut lui être fermée que par un silence marqué de sa part depuis son absolution; mais ce même état ne rend pas une telle donation nulle par elle-même: ainsi, cette réflexion de M. le Maître, juste par elle-même, mais qui a un autre droit pour objet, & qu'on n'examine pas ici, n'affoiblit en rien la généralité de la proposition.

XXII. A l'égard des ventes faites par celui qui est accusé d'un crime capital, elles ne sont nulles que lorsque l'acquéreur a participé à la fraude; mais valables quand il n'y a pas été participant, encore que la condamnation soit prononcée; de plus, c'est acte du commerce de la liberté duquel la simple accusation n'a pu dépouiller l'accusé, sauf la question de fraude, autrement on feroit réfléchir la peine contre un tiers.

Voyez l'arrêt du 11 février 1669, qui appointe sur cette question; il est rapporté dans le troisieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 4. Voyez aussi M. Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 36; M. Basset, tome 1, liv. 6, tit. 2, ch. 3 confirme la proposition.

XXIII. Si cependant par la suite l'accusé étoit absous, telle vente, abstraction faite de la participation à la fraude, valideroit, de même s'il mouroit avant la condamnation; dans l'un comme dans l'autre cas, il a eu entiere capacité à contracter, sauf l'effet de la restitution en entier, contre une telle vente s'il y a ouverture à icelle; mais qui ne peut militer en faveur des héritiers d'un tel vendeur.

De la proposition que la mort de l'accusé, avant la condamnation, fait valider non-seulement les ventes, mais même les donations, il faut excepter le cas d'un crime dont la seule accusation emporteroit avec elle-même, l'interdiction de toute administration, tel que le crime de léze-majesté, suivant la loi 8, au code, *ad legem majestatis*, ce qui forme une proposition ci-après. Voyez M. le Prêtre, *loco citato*; M. Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 35, & M. Loyseau, aussi aux nombres cités sur l'avant derniere proposition: exception qui peut servir à confirmer la proposition.

XXIV. A l'égard du testament fait par l'ac-

cuſé depuis l'accuſation, il eſt nul, ſi l'accuſé eſt jugé coupable du crime capital; nullité qui auroit lieu, encore que le teſtament eût été fait avant l'accuſation, qui a effacé ſur ce toute capacité : cela eſt fondé, ſur ce que dans l'un comme dans l'autre cas, l'accuſé meurt dépouillé de la faculté de teſter, faculté qu'il faut avoir au tems du teſtament, & au tems de la mort.

Cela eſt établi ſur le titre des teſtamens. Voyez M. Ricard, des donations, tome 1, page 230, & cela eſt de droit commun.

XXV. Mais ſi l'accuſé avoit été abſous, ſon teſtament ſeroit valable, même celui qu'il auroit fait depuis l'accuſation; c'eſt l'effet naturel d'une telle décharge, qui efface totalement l'accuſation.

Voyez M. le Maître, tit. 14, page 434. En effet, telle décharge laiſſe à l'injuſtement accuſé tous ſes droits à quoi s'applique la loi 15, ff. de donat.

XXVI. Il en ſeroit de même, s'il mouroit pendant l'inſtruction de l'accuſation ou pendant l'appel de la condamnation; cette mort efface l'effet de la pourſuite par la juſte préſomption de l'innocence.

Voyez M. Baſſet, tom. 1. liv. 6, tit. 2, ch. 3, auquel cas la confiſcation n'auroit lieu, encore que le procès fût fait & parfait, pourvu que la mort arrive avant la condamnation, *defuncto* ff. *dupubl. judic.* M. Lapeyrere, ſur le mot *confiſcation*, déciſion 102, page 64; M. Ricard, des donat. part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 240; M. le Maître, tit. 14, page 434, & la propoſition qui ſuit.

XXXVII. En effet, dans les derniers cas ci-deſſus exprimés comme dans le cas précédent, concernant les ſucceſſions ouvertes depuis l'accuſation, l'accuſé meurt en poſſeſſion des droits de citoyen; l'accuſation en ces cas, n'eſt donc plus d'aucune conſidération, & par conſéquent, on ne peut fonder ſur elle aucune incapacité.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſection 3.

XXVIII. Des cas ci-deſſus, dans leſquels par la faveur de l'innocence & de ſa préſomption, on fait ſubſiſter la capacité de l'accuſé qui meurt avant la condamnation, il faut excepter celui qui eſt accuſé pour crime de lèze-majeſté; c'eſt juſte & inévitable exception, puiſque ce crime ſe pourſuit après la mort; c'eſt exception particuliere qui confirme la régle générale.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 247, page 54; exception qui confirme encore ce que deſſus.

XXIX. Dans ce cas, l'accuſé, quoique mort avant la condamnation, eſt incapable de tous effets civils, ſi par la ſuite ſa mémoire eſt condamnée: en effet, en ce dernier cas, la mort de l'accuſé n'efface pas la pourſuite du crime, & elle ſe continue contre la mémoire de l'accuſé, ce qui eſt particulier au crime de léze-majeſté, & rend la propoſition précédente inconteſtable, l'horreur que ce crime inſpire a conduit à cette juſte ſévérité.

Il en eſt de même de ceux qui ſe ſont rendus les meurtriers d'eux-mêmes; M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 248, & ſuivans, page 54 & 55; c'eſt crime qui ſe pourſuit après la mort : c'eſt une ſeconde exception à la ſuſpenſion des effets de la mort civile, que la mort naturelle de l'accuſé arrivant avant la condamnation ou pendant l'appel d'icelle, opéré après l'examen de cette ſuſpenſion qui opére même anéantiſſement. Voyons la vraie ſuſpenſion qui réſulte de la ſeule nature de la condamnation; c'eſt l'objet de la ſection qui ſuit.

SECTION V.

Si les condamnations par défaut emportent mort civile, & des cas eſquels le condamné meurt en poſſeſſion de ſon état.

XXX. Le condamné par défaut à une peine capitale, ne perd pas incontinent après une telle condamnation, la poſſeſſion de ſon état, cette perte ſeroit éloignement des principes, ſeroit rigueur outrée à laquelle les ordonnances & la juriſprudence ont paré : voilà la régle générale.

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3; M. le Maître, tit. 8, page 220, tit. 13, page 242, & tit. 14, page 434; mais il ne peut réſigner ſon office; M. Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 13, num. dernier, quoique celui qui n'eſt qu'accuſé le puiſſe faire, comme on l'a remarqué par la ſection précédente; il a été juſte d'admettre une différence entre l'un & l'autre; en effet, elle eſt entiere.

XXXI. Mais toute audience eſt déniée à un tel condamné juſqu'à ce qu'il ſe ſoit repreſenté; ſa contumace, tant qu'elle ſubſiſte, fonde ce juſte refus; elle le rend indigne de la protection de la juſtice.

Voyez M. le Veſt, chap. 200, & M. Robert, liv. 1, ch. 10; M. le Maître, tit. 8, page 220.

XXXII. Par la juſte préſomption de l'innocence, la loi met pendant 5. ans la mort civile en ſuſpend par rapport au condamné par contumace; tel eſt ſon état, c'eſt juſte faveur: voilà l'effet de la régle qu'on vient de poſer.

Par l'article 28 de l'ordonnance de Moulins, les impétrations des biens des condamnés qui ſeront faites pendant les cinq ans de la contumace, ſont déclarées nulles; ce qui fonde la propoſition que les ordonnances poſtérieures rendent inconteſtable.

XXXIII. Le condamné par contumace, a ce délai pour ſe repréſenter à la juſtice; délai qui ménage tout enſemble, l'autorité de la juſtice & la faveur de la préſomption de ſon innocence, baſe de l'effet limité, ou plutôt du ſuſpens qu'on donne à la condam-

nation par contumace. S'il meurt pendant ces cinq ans, il eſt préſumé mourir innocent du crime dont il étoit accuſé, & par conſéquent, en la pleine poſſeſſion de l'état de citoyen; voilà l'effet de la préſomption conſervé.

Voyez l'art. 6 de la déclaration de 1639, l'arrêt déja cité & rapporté par M. Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 35; M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 261, page 57, & le nombre 255 de la même ſection.

XXXIV. De-là il s'enſuit que mourant dans ce délai, il recueille les ſucceſſions à lui échues pendant ce même délai; il tranſmet la ſienne à ſes héritiers, & le teſtament par lui fait, eſt valable, parce qu'il meurt comme citoyen, par la préſomption d'innocence; telles ſont les conſéquences qui réſultent de ce que deſſus.

M. Baſſet, tom. 1, liv. 6, tit. 6, ch. 1; M. le Maître, tit. 12, page 434; M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, num. 30; & c'eſt droit commun dans le royaume, puiſque cela eſt fondé ſur les ordonnances.

XXXV. Mais ſi le condamné par contumace meurt après les cinq ans, ſans s'être repréſenté, il eſt cenſé mort civilement du jour de la condamnation, & par conſéquent, incapable de ce jour, de tout effet civil; c'eſt le juſte effet de ſa contumace à laquelle il a fallu néceſſairement fixer un délai; & pour le bon ordre, lui donner après ce délai tout l'effet d'une condamnation contradictoire.

M. le Maître, tit. 8, page 229; M. le Brun, en la ſection citée, num. 90; mais s'il meurt après les cinq ans, & après s'être conſtitué priſonnier, il meurt en poſſeſſion de l'état de citoyen. Voyez l'arrêt rapporté par M. Bardet, tom. 2, liv. 2, ch. 44, & la propoſition qui ſuit, qui explique cette exception. Exception qui conſerve tous les principes, ſa repréſentation fait préſomption de ſon innocence, de même que s'il n'y avoit pas de condamnation.

XXXVI. Suivons ce motif, nonobſtant l'expiration de ce délai, s'il mouroit après s'être repréſenté à la juſtice, pendant l'appel de la condamnation, en ce cas, il mourroit en poſſeſſion de tous ſes droits de citoyen; ſa repréſentation rend à la préſomption de ſon innocence toute ſa force, & donne à cette préſomption une longue durée; c'eſt juſte extenction qui fonde la juſte préſomption de l'innocence après un tel fait.

M. Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 41, page 43; M. le Maître, page 434. Mais mourant après les cinq ans, ſans s'être repréſenté, ſon héritier peut-il purger ſa mémoire? Voyez M. Lapeyrere, page 65, déciſion 111.

CHAPITRE TROISIEME.

DE L'EFFET PRINCIPAL DE LA MORT CIVILE.

SECTION PREMIERE.

DU RETRANCHEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DE L'INCAPACITÉ QU'ELLE PRODUIT.

I. LA mort civile, a le même effet à l'égard de la ſociété civile & des concitoyens, que la mort naturelle; c'en eſt la parfaite image, c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, la diſpoſition de la loi opére autant que la nature.

Qui ultimò ſupplicio damnantur, ſtatum, civitatem & libertatem perdunt, l. 29, ff. *de pœnis*; à quoi parmi nous une politique plus ſage que celle des Romains a ajoûté la confiſcation des biens.

II. De-là il s'enſuit que le mort civilement, eſt retranché de la ſociété, de même que s'il n'exiſtoit plus; voilà l'effet général de la mort civile, qui réſulte encore de ce que deſſus.

Voyez la loi citée ſur la propoſition précédente, elle met celle-ci hors de tout doute.

III. De-là il s'enſuit qu'il eſt incapable de tous effets civils; c'eſt la conſéquence qui réſulte de l'effet de la mort civile, qui eſt la parfaite imitation de la mort naturelle.

Tout le chapitre précédent contient la preuve de cette propoſition.

SECTION II.

De la limite à cette incapacité.

IV. Nonobſtant cette incapacité, non-ſeulement le religieux, dont la mort civile eſt favorable & reſpectable, eſt capable de profiter d'une penſion alimentaire, mais même celui qui eſt mort civilement, pour une cauſe infame; ce qu'on a déja remarqué & qu'on reprend ici, comme exception à ce que deſſus.

Necare enim videtur qui alimenta ſubſtrahit, l. *necare*, ff. *de alend. & agnoſc. liberis.* Voyez la propoſition qui ſuit, & la loi qui eſt citée.

V.

V. En effet, la vengeance que la juſtice tire des crimes ; s'eſt toujours tempérée par la charité ; ce qui leve quant à ce, toute incapacité civile reſpectivement à un condamné, & par conſéquent, & à plus forte raiſon, à l'égard de celui qui n'a encouru mort civile, que par profeſſion en religion.

Si in mettallum damnato, qui extra alimentorum cauſâ relictum fuerit, pro non ſcripto eſt, l. 3, ff. *de his quæ pro non ſcript.*

VI. Une autre raiſon, c'eſt que pour être capable de profiter d'une telle diſpoſition, il ſuffit de vivre, comme on l'a déja dit ; d'où il faut conclure, que le condamné eſt capable d'une penſion viagere.

Cela eſt établi ci-deſſus ; cela eſt droit commun.

DISTINCTION III.

De l'effet de la mort civile à l'égard des enfans du du mort civilement.

VII. La honte du crime & de la condamnation, influe ſur ſa poſtérité, mais non pas indiſtinctement les effets de la mort civile ; principe général qu'on va développer par les propoſitions ſuivantes, & qui influe ſur la nobleſſe en certain cas.

M. le Brun, au titre cité ſur la propoſition ſuivante. Quant à la nobleſſe, elle ſe perd par le crime & par la dérogeance s'il n'y a lettre de réhabilitation ; cependant les enfans nés avant la dérogeance du pere, n'ont pas beſoin de lettres de réhabilitation. Réglement de 1668, art. 8 ; Laroque, ch. 139 ; mais ceux nés depuis en ont abſolument beſoin.

VIII. De-là il s'enſuit que les enfans du condamné, & qui a encouru mort civile par la condamnation, conſervent, malgré la honte de leur origine, les droits de citoyen : premiere conſéquence du principe, autrement ce ſeroit les punir d'un crime qui ne leur eſt pas perſonnel ; mais le mort civilement ne peut donner ce qu'il n'a pas lui-même, en ſe mariant depuis la condamnation.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, titre des incapables de ſuccéder ; ainſi, les enfans conſervent les droits qui leur étoient acquis avant la mort civile de leur pere, même ceux nés depuis, pourvu que ce ſoit d'un mariage antérieur & légitime.

IX. Cette conſervation du droit des enfans ne s'entend que des enfans nés d'un mariage contracté avant la condamnation, & non de ceux nés d'un mariage contracté depuis qui, par une telle naiſſance, ne peuvent être capables des effets civils, un tel mariage en étant privé.

Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, pag. 26, & ſuivantes.

X. En effet, les enfans nés d'un mariage contracté depuis la condamnation, participent à l'incapacité de leur pere ou mere, mort civilement, & ecomme tels ſont incapables de toute ſucceſſion légitime, ainſi ils ſont enveloppés dans l'incapacité de leur pere, qui n'a pu leur donner une capacité qu'il n'avoit plus lui-même ; incapacité qui influe ſur tout droit civil de ſuccéder.

Art. 6, de la déclaration de 1639. Voyez ci-après le titre des ſucceſſions.

XI. Cela eſt fondé ſur ce que depuis la condamnation, le condamné eſt incapable de tous les effets civils, & par conſéquent de contracter un mariage légitime, & de donner à des enfans une capacité qu'il n'a pas lui-même ; il eſt donc conſéquent de les embraſſer, dans ſon état c'eſt ſuite de tous les principes de cette matiere, ſauf le droit des enfans, quoique nés depuis la condamnation d'un mariage légitime.

Voyez M. le Brun, à la ſection citée ſur l'avant derniere propoſition ; mais les enfans, quoique nés depuis la condamnation, pourvu qu'ils ſoient iſſus d'un mariage valable antérieur, ont tous les droits de citoyen, ainſi que ceux qui naiſſent de la légitimité ; autrement ce ſeroit punir l'autre conjoint dans leur perſonne.

XII. Cette incapacité de ſuccéder, des enfans nés d'un mariage contracté par leur pere, depuis la condamnation qui a emporté mort civile, a lieu nonobſtant la bonne-foi de leur mere, elle eſt inéfficace pour la lever, il n'y a pas lieu même de la préſumer ; c'eſt à elle à s'imputer ſon fait, qui influant ſur elle même, qui influe pareillement ſur ſes enfans.

Cela eſt établi ci-deſſus ſur le titre des mariages ; on y a cependant rapporté un arrêt contraire, mais tel eſt le principe général ; & dans l'eſpece de cet arrêt, il n'étoit queſtion que d'une ſucceſſion collatérale ; & outre la bonne-foi de la mere, on alléguoit que la condamnation avoit été effacée par le laps de tems ; ainſi ce n'eſt plus la queſtion qu'on examine, dont il s'agiſſoit lors de cet arrêt.

XIII. En effet, la bonne-foi en ce cas, ne peut ſe préſumer, telles condamnations étant toujours publiques, & par conſéquent préſumées connues ; ainſi cette incapacité qu'on fait réſulter de la mort civile d'un des conjoints qui ſe marie depuis, tant contre l'autre conjoint que contre les enfans, eſt donc une ſuite légitime des principes capitaux de cette matiere.

Voyez le titre des mariages, où cela eſt établi ; c'eſt droit commun.

XIV. Cette incapacité des enfans, nés d'un mariage contracté depuis la condamnation, reçoit une limitation, c'eſt que pour ce, il faut que le pere meurt dans cette incapacité, c'eſt lui qui en eſt la ſource ; ainſi s'il n'y meurt pas les enfans n'y peuvent être.

S'il étoit mort pendant les cinq ans, mourant en ce cas en poſſeſſion de l'état de citoyen, ſes enfans, quoique nés d'un tel mariage, ont toute capacité, & même celle de lui ſuccéder ;

M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, num. 19, 20 & 21 : en effet, comment en ſeroient-*ils* privés, lorſque leur pere même ne l'a pas été ?

XV. De-là il s'enſuit que ſi le pere s'étoit repréſenté, & qu'il mourut pendant l'inſtruction du procès, ou pendant l'appel de la condamnation, ſes enfans, quoique nés d'un mariage contracté depuis la condamnation, ſeroient capables de ſucceſſion ; c'eſt la conſéquence qui naît ſurement de la propoſition précédente : en effet, leur pere étant capable de ſuccéder, à plus forte raiſon le ſont-ils, leur incapacité quand elle a lieu, n'étant qu'une ſuite & une émanation de celle de leur pere ; ce qui rend la propoſition inconteſtable.

Voyez l'art. 6, de l'ordonnance de 1639, & l'art. 27, du tit. 17, de celle de 1670.

XVI. De l'article ſecond de cette ſection il s'enſuit que les enfans d'un mort civilement, nés d'un mariage contracté avant la mort civile, ſuccédent à leur ayeul par repréſentation de leur pere, quoique leur pere jouiſſe encore de la vie naturelle : ſeconde conſéquence qui naît de la premiere propoſition de cette ſection ; en effet, leur pere par la mort civile, eſt retranché de la ſociété, & laiſſe par conſéquent ſon degré vacant, auquel les petits-enfans ſe placent par l'effet civil de la repréſentation, d'où il faut conclure qu'ils ont capacité pour ſuccéder à leur ayeul ; ce qui auroit lieu encore qu'ils fuſſent nés depuis la condamnation.

Ce retranchement de la ſociété, eſt établi ci-deſſus, il l'eſt encore ci-après, ſur le chapitre de la repréſentation ; & par conſéquent vacance de degré, vacance qui fonde la propoſition.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE CERTAINES CONDAMNATIONS ET DES SIMPLES ACCUSATIONS A L'ÉGARD DES OFFICIERS.

I. IL y a de certaines condamnations, qui ſans emporter mort civile, emportent une certaine inhabilité ; cette inhabilité a lieu lorſque ces condamnations ſont rendues contre des officiers : c'eſt ce qu'on va expliquer par ce chapitre, où l'on verra que le mandat qui leur eſt confié eſt inaliable avec la moindre tache.

M. Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 38, & ſuivans, pag. 81, & les propoſitions ſuivantes.

II. Non-ſeulement la condamnation contre l'officier emporte cette inhabilité, mais même la ſimple accuſation ; ce qui produit certaine inhabilité fondée ſur l'ordre public, qui le rend incapable d'acquérir un office.

Voyez M. Loyſeau, des offices, chapitre de la forfaiture, num. 31, pag. 82. M. Lapeyrere, let. O. déciſion 6, pag. 281, de l'édition de 1725 : de-là celui qui eſt accuſé, juſqu'à ce qu'il ſoit juſtifié, eſt incapable de poſſéder un office, c'eſt-à-dire d'en obtenir des proviſions ; premiere conſéquence qui naît du principe, que la propoſition ſuivante développe.

III. Cela eſt fondé ſur ce que les officiers doivent être toujours irréprochables dans les fonctions de leurs offices, & par conſéquent en ce cas, il y a inhabilité fondée ſur l'ordre public ; inhabilité pour ſe faire recevoir ſuſpenſion dans l'exercice de l'office, quoiqu'il y ait réception.

Quid, de la vente de l'office par l'officier accuſé, voyez le même auteur : M. Lapeyrere, déciſion 9, pag. 282, & ci-après le titre des offices à la ſection de la vacance par forfaiture ; & M. Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 15 & ſuivans, page 79 & 80.

IV. L'officier décreté d'ajournement perſonnel, eſt de plein droit interdit des fonctions de ſon office, dès que le décret d'ajournement perſonnel lui a été ſignifié ; ſeconde conſéquence qui naît du principe, qu'il faut qu'un officier ſoit irréprochable, c'eſt juſte ſévérité.

M. Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 14, num. 19, & ſuiv. pag. 87, où il ſe récrie contre la juriſprudence qui punit l'officier avant qu'il ſoit conſtant qu'il eſt coupable : mais cette juriſprudence eſt plus ſagement politique que ſa critique, puiſque l'ordre public auquel tout céde, le veut ainſi ; c'eſt la ſûreté pour ceux qui ſeroient obligés d'employer ſon miniſtere.

V. Cette interdiction légale dure juſqu'à ce qu'il ait purgé le décret, en ſubiſſant interrogatoire, & que le juge l'ait renvoyé dans ſes fonctions, c'eſt la conſéquence de ce que deſſus ; ce qui ne milite pas par rapport au ſimple décret d'aſſigné pour être oui, en ce cas, il y auroit eu trop de ſévérité d'admettre la ſuſpenſion.

Telle eſt ſur ce, la juriſprudence ; mais le ſimple décret d'aſſigné pour être oui, n'emporte aucune interdiction contre l'officier ; autrement ce ſeroit contre lui rigueur outrée.

VI. A l'égard du décret de priſe de corps décerné contre un officier, il n'emporte aucune interdiction, par la ſeule raiſon que ce décret ne ſe ſignifie pas ; & que l'interdiction pouvant militer contre des tiers, elle ne doit avoir lieu que du jour qu'elle eſt connue.

Tel eſt l'uſage ; les inconvéniens à admettre le contraire le fondent.

VII. Mais lorſque le décret de priſe de

corps eſt mis à exécution, il emporte de plein droit interdiction contre l'officier; cela réſulte évidemment de ce que deſſus, puiſque le ſimple ajournement perſonnel produit cet effet.

Cela réſulte évidemment de la propoſition 4, ci-deſſus, & la publicité écarte les inconvéniens.

VIII. De ce que deſſus, il réſulte à plus orte raiſon, que l'officier accuſé & abſent, eſt de plein droit interdit des fonctions de ſon office, juſqu'à ce qu'il ait obtenu ſa décharge de l'accuſation.

La ſimple infamie, ſans mort civile, lui fait perdre ſes priviléges. Voyez l'arrêt rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch 4, pag. 7.

IX. L'interdiction pour un tems contre un officier, n'emporte pas note d'infamie, il eſt regardé comme un avertiſſement ſalutaire que la juſtice lui donne.

Cela eſt atteſté par M. Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 13, num. 79, *& non pas même pendant qu'elle dure*, c'eſt ce qu'il ajoûte au num. 84.

X. Mais celui qui a été condamné à réſigner ſon office, eſt réputé infame, & par conſéquent incapable de poſſéder tout autre office : troiſieme conſéquence qui naît du principe poſé; quant à la forfaiture, elle emporte non-ſeulement incapacité à poſſéder l'office de l'officier qui a forfait, mais encore perte d'icelui, lorſqu'il y a jugement qui conſtate la forfaiture : mais ſouvent la juſtice pour ſauver cette perte à l'officier & même l'infamie, ne le condamne ſuivant les circonſtances qu'à une amende pécuniaire, en ordonnant par un *retentum*, qu'il ſe défaira de ſon office.

M. Loyſeau, au même ch., num. 69, pag. 83, ſur l'effet de la forfaiture. Voyez ci-après le titre des offices, ſixieme partie, ch. 2, ſection troiſieme, diſtinction premiere.

XI. Toute condamnation eſt effacée lorſque le condamné eſt rétabli par le prince, ſa grace efface le fait juſques dans ſa racine.

Loi 13, ff. *de bonorum poſſeſſione*; M. Ricard, en ſon traité des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 264, page 57.

Après avoir traité des perſonnes, il faut traiter des biens; c'eſt la matiere du livre qui ſuit.

Fin du premier livre.

LIVRE SECOND.

DES BIENS.

TITRE PREMIER.

DES BIENS CONSIDE'RE'S EN GE'NE'RAL ET DES MEUBLES EN PARTICULIER.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DISTINCTION GENERALE DES BIENS.

SECTION PREMIERE.

DES MEUBLES CONSIDERE'S EN GENERAL.

I.

TOUS les biens de telle nature qu'ils ſoient, ſont meubles ou immeubles ; c'eſt la diſtinction adoptée par la coutume : de ces deux qualités émanent pluſieurs droits qui ſeront traités dans leur ordre.

Art. 88 de la coutume. Voyez ſur ce, M. de Renuſſon, traité des propres, ch. 1, ſect. 1, num. 1 ; M. Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 4, num. 1, page 70 ; Loyſel, liv. 2, tit. 1, regle 1, & c'eſt droit commun.

II. Cette diſtinction générale les embraſſe tous & ſans réſerve, en effet, ils ſont tous ou meubles ou immeubles ſalutaire ; ſimplicité dont il ne faudroit jamais s'écarter en juriſprudence, ſauf l'exacte nature mixte des droits incorporels.

M. de Renuſſon, au num. cité ſur la précédente propoſition.

III. Tout effet qui peut ſe tranſporter d'un lieu à un autre, eſt meuble ou réputé tel ; voilà le véritable meuble, ſauf l'exception qui ſuit, qui concerne les droits incorporels.

M. Dupleſſis, traité 6, pag. 133, *quæ loco moveri poſſunt* ; mais le droit incorporel eſt-il meuble ou immeuble ? la coutume fait mention de quatre de ces droits ; ſçavoir, des obligations, des propres conventionnels, des rentes & des offices : différents objets qu'on examinera dans leur ordre, quant à la nature des actions. Voyez le chap. 1, du livre 6 ; ci-après on n'examine ici que les meubles en général, ces objets demandent des détails que la ſuite va commencer à développer.

IV. Ainſi cela n'embraſſe pas les titres de créances qui ſont meubes ou immeubles, comme il ſera expliqué dans la troiſieme ſection de ce chapitre ; cela demande un examen particulier, ainſi que les rentes & les offices.

Actio quæ tendit ad immobile immobilis eſt, & quæ tendit ad mobile mobilis.

SECTION II.

Des immeubles réels conſidérés en général.

V. Les terres, les héritages & les maiſons ſont immeubles, abſtraction faite des autres qualités qu'ils peuvent avoir, & cette qualité produit les effets qu'on verra dans la ſection 4 ci-après ; tels ſont les immeubles qu'on n'examine ici qu'en général, on entrera par la ſuite dans les détails.

Voyez l'auteur du traité des propres, chap. 5, ſect. 1, num. 3.

VI. Ces biens ſont tels par la nature qui leur a donné une ſituation fixe & invariable, ainſi on ne peut s'y méprendre ; la nature même les détermine, & la loi y en a ajoûté par ſa prudence : on les examinera dans leur ordre.

M. Dupleſſis, ſur ce titre, & l'auteur cité ſur la propoſition précédente.

VII. Les rentes foncieres ſont de véritables immeubles & regardées comme telles à tous égards ; elles ne ſont cependant telles, que

par la loi & non par la nature ; la premiere, par ſa fiction & par ſa diſpoſition ſupplée à l'autre; ainſi c'eſt à cette derniere qu'il faut s'attacher pour connoître leur qualité.

M. de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 1, num. 5 & 6, & la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

VIII. En effet, elles repréſentent l'immeuble ſur lequel elles ſont à prendre; il eſt d'autres immeubles légaux, ils vont faire la matiere de la ſection qui ſuit; ainſi les rentes foncieres ſont donc immeubles ; c'eſt exacte diſpoſition de la loi, & qui a ſa racine dans la repréſentation que la rente fonciere fait de l'héritage, c'eſt effet mixte, celui de la loi, celui de la nature.

Cette repréſentation eſt établie ci-après ſur le titre des propres, & ſur celui de la ſubrogation, & eſt par elle-même inconteſtable ; elle conſerve tous les droits.

SECTION III.

De quelle nature ſont les rentes conſtituées, les offices & les actions.

(Articles 89, 94 & 95 de la coutume).

IX. Les offices ſont réputés immeubles par la loi, c'eſt fiction légale faite pour l'avantage commun ; ce qui ſera par la ſuite expliqué plus au long, il ſuffit ici de ſe fixer à ce principe.

Art. 95 de la coutume. Voyez ſur ce M. Dupleſſis, traité des offices ; M. Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 4, les eſtime meubles, ce qui n'eſt pas ſuivi ; il écrivoit bien avant l'édit de 1681, qui fonde leur qualité d'immeubles.

X. Il en eſt de même des rentes conſtituées à prix d'argent, la loi les répute immeubles : c'eſt nature légale, & prudence de ſa diſpoſition, vu leur importance.

Art. 94 de la coutume ; M. de Renuſſon, des propres, ch. 5, ſect. 1, num. 3.

XI. Ni les offices ni les rentes n'ont cette qualité par la nature, mais la loi la leur donne par le motif expliqué ; ce qui, ſur ce, n'eſt pas moins puiſſant que la nature même.

Voyez le titre des rentes & celui des offices ; c'eſt le vrai ſiege de cette qualification légale.

XII. A l'égard des ſimples actions, leur nature de meuble ou d'immeuble ſe détermine par l'objet auquel elles tendent, c'eſt cet objet qui eſt leur fin & leur matiere ; c'eſt donc cet objet qui en doit déterminer la qualité.

M. Dupleſſis, traité des droits incorporels, & telle eſt la juriſprudence.

XIII. De-là il s'enſuit que l'action qui tend à recouvrer la propriété d'un immeuble, eſt immeuble, elle eſt regardée comme l'immeuble même ; & c'eſt la conſéquence ſûre du principe.

M. le Brun, traité de la communauté, page 70, num. 3, & la remarque ſur la propoſition qui ſuit.

XIV. Par le même principe, l'action qui ne tend qu'à recouvrer des deniers ou un ſimple mobilier, eſt mobilaire ; un effet mobilier eſt leur objet, telle action eſt donc mobilaire : tout cela eſt ſuite des vrais principes.

Art. 89 de la coutume, *actio quæ tendit ad mobile mobilis eſt* ; par le même principe, celle qui tend à recouvrer un immeuble eſt immobiliaire, *que actionem habet, ipſam rem habere videtur* ; de-là il s'enſuit que le prix d'un immeuble vendu eſt meuble : M. le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 115, ce qui confirme la propoſition & la précédente.

XV. De la pénultieme propoſition, il réſulte que la promeſſe de paſſer un contrat de conſtitution eſt immeuble, puiſqu'elle tend à avoir une rente qui eſt telle par la diſpoſition de la loi; & de la précédente propoſition il s'enſuit que l'action fondée ſur un billet ou une obligation d'une certaine ſomme eſt mobilaire, c'eſt ſuite de ce que deſſus ; & par une même ſuite l'action ou la faculté de remérer un immeuble, eſt comme l'immeuble même, à la propriété duquel elle tend, immobiliaire.

Voyez M. Brodeau, ſur l'art. 89, num. 1 ; par le même principe l'action de Remeré eſt immobiliaire. M. le Maître, tit. 3, ch. 2, pag. 119. Autre ſuite du même principe, cette derniere action ayant un immeuble pour objet.

SECTION IV.

Des effets contraires des qualités de meuble & d'immeuble.

XVI. La différence que ces qualités met entre les biens n'eſt pas indifférente, elle intéreſſe beaucoup, ſuivant les occurrences, ce qu'on va développer ; il eſt bon de s'arrêter d'abord ſur cette différence qui fonde différens droits.

Sur cette différence, voyez la note A, ajoûtée au commentaire de M. Dupleſſis, page 134 de l'édition de 1709.

XVII. Les immeubles ſont ſuſceptibles de la qualité accidentelle de propres, & par conſéquent indiſponibles pour portion, lorſqu'ils ont acquis cette qualité, & ſujets à retrait en cas de vente, ce qui n'eſt pas des meubles ; premiere différence.

Voyez les titres des teſtamens & du retrait ; ce ſont les ſiéges de cette différence.

XVIII. Au contraire, les meubles ne ſont pas ſujets à la qualité de propres & ſont toujours regardés comme acquêts ; ſuite de la

même différence, ils ne peuvent être la matiere ni l'objet d'une juste affection de famille.

Voyez la note ci-deſſus citée.

XIX. Cependant par la faveur des contrats de mariage, on peut imprimer à de ſimples deniers la qualité de propres, ce qui ſe verra ci-après ; c'eſt exception à la regle générale qui la confirme, loin de lui donner atteinte; c'eſt convention juſtement autoriſée, mais qui ne milite que contre ceux qui s'y ſont ſoumis : c'eſt mur de ſéparation entre les patrimoines de deux familles ; ce qui ſera expliqué par le titre quinze de ce livre.

Voyez ci-après le titre des propres fictifs; il eſt le vrai ſiége de cette matiere qui demande beaucoup d'explications, n'ayant pas juſques à préſent été faites dans leur véritable ni même dans leur exacte préciſion : on tâchera de le faire par le titre indiqué.

XX. Les immeubles ſont ſujets à l'hypothéque, & au droit de ſuite que l'hypothéque imprime ſur iceux, & ce, quoique les immeubles ayent paſſé dans la main d'un tiers acquéreur ; les meubles au contraire, ne ſont ſujets à aucun droit de ſuite, quelques cas ci-après expliqués exceptés : ſeconde différence entre les uns & les autres.

Voyez dans le dernier livre, le chapitre des demandes en déclaration d'hypothéque, & celui de la revendication des meubles ; M. Dupleſſis, en ſon traité des exécutions, liv. 1, page 617 tout à la fin, & liv. 2, page 618 ; Pocquet de Livoniere, régles de droit, page 71 & 72.

XXI. La loi ou la coutume, dans l'étendue deſquelles les immeubles ſont ſitués, les régiſſent ; les meubles au contraire, ſont régis par la loi ou la coutume du domicile du propriétaire, ils ſont cenſés ſuivre ſa perſonne; troiſiéme différence qu'on a déja vu ci-deſſus, en traitant de la diſtinction du ſtatut réel, & du ſtatut perſonnel.

M. Dumoulin, ſur l'art. 41 de la coutume d'Auvergne ; M. le Maître, page 118. Voyez ci-deſſus la diſtinction du ſtatut reel & du ſtatut perſonnel, dans lequel cette différence a été traitée.

XXII. Il faut excepter de cette derniere propoſition le cas de confiſcation, & celui de deshérence qui ſeront expliqués dans leur ordre : c'eſt exception à cette regle qui ſert à la confirmer ; il a fallu dans ces cas admettre une réalité.

Voyez le titre des fiefs ; dans ces cas ſeulement, les meubles ſont cenſés avoir une aſſiette fixe. Voyez les art. 41 & 168 de la coutume d'Anjou; c'eſt droit commun dans le royaume.

XXIII. Dans l'un & dans l'autre cas, les meubles ſont donc conſidérés comme ayant une ſituation fixe, & le ſeigneur a les meubles qui ſe trouvent dans l'étendue de ſon territoire ; voilà l'effet de cette exception.

M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 447, gloſſ. 3.

XXIV. La raiſon de cette double exception eſt, que dans l'un & l'autre cas, le droit du ſeigneur eſt réel, & comprend généralement tout ce qui ſe trouve dans l'étendue de ſa haute-juſtice; ce qui fonde quant à ce, une aſſiette accidentelle & relative, ſur laquelle il faut ſe déterminer.

Note ſur M. Dupleſſis, page 133 de l'édition de 1709.

CHAPITRE SECOND.

DE L'ÉTENDUE QUE LA JUSTICE DONNE AU MOT DE MEUBLE EN MATIERE DE SUCCESSION.

SECTION PREMIERE.

DES EFFETS PORTATIFS.

I. TOUT ce qui n'eſt pas immeuble réel ou légal, eſt réputé meuble en matiere de ſucceſſion ; c'eſt ce qui réſulte de la diſtinction générale portée par la coutume ; diſtinction abſolument néceſſaire lorſqu'il y a différens héritiers, & qui détermine la ſaiſine de l'héritier mobiliaire qui eſt le plus prochain, s'il n'y a repréſentation qui opere concours.

Art. 88 & 89 de la coutume, *quæ loco moveri poſſunt* ; ce qui embraſſe même les actions qui ſont de l'une ou de l'autre nature.

II. De-là il s'enſuit que les meubles meublans, la vaiſſelle d'argent, les pierreries, les deniers comptans, le linge de tout eſpéce, les habits & uſtenſiles de cuiſine, ſont meubles, & appartiennent par conſéquent à l'héritier mobilier ; c'eſt la premiere conſéquence qui naît du principe, ces biens ne pouvant être ſujets à aucune affectation de ligne, qui ſeule peut arrêter la ſaiſine du plus prochain.

Voyez le titre des ſucceſſions où cela eſt établi.

III. Les beſtiaux, les chevaux & équipages ſont meubles, ils ne peuvent par la lettre & l'eſprit de la coutume avoir une autre qualité ; ainſi ils appartiennent dans la theſe générale au même héritier, c'eſt-à-dire, au plus prochain.

M. le Brun, de la communauté, pag. 75, num. 24.

IV. Il en eſt de même des billets, promeſſes & obligations ; même nature, même principe que ci-deſſus, & par conſéquent, même ſaiſine en faveur du même héritier, parce que ces actions ne tendent qu'à un ſimple mobilier.

Le même auteur, au même traité, pag 70, num. 3, & la propoſition comme la précédente, ſont d'une juriſprudence conſtante au châtelet.

V. Le mot de meuble dans les teſtamens n'a pas une ſignification ſi étendue ; on verra ce qu'il comprend en ce cas, dans le chapitre ſuivant : cela demande un examen particulier.

Aux termes de droit, les expreſſions dont les teſtateurs ſe ſont ſervis, doivent ſe prendre dans le ſens ordinaire & l'idée qu'ils paroiſſent y avoir attaché, & non ſuivant l'exactitude des définitions des grammairiens ; ce qui eſt examiné plus à fond ſur le titre des teſtamens, qui eſt le vrai ſiége de cette matiere.

SECTION II.

Des fruits naturels & des fruits civils, & quand ils ſont réputés meubles en matiere de ſucceſſion.

DISTINCTION PREMIERE.

Des fruits naturels de la terre.

(Art. 92 de la coutume.)

VI. Tout fruit recueilli, qui par conſéquent n'eſt plus pendant par les racines, eſt réputé meuble par la loi, il eſt tel par la nature même, à plus forte raiſon le doit-il être par la loi ? Diſpoſition de notre coutume plus ſimple, plus équitable que celle de quelques autres qui en diſpoſent autrement.

Art. 93 de la coutume ; M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 347, num. 9. Voyez l'art. 354 de la coutume d'Orléans, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre de la qualité des biens, art. 19.

VII. En effet, n'étant plus pendant par les racines ſur le fonds, il ne fait plus partie d'icelui ; c'eſt donc ſimple effet mobilier, il ne peut être d'autre nature, cela eſt plus déterminant qu'une fixation de tems.

Mais lorſque les fruits ſont pendans par les racines, ils ſont immeubles, *fructus pendentes pars fundi videntur*, l. 44, ff. *de rei vindic.* en effet, en ce cas, la différence eſt entiere, & c'eſt droit commun que la nature même fonde.

VIII. Lorſque l'héritage eſt ſitué dans une certaine coutume, & que le défunt propriétaire d'icelui a eu ſon domicile dans une autre, pour déterminer ſi des fruits encore pendans par les racines ſont meubles ou immeubles, il faut ſuivre la coutume du domicile du défunt ; c'eſt un effet qui,

ſûrement, doit devenir mobilier, & pour ſavoir s'il eſt tel, il n'y a pas d'autre loi à conſulter.

Mobilia ſequuntur perſonam, immobilia ſitum; M. Dumoulin, ſur la coutume d'Auvergne, art. 41; c'eſt ce qui ſe pratique.

IX. De-là il s'enſuit que ſi la coutume du lieu où l'héritage eſt aſſis, répute les fruits meubles après un certain tems de maturité, quoique non ſéparés du fonds, & que le propriétaire décédé ait eu ſon domicile à Paris, où les fruits ne ſont meubles que par la ſéparation du fonds, tels fruits ſeront toujours réputés immeubles dans la ſucceſſion, nonobſtant la diſpoſition de la coutume du lieu où l'héritage eſt aſſis; c'eſt cette coutume qui fixe l'étendue de ſon mobilier qui eſt cenſé ſuivre ſa perſonne, c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; & il faut convenir que la diſpoſition d'une telle coutume eſt moins ſatisfaiſante que celle de notre coutume.

Sur cette diſtinction, voyez le traité des ſucceſſions de M. le Brun, liv. 2, ch. 7, ſection 1, page 345.

DISTINCTION II.

Des animaux croiſſans & multiplians.

(Art. 91. de la coutume.)

X. Les pigeons étant en un colombier ſont immeubles, c'eſt acceſſoire du fonds; ils participent donc à ſa nature, & par conſéquent ſont immeubles.

Charondas, ſur l'art. 91, ce qui eſt ſuivi au châtelet, conformément au ſentiment de Loyſel, liv. 1, tome 1, régle 7; & aux arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre de la qualité des biens, art. 16 & 17, & c'eſt droit commun.

XI. En effet, en ce cas ils ſont cenſés faire partie du fonds & de la terre ſur laquelle le colombier eſt aſſis, ſur laquelle ils ſe mutiplient; telle eſt donc leur vraie qualité.

M. le Brun, traité de la communauté, pag. 74, num. 22.

XII. Il n'en eſt pas de même des pigeons qui ſont en voliere, ils ſont meubles, leur multiplication eſt plus de plaiſir que de profit; on ne peut donc plus, en ce cas, les regarder comme faiſant partie du fonds.

M. Dupleſſis, page 136 de l'édition de 1709.

XIII. Les lapins d'une garenne ſont immeubles, mais ceux qui ſont en un glapier ſont meubles; même raiſon que celle ci-deſſus, la différence eſt ſenſible.

M. Dupleſſis, à l'endroit qu'on vient de citer; M. le Brun, de la communauté, page 74, num. 22; M. le Maître, pag. 120; les arrêtés qu'on vient de citer, num. 16 & 17.

XIV. De même les poiſſons en étangs ſont immeubles, mais ceux qui ſont en un vivier ſont meubles; c'eſt ſimple proviſion de maiſon, mais les autres ſont portion de fonds, & par conſéquent, immeubles; la nature & la raiſon fondent ces diſtinctions.

M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 348, num. 15, M. Dumoulin l'a décidé ainſi ſur l'art. 1 de la coutume, gloſſ. 8, num. 18, & c'eſt ſur ſon ſentiment que l'art. 91 de la coutume a été formé. Voyez auſſi ſur ce, *Pomponius*, ff. *famil. erſciſc.* mais ils ſont meubles auſſi-tôt que la bonde eſt levée. M. d'Argentré, ſur l'art. 76 de la coutume de Bretagne: c'eſt auſſi ce que dit M. le Brun, des ſucceſſions, page 347, num. 8; c'eſt la diſpoſition de l'art. 127 de la coutume de Meaux.

XV. A l'égard des ruches ou paniers remplis de mouches à miel, ils ſont toujours cenſés immeubles, & faire partie du fonds; ce qui entraîne néceſſairement cette qualité.

M. Chopin, ſur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 1, num. 18; M. le Brun, de la communauté, pag. 75, num. 23.

XVI Les beſtiaux donnés à cheptel ſont meubles, c'eſt un pur meuble fructifiant, & ils ne peuvent avoir une autre qualité.

Arrêt du 23 juillet 1667; autre du premier juin 1681; le journal des audiences, tom. 4, liv. 8, chap. 19. M. le Brun, à la même pag. num. 24. M. Auzanet, ſur l'art. 91 de la coutume. Sur cette diſtinction, il convient d'obſerver qu'il y a des meubles qui, par la fiction, par la ſtipulation, & par la ſimple deſtination, par l'incorporation deviennent immeubles; par exemple, les matériaux provenant d'une démolition, & reſtés ſur le lieu pour reconſtruire, tels matériaux ſont immeubles. Voyez ci-après le titre des propres; arrêt du 27 octobre 1579. M. Chopin, ſur Anjou, liv. 3, chap. 3, tit. 2, n. 10.

DISTINCTION III.

Des fruits civils, & quand ils ſont meubles en ſucceſſion.

XVII. Les loyers de maiſon ſont meubles auſſi tôt qu'ils ſont échûs, la nature & la loi les rendent tels; ainſi leur échéance les confond dans la ſucceſſion mobilier.

M. le Maître, pag. 116; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

XVIII. Il en eſt de même des arrérages des rentes, leurs échéances les ameubliſſent.

M. Dupleſſis, traité des meubles, pag. 137 de l'édition de 1709; M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 348, num. 14, & l'art. 159 de la coutume de Normandie.

XIX. Les uns & les autres échoient de jour en jour, nonobſtant la fixation de certains termes marqués, qui n'ont lieu que pour le débiteur & la commodité des payemens; on va voir ce qui réſulte de ce, & telle eſt l'échéance dont on a parlé ci-deſſus, c'eſt-à-dire, échéance de jour à jour.

Dietim

Dietim debentur, ce qui néanmoins ne s'applique pas aux fermages, comme on le verra par la propoſition 7, ci-après à l'égard des héritiers, mais bien à l'égard des créanciers.

XX. De-là il s'enſuit que quand au jour du décès il ne ſe trouveroit pas dû un terme, ſoit de loyer de maiſon, ſoit d'arrérages de rentes, mais ſimplement quelques jours, ces jours appartiendroient à l'héritier mobilier, ils ſont meubles, & non à celui des héritiers qui recueille la maiſon ou la rente; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, elle eſt fondée ſur la coutume; & c'eſt droit commun.

XXI. De cette régle ſur les arrérages des rentes, il faut excepter les arrérages des rentes ſur la ville; en effet à l'égard de ceux-là, c'eſt l'ouverture du bureau pour le payement qui en eſt cenſé l'échéance & qui les ameublit; ainſi quant à ce, c'eſt l'ouverture du bureau & non l'échéance qu'il faut conſidérer.

M. Brodeau, art. 92, M. le Maître, pag. 116; mais le bureau ne s'ouvrant qu'à l'échéance, & non par anticipation, il n'y a que ce qui eſt échu, qui ſe paye actuellement à la ville, qui eſt regardé comme mobilier; c'eſt ce que la cour a jugé en 1741 au profit de la dame de Pleneuf, contre M. le marquis de Prix, héritier mobilier de la demoiſelle ſa fille, dont la dame de Pleneuf étoit héritiere quant aux propres. Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, pag. 348; M. Brodeau, ſur l'art. 92 de la coutume, & M. Baſnage, ſur l'art. 510 de celle de Normandie.

XXII. Quant aux fermages des terres, relativement aux héritiers, ce n'eſt pas l'échéance de jour à jour, ni même l'échéance de certains termes déſignés par le bail qu'il faut conſidérer, mais la récolte effective des fruits de la terre ou de portion d'iceux qu'il faut conſidérer pour déterminer la portion dans iceux qui eſt mobiliaire, & celle qui eſt immobiliaire; il n'en ſeroit pas de même ſi le propriétaire avoit vendu les fruits pendans par les racines, le prix de cette vente, quoique la récolte ne fût pas faite, eſt mobilier, la différence eſt entiere.

Note H, ſur M. Dupleſſis, traité des meubles pag. 137. Voyez l'art. 510 de la coutume de Normandie, qui fonde cette propoſition, & celle qui ſuit, qui l'explique; ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, de la qualité des biens art. 18, & l'arrêt rapporté par M. Auſanet, ſur le même art.

XXIII. Cela eſt fondé, ſur ce que ce n'eſt pas pour une jouiſſance journaliére, que le fermier s'eſt engagé à payer des fermages, mais pour le prix de la récolte des fruits, qu'il ne peut faire que dans un cerain tems; ce n'eſt que cette récolte qui ſépare les fruits du fond, & qui peut ameublir les fermages, juſques à concurrence des fruits récoltés, ces fermages étant repréſentatifs des fruits; c'eſt donc la récolte, quant à ce, qu'il faut conſidérer, c'eſt ſur cela un bon guide, mais qu'on ne doit plus ſuivre par rapport au payement fait.

M. le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 348, num. 12, eſtime même que les ſtipulations de payemens reculés ou termes extraordinaires, ne changent rien à cette regle; ce qui me paroit fort juſte, ſous la limitation que le payement fait d'avance, opérant vente conſommée par le défunt, ne peut donner répétition à l'héritier des propres, contre celui des meubles; je le penſe ainſi, autrement ce ſeroit autoriſer les héritiers à aller contre le fait du défunt.

XXIV. De-là il s'enſuit que ſi au jour du décès du propriétaire de la terre affermée, il y avoit portion du bail de l'année du décès échue & une portion des fruits récoltés par le fermier; la portion du bail échue, n'appartiendroit à l'héritier mobilier, que juſqu'à concurrence de la valeur des fruits perçus par le fermier; à l'effet de quoi, il faudroit faire ventilation, pour fixer ſur la proportion du prix du bail, la valeur des fruits récoltés par le fermier. J'avouerai que j'ai entendu un fameux avocat ſoutenir le contraire, contre M. Pilon, ſur le fondement que le bail étoit une vente des fruits; mais cette vente ne peut être conſommée, que lorſqu'il y a réception effective & non ſimplement échéance; la note ſur M. Dupleſſis, qu'on vient de citer, dit qu'il faut en ce cas, faire ventilation des fruits, & que les fermages ne ſont mobiliers qu'à proportion des fruits dont la récolte a été faite; & c'eſt la diſpoſition expreſſe de l'article 510 de la coutume de Normandie, qui néanmoins, ne doit être adoptée que lorſqu'il y a un intérêt ſenſible.

Cependant, ſur ce, je ne penſe pas qu'il faille s'attacher à une proportion entierement arithmétique; comme on va l'expliquer par les trois propoſitions ſuivantes.

XXV. Cette ventilation ne ſe doit faire que lorſqu'il y a une notable différence, entre le montant des termes échus du bail, & la valeur des fruits perçus par le fermier, ceſſant laquelle notable différence, tous les fermages échus du bail doivent appartenir à l'héritier mobilier.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet. Voyez la note ſur M. Dupleſſis, déja citée.

XXVI. Dans le cas que le défunt a reçu de ſon fermier les termes échus, quoique ces termes & ces payemens faits au défunt, excédent de beaucoup la valeur des fruits récoltés par le fermier; l'héritier des propres, & qui, en cette qualité, eſt ſaiſi de la terre affermée, n'a pour ce aucune répétition contre l'héritier des meubles & acquêts, ce ſeroit aller contre le fait du défunt, ce qu'il ne peut faire, il faut prendre la ſucceſſion dans l'état qu'elle étoit au moment de ſon ouverture: c'eſt un principe dont on ne peut s'écarter.

Voyez M. le Brun, en son traité des successions, pag. 347, num. 10 & 11, où il pose pour principe que pour savoir auquel des héritiers les fermages d'une terre affermée sont dus, il faut, suivant l'art. 207 de la coutume d'Orléans, examiner en quel tems le fermier a perçu les fruits naturels, qui est le principe fondamental de presque toutes les propositions de cette distinction; mais il n'examine pas le cas dans lequel le fermier a payé au défunt, ce qui fait alors une vente consommée; seul cas dans lequel je crois qu'on doit suivre le sentiment du fameux avocat qui fut ce, contrarioit M. Pillon: c'est vente consommée, qui doit avoir son exécution par le principe qui termine la proposition, & que la suivante éclaircit.

XXVII. En effet, par le payement fait par le fermier, & reçu par le Maître, le bail devient quant à ce, une vente consommée des fruits pendans encore par les racines; vente qui n'est pas consommée, lorsque le payement n'est pas fait, & qu'il ne s'agit plus que de sçavoir à qui les termes échus du bail appartiendront, ou à l'héritier des propres, ou à l'héritier des meubles, & qui en cette qualité, ne doit avoir que les meubles; ainsi y a-t-il payement fait, il décide? mais n'est-il pas fait? c'est la récolte.

Sur quoi il est bon d'observer que la note cidessus citée, ne contient que la regle générale, mais non la distinction, quand les fermages ont été reçus par le défunt qui n'a rien fait que ce qui est licite & usité; cependant, malgré cette raison, on pourroit dire que la maniere dont le défunt jouissoit, ne doit, quant à ce, régler le droit de ses héritiers, puisqu'à l'égard des fruits civils, quoiqu'il ne fût pas en état d'exiger la portion du quartier courant, lors de son décès, cette portion appartient néanmoins à son héritier mobilier; mais je me tiens à la proposition, la vente consommée ne pouvant être détruite, & devant produire son effet entre les héritiers du défunt; mais elle n'est consommée que par le payement.

DISTINCTION IV.

Quand les fruits civils sont meubles relativement aux créanciers.

XXVIII. Les loyers de maisons, les arrérages de rentes, sont meubles à leur égard, de jour à autre, indépendamment de l'échéance des termes.

M. Dupleſſis, pag. 137; & cela est une suite de la distinction précédente.

XXIX. A l'égard des fermages, il n'en est pas par rapport aux créanciers, comme par rapport aux héritiers; par rapport aux créanciers, ils sont censés meubles de jour à autre, de même que les loyers de maison, parce qu'affermer une terre, est une maniere licite & usitée d'en jouir; ce sont donc les termes du bail qui, quant à eux, doivent décider, mais la saisie réelle immobilise les fruits.

Je l'ai toujours vu ainsi pratiquer au châtelet, & la ventilation des fruits, n'a lieu que relativement aux héritiers du propriétaire de la ferme qui avoit fait le bail; ventilation qu'on a expliquée par la distinction précédente; la disposition de l'art. 510 de la coutume de Normandie, paroît contraire: mais on ne la suit au châtelet, que par rapport aux héritiers, & non à l'égard des créanciers, à l'égard desquels les loyers sont censés échoir de jour à autre. On verra comment la distribution s'en fait entre les créanciers, dans le titre des saisies & arrêts, c'est le siege de cette matiere. Par la saisie réelle & le bail judiciaire, les fruits sont immobilisés, & se distribuent comme le fonds, par ordre d'hypothéque; cela est attesté par les auteurs des notes ajoutées au commentaire de M. Dupleſſis, traité des meubles, page 137. Voyez la quatrieme proposition de cette distinction; c'est juste exception à ce que dessus, & c'est droit commun.

XXX. Les propositions de cette distinction, ne doivent s'entendre que dans le cas de la simple saisie & arrêt, & non dans celui de la saisie réelle, comme on vient de le remarquer.

Voyez dans le sixieme livre le titre des saisies & arrêts; & c'est ce qui résulte de la remarque sur la proposition précédente.

XXXI. Cette distribution des fruits par ordre d'hypothéque, dans le cas que le fonds est saisi réellement, est fondée sur ce que de ce jour, ils sont censés incorporés avec le fonds; ainsi la saisie réelle qui embrasse tout, & par conséquent l'accessoire avec le principal, les immobilise: encore une fois cela est droit commun.

Note sur M. Dupleſſis, déjà citée, ce qui s'applique lorsqu'il y a union des créanciers.

XXXII. De-là il s'ensuit que les fruits civils à partir de ce jour, se distribuent entre les créanciers par ordre d'hypothéque, c'est une suite & la conséquence de ce que dessus; c'est vraie portion de l'immeuble qui se distribue comme l'immeuble même.

Cela est établi sur le titre des saisies réelles.

SECTION III.

De quelle nature sont les pratiques de notaires & de procureurs; les moulins, les navires, les batteaux & les presses d'imprimerie, tant par rapport aux héritiers, qu'aux créanciers.

XXXIII. Les pratiques des notaires, celles des procureurs sont meubles; elles ne sont pas incorporées à l'office, elles n'en sont dépendantes qu'accidentellement, & elles en peuvent être séparées: qualités qui les caractérisent meubles; cela est de droit commun.

Il y a un ancien arrêt du 18 novembre 1581, cité par M. Charondas, sur l'art. 89, de la coutume. Voyez M. le Maître, pag. 118, cette qualité, qui est d'une jurisprudence constante, est établie sur ce qui est dit ci-après, sur le

titre des propres fictifs, & ſur celui de la communauté ; c'eſt-là où ces objets ont dû être examinés plus à fond ; il ſuffit ici de poſer le principe général.

XXXIV. Les moulins, autres que ceux conſtruits ſur bateaux, ſont immeubles ; mais ceux conſtruits ſur bateaux ſont meubles, à moins qu'ils ne ſoient banaux, auquel cas ils ſont immeubles comme les autres ; dans cela la nature a ſervi de guide à la juriſprudence, ſauf le décret par rapport aux moulins, quoique conſtruits ſur bateaux.

M. le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 4, ſect. 2, diſtinct. 1, num. 25, pag. 75 ; cependant les moulins conſtruits ſur bateaux, quoique non banaux, ſe décretent. Arrêt rapporté par M. Louet, let. M, num. 13 ; c'eſt ce qui forme l'avant-derniere propoſition de cette ſection.

XXXV. On répute les preſſes d'imprimerie mobiliaires, quoiqu'on ne puiſſe les tranſporter ſans les déſaſſembler ; elles ne forment en effet dans la nature qu'un pur effet mobilier.

Arrêt du 30 juillet 1598, cité par M. Tronçon, ſur l'article 90 de la coutume, & par M. le Brun, de la communauté, pag. 72, num. 10.

XXXVI. Les navires, les chaloupes & les bateaux, de quelque grandeur qu'ils ſoient, ſont meubles, relativement aux héritiers, mais non tels relativement aux créanciers.

Arrêt du 23 octobre 1582, rapporté par M. Louet, let. M, ſommaire 31 ; & telle eſt ſur ce, la juriſprudence.

☞ Cependant le bac d'un ſeigneur eſt réputé immeuble, à cauſe de ſa deſtination qui eſt perpétuelle. Voyez les arrêts rapportés par Brodeau ſur Louet, ſur l'article 90 de la coutume.

XXXVII. Néanmoins, ils ſont ſujets aux formalités des décrets ; leur importance les a rendu tels à cet égard.

Voyez la note ſur M. Dupleſſis, page 135, & la remarque ſur la ſeconde propoſition ci-deſſus ; & telle eſt ſur ce, la diſpoſition de la coutume de Normandie.

XXXVIII. De-là il s'enſuit à plus forte raiſon, que les moulins conſtruits ſur bateaux y ſont ſujets, quoique non banaux, & comme tels, réputés mobiliers ; & cela réſulte de la coutume qu'on vient de citer.

M. Louet, let. M, num. 13 ; & tel eſt l'uſage.

CHAPITRE TROISIEME.

DE L'ÉTENDUE QU'ON DONNE AU MOT DE MEUBLES, RELATIVEMENT A LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE CONJOINTS.

I. RELATIVEMENT à la communauté de biensentre conjoints par mariage, le terme de meubles ſe prend dans la plus vaſte ſignification qu'on puiſſe le prendre ; c'eſt ce qu'on va expliquer, la bonne foi, l'intérêt réciproque des conjoints l'ont ainſi exigé ; tel eſt le principe général ſur la qualité de meubles, par rapport à la communauté.

Voyez l'art. 220 de la coutume, & M. le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 70, & ſuivantes.

II. De-là il s'enſuit que relativement à ce, tout ce qui eſt cenſé meuble par rapport à l'héritier mobilier, & par rapport aux créanciers, & qu'on a détaillé dans le chapitre précédent, eſt regardé comme tel, par rapport à la communauté de biens entre conjoints par mariage ; c'eſt la diſpoſition générale de la coutume ; & par conſéquent, tous ces effets devienennt communs entre les deux conjoints.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet. Voyez le titre de la communauté ; & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 220 de la coutume.

III. De-là il s'enſuit que tout ce que les conjoints poſſédent au jour de leur mariage & qui n'eſt pas immeuble, tombe de plein droit dans leur communauté, qui embraſſe tout le mobilier, s'il n'en eſt exclut par une clauſe contraire, inſérée dans leur contrat de mariage ; c'eſt la conſéquence du principe adopté par la coutume, qui forme la communauté par la nature des biens & non par quotité, comme quelques uns l'avoient prétendu ſans raiſon, par rapport aux dettes paſſives des ſucceſſions recueillies par les conjoints.

M. le Brun, traité de la communauté, pag. 39 ; & c'eſt ce que diſent tous les commentateurs, & la clauſe contraire eſt de rigueur, comme on l'établira dans ſon ordre.

IV. Mais en matiere de legs & de teſtament, le mot de meuble ne ſe prend pas dans une ſi vaſte ſignification ; & c'eſt ce ſens limité qui fait la matiere du chapitre ſuivant : cela demande un examen particulier ; mais il ſuffit ici en traitant des biens, de poſer les principes généraux relatifs à leur qualité ; on les développera en traitant des teſtamens.

Outre le chapitre ſuivant, voyez le titre des teſtamens : c'eſt encore plus que celui-là, le ſiége de cette matiere.

CHAPITRE QUATRIÉME.

DE CE QUE COMPREND LE MOT DE MEUBLES, RELATIVEMENT AUX TESTAMENS.

SECTION PREMIERE.

DE L'ÈTENDUE DU LEGS DES MEUBLES MEUBLANS.

I. LE legs des meubles meublans ne comprend que les tapiſſeries, les lits, les chaiſes, les canapés, les glaces, les tableaux, les bureaux, les pendules, & les porcelaines, qui ſervent pour orner les appartemens; telles ſont les limites de ce legs, la lettre & le vrai ſens de la diſpoſition, les forme.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet. Voyez ci-après le titre des teſtamens.

II. Tel legs ne comprend pas l'argent monnoyé, les dettes actives, les habits, linges & hardes: premiere conſéquence du principe, tels effets ne paroiſſant compris, ni dans la lettre, ni dans l'eſprit de la diſpoſition, qui ne comprend que les meubles meublans.

Voyez l'arrêt rapporté par M. de Montholon, ch. 65, & ci-après le préciput légal des nobles.

III. Il ne comprend pas pareillement la vaiſſelle d'argent, ni les uſtenſiles de cuiſine & d'hôtel: ſeconde conſéquence; autrement ce ſeroit étendre la diſpoſition au-delà de ſes bornes; ce qu'on ne peut faire, l'héritier étant toujours plus favorable qu'un légataire.

L'arrêt rapporté par M. Bardet, tome 1, livre 2, ch. 82 juge le contraire; mais il ne rapporte pas les termes du teſtament; par la loi 1, ff. *de ſupellect. legat.* il ne paroît pas que la vaiſſelle d'argent puiſſe être compriſe dans un legs de meubles meublans, ce terme *meublant* étant reſtrictif; & telle eſt ſur ce, l'opinion commune.

IV. Il ne comprend pas les livres, parce qu'ils ne ſont pas meubles meublans; & la baſe de ces reſtrictions eſt que tous les teſtateurs ne ſont pas juriſconſultes, que dans les teſtamens les termes ne doivent avoir effet que ſuivant l'uſage ordinaire, & la ſignification la plus uſitée; ce qui confirme les trois propoſitions précédentes: cette maniere d'interpréter étant un fort bon guide pour découvrir la véritable intention du teſtateur.

Voyez la note ajoûtée au commentaire de M. Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 139 à la fin. Dans ces ſortes de legs, la déciſion ſe prend, dit cette note, *ex præſumptâ teſtatoris mente & communi uſu loquendi.*

V. De-là il s'enſuit que par rapport aux teſtamens, il n'auroit pas été juſte de donner au mot de meubles, la même étendue que celle qu'on lui donne dans un partage légal; dans le premier cas, c'eſt l'intention de l'homme; dans l'autre, c'eſt l'eſprit de la loi qui régle, ce qui fait différence entiere.

Voyez le titre des teſtamens, où il eſt établi que les expreſſions dont les teſtateurs ſe ſervent, ne doivent pas être priſes ſuivans les ſubtilités des grammairiens, ni ſuivant l'exactitude des définitions des juriſconſultes; mais ſuivant l'uſage le plus ordinaire.

SECTION II.

De l'étendue du legs de meubles, ſans autre expreſſion ni déſignation.

VI. Si le legs eſt renfermé dans ces termes (je légue mes meubles) ſans autre explication ni déſignation; en ce cas, ce legs eſt plus étendu que celui mentionné dans la ſection précédente; ce qu'on va détailler par celle-ci. En effet, le terme meublans fait reſtriction; ce legs-ci doit donc être plus étendu.

Arrêt du 8 février 1624, rapporté dans le premier volume du journal des audiences. Voyez les propoſitions ſuivantes.

VII. Ce legs, outre les effets expliqués dans la ſection précédente, comprend encore les uſtenſiles d'hôtel, la vaiſſelle d'argent & le linge de table; c'eſt la juſte étendue d'un tel legs, tout cela étant meuble.

Je l'ai entendu juger ainſi au parc-civil. Voyez la loi *ſupellectile* 3, §. 1 & 2, ff. *de ſupel. leg.*

VIII. La raiſon de ce, eſt que le ſeul mot de meubles, eſt plus étendu dans ſa ſignification, que l'expreſſion de meubles meublans, l'addition (meublans) étant reſtrictive, & les termes employés dans les teſtamens, devant ſe prendre ſuivant l'uſage ordinaire, & dans les ſens qu'ils ſont vulgairement entendus, comme on l'a dit ci-deſſus.

Voyez la note ſur M. Dupleſſis, page 139.

IX. Mais ce legs ne comprend pas l'argent comptant, ni les promeſſes, & obligations; ces effets ne ſont compris, ni dans la

lettre, ni dans l'eſprit de la diſpoſition : c'eſt façon de parler qu'il ne faut prendre que dans le ſens qu'on y attache ordinairement, autrement ce ſeroit interpréter contre l'héritier, la régle eſt d'interpréter en ſa faveur & contre le légataire.

Ex communi uſu loquendi.

X. Il ne comprend pas pareillement les diamans, les habits, le linge, autre que celui à l'uſage de table ; ni les chevaux & équipages ; parce que ſuivant l'uſage ordinaire, les choſes déſignées dans les deux dernieres propoſitions, ne ſont pas compriſes dans le mot de meubles, ni dans l'idée qu'on y attache ordinairement ; quoique les legiſtes par leur préciſion donnent à cette idée plus d'étendue.

Ex communi uſu loquendi. Par la même raiſon, je ne penſe pas qu'un tel legs puiſſe comprendre les livres, d'ailleurs dans le doute, toute la faveur eſt du côté de l'héritier ; *in legatis quod minimum ſequitur.*

SECTION III.

De l'étendue du legs des meubles & effets mobiliers.

XI. Lorſque le teſtateur a légué ſes meubles & effets mobiliers, ce legs que cette addition *& effets mobiliers*, rend plus étendu que le précédent, comprend généralement tout ce qui n'eſt pas immeuble ; ainſi en ce cas, tout le mobilier appartient au légataire, & cela réſulte des deux précédentes ſections ; c'eſt le vrai ſens de la diſpoſition que le teſtateur a modelé ſur l'expreſſion de la loi.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 8 février 1624, cité ſur la premiere propoſition de la ſection précédente, & cela eſt fondé ſur le moyen contenu dans la propoſition qui ſuit : quand au legs d'une garde-robe fait à un domeſtique pour récompenſe de ſes ſervices, il eſt d'uſage de l'interpréter largement en faveur d'un tel légataire ; ce qu'on examine ſur le titre des teſtamens.

XII. Cela eſt fondé, ſur ce que le teſtateur ayant employé pour exprimer ſa volonté, l'expreſſion uſitée dans la juriſprudence, eſt préſumé en avoir connu toute l'étendue, & avoir diſpoſé conformément au ſens que la juriſprudence attache à ſon expreſſion : en effet la diſpoſition des meubles & des effets mobiliers, eſt bien plus étendue que celle des meubles meublans, elle doit donc toujours avoir plus d'effet.

Voyez le titre des teſtamens ; & telle eſt ſur ce, l'opinion commune au châtelet.

XIII. De-là il s'enſuit qu'outre les meubles meublans, les uſtenſiles d'hôtel & le linge, ce legs comprend encore les deniers comptans, la vaiſſelle d'argent, les promeſſes & obligations ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, c'eſt le juſte effet d'une telle diſpoſition.

C'eſt la diſpoſition de la loi : *Si chorus* §. *his verbis* ff. *de leg.* 3.

XIV. Il comprend encore les livres, les habits, les bijoux, les chevaux & les équipages ; en un mot, il comprend tout ce qui n'eſt pas immeuble ; il doit donc produire cet effet, que tout ce qui n'eſt pas immeuble eſt compris dans un tel legs.

Cela réſulte de l'arrêt cité ſur la premiere propoſition. Voyez le titre des teſtamens, où les principes généraux, à l'expoſition deſquels on s'eſt borné dans la préſente ſection & les précédentes, ſont expliqués plus au long.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE CERTAINS BIENS QUI DE MOBILIERS PAR LA NATURE DEVIENNENT IMMOBILIERS.

SECTION PREMIERE.

DES EFFETS MOBILIERS QUI DEVIENNENT IMMOBILIERS PAR L'INCORPORATION PARFAITE A UN IMMEUBLE.

(Article 90 de la Coutume.)

I. LES lambris, les boiſeries d'une maiſon poſés par le propriétaire d'icelle, ſont cenſés immeubles, il en eſt de même des autres ornemens, ſcellés en plâtre, & par lui les uns & les autres poſés pour perpétuelle demeure ; c'eſt incorporation qui immobiliſe : ainſi ce ſeroit s'écarter de l'eſprit de la coutume que de, prétendre que pour immobiliſer de tels effets, il faut le concours de trois circonſtances ; la premiere qu'elles ſoient ſcellés en plâtre : la ſeconde qu'ils ayent été poſés pour perpétuelle demeure : & la troiſieme qu'ils ne puiſſent ſe tranſporter ſans détérioration, ce ſont des exemples que la

coutume rapporte, & non des conditions de ſa diſpoſition, ainſi pour immobiliſer, il ſuffit d'une incorporation marquée faite par le propriétaire : voilà l'eſprit de la coutume.

Voyez ſur cette ſection & les trois ſuivantes, l'art 90 de la coutume, & ſur la préſente propoſition, l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 43. Pour qu'il y ait incorporation ; M. Dupleſſis, traité des meubles, pag. 134, obſerve qu'il faut que la choſe ſoit attachée à fer & à cloux & ſcellée en plâtre, & qu'elle ait été miſe pour perpétuelle demeure par le propriétaire ; j'ai toujours vu juger au châtelet, qu'une de ces circonſtances ſuffiſoit pour fonder l'incorporation, cela réſulte de ce que dit M. le Brun, cité ſur la propoſition qui ſuit ; en effet, ce ſont ici des exemples & non des conditions. Voyez Pocquet de Livoniere, régles de droit, pages 73 & 74 ; autrement ce ſeroit ajoûter à la lettre de la loi, & agir contre ſon eſprit.

☞ Voyez cependant un arrêt du 15 juillet 1737, rapporté par Denifart, *verbo* meubles, par lequel a été jugé que des ſtatues placées dans les galeries d'un château, & qui n'étoient pas incorporées dans le mur, mais poſées ſur des piedeſtaux ſcellés ſur le plancher à chaux & à ciment, étoient meubles. Il en auroit été autrement ſi ces ſtatues euſſent été incorporées dans le mur & attachées à fer & à cloux, n'y ayant que ce cas où elles puiſſent être réputées miſes par le propriétaire pour perpétuelle demeure.

II. Les corps de menuiſerie qui s'appliquent ſur les cheminées, & qui renferment des glaces ou des tableaux, & quelquefois l'un & l'autre enſemble, ſont immeubles par incorporation à la maiſon, lorſqu'ils ont été poſés par le propriétaire & qu'ils ſont tellement encaſtrés dans la boiſerie, qu'on ne pourroit les enlever ſans fraction & détérioration ; voilà la ſeule condition qui ſoit néceſſaire pour l'incorporation ; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente, c'eſt le véritable ſens de la coutume.

Labeo, generaliter ſcribit ea quæ perpetui uſûs causâ in ædificiis ſunt, ædificii eſſe, l. 17, §. 7, ff. *de act. vend. & empt.* C'eſt le ſentiment de M. le Brun, en ſon traité de la communauté, page 72, num. 12. Voyez M. le Maître, page 119.

III. Il en eſt de même des trumeaux de glaces qui ſont entre deux croiſées, & des tableaux ſervant d'ornemens au-deſſus des portes, ils ſont immeubles, comme faiſant partie de la maiſon, lorſqu'ils ont été poſés par le propriétaire, & de la maniere qui eſt expliquée dans la propoſition précédente ; c'eſt encore incorporation, quant aux moulins dont la coutume parle, ils ſont immeubles à l'exception des moulins à bras, c'eſt ſur ceux la que tombent les termes de la coutume : quand ne peuvent être ôtés ſans dépeſſer & déſaſſembler.

M. le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente ; & tel eſt l'uſage, quant aux moulins, cet uſage eſt un bon interprête de la coutume.

☞ Moulin, aſſis ſur bateaux, qui n'eſt ni banal, ni poſé ſur piliers, ni bâti dans la maiſon, ni par conceſſion du prince, eſt auſſi réputé meuble. Voyez le Grand, ſur Troyes 72, gloſ. uniq. num. 123, néanmoins ſont ſujets à decrét. Arrêt du 23 octobre 1582 ; M. Louet, let. M, ſom. 13.

SECTION II.

De l'effet que produit cette parfaite incorporation, tant par rapport au locataire, qu'aux héritiers, créanciers & acquéreurs.

(Art. 90 de la coutume).

IV. De ce que les ornemens ci-deſſus expliqués, ſont immeubles par leur incorporation à la maiſon, à laquelle ils ont été ainſi incorporés il s'enſuit que le locataire, n'en eſt pas cenſé propriétaire ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la ſection précédente.

Ce titre eſt un état des lieux, ſans lequel la préſomption eſt contre lui ; tel eſt l'uſage du châtelet, il eſt fondé ſur ce que cela réſulte de la coutume par la déſignation qu'elle fait de l'incorporation.

V. Il s'enſuit qu'en cas de vente de la maiſon, ces mêmes ornemens appartiennent à l'acquéreur, comme faiſant partie de la maiſon, à moins que par le contrat de vente, il n'y en eût réſerve expreſſe : autre conſéquence, c'eſt portion de l'immeuble vendu ; & toute obſcurité doit s'interpréter contre le vendeur.

Cela ſe juge ainſi au châtelet, & ce, par l'effet de l'incorporation, & la maxime que l'acceſſoire ſuit la nature & le ſort de ſon principal.

VI. Du même principe, il s'enſuit que la maiſon étant propre, ces ornemens incorporés à icelle appartiennent à l'héritier des propres, & non à l'héritier des meubles & acquêts : troiſiéme conſéquence qui réſulte de la ſection précédente, & qui auroit lieu encore que ce fût le défunt qui eut fait faire l'incorporation, c'eſt toujours acceſſoire d'un propre & qui en ſuit la nature.

Voyez le titre des ſucceſſions, dans le chapitre concernant celle des propres, où la propoſition eſt établie ; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

VII. Enfin, il s'enſuit de cette incorporation, que la maiſon étant ſaiſie réellement, ces ornemens ſont compris dans la ſaiſie réelle, comme faiſant partie de la maiſon ; quatriéme & derniere conſéquence qui ſe tire du même principe, & c'eſt droit commun.

Tel eſt ſur ce, l'uſage ; mais l'état des lieux feroit foi en faveur du locataire, & ce, dans tous les cas ; c'eſt-à-dire, tant contre un héritier des propres, que contre un ſaiſiſſant réellement, pourvu que l'état fût authentique, encore que le locataire ne ſe fût pour ce, oppoſé au décret ; c'eſt propriété que ſa poſſeſſion lui a conſervé.

SECTION III.

Quand l'incorporation eſt imparfaite, & que les ornemens reſtent mobiliers.

(Art. 90 de la coutume.)

VIII. Lorſque les corps de menuiſerie, qui s'appliquent ſur les cheminées, & qui renferment des glaces ou des tableaux, ne ſont arrêtés que par des vis ou pattes tournantes, ils ſont cenſés meubles, encore qu'ils ayent été poſés par le propriétaire, parce qu'en ce cas, il n'y a pas de véritable incorporation : tel eſt l'eſprit de la coutume.

Telle eſt la juriſprudence de la chambre civile. Voyez M. le Maître, page 15 de ſon commentaire.

IX. Il en eſt de même des tableaux ſervans de deſſus de portes, lorſqu'ils ne ſont arrêtés que de la maniere expliquée dans la propoſition précédente, & de ce que deſſus; il réſulte à plus forte raiſon, que lorſque ces mêmes ornemens ne ſont attachés qu'avec des cloux, ils ſont ſimples meubles & ne peuvent avoir une autre qualité.

Mais il en ſeroit autrement ſi les ornemens étoient attachés avec des chevilles ; j'ai entendu faire cette diſtinction au châtelet, & elle me paroît juſte, la cheville marquant l'intention d'une perpétuelle demeure.

X. Dans ce cas, c'eſt-à-dire, lorſque ces mêmes ornemens ne ſont attachés qu'avec de ſimples cloux, ils ſont préſumés appartenir au locataire, ſi le propriétaire n'a titre contraire, leur état les rend tels ; il y a plus, lorſque ces ornemens ſont poſés par le locataire, encore qu'ils paroiſſent poſés pour perpétuelle demeure, & qu'on ne puiſſe les détacher ſans fraction & détérioration, ils ſont ſimples meubles; il ne peut y avoir d'iceux une parfaite incorporation à la maiſon qui n'appartient pas au locataire : ils ſont donc meubles en ce cas, & par conſéquent, il peut les enlever à la fin de ſa location, & s'il meurt pendant le cours d'icelle, ils appartiennent à ſon héritier le plus prochain ; tels ornemens, en ce cas, ne pouvant être ſuſceptibles de la qualité de propre.

Cela eſt d'un uſage inconteſtable au châtelet ; mais par ce même uſage du châtelet, le locataire ne peut les enlever qu'en remettant les lieux comme ils étoient lors de ſon introduction en iceux; c'eſt la condition ſous laquelle l'enlevement lui eſt permis.

SECTION IV.

Des effets mobiliers par leur nature, & qui deviennent immobiliers, par leur acceſſion ou leur deſtination.

(Art. 90 de la coutume).

XI. Les tuyaux ſervans à la conduite des eaux deſtinés pour une maiſon, ſont réputés immeubles, parce qu'ils forment une acceſſoire de la maiſon, & par conſéquent ſont partie d'icelle; c'eſt le juſte effet d'une telle acceſſion adoptée par le droit civil ; c'eſt raiſon écrite, & qui forme un droit commun, ce qui influe ſur le legs.

Ils ſont même compris dans le legs de la maiſon. Voyez le titre des teſtamens, où cela eſt établi; ce qui ſert de preuve à cette propoſition.

XII. Les ornemens de la chapelle d'un château, ou d'une ſimple maiſon, ſont immeubles, leur deſtination les rend tels ; ce ſeroit les diviſer que de les en ſéparer; c'eſt juſte dépendance inſéparable de leur tout.

Voyez l'arrêt du 9 juillet 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 43. C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, traité des meubles, page 135, où il cite un arrêt du 7 juin 1585, de M. le Brun, de la communauté, page 73, num. 16; M. Auzanet a été d'avis contraire : avis qui ne me paroît pas avoir fait impreſſion ; l'uſage eſt contraire, & cet avis eſt même déraiſonnable.

XIII. Par la même voie, c'eſt-à-dire, par la deſtination, les pieces d'artillerie qui ſe trouvent dans un château, ſont réputées immeubles, comme faiſant partie d'icelui ; c'eſt deſtination marquée & inſéparable de l'objet principal, comme les ornemens dont on vient de parler.

Arrêt du 3 mars 1611, rapporté dans la note E, ſur M. Dupleſſis, page 135. Voyez M. Mornac, ſur la loi 49, ff. *de uſufruct.* M. le Brun, de la communauté, page 73, num. 17. M. Ricard, ſur l'article 89 de la coutume, qui atteſte que ſuivant la commune opinion les choſes déſignées dans la préſente ſection, ſont réputées immeubles. Arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. de la qualité des biens, art. 7 & 11 ; ainſi c'eſt droit commun.

XIV. Par acceſſion, par la deſtination, le preſſoir, quoique non banal, eſt réputé immeuble, quoique les pieces qui le compoſent puiſſent facilement ſe déſaſſembler ; il eſt acceſſoire de l'héritage à l'exploitation duquel il ſert, & la deſtination eſt marquée ; c'eſt toujours le même principe qui décide.

Cela a été jugé au parc-civil, moi plaidant ; tel eſt le véritable eſprit de la coutume, quoique la lettre de l'art. 90 paroiſſe contraire, puiſque pour cela il apoſe la condition quand le preſſoir ne peut être ôté ſans le dépeſſer & le déſaſſembler ; c'eſt exemple qui ne change rien à l'eſpit de la loi, qui a adopté pour principe général l'incorporation marquée : incorporation qui ſe trouve ici, quoique les diverſes marques de l'incorporation que la coutume donne pour des exemples, ne ſe trouvent pas réunies.

XV. Les matériaux provenans de la démolition d'un ancien bâtiment, & qui ſont laiſſés ſur la place pour la réédification d'un autre bâtiment, ſont réputés immeubles leur deſtination marquée les rend tels, &

cette qualité eſt le juſte effet de cette deſtination.

M. le Maître, tit. 3, ch. 2, pag. 119, ce qui a été ainſi jugé par l'arrêt du 17 octobre 1579, cité par Charondas, ſur cet article ; c'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, traité des meubles, page 135 ; c'eſt auſſi celui de M. le Brun, traité de la communauté, page 72, num. 15, par rapport aux cuves. Voyez le même auteur à la même page, num. 9.

SECTION V.

Des deniers comptans qui par leur repréſentation ſont réputés immeubles en faveur des mineurs.

(Art. 94 de la coutume).

XVI. Si une rente appartenante à un mineur, eſt rembourſée pendant ſa minorité, les deniers provenans du rembourſement d'icelle, ſont repréſentatifs à tous égards de la rente rembourſée, & ce, tant que la minorité dure ; repréſentation dont on va expliquer les effets, & qui eſt une ſalutaire prévoyance de la coutume.

Art. 94 de la coutume. Voyez ci après le titre des propres fictifs, où cela eſt plus au long expliqué, comme étant le ſiége de la matiere ; mais l'ordre qu'on s'eſt preſcrit, a obligé d'expoſer ici ce principe général.

XVII. Il en eſt de même des deniers provenans de la vente d'un immeuble appartenant à un mineur ; ce prix eſt repréſentatif d'icelui : c'eſt encore une fois prudente & ſalutaire diſpoſition de la coutume, qui arrête des abus & prévient des inconvéniens.

M. Dupleſſis, en ſon traité des droits incorporels, page 139 au commencement ; ce qui eſt inviolablement obſervé au châtelet.

XVIII. Dans l'un & l'autre cas, il s'enſuit donc que les deniers provenans de l'aliénation ou du rembourſement ſont immeubles, par l'effet de la repréſentation ; mais cela n'a lieu que tant que la minorité dure, non au-delà ; elle ſeule produit cet effet, il doit donc ceſſer avec elle ; c'eſt abuſer de la loi que de dire le contraire.

C'eſt la diſpoſition de l'article 94 de la coutume.

XIX. Cela eſt fondé ſur la crainte que le tuteur, pour ſes propres intérêts, & par des vues particulieres, ne change la nature des biens du mineur & l'ordre de ſa ſucceſſion, ou qu'il ne fit ce changement pour l'intérêt de celui des parens qu'il voudroit favoriſer ; d'où il s'enſuit que ſi le mineur décéde en minorité, laiſſant dans ſa ſucceſſion des deniers provenans du rembourſement d'une rente propre, ou de la vente d'un immeuble, qui lui étoit propre, ces deniers appartiennent à l'héritier des propres, qui auroit recueilli la rente ou l'immeuble s'il étoit en nature ; ils en ſont repréſentatifs, & voilà le véritable effet de cette repréſentation ſalutaire.

Voyez le titre des rentes & celui des propres fictifs, où cela eſt plus développé.

XX. Mais encore une fois, cette fiction & la repréſentation qu'elle produit, ne dure que pendant la minorité ; ainſi la majorité ſurvenant, ces deniers rentrent dans leur qualité naturelle.

M. Dupleſſis, à l'endroit cité ; & tel eſt ſur cela, l'uſage du châtelet.

XXI. De-là il s'enſuit que ſi le mineur décéde majeur, les deniers provenans du rembourſement de la rente rembourſée pendant ſa minorité, ou de la vente de ſon immeuble, faite pendant le même tems, appartiennent à l'héritier des meubles & acquêts ; c'eſt la conſéquence.

Cela eſt établi ſur le titre des propres, & voyez la propoſition qui ſuit ; mais les dettes acquittées avec le mobilier ne peuvent plus revivre ; c'eſt autant de diminué ſur la ſucceſſion mobiliaire du mineur.

XXII. Ce qui fonde cette reſtriction, eſt que l'effet ceſſe avec ſa cauſe, & par conſéquent celui-ci avec la minorité qui le produiſoit, c'étoit fiction légale limitée à un certain tems.

Tel eſt ſur ce, l'uſage du châtelet, dans les comptes & partages, par rapport à la premiere partie de la propoſition. Quant à la deuxieme partie, 1°. l'eſpece d'aliénation qui ſe fait par un partage, eſt de néceſſité & non de volonté : 2°. il eſt de principe qu'il faut prendre les ſucceſſions en l'état qu'elles ſe trouvent au moment de leur ouverture : 3°. il eſt encore de principe qu'un partage n'eſt point un acte introductif d'un droit nouveau, mais déclaratif d'un droit acquis, au moyen de quoi il a néceſſairement un effet rétractif au moment de l'ouverture de la ſucceſſion. Effet par lequel chaque héritier eſt juſtement réputé n'avoir & même n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens non échus dans ſon lot, ce qui prouve que la diſpoſition de l'art. 94 de la coutume n'a pas lieu, par rapport aux partages. Voyez le 11 volume du journal du palais, *in*-4°. pages 484, 485, 486 & 487, où cela eſt établi dans le dernier degré de l'évidence.

CHAPITRE SIXIEME.

DES PRINCIPAUX EFFETS QUE PRODUIT LA QUALITÉ DE MEUBLES.

SECTION PREMIERE.

DE LA POSSESSION EN MATIERE DE MEUBLES, ET QUELLE VAUT TITRE.

I. EN matiere de meubles, la poſſeſſion vaut titre de propriété, la ſûreté du commerce l'exige ainſi : la baſe de cette maxime, eſt qu'on ne poſſéde ordinairement que les meubles dont on eſt propriétaire; ainſi la poſſeſſion doit donc quant à ce, décider; c'eſt le meilleur guide, & quel autre pouvoit-on prendre ſans tomber dans la confuſion?

De-là il s'enſuit que dans la théſe générale, les meubles ne ſont ſujets à ſuite; note ſur M. Dupleſſis, traité des meubles, page 134, ſauf la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit, & les cas expliqués dans la ſection ſuivante.

II. Cependant, l'effet mobilier furtif peut être revendiqué même des mains de l'acquéreur de bonne-foi, pourvu que le furte ſoit conſtaté; c'eſt juſte exception à ce que deſſus.

Telle eſt la juriſprudence de la chambre civile, & c'eſt droit commun tiré du droit civil.

III. Hors les cas ſinguliers, & qui feront la matiere de la ſection ſuivante, les meubles & effets mobiliers ne ſont ſujets à ſuite par hypothéque; leur nature & la poſſeſſion quant à eux déciſive, les affranchiſſent de ce droit.

Voyez dans le ſixieme livre, le titre des ſaiſies & exécutions; c'eſt diſpoſition de la coutume.

SECTION II.

Quand les meubles ſont ſujets à ſuite.

(Art. 176 & 177 de la coutume.)

IV. Celui qui a vendu un meuble, ſans jour & ſans terme, eſpérant en être payé comptant, peut ſuivre & revendiquer ſa choſe, même des mains de l'acheteur de bonne-foi; c'eſt la ſeconde exception au principe.

Voyez les articles 176 & 177 de la coutume; & dans le dernier livre, le titre des ſaiſies & exécutions, & celui des revendications où cela eſt examiné plus au long.

V. Le droit de revendiquer, en ce cas, eſt fondé ſur ce que la premiere vente ſe trouve ſans effet, ayant été faite ſous une condition qui n'a pas été exécutée; défaut qui ouvre la voie à la revendication.

Telle eſt la pratique & l'uſage du châtelet; le texte de la coutume le fonde.

VI. Il n'en ſeroit pas de même, c'eſt-à-dire, qu'il n'y auroit plus lieu à la revendication, ſi le premier vendeur avoit donné terme; en ce cas, la premiere vente ſeroit parfaite, & le premier acheteur auroit pu vendre à un autre, & par conſéquent, le droit de ſuite n'auroit plus lieu; ce n'eſt plus alors condition non accomplie, mais ſimple créance.

Cette propoſition & la précédente, ſont établies ſur les titres des ſaiſies & revendications, comme étant le vrai ſiége de la matiere; & c'eſt encore le texte de la coutume qui établit cette juſte diſtinction.

☞ Néanmoins une choſe mobiliaire, quoique vendue avec terme, peut-être revendiquée, ſi le prix n'en eſt pas payé après le terme convenu, pourvu qu'elle ſoit encore entre les mains de l'acquéreur; jugé par arrêt du 3 juin 1756, ſur un partage d'opinions en la premiere chambre des enquêtes.

VII. On a vu que le meuble furtif peut être revendiqué, parce que le furte eſt un vice qui ſuit la choſe dans les mains de tel poſſeſſeur qu'elle paſſe, & qui fonde la revendication : mais pour cela, il faut que le furte ſoit juridiquement conſtaté, ſans cela il n'y a lieu à la revendication, parce qu'une vaine allégation ne ſuffit pas, & que ſans cette preuve on tombe dans le cas de la regle générale.

Par la juriſprudence des ſentences de la chambre civile, la revendication eſt rejettée, ſi le furte n'eſt prouvé par une information; c'eſt juriſprudence qui eſt conſtante, & c'eſt droit commun.

VIII. Tout meuble déja ſaiſi & exécuté & mis ſous la main de la juſtice, peut être ſuivi & revendiqué; la main de la juſtice le rend tel.

Telle eſt encore ſur ce la juriſprudence du châtelet; & c'eſt encore droit commun, que la raiſon, l'équité & l'ordre judiciaire fondent.

IX. Le propriétaire a le droit de ſuite & de revendication ſur les meubles de ſon locataire qui ont garnis ſa maiſon, encore qu'ils ne fuſſent pas ſaiſis ni gagés à ſa requête; troiſiéme exception au principe: mais pour la validité de cette revendication, il faut qu'elle ſe faſſe dans un tems bref, autrement elle n'eſt pas admiſſible.

Ce tems paſſé, & qui ſe détermine par les circonſtances, on juge au châtelet, qu'il y a fin de non-recevoir contre la revendication.

X. Etant faite dans ce tems, elle milite contre tous, & même contre le propriétaire de la maiſon, où le locataire a introduit les meubles qu'il avoit enlevés : c'eſt juſte ſuite du privilege, que l'un ne peut perdre par le fait de l'autre.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet; ainſi, il y a quatre cas dans leſquels la régle meuble, n'eſt ſujet à ſuite, n'a pas lieu.

SECTION III.

De la vente des meubles ſans déplacement.

XI. La vente des meubles faite ſans déplacement, eſt nulle à l'égard des créanciers du vendeur; de-là il s'enſuit que les créanciers de celui qui a fait une telle vente peuvent, nonobſtant une telle vente, les faire ſaiſir & vendre ſur leur débiteur qui en eſt reſté en poſſeſſion : telle eſt la conſéquence qui réſulte du principe; c'eſt exacte juſtice, c'eſt ordre public & ſureté commune.

C'eſt une juſte conſéquence de la maxime rapportée ſur la propoſition, & qui eſt adoptée au châtelet.

XII. Cela eſt fondé ſur la maxime ci-deſſus dite, qu'en matiere de meubles la poſſeſſion vaut titre; maxime générale que rien ne dérange ici.

Voyez la ſection premiere du préſent chapitre, & c'eſt cette maxime qui fonde principalement la juriſprudence du châtelet.

XIII. De ce, il faut excepter les locations de meubles faites par des tapiſſiers, qui étant prouvées par acte authentique, & inſérées dans leurs regiſtres, militent contre des tiers, par conſéquent, contre les créanciers du locataire d'iceux; c'eſt juſte exception à ce que deſſus, que la néceſſité & la liberté du commerce fondent.

Tel eſt encore à cet égard l'uſage du châtelet, ſous la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

XIV. Mais cette exception ne milite pas contre le propriétaire de la maiſon, dans laquelle les meubles loués, quoique loués par un tapiſſier, ont été introduits; tout ce qui eſt dans ſa maiſon, eſt ſon gage, lorſqu'il a eu juſte ſujet de penſer qu'il appartenoit à ſon locataire; ainſi il peut ſe venger ſur de tels meubles, le juſte privilege de ce dernier a conduit à cette exception.

Voyez le titre des baux & celui des exécutions; & c'eſt ſuite de la diſpoſition de la coutume qui eſt générale, & qui n'admet pas par conſéquent de diſtinction.

SECTION IV.

A qui les meubles ſont préſumés appartenir, lorſque deux perſonnes habitent enſemble.

XV. Dans ce cas, & lorſqu'il n'y a pas de bail, ſi les meubles ſont ſaiſis & exécutés ſur l'un d'eux, & que l'autre les revendique & en demande main-levée, elle lui eſt accordée, en affirmant que tous les meubles lui appartiennent, pourvu que les quittances du loyer ſoient en ſon nom; ce ſont ces quittances qui, en ce cas, décident.

Cela a été jugé pluſieurs fois au châtelet, moi plaidant; la propoſition ſuivante explique ce qui la fonde.

XVI. Cette juriſprudence eſt fondée, ſur ce que la poſſeſſion étant commune, & n'y ayant aucun écrit qui juſtifie la propriété de ces meubles en faveur de la partie ſaiſie, telle réclamation doit être écoutée; autrement le vrai propriétaire ſe trouveroit dépouillé, ce qui ſeroit injuſte, quand les quittances de loyers prouvent ſon droit.

Cela ne s'entend qu'avec les limitations qui forment les deux propoſitions qui ſuivent.

XVII. Mais s'il y avoit un bail, ou qu'au défaut de bail en faveur de l'un d'eux, les quittances du loyer fuſſent au nom de l'un d'eux, celui-là ſeroit ſeul cenſé propriétaire des meubles; c'eſt à l'écrit en ce cas, qu'il faut s'arrêter. Cependant, cette préſomption de propriété n'embraſſeroit pas les habits de l'autre, ni les effets mobiliers dépendans de ſa profeſſion, leur nature aſſure la propriété.

J'ai été préſent à la prononciation de pluſieurs ſentences du châtelet, qui ont autoriſé cette diſtinction.

TITRE SECOND.

DES IMMEUBLES EN GE'NE'RAL.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'EFFET DE CETTE QUALITÉ ET DE LA POSSESSION A LEUR ÉGARD.

I. ON a vu dans la quatrieme ſection du premier chapitre du titre précédent, concernant la diſtinction générale des biens en meubles & immeubles, quels ſont les biens immeubles & leurs principales différences avec les meubles; on va ici détailler les autres, outre les effets que cette qualité produit & expliqués en cette ſection, elle en produit encore quelques autres qu'on va expliquer. Leur poſſeſſion publique à titre de maître, & non par voie de fait, en fait préſumer la légitime propriété; c'eſt un effet, mais limité, que leur poſſeſſion a de commun avec celle des meubles, mais qui ſe réduit à une préſomption qui ne donne aucune atteinte à la vérité.

Nec vi, nec clàm, nec precario; c'eſt droit commun & diſpoſition d'ordonnance.

II. Leur poſſeſſion ne produit donc qu'une préſomption & non une preuve de propriété, pour l'établiſſement de laquelle il faut titre; ce qui ſera traité dans le titre des actions, il ſuffit ici de poſer le principe général.

Aux termes de droit, la préſomption ne peut s'employer que pour découvrir la vérité, & non pour l'étouffer. C'eſt le principe que l'ordonnance de 1667 a admis.

III. Cependant, par le ſeul effet de la poſſeſſion, celui qui y eſt troublé, doit être par proviſion maintenu en ſa poſſeſſion; ce qui eſt fondé ſur ce que la poſſeſſion lui donne un droit apparent: voilà l'effet de la poſſeſſion par rapport aux immeubles; autre principe général qu'on développera dans ſon ordre, & qui eſt une ſuite du précédent.

Voyez le livre des actions, titre de l'action en complainte. La maxime, *ſpoliatus ante omnia reſtituendus* fonde la propoſition; la preſcription produit effet plus étendu.

IV. Tout héritage eſt tenu en franc-aleu, en fief, ou en cenſive; on ne fait ici que poſer les principes généraux, on les développera dans leur ordre, cela demande de vaſtes diſtinctions; il ne s'agit ici que de la différence des biens conſidérés en général.

Cela fera la matiere des chap. 4, 5 & 6 de ce titre, où l'on examinera ces diſtinctions.

CHAPITRE SECOND.

DE LA CHARGE A LAQUELLE TOUT IMMEUBLE RÉEL EST SUJET.

I. NULLE terre ſans ſeigneur, nul franc-aleu ſans titre, c'eſt maxime du droit françois: il y a cependant quelques coutumes contraires, & elle a une origine aſſez récente.

Voyez M. Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, chap. 1, pag. 108. On attribue cette maxime au miniſtere du chancelier Duprat; mais elle eſt auſſi ancienne que la monarchie, par rapport à la ſouveraineté.

II. De cette maxime, il s'enſuit qu'il n'y a nulles terres, nuls héritages, nulle maiſon qui ne relevent d'un ſeigneur, s'il n'y a titre contraire; & ceſſant ce titre contraire, il s'enſuit de la maxime qui forme la précédente propoſition, qu'il n'y a aucun de ces immeubles qui ne ſoient tenus envers lui de quelques droits; c'eſt la conſéquence qui naît de la maxime qu'on vient de poſer.

M. Loyſeau, traité des Seigneuries, chap. 12, num. 52 & ſuivans, pag. 69 & 70; mais les droits contraires aux bonnes mœurs, doivent être rejettés ou réformés, encore qu'ils ſoient établis ſur un titre; M. Dolive, liv. 2, chap. 1 & ch. 5; M. Lapeyrere, let. S, déciſion 24, p. 412 de l'édition de 1725.

III. Cette maxime, qu'il n'y a nulle terre ſans ſeigneur, nul franc-aleu ſans titre, eſt ſi impérieuſe, que nul laps de tems ne peut l'effacer, parce que la loi eſt impreſcriptible.

Voyez la ſeconde partie de l'art. 12 de la coutume; M. Dupleſſis & les auteurs des notes ſur ſon commentaire, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, chap. 1, pag. 108.

CHAPITRE TROISIEME.

DE QUEL SEIGNEUR LES IMMEUBLES SONT PRÉSUMÉS RELEVER, ET A QUEL TITRE ON PRÉSUME QU'ILS RELEVENT.

I. TOUTE terre, maiſon, ou héritage relevent du roi médiatement ou immédiatement; ainſi, à l'égard de ſa majeſté, il eſt certain, comme on l'a déja obſervé par le chapitre précédent, que la maxime, nulle terre ſans ſeigneur a toujours eu lieu: en effet, il a ſeul la main univerſelle, & remontant de ſeigneur en ſeigneur, le roi a la vraie ſuſeraineté, comme étant la ſource de toute ſeigneurie: preuve de la propoſition; & tel poſſeſſeur que ce ſoit, poſſédant des terres ou des héritages dans l'étendue de ſes états, & poſſédant par conſéquent ce qui eſt originairement provenu de la main ſouveraine, ne peut être exempt que par la volonté de ſa majeſté de contribuer aux beſoins de l'état.

M. le Maître, des fiefs, ch. 6, p. 73.

II. Abſtraction faite de cette ſuzeraineté générale, & le roi ayant autoriſé la mouvance des ſeigneurs, tout héritage eſt préſumé relever immédiatement du ſeigneur dans l'étendue de la ſeigneurie duquel il eſt ſitué; de la ſituation naît cette préſomption, ainſi que de la maxime qui a fait la matiere du chapitre précédent.

Voyez M. Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, chap. 2, pag. 111; M. Dumoulin, ſur l'art. 68 de la coutume de Paris, num. 6; M. Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 12, num. 15 & ſuivans; Beaumanoir, chap. 24, num. 8; & Galand, ch. 7, pag. 85.

III. Pour cette ſeigneurie immédiate, mais qui remonte toujours au roi, le ſeigneur n'a beſoin d'autre titre, que celui de ſa ſeigneurie, pourvu qu'il n'y ait pas de titre contraire, parce que les héritages qui ſont dans l'étendue d'une ſeigneurie, ſont préſumés provenir de la main du ſeigneur haut-juſticier; c'eſt encore une ſuite du chapitre précédent.

Voyez ſur cette préſomption l'art. 11 de l'ordonnance de Rouſſillon; M. Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, chap. 12, num. 44 & ſuivans, pag. 69, où il établit que cette préſomption a lieu en faveur du ſeigneur haut-juſticier, qui eſt préſumé avoir la ſeigneurie directe & féodale, ſur toutes les terres & héritages qui ſont dans l'étendue de ſa juſtice, s'il n'y a titre contraire.

IV. Lorſqu'il n'y a aucun titre contraire, & que le ſeigneur dans l'étendue de la ſeigneurie duquel un certain héritage ſe trouve ſitué, n'a lui-même aucun titre qui détermine de quelle façon l'héritage releve immédiatement de lui, il eſt préſumé le tenir de lui à cens & non à foi & hommage; la faveur de cette tenure a conduit là, & cette faveur eſt un bon guide.

Telle eſt la juriſprudence & le ſentiment de M. Dupleſſis; juriſprudence & ſentiment fondés principalement ſur la propoſition qui ſuit.

V. Double raiſon de cette préſomption, 1o. cette tenure eſt la plus commune dans le royaume, & par conſéquent celle pour laquelle on doit préſumer; 2o. elle eſt la moins onéreuſe au propriétaire, & on préſume dans le doute pour la décharge & la libération; c'eſt diſpoſition de droit, c'eſt équité, c'eſt raiſon écritte.

C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, & on ſuit au châtelet en ce cas, cette faveur que mérite toujours la libération.

VI. Quoique le ſeigneur n'ait aucun titre qui détermine l'étendue des droits qu'il peut exiger, ſa qualité de ſeigneur lui ſuffit pour le cens & les autres droits qui en réſultent; le premier ſuivant l'uſage du lieu, & les autres ſuivant la coutume: mais au défaut de titre ſingulier, il ne peut exiger que les droits autoriſés par la coutume & le cens uſité dans le territoire, c'eſt-à-dire, celui qu'il perçoit ſur les héritages voiſins.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet. Voyez la troiſieme partie du titre des fiefs.

VII. La loi municipale, la coutume pour ce ſupplée à la vétuſté, même à la perte de ces titres, & c'eſt en partie pour remedier à cette perte que les coutumes ont été rédigées par écrit.

Voyez la préface de cet ouvrage.

CHAPITRE QUATRIÉME.

DES FRANCS-ALEUX.

I. DE la maxime, qu'il n'y a aucune terre ſans ſeigneur, il s'enſuit néceſſairement qu'il n'y a aucun héritage allodial, c'eſt-à-dire, franc & non relevant d'aucun ſeigneur, s'il n'y a titre qui prouve qu'il eſt tel; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: ainſi, le franc-aleu pour lequel on ne préſume pas, eſt un héritage qui ne releve d'aucun ſeigneur, & qui eſt comme tel libre de toute ſujection, ſi ce n'eſt de la juſtice dont perſonne n'eſt exempt.

Tel eſt le droit commun de la France. Voyez M. Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, ch. 2, pag. 111.

☞ Pour prouver le franc-aleu, il n'eſt pas eſſentiellement néceſſaire de fournir la preuve de la conceſſion primitive, il ſuffit de juſtifier une poſſeſſion immémoriale. Voyez l'arrêt du 7 ſeptembre 1640, rapporté par Brodeau, ſur l'art. 68 de la coutume de Paris.

Celui qui prétend être en franc-aleu, n'eſt pas moins obligé de fournir déclaration au ſeigneur haut-juſticier, qui a intérêt de faire conſtater ſon droit de juſtice, à cauſe des droits de déshérence, bâtardiſe & confiſcation. Voyez l'arrêt du 23 juin 1759, cité par Denifart, *verbo* franc-aleu.

II. Mais pour cela il n'eſt pas néceſſaire du titre conſtitutif, pluſieurs titres déclaratifs ſont ſuffiſans, ſauf l'exception qui forme la note ſur cette propoſition.

Par rapport au roi, il faut au moins trois aveux conſécutifs & reçus, les diſpoſitions des coutumes ne pouvant avoir lieu contre ſa majeſté, que *in vim pacti, non in vim ſtatuti.* Sur la propoſition, voyez Loyſel, liv. 2, tit. 1, régle premiere, & M. Louet & Brodeau, let. C, chap. 21; le franc-aleu eſt ſujet à l'arriere-ban & au droit de francs-fiefs, puiſqu'il n'eſt jamais exempt de la ſouveraineté du roi.

III. Il y a des francs-aleux nobles, il y en a de roturiers; les premiers ſe partagent comme fiefs, les autres comme rotures: le franc-aleu noble, eſt celui qui a juſtice annexée, ou vaſſaux, ou relevants, ſoit en fief, ſoit en cenſive; & en cela, il eſt fief; mais indépendant, ſi ce n'eſt par rapport à la juſtice, comme on l'explique par la derniere propoſition de ce chapitre.

Non omne prædium dominans eſt feudum, ſed quandoque allodium ut paret in allodiis privatorum quæ quandoque habent ſubfeuda à ſe dependentia; Dumoulin, ſur l'art. 1 de l'ancienne coutume, gloſſ. 1. Voyez M. Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 1, pag. 106. Les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. 19, art. 6; c'eſt la diſpoſition de l'art. 255 de la coutume d'Orléans.

IV. Comme la maxime, qu'il n'y a aucune terre ſans ſeigneur, l'emporte ſur toute poſſeſſion contraire, il s'enſuit que tout franc-aleu doit ſa naiſance à l'affranchiſſement qu'il a plu au ſeigneur de faire en faveur du propriétaire d'un certain héritage: en effet, le franc-aleu ne peut recevoir ſa naiſſance que par trois voies, par la liberté naturelle que la coutume nadmet pas, par la preſcription, que cette même loi rejette, & par la conceſſion de l'affranchiſſement.

Voyez M. Dupleſſis, en ſa préface ſur le ſecond livre de ſon traité des héritages tenus en franc-aleu, où il établit que le franc-aleu ne peut devoir ſa naiſſance, ou qu'à la liberté naturelle, ou qu'à la preſcription, ou qu'à la conceſſion d'affranchiſſement faite par le ſeigneur; & par la ſuite, il établit que les deux premieres voies ſont, ſur cela, abſolument impuiſſantes: ce qui eſt conſtant, puiſque la maxime nulle terre ſans ſeigneur, rejette ſur ce toute liberté naturelle, & que la preſcription, quant à ce, ne peut avoir lieu contre le ſeigneur: c'eſt le texte.

V. Cet affranchiſſement doit ſe faire du conſentement du ſeigneur ſuſerain, qui eſt pour ce ſuffiſant, ſans remonter plus haut.

M. Brodeau, ſur l'art. 68, num. 25; M. Bacquet, des francs-fiefs, chap. 2, num. 25, eſtiment que le conſentement du roi eſt pour ce néceſſaire, ce qui eſt très-juſte, ſi cet affranchiſſement portoit le moindre préjudice aux intérêts de ſa majeſté; mais cet affranchiſſement, bien loin d'y porter la moindre atteinte, laiſſe ſubſiſter tous les droits dans leur entier, comme on va le voir dans la propoſition qui ſuit; ainſi cette condition eſt à retrancher.

VI. Il s'enſuit de-là, que le franc-aleu n'eſt jamais exempt de la ſouveraineté, & que par rapport à la juſtice, il eſt toujours ſujet à celle des lieux, ſoit qu'elle ſoit royale, ſoit qu'elle ſoit ſeigneuriale, la poſſeſſion du franc-aleu n'affoibliſſant en rien les devoirs inviolables du ſujet. En effet, la juſtice ne peut jamais être allodiale, & il faut qu'elle tienne en reſſort, ou de celle du roi, ou de celle d'un autre ſeigneur. Pourquoi le franc-aleu eſt ſujet aux droits de déshérence, bâtardiſe & confiſcation? & lorſque le ſeigneur, dans le diſtrict duquel eſt le franc-aleu, fait procéder à la confection d'un terrier, le propriétaire du franc-aleu doit lui exiber ſes titres, & ce, par les motifs ci-deſſus, & dans la crainte qu'il ne s'étende au préjudice du ſeigneur.

M. Brodeau, ſur l'art. 48, num. 16 & 17; M. Dupleſſis, ſur le même art. traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 1, pag. 106; & c'eſt ce qu'avoit dit M. Dumoulin, ſur l'art. 48, *gloſſ.* 2; M. Brodeau, ſur le même article, num. 2,

eſtime qu'il peut même être chargé d'une redevance annuelle & perpetuelle ; mais une telle redevance ſeroit-elle comparible avec l'idée qu'on attache ordinairement au terme de franc-aleu ? Voyez le chapitre des arrêtés qu'on vient de citer art. 4 ; Loyſel, liv. 2, tit. 1, regle 19, & Galand, pag. 12 ; il faut ajouter aux obſervations faites ſur le franc-aleu, qu'il y a pluſieurs coutumes différentes de celle de Paris, & qui ſont allodiales ; c'eſt-à-dire, que dans l'étendue d'icelles, tous héritages ſont préſumés franc-aleu, s'il n'y a titre contraire : telles ſont les coutumes de Nivernois, de Chaumont, de Vitry, d'Auxerre & de Troyes ; mais le droit commun eſt contraire.

VII. C'eſt ſur ces principes que s'eſt formé la maxime que la directe eſt impreſcriptible ; cependant un ſeigneur la peut preſcrire contre un autre, non le vaſſal, ni le cenſitaire, qui peuvent néanmoins preſcrire les anciens droits, & même contre la quotité du cens, parce que ces preſcriptions ne donnent aucune atteinte à la perpétuité de la directe.

Voyez ci-après le titre des preſcriptions, c'eſt le ſiege de cette matiere, & l'art. 12 de la coutume, & l'art. 124 qui y a été ajouté pour faire ceſſer l'opinion de M. Dumoulin, qui avoit penſé que le cenſitaire pouvoit par cent ans, preſcrire le droit de cens contre le ſeigneur ; opinion qui alloit à faire une terre ſans ſeigneur, un franc-aleu ſans titre, & qui, par conſéquent, a été juſtement rejettée.

TITRE TROISIEME.

DES IMMEUBLES RE'ELS CONSIDERE'S RELATIVEMENT A LA QUALITE' DE FIEF, ET DES FIEFS EN PARTICULIER,

DIVISÉ EN QUATRE PARTIES;

I. *Des devoirs & droits dûs aux Seigneurs par la ſeule force de la loi.*

II. *Des droits mixtes.*

III. *Des droits qu'ils ne peuvent prétendre ſans titre.*

IV. *Des prérogatives & préſéances qui appartiennent au Seigneur.*

CHAPITRE UNIQUE PRELIMINAIRE

AUX QUATRE PARTIES.

QUELS HERITAGES ET BIENS SONT NOBLES, ET QUI PEUT LES POSSEDER.

SECTION PREMIERE.

DU TITRE QUI FORME LE FIEF.

I. LE fief ou héritage noble, eſt celui qui eſt tenu & mouvant d'un ſeigneur, à la charge de la foi & hommage & autres droits ; tel eſt le fief, celui tenu à cens ne peut par cette charge annuelle avoir cette qualité.

Libera & perpetua conceſſio rei immobilis cum tranſlatione utilis dominii, proprietate retentâ, ſub fidelitate & exhibitione ſervitiorum, M. Dumoulin, en ſa préface ſur les fiefs, num. 114 : ſur quoi il faut obſerver que hors les coutumes de franc-aleu, il n'y a nulle terre ſans ſeigneur ; Loyſel, liv. 1. reg. 1. tit. 2, comme on l'a vu ci-deſſus.

II. Cette qualité a donc pour ſource la conceſſion que le ſeigneur a fait de l'héritage à ce titre, en le mettant hors ſa main, ſans charge annuelle ; c'eſt cet affranchiſſement de charge annuelle qui caractériſe le fief.

Sur l'origine primitive des fiefs, voyez M. Loyſeau, en ſon traité des ordres, ch. 1, num. 60, & ſuivans pag. 5 ; leur vraie origine eſt la main du ſouverain qui a fait la primitive conceſſion à ce titre, & qui a été ſuivie d'autres conceſſions ſubordonnées à la premiere. Voyez la préface de ce livre.

III. C'eſt encore la charge de la foi & hommage qui caractériſe le fief ; celle du cens ſeroit inaliable avec lui ; c'eſt ce qui réſulte des deux propoſitions précédentes ; & ſans la charge de la foi & des droits aux mutations, ce ſeroit franc-aleu.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs.

IV. Pour établir qu'une terre eſt tenue à foi & hommage, il n'eſt pas néceſſaire de rapporter le titre d'inféodation, il ſuffit de juſtifier de pluſieurs titres déclaratifs ; ils

font ſur ce, foi très-ſuffiſante ; c'eſt juſtice, c'eſt ordre public.

Tel eſt l'uſage ; & c'eſt droit commun.

V. Dans le doute, tout héritage eſt préſumé roture & tenu à cens : on a déja vu que la faveur de la libération avoit conduit là, ce qu'il convient de reprendre en examinant les fiefs.

Cela eſt établi ſur le chapitre 3, du titre précédent.

SECTION II.

Quelles perſonnes peuvent poſſéder les fiefs, & s'ils annobliſſent ceux qui les poſſédent.

VI. Anciennement les roturiers ne pouvoient poſſéder des fiefs ; & lorſqu'ils leur échéoient par ſucceſſion ou autrement, ils étoient obligés d'en vuider leurs mains dans l'an : mais cette incapacité ne ſubſiſte plus, c'étoit une orgueilleuſe politique, & peut-être aſſez mal-entendue ; car les charges de l'état ſont mieux payées par le concours.

M. Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 8. num. 26, dit que le ſeigneur peut contraindre un roturier qui a acheté un fief de dignité d'en vuider ſes mains, ſur quoi il faut voir les notes ſur la propoſition qui ſuit. Voyez M. Bacquet du droit de francs-fiefs, part. 1. M. Chopin, du domaine.

VII. A préſent il eſt permis aux roturiers d'acquérir & de poſſéder des fiefs, en payant au roi une certaine finance, remet les choſes dans l'ordre naturel.

Il n'y a plus moyen de ſoutenir ledit propos, qui eſt injurieux, & contre toutes diſpoſitions des droits de Dieu & des hommes, qui n'ont fait différence de biens de fief ou de roture, ni preſcrit qu'il y en ait qui ſoient affectés à aucune perſonne ; Papon, liv. 13, ch. 1, art. 8 ; ce ſont les termes de cet auteur, qui établit que la permiſſion du roi, que le roturier obtient, leve ſon incapacité. Voyez M. le Maître, pag. 2, ce qui doit avoir lieu pour les fiefs de dignité, le ſeigneur ne pouvant mettre de bornes aux lettres-royaux. Voyez les édits des mois de mars 1655, & novembre 1656 ; & M. Bacquet, du droit d'annobliſſement, chap. 20, pag. 47.

VIII. Les bourgeois de Paris ſe prétendoient ci-devant exemts de payer cette finance ; mais à préſent ce n'eſt plus de leur part, qu'une vaine prétention, ſur laquelle ils ne peuvent ſe promettre de ſuccès ; c'étoit grace qui ne ſubſiſte plus.

Lettres-patentes de Charles V, du 9 août 1371 : elles ont été confirmées par celles à eux accordées par Louis XIV, de glorieuſe mémoire, du mois de mars 1669. Les officiers commenſaux en ſont vraiment exempts : arrêt du conſeil du 26 ſeptembre 1730.

IX. La poſſeſſion du fief n'annoblit pas le poſſeſſeur, encore qu'elle fût prouvée de pere en fils, & qu'elle remontât à pluſieurs degrés ; ce ſeroit une étrange nobleſſe, que celle qui n'auroit pour baſe que la poſſeſſion de certains biens.

C'eſt la diſpoſition de l'ordonnance de Blois, art. 258 ; M. le Maître, en ſon traité des amortiſſemens, chap. 5.

X. Cela auroit lieu encore que le fief fût de dignité ; il y a plus, dans les coutumes qui défendent aux roturiers de poſſéder des fiefs, leurs enfans les partagent ſans droit d'aîneſſe.

Arrêt de réglement, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 416 : cet arrêt établit la ſeconde partie de la propoſition ; quant à la premiere partie. Voyez l'ordonnance de Blois, art. 258 ; & Bacquet, du droit d'annobliſſement, chap. 20.

XI. Quoique la proprieté du fief n'annobliſſe pas le poſſeſſeur, ſi le roi donnoit à un roturier, & le connoiſſant tel, l'inveſtiture d'un fief de dignité relevant de ſa majeſté, telle conceſſion l'annobliroit, l'annobliſſement eſt ſuite d'une telle grace.

Voyez M. Loyſeau, en ſon traité des ordres.

SECTION III.

Des fiefs de dignité & de la loi qui régit les fiefs.

XII. Les fiefs de dignité, comme duchés, comtés & marquiſats, relevent immédiatement du roi & de la couronne ; c'eſt principalement par cette mouvance reſpectable qu'ils ſont tels.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs. Voyez Loyſel, des fiefs, régle 84 ; Loyſeau, des ſeigneuries, chap. 6 ; le journal des audiences, tome 1, liv. 8, chap. 2.

XIII. Lorſqu'ils relevent d'autres ſeigneurs, cette dignité, en ce cas, eſt plutôt honoraire que réelle ; mais lorſqu'ils ſont vraiement de dignité, comme duchés, marquiſats, comtés, on ne peut les diviſer ſans lettres-patentes du roi enregiſtrées en la cour.

Voyez M. Loyſeau, en ſon traité des ordres, & ſur l'indiviſibilité. Loyſel, des fiefs, régle 87.

XIV. Chaque fief eſt régi par la coutume dans l'étendue de laquelle il eſt ſitué ; c'eſt l'effet de ces loix municipales qui ſont réelles : la loi du domicile n'eſt donc ſur cela d'aucune conſidération.

M. Louet, let. F, num. 19 : cependant pour la forme de la foi, on doit ſuivre la coutume du fief dominant, non celle du fief relevant & mouvant de l'autre, comme on le verra ci-après ; mais celle du domicile ne peut avoir d'empire que ſur les fruits, pour déterminer ſi ceux qui ſont pendans par les racines, ſont meubles ou immeubles.

XV. Les coutumes des Lombards pour les fiefs n'ont aucune autorité parmi nous ; c'étoit abus que l'opinion contraire, & par lequel on prenoit l'origine pour une légitime autorité.

M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 3, num. 16.

XVI. Les fiefs formant une eſpéce particuliere de biens, ſe régiſſent par des régles & des maximes particuliers qu'on expliquera, & l'aîné mâle y a des avantages qui ſeront expliqués dans leur ordre, il ſuffit de poſer ici ces principes généraux.

Voyez le titre des ſucceſſions ; c'eſt le lieu où ces avantages doivent être examinés.

XVII. Les fiefs de dignité ne ſont pas partageables, l'aîné les prend dans leur intégrité, en récompenſant les puînés, & cela pour maintenir la ſplendeur de ces fiefs: ſplendeur qui eſt de l'ordre public, & qui influe ſur celle de l'état.

Cela eſt établi dans ſon ordre au titre des ſucceſſions, cité ſur la propoſition précédente. Voy. Loyſel, à l'endroit cité ſur la ſeconde propoſition de cette ſection.

SECTION IV.

De la charge du ſervice dont les poſſeſſeurs des fiefs ſont tenus envers le roi.

XVIII. En tems de guerre, tout poſſeſſeur de fief eſt obligé de prendre les armes & de ſe rendre dans le lieu déſigné, pour y ſervir ſelon l'obligation de ſon fief; c'eſt charge légale d'icelui; c'eſt ſuite de la premiere conceſſion qui remonte au roi.

Art. 227 de l'ordonnance de Blois.

XIX. Ceux qui ne peuvent point faire le ſervice en perſonne, ſont tenus de le faire faire par une perſonne capable, avec le même équipage qu'ils ſeroient tenus d'avoir eux-mêmes.

Voyez l'ordonnance citée ſur la propoſition précédente.

XX. Meſſieurs les conſeillers au parlement ſont exempts du ban & de l'arriere-ban, leur ſervice ſi néceſſaire au public leur a procuré cette exemption.

Lettres-patentes de Charles VIII, du mois de février 1482.

XXI. Les bourgeois de Paris, poſſédant fiefs, jouiſſent de ce même privilege : ceux-ci par une faveur; les premiers, par un ſervice qui leur a juſtement procuré ce privilege.

Lettres-patentes de Louis XI, du 9 novembre 1465.

☞ Et arrêt du conſeil du 12 ſeptembre 1674, en quelqu'endroit du royaume que leurs fiefs ſoient ſitués.

Sont encore exempts du ban & arriere-ban, 1°. les officiers, domeſtiques & commenſaux de la maiſon du roi, de la reine, des enfans de France & de la maiſon du premier prince du ſang. Voyez le réglement de 1635.

2°. Meſſieurs du conſeil privé du roi, réſident près de ſa perſonne; les maîtres des requêtes, commandeurs & officiers de l'ordre du Saint-Eſprit. Voyez les ſtatuts de l'ordre du Saint-Eſprit, de 1578, art. 67.

3°. Les ſecrétaires du roi, ordonnance de 1482, 1545, & 24 avril 1672.

4°. Ceux qui ſervent actuellement dans les armées du roi, en qualité d'officiers. Ordonnance d'août 1635, & réglement de mai 1639.

5°. Les eccléſiaſtiques en ſont diſpenſés; mais moyennant finance repréſentative du ſervice auquel ils ſont obligés. Déclaration du 4 juillet 1641.

PREMIERE PARTIE DES FIEFS.

DES DEVOIRS ET DROITS LEGAUX DUS AUX SEIGNEURS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA FOI ET HOMMAGE, RELATIVEMENT AUX PROPRIÉTAIRES.

SECTION PREMIERE.

EN QUELLE MUTATION ELLE EST DUE, ET PAR QUI, ET EN QUEL TEMS ELLE DOIT ESTRE RENDUE.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle eſt due en toute mutation, ſoit de vaſſal, ſoit de ſeigneur.

(Article 3 de la coutume.)

I. CELUI qui devient propriétaire d'un fief à tel titre que ce ſoit, doit la foi & hommage au ſeigneur de qui releve le fief; c'eſt la charge de la conceſſion, & cela l'eſt de la nouvelle propriété, à laquelle celui qui l'acquiert ne peut ſe ſouſtraire ſans contrevenir au premier titre, dont le ſien n'eſt qu'une ſuite.

Voyez l'art. 1, & l'art. 3 de la coutume; M. le Maître, des fiefs, chap. 1, ſection 1.

II. Il la doit encore par réitération à celui qui devient par la ſuite propriétaire du fief dominant, c'eſt le premier lien qu'il doit y avoir entre le ſeigneur & le vaſſal; ainſi il la doit dans les deux cas.

Voyez l'art. 65 de la coutume.

III. Mais la veuve qui, par le partage de communauté, devient propriétaire d'un fief, qui étoit conquêt d'icelle, ne doit pas la foi & hommage; celle rendue par ſon mari lui ſuffit, il étoit l'adminiſtrateur de ces biens; il les a donc juridiquement affranchis.

Notes ſur M. le Maître, pag. 4 de la derniere édition; il en eſt de même du gardien & de la douairiere; M. le Maître, à la même page.

IV. Le gentilhomme eſt obligé de faire la foi & hommage au roturier, lorſque ſon fief releve de ce dernier; c'eſt droit réel, & qui par conſéquent milite abſtraction faite de la perſonne.

Feudi ſubſtantia, eſt ipſa feudalitas, cùm feudum à fidelitate vel à fide dicatur, lib. 2, tit. 3, *in fine de feudis.*

V. En effet, ce devoir eſt attaché à la choſe & non à la perſonne; il eſt donc dû, abſtraction faite de la nobleſſe & de la roture; c'eſt droit commun.

Quid, lorſqu'il y a deux coſeigneurs d'un même fief, mais que l'un d'eux eſt propriétaire du château, ſe doivent-ils hommage réciproquement? & de la part des vaſſaux, n'eſt-il dû qu'à celui qui poſſede le château? L'arrêt du 30 mars 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 246, a jugé que l'hommage étoit dû réciproquement aux deux coſeigneurs; en effet, leur droit ſur ce eſt égal, & naît de la totalité du fief, & non ſimplement du château.

☞ Si le fief dominant appartient à pluſieurs ſeigneurs, il ſuffit de porter la foi & hommage à l'un d'eux. Voyez Dumoulin, ſur la coutume de Paris.

VI. Par la même raiſon, l'eccléſiaſtique n'en eſt pas diſpenſé; c'eſt la choſe ici, qui eſt l'objet & non la perſonne: il doit donc comme le vaſſal, ſéculier, s'acquitter de ce devoir féodal.

M. Dupleſſis, M. Charondas, ſur l'art. 63; M. Brodeau, ſur le même article, num. 20, ce qui a lieu, même à l'égard des ducs & pairs, ainſi qu'ils l'atteſtent; c'eſt-à-dire, que perſonne n'en eſt diſpenſé, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

VII. Mais cet acte étant incompatible avec la ſouveraineté, le roi ne rend la foi & hommage à qui que ce ſoit, pas même par procureur, & la mouvance s'éteint de droit en dédommageant, le roi ne relevant que de Dieu.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, chap. 3, tout à la fin, pag. 21 & 22.

VIII. Dans le cas que la mutation eſt de la part du vaſſal, la foi eſt due ſans requiſition; mais par requiſition ſi elle eſt de la part du ſeigneur, c'eſt une juſte diſtinction.

Cela réſulte de l'art. 1 de la coutume; & tel eſt ſur ce l'uſage.

IX. La foi ne ſe peut rendre par procureur, ſi le ſeigneur ne le veut, c'eſt un devoir purement perſonnel, à l'exception des cas ci-après expliqués; ainſi hors ces cas, le vaſſal la doit en perſonne: telle eſt la régle générale, qui réſulte de la lettre & de l'eſprit de la coutume, qui n'adopte que des exceptions.

Voyez l'art. 67 de la coutume de Paris, celle de Vermandois permet le contraire, ce qui eſt contre le droit commun.

☞ Un conſeiller au parlement n'eſt point tenu de faire la foi & hommage en perſonne, à cauſe de ſon ſervice qu'il eſt réputé ne pouvoir quitter; & il lui eſt permis de la faire rendre par procureur, qui vaut comme s'il l'avoit fait en perſonne. Voyez Bouchel, *verbo* foi hommage.

Par des lettres-patentes du 25 avril 1736, le roi a permis à ſes vaſſaux, poſſeſſeurs de ſimples fiefs & non titrés, de rendre la foi & hommage par procureurs fondés de procuration ſpéciale, lorſqu'ils ſont domiciliés au-delà de cinq lieues des villes où ſont établies les chambres des comptes & bureaux des finances, auxquels ils ſont obligés de rendre la foi & hommage.

DISTINCTION II.

De la réquiſition néceſſaire de la foi, lorſque la mutation eſt arrivée de la part du ſeigneur.

(Art. 65 de la coutume).

X. Elle n'eſt due en ce cas, que lorſqu'elle eſt requiſe, comme on l'a déjà obſervé; on va examiner la forme de cette requiſition, pour l'explication de laquelle il faut entrer dans des diſtinctions: mais voilà d'abord le principe général, qui n'a pas lieu lorſque la mutation eſt de la part du vaſſal, & qui ne milite que lorſque la mutation eſt de la part du ſeigneur.

M. le Maître, tit. 1, chap. 1, pag. 5, le ſeigneur qui eſt mineur ne peut la requérir ſans l'aſſiſtance d'un tuteur ou curateur; M. Dumoulin, ſur l'art. 32 de la coutume, num. 4. Voyez la diſtinction cinquieme ci-après.

XI. Venons aux détails, lorſque le fief dominant eſt un duché, comté, baronie, ou châtellenie, il ſuffit que la requiſition ſoit faite à cri public, par trois dimanches, au principal lieu de la ſeigneurie, ou par trois jours de marché, s'il y en a un établi dans le lieu; telle eſt en ce cas la forme de la requiſition, & telle requiſition vaut pour tous les vaſſaux, quoique non dénommés, pourvu que leurs fiefs ſoient ſitués dans l'enclave de la ſeigneurie; tel eſt l'effet de cette requiſition.

Voyez le même art. 66; M. le Maître, de fiefs, pag. 68 & 69.

XII. A l'égard du vaſſal poſſédant fief hors la ſeigneurie, il doit être requis par ſignification à ſa perſonne, ou faite à ſon principal manoir; & s'il n'y a point de manoir, au domicile de ſon procureur fiſcal, ſinon au prône de l'égliſe de ſa paroiſſe; en ce ſecond cas, telle eſt la forme de la requiſition: ſecond cas dans lequel on ſuppoſe que le vaſſal a fait la foi due à cauſe de ſa propre mutation.

Mais ſi le vaſſal n'avoit point fait la foi à l'ancien ſeigneur, les requiſitions ci-deſſus ne ſont plus néceſſaires de la part du nouveau ſeigneur; M. Dumoulin, ſur l'art. 32, num. 2: en effet, en ce cas, le vaſſal n'eſt pas reconnu, & par conſéquent ſon fief eſt ouvert par ſon propre fait, & peut, par ce ſeul fait être ſaiſi féodalement.

XIII. Cette foi eſt dûe au nouveau ſeigneur, quoiqu'il ne l'ait pas fait au ſien; ce défaut ne ſuſpend pas ſa qualité de ſeigneur, qui doit toujours produire ſon effet, tant que l'un dort, l'autre peut veiller.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, chap. 5, pag. 25. Voyez les auteurs des notes, à la même page, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

XIV. Cela eſt fondé ſur ce que l'inaction de l'un n'empêche le droit de l'autre, & que tant que le ſeigneur dort, le vaſſal veille; c'eſt le texte même de la coutume.

Voyez les art. 61 & 62 de la coutume.

DISTINCTION III.

Du délai accordé au vaſſal dans l'un & l'autre cas pour faire la foi.

(Art. 7 de la coutume.)

XV. Ce délai, pendant lequel le vaſſal doit faire la foi, eſt de quarante jours francs; après l'expiration duquel, le vaſſal eſt en faute, & peut-être privé des fruits: de-là il s'enſuit que l'héritier qui devient propriétaire d'un fief en cette qualité, doit, dans les quarante jours de l'ouverture de la ſucceſſion, s'acquitter de ce devoir; c'eſt la conſéquence de la propoſition.

Dans les quarante jours ne ſont point compris celui du décès ni celui de la ſaiſie féodale; M. Dumoulin, ſur l'art. 10, gloſ. 1, num. 2; M. le Maître, page 57, ce qui eſt inconteſtable, le délai devant être plein. Voyez l'art. 7 de la coutume.

XVI. S'il y a pluſieurs héritiers du vaſſal décédé, le ſeigneur n'eſt point obligé d'attendre le partage, chacun des héritiers doit faire la foi & hommage pour ſa portion indiviſe; c'eſt ce qui réſulte encore de ce que deſſus, la coutume ayant fait cette fixation indépendamment du partage, & ſans diſtinction.

Tel eſt l'uſage conforme au ſentiment de M. Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſ. 1.

XVII. Si le nouveau vaſſal décédoit dans ces quarante jours, ſon héritier a-t-il pareil délai du jour du décès du nouveau vaſſal, la coutume donnant à cet héritier un délai comme elle le donnoit à l'autre ? Il eſt favorable de le lui donner, le contraire eſt plus ſubtilité que raiſon.

M. Dumoulin, ſur l'art. 4, num. 9 & 12, tient la négative, ainſi que M. le Maître ; M. Dupleſſis, traité des fiefs, chap. 1, pag. 15 de l'édition de 1709, tient l'affirmative ; cette derniere opinion eſt la plus judicieuſe, mais la premiere eſt plus conforme aux principes. Voyez la propoſition qui ſuit.

XVIII. Si ce nouveau vaſſal, ou le premier héritier mouroit après les quarante jours ſans avoir fait la foi, le ſeigneur, dans la rigueur du droit, n'eſt pas aſſujetti à un nouveau délai en faveur du ſecond héritier, parce qu'en ce cas le droit réſultant du défaut de proteſtation de foi & hommage, lui eſt acquis ; mais cela eſt par trop rigoureux pour devoir s'y conformer

Cela réſulte de l'art. 7 de la coutume ; ce parti eſt encore adopté par M. le Maître, pag. 58 ; mais ſi l'héritier avoit fait la foi, ſon héritier auroit nouveau délai, comme il eſt dit ci-deſſus. Le premier devoir a été rempli ; le ſecond n'eſt à remplir que conformément à la coutume.

XIX. Ce délai général de quarante jours court contre les eccléſiaſtiques, qui jouiſſent de fiefs, à cauſe de leur bénéfice ; la loi eſt générale : & n'admet pas ſur ce d'exception ; mais cependant en diſtinguant comme on va le faire ; en effet, en cas de mutation par le décès du titulaire, les quarante jours courent du jour de la mort ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, c'eſt le vrai cas d'appliquer la diſpoſition de la coutume.

M. Brodeau, ſur l'art. 7, num. 17 ; M. Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 55, num. 6 ; M. Dupleſſis, traité des fiefs, chap. 1 ; M. le Maître, page 59.

XX. Dans le cas de mutation par réſignation, ils ne courent que du jour de la priſe de poſſeſſion de la part du réſignataire, ce n'eſt que de ce jour qu'il y a ouverture & mutation ; c'eſt donc de ce jour ſeulement que le délai doit courir. La mort laiſſe le fief abſolument ouvert, mais la réſignation ne le laiſſe tel que par ſon exécution.

M. Brodeau, ſur l'art. 7, num. 16 ; M. Dupleſſis, & M. le Maître, aux chap. cités ſur la propoſition qui ſuit.

XXI. Faute de preſtation de foi dans ce délai, le vaſſal encourt perte de fruits ; ce qu'on expliquera dans ſon ordre, & c'eſt cette peine qui a été le motif du délai qu'on vient d'examiner.

Voyez le chapitre de la ſaiſie féodale.

DISTINCTION IV.

De la prorogation du délai pour faire la foi, tant volontaire que de droit, & de la ſouffrance.

SUBDIVISION PREMIERE.

De la prorogation ou ſouffrance volontaire.

XXII. Le ſeigneur ayant accordé ſouffrance volontaire, le délai pour la preſtation de foi eſt prorogé pendant le tems de la ſouffrance ; c'eſt ſon juſte effet, c'eſt dérogation volontaire qui lie celui qui la donne.

Contractus ab initio ſunt voluntatis, ex poſt facto neceſſitatis, & cette ſouffrance eſt un vrai contrat.

XXIII. Outre cette ſouffrance volontaire, il y a des cas auxquels elle a lieu de droit, ſoit par l'impoſſibilité de ſatisfaire à ce droit, ſoit par incapacité & foibleſſe de l'âge du vaſſal, ce qu'on va expliquer par les deux ſubdiviſions ſuivantes ; c'eſt prévoyance légale, c'eſt légitime exception, qui ſont auſſi efficaces que la ſouffrance volontaire.

Voyez l'art. 41 de la coutume, & le ſoixante-ſeptieme, & ſur les excuſes qui autoriſent le vaſſal majeur à demander ſouffrance. Voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, chap. 3, pag. 20.

SUBDIVISION II.

De la ſouffrance de droit par l'impoſſibilité réſultante de la nature de l'acquiſition, de rendre la foi.

XXIV. Si l'acquiſition du fief a été faite ſous une condition, le délai de quarante jours pour faire la foi, ne court que du jour de l'événement de la condition, c'eſt lui qui opére la mutation, c'eſt lui qui la rend parfaite ; & juſques à ſon accompliſſement, elle n'eſt pas telle.

C'eſt l'événement de cette condition qui lui donne l'être ; cela eſt établi dans ſon ordre. Voyez M. Ricard, des diſpoſitions conditionnelles.

XXV. Le délai ne court contre les officiers de cour ſouveraine, que du premier du jour des vacances, après la mutation ; juſqu'à ce jour leur abſence ſeroit préjudiciable au public ; il a donc été juſte de leur donner ce délai.

Arrêt des 14 décembre 1600, & 25 juin 1604, rapportés par M. Louet, let. F, num. 8 ; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, chap. 3, page 20 ; M. le Maître, pag. 14.

XXVI. Si la mutation dans le fief eſt arrivée par ſucceſſion, & que dans les quarante jours les héritiers n'ayent pu, par l'éloignement de leur domicile, avoir connoiſſance de l'ouverture de la ſucceſſion, le délai en ce cas n'eſt pas fatal, car à l'impoſſible nul ne peut être tenu ; cette ignorance fait donc prorogation, elle eſt favorable, elle a ſa racine dans la nature même.

Voyez M. Dupleſſis, pag. 20; les notes ſur M. le Maître, page 14.

SUBDIVISION III.

De la ſouffrance de droit à cauſe de la minorité du propriétaire.

(Art. 41 & 42 de la coutume).

XXVII. Lorſque le propriétaire du fief ſervant eſt mineur, le délai, pour rendre la foi, eſt en ſuſpend; l'incapacité que produit ſon âge le rend tel, c'eſt prudence, c'eſt prévoyance de la loi, d'autant plus ſage, que la preſtation de foi par le tuteur, n'en diſpenſeroit pas le pupille.

Si le ſeigneur avoit reçu la preſtation de foi de la part du tuteur, le vaſſal devenu majeur, doit la renouveller; c'eſt la diſpoſition de l'art. 5 de la coutume d'Angoumois, ſur lequel article, M. Dumoulin a dit: *quod videtur durum, quia tutor eſt pluſquam procurator, ſed tamen ſervandum;* tel eſt l'uſage, & l'uſage ſoutient cela plus que la raiſon; mais il faut s'y tenir, d'autant plus que cette préſentation eſt un devoir perſonnel.

XXVIII. Pour cette tréve entre le ſeigneur & le vaſſal, il faut que cette ſuſpenſion ſoit demandée par le tuteur, mais la demande d'icelle ſuffit, quoiqu'elle n'ait pas été expreſſement accordée, c'eſt en ce cas délai de droit; mais tant que l'oreille du ſeigneur n'eſt pas frappée, il peut uſer de ſon droit.

Ou par une perſonne fondée de la procuration du tuteur, le tuteur n'étant point obligé de requérir la ſouffrance en perſonne; arrêt du 22 juin 1673, dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 308. Voyez ſur ce M. Dumoulin, ſur la coutume de Berry, tit. 5, art. 39.

XXIX La forme d'une telle requiſition, eſt de requérir la tréve ou le délai, par un acte ſignifié au ſeigneur, contenant le nom & l'âge du propriétaire, ou des propriétaires, s'il y en a pluſieurs, parce que le premier doit connoître ſes vaſſaux.

Pour ce, il n'eſt rien dû au ſeigneur; M. Dumoulin, ſur l'art. 41 de la nouvelle coutume, num. 1.

XXX. Il n'eſt pas néceſſaire que cette requiſition ſoit faite au principal manoir; il ſuffit qu'elle ſoit faite à la perſonne, ou au domicile du ſeigneur: ce n'eſt pas acte direct du fief, c'eſt au contraire exception contre celui qui eſt à faire. En effet, cet acte n'eſt pas un ſervice de fief, puiſqu'ainſi qu'on l'a vu, cette ſuſpenſion ou prorogation de délai, peut ſe demander par procureur; il peut donc ſe faire au domicile du ſeigneur.

M. Bacquet, des droits de juſtice, chap. 14, num. 38; & M. Dupleſſis, des fiefs, liv. premier, chap. 3, pag. 18 de l'édition de 1709.

XXXI. Cette ſouffrance requiſe ne ſuſpend pas le payement des droits utiles, ſi aucuns ſont dûs au ſeigneur; il n'y a que ſuſpenſion de devoir par impuiſſance de le rendre, & cette impuiſſance n'influe pas ſur l'exigibilité du droit utile, ſauf la communition à des filles.

M. le Maître, des fiefs, chap. 1, ſection 3; page 14; mais la ſouffrance accordée au fils aîné profite à ſes ſœurs; M. Dumoulin, ſur l'art. 42 de la coutume, queſt. 4, num. 7 & 8; M. le Maître, pag. 13, effet de la ſouffrance accordée à l'aîné, qu'on examinera dans ſon ordre; c'eſt la diſpoſition de la coutume.

XXXII. Cette ſouffrance n'eſt de droit, que parce que le ſeigneur ne peut la refuſer, & qu'elle a lieu dès qu'elle eſt requiſe; mais ſi elle n'eſt pas demandée, le ſeigneur peut, nonobſtant la minorité, ſaiſir féodalement le fief: ſon ignorance de ce fait, fonde ce droit dans ſa perſonne; c'eſt à ſon vaſſal à l'inſtruire, & l'un peut veiller tant que l'autre dort.

M. Brodeau, ſur l'art. 41, num. 6; M. le Maître, des fiefs, pag. 13.

XXXIII. Les mineurs pouvant faire leur condition meilleure, peuvent eux-mêmes demander ſouffrance; c'eſt ce qui réſulte de cette puiſſance qu'ils ont pour la conſervation de leurs droits.

M. le Maître, des fiefs, pag. 13.

XXXIV. Pluſieurs freres étant propriétaires d'un fief, l'aîné d'entr'eux étant âgé, peut demander ſouffrance pour ſes freres, quoiqu'il ne ſoit pas leur tuteur; c'eſt une juſte faveur que la loi accorde à tous, dans la perſonne de l'aîné; c'eſt un mandataire légal, la loi le conſtituant tel.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, chap. 3; M. le Maître, pag. 13, eſt d'avis contraire, ce qui ne peut pas faire d'impreſſion; l'arrêt du 22 juin 1673, ayant jugé qu'elle peut être demandée par procureur; ce qui fonde la propoſition.

XXXV. Mais il ne peut porter la foi pour eux, quoiqu'il la puiſſe faire pour ſes ſœurs; il n'a cette capacité que pour la ſouffrance, & non pour la preſtation de foi par rapport aux mâles; c'eſt ainſi que la coutume conſerve tous les juſtes intérêts.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, ch. 3; page 17. Voyez l'auteur des notes, à la même page.

XXXVI. Lorſque le fief eſt mouvant du roi, la ſouffrance doit être demandée au juge royal du lieu; ſa qualité lui donne ſur ce capacité.

M. Dupleſſis, pag. 20; M. le Maître, p. 14.

XXXVII. Si le fief, qui échet à un mineur, ſe trouve ſaiſi féodalement, la ſaiſie ſubſiſte juſqu'à la ſouffrance demandée; elle ſeule, faute de devoirs rendus, la peut faire ceſſer.

Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 59 ;

M. Bacquet, des droits de juſtice, chap. 14, num. 39 : mais ſi le tuteur du mineur, garant de droit envers lui de la perte qu'il ſouffre par le défaut de ſouffrance demandée, étoit inſolvable, la perte des fruits ceſſeroit du jour que le mineur a été ſaiſi du fief, quoique ſaiſi féodalement, ſuivant le ſentiment de M. Dumoulin, ſur l'art. premier de la coutume, gloſ. 7, num. 3 & 4, & ſur l'art. 35, gloſ. 1, num. 13. M. Brodeau, ſur l'art. 41, num. 6; M. Dupleſſis, des fiefs, liv 1, chap. 3, pag. 18 : cependant, c'eſt plus faveur que vrai droit; mais c'eſt juſte faveur.

DISTINCTION V.

Quand on eſt réputé âgé relativement aux fiefs.

(Art. 32 & 41 de la coutume).

XXXVIII. Le mâle eſt âgé & capable de faire la foi à vingt ans accomplis, la fille l'eſt à quinze; c'eſt majorité ſimplement féodale, & purement relative à cet acte, & qui n'influe ſur aucun autre.

Art. 32 de la coutume. Voyez M. le Maître, pag. 10; ce qui peut faire penſer qu'il eſt ſingulier qu'un ſeigneur mineur ne puiſſe acquérir la foi de ſes vaſſaux.

XXXIX. Cette majorité féodale a lieu, tant activement que paſſivement; la coutume ſur ce, ne diſtingue pas; elle doit donc avoir lieu dans les deux cas, & par conſéquent dans la requiſition.

M. Dumoulin, ſur l'art. 13, gloſ. 11, num. 9, & ſur l'art. 21, queſt. 1, num. 1.

XL. De-là il s'enſuit qu'à cet âge, le ſeigneur dominant peut, ſans l'aſſiſtance d'un tuteur, non-ſeulement recevoir la foi de ſon vaſſal, mais même lui donner quittance des droits & profits de fief; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente.

M. Dumoulin, ſur l'art. 32 de la nouvelle coutume, num. 1 & 2; c'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, chap. 3. Voyez les notes ajoûtées à ſon commentaire.

XLI. Mais cette majorité féodale, ne rend pas le vaſſal capable de déſavouer valablement ſon ſeigneur; ce ſeroit aliénation dont un mineur eſt incapable : ainſi cette majorité purement relative & limitée, ne peut influer ſur un acte ſi important.

Voyez M. Dumoulin, ſur l'art. 19 de l'ancienne coutume.

XLII. L'émancipé légalement ou par lettres, ne jouit-il pas de cette majorité féodale? elle eſt une exception, & comme telle, il paroît qu'elle doit être renfermée dans ſes bornes? J'eſtime qu'il en jouît, parce qu'elle ſe réduit à un acte d'adminiſtration; acte qui eſt un effet de l'émancipation, la grace du prince anticipant l'effet de la loi.

Voyez le titre des émancipés où cette capacité de tout acte d'adminiſtration, de la part d'un émancipé, eſt établie; ce qui doit d'autant moins ſouffrir de difficulté, que la voie de la reſtitution en entier lui eſt ouverte dès qu'il eſt lézé.

XLIII. A meſure que ceux qui ont obtenu ſouffrance deviennent âgés, ils doivent faire la foi dans les quarante jours de leur majorité féodale, ſinon il y a ouverture ſur leur portion à ſaiſie féodale; c'eſt ſous cette condition tacite & de droit, que la coutume a admis la ſouffrance & ſa cauſe ceſſante : ſon effet ceſſe; c'eſt ſuſpenſion & non extinction de ce devoir.

Arrêt du 17 mars 1603, rapporté par M. Bouguier, let. S, num. 4; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 19.

DISTINCTION VI.

Par qui la foi & hommage doit être rendue, & de ſon effet, & s'il en réſulte un engagement perſonnel.

XLIV. La foi & hommage eſt un devoir perſonnel, ainſi elle doit être rendue par le vaſſal même, s'il n'a excuſe légitime; c'eſt exception qui confirme la perſonnalité : mais en ce cas, il peut être rendu par procureur, comme on l'expliquera par la diſtinction huitieme; c'eſt néceſſité qui diſpenſe.

Sur l'engagement qui en réſulte de ſervir ſon ſeigneur, voyez M. Dumoulin, art. 1 de la coutume, gloſ. 6; l'art 40 de la coutume & de Lhommeau, liv. 2, maxime 12.

XLV. L'effet de la preſtation de foi, eſt purement réel; ainſi il n'en réſulte aucun engagement, dès que celui qui l'a fait, ceſſe de poſſéder le fief; c'eſt abſolue réalité.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs, & eſt fondé ſur ce que la preſtation de foi & hommage à cauſe des fiefs, eſt bien différente du ſerment de fidélité.

XLVI. L'un des propriétaires d'un fief indivis, peut rendre l'hommage pour ſa part; c'eſt devoir réel, & ſa réalité fonde ce pouvoir.

M. Dumoulin, §. *hodie* 3, num. 29. M. le Maître, des fiefs, ch. 1, ſect. 3, pag. 8; voyez ſur ce, la note qui y a été ajoûtée.

DISTINCTION VII.

De l'effet de l'hommage lige.

XLVII. Lorſque l'hommage eſt lige, il eſt plus perſonnel que réel; mais il n'eſt tel, que relativement au roi : il aſſujettit celui qui l'a fait, à ſervir & défendre ſon ſeigneur, envers & contre tous, pendant toute ſa vie; ſauf l'exception qui ſuit.

Nullus alterius, fidelitate ſalvâ vel exceptâ. M. Dumoulin, ſur l'art. 1, de la coutume, gloſ. 5, num. 5; & M. Chopin, du domaine.

XLVIII. Le ſeigneur auquel l'hommage lige a été rendu, ne peut obliger ſon

vaſſal de prendre les armes; le roi ſeul pouvant faire la guerre, un hommage lige n'étant vraiment tel, que par rapport à ſa majeſté.

Voyez M. Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 12, num. 19.

XLIX. Dans l'hommage lige, & autant qu'on peut l'admettre envers un ſimple ſeigneur, on doit toujours excepter la perſonne du roi; & cette exception a lieu de droit, encore qu'elle ne fût inférée dans l'acte de foi.

Voyez M. Chopin, au titre qu'on vient de citer.

L. Lorſque l'hommage lige eſt rendu au roi, la vente du fief ne décharge pas de l'engagement qui en réſulte; mais ſi cet hommage a été rendu à un ſeigneur, celui qui a fait un tel hommage, n'eſt plus engagé par icelui lorſqu'il ceſſe de poſſéder le fief; tel hommage en cela, n'étoit que la ſuite de ſa poſſeſſion: ce n'eſt donc que relativement au roi, que l'hommage lige eſt perſonnel.

Pour les fiefs mouvans du domaine du roi, la foi ne ſe rend pas dans la forme ci-deſſus, mais à la chambre des comptes: forme qui a lieu même pour les fiefs mouvans des terres du domaine engagé, l'engagiſte n'ayant que les droits utiles, art. 15 & 16 de l'ordonnance d'Orléans.

DISTINCTION VIII.

Quand la foi peut être rendue par procureur.

(Art. 67 de la coutume).

LI. Lorſque le vaſſal a des excuſes légitimes; il peut rendre la foi & hommage par procureur, ſi mieux n'aime le ſeigneur lui accorder ſouffrance juſqu'à ce que l'excuſe ceſſe; c'eſt exception qu'on a annoncé & qu'on va expliquer. Voilà d'abord le principe général.

Voyez M. Brodeau, ſur l'art. 67 de la coutume; num. 31. M. Dumoulin ſur le même article, num. 5. M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 20.

LII. Les excuſes légitimes ſont abſence pour le ſervice du roi, captivité, maladie, démence, vieilleſſe décrépite, & empêchement de chemin. Dans tous ces cas, il faut ſouffrance, ou accepter la preſtation de foi par procureur; c'eſt prévoyance de la loi.

M. Dumoulin, au nombre cité ſur la propoſition précédente, eſtime que le procureur doit affirmer la cauſe de l'excuſe véritable; ce qui eſt très-conforme à l'eſprit de la coutume.

DISTINCTION IX.

Que de droit le frere aîné peut faire la foi & hommage pour ſes ſœurs.

(Art. 35 de la coutume).

LIII. La foi & hommage, étant un acte plus convenable aux mâles qu'aux filles, la loi autoriſe le frere aîné en faiſant la foi & hommage, d'en acquitter ſes ſœurs, & de la faire pour elles; ſeconde exception à la régle: c'eſt encore équitable prévoyance.

M. Dumoulin, ſur l'art 35 de la nouvelle coutume, num. 1; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 21.

LIV. Cela a lieu, encore que les ſœurs fuſſent majeures; c'eſt le ſexe & non l'âge qui fonde cette exception.

Tel eſt ſur ce, l'uſage; M. Dumoulin, ſur l'art. 35 de la nouvelle coutume, gloſ. 4, num. 1, avoit penſé le contraire; M. Dupleſſis & M. Bacquet, confirment la propoſition; M. le Maître, des fiefs, ch. 1, ſect. 3, pag 10, qui rapporte les uns & les autres.

LV. Cet acquittement vaut, pour le mariage que les filles peuvent contracter après, non pour un ſecond mariage; c'eſt faveur, & juſtement ainſi limitée.

M. Dumoulin, ſur l'art. 35, num. 3, gloſ. 4, num. 1.

LVI. Mais le fils aîné ne peut pour ce, acquitter ſes freres puînés, comme il acquitte ſes ſœurs; ces derniers peuvent & doivent ſur ce, agir par eux-mêmes; ainſi l'exception n'eſt pas établie pour eux, il ne peut demander pour eux que la ſouffrance.

M. Brodeau, ſur l'art. 35, num. 16; M. le Maître, des fiefs, ch. 1, ſect. 3, pag. 11; & tel eſt ſur ce, l'uſage.

LVII. Si le fils aîné eſt en retard de faire la foi, ſes ſœurs, qu'il en pouvoit acquitter, ont recours contre lui; mais cela eſt bien rigoureux.

C'eſt l'avis de M. Dumoulin, qui ſur l'art. 35 de la nouvelle coutume, gloſ. 2, num. 6 & 7, a penſé que pour ce, le fils aîné devoit un dédommagement à ſes ſœurs; il a été ſuivi par M. le Maître, titre des fiefs, ch. 1, ſect. 3, pag. 11. Par rapport à la rigueur, on pourroit dans le doute, objecter que cet acte, eſt de la part du frere, un acte de volonté, & non de néceſſité; mais les auteurs cités ſur la propoſition rejettent cette raiſon, elle me paroît ſolide; autrement c'eſt admettre une peine que la loi ne prononce pas, & toute peine eſt de rigueur, & ne doit pas ſe ſuppléer.

LVIII. Lorſque des filles deviennent propriétaires d'un fief, & n'ont aucun frere, elles doivent perſonnellement s'acquitter de ce devoir; puiſqu'elles n'ont pas, en ce cas, de mandataire légal; c'eſt donc à elles, en ce cas, à remplir ce devoir féodal.

M. le Maître des fiefs, pag. 12.

LIX. La souffrance accordée à une fille, qui n'a pas été acquittée de la foi par son frere aîné, pour son premier mariage, cesse lorsqu'elle se marie, & son mari est obligé de faire la foi; la souffrance ne militant que pour le tems d'incapacité.

A ce sujet, la plûpart des commentateurs, établissent que ce n'étoit qu'une trêve entre le seigneur & elle, & non une vraie réception de foi.

DISTINCTION X.

Que de droit le mari fait la foi pour sa femme; & que tout autre usufruitier la peut faire pour le propriétaire.

(Art. 39 de la coutume).

LX. Le mari est autorisé par la loi, à faire la foi pour sa femme, des fiefs à elle appartenans; sa puissance pour tout acte possessoire, fonde ce droit: voilà le principe général qu'on va développer.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 21, de l'édition de 1709.

LXI. Cela a lieu, encore que le fief fût échu à la femme avant le mariage; parce qu'il a fait passer les actions de la femme dans la personne du mari, dont la puissance rend la femme incapable des actes même d'administration.

Tel est l'usage du châtelet, fondé sur la disposition de la coutume, qui rend le mari maître des actions mobiliaires & possessoires de sa femme.

LXII. Cette foi & hommage est plus pour le mari que pour la femme, puisque lorsque la femme devient veuve, elle est obligée de faire la foi en personne: en effet, le mari fait une mutation marquée dans la possession du fief, cela est plus rigoureux qu'équitable; mais pendant le mariage l'acte du mari met la femme à couvert.

Voyez M. Dumoulin, en la glos. citée sur la proposition qui suit.

LXIII. La raison de cette prestation de foi de sa part, lorsqu'elle survit son mari, est qu'elle n'en a été dispensée, que par le défaut de liberté dans sa personne, & que par son mariage, l'exercice de ses actions avoit passé à son mari; ainsi devenant libre par le veuvage, la dispense cesse: elle est donc tenue en ce cas, de rendre la foi & hommage, qui est un devoir personnel, que sa seule inhabilité avoit suspendu.

Voyez M. Dumoulin sur l'art. 37, glos. 5, num. 1; mais restant en viduité, elle ne doit aucun droit utile; c'est ce que dit M. Dumoulin, *quod vidua nonobstante fidelitate præstita per maritum, tenetur renovare fidelitatem, si patronus velit, sed non solvet relevium*; c'est aussi, ce que dit M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, ch. 4, pag. 23.

LXIV. Pendant le mariage, la femme commune est incapable de faire la foi en personne, c'est à son mari à la faire, ce qui s'entend du fief qui lui échoit pendant le mariage; cela est suite de la juste puissance que la coutume donne au mari sur les biens de sa femme, dont il a l'usufruit.

Voyez M. Brodeau, art. 36, num. 12; M. le Maître, des fiefs, page 12.

LXV. La séparation de biens, l'exclusion de communauté, ne privent point le mari de ce droit, parce que nonobstant cette séparation, il est intéressé à conserver les propres de sa femme; mais en ce cas, il est plus régulier qu'il la fasse en vertu d'une procuration de sa femme.

Tel est sur ce, l'opinion commune, fondée sur les principes ci-dessus.

LXVI. L'usufruitier d'un fief, pour conserver les fruits qui lui appartiennent, peut faire la foi pour le propriétaire, qui néglige de la faire comme son mandataire légal; autre exception à la régle, & sans cela on feroit tomber sur l'un le fait de l'autre, lorsque le premier offre tout ce qui est en lui pour y parer.

Tel est sur ce, l'usage. M. Dumoulin, sur l'art. 55, avoit pensé le contraire; voyez la distinction 12 ci-après; M. le Maître, qu'on va citer, confirme la proposition; que la raison & l'équité rendent incontestable.

LXVII. Ce droit accordé aux usufruitiers, les comprend tous; de-là il s'ensuit que la veuve, jouissante d'un fief de son mari, à titre de douaire coutumier, peut faire la foi, en cas de négligence de la part de l'héritier du mari, de la faire: c'est de sa part la conservation d'un droit favorable, & ce qui s'applique équitablement à tout autre usufruitier.

Voyez le titre du douaire, & M. Dumoulin sur l'art. 25 de l'ancienne coutume, quest. 4, num. 3, & art. 33, quest. 48, num. 158; & l'art. 253 de la coutume de Reims, les autres conséquences sont expliquées dans la distinction 12. Voyez aussi M. le Maître, des fiefs, pag. 8.

DISTINCTION XI.

Que les communautés peuvent faire la foi & hommage par procureurs; & de l'homme vivant & mourant, qu'elles sont obligées de donner pour ce au seigneur.

LXVIII. Les communautés rendent la foi & hommage par un fondé de procuration; elle ne peut, en ce cas, être rendue autrement, tout corps étant juridiquement représenté par l'administrateur de sa représentation, qui est générale, universelle & sans recours.

M. Dupleſſis, à la page citée sur la proposition qui suit.

LXIX. Ce mandataire eſt ordinairement la perſonne qu'elles donnent au ſeigneur, pour homme vivant & mourant; leur perpétuité les oblige à ce devoir ſingulier, & cette perſonne eſt pour ce, la plus convenable; ce qu'on approfondira par les propoſitions ſuivantes, & en traitant de l'homme vivant & mourant, & de l'indemnité due aux ſeigneurs par les gens de main-morte.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 21, de l'édition de 1709.

LXX. Toute communauté poſſédant fief, eſt obligée de donner au ſeigneur, un homme vivant & mourant, ſans lequel ſa directe deviendroit un vain titre; ce qui la conſerve comme on va l'expliquer.

Voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 1, queſt. 3, & ci-après le chapitre du relief.

LXXI. Faute de ce, le ſeigneur pourroit ſaiſir féodalement le fief, c'eſt un droit qui réſulte en ſa faveur de la coutume qui lui conſerve perpétuellement ſa directe.

Voyez le chapitre de la ſaiſie féodale.

LXXII. Relativement au ſeigneur, le fief eſt conſidéré comme s'il appartenoit à l'homme vivant & mourant; c'eſt par cette fiction qu'il conſerve l'utilité & l'honorifique de ſa directe.

Voyez ci-après le chapitre du relief, & ſur le titre des cenſives celui de l'Indemnité; c'eſt-là où l'on examine l'effet de l'homme vivant & mourant.

LXXIII. De-là il s'enſuit qu'arrivant le décès de l'homme vivant & mourant, il y a ouverture de fief, il faut préſentation d'un nouvel homme vivant & mourant & preſtation de foi de ſa part, & ainſi ſucceſſivement; la raiſon en eſt dite; il eſt cenſé propriétaire: voilà ſon principal effet, effet qui a les ſuites qu'on expliquera, & qui conſerve la directe, même les droits utiles du ſeigneur, comme on l'établira en traitant de ces droits.

Mais la mort civile de cet homme vivant & mourant, n'eſt pour ce, d'aucune conſidération, & ne donne point lieu à l'ouverture de fief; on ne conſidère que la mort naturelle. Arrêt du 13 février 1642, rapporté dans le 1 vol. du journal des audiences, liv. 3, ch. 52.

LXXIV. Cette préſentation d'homme vivant & mourant, eſt donc une ingénieuſe invention, ſans laquelle le droit des ſeigneurs, ſur les fiefs poſſédés par des communautés, deviendroit, comme on l'a dit, un vain titre; & cela eſt fondé, ſur ce que les communautés ne meurent pas, & ne peuvent aliéner, s'il n'y a urgente néceſſité ou utilité prouvée: il arriveroit ſans cette invention, d'homme vivant & mourant, que les ſeigneurs ne ſeroient plus ſervis, & reconnus tels par rapport aux fiefs mouvans d'eux & poſſedés par les communautés.

Voyez la citation ſur la propoſition qui ſuit.

LXXV. Cette invention conſerve bien au ſeigneur les droits honorifiques, mais elle ne lui conſerveroit ſes droits utiles qu'imparfaitement, à quoi la loi a remédié, par le droit d'indemnité, qui ſera examiné dans ſon ordre.

Voyez à la fin du titre des cenſives, le chapitre de l'indemnité, & en ce titre le chapitre du relief.

LXXVI. A l'égard des fiefs dépendans d'un bénéfice poſſédé par un ſeul homme, le titulaire eſt lui-même l'homme vivant & mourant; il n'en faut pas d'autre en ce cas.

Art. 141, du titre 15 de la coutume de Tours, qui forme ſur ce, un droit commun.

LXXVII. De-là il s'enſuit qu'à chaque changement de titulaire d'un tel bénéfice, ſoit par mort, ſoit par réſignation, ſoit par dévolut, le nouveau titulaire doit faire la foi & hommage, faute de quoi, il y a ouverture à ſaiſie féodale; c'eſt la conſéquence de la propoſition precedente.

C'eſt ce qui eſt dit par preſque tous les commentateurs, & ce qui eſt inconteſtable. Voyez ci-deſſus la diſtinction troiſieme de la premiere ſection de cette partie du préſent titre.

DISTINCTION XII.

Que tous les intéreſſés à la conſervation des fruits d'un fief peuvent faire la foi & hommage pour le propriétaire, négligeant de la faire, & quels ſont ces intéreſſés.

(Art. 34 de la coutume.)

LXXVIII. Ceux-là peuvent faire la foi pour le propriétaire, négligeant de la faire; leur intérêt ſenſible leur donne cette puiſſance: c'eſt une juſtice qui ne pourroit leur être refuſée.

Voyez l'art. 55 de la coutume, & le 345; cette maxime eſt atteſtée par Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, page 107, & eſt fondé ſur la propoſition qui ſuit; c'eſt juſtice.

LXXIX. Cela eſt fondé ſur la maxime, que la négligence ou la malignité des uns ne doit pas nuire aux autres; les intéreſſés doivent donc avoir cette capacité, il eſt donc vrai de dire que c'eſt une juſtice qu'on ne peut leur dénier.

Le curateur au fief déguerpi, peut & doit même faire la foi; M. Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 5, num. 15, pag. 159.

LXXX. De-là il s'enſuit que ſi un créancier a fait ſaiſir réellement un fief, & que ce même fief ſoit ſaiſi féodalement, faute de foi & hommage rendu, ou faute de droits non payés, le commiſſaire établi à la ſaiſie réelle, peut faire la foi & hommage, pour obtenir la main-levée de la ſaiſie féodale, toujours

toujours préférable à la saisie-réelle; premiere conséquence qui naît du principe, & qui est une regle de l'ordre judiciaire adoptée par la coutume.

Art. 34 de la coutume; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 3, pag. 20; M. le Maître, titre des fiefs, ch. 1, sect. 3, page 9.

LXXXI. Pour cela, le commissaire doit faire au préalable, une sommation à la partie saisie, de rendre la foi & hommage à son seigneur; c'est cette sommation qui lui donne la capacité; mais le refus d'y satisfaire ouvre son droit.

Tel est l'usage, & s'il étoit dû des droits au seigneur, il doit les lui offrir & les lui payer; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 3, page 20.

☞ Le commissaire établi à la saisie-réelle, ne peut rendre la foi & hommage qu'au refus du vassal, constaté par la sommation; car, si le seigneur veut la rendre lui-même, il doit être présent. Arrêts de la chambre des comptes des 10 & 19 février 1742, au profit du marquis de Nelle.

LXXXII. Le seigneur ne peut refuser la prestation de foi & hommage du commissaire, qu'en accordant souffrance au débiteur, jusqu'à la main-levée de la saisie-réelle; c'est au seigneur à opter; option qui conserve tout intérêt, c'est-à-dire le sien & celui du saisissant.

Voyez M. Dumoulin, sur l'art. 17 de l'ancienne coutume, num. 23.

LXXXIII. La mort du commissaire, quoique reçu en foi, ne fait pas ouverture au fief; la vassalité ne résidoit pas en sa personne, mais toujours dans celle de la partie saisie, que le commissaire n'a fait que représenter; & comme le commissaire, le curateur d'une succession vacante, peut faire la foi & hommage, à cause du fief dépendant de cette succession; il représente universellement le défunt, & sa création donne ouverture à un droit de relief; il a donc pour ce qualité.

M. Dumoulin, au num. cité sur la cinquieme proposition de cette section; par arrêt du 5 juin 1736, jugé qu'il devoit le relief; il est cité par l'auteur des notes sur M. le Maître, page 9.

LXXXIV. Mais en ce cas, le seigneur peut demander que ce curateur lui soit donné pour homme vivant & mourant; parce que pendant la vacance, l'ouverture à ses droits lui demeureroit inutile, & il a intérêt de les conserver.

M. Dumoulin, sur l'art. 12 de la coutume, gloſ. 1, num. 22; ce qui ne peut souffrir de difficulté, au moyen de l'arrêt cité sur la proposition précédente.

LXXXV. Dans ce cas, le décès de ce curateur, fait ouverture non-seulement à nouvelle prestation de foi, mais encore au droit utile de relief, dont il sera traité ci-après & dans son ordre: il y a vraie possession de sa part, au lieu que celle d'un commissaire se réduit à une simple régie.

Voyez le chapitre du relief, & l'arrêt cité dans la note sur M. le Maître, page 27, seconde édition.

SECTION II.

Comment la foi & hommage doivent être rendues.

DISTINCTION PREMIERE.

Du lieu où elles doivent être rendues.

(Art. 64 de la coutume).

LXXXVI. Elle doit être rendue dans le principal manoir du fief, à cause duquel elle est due; voilà sa premiere forme, elle en a d'autres qu'on va expliquer; il est à propos de se fixer d'abord sur le lieu, dans tout autre sa réception seroit grace.

C'est dans ce lieu qu'elle doit être rendue, nonobstant que le vassal alléguât qu'il y auroit procès & inimitié entre lui & le seigneur. Arrêt du 24 février 1652, rapporté par M. Henrys, tom. 2, liv. 3, question premiere.

LXXXVII. Si le seigneur est absent & qu'il n'y ait personne dans le principal manoir pour recevoir la foi, elle peut être faite devant la porte du principal manoir; suite de sa premiere forme, & de la disposition de la coutume.

Mais le seigneur ne peut commettre une personne vile pour recevoir sa foi & hommage pour lui; M. Dumoulin, sur l'art. 55, gloſ. 2, num. 6. Voyez la distinction qui suit.

LXXXVIII Lorsqu'il n'y a point de manoir, le vassal n'est pas obligé de faire la foi en plein champ & sur les terres du fief dominant; il peut la faire au domicile de son seigneur, autrement ce dernier exigeroit plus que la loi ne lui donne, ce qu'il ne peut faire.

Voyez M. Dumoulin, sur l'art. 39 de l'ancienne coutume; M. le Maître, des fiefs, ch. 1, sect. 4, page 14.

LXXXIX. Si néanmoins il y avoit dans le fief dominant, un lieu, par exemple, une tour destinée d'ancienneté, pour faire les foi & hommage, le vassal est obligé de la faire dans ce lieu; l'usage en ce cas, tient lieu de loi, & il est juste de s'y conformer.

De même, si le seigneur en a fait reconstruire un dans un autre lieu; M. Dumoulin, sur l'article 45, num. 4; en ce cas, c'est le principal manoir indiqué par la coutume.

XC. Les engagistes des fiefs du domaine, ne peuvent recevoir la foi; elle se

rend au roi en la chambre des comptes, comme on l'a déja obſervé : cet acte eſt vrai droit régalien.

Voyez ſur les réceptions de foi & hommage des vaſſaux de ſa majeſté, la déclaration du 18 juillet 1701 ; elle eſt rapportée par M. Augeard, tom. 3, ch. 59, page 322 ; M. le Maître, tit. des fiefs, ch. 1, ſect. 2, page 5 & 6, & les notes qui y ont été ajoutées.

DISTINCTION II.

De ce que doit faire le vaſſal en rendant la foi.

(Art. 63 de la coutume).

XCI. Il doit, étant au principal manoir, demander ſon ſeigneur, & s'il eſt abſent, demander s'il y a autre perſonne ayant charge pour recevoir la foi & hommage & les droits ; ſeconde forme de la foi & hommage : telle doit être ſa premiere démarche, & elle doit être conſtatée.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, chap. 2, page 16 de l'édition de 1709.

CXII. Là, il doit dire au ſeigneur, s'il eſt préſent, ſinon à la porte du manoir, en cas d'abſence, & qu'il n'y ait perſonne ayant charge de lui, qu'il lui porte la foi pour un tel fief, qu'il poſſede à tel titre, relevant de lui ; troiſieme forme de cet acte.

Ce qui emporte le devoir de le ſervir envers & contre tous, excepté contre le roi ; M. Dumoulin, ſur l'art. 1 de la coutume, gloſ. 6. *In verbo*, (mouvant de lui) ; mais ce qui ne s'entend que tant qu'il eſt propriétaire du fief, l'engagement étant purement réel.

CXIII. Là, il doit offrir les droits ſi aucuns ſont dûs pour ſa mutation, & le requérir en conſéquence, de le recevoir en foi ; quatrieme formalité.

M. Dumoulin, ſur l'art. 63, num. 15.

XCIV. On doit obſerver les formalités ci-deſſus & celles ci-après, pour la preſtation de foi, à l'égard de la perſonne commiſe pour ce, par le ſeigneur ; c'eſt ſuite de ce que deſſus, la premiere repréſentant l'autre.

Mais le ſeigneur ne peut pour ce, commettre une perſonne vile & abjecte ; M. le Maître, des fiefs, ch. 1, ſect. 4, pag. 15, comme on l'a déja obſervé.

DISTINCTION III.

De la ſoumiſſion avec laquelle le vaſſal doit faire la foi, & ſi les eccléſiaſtiques ſont diſpenſés de cette ſoumiſſion.

(Art. 63 de la coutume.)

XCV. Le vaſſal doit faire la foi un genou en terre, nue tête, ſans épée & ſans éperons, & doit prononcer ce qui eſt dit dans la diſtinction précédente, à haute & intelligible voix ; cinquieme formalité de cet acte.

M. Dumoulin, ſur l'article 54 de la coutume de Blois ; mais la foi & hommage étant faite au roi, le vaſſal doit ſur le champ reprendre ſon épée pour marquer qu'il doit l'employer en toute occaſion pour ſon ſervice, dit M. Tronçon, ſur l'art. 63. Voyez Loyſel, titre des fiefs, régle 1 ; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. des fiefs, art. premier.

XCVI. La nobleſſe du vaſſal, telle qu'elle ſoit, (les princes du ſang exceptés) n'exempte pas le vaſſal de ces marques de ſoumiſſion ; encore une fois, c'eſt devoir réel, qualité qui en adoucit la rigueur.

Voyez le livre 2, tit. 3, *in fine de feudis*, & la propoſition qui ſuit.

XCVII. En effet, c'eſt un devoir non perſonnel, mais réel ; en ſorte que ces ſoumiſſions doivent s'obſerver, quoique le ſeigneur ſoit roturier, mais le ſeigneur n'en peut exiger d'autres ; & s'il le faiſoit, la coutume s'éleveroit contre ſa prétention ; & dans ce devoir elle a voulu même y conſerver toute la décence, & principalement par rapport au ſexe.

Quoique la coutume ſe ſerve de ces expreſſions, *la bouche & la main*, cela ne s'entend pas d'un baiſer qui ſouvent ſeroit indécent ; c'eſt ce que dit M. Dumoulin, en ſa note, ſur ces mots & ſur l'article 1, gloſ. 3, num. 16. *Nimis eſſet indecens, imo reprehenſibile, niſi in fidelitate ligia quæ debetur ſoli principi* ; & même le ſeigneur ne peut exiger d'autres termes, que ceux portés par la coutume ; c'eſt ce que dit le même auteur, ſur l'art. 12 de la coutume d'Orléans, *nec enim vaſſallus tenetur ultrà formam conſuetudinis, nec ad formas inſolitas* ; ce qui eſt inconteſtable & de droit commun : c'eſt la loi qui eſt le guide, non la vanité ni l'arrogance.

XCVIII. Comme les eccléſiaſtiques ſont ſujets au droit commun, par rapport aux choſes temporelles, le reſpect dû à leur caractére, ne les exempte pas de cet état d'abaiſſement & de génuflexion devant un laïc ; les pairs mêmes, y ſont aſſujettis : tel eſt l'effet de la réalité de ce droit, qui fait abſtraction de la perſonne, & qui n'admet pas de diſtinction.

C'eſt ce que diſent M. de Carondas, ſur l'article 63 ; M. Brodeau, ſur le même article, num. 20 ; & M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 2, pag. 17 ; ce qui eſt conforme à l'uſage, ſi leurs poſſeſſions féodales les aſſujettiſſent, nonobſtant leur état, à ces devoirs envers de ſimples concitoyens. Comment les eccléſiaſtiques ont-ils pu ſoutenir que leurs poſſeſſions, telles quelles fuſſent, étoient exemptes de contribuer aux beſoins de l'état, & à proportion, lorſque c'eſt charge réelle qui influe ſur toute poſſeſſion, abſtraction faite de la perſonne des poſſeſſeurs, dont les changements ne peuvent affoiblir la juſte répartition, qui eſt un droit inſéparable de la ſouveraineté ?

DISTINCTION IV.

De l'acte qui doit être dreſſé, de la preſtation de foi, & de l'effet de cet acte.

CIX. La preſtation de foi, telle qu'elle eſt expliquée dans les deux diſtinctions précédentes, doit être atteſtée par deux notaires, que le vaſſal doit mener avec lui, leſquels en dreſſent un acte ou procès-verbal, ou par un notaire & deux témoins; ſixieme formalité de cet acte, c'eſt elle qui conſtate que ce que deſſus, & que la coutume exige a été rempli; il faut donc un tel acte, & mention par icelui de ce que deſſus.

Tel eſt l'uſage fondé ſur le texte même de la coutume, art. 63.

C. Cet acte ou procès-verbal, doit contenir les offres du vaſſal, des droits, ſi aucuns ſont par lui dûs, & faire mention de la réception en foi, & de l'acceptation des offres ou du refus du ſeigneur; ſeptieme formalité de cet acte.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, ch. 2, page 16 & 17 de l'édition de 1709.

CI. Si la foi a été faite à la porte du principal manoir du ſeigneur, il faut en ſignifier copie au plus prochain voiſin du ſeigneur; huitieme formalité de cet acte, & ſans laquelle l'oreille du ſeigneur n'étant nullement frappée, le fief ſeroit réputé ouvert.

C'eſt la diſpoſition de la derniere partie de l'art. 63 de la coutume.

CII. Dans ce même cas d'abſence du ſeigneur, il ſuffit que l'acte ou procès-verbal de preſtation de foi & hommage, contienne que celui qui l'a faite, étoit en état de vaſſal, ſans qu'il ſoit beſoin de plus ample déſignation; cette forme eſt uſitée & adoptée, c'eſt prouver, quoiqu'en termes généraux, que ce que la coutume exige a été rempli.

Tel eſt ſur ce, l'uſage conforme au ſentiment de M. Brodeau, ſur l'article 63, num. 16, & à celui de M. le Maître, des fiefs, page 15.

CIII. Au moyen de cet acte & de la ſignification d'icelui, le ſeigneur ne peut plus pourſuivre le payement de ſes droits, que par ſimple action, & non par main-miſe ſur le fief ſervant; les devoirs ſont remplis, & leur défaut ſeul produit le droit de la main-miſe: il n'y a donc plus lieu en ce cas, à cette exécution rigoureuſe pour prévenir, laquelle le vaſſal a fait tout ce qui étoit en lui.

Sur la forme de l'hommage lige & de l'acte qui doit être dreſſé d'icelui, voyez M. Brodeau, ſur l'art. 63 de la coutume, num. 27 & ſuivans.

☞ Voyez auſſi le dictionnaire des fiefs, par Freminville, *verbo* foi & hommage.

DISTINCTION V.

Du refus du ſeigneur de recevoir la foi, & de l'effet de ce refus.

CIV. Si la mutation a fait ouverture à un droit utile, le ſeigneur n'eſt point obligé de recevoir la preſtation de foi, qu'en lui payant ce droit: cela eſt indiviſible & lui conſerve ſon droit de main-miſe, la coutume réuniſſant toujours les droits avec les devoirs.

Tel eſt ſur ce l'uſage. Voyez Carondas, ſur l'article 63 de la coutume, qui avoit prétendu que des offres labiales & non réelles de la part du vaſſal, étoient ſuffiſantes pour mettre le vaſſal au moyen de ſa preſtation de foi & hommage à couvert de la ſaiſie féodale; mais cela eſt directement contraire à l'art. 1 de la coutume, qui autoriſe le ſeigneur à le faire, non-ſeulement faute de devoirs non faits, mais encore faute de droits non-payés; ce qui s'entend, lorſque la mutation a fait ouverture aux uns & aux autres: ainſi, ce ſentiment de Carondas ne peut pas faire d'impreſſion.

CV. Dans ce cas de refus de la part du ſeigneur, de recevoir la foi faute de droits payés, refus dont l'acte doit faire mention, le ſeigneur peut uſer de main-miſe ſur le fief; c'eſt ſuite de ſon droit, & de la diſpoſition de la coutume.

Voyez les notes ſur la propoſition précédente.

CVI. S'il y a conteſtation ſur les offres & ſaiſie féodale, cette ſaiſie ſubſiſte juſqu'au jugement de la conteſtation, qui en régle l'effet & la durée.

Tel eſt ſur ce, l'uſage & l'effet de l'indiviſibilité, de la réception de la foi & du payement des droits.

DISTINCTION VI.

Quelle coutume il faut ſuivre pour la forme de la foi, lorſque le fief ſervant, & le fief dominant, ſont ſitués dans deux différentes coutumes.

CVII. Dans ce cas, c'eſt la coutume du fief dominant qu'il faut ſuivre, pour la forme dans laquelle la foi doit être rendue, parce que c'eſt là où elle ſe rend; c'eſt donc cette loi qui en doit régir la forme.

C'eſt le ſentiment de M. Tiraqueau, traité du retrait lignager, §. 39, num. 20. Voyez M. Louet, let. C, num. 49, & let. F, num. 19; ce qu'il dit en ce dernier endroit, ne regarde que les droits utiles qui ſe réglent par la coutume du fief ſervant. Voyez auſſi M. le Prêtre, cent. 2, chap. 41; & Loyſel, des fiefs, régle 43; c'eſt droit commun.

CVIII. Cette coutume prévaut ſur l'autre, parce que c'eſt ſur le fief dominant, que la foi doit être rendue; c'eſt donc cette coutume qui en doit régir la forme, qui, comme on l'a établi par la ſection troiſieme du chapitre premier, du titre onzieme du livre précédent, eſt celle à laquelle il faut ſe conformer.

Voyez l'arrêt rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, page 371.

CIX. Cela a lieu, tant pour la forme de l'acte & les marques de soumissions avec lesquelles la foi doit être rendue, que pour l'âge & la capacité du seigneur qui la reçoit; c'est suite de ce que dessus, c'est cette loi qui prédomine, & il faut la prendre dans toutes ses parties.

Telle est l'opinion commune, conforme à l'arrêt du 27 août 1604, rapporté par M. Louet, let. C, num. 39; & au sentiment de M. le Maître, des fiefs, ch. 1, sect. 4, page 16.

DISTINCTION VII.

Comment le vassal doit faire la foi, lorsqu'elle est prétendue par plusieurs.

SUBDIVISION PREMIERE.

De la réception en main-souveraine, & de son effet.

(Art. 60 de la coutume.)

CX. Lorsque deux seigneurs prétendent que le fief est mouvant d'eux, le vassal doit avoir recours en ce cas, à la réception en main-souveraine, dont on expliquera la forme par la subdivision qui suit; c'est prévoyance de la coutume qui remédie à tout inconvénient, il faut remonter à la source pure, lorsque son cours est troublé.

Art. 60 de la coutume. Voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 6, page 54; M. le Maître, tit. des fiefs, page 7. Les arrêtés faits chez M. le président de Lamoignon, titre des fiefs, art. 10 & suivans.

CXI. Cela est établi pour mettre le vassal à couvert d'une saisie féodale qui emporte perte de fruits, comme on le verra par la suite; ainsi c'est juste & salutaire expédient, qui prouve la réflextion qui termine la précédente proposition, puisque la loi empêche que le fait des uns puisse nuire à l'autre.

M. Dupleſſis, à la page citée sur la proposition précédente.

CXII. Il peut y avoir recours, soit que la contestation soit formée par une double saisie féodale, soit qu'elle soit prête à se former; il a cette juste voie pour la prévenir: encore une fois, la sagesse de la loi prévient tout inconvénient.

M. Dumoulin, sur l'art. 68 de la nouvelle coutume, num. 55, atteste, que pour donner lieu à la réception en main souveraine, il n'est pas nécessaire qu'il y ait saisie féodale, & qu'il suffit qu'il y ait simple action intentée de la part de l'un des contendans; c'est aussi ce que dit M. le Maître, traité des fiefs, chap. 1, page 7: sentiment judicieux qui n'a rien de contraire à la coutume; loin de cela, il en est une conséquence.

CXIII. L'effet de la réception en main-souveraine, est de lier les mains aux deux contendans, & de cet effet, il résulte que ni l'un ni l'autre ne peut plus saisir féodalement; tel est l'effet de cette réception, qui fait suspension totale à l'activité du seigneur & même au dénombrement.

Un autre effet qu'elle produit, est de suspendre le délai de l'aveu & dénombrement; M. Dumoulin, sur l'art. 9, glos. 2, num. 11; ce qui prouve la proposition, & en est une suite adoptée.

CXIV. Si, avant cette réception, le fief avoit été saisi féodalement, elle en opére la main-levée; c'est suite de cet effet, sauf la limitation qui forme la proposition qui suit.

Si la mouvance étoit contestée de la part du roi, c'est toujours au roi que la foi & hommage doit être rendue; notes sur M. le Maître, page 7: tous les fiefs qui sont dans le royaume relevent de lui, dumoins médiatement, si ce n'est immédiatement; ainsi juste exception.

CXV. Cependant, les fruits échus jusqu'au jour de cette réception restent, ès mains du commissaire établi à la saisie féodale; cette réception n'a pas effet rétroactif, il seroit dangereux de la lui donner.

M. Brodeau, sur l'article 60, num. 27; M. Dupleſſis, page 54 à la fin; la coutume n'a pas voulu détruire les droits ni des uns ni des autres, mais les conserver.

SUBDIVISION II.

De la forme de la réception par main-souveraine, & de la consignation que le vassal doit faire.

(Art. 60 de la coutume.)

CXVI. Le vassal doit obtenir des lettres royaux, adressées au plus prochain juge royal de son fief, par lesquelles ce juge est autorisé à le recevoir en main-souveraine; telle est la premiere formalité de cette réception.

Tel est l'usage, selon Carondas, qui a dit, que la main souveraine est la main du roi; M. Brodeau atteste le même usage, ainsi que M. le Maître, page 7. La note marginale, sur M. Dupleſſis, page 54, porte que les lettres pour ce, ne sont plus de nécessité; si elles ne sont pas de nécessité, il est plus régulier & plus prudent de les obtenir que de les négliger, quand ce ne seroit que pour donner la compétence au juge, qui souvent sans elles ne pourroit l'avoir; je le pense ainsi.

CXVII. Il doit demander l'entérinement de ces lettres; seconde formalité de cette réception, cet entérinement étant leur condition légale.

M. Dumoulin, sur l'art. 60, num. 12 & 18. M. d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, article 112, avoient pensé que pour ce, il n'étoit pas nécessaire de lettres-royaux, & qu'il suffisoit de présenter une requête au juge royal. Voyez la note marginale, ajoutée au commentaire de M. Dupleſſis, & citée sur la proposition précédente.

CXVIII. Par sa demande, il doit s'avouer vassal, & se soumettre de faire la foi

& hommage à celui des deux contendans qui obtiendra gain de cauſe ; troiſieme formalité de cette réception, parce que ſans cet aveu, ce ne ſeroit plus combat du fief, mais prétention d'un franc-aleu, qui ne peut ſubſiſter ſans titre.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 6, pag. 55. Voyez les arrêtés cités ſur la premiere propoſition de la ſubdiviſion précédente.

CXIX. Pour obtenir l'entérinement de ces lettres, il faut qu'il aſſigne les deux ſeigneurs contendans, par-devant le juge auquel les lettres ſont adreſſées, & qu'il conſigne les droits de la derniere mutation, ſi aucuns ſont dûs, & qu'il ſignifie copie de la quittance de conſignation ; c'eſt la condition de droit de cette réception, qui au fond ne donne aucune atteinte aux droits des contendans, que la conſignation conſerve entierement.

On a déja vu que c'étoit devant le juge royal que cette aſſignation devoit être donnée. Voyez l'article 16 de l'ordonnance de Cremieu ; ſur la réception par main ſouveraine. Voyez M. Bacquet, de l'amortiſſement, à la fin du cinquante-neuviéme chapitre.

CXX. Il doit faire cette conſignation, encore qu'il eût payé les droits, à l'un des contendans, ſauf à lui à les répéter, ſi celui qui a reçu ſuccombe ; ou à retirer la conſignation, ſi celui auquel il a payé, obtient gain de cauſe, parce qu'il doit y avoir ſûreté pour les deux contendans, & c'eſt cette conſignation qui la procure à celui qui n'a pas reçu.

Voyez M. Brodeau, ſur l'art. 60, num. 44.

CXXI. L'entérinement de ces lettres, la réception en main-ſouveraine, équipole tellement à la foi & hommage, que l'an du retrait court du jour de l'entérinement, c'eſt-à-dire, d'une telle réception, autrement elle ſeroit imparfaite ; ce qui ne doit être, puiſque le vaſſal, s'étant conformé à la loi, doit être conſervé dans tous ſes droits.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 6, tout à la fin, page 55.

SUBDIVISION III.

De ce que doit faire le vaſſal, lorſque la conteſtation entre les deux ſeigneurs eſt terminée, & de la nouvelle ouverture qui arrive pendant le combat de fief.

(Art. 60 de la coutume.)

CXXII. La conteſtation entre les deux ſeigneurs prétendans, la mouvance étant jugée, le vaſſal, quoique reçu en main-ſouveraine, doit faire la foi & hommage à celui qui a obtenu gain de cauſe ; c'eſt celui qu'il doit reconnoître, la réception en main-ſouveraine n'ayant fait qu'une treve légale, pendant le tems de la conteſtation entre le vaſſal & le ſeigneur, ſans affranchir le premier de ſon devoir.

Ce qu'il doit faire dans les quarantes jours ; M. Dupleſſis, page 55 ; comme on va le dire par la propoſition qui ſuit.

CXXIII. Il a pour ce, quarante jours, à compter du jour de la notification du jugement ; c'eſt le délai pour la preſtation de foi, qui n'a pu commencer à courir que de ce jour.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente.

CXXIV. Il en eſt de même, ſi les ſeigneurs ont terminé leur combat de fief par une tranſaction, les quarante jours pour faire la foi courent du jour de la notification de la tranſaction, qui faiſant ceſſer la conteſtation, aſſure quel eſt le ſeigneur que le vaſſal doit reconnoître.

M. Dumoulin, ſur l'article 60 de la coutume, num. 17 ; M. Brodeau, ſur le même art. num. 49.

CXXV. Dans l'un & l'autre cas, les deniers conſignés doivent être délivrés à celui qui a obtenu à ſes fins ; c'eſt le juſte effet de la certitude de ſa qualité.

M. Dupleſſis, page 55 ; & tel eſt l'uſage fondé ſur l'eſprit de la coutume, & que la conſignation ſuivant ce même eſprit a réellement été faite pour lui.

CXXVI. Cependant, le vaſſal n'eſt pas obligé à réitérer la preſtation de foi, s'il l'avoit faite avant le combat de fief, à celui qui eſt jugé ou reconnu pour ſeigneur ; il a été ſervi, & la conteſtation formée de la part d'un tiers, n'oblige pas à un double ſervice, autrement ce ſeroit ajouter à la coutume ; & ſi pendant le combat de fief, il arrive nouvelle ouverture du fief ſervant, les ſeigneurs ne peuvent ſaiſir de nouveau féodalement ; mais le nouveau vaſſal doit, comme ſon prédéceſſeur, offrir les droits, puiſque la nouvelle mutation y fait ouverture : offres qui ne s'effectuent qu'en faveur de celui qui obtient gain de cauſe.

C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 6, vers la fin.

SECTION III.

De la peine & ſaiſie féodale, faute par le vaſſal de faire la foi.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand le ſeigneur peut ſaiſir féodalement.

(Art. 1 de la coutume.)

CXXVII. Faute par le vaſſal de faire la foi dans le délai de quarante jours, faute non-ſeulement de devoirs rendus, mais même faute de droits non payés, la loi des

fiefs impoſe une peine rigoureuſe, qui en aſſure, & qui en accelere l'acquittement : en effet, le ſeigneur peut ſaiſir féodalement le fief ; faute de cette ſaiſie, le vaſſal ne perd aucuns fruits, ſuivant la maxime, tant que le ſeigneur dort, le vaſſal veille ; mais s'il l'a fait le vaſſal perd les fruits. Le droit de ſaiſir féodalement par le ſeigneur, a été introduit équitablement au lieu & place de la commiſe qui étoit autoriſée autrefois, faute par le vaſſal de demander l'inveſtiture ; l'un eſt plus équitable que l'autre.

M. Dumoulin a ſoutenu que le délai de quarante jours n'avoit lieu qu'en mutation par ſucceſſion ; on le ſuit ce même délai de quarante jours dans toutes autres mutations ; & tel eſt ſur ce, l'uſage ſur la deuxieme partie de la propoſition. Voyez Jean Galli, queſt. 161.

CXXVIII. Il peut faire cette ſaiſie féodale, nonobſtant tout laps de tems, parce que la preſtation de foi, marque de ſa directe, eſt impreſcriptible ; il peut même ſaiſir féodalement, faute de payement d'anciens droits, & ce ſans commandement préalable ; mais il ne faut pas qu'ils ſoient preſcrits.

Le défaut de payement des droits utiles lorſqu'ils ont été offerts par l'acte de preſtation de foi, ne peut autoriſer la ſaiſie féodale, le payement des droits devant alors ſe pourſuivre par ſimple action ; M. Dumoulin, ſur l'art. 1 de la coutume, gloſ. 2, num. 1. Voyez la propoſition 4, ci-après, *Quid* ? ſi le fief dominant eſt poſſédé par pluſieurs ; M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 1, dit, *Unus hæredum poteſt manum injicere toti feudo vice omnium & omnibus prorata, fructus acquirere* ; *Quid* ? ſi le fief ſervant appartenoit à un mineur ; M. le Maître, des fiefs, page 68, eſtime que la minorité le met à l'abri des effets de la ſaiſie féodale ; ce qu'on examinera ci-après ſur la deuxieme partie de la propoſition. Voyez M. Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. premier, gloſ. 9, n°. 27 & ſuivants. Les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre de la ſaiſie féodale, art. 21. Quant à la diſpenſe du commandement, elle eſt atteſtée par M. Dumoulin, ſur l'art. premier de la coutume de Paris, gloſe 4, n°. 2 ; ce qui ſe développera par la diſtinction qui ſuit.

CXXIX. La foi étant faite, quoi qu'en l'abſence du ſeigneur, & les droits à lui offerts, il ne peut plus ſaiſir féodalement ; l'abſence du ſeigneur ne pouvant nuire à l'autre, c'eſt-à-dire, qu'elle ne peut nuire au vaſſal qui a rempli tout ce qui étoit en lui.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 1, pag. 44 ; M. le Maître, page 56, eſt d'avis contraire ; ſentiment dont il ſeroit difficile de trouver une baſe dans la coutume.

CXXX. Cette impuiſſance a lieu encore que le ſeigneur prétende plus grands droits, parce que les droits une fois offerts & par lui conteſtés, ne peuvent plus ſe pourſuivre que par action.

M. Dupleſſis, page 44 ; M. Dumoulin, en la gloſe citée ſur la propoſition qui ſuit, & en un autre endroit, dit que le ſeigneur ne peut en ce cas pourſuivre que *vid actionis non apprehenſionis* ; M. le Maître, page 55, à la fin.

CXXXII. Pour les droits extraordinaires & non établis par la loi municipale, encore qu'ils n'euſſent pas été offerts, le ſeigneur ne peut ſaiſir féodalement ; ces droits ne donnent que l'action & non l'exécution féodale : c'eſt le titre qui, en ce cas, peut ſeul agir, & non la loi, puiſqu'elle ſe tait, & n'en donne pas le droit.

Mais pour les droits portés par la coutume, le vaſſal qui a été reçu en foi & hommage, peut-il être ſaiſi féodalement ? Sur cela M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 9, num. 19, eſt d'avis que le vaſſal, en ce cas, ne peut être ſaiſi féodalement, *quia cauſa principalis & productiva eſt ipſa interruptio fidelitatis & vaſſalli defectus autem ſolutionis jurium non eſt effectiva, nec productiva poteſtatis prehendendi ſed ſolum acceſſoria & concomitans cauſam principalem* ; ce qui s'entend quand la réception en foi de la part du ſeigneur eſt pure & ſimple & ſans réſerve : mais ſi par icelle il y a réſerve, cette réſerve en étant inſéparable, en ce cas, je penſe que le ſeigneur peut ſaiſir féodalement pour ſes droits, la coutume lui donne ce droit, faute d'homme, droits & devoirs non faits & non payés. Voyez la derniere propoſition de cette diſtinction, & c'eſt le ſentiment de l'auteur des notes ſur M. le Maître, page 56, & ce qui réſulte de l'article premier de la coutume.

CXXXII. Dans le cas de droits extraordinaires, c'eſt au ſeigneur à juſtifier de ſon titre particulier, puiſque, quant à ce, la coutume ne peut lui en ſervir ; c'eſt action & non exécution parée, ſi le titre ne l'a par lui-même, & qu'il ait été reconnu ou déclaré exécutoire contre celui contre lequel on l'exécute.

Tel eſt ſur ce, l'uſage du châtelet.

DISTINCTION II.

De la forme de la ſaiſie féodale.

(Art. 30 & 31 de la coutume.)

CXXXIII. Il n'eſt pas néceſſaire qu'elle ſoit précédée d'un commandement, parce que la loi pour ce, ſert d'interpellation ; le ſeigneur peut donc débuter par la faire, ſans être aſſujetti au commandement préalable : cela eſt rigoureux, mais autoriſé.

M. le Maître, des fiefs, ch. 5, page 54 ; & tel eſt l'uſage qui eſt fondé ſur la coutume, qui n'impoſe pas la condition du commandement ; & cela eſt atteſté par M. Dumoulin, comme on l'a dit ſur la diſtinction précédente.

CXXXIV. Elle doit être faite en vertu d'une ordonnance du juge du ſeigneur, étant au bas d'une requête à lui préſentée ; premiere formalité de cette ſaiſie.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 3, pag. 46 ; M. le Preſtre, cent. 3, chap. 49.

CXXXV. Cette requête & la ſaiſie féodale faite en conſéquence, doivent être au

nom du ſeigneur même, & non pas au nom de ſon procureur ; ſeconde formalité.

Cependant l'arrêt du grand conſeil, rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, a confirmé une ſaiſie féodale qui n'étoit pas revêtue des formalités ci-deſſus ; ce qui ne me paroît pas pouvoir donner atteinte à la régle générale contenue dans la propoſition que l'uſage confirme.

CXXXVI. Cette requête, de même que l'ordonnance du juge, doivent être libellées, & contenir la déſignation générale du fief que le ſeigneur entend faire ſaiſir féodalement ; troiſieme formalité : ce qui emporte que cette ſaiſie doit comprendre le fonds du fief ſervant, & non ſimplement les fruits, puiſqu'elle doit opérer réunion de ce dernier au fief dominant ; cela réſulte de la coutume.

M. Dupleſſis, à la page citée ; & telle eſt ſur ce, l'uſage du châtelet, qui eſt fondé ſur l'ordonnance de 1667, ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre de la ſaiſie féodale, art. 3.

CXXXVII. Elle doit être faite par un huiſſier ayant caractere d'exploiter dans le lieu dans lequel elle eſt faite ; autrement elle ſe trouveroit faite par une perſonne privée, & par conſéquent nulle ; quatrieme formalité de cette ſaiſie.

M. le Maître, page 55, & ci-après, le titre des exécutions.

CXXXVIII. De-là il s'enſuit qu'elle peut être faite par un huiſſier de la juſtice du ſeigneur ; comme ſon juge en peut connoître, ſes officiers ont caractere pour la faire : c'eſt conſéquence de la capacité du juge.

Ce que dit M. Dupleſſis, page 46, au ſujet du juge du Seigneur, peut s'appliquer aux autres officiers de la juſtice, pourvu que le fief ſervant ſoit dans l'étendue de la même juſtice, & que par-là le ſergent ait caractere dans ce lieu.

☞ La coutume de Paris ne dit pas s'il eſt néceſſaire que la ſaiſie féodale ſoit recordée de témoins ; mais comme c'eſt un acte qui tend à déposſéder le vaſſal, ainſi que la ſaiſie-réelle, nous croyons qu'elle doit être recordée de deux témoins ; & c'eſt ce qui a été jugé par arrêt rendu en la grand'chambre, ſur les concluſions de M. l'avocat-général Gilbert, le 10 juillet 1741, pour le fief de Renouville, en faveur du comte de Joyeuſe, contre le marquis de Puiſeux, qui ſoutenoit que l'aſſiſtance des témoins n'étoit pas néceſſaire en matiere de ſaiſie féodale. Voyez Guyot, en ſon traité des fiefs, tom. 4, pages 382 & 392, & ſuivantes.

CXXXIX. Par la ſaiſie féodale, l'huiſſier doit établir un commiſſaire au régime & gouvernement du fief ſaiſi & lui laiſſer copie de ſon procès-verbal de ſaiſie ; ce même procès-verbal doit être notifié à la partie ſaiſie, & la ſaiſie doit être renouvellée de trois ans en trois ans, ce qui renferme trois autres formalités.

Art. 31 de la coutume ; & cette notification eſt de droit commun.

CXL. Cette derniere notification doit ſe faire, ou par une ſignification au domicile du vaſſal, ou par une publication au prône de la paroiſſe du fief ſaiſi ; ce qui eſt au choix du ſaiſiſſant.

Voyez M. le Maître, tit. des fiefs, page 61.

CXLI. Outre ces ſix formalités, la ſaiſie féodale doit être enregiſtrée au greffe de la juriſdiction en laquelle reſſortit le fief ſaiſi ; ſeptieme formalité de cette ſaiſie.

Voyez l'arrêt du 11 mars 1681, rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 218.

CXLII. Ce n'eſt que du jour de cet enregiſtrement que la ſaiſie féodale emporte perte de fruits ; ce qui eſt certain dans le cas que la notification s'eſt faite au prône : ſans toutes ces formalités qu'on vient d'expliquer, une telle ſaiſie ſeroit plus une exécution militaire qu'une exécution juridique.

C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, pag. 46. M. Ricard, & M. le Maître, pag. 62, eſtiment que cet enregiſtrement n'eſt néceſſaire que dans le cas de publication au prône ; ce qui paroît conſéquent au motif de la loi, s'il y avoit nullité dans la ſaiſie féodale, le vaſſal en doit avoir main-levée avec dommages & intérêts ; M. Louet, let. F, chap. 20.

DISTINCTION III.

Quelle coutume régit cette forme, lorſque le fief dominant & le ſervant ſont ſitués dans deux différentes coutumes.

CXLIII. Dans ce cas, comme dans le cas général mentionné dans la diſtinction précédente, l'ordonnance du juge, dans le reſſort duquel eſt ſitué le fief dominant, ſuffit, encore qu'il fût l'officier du ſaiſiſſant, parce qu'il eſt juge compétent pour toutes les actions du ſeigneur ; concernant ſon fief & la diverſité de coutume, ne fait ſur ce aucune différence.

Voyez l'ordonnance de 1667, tit. 24, *des recuſat.* des juges, art. 11.

CXLIV. Il n'en ſeroit pas de même de l'huiſſier reçu dans la juſtice du ſeigneur dominant, ſi le fief ſervant n'eſt pas dans l'étendue de la juſtice du fief dominant, parce qu'en ce cas l'huiſſier n'auroit pour ce aucune capacité ; en effet, il faut qu'il ait caractere dans le lieu dans lequel il inſtrumente : cela eſt inconteſtable.

Telle eſt ſur ce l'uſage ; il eſt fondé ſur les principes de l'ordre judiciaire, & qu'on explique ſur le titre des exécutions.

☞ Voyez la déclaration du premier mars

1730, qui fait défenſes à tous huiſſiers & ſergens royaux, de faire ou donner aucuns exploits, commandemens ou ſaiſies, ni autres actes de leur miniſtere hors de l'étendue de la juriſdiction royale, dont ils ſont huiſſiers par le titre de leurs proviſions, à peine de nullité des exploits; & autres actes, de laquelle défenſe ſont ſeulement exceptés les huiſſiers du châtelet, ayant pouvoir d'exploiter par tout le royaume; & les autres qui pourroient avoir le même droit par le titre de leurs offices.

CXLV. A l'égard des autres formalités de la ſaiſie féodale, il faut ſuivre la diſpoſition de la coutume du fief dominant, c'eſt elle ſur ce, qui doit prédominer, ſauf l'explication qui ſuit: en effet, il faut, quant à ce, ſuivre le même principe que par rapport à la preſtation de foi qu'on a expliqué ci-deſſus ſur la forme de cette preſtation.

Voyez l'arrêt rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, page 371.

CXLVI. Mais pour les effets de la ſaiſie féodale, c'eſt la coutume du fief ſervant qu'il faut ſuivre; c'eſt elle ſeule, par ſa réalité, qui en peut régler l'étendue: c'eſt un droit réel, inhérent paſſivement à la choſe même, & qui, par conſéquent, ne peut être réglé que par la loi qui régit cette choſe.

Voyez M. Louet & Brodeau, let. F, num. 19, & la propoſition réſulte évidemment de la maxime que les coutumes ſont réelles.

DISTINCTION IV.

Des effets de la ſaiſie féodale & des fruits que le ſeigneur gagne.

SUBDIVISION PREMIERE.

Qu'elle opére réunion.

(Art. 1 de la coutume.)

CXLVII. Son effet principal eſt de réunir le fief ſervant au dominant; effet dont on va développer les ſuites, effet qui ne ceſſe pas par la foi & hommage.

De-là il s'enſuit que la ſaiſie féodale doit embraſſer le fief même, & non les ſimples fruits ſur leſquels le ſeigneur ne peut ſe pourvoir qu'en vertu d'une ſentence de condamnation; c'eſt ce que dit M. Dumoulin, ſur cet art. gloſ. 5, num. 13, & ce qui réſulte évidemment de l'eſprit de la coutume, ſur la deuxieme partie de la propoſition. Voyez l'art. premier & deuxieme de la coutume.

CXLVIII. La cauſe de cette réunion momentanée, eſt que le ſeigneur dominant n'a mis le fief ſervant hors ſes mains que ſous de certaines conditions, l'aliénation primitive ceſſe: baſes ſolides de la réunion, quand la condition de l'aliénation manque; ce qui prouve que telle ſaiſie prévaut à la ſaiſie-réelle qui ſeroit faite à la requête des créanciers du vaſſal ſaiſi féodalement, ils ne peuvent avoir plus de droit que lui,

Cela réſulte des premiers principes de la conceſſion des fiefs. Voyez M. Dumoulin, cité ſur la propoſition qui ſuit, & ſur la derniere partie de la propoſition; M. Dumoulin, ſur Paris, art. premiere, gloſe 2, num. 3; M. Loyſel, des fiefs, régle 27, & Coquille, queſt. 21.

CXLIX. De cette réunion du fief ſervant au dominant, il s'enſuit perte de fruits pour le vaſſal; on en verra le détail dans les diſtinctions ſuivantes: il eſt bon de ſe fixer ici à cet effet de la réunion, & qu'elle produit inévitablement.

C'eſt ce que M. Dumoulin dit ſur ces termes de la coutume (exploiter en pure perte) *Hoc eſt in purum & merum damnum vaſſalli, qui interim purè & irrevocabiliter perdit omnem fundi ſui utilitatem, quæ cedit lucro & commodo patroni, quandiù feudum erit ad manum ſuam, ſine ullâ diminutione ſortis principalis, jurium debitorum patrono*; effet ſûr de la réunion, & par conſéquent de la ſaiſie féodale qui l'opére.

CL. Le vaſſal ſaiſi féodalement n'a pas l'action de complainte contre ſon ſeigneur, il n'a que la voie de demander la main-levée; la poſſeſſion fondée ſur la loi, ne pouvant donner lieu à cette action.

C'eſt à cet égard ce qui ſe pratique au châtelet.

SUBDVISION II.

Comment le ſeigneur doit jouir.

(Art. 1 de la coutume.)

CLI. Le ſeigneur doit jouir en bon pere de famille du fief qu'il a fait ſaiſir féodalement, c'eſt ſous cette condition que la loi lui permet de ſe mettre en poſſeſſion; quoique cette condition ſoit tacite, elle opére autant que l'expreſſe: c'eſt l'eſprit de la loi.

Non debet abuti, ſed ſecundùm modum regionis & boni patris familias, dit M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 8, num. 25. Voyez M. Dupleſſis, page 47 & 48; M. le Maitre, page 55, ce qui eſt inconteſtable; c'eſt droit commun dans le royaume.

CLII. De-là il s'enſuit qu'il ne peut percevoir les fruits que lorſqu'ils ſont parvenus à leur maturité, & qu'il ne les fait ſiens que par la récolte effective; conſéquence qui naît ſûrement du principe.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 4, pag. 47.

CLIII. Le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement peut jouir par lui-même du fief ſervant; c'eſt l'effet de la réunion que la ſaiſie feodale opére.

Cela réſulte de la ſeconde propoſition de la ſubdiviſion précédente & de la citation ſur la troiſieme, & eſt par ſoi-même inconteſtable, puiſque cela réſulte évidemment du texte qui ne limite pas la réunion.

CLIV. Il peut auſſi en faire bail; mais le bail par lui fait, ceſſeroit de droit par la ceſſation de la ſaiſie féodale, le fermier ne pouvant

pouvant avoir plus de droit que le ſeigneur même, dont le droit ceſſe par la main-levée de la ſaiſie féodale.

SUBDIVISION III.

Des fruits que le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement fait ſiens.

(Art. 1 de la coutume.)

CLVI. Si le vaſſal, étant ſaiſi féodalement, fait la foi & hommage avant la récolte, le ſeigneur ne profite d'aucuns des fruits; telle eſt la nature du droit qui réſulte de la ſaiſie féodale : c'eſt droit vraiment réel.

Voyez l'art. 69 de la coutume d'Orléans, & les trois propoſitions ſuivantes, qui établiſſent celle-ci.

CLVII. Cela a lieu, encore que les fruits fuſſent parvenus à leur parfaite maturité avant la preſtation de foi; encore une fois, telle eſt la nature de ce droit, & telle eſt ſa parfaite réalité qui ceſſe radicalement dès qu'il y a main-levée.

Voyez M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 8, num. 10 & 11; M. Dupleſſis, pag. 47.

☞ La ſaiſie féodale eſt purement réelle, comme une ſuite de propriété & une réunion qui ſe fait au fief du ſeigneur, *jure feudi*, & en conſéquence du domaine direct; c'eſt ce qui fait qu'elle ne peut être évoquée aux requêtes de l'hôtel ou du palais. Voyez l'ordonnance de Louis XII, de l'année 1499, art. 43, & l'art. 24 du titre des *committimus* de l'ordonnance de 1669, & l'arrêt rapporté par Augeart, tome premier, arrêt 41.

CLVIII. En effet, le ſeigneur ne peut faire les fruits ſiens que par la récolte effective & convenablement faite; c'eſt cette récolte qui réaliſe le droit réſultant de la ſaiſie féodale, puiſqu'elle n'opere que réunion momentanée & juſqu'à la foi; autre preuve conſéquente des deux propoſitions précédentes, & toujours ſuite de la réalité de ce droit.

Les fruits que le ſeigneur fait ſiens, en vertu d'une ſaiſie féodale ne ſe comptent pas *de momento ad momentum*. Voyez la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 229.

CLIX. Par le même principe, quoique la ſaiſie féodale ne ſoit antérieure que de quelques jours à la récolte, & fût-elle, même de la veille de la récolte, le ſeigneur gagneroit tous les fruits; ſi cette récolte eſt faite convenablement & pendant la durée de la ſaiſie féodale; ſeconde conſéquence de ce que deſſus; c'eſt réunion momentanée à la vérité, mais parfaite tant qu'elle dure, & qui opére tout ſon effet pendant ſa durée.

Voyez M. Dupleſſis, pag. 47, & ſi le vaſſal, pour rendre la ſaiſie inutile, les avoit recueillis prématurément, il ſeroit obligé de les rendre; M. le Maître, pag. 60; ce qui établit la propoſition, & qui forme une troiſieme conſéquence de ce que deſſus; & l'arrêt du 11 mars 1681, rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 206, juſqu'à la page 229.

CLX. Mais, comme on l'a vu dans la diſtinction précédente, le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement ne peut jamais anticiper ni prématurer la récolte; il doit agir en bon pere de famille; ce qui exclut toute anticipation.

Voyez l'art. 69 de la coutume d'Orléans, qu'on a déja cité.

CLXI. L'effet de cette réunion momentanée eſt ſi complet, que, ſi pendant la ſaiſie féodale, il y avoit une coupe de bois à faire, cette coupe de bois appartiendroit au ſeigneur; cette réunion comprend tout & n'excepte rien : elle comprend donc cette coupe de bois.

M. Brodeau, ſur l'art. 48, num. 2; M. le Maître, pag. 56. Il y en a un ancien arrêt de 1579, rapporté par M. Chopin, ſur l'art. 36 de la coutume d'Anjou.

CLXII. Il en eſt de même, ſi pendant ce même tems, il y avoit une pêche d'étang à faire; c'eſt une ſuite du même principe.

C'eſt ce que dit M. Dupleſſis, pag. 47, & ce qui réſulte de ce que dit M. le Maître, pag. 56; M. Dumoulin a été d'avis contraire par rapport aux coupes de bois, eſtimant que le ſeigneur n'y prenoit part qu'à proportion de la durée de la ſaiſie féodale; ce qui n'eſt pas ſuivi, & eſt abſolument contraire à l'arrêt cité ſur la propoſition précédente.

CLXIII. La ſaiſie féodale embraſſe les fruits civils & les profits de fief; mais chacun de ces objets forme la matiere des diſtinctions ci-après, comme demandant une explication détaillée. La nature régle les uns, la loi civile régle les autres.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente : ce qu'il y dit établit cette propoſition qui ſera plus approfondie par la ſuite.

CLXIV. Mais le ſeigneur n'a pas les profits de juſtice, juſtice & fief n'ayant rien de commun; par conſéquent la ſaiſie féodale n'embraſſe pas ces profits; mais il préſente aux bénéfices vacans, dont ſon vaſſal ſaiſi eſt patron : c'eſt droit de fief, non de juſtice.

M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 5, num. 46; M. le Maître, des fiefs, chap. 5, page 57, ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez Mornac, *ad legem* 24, ff. *de contrahenda empt.* & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. de la ſaiſie féodale, art. 15.

DISTINCTION V.

De l'effet du bail du fief ſervant, relativement au ſeigneur ſaiſiſſant féodalement.

(Art. 56 de la coutume.)

CLXV. Le bail que le vaſſal ſaiſi féodalement a fait, n'affoiblit pas le droit du ſeigneur ſaiſiſſant, mais il le modifie, de la façon qu'on va expliquer : c'eſt une juſte conciliation qu'il a fallu faire en ce cas du droit d'un tiers, ſans affoiblir réellement celui du ſeigneur ; en effet, quand il y a bail, le ſeigneur ne peut plus jouir par lui-même, ni dépoſſéder le fermier ; mais relativement à tous autres égards, ſa ſaiſie féodale produit tous ſes effets, ſauf le droit du fermier & celui du ſeigneur ſur le prix du bail : c'eſt juſte conciliation de différents cas du droit, & qui a lieu dans le relief, comme on l'expliquera en traitant de ce droit.

M. Dumoulin, ſur l'art. 58, gloſ. 1, num. 9; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 4, p. 48.

CLXVI. Tout l'effet de ce bail eſt que le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement eſt cenſé jouir par le fermier, & que le fermier eſt regardé comme la perſonne par lui prépoſée pour une exploitation réelle ; ainſi pendant le tems de la ſaiſie féodale, le prix du bail appartient au ſeigneur ; ce qui milite contre les ſouffrances, bien entendu qu'ils ne payent qu'en déduction du bail principal.

Il en eſt de même s'il y a des ſous-fermiers. M. le Maître, des fiefs, chap. 5, pag. 65, ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

CLXVII. Cependant les échéances des termes du bail ne ſont d'aucune conſidération relativement au ſeigneur ; ce n'eſt que la récolte des fruits qu'il faut conſidérer pour ſa jouiſſance : cela eſt une ſuite de la réalité de ce droit ; ainſi c'eſt juſqu'à cette concurrence que le prix du bail lui appartient.

M. Dumoulin, ſur l'art. 58, num. 7 ; M. Brodeau, ſur l'art. 57, num. 3.

CLXVIII. De-là il s'enſuit encore que ſi pendant la ſaiſie féodale, le fermier a fait la récolte totale des fruits, il doit payer au ſeigneur toute l'année de ſon bail, ſauf ſon recours contre ſon bailleur, pour ce qu'il pourroit lui avoir payé ; c'eſt en ce cas que la ſaiſie féodale peut nuire au fermier, mais il a ſon recours, ce qui ménage les droits des deux.

M. Dumoulin, aux nombres cités ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction.

CLXIX. Si pendant le même tems le fermier a récolté une portion des fruits, il doit payer au ſeigneur la valeur de la portion des fruits par lui recoltés, & non au-delà ; c'eſt ſuite du principe, c'eſt-à-dire, de la réalité du droit qu'on examine ainſi ſi les échéances du bail ne peuvent nuire au ſeigneur, de même elles ne peuvent lui profiter.

C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 4, ſection premiere, pag. 48, où il dit que dans le cas du bail & de la ſaiſie féodale, il faut garder le droit du ſeigneur, de même que s'il n'y avoit pas de bail ; ce qui établit la propoſition, & tel eſt l'uſage.

CLXX. Par le même principe, ſi pendant le même tems de la ſaiſie féodale, le fermier n'a rien récolté, le ſeigneur ſaiſiſſant n'a rien à prétendre, encore que pendant le même tems, il fût échu un ou pluſieurs termes du bail ; c'eſt ſuite du même principe & de la nature de ſon droit qui eſt réel, & l'explication de ce qui termine la précédente propoſition.

M. Dumoulin, ſur l'article premier, gloſ. 8, num. 10 ; M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente.

CLXXI. La raiſon de ce que deſſus eſt donc que le droit du ſeigneur eſt réel, que ſa réalité n'eſt pas changée par le bail, qui ne vaut relativement à lui, que pour maintenir le fermier dans ſon exploitation, & pour obliger le ſeigneur de prendre ſur le prix du bail, la valeur des fruits récoltés, pendant la durée de la ſaiſie féodale.

C'eſt ce qui réſulte de la doctrine de M. Dupleſſis, pourquoi il faut faire ventilation.

CLXXII. Le fermier du fief ſaiſi féodalement, n'eſt pas recevable à offrir au ſeigneur de ſe déſiſter de ſon bail ; la ſaiſie féodale lui eſt étrangere, il n'en peut naître aucun droit en ſa faveur ; il faut donc qu'il ſubſiſte contre lui, comme il ſubſiſte en ſa faveur.

C'eſt le ſentiment de M. Dupleſſis ; en effet, le bail opérant en partie en faveur du fermier, contre le ſeigneur, il eſt juſte qu'il opére en faveur de ce dernier contre l'autre ; & de ce que deſſus, il réſulte que le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement, ne peut dépoſſéder le fermier ; ce qui a lieu, même en faveur du fermier judiciaire : c'eſt une conſéquence qui naît invinciblement de ce que deſſus.

DISTINCTION VI.

Que le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement, ne peut dépoſſéder ſon vaſſal de ſon habitation.

(Art. 58 de la coutume.)

CLXXIII. Lorſque le vaſſal ſaiſi féodalement exploite ſon fief par lui-même, le ſeigneur ne peut pendant ſa ſaiſie féodale le dépoſſéder de la totalité du château ; c'eſt

juſte limitation à la réunion que la ſaiſie féodale opére.

Art. 58 de la coutume, & les propoſitions ſuivantes.

CLXXIV. Il n'a que le droit d'en prendre une portion ; encore le vaſſal n'eſt-il pas obligé de la lui fournir meublée, autrement ce ſeroit ajouter à la coutume.

Voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 4, ſect. 1, pag. 48.

CLXXV. A l'égard des bâtimens néceſſaires à l'exploitation des terres, le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement en doit jouir en totalité ; c'eſt à lui en ce cas auquel ils ſont néceſſaires, puiſqu'il jouit de tous les fruits du fief, & il en eſt de même de ceux qui ſont néceſſaires pour la conſervation des fruits, c'eſt le ſeigneur qui en doit jouir en totalité ; ſuite du même principe.

Art. 58 de la coutume. Voyez M. le Maître, des fiefs, chap. 5, pag. 66.

CLXXVI. Par le même principe que le vaſſal qui exploite par lui-même, ne peut être évincé par le ſeigneur de la totalité du château, de même il ne peut l'être de la portion ou totalité du château, qu'il s'eſt réſervée par le bail, lorſqu'il a affermé ſa terre : cela réſulte de la coutume, l'un étant ſuite de l'autre ; c'eſt portion de moins louée, que la ſaiſie n'embraſſe pas.

Suite & conſéquence du même art. 58 ; & ſi le fief ne conſiſtoit qu'en un château, le ſeigneur n'en peut demander le loyer que déduction faite de ce qui eſt néceſſaire pour l'habitation du vaſſal ; notes ſur le Maître, pag. 66 ; il faut toujours à ce dernier ſon habitation.

DISTINCTION VII.

Que le bail à rente non inféodée ne milite pas contre le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement.

(Art. 59 de la coutume.)

CLXXVII. Il n'en eſt pas du bail à rente non inféodée relativement au ſeigneur, comme du bail à tems : le premier n'eſt d'aucune conſidération relativement au ſeigneur ; autrement on donneroit atteinte à la réalité de ſon droit ; réalité qui ſubſiſte nonobſtant le fait de ſon vaſſal, qui ne peut à ſon préjudice démembrer ſon fief ; comme on le verra ci-après.

Voyez Dupleſſis, pag. 48, à la fin, & les propoſitions ſuivantes, qui développent celle-ci.

CLXXVIII. Lorſque le vaſſal a donné ſon fief à rente ſans démiſſion de foi, & que ce fief eſt ſaiſi féodalement, ce bail à rente non inféodée ne milite pas contre le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement, n'étant pas obligé de reconnoître une telle aliénation qui laiſſe la condition de la conceſſion dans ſon intégralité.

Art. 59 de la coutume, & les trois propoſitions ſuivantes.

CLXXIX. De-là il s'enſuit que le ſeigneur ayant ſaiſi féodalement ce fief, peut dépoſſéder le preneur à rente & exploiter le fief par lui-même. Cependant, le ſeigneur ne peut dépoſſéder le preneur à rente de ſon logement ; c'eſt exception en faveur du vaſſal qui milite pour celui qui le repréſente ; l'un eſt ſuite de l'autre, parce que ſi telle aliénation ne nuit pas au ſeigneur, elle ne doit pas augmenter ſon droit.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité des fiefs, ch. 4, ſection premiere, pag. 49 & pag. 99 ; le Maître, des fiefs, chap. 5, pag. 67 ; & ci-après le chap. du démembrement.

☞ Tous les auteurs ne ſont pas d'accord ſur le principe établi par la propoſition ci-deſſus, fondée ſur le ſentiment de Dupleſſis ; mais il ſemble qu'il faut faire une différence du vaſſal, au preneur à rente ; il eſt juſte que le vaſſal ſoit traité honnêtement, & qu'il ne puiſſe être délogé ; mais il ne doit pas en être de même du preneur à rente, dont le droit eſt incapable de prévaloir, ſur celui du ſeigneur, & qui n'a en ſa faveur ni l'eſprit ni la lettre de la coutume ; ainſi il paroît qu'il eſt au pouvoir du ſeigneur de le dépoſſéder de ſon logement.

CLXXX. En effet, quant à ce, le preneur à rente a les droits du vaſſal, qui ne pourroit être dépoſſédé s'il exploitoit par lui-même ; le preneur à rente ne peut donc l'être, ce dernier ayant les droits de ſon bailleur.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune ſur le fondement de la propoſition précédente.

CLXXXI. Mais le bail à rente militeroit contre le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement s'il l'avoit inféodée ; en ce cas, il ſeroit obligé de ſe contenter de la rente juſqu'à concurrence du tems, pendant lequel la ſaiſie féodale auroit durée, & tel eſt le juſte effet de ſon approbation & de ſon inféodation d'un tel bail qui le fait réfléchir contre lui.

M. Dupleſſis, à la page 49, déja citée ; ſans cette approbation, le bail à rente, quoique non-rachetable, ne doit en aucun cas militer contre le ſeigneur, ſuivant le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité des cenſives, pag. 99, & ce qui réſulte des propoſitions précédentes ; c'eſt toujours aliénation qui ne peut militer contre le ſeigneur, qu'autant qu'il l'a approuvée ; ceſſant cette approbation, ſon droit primitif reſte dans ſon entier.

DISTINCTION VIII.

Des fruits civils que le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement fait ſiens.

CLXXXII. Quoique ces fruits ſoient dûs de jour à autre, néanmoins le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement, n'a pas indiſtinctement la portion dans iceux pendant le tems que ſa ſaiſie féodale a ſubſiſté : principe général qu'on va expliquer. En effet, il n'a

portion dans ces fruits que lorſque, pendant le cours de ſa ſaiſie féodale, il eſt échu un terme ou deux de ces mêmes fruits; & s'il n'eſt échu aucun terme, il n'y a rien; tel eſt l'effet que la réunion qu'opére la ſaiſie féodale, doit produire; c'eſt droit rigoureux, & que par conſéquent on ne doit pas étendre & admettre contre le titre, le partage par jour.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 5, chap. 4, page 47.

CLXXXIII. Dans le cas même qu'il eſt echu un terme pendant le cours de la ſaiſie féodale, il ne l'a que juſqu'à concurrence de la portion de tems qui a couru pendant la ſaiſie féodale, en cas que ce terme excéde cette portion; ſuite de la réunion momentanée que produit la ſaiſie féodale, & de la rigueur de ce droit.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente, eſtime qu'en ce cas, il doit avoir tout le terme; mais la propoſition a été formée ſur l'opinion la plus commune; en effet, la ſaiſie féodale eſt une peine qui ne doit pas être étendue; par conſéquent, le ſeigneur ne doit avoir part dans ces ſortes de fruits, que dans le cas qu'il y en a eu d'exigibles lorſque la peine ſubſiſtoit, & dans ce même cas il ne doit y prendre part que pour autant de tems que la peine a ſubſiſté, puiſque ſon droit ſe réduit à une réunion momentanée. Voyez Dumoulin, ſur l'article premier de la coutume, gloſ. 1, num. 51 & ſuivans; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 78.

CLXXXIV. A l'égard des débiteurs de ces fruits civils, c'eſt-à-dire, les locataires de maiſons, les débiteurs des rentes & redevances, le ſeigneur eſt obligé de leur dénoncer ſa ſaiſie féodale, ſans cela elle ne pourroit opérer contr'eux; leur ignorance les en mettroit à couvert.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chapitre 4, p. 47.

CLXXXV. Au défaut de cette dénonciation, ces débiteurs ayant payé au vaſſal ſaiſi, ſeroient bien libérés; tel eſt l'effet de la négligence du ſeigneur.

Tel eſt l'uſage fondé ſur ce qu'en ce cas, on ne peut rien leur imputer.

CLXXXVI. Cependant dans ce même cas, le ſeigneur a la répétition contre ſon vaſſal, juſqu'à concurrence de ce qui eſt dit ci-deſſus; & cette répétition eſt ſuite de la réunion, que le fait de ſon vaſſal n'a pû affoiblir.

Cette propoſition & la précédente ſont conformes à l'uſage, & réſultent du droit du ſeigneur, qu'on a établi ci-deſſus.

DISTINCTION IX.

Des profits de fief que le ſeigneur faiſiſſant féodalement fait ſiens, & de ſon droit ſur les arriere-fiefs.

SUBDIVISION PREMIERE.

Des profits de fief dépendans de celui par lui ſaiſi, qui lui appartiennent.

(Art. 54 de la coutume.)

CLXXXVII. Les profits de fiefs qui auroient appartenus à ſon vaſſal, lui appartiennent tant que dure la ſaiſie féodale; autre effet de la réunion. De-là il s'enſuit que ſi pendant le cours de la ſaiſie féodale, il échoit un droit de quint ou un droit de relief en faveur du propriétaire du fief ſaiſi féodalement; ces droits appartiennent au ſeigneur en conſéquence de la ſaiſie féodale; il n'y a plus de milieu, la réunion l'a effacé, & de ſeigneur ſuzerain, le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement eſt devenu ſeigneur immédiat.

C'eſt ce que diſent Dumoulin, ſur l'art. 55 de l'ancienne coutume, gloſ. 1, num. 3, & Coquille, ſur la coutume de Nivernois, titre des fiefs, art. 58, l'art. 54 de la coutume; c'eſt droit commun.

CLXXXVIII. Il en eſt de même du droit de lods, & ventes dû au fief ſaiſi: ſeconde conſéquence du même principe, qui régle également l'un & l'autre cas.

Voyez M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit; & les autorités rapportées ſur la propoſition précédente, prouvent encore celle-ci, & lui ſont communes.

CLXXXIX. Pour cela il ſuffit que la mutation de l'arriere-fief ou de l'arriere-cenſive ſoit arrivée pendant le cours de la ſaiſie féodale, parce que pendant tout ce temps, la réunion ſubſiſte, & qu'elle doit par conſéquent opérer ſon effet.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 4, ſect. 2, page 50; ce qui a lieu même pour le relief en nature, qui ſubſiſte ſur l'arriere-fief, nonobſtant la main-levée de la ſaiſie féodale; le droit d'icelui eſt acquis; & par conſéquent ne peut ceſſer par cette main-levée. Cette propoſition & les deux précédentes ſont atteſtées par Pocquet de Livoniere: régles du droit françois, pag 118.

CXC. Ce que deſſus a lieu, comme on l'a déja obſervé, parce que par la ſaiſie féodale, le ſeigneur réunit le fief ſaiſi au ſien, & devient par conſéquent ſeigneur immédiat de l'arriere-fief: preuve de ce que deſſus qui influe même ſur le droit de préſentation & ſur celui de commiſe.

Voyez M. Dumoulin ſur l'article 55, gloſ. 3, au commencement, & gloſ. 5, num. 2. Par cette réunion il jouit du droit de préſentation; M. Brodeau ſur l'article 31, num. 18; M. le Maître, des fiefs, ch. 4, pag. 56; il profite même de l'arriere-fief qui ſeroit tombé dans le cas de

la commiſe par le déſaveu; M. Dumoulin ſur l'art. 55, gloſ. 10, num. 45 & 46; M. le Maître, des fiefs ch. 5, pag. 64; il en eſt autrement dans le cas du relief, comme on le verra ci-après, c'eſt-à-dire, dans le cas que le ſeigneur jouit d'un fief relevant du ſien à titre de relief; le droit de relief ne pouvant comme la ſaiſie féodale, embraſſer les derniers droits dont on vient de parler.

SUBDIVISION II.

De la foi que le ſeigneur, qui a ſaiſi féodalement, a droit d'exiger de ſes arriere-vaſſaux, & de la ſaiſie féodale qu'il peut faire ſur eux.

(Art. 55 de la coutume.)

CXCI. Le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement le fief mouvant de lui, a droit d'exiger la foi de ſes arriere-vaſſaux, lorſqu'il arrive mutation dans les arriere-fiefs, pendant la ſaiſie féodale; c'eſt encore un effet de la réunion qu'elle produit & qui eſt totale.

Voyez Dumoulin, à l'endroit qu'on vient de citer, art. 55 de l'ancienne coutume, gloſ. 10; M. le Maître pag. 6.

CXCII. Faute par les arriere-vaſſaux de lui faire la foi, il peut ſaiſir féodalement leurs fiefs; ce droit eſt ſuite de l'autre, & cette ſeconde ſaiſie féodale ſubſiſte juſqu'à ce que ſon arriere-vaſſal lui ait fait la foi; mais elle ceſſeroit ſi ſon vaſſal immédiat l'avoit ſervi; par-là la réunion auroit ceſſé, & par conſéquent cette ſaiſie ſubordonnée.

Voyez M. Dupleſſis pag. 51, à la fin; M. le Maître, page 6; & l'art. 54 de la coutume.

CXCIII. Il gagne les fruits de l'arriere-fief, comme il les gagne du fief mouvant de lui, nuement & ſans milieu; il devient pour ce tems, ſeigneur immédiat: tant que le milieu eſt ôté, il n'y a plus d'obſtacle, & il ſe forme un tout.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente; M. le Maître, des fiefs, pag. 63.

CXCIV. Cela eſt fondé, ainſi qu'on la déja dit ci-deſſus, ſur ce que l'effet de la premiere ſaiſie féodale, eſt d'effacer pour un tems le fief mitoyen, en le réuniſſant au fief ſuzerain; c'eſt de ce principe capital que découlent tous les droits ci-deſſus.

Mais les arriere-vaſſaux en ont main-levée en lui faiſant la foi & en payant les droits qui ſeroient par eux dûs, art. 55, de la coutume; par-là tout eſt rempli de leur part; & tout droit eſt conſervé au ſeigneur ſaiſiſſant.

CXCV. Le ſeigneur n'a droit ſur les arriere-fiefs, que lorſqu'il a fait ſaiſir féodalement le fief mouvant de lui immédiatement, & il doit expliquer ce droit, duquel ceux ſur les arriere-fiefs naiſſent. En effet, faute de ſaiſie féodale qui opére réunion, le milieu qui ſépare ſon fief d'avec les arriere-fiefs, eſt ſubſiſtant; le ſeigneur ne peut donc en ce cas, avoir droit ſur les arriere-fiefs; il exerceroit, en ce cas, le droit d'un tiers & qui ne lui compete pas.

Cette réunion eſt établie dans les commencemens de la préſente ſect. Voy. Dupleſſis, page 52.

CXCVI. Une ſeconde raiſon, c'eſt que quoique le vaſſal n'ait pas ſervi ſon fief, il n'eſt pas moins propriétaire d'icelui, tant qu'il n'eſt pas ſaiſi féodalement; ce qui confirme ce que deſſus.

La maxime, tant que le ſeigneur dort, le vaſſal veille, fonde cette propoſition.

CXCVII. Lorſque les arriere-vaſſaux ſont ſaiſis féodalement par ſuite d'une premiere ſaiſie féodale, faite ſur leur ſeigneur immédiat, ils ne peuvent faire la foi qu'à leur ſeigneur ſuzerain; autre ſuite de la réunion qu'opére la ſaiſie féodale, & la foi qu'ils lui ont fait en ce cas, eſt cenſée faite à leur ſeigneur immédiat; c'eſt l'eſprit de la réunion & du retranchement du fief mitoyen, & du droit direct que la ſaiſie féodale donne au ſeigneur ſuzerain, autrement ce ſeroit doubler la charge des arriere-vaſſaux, & faire retomber ſur eux le fait d'un tiers.

M. Dupleſſis, pag. 52; le Maître, des fiefs, pag. 63; de-là il s'enſuit que l'ayant fait à leur ſuzerain, ils ne ſont pas obligés de la faire au ſeigneur duquel ils relevent immédiatement; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; Dumoulin, ſur l'art. 55, gloſ. 5, *in principio*, & num. dernier, même gloſe.

CXCVIII. Mais ſi ce ſeigneur a obtenu la main-levée de la ſaiſie féodale, avant que ſes vaſſaux aient rendu la foi au ſuzerain; ces vaſſaux en ce cas ſont obligés de la lui faire; tel devoir de leur part, reſtant en ce cas à acquitter, & à acquitter envers leur vrai ſeigneur qui eſt rentré dans tous ſes droits.

Voyez les citations ſur les trois propoſitions précédentes; elles établiſſent celle-ci qui n'en n'eſt qu'une ſuite.

SUBDIVISION III.

Du dénombrement que le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement, peut exiger ſur ſes arriere-vaſſaux & du retrait féodal qu'il peut exercer ſur les arriere-fiefs.

CXCIX. Dans le cas que le ſeigneur a ſaiſi féodalement le fief de ſon vaſſal immédiat, il peut, lorſqu'il y a mutation dans les arriere-fiefs, exiger de ſes arriere-vaſſaux, l'aveu & le dénombrement des terres qu'ils poſſédent, relevantes du fief qu'il a fait ſaiſir féodalement; c'eſt encore un autre effet de la réunion que la ſaiſie féodale opere. Mais c'eſt là porter bien loin l'aveu & le dénombrement, ayant trait à l'avenir, & intéreſſant bien plus le vaſſal

ainſi que le ſeigneur ſaiſiſſant féodalement, auſſi le premier a-t-il droit de blâmer un tel dénombrement.

Dumoulin, ſur l'art. 55, gloſ. 7, num. 2. Mais après la main-levée, il doit les rendre à ſon vaſſal; la main-levée effaçant pour l'avenir tout l'effet de la ſaiſie féodale, lorſqu'elle n'a pour baſe que le défaut de l'aveu & du dénombrement.

CC. La raiſon de ce eſt la même; c'eſt que par l'effet de la ſaiſie féodale, & tant qu'elle dure, ce fief par lui ſaiſi eſt réuni au ſien; il a donc droit de demander aux arriere-vaſſaux leur aveu & dénombrement: c'eſt un droit qui naît de l'autre.

M. Dupleſſis, des fiefs, page 53; mais la réception d'un tel aveu & dénombrement n'empêche pas le vaſſal, lorſqu'il a obtenu main-levée, de le blâmer; l'auteur des notes ſur le Maître, titre des fiefs, ch. 1, ſect. 2, p. 6; en effet, c'eſt dans la perſonne de ce dernier qu'en ce cas réſide cette action, parce que, comme on l'a déja obſervé, elle l'intéreſſe bien plus que le ſuzérain.

CCI. Par le même principe, ſi pendant la durée de la ſaiſie féodale, il arrive mutation par vente dans quelques arriere-fiefs, le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement peut exercer le retrait féodal ſur ces arriere-fiefs; c'eſt encore un autre effet que produit la réunion, ſauf la limitation qui ſuit, & ſans laquelle les droits du vaſſal, nonobſtant ſon ſervice du fief, ne ſeroient pas conſervés.

M. Dupleſſis des fiefs, liv. 5. chap. 4. ſect. 2. pag. 51. vers la fin; M. le Maître, traité des fiefs, ch. 6. pag. 74.

CCII. Mais tel retrait étant exercé par le ſuzerain, le vaſſal ſaiſi, ayant depuis obtenu main-levée de la ſaiſie féodale, peut obliger ſon ſeigneur en le rembourſant, de le ſubroger dans le droit réſultant du retrait féodal par lui ainſi exercé, ſous la reſtriction qui forme la propoſition ſuivante, parce qu'il ne doit perdre que des fruits, non un fonds, & que tel retrait a produit un fonds qui doit être mouvant de ſon fief, en laiſſant au ſeigneur le ſimple fruit échu pendant le tems que la réunion des deux fiefs a ſubſiſté.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente; le Maître, & la note ajoutée à ſon commentaire, page 75; note qui ne décide pas ouvertement ſi le ſeigneur peut retenir le fief par lui retiré, & qui ſe réduit à dire que le ſentiment de Dumoulin n'eſt plus ſuivi en ce qu'il avoit penſé que le ſeigneur étoit tenu de mettre hors ſes mains le fief par lui retiré pendant la ſaiſie féodale, & qu'il peut le conſerver, & qu'en ce cas, lui & ſon vaſſal, ſont ſeigneurs & vaſſaux l'un de l'autre, *ſub diverſo reſpectu*; derniere partie qui eſt juſte, ainſi que la critique que cette note contient du ſentiment de Dumoulin; mais le ſeigneur qui avoit ſaiſi féodalement, & qui en conſéquence d'une telle ſaiſie, avoit exercé le retrait féodal d'un certain fief, ne peut retenir ce même fief, qu'en ſe conformant à ce qui eſt expliqué par la propoſition qui ſuit. Cela conſerve tout intérêt, c'eſt-à-dire, les juſtes mouvances qu'un tel retrait ne doit pas déranger.

CCIII. Cependant, le ſeigneur qui a exercé un tel retrait féodal peut parer à cette ſubrogation, & faiſant déclaration authentique qu'il tiendra ſéparément de ſon fief l'arriere-fief par lui retiré féodalement, & qu'il le tiendra mouvant de ſon vaſſal; la perte alors eſt réduite à un droit échu, qui renaît par la ſuite, & ſe renouvelle, & par-là le droit au fonds du vaſſal ſe trouve conſervé.

C'eſt l'opinion commune, conformément au ſentiment de M. Dupleſſis, & à ce qui réſulte de la note ajoutée au commentaire de M. le Maître.

CCIV. La raiſon de cette reſtriction & du droit du vaſſal qui a été ſaiſi féodalement, & qui a depuis obtenu main-levée de la ſaiſie féodale, lorſque le ſeigneur ne fait pas la déclaration exprimée par la propoſition précédente, eſt que la ſaiſie féodale n'emporte perte de fruits que pour un tems & non pour toujours, & qu'il perdroit pour toujours un droit dépendant de ſon fief, s'il n'avoit la voie de forcer ſon ſeigneur de le ſubroger dans le retrait, ou de lui faire reconnoître qu'il tiendra mouvant de lui, l'arriere-fief qu'il a ainſi retiré; au moyen de quoi tout lui eſt conſervé pour l'avenir, même le droit de retrait féodal, qui, par la ſuite, peut s'ouvrir à ſon profit.

Voyez Dupleſſis à la page ci deſſus citée, & la note ſur le Maître, auſſi ci-deſſus citée.

DISTINCTION X.

De la préférence de la ſaiſie féodale ſur les autres.

CCV. La ſaiſie féodale du ſeigneur, l'emporte ſur toute autre ſaiſie faite à la requête des créanciers du vaſſal; c'eſt condition & charge primitive de la conceſſion du fief: elle doit donc l'emporter ſur toute autre; c'eſt droit commun.

Prehenſio & injectio manûs domini feudalis, tanquam in cauſâ primordiali & antiquiori procedens, debet manere & preferri omnibus aliis; Dumoulin, ſur cet art. gloſ. 2, num. 3; le Maître, page 63; ce que l'eſprit de la coutume rend inconteſtable, ainſi que les principes de l'ordre judiciaires, ſuivant leſquels les créanciers ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur. Voy. ci-après le chapitre des actions du ſeigneur, & dans le dernier livre, celui de l'ordre où cela eſt établi.

☞ Cependant, Auzanet, ſur la coutume de Paris, art. 34, rapporte un arrêt du 7 août 1627, par lequel il a été jugé que la ſaiſie féodale faite de la part d'un ſeigneur particulier, devoit céder à la ſaiſie réelle faite de l'autorité de juſtice, pour le bien commun de tous les créanciers du vaſſal; ce qui ne doit néanmoins s'entendre que dans le cas où il auroit été procédé à un bail judiciaire, comme il eſt établi par la propoſition ſuivante.

CCVI. Cependant, s'il y avoit un bail judiciaire antérieur à la ſaiſie féodale, le

ſeigneur ſeroit obligé, comme on l'a vu ci-deſſus, de ſe contenter du prix du bail judiciaire; c'eſt juſte exception qui conſerve les droits du ſeigneur, ainſi que ceux des créanciers; le bail judiciaire ne devant pas avoir moins d'efficacité que le conventionnel, & de cette régle, que la ſaiſie féodale du ſeigneur l'emporte ſur les autres ſaiſies; il faut excepter celle qui ſeroit faite à la requête du créancier, de la rente foncière qui ſeroit à prendre ſur le fief ſaiſi féodalement & que le ſeigneur auroit inféodée; par l'inféodation le ſeigneur a conſenti à cette préférence; ſeconde exception à la régle que contient la premiere propoſition de cette diſtinction.

Il en ſeroit autrement, ſi la rente n'étoit point inféodée; voyez la note ajoutée au commentaire de M. Dupleſſis, traité des cenſives, p. 99.

CCVII. Néanmoins, ce créancier même d'une rente ainſi inféodée, ne ſeroit payé par préférence au ſeigneur, que des arrérages de ſa rente qui ſeroient échus pendant la durée de la ſaiſie féodale, & non des arrérages antérieurs; en effet, le ſeigneur ne doit pas ſouffrir de la négligence du créancier d'une telle rente, & l'approbation par lui faite de la rente réſultante de ſon inféodation, ne peut influer ſur lui que pendant la durée de la réunion du fief ſaiſi féodalement au ſien, & non pour les termes antérieurs.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune; elle eſt fondée ſur l'eſprit de la commune.

DISTINCTION XI.

Des charges de la ſaiſie féodale.

SUBDIVISION PREMIERE.

Du rembourſement des labours & ſemences que le ſeigneur doit faire.

(Art. 56. de la coutume.)

CCVIII. Si lors de la ſaiſie féodale, les terres étoient labourées & enſemencées le ſeigneur eſt obligé d'en rembourſer le montant à ſon vaſſal, s'il profite d'iceux par la récolte; c'eſt la premiere charge des fruits qu'il fait ſiens, ſur le montant deſquels il faut de droit cette déduction, n'y ayant que ce qui reſte qui ſoit vraiment fruits.

Art. 56 de la coutume, & l'art. 57. Voyez Dupleſſis, pag. 48.

CCIX. Ce rembourſement ſeroit dû, encore qu'il n'y eût qu'une façon de donnée, pourvu que le ſeigneur en profite; c'eſt le profit qui l'aſſujettit néceſſairement à ce rembourſement.

On dit (pourvu que le ſeigneur en profite); car s'il y avoit eu ſtérilité entiere, il ne devroit aucun rembourſement de labours. Dumoulin, ſur l'art. 38 de l'ancienne coutume, n. 4 & 5; le Maître, pag. 65; & cela réſulte de la nature de ſon droit qui eſt entierement réel.

CCX. Cela eſt fondé ſur ce que ce rembourſement eſt la charge naturelle des fruits & délibation à faire ſur iceux, autrement il profiteroit au-delà du vrai produit des fruits; ce qui ſeroit contraire à l'eſprit de la coutume & à l'équité.

Patronus prehendens ex defectu hominis, debet lucrari fructus duntaxat, & nihil ultrà, ergo ſumptus quoſcunque, à quocunque factos in fructus, debet reſtituere etiam vaſſallo contumaci, dit Dumoulin, ſur l'art. 56, num. 2; ce que le texte de la coutume rend inconteſtable.

SUBDIVISION II.

Des labours & ſemences qu'il doit faire.

(Art. 1 & 54 de la coutume.)

CCXI. Du principe que le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement doit jouir en bon pere de famille, il s'enſuit que ſi lors de la ſaiſie féodale, les terres dépendantes du fief ſaiſi féodalement, n'étoient labourées ni enſemencées, le ſeigneur doit le faire faire & en avancer les frais; c'eſt l'engagement que la coutume attache à ſa jouiſſance & à la condition qu'elle y impoſe, qui eſt de jouir en bon pere de famille.

Cela réſulte de l'article 54, qui oblige le ſeigneur à jouir en bon pere de famille.

CCXII. Mais s'il ne profite pas par la récolte des fruits de ces labours & ſemences, ſon vaſſal lui en doit le rembourſement; ce dernier ne doit pas profiter de ſa négligence, autrement elle ſeroit un piége; le rembourſement qui en ce cas eſt à faire au ſeigneur, eſt donc inconteſtable; ce ſeroit injuſtice que de le lui refuſer, puiſque c'eſt ſur celui qui fait les fruits ſiens, que doit tomber une telle dépenſe.

M. Dumoulin, ſur l'article 1, gloſ. 8, num. 16, & ſuivans.

SUBDIVISION III.

Des rentes dont le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement eſt tenu, & de celles dont il n'eſt pas tenu.

(Art. 28 de la coutume.)

CCXIII. Il eſt tenu des arrérages de la rente inféodée, échus pendant la durée de ſa ſaiſie féodale; c'eſt délibation; c'eſt prélévement à faire ſur les fruits, & cela eſt ſuite de l'inféodation de la rente qui en eſt de ſa part l'approbation.

Mais pour ce, l'approbation tacite ne ſuffit pas; M. Dumolin, ſur l'art. 28, num. 3; Pontanus, ſur la coutume de Blois, tit. 6, art. 76.

CCXIV. Il n'eſt pas tenu des arrérages antérieurs; ſa charge ſur ce, eſt limitée aux arrérages mentionnés dans la propoſition précédente, c'eſt-à-dire, aux arrérages échus pendant la ſaiſie féodale; & il n'en eſt tenu qu'à proportion des fruits qu'il a fait ſiens.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 5, page 53 & 54.

CCXV. Il n'eſt pas tenu des arrérages des rentes non inféodées, quoique foncières & échues pendant le tems de la ſaiſie féodale; elles ne militent pas contre lui, ne les ayant pas approuvés; & ſon objet eſt le fief tel qu'il eſt ſorti des mains de ſes auteurs.

Art. 28 de la coutume. Voyez M. Dupleſſis, page 53; M. le Maître, page 60.

CCXVI. Cela a lieu pour la rente, à la charge de laquelle le fief auroit été vendu au vaſſal ſaiſi féodalement, lorſqu'elle n'eſt pas inféodée; l'inféodation ſeule, toute abſtraction faite de ſa cauſe, pouvant la faire militer contre le ſeigneur, qui ſaiſiſſant féodalement, ne connoît que la portion détachée originairement de ſon fief, & non les charges impoſées poſtérieurement ſur icelui, qu'autant qu'il les a approuvées.

Etiam ſi reditus creati eſſent à centum annis, dit M. Dumoulin, ſur l'art. 28, gloſ. 1, num. 4.

CCXVII. Ce qui fonde cette décharge, c'eſt que le droit du ſeigneur eſt antérieur à cette charge, & que par la ſaiſie féodale, le fief retourne dans la main du ſeigneur, juſqu'à ce que la charge ſous laquelle il en eſt ſorti ſoit acquittée; c'eſt condition primitive, & par conſéquent prévalente ſur toutes autres.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 5, pag. 53.

CCXVIII. De-là il s'enſuit que le ſeigneur n'eſt point tenu du douaire à prendre ſur le fief qu'il a ſaiſi féodalement; la raiſon ci-deſſus l'en affranchit, & la douairiere, comme les autres créanciers, n'a qu'une émanation du droit du vaſſal ſaiſi: droit que la ſaiſie féodale efface tant qu'elle dure; elle ne peut donc avoir pour ce, ni droit ni même de concours avec le ſeigneur.

Tel eſt ſur ce l'uſage, fondé ſur les propoſitions précédentes, & ſur le ſentiment de M. Dupleſſis, page 54.

CCXIX. Cependant, la douairiere & tout autre uſufruitier, pour éviter le contre-coup de la ſaiſie féodale qui tombe ſur eux, peuvent faire la foi & hommage pour le vaſſal en retard de la faire; il ſeroit injuſte de les rendre les victimes du fait d'un autre; l'équité fonde donc cette capacité. Voyez ci-deſſus ceux qui peuvent rendre la foi.

Voyez la diſtinction 12 de la premiere ſection du chapitre de la foi & hommage où cela eſt établi.

CCXX. De ce que deſſus il réſulte à plus forte raiſon que le ſeigneur n'eſt point tenu des arrérages des rentes conſtituées & hypothéquées ſur le fief par lui ſaiſi féodalement; ce ſont dettes volantes, loin d'être charges inféodées; il n'en peut donc être tenu.

Mais il eſt tenu du ban & arriere-ban; M. Dumoulin, ſur l'art. 15 de la coutume, gloſ. 6, num. 4; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 5, page 54; en effet, c'eſt charge de la choſe même, en la conſidérant dans ſa propre nature, & par conſéquent, préférable à tout autre.

SUBDIVISION IV.

Des réparations dont le ſeigneur eſt tenu.

CCXXI. Le ſeigneur qui a fait ſaiſir féodalement, n'eſt point tenu des groſſes réparations; ce ſont charges du fonds, & ſa ſaiſie n'a que les fruits pour objet; il en eſt autrement des autres réparations, ce qu'on va expliquer; & cela auroit lieu, encore que la ſaiſie féodale eût été de longue durée c'eſt accident qui ne change pas la nature du droit réſultant de la ſaiſie féodale; mais il eſt tenu en certains cas des réparations d'entretien; il en eſt tenu, ſi en vertu de la ſaiſie féodale, il a fait plus d'une récolte; c'eſt charge des fruits.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune; en effet, c'eſt charge des fruits, comme on le verra ſur le relief, où cette propoſition ſera établie.

CCXXII. Dans le cas qu'il n'auroit fait qu'une récolte, il ne ſeroit pas tenu même de celle d'entretien; la préſomption en ce cas, étant qu'elles ſont antérieures à ſa jouiſſance; ſauf l'effet de la preuve contraire, à la place de laquelle on pourroit admettre; mais cela ſeroit rigoureux, une ſimple préſomption.

Pour rendre cette préſomption efficace, & la mettre au-deſſus de toute critique, il eſt prudent de la part du ſeigneur, de faire conſtater les réparations auſſi-tôt qu'il entre en jouiſſance; ſans cela il en ſeroit tenu, quoiqu'il n'eût fait qu'une récolte, ſi on admettoit contre lui la rigueur d'une ſimple préſomption.

DISTINCTION XII.

De l'infraction à la ſaiſie féodale: quel juge en doit connoître, & ſi le vaſſal ſaiſi peut vendre.

(Art. 29 de la coutume.)

CCXXIII. Le vaſſal ſaiſi feodalement, ne doit point troubler la jouiſſance du ſeigneur, & s'il le fait juſqu'à la reſtitution des fruits, toute audience lui eſt déniée.

M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 1.

CCXXIV. Le juge du ſeigneur qui a ſaiſi féodalement, doit connoître de l'infraction à la ſaiſie féodale.

M. le Maître, pag. 62; & ſi l'infraction étoit faite par force & violence, le vaſſal peut être condamné à une amende arbitraire; M. Dumoulin, ſur l'art. 29, num. 2. Voyez M. le Maître, page 61.

CCXXV.

CCXXV. On a vu ci-deſſus, que le vaſſal ſaiſi féodalement, n'a pas l'action en complainte contre ſon ſeigneur, mais ſimplement la voie de demander main-levée de la ſaiſie féodale. Cependant la ſaiſie féodale n'empêche pas le vaſſal ſaiſi de vendre ſon fief, parce que par la ſaiſie féodale il eſt dépoſſédé, mais non dépouillé de la propriété de ſon fief; il peut donc le vendre. Mais la vente ne donne aucune atteinte à la ſaiſie féodale; au contraire, elle refléchit contre l'acquéreur & produit tout ſon effet contre lui; le ſeigneur ne devant perdre un droit qui lui eſt acquis par le fait de ſon vaſſal; ce qui eſt inconteſtable; & c'eſt ainſi que la juriſprudence conſerve tous les juſtes intérêts.

Cette propoſition & les deux précédentes ſont conformes à ce que dit M. Dupleſſis, page 49.

DISTINCTION XIII.

Que le ſeigneur pendant la ſaiſie féodale ne peut preſcrire le fief ſaiſi.

CCXXVI. Le ſeigneur ne peut preſcrire contre ſon vaſſal le fief qu'il a fait ſaiſir féodalement ſur lui, autrement il preſcriroit contre ſon droit & ſon titre; ce qui ſeroit contre les principes & l'équité.

M. Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, chapitre premier, page 107; mais il le pourroit preſcrire s'il en avoit joui à autre titre; Dumoulin, ſur l'art. 37 de la coutume de Blois. *Quaſi*, dit-il, *extranea perſona contra extraneam*; c'eſt exception à la régle générale que contient la propoſition, & qui ſert à la confirmer.

CCXXVII. Cette impreſcriptibilité a lieu, telle durée qu'ait eu la ſaiſie féodale; la diſpoſition de la loi étant impreſcriptible, comme on l'établit ſur le titre des preſcriptions; c'eſt droit commun.

Cette impreſcriptibilité pour ce, & en ce cas, n'a pas lieu à tous égards; car le ſeigneur haut-juſticier peut preſcrire le fief, ſi par droit de deshérence il a joui du fief pendant le tems réglé par la loi, encore qu'il n'y eût pas lieu à la deshérence. Voyez M. Henrys, tom. 2, liv. 3, queſt. 2; parce qu'en ce cas ce n'eſt pas preſcrire contre ſon titre, mais le confirmer par la poſſeſſion; ce qui eſt totalement différent, & juſte effet de la preſcription.

CCXXVIII. L'impreſcriptibilité mentionnée dans la propoſition précédente, eſt fondée ſur ce que le ſeigneur ne peut changer la clauſe de ſa poſſeſſion; outre, comme on l'a obſervé, qu'il preſcriroit contre ſon propre droit, ce qu'il ne peut faire; cela eſt de droit commun & dicté par la raiſon autant que par l'autorité; ce qui influe ſur l'héritier du ſeigneur.

C'eſt une maxime commune à toutes preſcriptions; que *nemo poteſt mutare cauſam poſſeſſionis ſuæ*, & par le même principe l'héritier du ſeigneur, ni tout autre ſon ſucceſſeur à titre univerſel, ne peuvent pareillement preſcrire; leur qualité y fait obſtacle. Sur cette impreſcriptibilité, voyez Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit.

CCXXIX. Mais celui qui acquéreroit de bonne foi du ſeigneur peut preſcrire; il n'eſt que ſucceſſeur ſingulier, & le vice de la poſſeſſion de ſon auteur, ne peut lui nuire; il peut donc preſcrire & effacer par le temps l'imperfection de ſa propriété; c'eſt en ce cas la fin juſte à laquelle tend l'établiſſement de la preſcription qui a eu l'ordre & la tranquillité publique pour motif.

M. le Maître, pag. 60; & cela réſulte des principes qui ſeront ci-après établis ſur le titre des preſcriptions, où l'on verra que le titre que l'acquéreur a juſte ſujet de penſer bon, eſt ſuffiſant pour fonder la preſcription. Le concours de cette preſcription avec le titre, & du tems de poſſeſſion réglé par la loi, confirmant légitimement la propriété dans la perſonne de celui qui les réunit.

DISTINCTION XIV.

De la durée de la ſaiſie féodale.

(Art. 31 de la coutume.)

CCXXX. La ſaiſie féodale ne dure que trois ans, ce tems paſſé elle eſt ſans effet, ſauf ſa réiteration, & l'effet de la conteſtation qu'on expliquera ci-après: voilà le principe général.

M. Louet; M. Brodeau, let. S, num. 14; M. le Preſtre, cent. 2, ch. 48.

CCXXXI. Après ce tems, le Commiſſaire établi à icelle eſt de plein droit déchargé; effet inévitable de ce laps de tems qui l'anéantit.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 5, chap. 3, page 46, vers la fin.

CCXXXII. Mais ce tems limité n'eſt pas la limite de la jouiſſance du ſeigneur, il peut réitérer ſa ſaiſie féodale; c'eſt juſtice, c'eſt l'eſprit de la loi qui accordent cette réiteration.

M. le Maître, des fiefs, ch. 5, pag. 67 & 68.

CCXXXIII. Lorſque le ſeigneur n'eſt pas ſervi & que la cauſe de la ſaiſie féodale ſubſiſte toujours, le ſeigneur a droit de la renouveller, & par-là, l'effet de la ſaiſie féodale ſubſiſte, autrement ce ſeroit limiter ſon droit à un temps, droit qui ſubſiſte tant que ſa cauſe ſubſiſte.

Voyez M. Dupleſſis, à la page citée ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction.

CCXXXIV. S'il ne la renouvelle pas, il ne fait plus les fruits ſiens après ce délai de trois ans; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, étant la forme à laquelle la coutume a aſſujettit la conſervation de ſon droit.

Cela réſulte des deux premieres propoſitions ci-deſſus.

CCXXXV. Cependant s'il y avoit conteſtation formée en juſtice ſur la ſaiſie féodale, elle dureroit autant que la conteſtation, & de-là il s'enſuit qu'en ce cas le ſeigneur n'eſt pas obligé, pour faire les fruits ſiens, de réiterer la ſaiſie féodale, c'eſt exception; il eſt cependant prudent de ſa part, de le faire, mais je n'y vois pas de néceſſité.

Cela réſulte de ce que dit M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente.

CCXXXVI. Les voies de fait de la part du vaſſal, ne donnent aucune atteinte à la ſaiſie féodale; ce qu'il eſt bon de remarquer en conſidérant ſes effets & ſa durée, & loin d'y donner atteinte, il peut être pourſuivi extraordinairement pour la reſtitution des fruits qu'il auroit enlevé; c'eſt la ſuite & l'exécution de la peine que la loi a prononcée contre lui.

Voyez la diſtinction 12 ci-deſſus, l'article 29 de la coutume, & M. Dupleſſis, page 49.

CHAPITRE SECOND.

DE LA FOI ET HOMMAGE CONSIDÉRÉE RELATIVEMENT AUX USUFRUITIERS, TANT DU FIEF DOMINANT QUE DU SERVANT, ET DE L'EFFET DE LA SAISIE FÉODALE A LEUR ÉGARD.

SECTION PREMIERE.

QUE L'USUFRUITIER DU FIEF DOMINANT NE PEUT RECEVOIR LA FOI; MAIS QU'IL PROFITE DES DROITS UTILES.

(Art. 2 de la coutume.)

I. L'USUFRUITIER du fief dominant n'a pas droit d'exiger la foi & hommage des propriétaires des fiefs relevans de celui dont il a l'uſufruit; ce ſeroit acte de propriétaire qui n'eſt pas en ſa puiſſance: ainſi la preſtation de foi & hommage appartient en ce cas, à celui qui a la nue propriété du fief dominant; c'eſt à ſa perſonne que ce devoir eſt dû: c'eſt devoir vraiment perſonnel dû à celui dans la perſonne duquel reſide la propriété,

Voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, chap. 7, ſect. 1; M. le Maître, titre des fiefs, ch. 1, ſect. 2, page 5; & l'arrêt du 5 juillet 1554, cité par Troncon, ſur l'art. 2 de la coutume, & la propoſition qui ſuit.

II. Cela eſt fondé ſur ce que la foi & hommage n'eſt pas un droit utile, mais un droit honorifique, & que ſa réception eſt un acte de propriétaire; c'eſt donc au ſeul propriétaire auquel elle eſt due: tels ſont les motifs de la diſpoſition de la coutume, d'autant plus juſtes que cet acte peut avoir trait à un temps plus reculé que l'uſufruit.

La foi n'eſt due qu'à lui, dit M. Dupleſſis, pag. 56, en parlant du propriétaire; ce qui eſt inconteſtable.

III. Mais l'uſufruitier a tous les droits utiles dépendans du fief, comme faiſant partie des fruits d'icelui; ce qui ſera établi dans ſon ordre, c'eſt ainſi que la coutume ménage tous les droits des intéreſſés juſte diſtinction qu'il ne faut pas perdre de vue.

Voyez M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 76, note 4, num. 2.

IV. Pour la perception des droits utiles, il peut même uſer de la main-miſe; c'eſt ce qui fait la matiere de la ſection ſuivante, & ce qui ſert de preuve à la réflexion qui termine la précédente propoſition.

Art. 2 de la coutume; M. Dupleſſis, p. 55 & 56.

SECTION II.

Quant & comment l'uſufruitier peut uſer de la main-miſe.

(Art. 2 de la coutume.)

V. Lorſque l'uſufruitier n'eſt pas payé des droits utiles qui lui appartiennent, il a la voie de ſaiſir féodalement les fiefs relevans de celui dont il a l'uſufruit, après avoir rempli le préalable qu'on va expliquer; ce droit lui appartient, il eſt une ſuite de ſon uſufruit; la loi donnant toutes les actions néceſſaires pour la conſervation d'un droit juridique.

Art. 2, de la coutume; on va voir par les propoſitions ſuivantes la forme qu'il y doit obſerver. Voyez Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, page 116; & c'eſt droit commun.

VI. Pour cela, il faut qu'il faſſe faire une ſommation au propriétaire du fief dont il a l'uſufruit, de faire ſaiſir féodalement le fief relevant de celui dont il a la nue propriété, attendu qu'il n'eſt pas payé de ſes droits; c'eſt par ce préalable qu'il ſe met en état de le faire lui-même; ſans lui il ne le pourroit faire; il uſurperoit les droits d'un autre; c'eſt l'inaction prouvé de ce dernier qui lui ouvre ce droit.

Sommation préalablement faite au propriétaire, dit le même art. 2 de la coutume; M. le Maître, des fiefs, ch. 5, page 57.

VII. Si le propriétaire du fief dominant n'agit pas en conſéquence de cette ſommation, l'uſufruitier peut ſaiſir féodalement, car avec ce tempérament & cette limitation, il a toutes les actions qui ſont néceſſaires pour ſa jouiſſance, & par conſéquent en ce cas, la voie de ſaiſir féodalement.

Voyez M. Dupleſſis, page 55 & 56.

VIII. Dans la ſaiſie féodale, l'uſufruitier eſt obligé d'exprimer le nom du propriétaire du fief dominant duquel releve le fief qu'il veut ſaiſir féodalement, & énoncer la ſommation par laquelle il l'a mis en retard de le faire lui-même; c'eſt la ſuite du ménagement qu'il doit apporter dans cette pourſuite, & ce qui l'autoriſe & la fonde dans ſa perſonne.

Telle ſaiſie eſt aux riſques de l'uſufruitier; c'eſt la troiſieme condition que M. Dupleſſis, page 56, ajoute aux deux autres ci-deſſus expliquées; il n'en eſt pas de même du fermier, il n'a pas le droit de ſaiſir en ſon nom; M. le Maître, page 57; mais il le peut au nom du propriétaire: notes ſur ſon commentaire à la même page 57; c'eſt ſuite de ſon bail qui vaut procuration.

SECTION III.

De l'effet de cette ſaiſie féodale en faveur de l'uſufruitier, & du gain des fruits qu'elle lui procure, quoiqu'elle ſoit faite au nom du propriétaire.

(Art. 2 de la coutume.)

IX. Par cette ſaiſie féodale, l'uſufruitier gagne les fruits du fief mouvant de celui dont il a l'uſufruit; ils ſont acceſſoires, il doit donc en ce cas, les faire ſiens: le droit du propriétaire ayant été conſervé par la forme ci-deſſus, les ſuites de l'uſufruit ne doivent profiter qu'à l'uſufruitier.

L'uſufruit embraſſe tout droit attaché au fief ſujet à l'uſufruit, & comme tel, il embraſſe même celui de préſenter aux bénéfices appartenans au fief ſujet à un uſufruit; M. Dumoulin, ſur l'art. 55 de la coutume, gloſ. 10, num. 2, 3 & 4; *collatio & preſentatio ſunt in fructu*; ce qui ſert de preuve à la préſente propoſition.

X. Le propriétaire du fief ne peut donner main-levée d'une telle ſaiſie féodale, faite par un uſufruitier, qu'après que l'uſufruitier a été payé des droits à lui dûs; autrement il donneroit atteinte au droit acquis à un tiers, ce qu'il ne peut faire.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 7, ſect. 1, page 56; M. le Maître, page 57.

XI. Ce qui fonde cette capacité de la part d'un uſufruitier, eſt que le droit de faire la ſaiſie féodale a été acquis par le retard, dans lequel il a mis le propriétaire de la faire, & que l'uſufruitier ne peut perdre, par le fait d'un tiers ce droit qui lui a été acquis; mais en étant ſatisfait, le propriétaire rentre dans les droits que la directe lui donne ſur le vaſſal.

Mais les droits étant payés à l'uſufruitier, il peut donner main-levée, quoique la foi ne lui ſoit pas faite; M. Dupleſſis, page 56; c'eſt un droit qui lui eſt perſonnel, & qu'il peut négliger à ſon gré.

XII. Lorſque le propriétaire du fief dominant obéit à la ſommation à lui faite par l'uſufruitier & qu'il ſaiſit féodalement le fief ſervant, les fruits de ce fief ne laiſſent pas d'appartenir à l'uſufruitier, comme ils lui appartiendroient, s'il avoit lui-même fait faire la ſaiſie féodale; c'eſt toujours dépendance du fief dont il a l'uſufruit.

Sunt in fructu, dit M. Dupleſſis. Voyez la propoſition ſuivante qui établit celle-ci.

XIII. Cela auroit lieu, encore que le propriétaire du fief ſervant ne dût aucuns droits, & que la ſaiſie féodale ne fût faite que par le défaut de preſtation de foi & hommage, parce que ce profit de fief tombe dans l'uſufruit qui embraſſe tout fruit ordinaire ou caſuel; ce qui confirme la propoſition précédente.

M. Brodeau, ſur l'art. 2, num. 6. Et en effet il embraſſe même les droits de juſtice, & par conſéquent, les biens confiſqués pour crime; M. Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 1, num. 68. Il en eſt autrement pour le fief confiſqué par déſaveu; l'injure eſt faite au propriétaire; ainſi, l'uſufruitier ne doit avoir que l'uſufruit d'un fief ainſi confiſqué, mais non la propriété; & tout cela confirme la propoſition.

XIV. Cependant, dans le cas qu'il n'eſt dû aucuns droits utiles, mais ſimplement la foi & hommage, l'uſufruitier du fief dominant n'a pas droit de ſommer le propriétaire de faire ſaiſir le fief ſervant; ſon droit alors n'eſt plus direct, & n'eſt que pure ſuite de celui qui compete au propriétaire ſeul; ainſi étant en ce cas ſans intérêt, il eſt ſur ce ſans action, il ne peut donc agir en ce cas, parce qu'il ne pourroit le faire qu'en exceptant du droit d'un tiers.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, page 56.

XV. Dans ce dernier cas, l'uſufruit embraſſe plus ou moins, ſuivant le fait du propriétaire; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente. L'uſufruitier n'y a rien de ſon chef; mais il peut avoir droit par l'émanation de celui du propriétaire.

C'eſt-à-dire, qu'il profite des fruits lorſque la ſaiſie féodale emporte perte d'iceux; mais l'uſufruitier ne peut point ſaiſir le fief mouvant de celui dont il a l'uſufruit, faute par le propriétaire du fief mouvant, de donner ſon aveu & dénombrement, parce que la ſaiſie féodale faite faute de ce, n'emporte aucune perte de fruits, ſuivant l'art. 9 de la coutume; M. Auzanet, ſur l'art. 2 de la coutume: ce qui eſt inconteſtable, ne pouvant avoir plus de droit que le propriétaire.

XVI. Mais lorſque le propriétaire a fait ſaiſir féodalement, faute de preſtation de foi, ſaiſie pour ce cas, qui emporte perte de fruits; l'uſufruitier profite de cette ſaiſie, encore qu'il ne fût dû aucun droit de mutation; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Cela réſulte de ce que deſſus, l'effet d'une telle ſaiſie fait portion du produit.

XVII. Il n'en eſt pas de même lorſqu'il eſt dû un droit de mutation outre la foi & hommage; en ce cas, l'uſufruitier peut agir par lui-même, en obſervant le ménagement ci-deſſus marqué, & ſon droit eſt indépendant du fait du propriétaire; telle eſt la diſtinction qui eſt à faire entre l'un & l'autre cas.

Cela eſt établi par la ſection 2 du préſent chapitre.

SECTION IV.

Que la ſaiſie féodale du fief ſervant influe ſur celui qui a l'uſufruit de ce fief.

XVIII. La ſaiſie féodale du fief ſujet à un uſufruit tombe ſur l'uſufruitier d'icelui; quoique ce ne ſoit pas par ſon fait, mais par celui du propriétaire de ce même fief, qu'il y a eu ouverture à cette ſaiſie; c'eſt un droit réel qui ſuit la choſe dans telle main qu'elle ſoit paſſée, & que l'uſufruit ne peut affoiblir.

Art. 54 de la coutume: voyez la propoſition ſuivante qui établit encore celle-ci en la développant.

XIX. La raiſon en a été dite ci-deſſus, c'eſt que le droit du ſeigneur l'emporte ſur celui de l'uſufruitier, attendu qu'il s'ouvre par l'inexécution d'une condition ſous laquelle le ſeigneur a mis le fief hors de ſa main, & que par conſéquent le droit du ſeigneur eſt plus ancien & privilégié à celui de l'uſufruitier; d'où il s'enſuit que l'effet de la ſaiſie féodale doit tomber ſur ce dernier, comme ſuite de la réalité du droit du ſeigneur.

Voyez Dupleſſis, page 57: & c'eſt droit commun, ſauf la limitation qui ſuit.

XX. Mais l'uſufruitier a une voie pour ſe mettre à couvert d'une telle ſaiſie féodale; c'eſt cette voie qui fera la matiere de la ſection ſuivante; & ſans cela, cet effet relativement à lui, ſeroit injuſte; mais la juriſprudence a paré à cette injuſtice, comme on va l'expliquer.

Voyez Dupleſſis, des fiefs, livre 5, chap. 7, ſection 2.

SECTION V.

De la garantie que la ſaiſie féodale ouvre en faveur de l'uſufruitier contre le propriétaire, & comment l'uſufruitier peut faire ceſſer cette ſaiſie.

(Art. 40 de la coutume.)

XXI. Lorſque l'uſufruitier d'un fief perd une portion des fruits par l'effet d'une ſaiſie féodale, faite par le ſeigneur duquel releve le fief dont il a l'uſufruit; & ce, faute par le propriétaire de ce fief d'avoir fait la foi & hommage, ou faute de payer un droit acquis & dû au ſeigneur; en ce cas, l'uſufruitier a l'action en répétition de la valeur des fruits qu'il perd par l'effet d'une telle ſaiſie féodale contre le propriétaire; telle eſt ſon action, mais limitée contre le propriétaire, & ſans affoiblir en rien le droit du ſeigneur ſaiſiſſant féodalement; en effet, il ne ſouffre cette perte que par le fait du propriétaire, & il n'eſt pas juſte qu'il ſoit la victime de ce fait; ce fait donne donc lieu à une garantie en ſa faveur.

Voyez Dupleſſis, page 57, & l'art. 40 de la coutume: c'eſt ſouveraine équité.

XXII. Il peut même faire la foi & hommage pour le propriétaire & elle opere main-levée, ce qui ne s'entend que lorſque le fief eſt ſaiſi féodalement. La coutume & ſon véritable eſprit prévient tout inconvénient, & conſerve tous les juſtes intérêts.

M. Dumoulin, ſur l'art. de l'ancienne coutume, gloſ. 2, num. 3, dit, que l'uſufruitier ne peut faire la foi & hommage pour le propriétaire, ce qui eſt vrai dans la théſe générale, mais la ſaiſie féodale donne à l'uſufruitier une capacité pour cela: M. le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 3, page 8, & M. Dupleſſis, qu'on va citer ſur la propoſition qui ſuit, confirment la propoſition dont on a déja vu ci-deſſus des preuves: c'eſt équité: c'en eſt une bonne baſe.

XXIII. Cette capacité eſt fondée ſur ce que ſa qualité d'uſufruitier de fief, emporte avec elle-même, lorſqu'il y a ſaiſie féodale, la qualité de mandataire légal pour

ce faire, la raiſon & l'équité manifeſtent cette qualité.

C'eſt ce que dit M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 7, ſect. 2, *Videtur habere mandatum & eſt procurator in rem ſuam*: ce que l'équité confirme.

XXIV. Mais la foi & hommage que l'uſufruitier rendroit, n'opéreroit pas mainlevée, ſi outre la foi, il étoit dû quelque droit utile au ſeigneur; en ce cas, l'uſufruitier eſt obligé d'offrir ce droit & de le lui payer, ſauf ſon recours, parce qu'il faut que les droits du premier ſoient conſervés, ils ſont privilégiés à ceux de l'autre.

Telle eſt l'opinion commune; elle eſt fondée ſur le principe expliqué dans la note ſur la propoſition qui ſuit.

XXV. De-là il s'enſuit que ſi le droit dû au ſeigneur eſt un droit de relief opté par le ſeigneur en nature, l'uſufruitier ne peut empêcher que le ſeigneur ne jouiſſe du fief pendant l'année du relief, ſauf, comme dit eſt, l'effet de ſa garantie: ſuite de la réalité du droit du ſeigneur.

Cela réſulte évidemment du texte de la coutume, qui dit que *le ſeigneur peut ſe prendre à la choſe*. Voyez ci-après les chapitre des actions du ſeigneur pour ſes droits.

XXVI. L'uſufruitier a contre le propriétaire la répétition du droit par lui payé, & ſans cela, ſa garantie ſeroit entiérement imparfaite, & il a de même la répétition des fruits d'une année, lorſque le ſeigneur a joui du fief pour un droit de relief; c'eſt le juſte effet de ſa garantie.

Cela eſt inconteſtable par rapport à la douairiere & au gardien, puiſque la coutume le décide ainſi formellement pour ces deux cas; ce qui conduit naturellement à exempter les autres uſufruitiers que la coutume ne charge pas, quant à ce; les cas que la loi rapporte ſont des exemples qu'elle donne pour faciliter l'intelligence de ſa diſpoſition & non pour la reſtraindre; c'eſt l'opinion commune: il paroît que M. Dupleſſis, page 57, à la fin, a incliné pour ce ſentiment; cependant M. Dumoulin, ſur l'art. 22 de la coutume, num. 156, ne donne de recours à l'uſufruitier que dans le cas que la mutation a été volontaire, mais ſi elle a été forcée, comme par mort, il lui dénie ſon recours. Voyez M. le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 5, ſect. 1, diſtinct. 2, à la fin, page 299, & liv. 4, ch. 2, ſect. 4, pag. 643; où par rapport à la douairiere, cet auteur décide ouvertement contre le texte de la coutume; ainſi ſon ſentiment ſur ce, ne peut faire impreſſion & donner atteinte à la propoſition, que la raiſon & l'équité ſoutiennent, d'autant plus efficacement, que la coutume ne contient rien de contraire. Pouvoit-on les étouffer par des raiſons quinteſſenciées & très-peu ſatisfaiſantes? je ne le vois pas: ce ſeroit étouffer léquité qui eſt la fin de la coutume; & qui ſur cela ne dit rien de contraire.

CHAPITRE TROISIEME.

DE L'AVEU ET DÉNOMBREMENT DU PAR LE PROPRIÉTAIRE DU FIEF SERVANT AU PROPRIÉTAIRE DU FIEF DOMINANT.

SECTION PREMIERE.

QUAND IL EST DU, ET DANS QUEL TEMS IL DOIT ESTRE FOURNI.

(Articles 8 & 11 de la coutume.)

I. OUTRE la foi & hommage qui eſt dû au ſeigneur en toutes mutations, le vaſſal lui doit l'aveu & dénombrement; ſeconde charge qu'on va expliquer ici, & dont le motif eſt auſſi exact que légitime & judicieux: il conſerve les droits.

Voyez ſur ce, M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 2, ch. 1, pag. 26 & ſuivantes; M. le Maître, des fiefs, chap. 4, page 53.

II. Mais cet aveu & dénombrement n'eſt dû que lorſque la mutation eſt de la part du vaſſal, d'où il s'enſuit que lorſque la mutation eſt de la part du ſeigneur, l'aveu & le dénombrement n'eſt pas dû, parce qu'en ce cas, la juſtice de cette charge qui en a été la baſe, ceſſeroit.

C'eſt le ſentiment unanime des commentateurs, & entr'autres de M. le Maître, page 53; & cela réſulte du ſilence de la coutume; celle de Poitou eſt contraire.

☞ En cas de mutation de la part du ſeigneur, le vaſſal ne lui doit que la foi & hommage, & n'eſt pas tenu de lui fournir ſon aveu & dénombrement; n'étant aſſujetti de le donner à ſes frais qu'une ſeule fois en ſa vie; mais ſi ce nouveau ſeigneur l'exige abſolument, il ne peut lui refuſer copie de celui qu'il a fourni à ſon prédéceſſeur à ſes dépens. Voyez Pocquet de Livoniere, traité des fiefs, livre premier, chap. 7.

III. L'aveu & le dénombrement doit contenir tout ce que le vaſſal tient à foi & hommage du ſeigneur; de-là, il s'enſuit que ſi le fief appartient à pluſieurs, il doit être donné conjointement; mais il n'embraſſe pas

les héritages roturiers pour lesquels est dû déclaration.

C'est un acte individu, dit M. Dupleſſis, au chapitre indiqué ſur la premiere propoſition de cette ſection; ce qui établit la ſeconde partie de cette propoſition. Quant à la premiere, c'eſt la fin de l'aveu & dénombrement, & cette fin eſt d'inſtruire parfaitement le ſeigneur par cette voie de tous ſes droits, & lui en aſſurer la conſervation.

IV. Le vaſſal peut le fournir auſſi-tôt la preſtation de foi, mais il a un délai à partir d'icelle : délai dont il eſt maître de profiter; il a été juſte de l'en pourvoir. En effet, il a pour ce un délai qui eſt de quarante jours, à compter du jour de la preſtation de foi; faute de s'y conformer, il encourt une peine qu'on expliquera ci-après; mais elle eſt bien peu efficace, comme on le verra par la ſection 8.

Quoique le vaſſal ſoit obligé d'inſtruire ſon ſeigneur, ſi le vaſſal étoit dans l'impoſſibilité de le faire par la perte de ſes titres; M. Dumoulin, ſur cet art. *verbo* dénombrement, num. 7, dit qu'en ce cas, le ſeigneur doit inſtruire le vaſſal; ce qui paroit inconteſtable : c'eſt équité; mais ce délai eſt en ſa faveur, ſuivant le principe de la loi, *quod certa*, ff. *de ſolute*.

V. Ce délai eſt de quarante jours, à compter du jour de la preſtation de foi, ſoit que la foi ait été faite au ſeigneur perſonnellement, ſoit qu'elle ait été faite en ſon abſence. Cependant s'il y avoit de la part du ſeigneur un refus notifié par écrit de recevoir le vaſſal en foi, ce délai de quarante jours ne courroit pas contre le vaſſal; cette conteſtation mettant quant à ce, ſa qualité en ſuſpens.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 2, ch. 3, page 27 & 28; M. le Maître, page 53.

VI. Le délai de quarante jours pour fournir l'aveu & le dénombrement, ne court pas contre le mineur qui a obtenu ſouffrance, tant que la ſouffrance dure; en effet, la ſouffrance militant pour la foi, à plus forte raiſon milite-t-elle pour l'aveu; autrement la loi ſeroit imparfaite.

Voyez ci-deſſus, le chapitre de la ſouffrance; elle produit tréve entre le vaſſal & le ſeigneur : ce qui fonde la propoſition.

VII. La majorité féodale qui eſt acquiſe à l'âge de vingt ans, & qui eſt ſuffiſante pour faire la foi & hommage, ne l'eſt pas pour fournir l'aveu & le dénombrement, parce qu'il peut tendre à aliénation.

Telle eſt l'opinion commune, conforme au ſentiment de M. le Maître, des fiefs, chap. 4, page 54.

VIII. Delà il s'enſuit que le vaſſal quoiqu'âgé de vingt ans, ne doit fournir à ſon ſeigneur l'aveu & le dénombrement qu'avec l'aſſiſtance d'un tuteur; l'incapacité du vaſſal quant à ce, la rend abſolument néceſſaire.

Tel eſt l'uſage, & cet uſage eſt fondé ſur ce que cet acte peut tendre à aliénation; & par conſéquent, il exige l'aſſiſtance d'un tuteur; ce qu'atteſte M. Brodeau, ſur l'art. 32, num. 13.

SECTION II.

De la forme du dénombrement.

(Art. 8 de la coutume.)

IX. Le vaſſal doit fournir l'aveu & le dénombrement en parchemin & en forme authentique; ſon importance l'aſſujettit à cette forme.

Cela a été ainſi jugé par l'arrêt rapporté par M. le Veſt, ch. 88, *plenam fidem faciat quoad omnes*, dit Dumoulin; M. le Maître, des fiefs, chap. 4, page 53; M. le Preſtre, cent. 3, chap. 51; Pithou, ſur l'art. 3 de la coutume de Troyes, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. du dénombrement, art. 3.

X. De ce que le vaſſal doit le fournir, & dans cette forme, il s'enſuit qu'il eſt à ſes frais; c'eſt la ſuite de ſon engagement.

M. le Maître, des fiefs, chap. 4, page 53.

XI. Il doit contenir l'énumération de toutes les terres qui compoſent le fief ſervant; ſon objet & ſa fin étant d'inſtruire pleinement le ſeigneur.

Quand il y auroit pluſieurs fiefs, un ſeul dénombrement ſuffit, lorſqu'il les contient tous, *in uno volumine continente diſtinctam ſingulorum feudorum deſcriptionem*, dit M. Dumoulin; ce que l'uſage confirme.

☞ Dans l'énumération des terres qui compoſent le fief ſervant, & dont l'aveu ſe dreſſe ſur les anciens, doivent-être compris la conſiſtance du fief comme du château; & autres manoirs s'il y en a : les terres labourables, prés, vignes, bois, étangs, dixmes inféodées, cenſives, rentes, ſervitudes, droits utiles & honorifiques, même les arriere-fiefs qui peuvent en dépendre. En un mot, tout ce qui peut tendre à inſtruire le ſeigneur du fief dominant de l'exacte conſiſtance du fief ſervant.

XII. L'aveu & le dénombrement n'eſt pas diviſible comme la foi, il eſt indiviſible; d'où il s'enſuit que lorſque le fief ſervant appartient à pluſieurs, l'aveu eſt ſolidairement dû par chacun d'eux; c'eſt ſuite de ſon indiviſibilité.

Voyez ci-deſſus la derniere propoſition de la ſect. 1. M. le Maître, des fiefs, page 72 confirme la propoſition, ainſi que M. Dupleſſis.

De l'effet de l'aveu & dénombrement.

XIII. L'aveu & dénombrement ainſi

fourni, ſert de titre au ſeigneur contre ſon vaſſal, pour fixer l'étendue de ſa mouvance; & étant une fois fourni, le vaſſal n'eſt pas obligé d'en fournir un ſecond, mais une ſimple copie aux frais & dépens du ſeigneur.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition ſuivante, ſur la ſeconde partie de la propoſition; voyez Loyſel, des fiefs, régle 48; du Pineau ſur Anjou, art. 7, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, du dénombrement, art. 5 & 6.

XIV. Il ſert auſſi de titre au vaſſal contre le ſeigneur, lorſque ce dernier l'a reçue; en ce cas, c'eſt acte ſinalagmatique; il doit donc produire un effet réciproque & limité entr'eux.

Mais non à l'égard de tierce perſonne; c'eſt, *res inter alios acta*, dit, M. Dupleſſis, pag. 27; ce qui eſt inconteſtable, quant à des tiers; ſur cet effet reſpectif du dénombrement, à l'égard du ſeigneur & du vaſſal, voyez de l'Hommeau, livre 2, maxime 3; & c'eſt droit commun.

☞ Quant le ſeigneur à approuvé l'aveu & dénombrement; cela emporte l'effet de la garantie, & en cas d'éviction, le ſeigneur eſt tenu de garantir ſon vaſſal contre tous autres ſeigneurs; autrement le vaſſal en demeure déchargé. Tronçon, coutume de Paris, art. 10, *verbo* dénombrement.

XV. Si le mineur qui l'a donné, étoit léſé par icelui, il ſeroit reſtituable; toutes leſion donnant ouverture à la reſtitution en entier en ſa faveur, & nulle raiſon n'exemptant cet acte de cette faveur légitime.

M. Dumoulin, ſur l'art. 10 de l'ancienne coutume, num. 8.

XVI. De l'avant derniere propoſition, il s'enſuit que le ſeigneur doit acquiter le vaſſal des droits ſeigneuriaux, que d'autres ſeigneurs pourroient prétendre ſur les terres compriſes dans l'aveu & dénombrement; c'eſt l'effet naturel de la réciprocité de cet acte; cependant cela ſouffre ſouvent de la difficulté dans l'exécution, quoique auſſi juridique qu'équitable.

M. Dumoulin, ſur l'art. 10, num. 23, eſtime même que le ſeigneur eſt obligé de garantir à ſon vaſſal, tout ce qui eſt compris dans l'aveu & dénombrement qu'il a reçu; ce qui me paroît ne s'entendre que du domaine direct & non du domaine utile; autrement ce ſeroit abuſer de l'aveu que le ſeigneur a plus regardé comme actif pour lui que paſſif; ainſi je ne goûte pas cette opinion de M. Dumoulin.

☞ Voyez auſſi M. le Preſtre, cent. 4, chap. 25; il établit la même maxime, que les dénombrements ne peuvent nuire qu'à ceux qui les fourniſſent ou qui les reçoivent, & non à un tiers qui n'y eſt pas intervenu.

SECTION IV.

Du blâme de l'aveu & dénombrement.

DISTINCTION PREMIERE.

Ce que c'eſt que le blâme, du tems que le ſeigneur a pour le fournir, & de ce que doit faire le vaſſal pour le faire courir.

(Art. 10 de la coutume.)

XVII. Le ſeigneur n'étant pas content de l'aveu & dénombrement à lui fourni par ſon vaſſal, peut le blâmer; autrement l'aveu ne ſeroit qu'un vain cérémonial, & il n'eſt pas tel; c'eſt un droit réel & effectif.

Voyez M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 2, ch. 3, page 28; M. Dumoulin, ſur l'article 10 de la coutume de Paris, num. 7.

XVIII. Au moyen du blâme, & tant qu'il ſubſiſte, l'aveu & le dénombrement ne peut ſervir de titre au vaſſal; c'eſt prétention, non reconnoiſſance réciproque; il ne peut donc, en ce cas, ſervir de titre.

Voyez M. Dumoulin, ſur l'article 10 de la coutume, qui déraille les ſept ouvertures ou moyens par leſquels un ſeigneur peut blâmer l'aveu & dénombrement à lui fourni par ſon vaſſal.

XIX. Si le blâme eſt jugé bon, l'aveu & dénombrement doit être réformé, conformément au jugement qui le régle, & le ſeigneur a quarante jours pour blâmer l'aveu & dénombrement que ſon vaſſal lui a fourni; mais ce délai n'eſt pas fatal.

Voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 2, ch. 3, page 28; M. le Maître, page 53 & 54.

XX. Pour faire courir le délai, le vaſſal eſt obligé de faire faire une ſommation au ſeigneur, de lui notifier ſon blâme, ſi aucun il a à fournir; & c'eſt à cette ſommation à quoi ſe réduit la requiſition perſonnelle, à laquelle il ſemble que la coutume l'aſſujettit.

M. Dupleſſis, page 28 de l'édition de 1709; M. Dumoulin, ſur cet article 10, gloſſe premiere, num. 10.

XXI. Ceſſant cette ſommation, le délai pour blâmer, n'eſt pas cenſé expiré, & quoique la ſommation ait été faite, ce délai n'eſt même que comminatoire; le ſeigneur eſt après l'expiration d'icelui, recevable à critiquer le dénombrement.

M. Dupleſſis, page 28, à la fin.

XXII De-là il s'enſuit que lorſque le ſeigneur a titre valable pour blâmer l'aveu, il eſt toujours recevable à le faire, pourvu que ſon droit ne ſoit pas preſcrit; c'eſt une juſtice qui lui eſt dûe.

M. Dumoulin, ſur cet art. 10, gloſ. 1, num. 8; *quia*, dit-il, *agitur de proprietate & perpetuo prejudicio rerum & jurium feudalium.*

DISTINCTION II.

Si le vaſſal encourt quelque peine par l'imperfection ou par l'infidélité de ſon aveu.

XXIII. Le vaſſal omettant dans ſon aveu & dénombrement, certaines terres, certains héritages relevans du ſeigneur, ne commet pas pour cela un déſaveu contre ſon ſeigneur; ainſi ce défaut ne produit contre lui aucunes peines; autrement ce ſeroit ajouter à la coutume. En effet, le ſeigneur a été avoué par la foi & hommage, & le blâme ne produit en ſa faveur qu'une action en réformation, & non un droit de main-miſe.

Parce que, dit M. Dupleſſis, page 28, depuis que le ſeigneur a reçu le vaſſal en foi, c'eſt à lui à l'inſtruire & à lui communiquer ſes titres; ce qui eſt très-conſéquent à l'eſprit de la coutume.

XXIV. De-là il s'enſuit que l'imperfection, l'infidélité même de l'aveu, n'emporte pas confiſcation des terres omiſes; c'eſt juſte conſéquence de ce que deſſus, & le ſilence ſur cela de la coutume, fait la décharge du vaſſal; car une peine qui eſt un droit de rigueur ne ſe ſupplée pas.

C'eſt ce que dit M. Dupleſſis, au chapitre & à la page cités ſur la propoſition précédente.

DISTINCTION III.

Si le ſeigneur peut blâmer l'aveu après avoir enſaiſiné le contrat.

XXV. L'enſaiſinement du ſeigneur, lorſqu'il y a terres en roture acquiſes avec un fief, ne forme pas contre lui une fin de non-recevoir contre le blâme de l'aveu & dénombrement des terres qui ſont tenus de lui à foi & hommage, parce que l'enſaiſinement ne peut avoir trait qu'aux rotures, & par conſéquent, laiſſe ſubſiſter tous les droits du ſeigneur ſur le fief; autrement, ce ſeroit confondre deux objets qui ſont fort à diſtinguer.

Cela s'entend, lorſque par un même contrat, il y a fief & héritages roturiers acquis. Voyez le titre des cenſives; la forme par rapport à l'un & à l'autre objet, eſt différente & doit être obſervée à l'égard de chacun d'eux.

XXVI. De-là il s'enſuit que quoique par le contrat d'acquiſition, ont ait diminué l'étendue de la mouvance du ſeigneur, & que le ſeigneur ait enſaiſiné un tel contrat, relativement à la vente des terres en roture qu'il contient, il peut par la ſuite blâmer l'aveu & le dénombrement que ſon vaſſal lui fournit.

Comme par la coutume, *ne prend en ſaiſinement qui ne veut*, il n'opére plus que pour faire courir l'an du retrait. Voyez M. Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 6, ch. 104; & la propoſition ſuivante, qui confirme celle-ci.

XXVII. De ce, pluſieurs raiſons: premiérement, l'enſaiſinement eſt volontaire, & prend enſaiſinement qui veut: ſecondement, l'enſaiſinement n'a lieu que pour les cenſives, & n'influe que ſur les terres tenues à cens, non ſur celles tenues à foi & hommage: troiſiémement, l'enſaiſinement n'eſt pas une approbation directe de tout ce que contient le contrat, mais une permiſſion accordée à lacquéreur, de ſe mettre en poſſeſſion de ce qu'il tient en roture; c'eſt à quoi il eſt limité; il ne faut donc pas étendre ſes effets au-delà, & notamment ſur les fiefs.

Voyez le titre des cenſives.

SECTION V.

De la réformation de l'aveu & dénombrement, & de l'inſtance, faute de réformation.

XXVIII. Lorſque le blâme eſt juſte, le vaſſal doit réformer ſon aveu & le fournir réformé, conformément au blâme, ou déclarer qu'il le conteſte: le premier parti eſt conſommation; le ſecond forme une inſtance.

On a vu par la troiſiéme propoſition de la ſection précédente, que ſuivant l'uſage, l'aveu devoit être réformé; ſuivant le même uſage, il doit être de nouveau fourni tel; c'eſt-à-dire, réformé, & ce, aux frais du vaſſal; c'eſt par-là que la coutume eſt remplie.

XXIX. S'il ne le réforme pas, le ſeigneur peut l'aſſigner, pour voir dire que l'aveu ſera réformé ſuivant le blâme; ſon ſilence ſeul ſuffit pour ouvrir cette action; tel eſt l'eſprit de la coutume; mais la juſtice en dirige l'effet.

Lorſqu'il y a eu ſentence qui a ordonné la réformation, & que le vaſſal n'y a pas ſatisfait, le ſeigneur peut ſaiſir féodalement le fief. Arrêt du 24 janvier 1642, rapporté par M. Soëfve, tom. 1, cent. 1, chap. 49; mais cette ſaiſie n'emporte pas perte de fruits.

XXX. Dans cette inſtance, le ſeigneur eſt obligé de rapporter & de communiquer les titres juſtificatifs de ſon blâme; c'eſt éclairciſſement, c'eſt à lui à établir ſa prétention; tout devient alors inſtance, & par conſéquent ſujet à inſtruction.

L'ordonnance de 1667, titre des ajournemens, fonde cette propoſition.

XXXI. La communication de ſes titres, que le vaſſal requiert, en ce cas, n'eſt pas regardée comme un déſaveu, le ſeigneur eſt reconnu; c'eſt inſtruction d'inſtance.

M. Dupleſſis, page 28.

SECTION

SECTION VI.

Si le vaſſal pour compoſer ſon aveu & dénombrement, peut demander communication des titres du ſeigneur, & des cas eſquels cette communication eſt reſpective.

XXXII. Dans la théſe générale, le ſeigneur n'eſt pas obligé de communiquer ſes titres, pour la compoſition de l'aveu & dénombrement. Cependant, lorſque l'aveu & dénombrement eſt fourni, & qu'il a été blâmé par le ſeigneur, le ſeigneur eſt obligé, comme on l'a dit dans la ſection précédente, de communiquer ſes titres.

M. Choppin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 2, part. 1, chap. 1, tit. 1, num. 7; Loyſel, en ſes inſtituts, liv. 4: il doit même le faire pour la compoſition de l'aveu, ſi le vaſſal par la perte de ſes titres, ne peut la former autrement.

☞ Jugé par arrêt du parlement de Paris, du 25 février 1615, rapporté par Brillon, *verbo* aveu & dénombrement, qu'il ſuffit à un vaſſal de fournir ſon aveu & dénombrement, conforme aux précédens, ſans qu'il ſoit tenu d'avouer ou déſavouer ſur le blâme de ſon ſeigneur, en affirmant qu'il n'a d'autres titres; en ce cas, le ſeigneur eſt tenu de lui communiquer ſes titres, ſi aucuns il a contenant les héritages dont il demande l'aveu. Filleau, 4 part. queſtion 330; & Chenu, cent. 2, chapitre 30.

XXXIII. Dans l'ordre de cette communication qui eſt reſpective, ceſſant le cas de la perte, le vaſſal doit commencer par communiquer les ſiens; ſa qualité l'aſſujettit à cette déférence.

M. Dumoulin, ſur l'art. 1 de la coutume, gloſ. 1, num. 79. Mais doit-il communiquer le titre primitif? le même auteur dit, à cet égard, ſur l'art. 8. *Editio iſta ſufficienter fit per inſtrumentum ultimarum renovationum, niſi quando patronus certior vult fieri de conditionibus inveſtituræ, quod debet intelligi, ſi patronus id non balumnioſè poſtulet, quia inter patronum & vaſſallum nulla fraus nec ullum malum ingenium debet intervenire*: toutes réflexions judicieuſes, & qui ſont puiſées dans l'eſprit de la coutume.

XXXIV. Il y a un cas dans lequel le ſeigneur eſt obligé de communiquer le premier, & même quoique l'aveu n'ait pas été fourni; c'eſt lorſqu'un héritier de ſon vaſſal, déclare qu'il n'a pas trouvé parmi les papiers du défunt, les anciens aveux & dénombremens.

Tel eſt ſur ce l'uſage; voyez M. Dupleſſis, page 60 au commencement.

XXXV. Après cette déclaration, le ſeigneur eſt obligé de communiquer les anciens aveux, mais cette communication ſe fait aux frais du vaſſal; ſon fait, ou du moins celui qu'on ne peut imputer au ſeigneur, ne devant nuire à ce dernier.

Voyez M. Dupleſſis, page 28.

SECTION VII.

De la peine qu'encourt le vaſſal, faute d'aveu, & s'il perd les fruits, & de la forme de l'aveu & dénombrement des fiefs mouvans du roi.

[Art. 9 de la coutume.]

XXXVI. Le vaſſal, faute de fournir l'aveu & dénombrement dans le délai ci-deſſus, encourt la peine de la ſaiſie féodale; mais en ce cas, cette ſaiſie n'eſt qu'une forme de contrainte. En effet, cette ſaiſie féodale n'emporte pas perte de fruits; ce n'eſt donc qu'une ſimple contrainte, & peu efficace, puiſque le ſeigneur ne peut faire la récolte, mais bien le commiſſaire qui en eſt comptable.

M. Dumoulin, ſur cet article, gloſ. 3, num. 3, dit, *maxima eſt ratio diverſitatis inter primam illam apprehenſionem & hanc ſecundam, quoniam in primâ verè & propriè feudum eſt apertum patrono, cùm non habeat vaſſallum, at in iſtâ feudum non eſt aliquo modo apertum.* Voyez auſſi M. Dupleſſis, des fiefs, livre 3, chapitre 4; & c'eſt droit commun.

XXXVII. Cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, que cette ſaiſie n'emporteroit pas perte de fruits, encore que par la ſuite, l'aveu & dénombrement fut blâmé; le blâme juſte ne donne lieu qu'à la réformation, & non à la perte d'aucun fruit.

Néanmoins, s'il y avoit omiſſion, la ſaiſie, quant à l'objet omis, emporteroit perte de fruits, parce que la foi eſt relative à l'aveu; M. le Maître, page 72; ce qui eſt bien conforme aux principes ſur les fiefs.

XXXVIII. Cependant à la ſaiſie féodale, faute d'aveu, le ſeigneur doit établir un commiſſaire; c'eſt ce qui effectue la ſuſpenſion de jouiſſance.

Tel eſt ſur ce l'uſage, c'eſt même cet établiſſement qui fait dépoſſeſſion momentanée, à quoi dans l'effet, ſe réduit cette ſaiſie féodale.

XXXIX. Le ſeigneur eſt garant du fait de ce commiſſaire, qui doit rendre tous les fruits auſſi-tôt que l'aveu eſt fourni, encore qu'il fût blâmé.

M. Dupleſſis, au chapitre indiqué ſur la premiere propoſition de cette ſection.

XL. Les aveux & dénombremens des fiefs mouvans immédiatement du roi, doivent être donnés à la chambre des comptes.

Et le dénombrement y étant préſenté, elle décerne commiſſion au juge royal des lieux, qui le reçoit en connoiſſance de cauſe; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 2, ch. 1, page 27. Sur la forme de cette réception, voyez la déclaration du roi du 18 juillet 1701; elle eſt rapportée par M. Augeard, tom. 3, chapitre 59, page 322.

☞ Sur la forme des aveux & dénombremens

des fiefs mouvans du roi. Voyez Freminville, en ſon dictionnaire des fiefs, *verbo* aveu & dénombrement; & les arrêts de réglement de la chambre des comptes, des 15 novembre 1744, & 12 avril 1746.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES MUTATIONS QUI NE FONT AUCUNE OUVERTURE A AUCUN DROIT UTILE EN FAVEUR DES SEIGNEURS.

SECTION PREMIERE.

QUE POUR LES MUTATIONS QUI ARRIVENT PAR SUCCESSION DIRECTE, DESCENDANTE OU ASCENDANTE, IL N'EST DU AUCUN DROIT.

(Art. 3 & 4 de la coutume.)

I. LE fils recueillant comme héritier de ſon pere ou de ſon ayeul le fief dont ils étoient propriétaires ne doit aucun droit utile au ſeigneur; telle mutation ne fait ouverture qu'à la foi & hommage; c'eſt une judicieuſe diſpoſition: il eſt étrange qu'on s'en ſoit écarté pendant un tems.

Art. 4 de la coutume, qui a été ajoutée lors de la derniere réformation, ſuivant l'avis de M. Dumoulin: M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 4, pag. 22, dit à cet égard, que c'eſt plutôt *continuatio domini quàm mutatio.* Voyez la propoſition qui ſuit, explicative de celle-ci.

II. Cet affranchiſſement eſt fondé, ſur ce que la mutation qui ſe fait en ce cas, eſt ſi naturelle que la poſſeſſion du fils n'eſt regardée que comme la continuation de celle du pere; ainſi le premier ne peut devoir que la foi & hommage; aller au-delà, étoit pour ainſi dire, violer le droit naturel; mais quoi, dans ces tems reculés la conceſſion des fiefs n'étoit qu'à vie.

Stare debet regula uniformis in omni ſucceſſione lineæ directæ ſivè decendentis ſivè aſcendentis, ut nulla jura utilia oneroſa, ſed ſolùm honorifica debeantur. M. Dumoulin, ſur l'art. 3, gloſ. 3, num. 2, ce qui établit que cet affranchiſſement s'étend à la ligne directe aſcendante; eſt à obſerver que hors les mutations qui ſont la matiere de ce chapitre, les autres par rapport aux fiefs, donnent lieu aux droits de relief ou de quint, qui ſeront traités par les deux chapitres ſuivans.

III. Lorſque l'un des enfans renonce à la ſucceſſion, l'accroiſſement qui ſe fait de ſa portion héréditaire à celle des autres, ne fait ouverture à aucun droit utile en faveur du ſeigneur; la renonciation ayant un effet rétroactif.

Art. 5 de la coutume; M. le Maître, des fiefs, chapitre 2, ſect. 1, page 20; & la note à la même page.

IV. En effet, c'eſt la loi même qui opére cet accroiſſement, & de droit la part du renonçant accroît à l'acceptant; donc il n'eſt du pour ce, aucun droit; cela eſt conſéquent au premier principe d'affranchiſſement qu'on examine ici; & c'eſt ce qui a conduit la coutume à ce juſte affranchiſſement, qui milite pour l'héritier bénéficiaire adjudicataire.

Il en eſt de même du fils héritier bénéficiaire de ſon pere, qui pour ſes créances ſe fait adjuger un fief dépendant de la ſucceſſion bénéficiaire; il ne doit pour cette adjudication, aucun droit utile au ſeigneur; c'eſt continuité de ſa poſſeſſion & de ſa ſaiſine légale. Il y en a deux arrêts qui ſont rapportés dans la dixieme partie du journal du palais, page 130 & 145. Voyez la ſeptieme propoſition de la ſection 3 du préſent chapitre; ce qui eſt expliqué plus au long, ſur le titre des cenſives.

V. Cependant, le fils ſuccédant à ſon pere ou autre aſcendant, doit toujours la foi & hommage, comme on l'a déja dit; c'eſt un droit juſtement dû au ſeigneur dans toutes mutations: nul n'en eſt affranchi.

Cela établi ci deſſus par le premier chapitre de cette premiere partie du préſent titre; c'eſt droit dû par tout nouveau vaſſal.

VI. Les partages ou actes équipolens à partage ne donnent ouverture à aucun droit ſeigneurial, encore qu'il y eût une ſoulte payée en deniers à l'un des copartageans; c'eſt liquidation, tranſlation même de propriété inévitables; & il en eſt de même, lorſqu'après un premier partage, les cohéritiers ayant laiſſé un bien en commun pour l'acquittement des dettes, ils licitent entr'eux volontairement ce bien, à la charge par l'adjudicataire de payer les dettes, & en payant un certain prix, dont ſouvent ils ſont convenus avant ce que les ſeigneurs de fief quelquefois conteſtent, mais mal-à-propos; car le premier acte n'étoit qu'un partage encommencé, & le ſecond qui eſt la licitation le parachéve.

M. Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſection 1, ſubdiviſion 8, page 91. Voyez ci-après, le titre des cenſives, les réſolutions & les autorités ſur ce, étant communes, tant aux fiefs qu'aux cenſives; c'eſt ſur ce dernier objet & pour éviter les répétitions qu'on ſe réſerve d'examiner à fond cet établiſſement.

VII. Il en eſt de même de la ſucceſſion directe aſcendante; elle ne produit aucun droit utile en faveur du ſeigneur; elle eſt auſſi favorable que les droits ſeigneuriaux le ſont peu: nature différente, qui, jointe au ſilence de la coutume, fonde l'affranchiſſement.

Mais comme la ſucceſſion directe deſcendante, elle fait ouverture à la preſtation de foi; cela eſt établi ci-deſſus dans ſon ordre. Quant à l'affranchiſſement, voyez M. Dumoulin, art. 3, gloſ. 3; & la raiſon eſt, que quoique cette ſucceſſion ſoit contre l'ordre de la nature, elle n'en eſt pas pour cela moins favorable. *Idem enim favor aſcendentium & deſcendentium*; Dumoulin, article 3, gloſ. 3, num. 2.

SECTION II.

Que la donation en directe, ne fait pareillement aucune ouverture à droit utile en faveur du ſeigneur.

(Art. 26 de la coutume.)

VIII. La mutation qui arrive par cette voie, ne fait ouverture à aucun droit utile en faveur du ſeigneur; en effet, elle n'eſt pas moins favorable que la ſucceſſion directe; & ce n'eſt même qu'une ſucceſſion anticipée; elle doit donc jouir du même affranchiſſement que la ſucceſſion; tel eſt le principe de la coutume.

Cela a lieu pour la conſtitution de dot faite par un pere au profit de ſa fille, encore que le fief donné en dot eût été eſtimé; Papon, liv. 13, tit. 2, art. 24. Mais la donation en directe doit le centieme denier, ſi elle n'eſt faite par contrat de mariage; note ſur M. le Maître, page 21.

IX. Cette exemption de droits, par rapport au ſeigneur, auroit lieu, encore qu'on eût chargé le donataire de payer des dettes montantes à la valeur du fief; c'eſt toujours imitation de ſucceſſion directe; ſucceſſion qui entraîne la charge des dettes; charge qui ne fait aucun obſtacle à la décharge du droit ſeigneurial.

Voyez M. Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 44; & la propoſition qui ſuit.

X. En effet, cette charge eſt regardée comme un arrangement de famille, & comme une imitation de celle que la loi impoſe à l'héritier; telle charge ne doit donc affoiblir l'affranchiſſement attaché à la donation en directe.

Juſques-là que s'il avoit été donné un fief à un des enfans, pour obtenir ſa renonciation, il ne ſeroit rien dû pour ce au ſeigneur. Arrêt du 25 avril 1573; M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 4, page 22; ce qui prouve la propoſition.

XI. Cette exemption eſt ſi favorable, qu'elle a lieu dans la donation faite par un ayeul à ſon petit-fils, ſon fils étant vivant; l'ayeul donne à la décharge du pere; l'exemption doit donc militer en ce cas.

M. Dupleſſis, des fiefs, livre 1, chapitre 4, page 23.

XII. Elle auroit même lieu en faveur de la fille donataire de ſon pere, qui auroit renoncé par ſon contrat de mariage à la ſucceſſion future; c'eſt retour au droit commun; retour toujours favorable, & qu'on ne peut regarder que comme imitation de ſucceſſion directe.

La lettre de l'art. 26 ne comprend que le fils; ce qui a été étendu à la fille; M. Dumoulin, ſur l'article 3 de la coutume, num. 4; & ce qui eſt auſſi favorable que conforme à l'eſprit de la coutume.

XIII. Cette faveur a été étendue aux donations faites par les deſcendans à leurs aſcendans; les uns & les autres étant regardés comme une même perſonne, ont mérité cette faveur, ce qui cependant n'a pas été ſans difficulté; mais une juſte faveur la doit faire ceſſer.

M. Dumoulin, dit ſur l'art. 26 de l'ancienne coutume, num. 6: que pour qu'une telle donation ne faſſe pas ouverture au relief, il faut qu'elle convienne qu'elle a été faite en avancement d'hoirie; la clauſe ſeroit fort ſinguliere dans une telle donation, faite par un fils à ſon pere. Voyez l'article 33 de la coutume, & l'article 14 de celle d'Orléans, qui porte cette exemption. M. Dupleſſis eſt reſté indécis ſur la queſtion, au chapitre indiqué ſur la quatrieme propoſition de cette ſection; mais la note marginale qu'on y a ajouté, page 23, confirme la propoſition; c'eſt auſſi le ſentiment de M. le Maître, traité des fiefs, chap. 2, ſection 1, page 21.

XIV. Cette exemption dans tous les cas ci-deſſus, a lieu, ſoit que la donation ſoit entre-vifs, ſoit qu'elle ſoit teſtamentaire; ainſi le legs en directe, ne fait ouverture à aucun droit utile en faveur du ſeigneur; tel legs tient lieu de portion héréditaire, & comme tel, doit jouir de cet affranchiſſement; en effet il n'y a pas ſur ce aucune bonne raiſon qui puiſſe faire admettre une différence entre la diſpoſition entre-vifs, & la diſpoſition teſtamentaire; pour moi je n'en vois aucune; mais il n'en eſt pas de même de la ſubſtitution.

A l'égard de la ſubſtitution, quoiqu'elle ſoit établie par un aſcendant, & qu'un frere la recueille par le décès de ſon frere, le droit de relief eſt dû au ſeigneur; M. Dumoulin, ſur l'art. 22 de l'ancienne coutume de Paris, num. 86, 87 & 88; les auteurs des notes, ſur M. Dupleſſis, page 34, édition de 1709; ce qu'on examinera par la ſuite plus à fond, tant ſur le titre des cenſives, que ce-

lui des ſubſtitutions. Voyez la derniere ordonnance ſur cette derniere matiere.

XV. Mais la donation d'un fief, faite à un fils naturel, quoique légitimé, autrement que par un mariage ſubſéquent, emporte droit de relief; & cela, parce que la grace accordée au légitimé, ne peut nuire au ſeigneur qui eſt étranger à la famille, qui n'a pu par ſon conſentement à la légitimation, faire préjudice à ſes droits.

Telle eſt l'opinion commune, fondée ſur les principes & les effets de cette légitimation.

SECTION III.

Quand la dation en payement du fief, faite en faveur d'un deſcendant, emporte & n'emporte pas droit utile en faveur du ſeigneur.

XVI. S'il eſt donné à un enfant un fief en payement du douaire préfix, il ne doit aucun droit au ſeigneur; c'eſt imitation de ſucceſſion légitime; ce qui fonde l'affranchiſſement en ce cas, & pour les autres ſemblables.

Voyez M. Dupleſſis, ſur l'article 26 de la coutume, & le même auteur, traité des fiefs, liv. 1, p. 22; ch. 4, parce que, dit-il; c'eſt moins *mutatio dominii quam continuatio.* Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XVII. En effet, le douaire imite la ſucceſſion, & ce que les enfans prennent à ce titre, leur tient lieu de portion héréditaire, & leur eſt propre: il y a donc lieu en ce cas, comme dans lautre, à l'affranchiſſement.

Cela eſt d'une juriſprudence bien conſtante au châtelet; & M. Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſection 1, page 89, dit l'avoir fait ainſi juger au châtelet.

XVIII. Il en eſt de même ſi un fils ſe fait adjuger un fief dépendant de la ſucceſſion de ſon pere, pour ſe remplir d'une ſomme que ſon pere lui avoit conſtituée en dot, ou qu'il lui avoit donnée; c'eſt toujours exécution d'une donation faite en directe, & qui ne fait ouverture à aucun droit ſeigneurial.

Par arrêt du 6 ſeptembre 1656, il a été jugé, que tel héritage étoit propre au fils; il eſt rapporté en la note marginale, ſur M. Dupleſſis, page 88; & la propoſition eſt conforme au ſentiment de ce commentateur, à la même page 88; & la qualité de propre, jugée par l'arrêt, fonde la propoſition conforme au ſentiment de M. Carondas, en ſes réponſes, liv. 5, chap. 62; & liv. 7, chap. 53. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, des droits ſeigneuriaux, art. 3: ce qui s'applique aux cenſives. Voyez auſſi la propoſition qui ſuit.

XIX. Cela eſt fondé, ſur ce qu'en ce cas, le fief qui étoit le gage de la donation, eſt cenſé avoir été donné par le pere, & que ce changement d'objet, n'eſt que l'exécution du premier titre, auquel l'affranchiſſement eſt attaché, ce qui s'applique à la dot.

Il en eſt à plus forte raiſon de même, ſi c'eſt un pere qui donne à ſon fils ou à ſon gendre, un fief en payement de la dot en deniers qu'il lui avoit conſtitués, ou ſi c'eſt un frere qui le délaiſſe à ſa ſœur en payement d'une telle dot. M. Dumoulin, ſur l'art. 13 de la coutume, gloſ. 5, queſt. 10, num. 46; c'eſt auſſi le ſentiment de M. Dupleſſis, page 23; de M. le Maître, page 22; en effet, c'eſt toujours l'exécution d'une donation en directe.

XX. Mais ſi les créances, pour leſquelles le fils ſe fait adjuger le fief dépendant de la ſucceſſion de ſon pere, proviennent d'une autre ſource que de la libéralité du pere, en ce cas, il eſt dû droit de quint au ſeigneur; c'eſt acquiſition, c'eſt adjudication; le fils n'étant point héritier; ainſi en ce cas, plus de faveur, & les droits ſont dûs. De-là, il s'enſuit que ſi le fils ſe fait adjuger un fief ayant appartenu à ſon pere; pour un reliquat de compte du tutelle, le droit de quint eſt dû au ſeigneur; c'eſt la conſéquence qui naît de la propoſition.

On le juge ainſi au châtelet, & c'eſt ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſection 1, page 88.

XXI. Cependant ſi le fils ſe portoit héritier bénéficiaire de ſon pere, quoiqu'il n'y eût aucun profit pour lui, & que ſes créances abſorbaſſent tous les biens, il ne ſeroit dû aucun droit; c'eſt toujours comme héritier qu'il les poſſéde.

Cela a été ainſi décidé pour le préſident Molé, au ſujet du marquiſat de Lacy, & de la terre de Champlaſtreux; Molé & mademoiſelle ſa ſœur, étoient ſeuls héritiers bénéficiaires de M. le préſident Molé, leur pere, & l'adjudication étoit faite à leur profit; cela avoit déja été jugé par un arrêt du 22 février 1645; il eſt rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, page 145; ainſi c'eſt juriſprudence certaine, confirmée par les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 14; par Soëfve, tome 2, chap. 3, queſt. 43; & par Bretonnier, ſur Henris, tome premier, livre 3, chap. 3, queſt. 43; & la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

XXII. La raiſon de ce, eſt qu'il eſt toujours cenſé poſſéder les biens comme héritier & que les créances qu'il ne confond pas, ne lui ſervent que d'exceptions contre les créanciers; ainſi c'eſt toujours en ſa qualité d'héritier qu'il poſſéde; les lettres de bénéfice d'inventaire, ne font que modifier les engagemens de ſa qualité, ſans donner aucune atteinte à icelle; & ceſt elle qui eſt la premiere baſe de ſa propriété; & par conſéquent, du juſte affranchiſſement qu'on lui accorde.

Dupleſſis va plus loin, car à la page 88, il eſtime, que lorſque les héritiers délaiſſent un héritage à l'un d'eux, en payement de ce qui lui étoit dû par le défunt, il n'eſt dû aucun droit au ſeigneur

pour ce délaiſſement ; ce qui confirme d'autant plus la propoſition. En effet, la formation d'un lot & la charge impoſée à celui des héritiers, auquel on délaiſſe ce lot d'acquiter tous les dettes, ne fait pas ouverture au droit en faveur du ſeigneur.

XXIII. Cela auroit même lieu, c'eſt-à-dire, que l'héritier bénéficiaire jouiroit de cette exemption de droits ſeigneuriaux, quand pour conſtater la valeur du fief, il s'en ſeroit rendu adjudicataire, parce qu'en ce même cas, il n'auroit jamais ceſſé de le poſſéder.

Quod meum eſt amplius meum fieri non poteſt, l. 16, ff. *de contrahen. emptio.* Cette exemption, en ce cas, a été jugée par les deux arrêts ci-deſſus déja cités, & qui ſont rapportés dans la dixieme partie du journal du palais, page 130 & 145 ; ce qui confirme les propoſitions précédentes.

SECTION IV.

Que la remiſe de la confiſcation, au proffit d'un deſcendant du condamné, ne fait ouverture à aucun droit utile en faveur du ſeigneur.

XXIV. Si le Roi fait don de la confiſcation au profit d'un deſcendant du condamné, tel donataire pour raiſon du fief que comprend le don, ne doit aucun droit au ſeigneur duquel ce fief releve ; c'eſt continuité de poſſeſſion ; celle du fils étant regardée comme une ſuite de celle de ſon pere.

Voyez le titre des propres ; le Bret, traité de la ſouveraineté du roi, liv. 3, ch. 15 ; le Maître, des fiefs, page 21.

XXV. Il en ſeroit de même, ſi la remiſe de la confiſcation avoit été faite au profit du pere du condamné ; l'une & l'autre ligne jouit de la même faveur : il faut cependant convenir qu'elle eſt plus marquée dans l'une que dans l'autre.

Voyez le titre des propres, où il eſt établi, que cette remiſe faite des propres, en ce cas, comme dans le précédent ; ce qui établit la propoſition. En effet, cela eſt fondé, ſur ce que dans l'un & l'autre cas, la grace du prince produit une imitation de la ſucceſſion directe : ſucceſſion qui eſt affranchie de tous droits utiles dans l'une & l'autre ligne ; mais il n'en ſeroit pas de même, ſi elle étoit faite à un collatéral. Voyez le titre indiqué ſur la propoſition précédente ; en ce cas, ce ſeroit acqueſt ; & le droit ſeroit dû au ſeigneur.

SECTION V.

Que le partage de communauté, que la renonciation à icelle, & l'accroiſſement que cette renonciation produit, ne font ouverture à aucun droit ſeigneurial.

(Art. 5 & 32 de la Coutume.)

XXVI. La veuve ne doit aucun droit au ſeigneur, pour raiſon du fief, conquêt qui lui eſt échu par le partage de communauté ; elle eſt cenſée l'avoir acquis avec ſon mari : juſte motif de l'affranchiſſement ; elle eſt originairement covaſſalle.

Quamvis numquam fuerit in fide patroni, ſed ſolus vir, tamen non cenſetur de novo acquirere, ſed ab initio cenſetur hæc dimidia pertinuiſſe ad uxorem. Dumoulin, ſur l'art. 33 de l'ancienne coutume, gloſ. 1, num. 142 ; Dupleſſis, des cenſives, page 92 : le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, page 16.

XXVII. En effet, ce n'eſt qu'une continuité de poſſeſſion ; la ſociété de biens lui donnant un droit virtuel en icelui fief, auſſitôt l'acquiſition faite par ſon mari ; ce qui fonde cet affranchiſſement que ſon acceptation de communauté conſomme ; c'eſt conſommation, non acquiſition, & conſommation d'un droit ancien.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 4, pag. 24 ; elle ne doit pas même réitérer la foi & hommage ; le même auteur, page 25 ; ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

XXVIII. Mais ſi par le contrat de mariage, il étoit dit que tous les biens de la communauté appartiendront au ſurvivant, il doit moitié du relief, par rapport au fief acquis pendant la communauté ; parce que telle clauſe n'eſt pas modification de communauté, mais donation qui fait ouverture à ce droit par rapport aux fiefs.

Arrêt du 27 mai 1672, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, chap. 74. En effet, en ce cas, la moitié du fief n'appartient au ſurvivant, qu'en vertu d'une donation ; acte qui fait ouverture à ce droit.

XXIX. Si la veuve renonce à la communauté, les héritiers du mari, auxquels la maſſe de la communauté reſte, ne doivent pour ce, aucun droit au ſeigneur ; la renonciation a effet rétroactif ; & par conſéquent, ne peut donner ouverture à un droit ſeigneurial : c'eſt accroiſſement légal.

Voyez l'art. 6 de la coutume, qui a lieu pour ce cas, comme pour celui qui eſt exprimé, & l'art. 5 qui le décide expreſſément. M. le Maître, des fiefs, ch. 2, ſection 1, page 18, confirme la propoſition.

XXX. Dans ce même cas de renonciation, la veuve, pour les fiefs qui lui étoient propres & qu'elle reprend, ne doit aucun droit au ſeigneur, ſoit qu'elle ait apporté le fief en mariage, ſoit qu'il lui ſoit échu pendant icelui, ſauf la foi & hommage ; exception qu'on va expliquer : c'eſt continuité d'une poſſeſſion reconnue ; mais il faut le devoir perſonnel, lorſqu'il n'a pas été perſonnellement vendu.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 1, chap. 4, ſubdiviſion 4, page 23.

XXXI. Mais ſi elle n'avoit pas fait la foi perſonnellement, elle doit la faire dans les 40

jours, à compter du jour de la diſſolution de la communauté; ſa qualité de propriétaire l'aſſujettit à ce devoir perſonnel, que ſon impuiſſance, comme femme, n'avoit fait que ſuſpendre.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 2, ch. 4, page 23.

XXXII. Cette exemption de droits en faveur de la femme; par rapport aux fiefs, conquêts de la communauté qu'elle accepte, a été étendue, même à la dation en payement qui lui eſt faite d'un fief de la communauté, en déduction de ſes repriſes; ce qui eſt inconteſtable, lorſqu'elle a accepté la communauté; mais exemption qu'il eſt difficile de fonder dans le droit, lorſqu'elle a renoncé à la communauté, puiſqu'en ce cas, & par l'effet rétroactif de ſa renonciation, elle eſt cenſée n'avoir jamais rien eu dans la choſe, d'autant plus qu'on ne l'exempte pas des droits, par rapport au propre de ſon mari, qu'on lui auroit donné en payement; mais malgré ces raiſons, il faut ſe tenir à la juriſprudence, qui accorde l'exemption à la veuve renonçante, comme à l'acceptante, par rapport aux conquêts, dont elle eſt cenſée avoir fait l'acquiſition avec ſon mari; la défaveur de ces droits a conduit à cette juriſprudence plus que les principes.

Sur la premiere partie de la propoſition, voyez M. Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſection 1, page 92; le Maître, page 18, eſtime qu'elle eſt exempte, nonobſtant qu'elle ait renoncé à la communauté; opinion que j'ai peine à goûter par la raiſon expliquée dans la propoſition qui ſuit, & ſur la ſeconde partie. Voyez les notes ſur Dupleſſis, page 93; le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, page 18; Bardet, tome 1, livre 1, ch. 59; arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 15 & 16.

XXXIII. En effet, dans le premier cas, il n'y a pas de parfaite mutation, le fief conquêt étant acquis par le mari & par la femme; au lieu que dans le ſecond cas, ainſi que dans le troiſieme, la femme n'ayant rien eu dans le fief, ni virtuellement, ni habituellement; l'abandon qui en eſt fait à la veuve pour ſes repriſes, produit une parfaite mutation; ſa renonciation ayant comme ſon acceptation un effet rétractif.

Voyez les notes indiquées ſur la propoſition précédente. En un mot, dans le premier cas d'un conquêt donné en payement à une veuve commune, c'eſt liquidation des charges d'une ſociété qui tomboient ſur la veuve même pour moitié; dans les deux autres cas, c'eſt vraie dation en payement d'une vraie créance, dont les héritiers du mari étoient ſeuls tenus & conſommée par le délaiſſement d'un bien qui appartenoit à eux ſeuls & dans lequel il eſt cenſé qu'elle n'a jamais rien eu; ſa renonciation à la communauté ayant un effet rétroactif; & à l'égard du propre du mari, il eſt conſtant que tout ſon droit ſur icelui, a toujours été réduit à la ſimple hypotéque; ainſi, en ce cas, nulle difficulté que le droit ſeroit dû; mais dans le cas qu'il y a eu un enfant du mariage, & que cet enfant ſans avoir liquidé avec ſa mere qu'il laiſſe ſon héritiere mobiliaire, à laquelle celui des propres délaiſſe un propre ancien en payement de ſes repriſes, comme ces deux héritiers ne ſont pas vrais cohéritiers, & que parconſéquent, cet acte ne peut paſſer pour un partage, il ſemble qu'en ce cas, le droit eſt dû; mais la juſte faveur attachée aux arrangemens de famille, & la défaveur des droits ſeigneuriaux paroiſſent l'en affranchir.

SECTION VI.

Que la femme ne doit aucun droit à cauſe de ſon premier mariage.

(Art. 35 de la coutume).

XXXIV. Quoique la ſimple mutation dans la poſſeſſion du fief, faſſe ouverture au de relief, dont il ſera traité ci-après; quoiqu'il ſe faſſe mutation dans la poſſeſſion d'un fief appartenant à une fille lorſqu'elle ſe marie; néanmoins pour ſon premier mariage elle ne doit pas ce droit; la faveur que mérite un premier mariage a conduit à cette exemption; & c'eſt droit commun.

Voyez ci-après le chapitre du relief; c'eſt le ſiége de cette exemption.

XXXV. Mais elle le doit pour le ſecond & autres ſubſéquens mariages; la faveur en ce cas ceſſe entierement; & par conſéquent la mutation dans la poſſeſſion, par rapport aux fiefs, doit relativement au ſeigneur, produire tout ſon effet, puiſqu'en ce cas la cauſe d'exemption ne ſubſiſte plus.

Voyez M. Dumoulin, ſur l'art. 35 de la coutume, gloſ. 2, num. 17 & 18, & gloſ. 1, num. 3; le Maître, des fiefs, pag. 30; mais elle n'en devroit qu'un, ſi le fief lui étoit échu en collatérale pendant le ſecond mariage; le même, page 32.

XXXVI. Mais s'il y avoit ſéparation contractuelle, le droit ne ſeroit pas dû pour le ſecond mariage, elle a mis le mari hors d'état de poſſéder, & par conſéquent en ce cas, plus de changement dans la poſſeſſion qui pût faire ouverture au droit utile.

Fallit, dit Dumoulin, *ſi ab initio in tractatu matrimonii conventum ſit quod mulier propriorum ſuorum haberet liberam poteſtatem & adminiſtrationem*; c'eſt le ſentiment de Pontanus, ſur la coutume de Blois, tit. 6, art. 85; de M. Loyſeau, traité du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 4, num. 10 & 11; de M. le Maître, page 30; & l'auteur des notes, ſur ſon commentaire, en rapporte quatre arrêts; ainſi juriſprudence conſtante.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 24 juillet 1665, rapporté au journal des audiences, tom. 2, livre 7, chap. 27; par lequel a été jugé que la femme, pour un ſecond ou autre mariage, ne doit relief, quand

par le contrat de mariage, il eſt ſtipulé qu'il n'y aura point de communauté de biens.

SECTION VII.

Que pour la réſolution forcée de la vente, il n'eſt dû aucun droit.

XXXVII. Lorſqu'elle eſt forcée, par exemple, s'il y a reſtitution en entier contre la vente ou réſiliation du contrat, faute de payement, il n'eſt dû aucun droit pour ſa rentrée; c'eſt une condition de la vente non accomplie; ce qui l'anéantit dans ſa ſource, & par conſéquent affranchit celui qui reſte dans la propriété qu'il n'a vraiment jamais perdue, de payer un droit au ſeigneur: c'eſt droit primitif qui reprend ſon exécution.

Voyez M. Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 98; de-là il réſulte qu'une vente nulle ne produit aucun droit, ſoit de quint à l'égard des fiefs, ſoit de lods & ventes, quant aux héritages tenus à cens. Voyez M. Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 33, gloſſe premiere, num. 2, ſur l'art. 78, gloſſe premiere, num. 13; & de l'Hommeau, livre 2, maxime 20; les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 40.

XXXVIII. Mais ſi la réſolution de la vente eſt volontaire, le quint eſt dû pour la réſiliation; c'eſt vraie mutation, qui rélativement au ſeigneur, doit produire tout ſon effet, l'ancien droit de l'acquéreur, mais effacé ne pouvant nuire au ſien.

M. Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente.

XXXIX. Il n'eſt dû aucun droit pour le déguerpiſſement; c'eſt reſolution ou deſtruction forcée de l'acquiſition qui l'anéantit totalement; ce qui fonde l'avant derniere propoſition, fonde celle-ci, qui influe même ſur l'adjudication, comme on le verra dans ſon ordre.

M. Loyſeau; M. le Maître, page 26; & tel eſt l'uſage du châtelet: on verra ce qui le fonde ſur le titre des cenſives.

SECTION VIII.

Que toutes les exemptions ci-deſſus mentionnées, n'ont pas lieu, ſi le fief eſt ſitué dans le Vexin-François, & quels ſont ces fiefs.

(Art. 3 de la coutume.)

XL. Lorſque le fief eſt ſitué dans le Vexin-François, il eſt dû relief à chaque mutation & ſans exception; ainſi ce qu'on a dit ci-deſſus n'a pas lieu en ce cas; mais c'eſt une coutume dure & qui doit être comme telle reſſerrée, autant qu'il eſt poſſible de le faire.

Si ce n'eſt que la mutation ſoit de la part du ſeigneur; ce qui eſt atteſté par M. Dumoulin, ou par diſſolution de la communauté. M. Dupleſſis, pag. 24; ce qui ſe verra par la quatriéme propoſition: mais auſſi en cas de vente pour les fiefs ſitués dans le Vexin, il n'eſt dû que ce droit & non le quint. M. le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, pag. 18: foible balance de la dureté de cette coutume locale, qui donne un droit injuſte, pour en affoiblir un qui ſeroit juſte.

XLI. De-là il s'enſuit que le fils même ſuccédant au fief de ſon pere, doit le relief, ſauf l'exception qu'on verra dans le chapitre du relief (dans le cas que ce fils n'a d'autres biens que ce fief); mais ſi le petit-fils ſuccéde à ſon ayeul par repréſentation de ſon pere, il n'eſt dû qu'un ſeul droit de relief dans le cas que le fief eſt ſitué dans le Vexin, & non double droit.

Sur la charge à laquelle le ſeigneur eſt aſſujetti, qui eſt de nourrir les mineurs, lorſqu'il a joui d'un tel fief à titre de relief. Voyez la ſection qui ſuit; & Dumoulin, ſur l'art. 2, gloſ. 6, num. 7; ce qui fonde ſur ce, une maxime qu'on ſuit inviolablement au châtelet qui eſt que le mineur ne peut entamer ſes fonds pour ſes alimens. Voyez la ſection ci-après.

XLII. Quoique par rapport aux fiefs régis par le Vexin, il ſoit dû à chaque mutation relief au ſeigneur, il en faut excepter le cas dans lequel la femme, en conſéquence de ſon acceptation de la communauté, devient propriétaire d'un fief conquêt; elle ne doit pour ce aucun droit, parce qu'elle eſt cenſée l'avoir acquis conjointement & avec ſon mari; c'eſt moins mutation que continuité de poſſeſſion.

M. Dupleſſis, des fiefs, livre 1, chapitre 4, page 24.

XLIII. Les fiefs du Vexin, ſont pluſieurs fiefs ſitués ſur la frontiére de Normandie, pour leſquels il y a coutume locale, qui donne au ſeigneur droit de relief à chaque mutation; tels ſont ces fiefs; qu'il ſeroit juſte d'aſſimiler aux autres.

M. Choppin, ſur le titre des fiefs, num. 7, dit, que le Vexin-François, ſont pluſieurs endroits ſitués vers la Normandie, comme à Pontoiſe, au Val de Gallié & au comté de Chaumont.

XLIV. Cet uſage local eſt fondé ſur ce que les conceſſions de ces fiefs, n'ont été faites qu'à cette charge, pour laquelle cette coutume locale tient lieu de titre; mais c'eſt vouloir percer dans des tems auſſi obſcurs que reculés.

La premiere ſource de cet uſage, vient de ce que ce pays avoit été cédé à Raoul, par Charles le ſimple, pour la dote de la princeſſe Gizelle, ſa fille.

XLV. C'eſt au ſeigneur à prouver que le fief mouvant de lui, ſe régit par l'uſage du Vexin-françois; cette preuve doit ſe faire

par des aveux & dénombremens ; ſans cette preuve la préſomption eſt contraire ; & il ne ſuffiroit pas au ſeigneur de ſe ſoumettre de faire preuve teſtimoniale, que le fief eſt dans le Vexin ; telle preuve n'eſt pour ce admiſſible ; ſon objet & ſa fin ne ſont pas aſſez favorables pour l'admettre.

On n'admettroit pas au châtelet une telle preuve.

XLVI. Cela eſt fondé, ſur ce que le Vexin-François n'a pas de véritables bornes, & que par conſéquent, telle charge ou telle mouvance dépend toujours des titres, dont la juſtification eſt à la charge de celui qui agit, d'autant plus que ſon droit eſt défavorable.

Voyez la citation, ſur la premiere propoſition de cette ſection.

SECTION IX.

Quel eſt l'engagement du ſeigneur, pendant l'an de ſon relief, lorſque les enfans ſuccédans à leur pere, n'ont d'autre bien que le fief régi par l'uſage du Vexin.

XLVII. Dans ce cas, le ſeigneur doit leur fournir leur ſubſiſtance ; autrement ſon droit entameroit leur fonds, ce qui ſeroit injuſte, il faut le leur conſerver.

C'eſt l'avis de M. Dumoulin, ſur cet art. gloſ. 6, num. 70 ; & ce ſentiment eſt bien judicieux ; il eſt adopté par Tronçon & Brodeau, en leur commentaire ſur l'art. 3 de la coutume ; & par Salvaing, du plaid ſeigneurial, queſt. premiere.

XLVIII. Cela, c'eſt-à-dire, cette charge impoſée au ſeigneur, de leur fournir en ce cas des alimens, ſe régle ſuivant le nombre des enfans ; c'eſt leur nombre, ainſi que le montant de leur revenu, qui doit déterminer.

Voyez la citation, ſur la derniere propoſition de cette ſection.

XLIX. C'eſt ordinairement la moitié des fruits ; ce qui réduit en ce cas le droit à la moitié ; mais s'il y a nombre d'enfans, le ſeigneur, pour leur ſubſiſtance, doit leur rendre les deux tiers des fruits ; il faut qu'ils vivent, & cela eſt fondé ſur ce que dans le cas de la ſucceſſion directe, ce droit de relief eſt odieux en lui-même, autant que cette charge, en diminuant ce droit, eſt favorable.

L'article 209 de la coutume de Sens, contient une diſpoſition toute contraire aux diſpoſitions contenues dans cette diſtinction ; ſur lequel article M. Dumoulin a dit, *iniquiſſima conſuetudo & contrarium obtinui per areſtum parlamenti pariſienſis in terminos conſuetudinis de Chaumont*, au Vexin-François ; ainſi cette coutume ſur cela, & même dans l'étendue de ſon territoire, ne doit pas faire impreſſion.

CHAPITRE CINQUIEME.

DU RELIEF.

SECTION PREMIERE.

DE CE DROIT CONSIDÉRÉ EN GÉNÉRAL, ET DE CE EN QUOI IL CONSISTE.

(Article 47 de la coutume.)

I. LA coutume pour ce droit, tient lieu de titre au ſeigneur, & il eſt dû à chaque mutation de vaſſal non-affranchi de tout droit utile en faveur du ſeigneur, & pour laquelle le quint ſeroit dû ſi elle n'en étoit exemptée par la ſubrogation de ce droit à l'autre ; ainſi ce droit eſt dû dans tous les cas pour les quels il n'y a pas d'exemption ; voilà le principe général.

On verra ci-après les mutations dans leſquelles le quint eſt dû ; ainſi le droit de relief eſt dû dans toutes celles de fief où le quint n'eſt pas dû, & que la coutume n'exempte pas de tout droit utile envers le ſeigneur : notion générale qui ſe développera par la ſuite, mais qui ſuffit pour fonder la propoſition.

II. Le droit de relief eſt bien moins onéreux que le quint, auſſi n'a-t-il lieu que dans des mutations favorables, mais qui le ſont moins que celles qui ſont expliquées dans les ſept premieres ſections du chap. précédent, dans leſquelles il n'eſt dû que la foi & hommage, ſans aucun droit utile ; ainſi les mutations pour leſquelles le relief eſt dû, forment une ſeconde claſſe moins favorable que celle qui forme la premiere, mais plus favorable que celle qui forme la troiſieme,

troiſiéme, & qu'on examinera par la ſuite en traitant du quint.

On y a vu que ces mutations étoient exemptes de tout droit utile, & qu'elles ne faiſoient ouverture qu'à la foi & hommage.

III. Si le fief dominant & le fief ſervant ſont ſitués dans deux différentes coutumes; c'eſt la coutume du fief ſervant qu'il faut ſuivre pour le relief, c'eſt-à-dire, pour la quotité d'icelui; c'eſt elle en effet qui régit ce fief, & par conſéquent un droit réel & tout enſemble légal à prendre ſur lui, c'eſt donc cette coutume qui doit prédominer ſur l'autre.

M. Louët & M. Brodeau, let. F, ſommaire 19. Voyez l'arrêt rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, page 371: il n'en n'eſt pas de même à l'égard de la forme de la preſtation de la foi & hommage; c'eſt comme on l'a vu ci-deſſus, la coutume dans laquelle eſt ſitué le fief dominant qui régle cette forme, puiſque c'eſt là où la foi & hommage doivent être rendus: diſtinction qui fonde la propoſition.

IV. Le droit de relief conſiſte dans l'option que le ſeigneur doit faire entre les trois choſes ſuivantes que le vaſſal doit lui offrir; ces trois choſes ſont, la jouiſſance réelle du fief ſervant, ou une ſomme, ou l'eſtimation de la jouiſſance par experts; jouiſſance limitée à un an ſeulement.

M. Dumoulin, ſur l'article qui forme le 47 de la nouvelle coutume, gloſ. 2, num. 2; M. le Maître, des fiefs, pag. 34 & 35; M. Dupleſſis des fiefs liv. premier, chap. premier, pag. 31; arrêtés faits chez M. de Lamoignon, des droits ſeigneuriaux, art. 50; & Loyſel, des fiefs, rég. 50.

V. Si le fief, à cauſe duquel le relief eſt dû, eſt affermé par bail authentique & fait ſans fraude, le ſeigneur, pour le relief dont il s'eſt fait ouverture à ſon profit, ne peut plus prétendre la jouiſſance réelle du fief ſervant.

Sur cela, voyez l'article 56 de la coutume, qui, l'ordonnant ainſi, dans le cas de la ſaiſie féodale qui fait réunion momentanée du fief ſervant au fief dominant, doit à plus forte raiſon, avoir lieu dans le cas du relief. M. le Maître, des fiefs, page 37 le décide ainſi, & je n'y vois pas de difficulté; cela étant regardé comme droit commun. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, article 54, mais en ce cas, au lieu de cette jouiſſance, il n'eſt pas obligé d'opter entre la ſomme offerte & l'eſtimation, mais il peut prétendre le prix du bail fait, ſoit en argent, ſoit en grains; le bail ne faiſant que modifier ſon droit ſans le détruire.

VI. Dans ce même cas, le vaſſal eſt garant envers ſon ſeigneur, de la ſolvabilité de ſon fermier, ſon fait ne pouvant ſur ce, nuire au ſeigneur.

C'eſt ſur ce l'opinion commune, & le ſentiment de M. le Maître, page 38; mais cette garantie de la ſolvabilité du fermier de la part du vaſſal envers le ſeigneur, n'auroit pas lieu, ſi le ſeigneur avoit laiſſé enlever ſon gage, c'eſt-à-dire, le mobilier du fermier; c'eſt à lui en ce cas, à ſe l'imputer.

SECTION II.

Quand le ſeigneur doit faire ſon option, & s'il peut varier.

(Art. 49 de la coutume.)

VII. Le tems pendant lequel le ſeigneur doit opter, dépend de l'arbitrage du juge; c'eſt ce qui réſulte du ſilence que la coutume a gardé ſur cela, & l'autorité de la juſtice y ſupplée.

M. le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 2, page 36. M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 1, page 31, dit que pluſieurs eſtiment qu'il doit faire cette option dans les quarante jours, mais il obſerve que la coutume n'a pas fixé ce délai; ainſi la propoſition ſuivant le ſentiment du premier auteur, & l'aveu du ſecond, reſte dans ſon entier; & tel eſt l'uſage, c'eſt le bon interprête de la coutume.

VIII. Si depuis les offres, telles qu'elles ſont expliquées dans la ſection précédente, le ſeigneur auquel le droit de relief eſt dû, a laiſſé faire à ſon vaſſal la prochaine récolte, le ſeigneur ne peut plus opter le relief en nature, parce que c'étoit cette ſeule récolte à faire depuis les offres qu'il pouvoit prendre; ce qui emporte, quant à ce, déſiſtement de la part, & dans le cas que le ſeigneur n'a pas opté, le vaſſal ne peut abandonner l'exploitation de ſon fief, & s'il le faiſoit, cela ne le déchargeroit pas; car il doit en ce cas, ou la ſomme offerte, ou l'eſtimation, ſi le ſeigneur en faiſoit l'option.

On le juge ainſi, parce que tant que le droit d'option n'eſt pas conſommé, il ſubſiſte.

IX. Lorſque l'option eſt faite, le ſeigneur ne peut plus varier; en effet, par l'option le droit eſt conſommé: c'eſt un contrat de volonté dans ſon principe, mais de néceſſité dans ſon exécution.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 2, page 32, vers le milieu; M. le Maître, même titre, ch. 2, ſect. 2, page 36.

X. Cela auroit lieu, c'eſt-à-dire que le ſeigneur ne peut plus varier, & même dans le cas de l'option de jouiſſance en nature, quand ſon année ſeroit la moindre des trois ſolles, ſuivant leſquelles les terres du fief ſont exploitées, & cela auroit lieu, encore que pendant cette année, il y eût perte totale des fruits, parce que cette perte caſuelle accidentelle, n'empêche pas que le droit d'option ne ſoit conſommé, & que comme tel, il ne doive avoir ſon exécution.

Tel eſt le ſentiment de M. d'Argentré, ſur l'art. 76 de la coutume de Bretagne, gloſ. 8, num. 1; de M. Brodeau, ſur l'art. 47 de la cou-

tume, num. 4, & ſuivans ; M. Dumoulin, ſur l'art. 57, num. 2, a penſé le contraire ; mais ſon ſentiment n'a pas été ſuivi : & pour ce cas, ce n'étoit pas expliquer la coutume, mais la changer.

XI. Lorſque le ſeigneur a opté la ſomme offerte ou l'eſtimation, tout ſon droit de relief ſe réduit à ſe faire payer de la ſomme volontairement fixée, ou l'appréciation des experts ; c'eſt ce qui réſulte de ſon option, qui forme à ſon égard un contrat irrévocable, indépendant de la nature du droit choiſi.

Dans cette eſtimation, les experts doivent comprendre le produit annuel des profits de fief ; *debent in eſtimatione ſua rationem nedum fructuum ordinariorum & domanii feudi, ſed etiam ſubfeudorum & cenſuum, & quantum ſimiles ſubventiones probabiliter valent in anno* ; Dumoulin, ſur l'article qui forme le 47 de l'ancienne coutume, gloſ. 3, num. 18 ; ce qui prouve la propoſition.

SECTION III.

Du relief opté en nature.

DISTINCTION PREMIERE.

Comment le ſeigneur doit jouir ; quand commence ſa jouiſſance, & des fruits naturels que le relief en nature comprend.

(Art. 48, 49 & 50 de la coutume.)

XII. Le ſeigneur ayant opté le relief en nature, doit jouir du fief mouvant de lui, en bon pere de famille ; ce qu'on va expliquer : ainſi le ſeigneur jouiſſant à titre de relief, peut exploiter par lui-même ce que ſon vaſſal n'avoit pas affermé ; mais le bail ſeroit un obſtacle à cette exploitation, comme on l'a déja remarqué.

Cette jouiſſance en nature ceſſe ſi le vaſſal avoit fait bail de ſon fief : auquel cas, comme on l'a vu ci-deſſus, le ſeigneur pour ſon droit de relief, doit ſe contenter d'une année du prix du bail ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 56. de la coutume ; voyez M. Brodeau, ſur M. Loüet, let. R. num. 34 ; Dumoulin, ſur l'art. 58 ; Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 3, page 33 ; ainſi c'eſt exception légale à la jouiſſance en nature. Voyez les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 54.

XIII. Si le ſeigneur qui a opté le relief en nature, afferme le fief, le vaſſal a droit de préférence ſur le fermier, en offrant de payer le prix du bail ; c'eſt une juſte faveur qu'on ne peut lui dénier : elle tend à la conſervation du fonds qui reſte ſien.

Telle eſt l'opinion commune : en effet, il mérite bien cette préférence ſur ſa propre choſe, d'autant plus qu'un bail d'une ſeule année ſeroit ſouvent nuiſible au fermier & preſque toujours à lui-même.

XIV. L'année de la jouiſſance du ſeigneur ne commence que du jour qu'il a fait ſon option, comme on le va voir par les propoſitions qui ſuivent ; mais c'eſt toujours le produit d'un an & non plus.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs ; & tel eſt l'uſage.

XV. Le relief en nature, comprend tous les fruits de l'année, tant naturels que civils ; les premiers ſont la matiere de cette diſtinction, les ſeconds, de celle qui ſuit ; mais il eſt bon de ſe fixer d'abord à cette régle générale qui les comprend tous : c'eſt droit général.

M. Brodeau, ſur l'art. 49, num. 13, & cette année commence non du jour de la mutation, mais du jour de l'acceptation des offres ; Dupleſſis, pag. 32 : ce n'eſt que cette acceptation qui conſomme l'option & forme un vrai contrat.

XVI. Mais le ſeigneur pour ce droit ne peut faire qu'une ſeule récolte de chaque nature de fruits ; on va expliquer les conſéquences qui réſultent de ce principe général ; autrement des événemens caſuels, & incertains, augmenteroient ou diminueroient un droit qui ſelon la loi doit être fixé.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 49 de la coutume ; voyez Dupleſſis, page 32 ; les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 53.

XVII. De-là il s'enſuit que la hâtivité de la récolte de celle que le ſeigneur a fait pour ſon relief, ne lui profite pas ; c'eſt la premiere conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Cette diſpoſition de notre coutume a été trouvée ſi juſte, que l'art. 57 de la nouvelle coutume d'Orléans a été modelé ſur icelle ; on peut donc la regarder comme un droit commun du royaume.

XVIII. Par le même principe, ſi l'année du relief eſt ſi tardive qu'une certaine nature de fruits ne ſe récolte qu'après l'année, à compter de l'option ſur les offres, ce retard ne fait aucun tort au ſeigneur, par rapport à ces mêmes fruits qu'il doit faire ſiens ; autre conſéquence qui naît du même principe. Le droit & la condition devant être égaux de part & d'autre.

M. Dupleſſis, des fiefs, page 32.

XIX. La ſeconde herbe ou regain appartient au ſeigneur jouiſſant à titre de relief, c'eſt un fruit ordinaire & annal ; il lui appartient donc comme les autres ; cette ſeconde herbe étant, comme la premiere, fruit annuel & ordinaire.

La coutume n'exceptant aucun fruit, celui-là ne peut être excepté.

XX. Si pendant l'an du relief, il y avoit une coupe de bois à faire, ou la pêche d'un étang, le ſeigneur ne profite de l'un & de l'autre qu'à proportion de ſa jouiſſance : telle eſt la nature de ſon droit, fixé au produit d'une année, dont il faut faire la liquidation,

l'évaluation par fraction de tems, & ce, indiſtinctement, c'eſt-à-dire, dans le cas même que la coupe ne ſe feroit pas pendant l'année du relief.

C'eſt la diſpoſition de l'article 48 de la coutume. Voyez la propoſition ſuivante qui développe celle-ci.

XXI. De là il réſulte que ſi la coupe de bois ne ſe fait que de neuf ans en neuf ans, le ſeigneur n'a, quant à ce, pour ſon droit de relief, qu'un neuvieme dans le produit de la coupe, encore que la coupe ſe faſſe pendant l'année du relief; premiere conſéquence de la propoſition précédente.

Dumoulin, ſur l'art. premier de la coutume, gloſ. 8, num. 10 & ſuivans; & la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci; en effet, ce produit n'eſt pas celui d'une année, mais celui de neuf; il faut donc le diviſer, comme on vient de le dire. C'eſt ſur cette raiſon principale que ſe fonde Dumoulin; & tel eſt l'uſage qui eſt fondé ſur les autorités ci-deſſus, & même ſur une eſpece de droit commun; c'eſt ce qui réſulte des arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des droits ſeigneuriaux, art. 56. Voyez auſſi Chopin, ſur la coutume d'Anjou, livre 2, titre du rachapt, num. 8.

XXII. Reſpectivement, ſi pendant l'an du relief, il ne ſe fait ni coupe, ni pêche, le ſeigneur par la ſuite y prend ſa portion comme deſſus, mais dans ſon tems ſeulement, & c'eſt la ſeconde conſéquence qui réſulte du même principe.

Dupleſſis, des fiefs, livre 4, chapitre 2, page 33; le Maître, des fiefs, chapitre 2, ſection 2, page 37.

XXIII. Le ſeigneur jouiſſant à titre de relief, ne peut anticiper ni coupe de bois, ni pêche d'étang; c'eſt ce qui réſulte de ſon engagement de jouir en bon pere de famille.

Voyez Dupleſſis, page 32.

XXIV. Il ne peut abattre aucun bois de haute-futaie, ni aucun de ceux qui ſont pour l'ornement de la maiſon, encore que ſon vaſſal fût dans l'uſage d'en faire abattre de tems en tems.

C'eſt l'opinion commune, ce n'eſt fruit ordinaire, c'eſt eſpéce de dégradation: qualité qui fonde cette limitation.

☞ Le prix des bois de haute-futaie, vendus par le vaſſal pendant l'année du relief, n'entre pas dans le droit de relief dû au ſeigneur féodal, qui ne peut prétendre que les fruits qui compoſent le revenu annuel & ordinaire; ce que l'on ne peut dire des bois de haute-futaie qui ne ſont pas en coupe réglée; & par conſéquent, ne ſont point partie du revenu annuel du fief. Arrêt du 8 avril 1725, rapporté au dictionnaire des arrêts, *verbo* relief.

XXV. Si pendant l'an du relief, arrive mutation de la part du vaſſal qui faſſe ouverture nouvelle à ce droit; en ce cas il eſt dû un ſecond droit de relief au ſeigneur, parce que chaque mutation produit ſon effet, & le doit produire à ſon égard.

Cela réſulte évidemment de la coutume qui donne un certain droit au ſeigneur pour chaque mutation, ſi elle ne les affranchit; or elle n'affranchit pas des droits la mutation, parce qu'elle arrive pendant l'an du relief, donc en ce cas, nouveau ou ſecond droit de relief eſt dû. Voyez le Maître, des fiefs, page 25.

DISTINCTION II.

Des fruits induſtriaux & des fruits civils, que le relief comprend, & de ſes limitations.

SUBDIVISION PREMIERE.

Du profit des animaux, & des fruits civils que le relief embraſſe.

XXVI. Le ſeigneur qui a opté le relief en nature, jouit pendant l'année du relief, du produit de la garenne & du colombier, dépendans du fief dont il jouit à titre de relief en nature; c'eſt ſuite: la jouiſſance réelle embraſſant tout produit indiſtinctement.

Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 8; & tel eſt l'uſage, mais avec la limitation qui ſuit.

XXVII. Après avoir pris ſon relief dans le cru des animaux dépendans de la ferme, il doit en laiſſer ſuffiſamment de quoi repeupler: cela réſulte encore de ſon engagement de jouir en bon pere de famille.

Voyez la loi, *cum* ff. *de ſervit. præd. urbanor.*

XXVIII. Il comprend une année des cens & rentes, puiſqu'il comprend tout le produit d'une année; ce qui embraſſe les ouvertures des arriere-fiefs qui viennent à écheoir pendant l'an du relief; c'eſt toujours produit, & ce droit embraſſe tant le produit civil que le produit réel, & par conſequent les profits caſuels du fief.

Il comprend les profits caſuels de fief, comme quints & reliefs dûs par les vaſſaux mouvans du fief tombé en relief pendant l'année; le Maître, page 36; Dumoulin, ſur l'art. 50, num. 3 & 4; Charondas, ſur l'art. 49; Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, chap. 2, page 32, l'atteſtent; ce qui auroit lieu encore que le relief dû par l'arriere-fief, ne fût échu qu'à la fin de l'année du relief; c'eſt ce que diſent Dumoulin, ſur l'article 50, num. 1: Brodeau, ſur l'art. 54, num. 5: Charondas, ſur le même art. 54; ſur quoi il eſt bon d'obſerver, que le ſeigneur qui jouit à ce titre, peut même ſaiſir féodalement les arriere-fiefs: Dupleſſis, page 32: voyez le même auteur, page 43; & telle eſt la diſpoſition de la coutume du Maine, art. 124; & de celle d'Anjou, art. 113. Cependant il peut y avoir de la difficulté, par rapport au relief à prendre ſur l'arriere-fief, principalement ſi ce relief ſe prend en nature; & il ſembleroit qu'en ce cas, ce relief ſubordonné ne devroit militer, qu'autant que le relief du plein fief ſubſiſteroit; mais comme ſuivant la coutume, le ſeigneur à droit de prendre pour ce, une ſomme en deniers; il ne paroît pas qu'il y ait lieu de ſincoper & de diviſer

le produit de ce relief ſubordonné. Voyez les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 67.

XXIX. Par cette jouiſſance des arrieres-fiefs, le ſeigneur peut demander à ſon vaſſal copie des cueilleretes; c'eſt ſuite de ſon droit; & c'eſt par cette copie qu'il eſt inſtruit de ſon étendue, ce qu'il peut faire dans le cas même qu'il a opté l'eſtimation.

Il peut même demander cette copie dans le cas qu'il a opté l'eſtimation, parce que ſans elle l'eſtimation ne pourroit ſe faire qu'imparfaitement: Dumoulin, ſur l'art. 47, gloſ. 3, num. 18: ce qui prouve à plus forte raiſon, qu'il peut demander cette copie lorſqu'il a opté le relief en nature; & cela eſt d'uſage, mais cette copie eſt aux frais du ſeigneur & non aux frais du vaſſal: c'eſt la diſpoſition de l'art. 50 de la coutume; il peut même demander communication des originaux ſuivant le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 50 de la nouvelle coutume, num. 10 & 11. Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 2, page 32, vers le milieu; M. le Maître, page 37.

XXX. Pendant l'année du relief, le ſeigneur doit jouir des moulins & des preſſoirs, encore qu'ils ne fuſſent pas bannaux; on en tire un profit; profit qui fonde ſon droit.

La coutume n'excepte de la jouiſſance que le relief en nature embraſſe, que l'habitation néceſſaire au vaſſal; ce qui fonde la propoſition.

XXXI. A l'égard du four, la jouiſſance d'icelui ne tombe dans le relief, qu'autant qu'il eſt bannal, ou qu'il y en a un dans la portion habitée par le ſeigneur, comme bâtiment ruſtique.

Voyez la ſubdiviſion qui ſuit, où cela eſt établi.

XXXII. Le relief comprend la jouiſſance ou le produit des maiſons dépendantes du fief; c'eſt portion du produit d'icelui; & il n'y auroit nulle raiſon d'excepter ce produit ou fruits civils, puiſque tels fruits ſont compris dans le relief.

Sunt in fructu, & la coutume ne les excepte pas, ce qui ſuffit pour les y comprendre; cela réſultant de ſa diſpoſition générale.

XXXIII. Quoique le relief, ainſi qu'on l'a vu, comprenne pendant l'an les profits de fiefs; cependant il ne comprend pas le droit de retrait féodal, autrement il entameroit le fonds du fief ſervant, & il eſt borné à ſa jouiſſance.

M. le Maître, des fiefs, chap. 6, page 36 & 76; & les notes ſur la premiere propoſition de cette ſubdiviſion, & ce qui a été dit ci-deſſus, ſur l'effet de la ſaiſie féodale à l'égard d'un tel retrait.

SUBDIVISION II.

Que le ſeigneur jouiſſant à titre de relief, doit laiſſer l'habitation à ſon vaſſal, & en quoi conſiſte ce droit, lorſque le fief ne conſiſte que dans un château.

(Art. 56, 57 & 58 de la coutume).

XXXIV. Le relief opté en nature par le ſeigneur, ne comprend pas le château; parce que le ſeigneur doit laiſſer à ſon vaſſal les lieux néceſſaires à ſon habitation; & le contraire auroit été dureté pour l'un, ſans profit pour l'autre: c'eſt ainſi que la coutume a ménagé tous les juſtes droits des intéreſſés dans l'établiſſement de ce droit.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 3, page 33; & la cour l'avoit ainſi jugé avant la derniere réformation de la coutume, par arrêt du 31 décembre 1535; il eſt rapporté par le Maître, traité des fiefs, ch. 4; ainſi c'eſt juriſprudence ancienne.

XXXV. Mais le ſeigneur en ce cas, doit avoir les bâtimens qui ſervent à l'exploitation de la terre & de ceux qui ſervent pour la conſervation des fruits; c'eſt ſuite de ſa jouiſſance, qui, ſans cela, ſeroit imparfaite; mais toujours pour l'année ſeulement.

Dupleſſis, page 33; le Maître, page 38.

XXXVI. Cependant lorſque le ſeigneur eſt ſur le lieu, le vaſſal doit lui céder une portion du château; mais c'eſt ceſſion momentanée, c'eſt juſte convenance.

Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente; & le Maître, page 38.

XXXVII. Cette portion du château ne ſeroit pas due au ſeigneur, ſi il n'étoit que ſuffiſant pour l'habitation du vaſſal; ce dernier ne pouvant être privé de ſon habitation, doit en ce cas, conſerver le tout ſauf le cas qui ſuit.

Cela réſulte de la premiere propoſition ci-deſſus.

XXXVIII. Dans le cas que le fief ne conſiſte qu'en une maiſon ou château, ſans aucune terre ni droits en dépendans, le vaſſal pour le droit de relief, doit au ſeigneur une année de loyer de ſon château, ſelon le dire d'experts; c'eſt en ce cas le ſeul profit que le relief peut procurer au ſeigneur: il a donc fallu en ce cas, le lui conſerver.

Derniere part. de l'art. 58 de la coutume. Voyez Dupleſſis, des fiefs, page 33.

SUBDIVISION III.

Si le ſeigneur qui jouit à titre de relief, profite des droits attachés à la juſtice.

XXXIX. Le ſeigneur ne jouit pas en vertu de relief, quoique par lui opté en nature, des profits de juſtice attaché au fief tombé en relief, juſtice & fief ſont choſes différentes, & la premiere eſt indépendante de l'autre.

Quia, dit Dumoulin, ſur l'art. 1, gloſ. 44. *Juriſdictio poteſt per ſe ſubſiſtere & ſeparari ſalvâ ſuâ ſubſtantiâ, à caſtro, prædiis & rebus feudalibus, quia poſſunt eſſe unius, & juriſdictio alterius*; & c'eſt droit commun.

XL. En effet, ces profits non dépendans du fief, ne ſont pas des fruits ordinaires, mais abſolument caſuels & incertains, & ne dépendent que de la juſtice & non du fief, ſeul objet du relief : ce droit limité ſur le fief ne peut donc comprendre les premieres, c'eſt-à-dire, ceux de juſtice, ce qui influe ſur la préſentation.

La préſentation à un bénéfice, quoique le droit d'icelle ſoit attaché au fief, dont le ſeigneur jouit à titre de relief, ne lui appartient pas; Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 2, page 32. On a vu ci-deſſus qu'il en étoit autrement dans le cas de la ſaiſie féodale, parce qu'elle opére réunion parfaite de l'un à l'autre fief; ce qui n'eſt pas dans le cas du relief, qui n'opere qu'une jouiſſance des fruits ordinaires.

☞ Dupleſſis, eſtime en effet, que la préſentation à un bénéfice n'appartient pas au ſeigneur pendant l'année du relief; mais Dumoulin, ſur la coutume de Paris, 55e. 1°. gloſ. 8, eſt d'un ſentiment contraire. *ad eum ſpectant omnia jura honorifica quæ ſpectant ad uſum, commoditatem utilitatem & honorem, non ad ea quæ inducunt alienationem vel tendunt ad eam.* de même Pontan, ſur Blois, 76 : Pallu, ſur Tours, 135, num. 1 : Brodeau, ſur Paris, 47, num. 18.

XLI. Quoique le ſeigneur en vertu du relief, ne jouiſſe pas des profits de juſtice, juſtice & fief étant deux choſes différentes, cependant il jouiroit pendant l'an du relief, du bien confiſqué, comme devenu une dépendance du fief tombé en relief; il en a la jouiſſance, non la propriété, jouiſſance limité à la durée du relief : cela n'eſt que fruit.

Voyez ci-après le chapitre des droits de relief & de quint, conſidérés relativement aux uſufruitiers.

DISTINCTION III.

Des charges du relief en nature.

(Art. 56 & 58 de la coutume).

XLII. Lorſque le fief, dont le ſeigneur jouit à titre de relief, ſe trouve labouré & enſemencé, le ſeigneur eſt obligé de rembourſer au vaſſal, le montant des labours & ſemences; c'eſt la charge des fruits, & par conſéquent prélévement à faire ſur ceux qu'il fait ſiens.

Louet, lettre R, num. 34. Arrêt du 21 mai 1649, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, livre 5, chap. 43 : le Maître, page 37.

XLIII. Ce rembourſement ſeroit par lui dû, quand les terres n'auroient reçu qu'une ſeule façon, parce que le rembourſement eſt la premiere charge des fruits & une délibation inévitable ſur leur produit, & que le ſeigneur n'a que ce qui reſte, déduction faite d'icelle; il doit donc ce rembourſement dans le cas même qu'il n'y auroit qu'une façon.

Dumoulin, ſur l'art. 56, num. 2.

XLIV. Le ſeigneur ſeroit déchargé de ce rembouſement, ſi pendant l'année du relief, il y avoit une entiere ſtérilité; en effet, cette charge eſt plus réelle que perſonnelle & le vaſſal n'auroit rien eu quand il auroit joui lui-même : un tel événement doit donc opérer l'affranchiſſement de la charge; c'eſt ſouveraine équité: tous deux perdent & partagent une perte, qui dans un autre cas ſeroit totalement tombée ſur le vaſſal.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 38 de l'ancienne coutume, num. 4 & 5.

XLV. Pour profiter de cette décharge, qui n'a lieu, comme on vient de le voir, que dans le cas d'une entiere ſtérilité, le ſeigneur doit abandonner à ſon vaſſal la recolte de ſon année de relief; la moindre retention l'obligeroit au rembourſement ci-deſſus expliqué : c'eſt encore exacte juſtice.

Cela réſulte de ce que dit Dumoulin, au num. cité ſur la propoſition pénultiéme

XLVI. Pendant l'an du relief, le ſeigneur eſt tenu de l'année d'arrérages des rentes inféodées; c'eſt délibation ſur les fruits: mais il n'eſt pas tenu de l'année de rentes non inféodées, elles lui ſont étrangeres:ce ſont charges nouvelles qui ne peuvent affoiblir ſon droit.

Art. 59 de la coutume; en effet, ſon droit n'a pu être affoibli par le fait de ſon vaſſal. Voyez ſur cette propoſition, les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 62 & 63; & le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 2, page 38.

XLVII. Il eſt tenu pendant cette année de toutes réparations d'entretien, & en effet, c'eſt une charge dont tout uſufruitier eſt tenu; il eſt uſufruitier pendant ce tems; ces réparations ſont donc à ſa charge.

Telle eſt l'opinion commune. Voyez le titre de l'uſufruit; c'eſt charge de l'uſufruit, & le relief eſt un vrai uſufruit annal, d'où il réſulte que le ſeigneur, pendant l'an du relief, doit les charges impoſées par autorité ſupérieure ou par la loi : tels ſont le ban, l'arriere-ban, les tailles réelles, les dixmes. Voyez l'art. 139 de coutume de Touraine.

XLVIII. A l'égard des groſſes réparations, elle ne ſont nullement à ſa charge; c'eſt charge du fonds qui reſte entier au vaſſal.

Cela eſt établi ſur le titre indiqué ſur la propoſition précédente.

XLIX. Il doit laiſſer à ſon vaſſal la liberté de faire les façons convenables pour la récolte prochaine; ce qui réſulte de ſon engagement de jouir en bon pere de famille.

Tel eſt l'uſage, qui réſulte de l'article pre-

mier de la coutume, à ces charges du relief il en faut ajouter une autre, ſi le fief qui fait l'objet du relief appartient à un mineur, & qu'il n'ait que ce fief pour ſubſiſter; le ſeigneur doit lui laiſſer le tiers du produit pour ſa ſubſiſtance; cette charge eſt atteſtée par Charles Dumoulin, ſur l'art. 3 de la coutume de Paris, gloſ. 6, num. 8; & par Tronçon & Brodeau, ſur cet art. & l'uſage la fonde: le fond du mineur ne pouvant être entamé pour ſes nourritures.

SECTION IV.

Des mutations qui font ouverture au relief.

DISTINCTION PREMIERE

Que la donation entre-vifs fait ouverture à ce droit; quand en ce cas il eſt exigible, & ſi la donation faite avec une charge appréciable en deniers, ne fait pas ouverture à plus fort droit.

(Art. 33 de la coutume).

L. Le donataire d'un fief doit relief au ſeigneur; c'eſt mutation, mais plus favorable que celle que produit la vente: elle fait donc ouverture à ce droit dû pour toute mutation qui n'eſt pas totalement affranchie, ce qui n'eſt pas en matiere de cenſive.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, ſubdiviſion 3, page 35.

LI. Si la donation eſt pure & ſimple, & ſans réſerve d'uſufruit, le donataire devenu nouveau vaſſal, doit dans les 40 jours, à compter du jour de l'inſinuation, faire la foi & hommage, & offrir le relief, ſinon le fief eſt féodalement ſaiſiſſable; ce délai eſt pour tout nouveau vaſſal, ſauf l'exception qui ſuit: dans le cas que la donation eſt faite ſous une condition qui en ſuſpend l'effet.

Voyez M. Dumoulin, ſur l'art. 20, gloſ. 3, num. 12, & la propoſition qui ſuit.

LII. Dans le cas que la donation entre-vifs porte réſerve d'uſufruit au profit du donateur, le droit de relief & la foi & hommage ſont dûs par le donataire, non pas dans les 40 jours à compter de celui que l'uſufruit réſervé par le donateur, a ceſſé, mais du jour de l'inſinuation de la donation; mais en ce cas, le relief ne peut être en nature: le relief eſt dû parce que nonobſtant la réſerve de l'uſufruit, il y a mutation dans la propriété, mais le relief ne peut être dû en nature, parce que l'ancien vaſſal reconnu, ne s'eſt pas dépouillé de la jouiſſance.

M. Dupleſſis, à la ſubdiviſion & à la page citée ſur la premiere propoſition de cette ſection; M. le Maître, titre des fiefs, pag. 26; mais pour la réſerve de l'uſufruit, le donateur ne doit aucun droit, *minus datum*: le même auteur, traité des cenſives, liv. 2, ch. 1, pag. 86; ce qui eſt inconteſtable, puiſqu'il eſt reçu en foi, & reconnu vaſſal. Quant au droit de relief dû par le donataire. Voyez les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, tit. des droits ſeigneuriaux, art. 32; & Legrand, ſur la coutume de Troyes, art. 75, gloſ. 3, num. 1.

LIII. Il n'en eſt pas de même ſi la donation entre-vifs a été faite ſous une condition; le droit de relief n'eſt dû que du jour de l'accompliſſement de la condition qui eſt bien différente de la réſerve de l'uſufruit; l'une laiſſe le droit abſolument en ſuſpend, l'autre n'empêche pas qu'il ne ſoit conſommé, quoique ſon exécution ſoit différée; ainſi entre l'un & l'autre cas, la différence eſt entiere, tant relativement au donataire que relativement au ſeigneur.

C'eſt l'événement de la condition qui lui donne l'être. Voyez ci-après le titre des diſpoſitions conditionnelles, où cela eſt établi: en effet, juſqu'à ce jour, la donation a été en ſuſpens, au lieu que malgré la réſerve de l'uſufruit, le droit eſt acquis & préſent, ce qui confirme les deux propoſitions précédentes; mais la condition réſolutive de la donation, & même l'événement d'icelle, n'empêche pas que le droit ne ſoit dû pour la donation; ils ne font que réſoudre un droit acquis, au lieu que l'autre ſeule donne l'être à un droit incertain; M. Dumoulin, ſur l'art. 33 de la nouvelle coutume, gloſ. 1, num. 31.

LIV. Lorſque la donation entre-vifs eſt faite à deux, à l'un en uſufruit, à l'autre en propriété du fief, il n'eſt dû qu'un ſeul droit au ſeigneur; toute la mutation, quoique diviſée, ſe fait à un même point de tems; ce qui doit ſur cela décider par rapport à un droit, qui en ſoi n'eſt pas favorable; c'eſt raiſon, c'eſt équité qui doivent prévaloir.

M. Dumoulin, ſur l'art. 33, num. 158, eſtime que la donation de l'uſufruit du fief eſt exempte de tous droits, *certum eſt*, dit-il, *ex hoc nullum deberi relevium*; ce qui ne peut ſe concilier avec la coutume, ſuivant laquelle la ſimple mutation dans la poſſeſſion fait ouverture à ce droit, mais cela ſert à prouver la propoſition en la prenant conformément à celle qui ſuit.

LV. Chacun d'eux contribue à ce droit, à proportion de ſon émolument, & cette contribution réſulte de la différence de leur droit, & de la mutation diviſée entre deux perſonnes, mais qui ſe fait en un même point de tems.

Telle eſt l'opinion commune. Voyez ci-après le chapitre des droits de relief & de quint, conſidérés relativement aux uſufruitiers, où cela eſt expliqué plus au long.

LVI. Dans le cas que la donation eſt faite avec une charge appréciable en deniers, non-ſeulement le relief eſt dû, mais le quint eſt dû en partie; les propoſitions ſuivantes expliquent ſur quoi tombent l'un & l'autre droit: en effet, quant à une telle charge, c'eſt vraie vente; voilà le principe général qui milite pour les cenſives.

Si l'objet de la donation étoit un héritage tenu à cens, les lods & ventes ſeroient dûs pour la charge faiſant fonction de prix. M. Dupleſſis,

traité des cenſives, liv. 2, ch. 1, pag. 86; ce qui établit la propoſition générale, & qui tombe auſſi ſur les fiefs.

LVII. Par exemple, ſi la donation eſt faite, à la charge par le donataire de payer une certaine ſomme, le quint ou la cinquieme partie de cette ſomme eſt dû au ſeigneur; en effet, en cette partie c'eſt vente, qualité de la mutation qui fait ouverture à ce droit.

M. Dupleſſis, traité des lods & ventes, liv. 2, pag. 86; ainſi le quint ſeroit dû de la rente viagere qui auroit été la charge de la donation; mais ce droit ne ſeroit pas dû pour la réſerve d'uſufruit du fief, que le donateur auroit par la donation faite à ſon profit; c'eſt, dit le même commentateur à la méme page 86, *minus datum, minus venditum*, comme on l'a vu ci-deſſus; le relief n'a lieu que pour le ſurplus d'une telle donation, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit.

LVIII. Le donataire doit le relief pour le ſurplus du fief, défalcation faite de la portion de ce fief qui eſt abſorbée par la charge appréciable, & pour laquelle le quint eſt dû; ce n'eſt qu'en cette partie que l'acte eſt donation, pour le ſurplus il eſt vente.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune, c'eſt-à-dire, que le quint eſt dû pour le ſurplus; mais dans le cas de la ſimple réſerve d'uſufruit, le relief eſt dû ſimplement; mais il eſt dû incontinent après l'inſinuation de la donation: la raiſon de ce, eſt que les contrats ne ſe déterminent pas par la dénomination que les parties contractantes leur donnent; mais par leur effet; & que telle donation eſt vente juſqu'à concurence de la charge, & n'eſt donation que pour le ſurplus. Ce principe que la nature des actes doit ſe déterminer par leur effet, & non par le nom qu'on leur a donné, eſt atteſté par Ricard, & eſt inconteſtable: ainſi ſi on a donné un fief produiſant 1000 liv. de revenu, à la charge de 2000 liv. de penſion, cet acte eſt plus vente que donation; mais comme la réſerve d'uſufruit n'eſt pas ſujette au droit, le droit de relief ne peut tomber que ſur ce qui excede l'evaluation de l'uſufruit, & ne doit avoir lieu que ſur la moitié du capital d'une telle vente, évaluée au denier dix; les droits ſeigneuriaux étant peu favorables.

DISTINCTION II.

Que le relief eſt dû & non le quint, pour un fief cedé en payement d'une ſomme donnée.

(Art. 33 de la coutume).

LIX. Dans ce cas, le ſeul relief eſt dû & non le quint; c'eſt conſommation de donation, & non de vente; & la donation ne fait ouverture qu'à ce droit, ſuivant l'art. 33 de la coutume; ce qui ne ſeroit pas, ſi la dation en paiement étoit faite pour l'acquittement d'une dette; alors ce ſeroit vente qui feroit ouverture au droit de quint.

Voyez M. Dupleſſis, pag. 29 & 30 de ſont traité des fiefs, & en ſon traité des cenſives, pag. 87 & 88; & M. le Maître, pag. 22.

LX. Cela a lieu, ſoit que la donation ait été faite à un collatéral, ſoit qu'elle ait été faite à un étranger; c'eſt la nature de l'acte & non la qualité de la perſonne du donataire qui détermine ſur ce, & qui affranchit une telle dation en paiement du droit de quint; c'eſt toujours donation en conſidérant l'origine.

M. Dupleſſis, aux pages citées ſur la propoſition précédente, & la propoſition qui ſuit.

LXI. Cela eſt fondé ſur ce que l'engagement que le donataire acquitte par ce moyen, eſt de ſa part une libéralité, en effet, c'eſt un acte de libéralité qu'il remplit, & non un emprunt ou acte de commerce dont il s'acquitte, il ne peut donc pas, en ce cas, y avoir ouverture, qu'au droit de relief.

De-là il s'enſuit que pour l'héritage en nature, donné en payement d'une libéralité, il n'eſt rien dû au Seigneur; M. Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, pag. 88; ce qui établit la propoſition par rapport au fief; la raiſon pour les uns & pour les autres étant abſolument la même.

DISTINCTION III.

Que le legs fait ouverture à ce droit; quand pour ce il eſt exigible, & ſi la délivrance du legs ou la renonciation à icelui, y font double ouverture.

(Art. 33 de la coutume.)

LXII. Le legs fait ouverture au droit de relief, c'eſt diſpoſition gratuite, plus favorable qu'une vente; mais c'eſt toujours mutation qui ne peut pas être plus exempte que la donation faite entre-vifs, l'un & l'autre doivent ſe décider par le même principe; ainſi ce droit eſt double dans ce cas, comme dans l'autre.

Voyez la remarque ſur la premiere propoſition de la ſect. 1 du préſent chapitre, où il eſt établi que ce droit eſt au moins dû au lieu du quint, ſi la mutation n'eſt totalement affranchie par la loi municipale. Telle eſt la rigueur de la tenure en fief.

LXIII. Ce droit n'eſt exigible de la part du ſeigneur, relativement à un legs qu'après la délivrance, parce qu'un legs ne ſaiſit pas; elle ſeule fait donc ouverture à ce droit; cela eſt une ſuite de ſa nature adoptée par la coutume.

M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 4, pag. 35; & tel eſt l'uſage du châtelet.

LXIV. Quoique ce droit ne ſoit exigible qu'après la délivrance, cependant ſi le ſeigneur n'eſt pas ſervi dans les quarante jours, à compter du décès du teſtateur, il peut ſaiſir féodalement, parce que le teſtament eſt par rapport à lui un acte étranger; c'eſt à l'héritier qui a la grande main à le ſervir.

le droit à un tel fief ne change pas celui du ſeigneur.

Voyez M. Dupleſſis, pag. 35. En effet, après ce délai il y a ouverture au fief, toute abſtraction faite de la perſonne de celui qui doit ſuccéder à l'ancien vaſſal, ſon décès ayant fait ouverture.

LXV. Pour la délivrance du fief légué, il n'eſt pas dû double droit de relief, l'un pour la mutation qui arrive de la perſonne du défunt dans celle de ſon héritier, encore qu'il fût collatéral, & l'autre pour la mutation qu'opere la délivrance du legs de la perſonne de l'héritier en celle de légataire; tout cela n'opere qu'un ſeul droit de relief. En effet, en ce cas il n'y a qu'une vraie mutation; le légataire recevant le legs du teſtateur, non de l'héritier qui le délivre.

Tel eſt ſur ce l'uſage. Voyez M. le Maître, des Fiefs, chap. 2, ſect. premiere, pag. 24.

LXVI. Lorſque le légataire refuſe le legs & y renonce, il n'eſt dû pour ce aucun droit, mais ſeulement celui qui pouvoit être dû du chef de l'héritier, ſi de ſon chef il en eſt dû, la renonciation du légataire anéantit le legs dans ſa ſource, & par conſéquent, ne fait pas vraie mutation.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence, fondée ſur ce que la renonciation au legs a effet rétroactif, & qu'au moyen d'icelle le legs eſt regardé comme n'ayant pas été fait.

DISTINCTION IV.

Que le retour du fief donné; que la révocation de la donation d'icelui, ne ſont pas ouverture à ce droit.

LXVII. Le donateur ayant ſtipulé le droit de retour en ſa faveur, en cas que le donataire mourût avant lui, & le fief lui retournant par cet événement, ne doit pour ce aucun droit de relief; c'eſt propriété continuée ſous une condition dont l'événement à effet rétroactif.

C'eſt *Reſolutio ex antiquâ cauſâ & inherente contractui*; voyez ce que dit M. Dupleſſis au ſujet d'une telle réſolution en ſon traité des cenſives, pag. 98. M. le Maître, des fiefs, pag. 23 & la propoſition qui ſuit.

LXVIII. Cela eſt fondé ſur ce que la ſtipulation de ce droit, modifioit la donation & réſervoit au donateur un droit dans ſa choſe, dont il ne pouvoit être abſolument dépouillé que par la ſurvie du donataire; ainſi étant déja reconnu vaſſal, il n'eſt pas obligé de ſe faire reconnoître de nouveau, & par conſéquent, de payer un nouveau droit; tels ſont les vrais principes des fiefs.

Voyez Dupleſſis, pag. 86; c'eſt *minus datum*, ce qui eſt inconteſtable.

LXIX. La révocation de la donation pour cauſe d'ingratitude, ne fait pareillement aucune ouverture à ce droit, telle révocation ayant ſa racine dans la donation même, qui légalement réſervoit ce droit au donateur, qui ne donnoit qu'autant qu'il y auroit gratitude envers lui.

Voyez Ricard, des donations, & Dupleſſis à la page citée ſur la propoſition précédente: M. le Maître, pag. 23. La raiſon de cet affranchiſſement eſt que c'eſt un anéantiſſement de la mutation arrivée dans la perſonne du donataire ingrat, par une cauſe ancienne & indiviſible du titre qui opéroit cette mutation. Voyez la note ſur la propoſition qui ſuit, elle ſert de preuve à celle-ci, & elle lui eſt commune.

LXX. Il en eſt de même de la révocation de la donation du fief par ſurvenance d'enfans; dans ce cas, comme dans le précédent, le donateur auquel le fief retourne, ne doit pas le relief, cette révocation étant condition tacite de la donation. Ici même principe, même raiſon, même réſolution; c'eſt cauſe ancienne d'icelle, & inhérente à l'acte même.

M. Dumoulin, ſur l'art. 33 de la nouvelle coutume, num. 58; M. le Maître, pag. 23. En effet, telle révocation étoit la condition tacite de la réſolution de la donation, ce qui eſt établi dans ſon ordre.

LXXI. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, de la réſolution de la donation, ſoit par ingratitude, ſoit par ſurvenance d'enfans, le premier droit de relief eſt dû pour la mutation arrivée par la donation, encore qu'elle fût revoquée par la ſuite pour ſes cauſes; en effet, le droit en eſt acquis irrévocablement au Seigneur; un fait poſtérieur ne pouvant le lui faire perdre.

Voyez ci-après le titre des cenſives, où on examine ſi la réſolution du contrat anéantit le premier droit; ce qu'on y examine dans tous les cas de réſolution.

LXXII. Pour ce droit, le ſeigneur a hypotheque légal ſur le fief; hypotheque qui milite contre le donateur même, & cette hypotheque eſt ſuite de ſa premiere conceſſion. En effet, le droit du ſeigneur a une cauſe plus ancienne, & qui l'emporte ſur la donation. Il doit donc avoir cette hypotheque?

C'eſt *actio ex aliquâ cauſâ & inherente contractui.*

DISTINCTION V.

Que la ſucceſſion collatérale fait ouverture à ce droit.

(Art. 33 de la coutume).

LXXIII. L'héritier collatéral qui recueille un fief en cette qualité, doit le relief au ſeigneur, dont le fief eſt mouvant; en quoi le fief eſt plus onéreux que la cenſive; & ce qui prouve que par rapport aux fiefs

fiefs le relief eſt dû en toutes mutations, que la coutume n'affranchit pas de tout droit utile ſeigneurial.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, pag. 34; Dumoulin ſur l'art. 33 de la Coutume; mais ce droit n'eſt point dû pour les mutations qui arrivent par ſucceſſion directe. Voyez les art. 1 & 4 de la Coutume.

LXXIV. De-là il s'enſuit que la donation d'un fief, faite à un collatéral, fait à plus forte raiſon, ouverture à ce droit. Il en eſt de même du legs, les mutations qu'elles produiſent, étant moins favorables que celle qu'opére la ſucceſſion collatérale.

Cela eſt établi ci-deſſus, & la précédente propoſition prouve évidemment celle-ci.

LXXV. On dit, à plus forte raiſon, parce que la ſucceſſion qui procede de la diſpoſition de la loi, eſt plus favorable que la donation ou le legs qui procede de la volonté de l'homme ſeulement. Cependant, l'une produiſant ce droit, à plus forte raiſon les autres doivent-ils le produire.

Cela eſt établi ſur le titre des teſtamens.

DISTINCTION VI.

Que toute ouverture de ſubſtitution, même en faveur d'un deſcendant du teſtateur, donne lieu à ce droit.

LXXVI. Expoſons d'abord l'ancienne juriſprudence. Tout appellé à une ſubſtitution, prend le bien ou le fief ſubſtitué, non du grévé, mais du teſtateur; principe, quoique certain ſur cette matiere, qui ne peut énerver les droits des ſeigneurs féodaux, dans le cas qu'un deſcendant recueille une ſubſtitution, dont l'un de ſes aſcendans eſt fondateur, ainſi qu'on le verra dans la ſuite de cette préſente diſtinction. Telle étoit l'ancienne juriſprudence, qui avoit ſes inconvéniens, ſes inconſéquences, que la ſageſſe de l'ordonnance, concernant les ſubſtitutions, a fait ceſſer, comme on l'expliquera ci-après.

Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 4, pag. 22, & la remarque ſur la ſeptieme propoſition ci-après, quant à la premiere partie de la propoſition; ſur la ſeconde. Voyez l'art. 56, qui eſt le dernier de l'Edit du mois d'Août 1747, de ſa premiere partie.

LXXVII. De-là il s'enſuit que lorſque l'ouverture de la ſubſtitution ſe fait en faveur d'une perſonne non parente & étrangere au teſtateur, le droit de relief eſt dû pour cette ouverture, & il eſt dû à chaque ouverture; par ce même principe, c'eſt mutation dans la poſſeſſion. Telle étoit l'ancienne juriſprudence; mais à préſent il faut regarder le ſubſtitué comme héritier, ou donataire du dernier grévé.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 26; il adopte le principe & conclut contre icelui, ſans en donner aucune raiſon, difficulté qui ceſſe par l'Edit qu'on vient de citer conformément, auquel l'appellé à une ſubſtitution ne doit aucun droit, ſi le dernier grévé étoit ſon pere; mais il doit le relief ſi ce dernier grévé lui étoit collatéral ou étranger; ce qui eſt tout auſſi ſimple que judicieux.

LXXVIII. En effet, l'ouverture de la ſubſtitution eſt un legs ſubordonné & conditionnel, dont la condition s'accomplit en faveur du ſubſtitué par l'ouverture de la ſubſtitution; legs qui fait par ſa nature, & la mutation qu'il opere, ouverture à ce droit, encore qu'il fût deſcendant du grévé, dès qu'il ne l'eſt pas du teſtateur; deſcendance qui ſeroit même inutile dans l'ancienne juriſprudence, mais qui ne l'eſt pas dans la nouvelle.

M. Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſ. 1, num. 84: le Maître, des fiefs, ch. 2, pag. 24. Voyez Ricard, des ſubſtitutions, part. 1, ch. 3, num. 104 & ſuivans, pag. 260 & 261; où par un principe aſſez ſingulier, & dont il ſeroit difficile de trouver la racine dans le droit, ce qui eſt bien étonnant de la part d'un auteur ſi eſtimable, il penſe comme Henrys, que pour que celui qui recueille en vertu d'une ſubſtitution ſoit affranchi du droit de relief, il ſuffit qu'il ſoit deſcendu ou du grévé ou du teſtateur; ce qui a été rejetté par l'arrêt du 20 mai 1727, rapporté par l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 24. Il eſt rendu contre M. le duc de Mazarin. Pocquet de Livoniere, regles du droit françois, page 137, a adopté le ſentiment de M. Ricard ſans l'approfondir. Voyez l'Arrêt du premier Septembre 1640 rapporté par Henrys, & celui du 29 Mars 1680 qu'il cite, mais qui ne peuvent plus faire impreſſion depuis l'arrêt de 1727, & encore moins depuis la derniere ordonnance, ſur laquelle il faut ſe fixer, & qui faiſant ceſſer toutes ces variétés, applanit ſur cela toute difficulté.

LXXIX. Cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, qu'il y auroit ouverture au droit de relief, ainſi qu'il réſulte déja de ce que deſſus, encore que la ſubſtitution fût faite en faveur des enfans du grévé, & que par-là il parût que ce ſont des enfans qui ſuccédent à leur pere, ou à l'un de leur aſcendant. On parle toujours ici conformément à l'ancienne juriſprudence, que la derniere ordonnance laiſſe ſubſiſter pour tout le tems antérieur à ſa promulgation.

M. Ricard & M. Henrys, aux endroits cités ſur les deux propoſitions précédentes, le premier adoptant la maxime, *capit à gravante non à gravato*, conclut néanmoins que lorſqu'un fils eſt ſubſtitué à ſon pere, quoique l'un & l'autre ſoient étrangers au teſtateur, le relief n'eſt pas dû au Seigneur. Henrys paroît ſur ce avoir ſervi de guide à Ricard; mais on a vu dans la note ſur la propoſition précédente, que ce ſentiment ne pourroit être ſuivi, étant contraire à l'arrêt qui y eſt cité, ainſi qu'à la nouvelle ordonnance, depuis laquelle ce ſentiment eſt bon, mais non pour le tems antérieur.

LXXX. Il en eſt de même, lorſque la

ſubſtitution eſt faite en faveur des collatéraux du teſtateur, comme dans le cas que le teſtateur eſt étranger, tant au grévé qu'aux appellés à la ſubſtitution, & lorſque ces mêmes collatéraux ſemblent ſuccéder à leur pere, qui étoit le grévé; c'eſt toujours du teſtateur qu'ils reçoivent; ce qui fait ouverture à ce droit. Tel étoit le principe qui fondoit l'ancienne juriſprudence, principe que la propoſition ſuivante développe, & qui n'eſt bon que pour le paſſé; mais la nouvelle ordonnance, pour l'avenir, rejette abſolument cette régle, & ordonne que le ſubſtitué ſoit regardé relativement aux droits ſeigneuriaux, comme héritier ou donataire du dernier grévé; enſorte que ſi la coutume l'aſſujettit à payer un droit en ſes qualités, il le doit payer; ſi elle l'en décharge, il en eſt déchargé.

Capit à gravante non à gravato. Voyez la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

LXXXI. Développons cette anncienne juriſprudence. Par exemple, ſi le teſtateur a inſtitué ſon frereſon héritier, & l'a grévé de ſubſtitution en faveur de ſon fils aîné, & au défaut de l'aîné, en faveur du ſecond; à chaque ouverture d'une telle ſubſtitution, le relief eſt dû; c'eſt un neveu qui reçoit de ſon oncle, & c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus. Telle étoit l'ancienne juriſprudence, dont la nouvelle ordonnance a fait ceſſer les inconvéniens, ce qui jette dans des répétitions, parce qu'en certain cas l'ancienne juriſprudence a ſon exécution.

Cela réſulte des citations ci deſſus, & notamment de l'arrêt du 20 mai 1727, & ce qui va ſe confirmer en établiſſant que la ſubſtitution en directe fait même ouverture à ce droit. On explique toujours ici l'ancienne juriſprudence que l'édit du mois d'août 1747 a fait ceſſer, mais pour l'avenir ſeulement & non pour le paſſé. Le premier ſe réglant à préſent par des principes plus ſûrs.

LXXXII. Continuons cette explication. En effet, on conſidéroit ci-devant que chaque appellé prend la choſe de la main du teſtateur, non de celle du grévé, & telle diſpoſition, dans ſon effet, ſe réduit à un legs fait à un collatéral, qui fait ouverture au droit de relief; ce droit eſt donc dû en ce cas. C'étoit là le raiſonnement ſur lequel étoit fondée l'ancienne juriſprudence.

On pourroit objecter qu'un teſtateur dépouillé par une premiere diſpoſition, ne peut faire ſortir deux fois de la main la même choſe, comme le dit Dumoulin ſur le ving-deuxieme article de l'ancienne coutume, *in rei veritate non ſunt plures donationes, ſed unâ tantum factâ alieni & deſcendentium ex eo*; mais rien n'empêche qu'un teſtateur ne diſpoſe d'une même choſe & avec certaines limitations au profit de pluſieurs, & principalement d'un uſufruit au profit de diverſes perſonnes ſucceſſivement; ſucceſſions d'uſufruit qui ſont chacune ouverture à ce droit. Ainſi il ne paroît pas, par rapport à l'ancienne juriſprudence, qu'on puiſſe adopter ce raiſonnement de Dumoulin; il n'eſt pas bon.

LXXXIII. Du principe ci-devant adopté, que le ſubſtitué prend le fief de la main du teſtateur, non de celle du grévé, il ſembleroit devoir s'enſuivre, que lorſque la ſubſtitution eſt faite par un aſcendant en faveur de ſes deſcendans, chacun des deſcendans, en recueillant la ſubſtitution, ne devroit aucun droit de relief, puiſque le legs en directe ne fait pas ouverture à ce droit; cependant il en étoit autrement dans l'ancienne juriſprudence, comme on le va voir par les quatre propoſitions ſuivantes; c'étoit inconſéquence que l'édit de 1747 a fait ceſſer, inconvénient dans lequel on tombera toujours, quand on s'écartera de la ſimplicité.

Le ſentiment de Ricard, traité des ſubſtitutions, part. 1, ch. 3; celui de Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 26, ſont contraires à la propoſition; mais leur ſentiment n'eſt pas conforme à l'opinion commune. Voyez la note ſur le Maître, pag. 24: ainſi il faut ſe tenir à la propoſition ſuivante, où l'on établit qu'en ce cas le relief eſt dû, quoique le fondateur de la ſubſtitution ſoit un aſcendant de celui qui la recueille: elle eſt fondée ſur l'arrêt du 20 Mai 1727, déja cité. On examine toujours l'ancienne juriſprudence.

LXXXIV. Cependant il n'en eſt pas ainſi en ce cas; il eſt bien vrai que le grévé, s'il eſt un deſcendant du teſtateur, ne doit aucun droit, mais chaque appellé doit droit de relief au ſeigneur, quoique deſcendant du teſtateur, lorſque la ſubſtitution s'ouvre à ſon profit, & ſans cela les ſubſtitutions ſeroient trop nuiſibles aux ſeigneurs; ce qui s'entend toujours pour le temps antérieur à 1747, mais qui a ceſſé pour l'avenir.

Dumoulin, ſur l'art. 33 de la nouvelle coutume, gloſ. 1, num. 87; les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, pag. 34 de l'édition de 1709. Voyez l'arrêt du 20 Mai 1727 ci-deſſus cité, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

LXXXV. Cela avoit été ainſi établi pour indemniſer le ſeigneur de la perte qu'il ſouffre par la ſubſtitution qui empêche l'aliénation du fief ſubſtitué, & ſans cela les ſubſtitutions graduelles en directe, opéreroient une extinction preſque totale des droits utiles des ſeigneurs féodaux; ce qu'on ne peut admettre.

Une autre raiſon, c'eſt que ſuivant le ſentiment de Fabert & d'Argentré, il faut, quant à ces droits, conſidérer conjointement la poſſeſſion & la propriété du fief, & la mutation dans l'une ou dans l'autre ſuffit pour donner ouverture au droit de relief, ce que la coutume établit, puiſqu'elle ordonne ce droit pour le ſecond mariage. Voyez la derniere propoſition de cette diſtinction qui développe celle-ci.

LXXXVI. L'appellé à la ſubſtitution & qui la recueille, doit le droit de relief,

quoiqu'il ſoit lui-même grévé en faveur d'un autre, & que par conſéquent il n'ait pas la propriété, mais un ſimple uſufruit; la reſtitution à laquelle il eſt aſſujetti, n'empêchant pas qu'il n'y ait mutation dans la poſſeſſion.

Voyez l'auteur du grand coutumier, liv. 2, ch. 32. En effet, il peut avoir la propriété, ce n'eſt que l'événement d'une condition qui l'en dépouille. Le Maître, des fiefs, pag. 24.

LXXXVII. La raiſon de ce, eſt qu'outre que l'appellé doit ce droit, lorſque la ſubſtitution s'ouvre en ſa faveur; c'eſt que pour donner lieu à ce droit, la ſeule mutation dans la poſſeſſion du fief ſervant ſuffit, comme on va le voir par le changement que le mariage opere; ce qui confirme ce que deſſus; telle étoit l'ancienne juriſprudence. Par la nouvelle, tous ceux au profit deſquels s'ouvre une ſubſtitution, ſont regardés comme s'ils étoient les héritiers ou donataires du dernier grévé, & comme tels, exempts ou aſſujettis aux droits ſeigneuriaux, ſuivant la diſpoſition de la loi qui régit les biens.

Mais l'héritier fiduciaire, qui n'eſt que le canal dont le teſtateur s'eſt ſervi pour rendre incontinent à un autre, ne doit aucun droit de relief pour le fief qu'il doit ainſi reſtituer incontinent; à plus forte raiſon ne devroit-il aucun droit de lods & ventes pour un héritage tenu à cens. Henrys, tom. 1, livre 3, chap. 3, queſt. 22; ſur le changement de juriſprudence, voyez l'art. 56, qui eſt le dernier du premier titre de l'édit du mois d'août 1747; d'où il s'enſuit que lorſqu'un fils recueille une ſubſtitution dont ſon pere étoit grévé envers lui, il ne doit aucun droit au ſeigneur; mais que ſi c'eſt un collateur ou un étranger qui la recueille, le droit de relief eſt dû au ſeigneur, puiſqu'il faut le conſidérer comme héritier ou donataire du dernier grévé, ce qui eſt ſimple & judiciaire.

DISTINCTION VII.

Quand le mariage du propriétaire du fief fait ouverture à ce droit.

(Art. 35 & 37 de la coutume.)

LXXXVIII. Le mariage du propriétaire y donne lieu, parce que pour y faire ouverture, il ſuffit qu'il y ait mutation dans la poſſeſſion; ſur quoi il y a à diſtinguer, le mari étant propriétaire d'un fief, lorſqu'il contracte mariage, ne doit pour ce aucun droit de relief au ſeigneur, le mariage ne faiſant, quant à lui, aucun changement dans la poſſeſſion: il n'en eſt pas de même indiſtinctement pour la femme; c'eſt mutation en poſſeſſion, que la ſeule faveur peut effacer.

Mais ce droit ne ſeroit-il pas dû s'il avoit ameubli ſon fief, & que par cette voie la femme eût profité de la moitié d'icelui? Il paroît en ce cas que ce droit ſeroit dû pour moitié, ſuivant ce que dit le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, pag. 19; & tel eſt mon ſentiment. Et ſur la premiere partie de la propoſition, voyez Dupleſſis, des fiefs, livre 4, chap. 4, diviſion 7, page 36.

LXXXIX. Cela a lieu à ſon égard, c'eſt-à-dire, qu'il n'eſt dû au ſeigneur aucun droit de relief pour les fiefs qu'il poſſéde lors de ſon premier mariage, ce qui milite même pour les ſeconds & autres ſubſéquens mariages, parce que ſon mariage, encore une fois, n'apporte aucun changement à ſa poſſeſſion: il n'en eſt pas de même de la femme; cependant, quoique par le mariage il arrive mutation dans la poſſeſſion du fief appartenant à la femme pour le premier mariage, la femme ne doit aucun droit de relief, par la juſte faveur que ce mariage mérite; mais il n'en eſt pas de même du ſecond, ni de l'ameubliſſement de ſa part.

M. Dumoulin, ſur l'art. 35, num. 3. Dupleſſis, des fiefs, livre 9, ch. 4, pag. 39: mais il en eſt dû pour l'ameubliſſement du fief par elle fait. Le Maître, pag. 19; ce qui me paroit juſte, puiſque par là le mari y a moitié. L'ameubliſſement rendant le fief conquêt de communauté, principalement ſi la femme en renonçant n'a pas droit de le reprendre.

XC. Le changement qui ſe fait dans la poſſeſſion par la diſſolution, ſoit du premier ou autre mariage, n'aſſujettit la veuve, qui reprend ſon fief propre, à aucun droit de relief, ſauf la réitération de la foi, s'il y a lieu, comme on l'a vu ci-deſſus; la diſſolution de la communauté ne faiſant que remettre les choſes dans leur premier état.

C'eſt la diſpoſition de l'article 39 de la coutume, diſpoſition qui auroit lieu dans le cas même que le mari auroit fait la foi pour ſa femme; mais en ce cas elle doit ſeulement réitérer la preſtation de foi ſi le ſeigneur l'exige: c'eſt ce que dit Dumoulin ſur l'art. 37, gloſ. 5, num. 1. *Quod vidua non obſtante fidelitate præſtita per maritum tenetur renovare fidelitatem, ſed non ſolvet relevium.* Il n'en eſt pas de même pour les ſeconds & autres ſubſéquens mariages, ce qu'on va examiner. Ces mariages ne méritant pas cette faveur, la mutation dans la poſſeſſion y eſt conſidérée.

XCI. Pour le ſecond & autres ſubſéquens mariages, la femme, mais non le mari, comme on l'a vu ci-devant par la ſubdiviſion ſeconde, la femme doit au ſeigneur le relief des fiefs qui lui appartiennent, lorſqu'elle contracte ces mariages, & qu'il y a communauté: il y a mutation dans la jouiſſance, ce qui ſuffit pour faire ouverture à ce droit. Telle eſt la rigueur de la tenure en fief.

Voyez l'arrêt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 23. Le Maître, des fiefs, pag. 30.

XCII. En effet, ces mariages opérent mutation dans la poſſeſſion; mutation, comme on l'a vu, qui ſuffit pour faire ouverture à ce droit, & ces mariages, bien moins favorables que le premier, ne méritent pas d'exemption, ce qui n'a lieu en matiere de cenſive.

Mais le ſecond ou autres ſubſéquens mariages de la veuve ne donnent point ouverture au droit de relief pour raiſon des héritages dont elle jouit à titre de douaire coutumier : Dumoulin, ſur l'art. 25 de l'ancienne coutume, num. 13 ; c'eſt juſte exception.

XCIII. Ce droit de relief, lorſque le mariage de la femme l'ouvre, eſt dette de la communauté que la femme contracte, & non ſa dette perſonnelle ; d'où il s'enſuit que c'eſt à ſon mari à l'en acquitter : en effet, c'eſt prélevement ſur les fruits qui tombent dans la communauté ; c'eſt donc dette de la communauté qui doit en affranchir la femme.

La veuve, pour ce, n'eſt pas même tenue hypothéquairement, ſuivant Dumoulin, ſur l'art. 37 de la nouvelle coutume, num. 7 & ſuivans ; ce qui me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté, puiſque la coutume autoriſe le ſeigneur pour tous les droits à lui dûs de ſe prendre à ſa choſe ; mais pour ce la femme a indemnité. Voyez la note ſur le Maître, pag. 39 ; & c'eſt à cette indemnité qu'il faut réduire le ſentiment de Dumoulin, qui autrement ſeroit contraire à la coutume.

XCIV. Ce droit ſeroit dû pour le ſecond & autres ſubſéquens mariages de la femme, encore que par le contrat de mariage il y eût excluſion de communauté, qui eſt fort différente de la ſéparation contractuelle ; différence que la propoſition ſuivante explique ; mais s'il y avoit ſéparation contractuelle, le droit ne ſeroit pas dû, parce que en ce cas il n'y auroit plus de jouiſſance pour le mari.

Voyez le Maître, des fiefs, pag. 30. Cette différence eſt établie ſur le titre de la communauté, & la propoſition ſuivante la confirme. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez Brodeau ſur Louet, lettre R, ch. 45. Le même ſur la coutume de Paris, art. 37, n°. 23, & Palu ſur l'art. 132 de la Coutume de Tours.

XCV. En effet, nonobſtant l'excluſion de communauté, le mari, pour ſupporter les charges du mariage, fait toujours ſiens les fruits des biens de ſa femme ; ce qui ne ſeroit pas s'il y avoit ſéparation contractuelle, comme on va voir par la ſuite ; ainſi dans le premier cas, il y a donc toujours mutation dans la poſſeſſion, ce qui ſuffit pour faire ouverture au droit de relief.

Arrêt du 5 Mars 1630, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 56. Ce même Arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 93. En effet, dans le cas de la ſimple excluſion de communauté, le mari reſte maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme ; par conſéquent, en ce cas, il y a mutation dans la poſſeſſion ; ce qui n'eſt pas dans le cas de la ſéparation contractuelle, dans lequel le droit n'eſt pas dû.

XCVI. Mais lorſque par le contrat du ſecond mariage, il y a ſéparation contractuelle de biens, très-différente encore une fois, de l'excluſion de communauté, il n'eſt dû aucun relief au ſeigneur, par rapport au fief dont la veuve convolante eſt propriétaire ; ainſi, par la ſéparation contractuelle, le ſecond mariage a la même faveur que le premier : c'eſt le juſte effet d'une telle ſéparation qui écarte toute mutation dans la jouiſſance même.

C'eſt avec cette diſtinction qu'on entend l'arrêt du 5 mars 1630, ci-deſſus cité. Voyez Soëfve, tom. 1, cent. 1, chap. 54. L'arrêt du 24 juillet 1665, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 23, a jugé que le contrat du ſecond mariage portant ſéparation contractuelle, n'opéroit aucun relief au ſeigneur. En effet, en ce cas la femme reſtante maîtreſſe de ſes droits, il n'y a aucune mutation dans la poſſeſſion ; Dumoulin ſur l'art. 35, gloſ. 1, num. 13 ; Pontanus, ſur la coutume de Blois, titre 6, art. 85 ; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 4, num. 10 & 11. Raiſon déciſive : ainſi dès qu'il n'y a aucune mutation dans la poſſeſſion, il ne peut y avoir ouverture au droit de relief ; autrement ce ſeroit l'accorder ſans baſe & ſans cauſe, les principes rendent cela inconteſtable.

XCVII. Dans le cas même qu'il y a communauté, il n'eſt dû aucun relief au ſeigneur, des fiefs qui échéoient à la femme pendant ſon ſecond mariage, à cauſe de la poſſeſſion de ſon mari ; elle ne doit que le droit auquel ſa propre mutation donne lieu ; il n'y a pas dans le même point de tems double mutation, & ſon mari, quant à ce, n'eſt que ſon mandataire légal, dont dans le même point de tems le droit n'eſt qu'une émanation du droit de l'autre, qui acquitte pour le point de tems tout ce que la mutation peut produire d'utile au ſeigneur.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, diviſion 6, pag. 40. Le Maître, des fiefs, pag. 32.

DISTINCTION VIII.

Que le bail emphitéotique fait ouverture à ce droit, ainſi que la ceſſion d'icelui.

XCVIII. La ſimple mutation dans la poſſeſſion faiſant ouverture à ce droit, comme on vient de le voir, par rapport au mariage, lorſqu'il ceſſe d'avoir ſa faveur, il s'enſuit que la dation d'un fief à bail emphitéotique y fait ouverture ; ce qui ne ſeroit pas d'un héritage tenu à cens, cette tenure étant moins chargée que l'autre ; mais par rapport aux fiefs, la ſimple mutation dans la poſſeſſion, ſuffit pour donner lieu à ce droit.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, diviſion 5, pag. 36. Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 12, num. 21, pag. 46.

XCIX. Cette dation ne fait pas ouverture au droit de quint, parce qu'elle n'emporte pas une abſolue aliénation, puiſque le bailleur retient le domaine du fief, & rentre en poſſeſſion d'icelui après un certain tems ; raiſon qui réduit le droit dû en ce cas au relief, & qui par conſéquent écarte le quint, que la coutume n'accorde que dans la mutation entiere & abſolue, qu'opere la vente ou acte équipollent à vente.

Dupleſſis à la page citée ſur la propoſition précédente. Voyez le même auteur en ſon traité des cenſives, pag. 90.

C. Lorſque le preneur du bail emphitéotique d'un fief céde le droit de ſon bail, le droit de relief eſt dû au ſeigneur; c'eſt toujours mutation marquée dans la poſſeſſion qui pour ce ſuffit; mais pour une telle ceſſion, il n'y a que le relief qui ſoit dû, & non le quint, encore que pour la ceſſion, celui qui l'a acquis, eut payé des deniers comptans au premier preneur; c'eſt toujours ſimple mutation dans la poſſeſſion, & non dans la propriété, & il n'y a que cette derniere qui emporte le quint.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, page 36. Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

CI. En effet, le ſecond ou autre ſubſéquent preneur à ce titre, n'eſt pas plus propriétaire du fonds que le premier preneur, qui ne doit que le relief; celui-ci ne peut donc devoir un autre droit que l'autre; & aucun droit ne ſeroit dû s'il étoit queſtion de cenſive.

Mais il ne ſeroit dû aucun droit au Seigneur par le ceſſionnaire du bail emphitéotique d'un héritage tenu à cens, ainſi qu'on verra ſur le titre des cenſives, puiſque même le premier preneur ne devroit pour ce aucun droit au ſeigneur; l'arrêt du 28 février 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, ayant jugé que pour la vente de l'uſufruit d'un héritage roturier, il n'étoit rien dû au Seigneur; arrêt qui me paroît fonder la propoſition.

DISTINCTION IX.

Si le retour du fief au bailleur, par l'expiration du tems porté par le bail emphitéotique, fait ouverture à ce droit.

CII. Le bailleur qui rentre dans ſon fief, ou plutôt les héritiers du bailleur, qui y rentrent par l'expiration du tems porté par le bail emphitéotique, ne doivent pour cette rentrée, aucun droit de relief au ſeigneur; c'eſt l'exécution de l'aliénation qui n'étoit qu'à tems.

C'eſt, dit Dupleſſis, *reſolutio ex antiquâ cauſâ.*

CIII. En effet, par ce retour, ils ne font que rentrer dans la poſſeſſion d'un fief dont ils avoient par le titre même qui produit ce retour, conſervé la propriété; ce qui les affranchit pour ce de tout droit, ſi ce n'eſt la foi, s'ils ne ſe ſont pas acquités de ce devoir.

Voyez Dupleſſis en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, pag. 90. Il en eſt de même ſi un donateur rentre dans la propriété & poſſeſſion en vertu d'une clauſe de retour, comme on l'a déja dit ci-devant. Voyez le Maître, des fiefs, pag. 22. Dumoulin avoit penſé le contraire; mais je ne vois dans le droit aucune baſe à cette opinion,

DISTINCTION X.

Que le bail à rente non rachetable, fait ouverture au relief.

CIV. Quoique le bail à rente non-rachetable du fief ſoit moins favorable pour l'exemption des droits ſeigneuriaux, que le bail emphitéotique, puiſque le premier n'emporte qu'une mutation dans la poſſeſſion, au lieu que l'autre emporte une entiere aliénation, & par conſéquent une mutation parfaite; cependant, par le bail à rente, non-rachetable, il n'eſt dû au ſeigneur que le droit de relief: on va expliquer ce qui fonde cette eſpece d'exemption; mais ſi la rente étoit ſtipulée rachetable, il ſeroit dû le quint au ſeigneur, comme on le verra ci-après, parce qu'en ce cas, il n'y auroit pas de parfaite repréſentation.

Mais telle aliénation ſe peut-elle faire ſans contrevenir à la prohibition de démembrer ſon fief? Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité des cenſives, page 99, ne l'eſtiment pas. Voyez le Maître, titre des fiefs, ch. 1, ſect. 1, page 26. Ce qui eſt conſtant, c'eſt que pour ce il ne ſeroit rien dû pour une cenſive; d'où il me paroît qu'on peut conclure que pour un fief il n'eſt dû que le droit de relief, en ſuppoſant que telle dation à rente s'eſt faite ſans contrevenir à la prohibition de démembrer. Voyez Dumoulin ſur l'art. 23, num. 86. Sur la queſtion de ſavoir s'il eſt dû quelque droit lorſque la rente change de main, voyez le Maître, des fiefs, page 27, & ci-après le titre des cenſives. C'eſt dans cet endroit où pour éviter les répétitions, on examinera cette queſtion, qui eſt commune aux fiefs.

CV. La raiſon ſur laquelle cet affranchiſſement eſt établi, eſt que la rente étant non-rachetable, elle eſt repréſentative du fief; raiſon ſuffiſante pour réduire le droit du ſeigneur au relief; les droits ſeigneuriaux n'étant pas favorables; mais auſſi, telle rente repréſente le fief, & lorſqu'elle eſt vendue ou rembourſée, le quint eſt dû au ſeigneur du montant de la vente ou du rachat; & cela ſans affoiblir ſa directe ſur le fief même, qui eſt toujours l'objet d'icelle, & ce, ſans doubler l'objet de la directe, vu qu'en vendant le fief à la charge de la rente fonciere; il n'eſt dû le quint que du prix qui eſt ajouté à cette charge, & lorſque le fief tombe en relief, le ſeigneur jouit pleinement de ce droit ſans être obligé d'acquiter la rente fonciere, encore qu'il en eût tiré un certain droit, elle ne doit pas affoiblir la réalité.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 4, diviſion 6, page 36: mais ſi par la ſuite telle rente étoit rachetée ou tranſportée, le droit de quint ſeroit dû pour le rachat ou la ceſſion d'icelle. Dupleſſis le dit pour le droit de lods & vente, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, pag. 100, & la déciſion doit être la même à l'égard du quint par rapport aux fiefs. Quant à la ſeconde partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur ce que le droit que le ſeigneur tire de la rente n'eſt qu'un dédommagement de la perte que telle rente lui

occaſionnoit, & que la réception de ce dédommagement auquel elle donne lieu, n'eſt pas une inféodation telle que la coutume le requiert.

CVI. Il n'en eſt pas de même du bail des fiefs à rente rachetable, c'eſt alors entiere aliénation, telle rente ne peut repréſenter le fief, & par conſéquent le quint eſt dû, comme il ſera dit dans le chapitre ſuivant; c'eſt en ce cas vraie vente: ce qui milite pour la cenſive.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 3, page 29, & en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, pag. 98 & 99.

DISTINCTION XI.

Si pour le bail à vie d'un fief, il eſt dû relief au ſeigneur & pour la conceſſion d'icelui.

CVII. Quoique tel bail d'un fief n'emporte aucune aliénation du fonds, cependant il paroît par tout ce que deſſus, qu'il devroit faire ouverture au droit de relief, en faveur du ſeigneur; cependant l'opinion contraire a prévalu: mais cette opinion n'eſt-elle pas contraire au principe, que par rapport aux fiefs, la ſimple mutation dans la poſſeſſion ſuffit pour faire ouverture au droit de relief?

La mutation qui arrive dans la ſimple poſſeſſion par le ſecond mariage de la femme, y fait ouverture par rapport au fief dont elle eſt propriétaire: cependant Dupleſſis, page 35, eſtime que la donation de l'uſufruit d'un fief ne fait pas ouverture à ce droit; c'eſt le ſentiment de le Maître & de l'auteur des notes, page 25; opinion que je ne prétends pas garantir, m'y ſoumettant plus par l'autorité que par le raiſonnement, qui étant fondé ſur les diſpoſitions & ſur l'eſprit de la coutume, me conduiroit à l'opinion contraire.

CVIII. On en a déja dit la raiſon: c'eſt que par rapport aux fiefs, la ſimple mutation dans la poſſeſſion ſuffit pour donner lieu à ce droit, & qu'il eſt dû pour toute mutation, ne fut-elle que dans la poſſeſſion, ſi elle n'en eſt expreſſément exempte: pourquoi donc s'écarter ici de ce principe? je n'en demêle point la raiſon.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 3, queſt. 21, où il établit qu'il n'eſt dû aucun droit de lods & vente pour la vente de l'uſufruit d'un héritage roturier, ce qui a été jugé par l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 19 & ſuivantes: ce qui peut prouver que pour la vente de l'uſufruit du fief ou le legs d'icelui uſufruit, le droit de relief eſt dû, voyez Dupleſſis en ſon traité des fiefs, liv. 3, page 30, où il propoſe la queſtion ſans la décider; ce qu'il fait à la page 35, comme on l'a noté ſur la propoſition précédente, & renvoye la déciſion aux principes de la prohibition de démembrer les fiefs; ſur laquelle prohibition il établit que le démembrement fait contre les termes de la coutume, donne ouverture aux droits de quint en faveur du ſeigneur: mais céder l'uſufruit de ſon fief ſur la tête d'une ſeule perſonne & ſans démiſſion de ſoi, qui ne pourroit même avoir lieu, puiſque toute la propriété du fief réſide dans la perſonne du cédant. Céder un tel uſufruit n'eſt pas démembrer ſon fief; ainſi cet auteur me paroît renvoyer à un objet qui ne peut ſur ce ſervir de guide, & il me paroît qu'il vaut mieux s'en tenir au principe ſur la mutation dans la ſimple poſſeſſion.

CIX. Mais il me paroît conſtant que ſi le preneur céde le droit de ſon bail à vie, il n'eſt dû aucun droit pour la ceſſion, dans le cas même qu'on admettroit que le premier preneur le doit, ce qui ſeroit régulier; en effet, nonobſtant telle ceſſion, l'uſufruit du fief reſte toujours ſur la tête du premier preneur; uſufruit pour lequel le relief a été payé par le premier payeur, ſi lui-même n'en a été affranchi; car encore une fois, je doute fort de l'exactitude de cet affranchiſſement, ainſi le droit acquité ne peut revivre.

Les autorités ci-deſſus fondent cette propoſition & la précédente.

CX. A l'égard du bail à vie d'un héritage roturier, il n'eſt dû pour ce aucun droit au ſeigneur, ce qui ſe verra plus amplement dans le titre des cenſives; mais il eſt à propos de marquer ici cette différence; elle eſt entiere.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 12, num. 21, page 46; & la premiere partie du journal du palais.

☞ Mais ſi la vente d'un uſufruit eſt faite dans un tems voiſin de la vente de la nue propriété faite à la même perſonne; en ce cas le droit eſt dû au ſeigneur. Voyez l'arrêt du 5 ſeptembre 1738, rapporté par Deniſart *verb.* Lods & Ventes.

DISTINCTION XII.

Si la veuve qui jouit d'un fief à titre de douaire coutumier doit relief.

(Art. 40 de la coutume.)

CXI. La veuve qui jouit d'un fief dépendant de la ſucceſſion de ſon mari, en vertu d'un douaire coutumier, ne doit pour ce aucun droit de relief au ſeigneur; c'eſt juſte & favorable exception à la régle, qui veut que la mutation dans la poſſeſſion y faſſe ouverture.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 40 de la coutume.

CXII. La mutation que ſon droit apporte dans la poſſeſſion du fief, ſembleroit l'y aſſujettir; mais la faveur de ſa poſſeſſion l'en affranchit: c'eſt faveur tout enſemble légale & naturelle; c'eſt exemption expreſſe.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs: voyez entr'autres le Maître, tit. des fiefs, ch. 1, ſect. 1, page 4; & ſur cela nulle difficulté, puiſque c'eſt le texte de la coutume qui forme même un droit commun.

CXIII. Ce cas, comme ſon premier mariage, ſont deux exceptions à la régle, que la ſimple mutation dans la poſſeſſion d'un fief ouvre un droit ſeigneurial; exceptions

qui, ſelon moi, ſervent à la confirmer, & par conſéquent à prouver que le bail à vie d'un fief, ou la vente de l'uſufruit d'icelui, doivent faire ouverture au droit de relief, au profit du ſeigneur, dont tel fief eſt mouvant; mais le parti contraire, quoique moins conſéquent aux principes, me paroît avoir prévalu; mais il eſt bon par rapport à la garde.

L'ouverture de la garde ne fait encore aucune ouverture au droit de relief; mais le gardien eſt tenu d'acquitter les mineurs de ce droit, s'il étoit dû de leur chef; c'eſt la diſpoſition de l'article 46 de la coutume. Voyez Dumoulin ſur cet article, num. 10 & 11; le Maître à l'endroit cité ſur la propoſition précédente.

DISTINCTION XIII.

Si dans le cas qu'il y a double mutation, l'une ſur la propriété & l'autre ſur la jouiſſance, ou double mutation dans l'an, dans la propriété ſeulement, il eſt dû double droit de relief.

CXIV. Lorſque la donation du fief eſt faite à deux, à l'un en propriété, à l'autre en uſufruit; il n'eſt dû pour telle donation, qu'un ſeul droit de relief au ſeigneur; le tout, comme on l'a déja dit, ſe conſomme dans un même point de tems; raiſon qui doit déterminer ſur un droit qui n'eſt pas favorable.

Dumoulin, ſur l'atticle 33, num. 158, dit que pour la donation de l'uſufruit d'un fief, *certum eſt ex hoc nullum deberi relevium.*

CXV. Si le donataire, ſi le légataire d'un fief meurt avant d'avoir pris poſſeſſion du fief, & qu'il laiſſe, non des héritiers directs, mais des héritiers collatéraux, il eſt dû double droit de relief au ſeigneur; ce que la propoſition ſuivante développe: c'eſt double mutation.

Telle eſt l'opinion commune; cependant on a prétendu que lorſque dans une même année il arrive deux mutations involontaires, il n'eſt dû qu'un ſeul droit de relief: mais n'eſt-ce pas mettre en queſtion ce que la diſpoſition de la coutume met en évidence? Voyez le Maître, page 25, & les notes ſur la propoſition ſuivante.

CXVI. L'un de ces droits eſt dû du chef du donataire ou du légataire, l'autre du chef de tels héritiers; la ſucceſſion collatérale faiſant ouverture à ce droit; par conſéquent en ce cas, il eſt dû double droit: ainſi, lorſque pendant l'année du relief, il arrive mutation qui fait nouvelle ouverture à ce droit, le ſeigneur jouiſſant déja à titre de relief, doit avoir les fruits de l'année ſuivante, ou nouveau droit de relief.

Il eſt dû double droit de relief au ſeigneur, ſi dans une même année il arrive deux mutations qui y faſſent ouverture. Dumoulin, ſur l'article 23, gloſ. 1, num. 113 & 158: ainſi, en collatérale, l'héritier de l'héritier doit un double relief, quoique le premier n'ait pas expreſſément accepté. Le Maître, titre des fiefs, page 22; ce qui prouve la propoſition précédente. La derniere partie de celle ci eſt une eſpece de droit commun: telle eſt la diſpoſition de la coutume de Bretagne, art. 70; de celle du Maine, art. 133; de celle d'Anjou, art. 123, & de celle de Poitou, art. 184.

DISTINCTION XIV.

Si la vente à faculté de réméré, fait ouverture à ce droit.

CXVII. Le relief eſt dû pour telle vente d'un fief, lorſque pour un héritage tenu à cens, il ne ſeroit rien dû; c'eſt toujours même principe, mutation dans la poſſeſſion pour ce, ſuffit: mais quant aux rotures, cette mutation n'eſt d'aucune conſidération, quant à l'ouverture des droits ſeigneuriaux.

Voyez ſur ce le titre des cenſives: ainſi, dans le cas de la vente d'un fief ſous cette faculté, il eſt indiſtinctement dû un droit au Seigneur, & la queſtion ſe réduit à ſavoir ſi ce droit eſt le relief ou le quint. Voyez la propoſition qui ſuit, qui détermine pour le relief.

CXVIII. Dans le cas que pour telle vente d'un héritage tenu à cens, il ſeroit dû lods & ventes, le quint eſt dû pour le fief, ſur quoi il faut voir encore ce qui eſt dit ci-après ſur cette matiere, au titre des cenſives; mais dans le cas qu'il ne ſeroit rien dû pour l'héritage tenu à cens, le relief cependant ſeroit dû pour le fief; & c'eſt ce droit qui eſt dû pour vente d'un fief à faculté de réméré.

Cette propoſition générale s'établit d'elle-même, n'étant pas douteux qu'où les lods & ventes ſont dûs pour un héritage tenu à cens, le quint eſt dû pour le fief; ainſi en ce cas c'eſt le relief qui eſt dû indiſtinctement, & le quint en certain cas.

CXIX. La vente à faculté de réméré fait quelquefois ouverture à un droit plus onéreux que celui du relief, faiſant ouverture au quint; ce qui ſera examiné en traitant de ce dernier droit: on vient de l'annoncer; il ſuffit ici de poſer le principe.

Voyez Louet, lettre V, num. 12, ce qui ſera traité ci-après dans le chapitre du quint & dans le titre des cenſives: mais ſi la faculté eſt au-deſſous de neuf années, il n'eſt rien dû relativement aux héritages tenus à cens. Voyez l'art. 78 de la coutume de Lorris, qui s'entend des cenſives.

DISTINCTION XV.

Des droits de relief ſucceſſifs, dûs par les gens de main-morte.

CXX. Les fiefs & autres immeubles poſſédés par les eccléſiaſtiques & autres gens de main-morte étant inaliénables, s'il n'y a urgente néceſſité ou utilité prouvée, la mouvance des fiefs poſſédés par gens de main-morte, deviendroit pour les ſeigneurs, un

titre vain & ſans effet, ſi la loi n'avoit remédié à cet inconvénient, par le relief dont on va parler, & qui eſt une prudente prévoyance de la juriſprudence.

Manum mortuam vocare ſolent eccleſiam, ſive civitatem, aut collegium, aut quodcunque corpus bonorum capax, & licèt omnes perſonæ ex quibus conſiſtit, moriantur & mutantur, idem ſemper permanet, dit Dumoulin ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 54. Voyez Dupleſſis, pag. 41: voilà ce qui fonde cette réitération ou ſucceſſion de droits de relief dûs aux ſeigneurs féodaux par les gens de main-morte, droit qu'on va examiner, & qui eſt un effet ſalutaire des précautions de la loi.

CXXI. C'eſt pour dédommager les ſeigneurs de la perte qu'ils ſouffrent par la continuité de cette poſſeſſion, qui rend les aliénations preſqu'impoſſibles, relativement aux gens de main-morte, que la loi réitére les ouvertures du droit de relief, par rapport aux fiefs par eux poſſédés. Tel eſt le droit de relief que les gens de main-morte doivent ſucceſſivement à cauſe des fiefs qu'ils poſſédent & ce aux ſeigneurs, dans l'étendue de la directe deſquels ces fiefs ſont ſitués.

Sur l'obligation dans laquelle ils ſont de donner un homme vivant & mourant, mais non confiſquant, voyez Dumoulin ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 62, & la ſubdiviſion ci-après.

CXXII. Le fief dépendant du bénéfice poſſédé par un ſeul, doit le relief au ſeigneur à chaque mutation de titulaire; cela eſt inconteſtable: c'eſt vraie mutation dans la poſſeſſion; il y a donc en ce cas ouverture à ce droit, puiſque telle mutation y fait ouverture.

Mais il ne doit pas d'homme vivant & mourant; c'eſt la diſpoſition de l'article 141 du titre 15 de la coutume de Tours, conforme quant à ce au droit commun du royaume. Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 2, ch. 4, diviſion 8. On a vu ci-deſſus que la preſtation de foi eſt due à chaque mutation de titulaire: il s'agit ici du relief que cette mutation opere.

CXXIII. Ce droit eſt dû, ſoit que la mutation arrive par mort, ſoit par réſignation, ſoit par dévolut; c'eſt mutation en tous ces cas, & la mutation doit opérer cet effet ſuivant la coutume.

Sur le tems auquel la foi doit être rendue, voyez ci-deſſus la diſtinction 3 de la ſect. 1 du premier chapitre de la premiere partie de ce titre, la différence du genre de mutation faiſant différence ſur ce tems, mais non par rapport au relief.

SUBDIVISION III.

Quand les communautés, poſſédant un fief, doivent le relief au ſeigneur.

CXXIV. La communauté qui poſſéde un fief, eſt obligée de donner au ſeigneur, duquel reléve le fief, un homme vivant & mourant, comme on l'a vu dans le chapitre de la foi & hommage; ce qui conſerve les droits du ſeigneur, tant pour l'honorifique que pour l'utile; & c'eſt ce dernier qu'on va examiner.

Dupleſſis, traité des fiefs, page 41. Voyez ci-après ſur le titre des cenſives le chap. de l'indemnité due au ſeigneur par les gens de main morte.

CXXV. Par une fiction de droit, cet homme eſt regardé comme ſeul uſufruitier du fief, & c'eſt ſur ſa tête que réſide la qualité de vaſſal, & ce qui fonde par une juſte fiction, le relief ſucceſſif que les communautés doivent lorſque cet homme vient à mourir; ainſi, quant à ce, la communauté ſe conſerve pour ainſi dire en lui.

Voyez Henrys, tome 1, livre 3, chap. 1, queſt. 3.

CXXVI. Cet homme vivant & mourant, doit la foi au ſeigneur & le droit de relief: c'eſt de ce droit dont il s'agit ici, le devoir de la foi & hommage a été ci-deſſus traité. En effet par rapport au relief, la mort naturelle de cet homme fait en faveur du ſeigneur nouvelle ouverture, tant à la preſtation de foi qu'au droit de relief; & c'eſt l'objet & la fin de cette juſte invention du droit françois, à laquelle les ſeigneurs qui ont de tels vaſſaux, doivent la conſervation de leurs droits.

Dupleſſis, traité des fiefs, livre 4, chap. 4, diviſion 7.

CXXVII. Cela eſt fondé, ſur ce que par cette mort, il faut nouvel homme au ſeigneur; ce qui opére mutation de vaſſal, & par conſéquent, ouverture au relief; ce qui ne s'entend que de la mort naturelle, & non de la civile de cet homme qui n'opére pas cet effet.

Mais la mort civile de l'homme vivant & mourant ne fait pas ouverture au droit de relief; Dumoulin, ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 2, s'éleve contre l'opinion de ceux qui vouloient que cet homme vivant & mourant fût auſſi confiſquant, *verum nec rationabile puto*. Arrêt du 13 Février 1642, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 52, qui a confirmé ce ſentiment de Dumoulin. Voyez auſſi Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 50; les notes ſur le Maître, page 4, & c'eſt droit commun.

CXXVIII. Par cette fiction, les ſeigneurs ſont en partie dédommagés de la perte qu'ils ſouffrent du défaut de vente, qui eſt preſque impraticable de la part des gens de main-morte; mais quant aux fiefs poſſédés par les communautés, & quelles tiennent à foi & hommage du roi, la mort de l'homme vivant & mourant, ne fait pas ouverture au droit de relief, dont ſa majeſté doit être dédommagée.

cela

Cela eſt établi ſur le titre indiqué ſur la propoſition qui ſuit ; & ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez les édits des années 1575 & 1577. Chopin, ſur la coutume d'Anjou, art. 37, nº. 6 ; le même auteur, de la police eccléſiaſtique, livre 3, tit. 1, nº. 11 ; & Palu, ſur la coutume de Tours, art. 142.

CXXIX. Mais ce dédommagement, par rapport aux ſeigneurs, étant inſuffiſant, ils ont le droit d'indemnité, dont il ſera traité dans le titre des cenſives ; ce droit ayant lieu, tant pour les cenſives que pour les fiefs ; ainſi, il eſt commun aux uns & aux autres ; c'eſt ainſi que la loi à ménagé tous les intérêts, ce qu'on approfondira à la fin du titre des cenſives : cela étant commun aux deux titres.

Voyez la fin du titre des cenſives. Il faut ajouter aux ouvertures du droit de relief ci-deſſus expliqué, que ce droit appartient au fermier exploitant au tems de la mutation. Louet, lettre R, chap. 43 ; le Prêtre, cent. 1, ch. 42 ; Carondas ſur l'art. 47 de la coutume de Paris ; Chopin ſur Anjou, liv. 2, titre des rachats, ch. 43, & c'eſt droit commun.

☞ Il réſulte de l'obſervation ci-deſſus qu'un fermier qui a les droits caſuels, jouit, même après ſon bail expiré, du droit de relief réſultant d'une mutation arrivée le dernier jour de ſon bail, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt rapporté par Louet, lettre R, ch. 43, ce qui juſtifie qu'il ſuffit d'avoir droit aux fruits pour avoir auſſi droit au relief, quoiqu'il ſe perçoive dans le cours de l'année ſuivante, où l'on n'a plus de droit. Voyez auſſi le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 7, ſect. 6, nomb. 5.

DISTINCTION XVI.

Du droit de relief dû par le ſeigneur, & quand ce droit eſt par lui dû.

CXXX. Lorſque le ſeigneur haut-juſticier devient propriétaire d'un fief, en vertu d'un droit de juſtice, qui s'eſt ouvert en ſa faveur, & que le fief n'eſt pas mouvant nuement de lui, il doit au ſeigneur duquel ce fief eſt mouvant, le droit de relief ; ce n'eſt pas vente, c'eſt droit légal qui ne peut faire ouverture qu'au relief, & par la ſuite, s'il conſerve ce fief, il le tient à foi & hommage de ce ſeigneur.

Cela réſulte de l'article 33, par lequel le relief eſt dû dans toutes les mutations qui ne ſont pas affranchies, à l'exception de la vente qui fait ouverture au quint : cela eſt établi par Bacquet en ſon traité des droits de juſtice, ch. 14, pag. 50, 51 & ſuivantes ; Loyſeau, traité des ſeigneuries, ch. 12, num. 86, page 71 ; le Maître, des fiefs, pag. 27.

CXXXI. Cela eſt fondé ſur ce que fief & juſtice, ſont deux choſes différentes, & qui n'ont même rien de commun, & qu'abſtraction faite de l'étendue des juſtices ſeigneuriales, il faut toujours obſerver les degrés ſubordonnés des mouvances féodales ; ce droit eſt donc dû en ce cas, au ſeigneur de fief : c'eſt exacte juſtice.

Cela eſt établi ſur le titre de la ſaiſie féodale, où il eſt prouvé par le ſentiment de Dumoulin, que juſtice & fief n'ont rien de commun enſemble : diſtinction qui fonde la propoſition ainſi que la différence des mouvances.

CXXXII. Dans ce cas, le haut-juſticier ne doit que le relief & non le quint, parce que ce n'eſt pas par un acte de commerce qu'il devient propriétaire, mais par un droit caſuel de ſa juſtice, & par l'effet de la loi.

Cela réſulte du principe de la coutume, qu'en toute mutation de fiefs le relief eſt dû, ſi ce n'eſt par vente ou par bail à rente rachetable, eſquels cas le quint eſt dû, la coutume n'affranchiſſant de tous droits utiles que celles qui arrivent par ſucceſſion ou par donation en directe : joignez à cela les autorités rapportées ſur la premiere propoſition de cette diſtinction.

CXXXIII. Le haut-juſticier ſe décharge même de ce droit, en déclarant que dans l'an, il mettra le fief hors ſa main ; & exécutant cette déclaration, il ne doit point ce relief ; mais un autre droit qu'on va expliquer, eſt dû au ſeigneur immédiat : ce qui lui conſerve ſes droits.

Tel eſt le droit commun, fondé ſur ce que c'eſt un accroiſſement légal à ſon ancienne poſſeſſion, & non accroiſſement volontaire.

CXXXIV. Celui qui acquiert du haut-juſticier, ce fief qui lui eſt échû par un droit de ſa haute-juſtice, ne doit qu'un ſeul droit au ſeigneur, duquel il eſt mouvant ; mais ce droit n'eſt pas celui de relief, c'eſt le quint, auquel toute vente fait ouverture.

Cela réſulte de ce que deſſus : un ſeul droit eſt dû ſuivant la propoſition, parce que le ſeigneur haut-juſticier n'en doit pas de ſon chef, lorſqu'il met dans l'an l'héritage hors ſa main, & ce droit eſt le quint & non le relief, parce que cet acquéreur eſt comme tout autre acquéreur, & n'a pas ni la qualité ni la faveur du haut-juſticier. A toutes les ouvertures du droit de relief ci-deſſus, il faut ajouter, comme on l'a expliqué, qu'en toutes mutations, & même par ſucceſſion directe, le droit de relief eſt dû au ſeigneur lorſque le fief eſt ſitué dans le Vexin ; c'eſt coutume locale, rigoureuſe, & qui en cette qualité eſt défavorable.

CHAPITRE SIXIEME.

DU QUINT.

SECTION PREMIERE.

DE L'ÉTENDUE DE CE DROIT ET DE SON ORIGINE.

(Article 23 de la coutume).

I. CE droit auquel les actes qu'on examine, par les deux sections ci-après, font ouverture, est la cinquieme partie du prix du fief vendu, tel est son montant: on va en développer les suites & les effets; il est bon d'abord de se fixer à sa quotité, qui s'étend sur tout ce qui fait fonction de prix, en exceptant le pot de vin.

Il s'étend sur toutes les charges de la vente qui sont réductibles en deniers; ainsi, si outre une certaine somme en deniers, la vente du fief est faite moyennant une rente viagere, on évalue cette rente suivant la disposition de la loi, *Computationi ff. ad leg. Falcid.* Telle est la jurisprudence, & le quint est dû sur cette évaluation; autrement on feroit fraude au seigneur.

II. Cette portion arithmétique, ce droit de quint, ne se prend pas sur le prix même qui appartient en entier au vendeur; mais l'acquéreur doit payer au seigneur, autant que la cinquieme partie du prix de son acquisition; il est à sa charge & non à la charge du vendeur.

Cela ne s'entend que du prix principal, le quint ou la cinquieme partie de ce qui a été payé pour pot-de-vin, pour épingles, & à un entremetteur de la vente, n'étant pas dû au seigneur. Lapeyrere, lettre V, décision 13, pag. 521: c'est encore ce qui se pratique au châtelet, à moins que par-là on ait fait fraude au seigneur.

III. Il est licite de stipuler que le vendeur acquittera ce droit; cette condition a son exécution, n'ayant rien de contraire aux loix. Ce droit tire sa premiere origine du tems que les fiefs n'étoient pas héréditaires; les seigneurs n'en ayant accordé l'investiture qu'à charge qu'il leur seroit payé un droit: source de celui-là.

Voyez la proposition qui suit, qui développe celle-ci.

IV. Par la suite, les fiefs étant devenus héréditaires, les seigneurs n'en ont accordé l'investiture qu'à la charge qu'il leur seroit payé ce droit, & si il n'y a titre, la loi qui y supplée à son défaut, sert de titre aux seigneurs: voilà l'origine du droit de quint.

Cette proposition & la précédente sont attestées par presque tous les commentateurs.

V. Comme le tems qui détruit tout, a détruit les titres qui établissoient cette charge, la coutume tient lieu à cet égard de titre au seigneur, & a fixé son droit utile en cas de vente de fief mouvant de lui, au cinquiéme du prix de la vente sans requint.

Voyez la préface: la nouvelle coutume a abrogé le requint, n'ayant fait nulle mention d'icelui. Dupleiss, des fiefs, liv. 3, ch. 1, pag. 29. En effet, ce défaut de mention opere vraie abrogation, & cela est favorable, d'autant plus que l'usurpation avoit eu plus de part à ce droit bizarre de requint qu'un vrai droit.

SECTION II.

Que la vente fait ouverture à ce droit, & de la faculté de réméré, considérée quant à ce.

(Art. 23 de la coutume.)

VI. La vente du fief fait ouverture à ce droit en faveur du seigneur duquel le fief relève; c'est même ce seul contrat ou acte équipollent à vente qui fait ouverture, sauf l'exception qui suit; ainsi, la succession collatérale, la donation entre-vifs ou le legs, même ceux faits à un étranger, ne donnent point ouverture au droit de quint, mais simplement à celui de relief; & il en est de même de l'ouverture d'une substitution: ouverture par laquelle on doit considérer celui en faveur duquel elle se fait comme l'héritier, où le donataire de celui qui étoit chargé & grévé de la substitution à son profit: qualités qui excluent absolument le droit de quint; c'est la derniere jurisprudence.

C'est la disposition de l'article 23 de la coutume. Sur la seconde partie de la proposition, voyez le chapitre précédent & le dernier article du titre premier de l'édit du mois d'août 1747.

VII. Il faut excepter la vente qui seroit faite par le seigneur même; telle vente ne fait ouverture à ce droit; celui qui l'a faite est censé l'avoir remise à l'acquéreur, s'il ne l'a expressément réservé; c'est ce qui résulte d'un tel acte lorsqu'il est pur & simple.

Arrêt du 22 mai 1648, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 2, chap. 87. En effet la qualité du vendeur emporte réception en foi; réception

qui fonde la propoſition, ainſi que l'équité & la raiſon.

VIII. La ſimple promeſſe de vendre le fief y fait pareillement ouverture, ſi elle eſt parfaite; mais juſqu'à l'exécution, l'exigibilité eſt ſuſpendue.

Voyez Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, pag. 94, & l'arrêt de Boſc de 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences. Cet arrêt jugeant une telle promeſſe obligatoire, confirme la propoſition.

IX. La défectuoſité de la vente, n'empêche pas l'exigibilité de ce droit de la part du ſeigneur; ſi, par exemple, le mari a vendu le propre de ſa femme; mais en ce cas, pour la ratification de la femme, il n'eſt pas dû un ſecond droit; c'eſt toujours une ſeule & même vente. Cependant ce qui eſt nul doit-il produire effet? & pour l'exigibilité du quint ne faudroit-il pas attendre la ratification d'un tel acte? quant à l'uſufruit, il ne le doit pas.

Quid? de la vente de l'uſufruit du fief, telle vente ne peut faire ouverture qu'au droit de relief & non à celui de quint; telle vente pour un héritage en cenſive ne faiſant ouverture au droit de lods & ventes, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, page 19. Le Maître & l'auteur des notes ſur ſon commentaire, page 25, eſtiment que telle vente, par rapport à un fief, ne fait pas ouverture au droit de relief; ce que je ne puis adopter.

☞ La vente de l'uſufruit du fief feroit ouverture au droit de quint s'il y avoit de la fraude, comme on l'a obſervé ſur le chapitre du droit de relief.

X. La faculté de réméré ſtipulée par le contrat de la vente du fief, n'empêche pas dans la théſe générale, l'ouverture à ce droit; ce qu'on approfondira ſur le titre des cenſives.

Venditio ſub pacto de retrovendendo factâ, pura & vera eſt venditio, ſed ſub conditione reſolvitur. Cependant ſi la faculté eſt au-deſſous de neuf années, il n'eſt rien dû au ſeigneur. Voyez les art. 77 & 78 de Lorris, & les notes ſur Dupleſſis, pag. 96, & ci-après le chapitre des lods & ventes. Le Maître & l'auteur des notes, page 4, eſtiment que quoique la faculté ſoit au-deſſous de neuf années, il eſt dû relief, mais non le quint, ce qui me paroît plus régulier.

XI. Les termes de payement accordés à l'acquéreur, ne ſuſpendent pas l'exigibilité de ce droit; parce que, nonobſtant le délai, la vente eſt parfaite; ce droit nonobſtant ces termes, eſt donc exigible de la part du ſeigneur; parce qu'il eſt tel, dès qu'il y a mutation par vente: abſtraction faite du payement du prix d'icelle.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, conforme à ce que dit le Maître, pag. 40.

XII. L'aliénation du prix à titre de rente rachetable, ne ſuſpend pas même cette exigibilité; c'eſt toujours vente & parfaite mutation qui doit produire ſon effet par rapport au ſeigneur.

Art. 23 de la Coutume: puiſque le droit ſeroit même dû, ſi ſans déſignation du prix la vente eût été faite moyennant une rente fonciere rachetable. Voyez Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, page 98; le Maître, page 40; Loyſel, livre 4, tome 2, rég. 7; & c'eſt droit commun fondé ſur les premiers principes des fiefs; c'eſt vraie aliénation.

XIII. S'il y a réſerve d'uſufruit, le quint eſt dû du prix non de l'uſufruit; c'eſt-à-dire, abſtraction faite de ce dernier, il eſt dû du prix convenu, nonobſtant cette réſerve qui ne peut ſuſpendre l'exigibilité de la cinquiéme partie de ce même prix, ni l'augmenter; c'eſt moins vendu, mais c'eſt toujours la meilleure partie de la choſe vendue, indépendamment de celle réſervée.

Le Maître, page 49, tient que le droit eſt dû de l'évaluation de l'uſufruit; mais on doit dire que c'eſt *minus venditum*, & c'eſt ce que je penſe conformément au ſentiment de Dupleſſis, qui me paroît bien préférable à l'autre, pour lequel je ne vois aucune baſe.

SECTION III.

Que les actes équipollens à vente y font ouverture.

(Art. 33 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De la dation en payement.

XIV. La dation d'un fief en payement d'une dette équipollent à vente, y fait ouverture, parce que tel contrat ne diffère de la vente que de nom; il fait donc ouverture à ce droit: il n'en eſt pas de même d'une tranſaction; & cela eſt de droit commun.

Pour la tranſaction faite à l'occaſion d'un fief, le droit de quint n'eſt pas dû au ſeigneur, lorſque le fief ne change pas de main. Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1, ſur ces mots (acheté à prix d'argent) num. 124. Lapeyrere, lettre T, déciſion 137, pag. 502, ce qui eſt auſſi juridique que judicieux. Voyez ci-après la diſtinction, dans laquelle on établit que l'abandonnement fait à l'un des héritiers d'un fief dépendant de la ſucceſſion, à la charge de payer les dettes, ne fait pas ouverture au droit de quint: il ne feroit pas pareillement ouverture au droit de lods & ventes; mais la dation du fief en payement au créancier feroit ouverture à ces droits. Voyez Dumoulin ſur la coutume de Paris, art. 20, gloſ. 5, n° 46; d'Argentré, des lods & ventes, chap. 50, art. 66; le Prêtre, cent. 2, chap. 42, n°. 10.

☞ La tranſaction donneroit ouverture au droit de quint, s'il y avoit mutation de poſſeſſeur, avec ceſſion & tranſport de propriété ou du droit que le poſſeſſeur y prétendroit; mais il n'en eſt pas dû, quoiqu'il y ait numération d'eſpeces, quand l'ancien poſſeſſeur eſt confirmé dans ſa poſſeſſion.

XV. Cependant l'on a vû ci-deſſus que la dation en payement faite par un pere à ſon fils, pour s'acquitter d'une libéralité, n'y faiſoit pas ouverture ; c'eſt juſte exception à ce que deſſus, c'eſt conſommation d'une donation en directe : acte qui eſt affranchi de ce droit.

Elle n'y feroit pas même ouverture, ſi elle étoit faite à un étranger, non pour s'acquitter d'une dette, mais pour remplir & pour conſommer une libéralité. Voyez Dupleſſis, pag. 29 & 30 ; & dans ſon traité des cenſives, pag. 87 & 88 de même & à plus forte raiſon, ſi elle eſt faite à un fils pour le remplir du douaire : le même auteur, page 22 ; ce qu'on a déja dit ci-deſſus.

XVI. Mais la dation en payement du pere au fils y feroit ouverture ſi elle étoit faite pour s'acquitter d'une dette, comme d'un reliquat de compte de tutelle ; c'eſt en ce cas vraie vente ; & par conſéquent, en ce cas, il y a ouverture au droit de quint.

Dupleſſis, des cenſives, page 88 : cependant ſi un légataire univerſel tranſigeoit avec l'héritier, & que pour une ſomme de deniers le premier abandonnât à l'autre les acquêts, & la part diſponible dans les propres, le quint pour ce n'eſt pas dû au ſeigneur ; c'eſt tout enſemble tranſaction & licitation, & l'héritier n'ayant pas fait de délivrance, n'a jamais ceſſé d'être propriétaire. Arrêt, dans la coutume de Poitou, du 20 juin 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 16, page 285.

XVII. La dation en payement d'un fief conquêt de communauté, au profit d'une veuve, pour la remplir de ſes repriſes, ne fait point ouverture à ce droit, lorſqu'elle eſt commune ; ſes propres deniers ont ſervi à l'acquiſition, & le mari dans l'origine l'a acquis tant pour lui que pour ſa femme, & ſon acceptation de la communauté a effet rétroactif ; mais ſi elle a renoncé à la communauté, le droit ſera-t-il dû ? ſa renonciation a effet rétroactif : effet dont il réſulte qu'elle n'a rien eu dans le fief, ni virtuellement ni habituellement ; cependant les arrêts ſont contraires & l'affranchiſſent du droit : ſa défaveur plus que les vrais principes de cette matiere ont conduit à cette déciſion ; mais il eſt conſtant qu'une telle dation en payement d'un propre du mari faite au profit de la femme, pour la remplir de ſes repriſes, fait ouverture au droit de quint.

Dupleſſis, page 92 ; notes ſur cet auteur, page 93. On pourroit dire en ce dernier cas que c'eſt toujours liquidation de droits entre communs, & eſpece de licitation entr'eux ; mais par la renonciation ce raiſonnement ne porte-t-il pas à faux ? Quoiqu'il en ſoit, il eſt hors de doute qu'il faut s'en tenir à l'autorité des arrêts, qui dans le cas même de la renonciation à la communauté, & la dation en payement fait à la veuve d'un bien acquis pendant icelle, lui accordent l'exemption : mais cela ne peut être étendu aux propres.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, quant aux propres du mari, voyez l'arrêt du 7 mai 1712 rapporté au journal des audiences ; il juge que la femme qui a renoncé à la communauté, doit les droits ſeigneuriaux à raiſon des fiefs propres du mari, que les héritiers de celui-ci lui donnent en payement de ſes repriſes.

DISTINCTION II.

De l'échange, & qu'il fait ouverture à ce droit.

XVIII. La permutation d'une choſe mobiliaire avec un fief, fait ouverture au droit de quint ; c'eſt vente & non vraie échange, le droit eſt donc dû ; en ce cas, ce n'eſt que déguiſement de contrat.

Dupleſſis, page 29. Voyez le même auteur en ſon traité des cenſives, page 89, & la propoſition qui ſuit, confirmative de celle ci.

XIX. En effet, c'eſt vraie vente, lors de laquelle on a fait l'évaluation de la choſe mobiliaire, donnée pour le prix du fief ; & par conſequent, c'eſt le quint qui eſt dû en ce cas & non le relief, puiſque c'eſt vraie vente.

Sur la queſtion de ſavoir quelle ſera l'étendue du droit, qu'un acte équipollent à vente fait au profit du ſeigneur, dans le cas que le fief ſervant & le fief dominant ſont régis par deux différentes coutumes ; & ſi le droit ſe réglera par la coutume du fief ſervant ou par celle du fief dominant, v Louet & Brodeau, lettre F, ſommaire 19, & l'arrêt rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, page 371 : comme c'eſt droit réel, c'eſt la loi qui régit la choſe qui y eſt aſſujettie qui doit la régler, ce qui n'eſt pas de la forme de la foi qui doit ſe rendre ſur le fief dominant ; forme qui ne peut ſe régir que par la loi qui eſt en vigueur dans le lieu de la paſſation de l'acte.

XX. A l'égard de l'échange d'un immeuble contre un fief, il ne donnoit ci-devant ouverture qu'au droit de relief, mais actuellement il donne ouverture au droit de quint ; on va expliquer ce qui l'a aſſujetti à ce dernier droit.

Voyez le titre des cenſives, où il eſt établi que tel contrat donne lieu au droit de lods & ventes, conformément aux édits cités ſur la propoſition qui ſuit, ce qui par rapport aux fiefs l'aſſujettit au quint. Cela eſt inconteſtable, le même principe réglant l'un & l'autre droit.

XXI. Par la fraude qu'on faiſoit aux ſeigneurs en fabriquant des contrats de conſtitution qu'on donnoit en échange, & qu'on rembourſoit incontinent, on déguiſoit les ventes ſous les fauſſes apparences d'un échange, & par-là on fraudoit les ſeigneurs ; ce qui a fait réduire l'échange relativement aux droits ſeigneuriaux, à l'effet d'une vraie vente ; telle a été la baſe de cet aſſujettiſſement, mais modifié comme il va être dit, parce que les coutumes ne donnoient pas ce droit aux ſeigneurs.

Voyez les édits de 20 mars 1673 & celui du mois de février 1674.

XXII. Mais pour que dans ce cas le droit de quint appartienne au ſeigneur, il faut

qu'il ait payé finance au roi ; ſinon ce droit eſt dû & appartient à ſa majeſté ; ſur lequel le ſeigneur préléve un droit de relief, droit que la coutume lui donne ſeulement, & non celui de quint.

Voyez les édits cités ſur la propoſition précédente ; le Maitre, des fiefs, page 48.

DISTINCTION III.

Que le quint n'eſt pas dû pour la vente de fief à titre de rente fonciere non rachetable.

XXIII. La rente en ce cas repréſentant le fief, le quint n'eſt pas dû pour la dation d'un fief, moyennant une telle rente ; c'eſt une juſte & conſéquente exception autoriſée par la coutume ; elle a cependant des inconvéniens, par rapport aux démembremens.

Voyez les articles 23 & 78 ; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 91 ; & cela eſt inconteſtable par la diſpoſition de ces articles. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. 11, & ci-deſſus le chapitre du relief.

XXIV. Mais il dû relief pour le bail à rente d'un fief, quoique la rente ſoit ſtipulée non rachetable, comme il eſt dit dans la diſtinction douze de la ſect. 5 du chapitre du relief, ſauf la prohibition du démembrement, dont il ſera parlé ci-après, parce que en matiere de fief, le relief eſt dû en toute mutation, ſi la mutation n'eſt expreſſément affranchie par la coutume.

Voyez ci-deſſus le chapitre du relief ; & ſi la rente étoit rachetable, le quint ſeroit dû : Dupleſſis, des cenſives, page 98 & ſuivantes. En effet, cela opere mutation dans la poſſeſſion ; ce qui ſuffit pour le droit de relief.

XXV. Si la rente ſtipulée non rachetable eſt rachetée, le quint eſt dû au ſeigneur du rachat d'icelle, elle étoit repréſentative du fief ; ce qui n'influe pas ſur une ſimple conſtitution.

Mais la conſtitution d'une rente hypothéquée ſur un fief, le rachat même d'icelle, ne font ouverture à aucun droit de quint. Voyez l'arrêt du 10 mai 1557, qui a ordonné que les trois articles de l'ancienne coutume qui autoriſoient un droit ſi extraordinaire, ſeroient rayés. Il eſt fait mention de cet arrêt dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 29 & 30. Voyez Dupleſſis, traité des cenſives, page 98 ; & il eſt étrange qu'une choſe ſi injuſte ait pu paſſer, & que l'intérêt ait aveuglé de certaines perſonnes juſqu'à les porter à la ſoutenir.

DISTINCTION IV.

De la vente de la rente fonciere non rachetable, & qu'elle emporte droit de quint.

XXVI. Si cette rente fonciere & non rachetable, moyennant laquelle un fief a été aliéné, change de main par vente ou acte équipollent à vente, le quint eſt dû par l'acquéreur, du prix de cette rente fonciere ; encore une fois, elle repréſente le fief ; ſa vente doit donc faire ouverture au droit de quint, ſi ſa formention en a été exempte.

Voyez l'art. 87 de la coutume : Dupleſſis, des cenſives, pag. 101 & 102, où après avoir examiné très-au-long cette queſtion, il conclut que l'art. 87 doit avoir lieu pour les fiefs comme pour les cenſives. Ne ſeroit-il pas plus juſte de dire, comme les auteurs des notes, page 99, que la création d'une telle rente eſt démembrement prohibé par rapport au fief ? cela applaniroit ſur ce bien des difficultés, & ſeroit très-analogique. Voyez Loyſel, livre 4, tome 2, rég. 9 ; les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, tit. 11.

XXVII. Lorſque le fief chargé d'une rente fonciere, eſt vendu à la charge d'icelle, l'acquereur ne paye pas le quint du capital de cette rente ; mais ſeulement du ſurplus de ſon prix, ſi ſurplus il y a : c'eſt ſuite de ce que deſſus.

Dumoulin ſur l'art. 83 de la nouvelle coutume, gloſ. 1. Mais auſſi lorſque telle rente eſt vendue ou tranſportée, il en eſt dû le quint au ſeigneur ; ce qui s'établit par les dernieres citations faites ſur la propoſition précédente, & ce qui conſerve les droits du ſeigneur.

XXVIII. Sans cela la dation à rente fourniroit au ſeigneur de fief, deux objets ſuſceptibles du droit de quint au lieu d'un, puiſque la rente y eſt ſujette ; ce qu'on ne peut admettre ; il faut donc ſe tenir à la diviſion ci-deſſus, & à ſon effet.

Dupleſſis, traité des fiefs, livre 3, chapitre unique, pag. 30 & 31, ſemble dire le contraire, & aſſujettir l'acquéreur à payer les droits au ſeigneur, non-ſeulement à proportion des deniers par lui payés, mais même du montant de la rente dont il a été chargé, ce qui ne peut s'entendre que dans le cas que le vendeur auroit été obligé à fournir & faire valoir la rente, & qu'il auroit aſſujetti l'acquéreur à cet engagement ; auquel cas la rente ſeroit autant perſonnelle que réelle.

DISTINCTION V.

Si le déguerpiſſement du fief pris à rente fonciere, ſi la réſolution du contrat de vente font ouverture à ce droit.

(Art. 79 de la coutume.)

XXIX. Lorſque le déguerpiſſement eſt fait légitimement & ſans fraude, le droit de quint n'eſt pas dû, c'eſt réſolution du contrat de dation à rente, par un droit réſultant du contrat même ; laquelle par conſéquent ne peut faire ouverture à ce droit.

Loyſeau, du déguerpiſſement, livre 6, ch. 5, num. 10 & 11, page 759. Sur la queſtion de ſavoir ſi la réſiliation d'un contrat de vente fait ouverture au droit de quint, voyez la derniere propoſition de cette diſtinction, & ci-après le chapitre du droit de lods & ventes, du titre des cenſives ; & ſur celle de ſavoir s'il y a répétition du droit payé au ſeigneur lorſqu'il ne lui étoit pas dû, voyez l'arrêt du 11 février 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal

des audiences, liv. 7, ch. 8, page 16 ; lors duquel M. l'avocat général établit la distinction qui est pour ce décisive ; si le droit a été payé par erreur de fait, il y a répétition contre le seigneur, mais non si le payement lui a été fait par une erreur de droit.

XXX. Mais si le déguerpissement étoit frauduleux & qu'il fût dans la réalité, une convention par le moyen de laquelle le bailleur à rente rentroit dans la propriété de son fief, en ce cas le bailleur doit payer au seigneur le quint de la rente ; c'est vraie vente & l'extinction de la rente en est le prix ; mais une telle fraude est difficile à prouver.

Voyez Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 91.

XXXI. La résolution du contrat de vente ne fait point ouverture à ce droit, si la résolution se fait pour une cause ancienne & inhérente au contrat ; mais elle y fait ouverture si elle se fait pour une cause nouvelle : tel est sur ce le principe général : on le développera ci-après ; il suffit ici de poser le principe.

Dupleſſis, traité des cenſives, pag. 97 & pag. 101 & 102. Voyez ci-après le traité des cenſives.

DISTINCTION VI.

Que le droit de quint eſt dû pour adjudication d'un fief.

(Art. 83 de la coutume).

XXXII. L'adjudication d'un fief étant une vente d'icelui, produit droit de quint en faveur du seigneur ; c'est en effet vente judiciaire ; acte qui par conséquent fait ouverture à ce droit

Mais si l'adjudication étoit annullée par un vice radical, par exemple, s'il s'agissoit de biens de mineurs, & que les formalités n'eussent pas été observées, non-seulement le quint ne seroit pas dû, mais il seroit à répéter s'il avoit été payé ; Henrys, tome 2, liv. 4, quest. 53. En effet, en ce cas plus de vraie mutation, & c'est résolution de l'adjudication jusques dans sa racine : c'est exception qui confirme la proposition que l'article 83 de la coutume fonde. Voyez les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, titre 11, article 22.

XXXIII. Ce droit est à la charge de l'adjudicataire comme de tout autre acquéreur qui le doit au seigneur, & non le vendeur ; mais la nouvelle adjudication à la folle enchere n'ouvre pas un double droit ; c'est une adjudication entée sur l'autre, & dont une seule opére par rapport au droit du seigneur.

Dans le cas qu'il y a nouvelle adjudication faite à la folle enchere d'un premier adjudicataire qui n'a pas consigné, il n'est pas dû double droit de quint au seigneur, mais seulement le droit du montant de la premiere adjudication, & le nouvel adjudicataire n'est tenu de ce droit qu'à proportion du prix de son adjudication, le surplus, si le surplus y a, se prend sur la consignation, sauf l'action & la répétition contre le premier adjudicataire. Voyez Henrys, tom. 2, liv. 3, quest. 10.

XXXIV. De cette régle que l'adjudicataire doit le quint au seigneur, il faut excepter l'héritier bénéficiaire, auquel seroit adjugé un fief dépendant de la succession, qui pour cette adjudication ne doit aucun droit ; c'est juste exception à la régle qu'on vient de poser, étant censé posséder toujours comme héritier, qualité qui l'affranchit de ce droit ; en effet, il n'y a pas le moindre vuide dans sa possession ; la même continue sous les charges de droit.

Cela est établi ci-dessus & sur la distinction 2 de la section qui suit ; c'est continuité de sa possession.

XXXV. L'adjudicataire cédant son droit avant d'avoir pris possession, il n'est dû aucun droit pour cette cession ; mais je crois qu'il faudroit encore que la déclaration n'eût pas été faite à son profit, ou du moins que la sienne soit faite incontinent ; en un mot, qu'il fut prouvé que l'adjudicataire n'étoit qu'un simple mandataire agissant pour un autre.

Lapeyrere, lettre V, décision 11, page 250 ; c'est déclaration qui opere son effet relativement au seigneur, pourvu qu'elle soit faite, *tempore, congruo*, ce que l'usage fixe dans les trois jours.

DISTINCTION VII.

Quand l'adjudication ſur décret volontaire produit droit de quint, & n'en produit pas.

(Art. 84 de la coutume).

XXXVI. L'acquéreur qui a fait volontairement décreter le fief & qui se l'est fait adjuger pour le même prix que celui porté par son contrat d'acquisition, ne doit aucun droit de quint pour cette adjudication ; ce n'est que la réitération publique de son titre ; ce n'est qu'une seule & même mutation ; il ne doit donc pas en ce cas y avoir deux droits, le decret ne fait que la confirmer.

Voyez l'art. 84 de la coutume. Dumoulin, sur le sentiment duquel cet article a été ajouté, l'avoit ainsi pensé sur l'article 56 de l'ancienne coutume ; cet affranchissement naissoit de principes inconteſtables. Voyez Loysel, livre 4, tome 2, régle 10 : les arrêtés faits chez M. le président de Lamoignon, titre 11, article 26, & la proposition suivante.

XXXVII. En effet, ce n'est qu'un seul & même titre, le décret n'étant que la confirmation du contrat ; il ne fait donc ouverture à aucun droit seigneurial, & par conséquent tout se réduit à un seul droit, qui est celui du contrat.

Voyez le titre des cenſives, où pour ſuivre l'ordre naturel des matieres, on a été obligé de reprendre les mêmes principes; ſur quoi il eſt encore à propos d'obſerver que le droit appartient au fermier qui avoit le bail lors du contrat, & non à celui qui l'avoit lors de l'adjudication. Dupleſſis, page 96; ce qui eſt inconteſtable, puiſque le droit eſt acquis au premier.

XXXVIII. Mais ſi le décret de volontaire étoit devenu forcé, le ſeigneur a droit en rendant le quint à lui payé, ſuivant le contrat, d'exiger le quint de l'adjudication, qui eſt le vrai prix de la mutation & l'objet de ſon droit; c'eſt équitable & légitime diſtinction, par laquelle on a conſervé ſon droit.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; voyez Dupleſſis, traité des cenſives, livre 2, ch. 2, ſect. 1, page 95, où il eſtime qu'en ce cas il eſt dû double droit au ſeigneur; le même auteur, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit; Brodeau a été de même ſentiment. Il paroît plus juſte de ſuivre en ce cas la diſpoſition de l'art. 79, & tel eſt le ſentiment de le Maître, pag. 111 & 112; & c'eſt ſur ces dernieres autorités que la propoſition a été formée; & en effet pourquoi payeroit-on deux droits de quint, lorſque l'acquiſition n'a été faite que ſous une condition qui devoit la conſommer, & qui ne s'eſt pas enſuivie? Cela me paroît déterminant & lever toute difficulté; mais le droit augmente, parce qu'on ne peut pas dire d'un tel décret comme de l'autre, que qui *confirmat nihil dat, ſed tantum datum ſignificat.*

XXXIX. De ce que deſſus, il réſulte que quoique le décret, de volontaire ſoit devenu forcé, il n'eſt dû qu'un ſeul droit de quint au ſeigneur, tant pour le contrat de vente qui ſe trouve anéanti que pour l'adjudication, ſauf ſon option ſur l'un & ſur l'autre; voilà en ce cas à quoi ſe réduit, ſuivant l'eſprit de la coutume, le droit du ſeigneur.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 3, ch. unique, à la fin, page 30; & le Maître, à la page qu'on vient de citer.

DISTINCTION VIII.

Si l'adjudication d'un fief ſur le délaiſſement par hypothéque d'icelui, produit droit de quint,

(Art. 79 de la coutume).

XL. Lorſque l'acquéreur d'un fief pourſuivi en déclaration d'hypothéque, l'a délaiſſé par hypothéque, & que ſur ce délaiſſement il eſt adjugé, il n'eſt pas dû au ſeigneur double droit de quint, l'un pour le contrat que le délaiſſement par hypothéque a anéanti, l'autre pour l'adjudication; cela ſeroit injuſte, & il ne lui eſt dû qu'un ſeul droit qu'on va expliquer: il n'y a toujours dant la réalité qu'une ſeule mutation dont la ſeconde purifie la premiere qui s'eſt anéantie par une cauſe antécédente.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 33 de la coutume, num. 5; Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 91. Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 7, depuis le num. 16 juſqu'à la fin du chapitre, page 166.

XLI. Cependant l'adjudicataire doit ce droit, mais il le doit à l'acquéreur qui a délaiſſé, qui en ce cas, eſt légalement ſubrogé aux droits du ſeigneur, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

Art. 79 de la coutume; Dupleſſis, page 30. Voyez le même auteur, des cenſives, page 94, où il obſerve que quoique l'art. 79 paroiſſe limité aux héritages tenus à cens, il a néanmoins lieu pour les fiefs, ce qui me paroît très-juſte, & en effet nulle différence entre l'un & l'autre cas. Pourquoi donc en admettroit-on une? Le même principe, la même équité, y décident également.

XLII. Toutefois ſi le prix de l'adjudication étoit plus fort que le prix du contrat, le ſeigneur en rendant à l'acquéreur qui a delaiſſé par hipotéque le droit qu'il lui a payé, peut ſe faire payer par l'adjudicataire, ſuivant le montant de l'adjudication; c'eſt elle qui fait la mutation, & c'eſt l'objet du ſeigneur; option qui conſerve tous ſes droits.

Voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 5, num. 10 & ſuivans.

XLIII. De ce que deſſus il réſulte, comme dans la précédente diſtinction, qu'il n'eſt dû qu'un ſeul droit au ſeigneur, ſauf l'option qui a formé la propoſition précédente.

Dupleſſis, à la page citée ſur l'avant derniere propoſition.

SECTION IV.

Des actes qui en apparence équipollent à vente, & qui néanmoins ne produiſent pas le droit de quint.

DISTINCTION PREMIERE.

Du partage entre co-héritiers.

XLIV. Quoique par le partage fait entre cohéritiers, le ſeul fief dépendant de la ſucceſſion à partager, & dans lequel tous les héritiers avoient leur part, ſoit échu à un ſeul, il n'eſt dû pour ce aucun droit au ſeigneur; c'eſt plus fixation que tranſlation de propriété, qui d'ailleurs eſt inévitable, ce qui a conduit avec juſtice à l'affranchiſſement.

L'art. 282 de la coutume d'Anjou, dit, *ſi l'on fait partage, les uns des cohéritiers donnant retour d'argent aux autres, n'y a ni vente ni retrait*; ce qui forme un droit commun dans le royaume. Mais y ayant nombre d'héritiers, par exemple, ſix, & ſans autre partage, l'un faiſant ceſſion aux cinq autres de ſa portion héréditaire moyennant une rente viagere montant au double du produit de ſa portion, le droit ne ſeroit-il pas dû au ſeigneur? la rigueur des principes ſemble le lui donner, parce que ce

n'eſt pas là un partage qui les faſſe tous ſortir des l'embarras de l'indiviſion ; mais la défaveur des droits ſeigneuriaux, la faveur au contraire qu'on attache aux arrangemens de famille, le lui dénient.

XLV. Cette exemption eſt fondée ſur ce que cet acte eſt plus de néceſſité que de volonté, & plutôt déclaratif de la propriété que tranſlatif d'icelle, tout partage ayant effet rétroactif au jour de l'ouverture de la ſucceſſion ; tels ſont les fondemens de la propoſition précédente, qui eſt de droit commun.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 3, chap. unique, pag. 30 ; & en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſection 1, page 91.

XLVI. Ce que deſſus auroit lieu, encore que celui auquel le fief eſt échu eût fait foulte en deniers aux autres, c'eſt toujours partage & liquidation néceſſaire, & par conſéquent qui ne peut faire ouverture à aucun droit au profit du ſeigneur, & même dans le cas de la ceſſion, lorſque le tout eſt liquidé.

Cette exemption favorable va plus loin : ſi de deux héritiers, l'un céde à l'autre tous ſes droits ſucceſſifs moyennant une certaine ſomme, il n'eſt dû aucun droit au ſeigneur, encore que par l'acte on eût mis un prix à chaque immeuble, c'eſt toujours partage, le premier acte entre cohéritiers étant réputé tel. Arrêt du 15 décembre 1648, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 37 ; à plus forte raiſon, la ſimple foulte, comme on l'a déja vu, ne peut ſuivant l'art. 282 de la coutume d'Anjou, ci deſſus citée, faire ouverture au droit de quint. Arrêt du 24 juillet 1670, rapporté dans la cinquieme partie journal du palais, pag. 416. Voyez Dupleſſis, pag. 91 ; cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet ; & c'eſt droit commun.

DISTINCTION II.

Que l'abandonnement fait à l'un des héritiers d'un fief, pour le remplir de ce qui lui eſt dû, ou à la charge de payer les dettes de la ſucceſſion, ne fait ouverture à ce droit.

XLVII. Dans l'un & dans l'autre cas, le quint n'eſt pas dû au ſeigneur, pourvu que cela ſoit fait par le partage ; c'eſt toujours liquidation de droits héréditaires ; liquidation juſtement affranchie des droits ſeigneuriaux, parce qu'elle eſt inévitable ; ce qui influe ſur le droit de lods & ventes, comme on le verra dans ſon ordre.

Les arrêts cités ſur la derniere propoſition de la diſtinction précédente, fondent cette propoſition. Voyez Dupleſſis, page 90, & la propoſition qui ſuit.

XLVIII. Ce droit n'eſt pas dû dans le premier cas, parce que l'héritier qui, par le partage, accepte un fief pour ſe remplir de ce qui lui étoit dû par la ſucceſſion, avoit droit dans ce fief, en ſa qualité d'héritier, & que ſon lot, quoique plus fort, n'eſt toujours qu'un lot de partage ; ſa plus value étant balancée par l'extinction de ſa dette ; & dans le ſecond cas par la charge des dettes, parce que cette charge ne peut pas plus opérer qu'une ſoulte ; ce qu'on développe par la propoſition qui ſuit, & ce qui milite pour l'héritier bénéficiaire qui ſe rend adjudicataire.

L'adjudication du fief à l'héritier bénéficiaire, pour le remplir de ſes créances, ne fait pareillement ouverture à aucuns droits. Voyez les deux arrêts rapportés dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 130 & 145 ; & le Maître, pag. 49 & 50 : autorités qui confirme la propoſition.

XLIX. Suivons ce que deſſus. Il n'eſt pas dû dans le ſecond cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il eſt chargé d'acquitter toutes les dettes, parce que c'eſt toujours partage & arrangement de famille, & tout auſſi favorable que lorſque l'héritier conſent l'extinction de ſa propre dette ; l'un & l'autre cas ſe régle donc par le même principe.

Voyez Lapeyrere, let. V, déciſion 17, page 522 ; ſur quoi on peut obſerver que la tranſaction ſans mutation de poſſeſſeur, ne fait point ouverture au droit de quint, par rapport aux fiefs, comme elle ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes, par rapport aux cenſives ; mais la tranſaction feroit ouverture à ces droits, ſi elle opéroit mutation de poſſeſſeur. Voyez Dumoulin, ſur Paris, art. 78, gloſ. 3, num. 15, & ſuivans ; Brodeau ſur Louet, let. T, ch. 5, num. 2 ; les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, titre 12. art. 48.

DISTINCTION III.

Que la licitation quoiqu'équipollente à vente n'y fait pas ouverture.

(Art. 80 de la coutume.)

L. La licitation entre cohéritiers ne fait pas ouverture à ce droit ; elle eſt regardée avec raiſon comme un partage, & par conſéquent juſtement affranchie des droits ſeigneuriaux ; c'en eſt un partiaire, à la vérité, s'il n'eſt pas général.

Voyez l'arrêt du 23 décembre 1640, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, livre 3, ch. 35 ; cela a lieu, quoique des étrangers ayent été admis à ſurencherir : Louet, let. L, ſommaire 9 ; & en effet, lorſque la choſe n'a pu ſe diviſer, c'eſt un vrai partage ; mais ſauf le droit du ſeigneur contre l'adjudicataire étranger.

LI. Mais pour cela il faut qu'il ſoit conſtant que le fief n'a pu être partagé, autrement le droit ſeroit dû au ſeigneur, ſi telle licitation s'étoit faite entre copropriétaires étrangers, mais non entre cohéritiers, qui peuvent diviſer à leur gré.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, pag. 92 au commencement ; & telle eſt ſur ce, la juriſprudence du châtelet.

LII.

LII. Cette exemption auroit lieu, encore que la licitation eût été faite à l'amiable; c'eſt toujours une eſpece de partage, dès qu'il eſt conſtant que la choſe n'a pu ſe diviſer; la forme doit devenir indifférente; c'eſt le fond qui doit décider.

Voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, chap. 37 : & Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 91.

LIII. Celle faite entre étrangers, ne fait, de même que la licitation faite entre cohéritiers ou parens, aucune ouverture à ce droit; ce qui ne s'entend qu'avec la limitation qui ſuit: mais entre cohéritiers, la licitation eſt regardée comme un partage, entre les autres, la néceſſité ſeule l'affranchit, & ne l'affranchit qu'avec la limitation qui ſuit.

Lapeyrere, & les auteurs qu'il cite, lettre V, déciſion 5, pag. 518 : Dupleſſis, page 92 : & les notes, page 93 & 94; & cela a été ainſi jugé par ſentence rendue au parc-civil, le 21 août 1715, plaidant Foreſtier & Gueret. Cependant, pluſieurs attachent une limitation à la propoſition, qui eſt que l'exemption n'a lieu que lorſque l'adjudicataire par licitation, auroit pu retraire par retrait lignager les portions dont il s'eſt rendu adjudicataire, ſi elles avoient été vendues par contrat volontaire: ce qu'on examine ſur le titre des cenſives, & qu'on abrége ici pour éviter des répétitions.

LIV. Cependant ſi un étranger acquéroit une portion, & qu'enſuite ſur la licitation il ſe rendît adjudicataire du total fief, il doit le quint des portions qu'il acquiert par cette derniere voie; autrement ce ſeroit fraude au droit du ſeigneur; & c'eſt par ce payement qu'on écarte exactement cette fraude.

Arrêt du 30 mars 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 14, page 349. Voyez Dupleſſis, & les auteurs des notes ſur ſon commentaire, pag. 92, 93 & 94, & la propoſition qui ſuit.

LV. En effet, tel procédé n'eſt qu'un voile à la fraude qu'on a voulu faire au ſeigneur, d'où il faut conclure, qu'en ce cas, le droit lui eſt dû.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet.

LVI. Mais, ſi après le partage un héritier vendoit ſa part à un cohéritier, le droit ſeroit dû; ce n'eſt plus alors ni partage ni licitation, mais vraie vente.

D'Argentré, ſur l'article 73 de la coutume de Bretagne, art. 420, dit : *Si quis poſt diviſionem factam, & portione pro diviſo traditâ, portionem ſuam vendat, ſive ei qui cohæres fuit, ſive extraneo laudimia debet, hic enim non portionem rei communis vendit*, & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

DISTINCTION IV.

Si la vente d'une coupe de bois de haute-futaie fait ouverture à ce droit.

LVII. Telle vente ne fait pas ouverture à ce droit, c'eſt vente de ſuperficie qui laiſſe ſubſiſter le fonds; ce qui s'entend auſſi de toutes ventes de fruits pendans par les racines.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 12, page 520 : & tel eſt l'uſage fondé ſur l'article 92 de la coutume; c'eſt un droit commun, c'eſt la diſpoſition de l'article 412 de la coutume d'Anjou, de l'art. 413 de celle du Maine, & de l'art. 187 de celle de Touraine. Voyez Dumoulin ſur l'art. 78 de la coutume de Paris, gloſ. premiere, nº. 191; d'Argentré, *de laudimiis*, chapitre 28; Galand, du franc-aleu, chap. 10, & Salvaing, de l'uſage des fiefs, chap. 83.

LVIII. Mais ſi enſuite l'acheteur de la coupe de bois, acquiert le fonds, le quint eſt dû du tout; c'eſt fraude, dont il faut ainſi faire ceſſer l'effet.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 3, ch. unique, page 30, vers le milieu, & la propoſition ſuivante; enſemble les dernieres citations ſur la propoſition précédente.

LIX. Ce droit eſt dû en ce cas, parce que c'eſt fraude, & qu'il eſt viſible qu'on n'a diviſé la vente en deux actes, que pour affoiblir le droit du ſeigneur, qui de ſa nature, s'étend ſur la ſuperficie, ainſi que ſur le fond, lorſqu'ils ſont vendus conjointement.

Sur les autres mutations, & notamment ſur celle de ſavoir ſi la réſiliation de la vente qui ſeroit faite par une cauſe ancienne, donne aucune ouverture au droit de quint, il faut voir le chapitre des lods & ventes du titre ci-après des cenſives. Sur les ouvertures de quint ci-deſſus expliqués, il faut obſerver que ce droit appartient au fermier qui exploitoit lors de la mutation. Voyez ci-devant le chapitre du relief, & ci-après celui des lods & ventes; c'eſt droit commun, c'eſt droit acquis.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES PERSONNES EXEMPTES DES DROITS DE RELIEF ET DE QUINT, A L'ÉGARD DES FIEFS MOUVANS DU ROI.

SECTION PREMIERE.

QUELES SONT CES PERSONNES.

I. LES chevaliers de l'ordre du Saint-Esprit, ceux de Saint Michel jouiſſent de cette exemption par un privilége que le Roi a attaché à leur qualité; ce qui ne s'entend que des fiefs mouvans du Roi, & non des autres.

Voyez les édits de création de ces ordres; leur effet a été étendu à meſſieurs du parlement par édit du mois de novembre 1694.

II. Les ſécretaires du Roi ont pareil privilége; c'eſt grace du Roi en leur faveur, & non ceſſion de ſes droits; mais qui ne milite que pour les fiefs relevans de Sa Majeſté.

Sur les priviléges des ſécrétaires du Roi, voyez Louet, lettre S, num. 19: ils ſont même exempts de droits ſeigneuriaux pour les héritages qu'ils acquiérent dans la mouvance & cenſive des évêchés & archevêchés vacans en régale; arrêt du 7 juin 1666 rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 6. Voyez ſur ces mêmes priviléges l'arrêt rendu contre le ſieur Touchot, ſécrétaire du Roi, & rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 373, qui fonde la derniere partie de la propoſition.

III. Meſſieurs du parlement & de la chambre des comptes jouiſſent de ce même privilége.

Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 1, page 87; le Maître, page 48. Voyez l'édit de 1694 qu'on vient de citer: il a été étendu à meſſieurs de la chambre des comptes, & aux tréſoriers de france par des édits poſtérieurs.

IV. Pluſieurs autres officiers étant gratifiés de cette exemption, en jouiſſent pareillement.

Voyez Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 3, chapitre unique, page 30, & le Maître page 48.

SECTION II.

Sur quels fiefs ce privilége a lieu.

V. Il a lieu ſur tous les fiefs mouvans du Roi, non ſur ceux mouvans d'autres ſeigneurs, aux droits deſquels S. M. n'a pas entendu faire de préjudice.

Les autorités citées ſur la ſection précédente fondent cette propoſition.

VI. Il s'étend ſur les apanages des enfans de France, & milite contre l'apanagiſte & contre l'engagiſte, qui n'ont pas un droit perpétuel incommutable.

Voyez le Maître, page 48; Louet, lettre S, num. 19; le journal des audiences, tome premier, liv 3, chap. 60, & tome 2, liv. 8, chapitre 11.

VII. Ce privilége a pareillement lieu, par rapport aux fiefs mouvans des reines douairieres. La raiſon de cette extenſion eſt que dans ce cas, comme dans les deux précédens, les fiefs dominans ſont des aliénations du domaine, qui doivent y retourner dans certains cas; ce qui fonde quant à ce, l'exemption.

Dupleſſis, ſur les fiefs, page 30, & ſon traité ſur les cenſives.

VIII. Cette exemption a pareillement lieu pour les fiefs acquis par les privilégiés dans la mouvance des évêchés & archevêchés vacans en régale, les fruits de ces bénéfices étant réputés domaniaux; & par conſéquent en ce cas l'acquéreur étant privilégié, eſt exempt de droits.

Le Maître, des fiefs, page 48; Louet, lettre S, num. 19. Voyez la note ſur la ſeconde propoſition de la ſection précédente.

IX. Si le privilégié eſt évincé par le retrait, il ne peut prétendre le droit ſeigneurial, dont ſa qualité l'affranchiſſoit; c'eſt, comme on l'a dit, privilége perſonnel, & non ceſſion des droits; ce qui eſt d'autant plus certain, que le retrait opere une ſubrogation, qui a un effet retroactif; effet qui eſt tel, que le rétrayant, par la conſommation de ſon retrait, eſt réputé avoir acquis immédiatement du vendeur.

Voyez ci-après le titre du retrait lignager, & la note ajoutée au commentaire de le Maître, pag. 48 & 49; l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 373.

CHAPITRE HUITIEME.

DES DROITS DE RELIEF ET DE QUINT CONSIDÉRÉS RELATIVEMENT AUX USUFRUITIERS.

SECTION PREMIERE.

QUAND CES DROITS APPARTIENNENT A L'USUFRUITIER OU AU FERMIER DU FIEF DOMINANT.

(Article 2 de la Coutume.)

I. CES droits appartiennent à l'uſufruitier, lorſqu'ils ſe ſont ouverts pendant ſon uſufruit; ils ſont partie du produit, & par conſequent ils doivent entrer dans l'uſufruit; c'eſt une de ſes ſuites; nulle raiſon ne les en diſtrait.

Cela réſulte évidemment de l'article 2 de la Coutume. Voyez la propoſition qui ſuit.

II. En effet, ces profits de fiefs, ſont partie des fruits, que l'uſufruitier doit faire ſiens, dès qu'ils s'ouvrent pendant ſon uſufruit; ces droits doivent donc lui appartenir. Tel eſt le principe qui regle l'étendue d'un uſufruit, qui influe ſur le fruit civil comme ſur le naturel.

Ces profits, ces droits, *ſunt in fructu*, dit Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 5, ch. 7, ſect. 1, page 55.

III. De-là il s'enſuit que le retard du payement de ces droits ne préjudicie pas à l'uſufruitier; il lui ſuffit que le droit lui ſoit acquis pendant ſon uſufruit; le retard dans le payement ne peut l'affoiblir, comme il ne pouvoit l'augmenter. En effet, pour déterminer ſi ces droits appartiennent à l'uſufruitier ou au propriétaire, c'eſt le temps de l'ouverture, non celui du payement qu'il faut conſidérer; c'eſt ce premier tems, qui ſur cela décide; ce qui n'influe pas ſur la confiſcation, qui a ſes regles particuliéres; c'eſt une portion qui ſe réunit à ſon tout.

Mais la confiſcation arrivée par la félonie ou le déſaveu du vaſſal, n'appartient pas à l'uſufruitier; Dumoulin, ſur l'article premier de la coutume, gloſ. 1, num. 54 & ſuivans. Guy Pape, queſt. 477; mais il a droit de jouir du fief confiſqué; c'eſt ſuite de ſon uſufruit: Dumoulin, ſur l'article qu'on vient de citer, num. 62. Voilà quant à ce à quoi ſe réduit l'effet de l'uſufruit.

IV. De ce que deſſus, il réſulte que ces droits appartiennent au fermier, dès que la mutation qui y a fait ouverture, eſt arrivée pendant ſon bail, & que ſon bail embraſſe ces droits.

Cela eſt établi ſur le titre des cenſives, & telle eſt la juriſprudence, fondée ſur l'effet que le bail & l'ouverture du droit produiſent.

SECTION II.

Si l'ouverture de ces droits influe ſur l'uſufruitier du fief ſervant.

(Art. 40 & 46 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Que l'uſufruitier en eſt exempt, la mutation n'étant pas de ſon chef.

V. Lorſque le fief ſervant appartient à l'un en propriété, & à un autre en uſufruit, & qu'il arrive mutation dans la propriété d'un tel fief, qui fait ouverture au droit de relief, ou à celui de quint, en faveur du Seigneur, tels droits ne ſont pas à la charge de l'uſufruitier; ce ſeroit injuſtice que de les faire tomber ſur lui, un fait qui lui eſt étranger les fait naître.

Ainſi jugé par les arrêts rapportés par Louet, lettre V, num. 9. Dumoulin, dont l'opinion quant à ce n'eſt pas ſuivie, avoit dit, *uſufructuarius, ſicut & alia onera realia tenetur agnoſcere*; ce qu'il limitoit aux aliénations involontaires: mais dans l'un comme dans l'autre cas, l'équité lui en procure la décharge, ainſi que le véritable eſprit de la loi. Voyez le Maître, page 38.

VI. Cependant le ſeigneur peut exercer ſon hypothéque légal ſur le fief, ſauf la garantie de l'uſufruitier contre le propriétaire, l'uſufruit ne pouvant affoiblir cette hypothéque, que la coutume donne au ſeigneur, toute abſtraction faite du poſſeſſeur.

Voyez le chapitre 10 ci-après, où cette hypothéque eſt établie, & elle eſt inconteſtable, étant fondée ſur l'article 24 de la coutume, & c'eſt droit commun dans le royaume.

VII. Mais il ne peut, au préjudice d'un uſufruitier, lorſque la mutation n'eſt pas de ſon chef, prendre le relief en nature, l'uſufruit ayant du moins autant d'effet qu'un bail; dernier acte, qui, aux termes de la coutume, eſt ſuffiſant pour écarter le relief

en nature, & à plus forte raiſon, un droit d'uſufruit doit-il le faire.

Cela a été établi ci-deſſus par rapport au bail, chapitre du relief.

VIII. Dans tous les cas où ces droits s'ouvrent en faveur du ſeigneur, par une mutation qui arrive dans la propriété du fief, l'uſufruitier d'icelui en doit être acquité par celui auquel la propriété du fief appartient; c'eſt la charge du dernier & non de l'autre; c'eſt charge du fond, de l'hypothéque de laquelle le débiteur perſonnel doit garantir le poſſeſſeur.

Dumoulin a fait ſur ce une diſtinction des mutations volontaires & des mutations forcées, comme on l'a déja remarqué; mais la faveur eſt égale pour l'uſufruitier dans l'un & l'autre cas. Voyez ci-deſſus la ſection 6 du deuxieme chapitre de ce titre, & les autorités qui y ſont rapportées.

DISTINCTION II.

Des cas privilégiés eſquels l'uſufruitier ne doit pas le relief, quoique la mutation ſoit de ſon chef.

(Art. 35, 36 & 40 de la coutume.)

IX. Quoique la ſimple mutation dans la poſſeſſion du fief, faſſe ouverture au droit de relief, comme on l'a établi précédemment, il y a pluſieurs cas privilégiés eſquels celui qui acquiert l'uſufruit d'un fief, eſt exempt du relief. 1o. On a déja vu que la femme, pour ſon premier mariage, ne doit aucun relief; premiere exemption par rapport à l'uſufruit, qu'une juſte faveur fonde, & qui milite pour les autres cas qu'on va expliquer, mais non pour un ſecond mariage.

Voyez l'article 35 de la coutume; le Maître, des fiefs, page 39; & cela eſt établi dans le chapitre du relief: l'ordre veut qu'on en faſſe mention ici.

X. On a vu que le donateur d'un fief, qui s'en réſerve l'uſufruit ne doit pour ce, aucun relief; c'eſt autant de moins de compris dans ſa donation; ſeconde exemption relativement à l'uſufruit.

C'eſt *minus datum*; la premiere inveſtiture reſte par conſéquent pour ce dans ſa force.

XI. Le gardien, noble ou bourgeois, quoiqu'il faſſe les fruits ſiens du fief de ſes enfans, ne doit pour ce aucun droit de relief; troiſieme exemption par rapport à l'uſufruit; c'eſt une eſpece de tutelle gratuite.

Art. 46 de la Coutume; le Maître, des fiefs, page 39, & la propoſition qui ſuit.

XII. En effet, c'eſt un bailliſte qui ne jouit que ſous certaines charges, pour & au nom de ſes mineurs, & dont la jouiſſance eſt momentanée; c'eſt donc une juſte & juridique exemption.

Voyez le titre de la garde où cela eſt établi; c'eſt le ſiege de cette matiere.

XIII. La douairiere coutumiere qui jouit d'un fief à ce titre, ne doit aucun relief; quatrieme exemption quant à l'uſufruitier: c'eſt droit légal, c'eſt droit en ſoi très favorable.

Art. 40 de la coutume, & la propoſition qui ſuit.

XIV. Cet affranchiſſement eſt fondé ſur la faveur d'une telle jouiſſance, qui eſt une dette que l'héritier du mari doit acquiter, & qu'on doit regarder comme une fixation d'alimens,

Dupleſſis, des fiefs, livre 5, chap. 7, ſect. 2, page 57.

XV. Mais cette exemption n'auroit pas lieu en faveur de la veuve, ſi le douaire étoit ſans retour; parce que le douaire ſeroit en ce cas une véritable donation, pour laquelle ſeroit dû relief, & dont la veuve ſeroit débitrice perſonnelle; donation qui produit entiere mutation, & par conſéquent fait ouverture au droit de relief; tel n'étant pas le douaire que la coutume affranchit de ce droit.

Voyez ci-deſſus, où il eſt établi que la donation fait ouverture à ce droit; ce qui eſt inconteſtable.

XVI. Le ſurvivant des conjoints, donataire mutuel, & qui jouit à ce titre du fief conquêt de communauté, ne doit aucun relief: cinquieme exemption quant à l'uſufruitier; c'eſt modification favorable du droit de communauté.

Ce que Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 92, dit au ſujet du partage des biens de la communauté, établit cette propoſition. En effet, il eſt coacquéreur, & le payement qu'il a fait du droit auquel ſon acquiſition a donné lieu, influe ſur le don mutuel comme condition ou réſerve de ſon acquiſition; c'eſt encore une fois modification du droit de communauté.

DISTINCTION III.

Quand l'uſufruitier doit le relief.

SUBDIVISION PREMIERE.

Qu'il le doit lorſqu'il acquiert l'uſufruit du propriétaire du fief.

XVII. Celui qui acquiert l'uſufruit d'un fief, doit le relief au ſeigneur pour cette acquiſition; premier cas où l'uſufruitier doit ce droit: la mutation dans la ſimple jouiſſance y faiſant ouverture, à l'exception des cas qu'on vient d'expliquer, & qu'une juſte faveur a fait exempter.

Voyez la diſtinction 13 de la cinquieme ſection du chapitre do relief; Dupleſſis, page 29 & 30, qui fait dépendre la réſolution de cette queſtion

des principes du démembrement prohibé de fief. Dumoulin, ſur l'art. 33 de la coutume *in verbis* (droit de relief) num. 158, a dit que pour ce il n'étoit dû aucun droit de relief, *ſi quis vendit vel donat uſumfructum fundi ſui; certum eſt ex hoc nullum debere relevium.* Mais l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, page 19, n'a jugé cet affranchiſſement que pour un héritage tenu à cens, par rapport auquel la mutation dans la poſſeſſion ne fait ouverture à aucun droit ſeigneurial, ce qui eſt différent par rapport à un fief. Cela me paroît ainſi; mais ſi la prohibition de démembrer ne doit point porter atteinte à un tel acte, il faut s'en tenir à la propoſition, plus conforme à l'eſprit de la coutume que le ſentiment de Dumoulin.

XVIII. Si l'acquéreur d'un tel uſufruit le céde à un autre, il n'eſt dû pour cette ceſſion aucun droit de relief, le droit eſt payé; le doubler ſeroit rigueur contraire aux principes; & c'eſt en ce cas que doit s'appliquer le ſentiment de Dumoulin.

Il n'en ſeroit pas de même de la ceſſion d'un bail emphytéotique fait à autre qu'au bailleur; le relief ſeroit dû pour telle ceſſion de jouiſſance qui n'eſt pas limitée à la vie d'un ſeul homme: Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 4, page 36, & la propoſition qui ſuit.

XIX. En effet, l'uſufruit pour raiſon duquel le Seigneur a été payé, réſide toujours ſur la tête de celui, qui le premier a acquis le fief à vie, & le droit lui a été payé pour ce; il ne peut donc en ce cas exiger un ſecond droit, & de-là il s'enſuit que ſi celui qui a acquis le bail à vie d'un fief, céde le reſtant de ſon uſufruit en faveur du propriétaire, il n'eſt dû pour ce déſiſtement ou extinction d'uſufruit, aucun droit au ſeigneur; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus. Tout le droit, pour la jouiſſance du premier pendant ſa vie, a été payé, & de plus l'autre eſt toujours reſté propriétaire du fond.

Telle eſt l'opinion commune: il n'en ſetoit pas même dû pour la réverſion d'un bail emphytéotique fait par le preneur au bailleur avant la fin d'icelui; Dupleſſis, des fiefs, liv. 4, ch. 4, page 36, ce qui prouve la propoſition par rapport à un ſimple uſufruit à vie.

XX. Mais ſi la jouiſſance ou l'uſufruit d'un fief étoit pour un tems déterminé, la ceſſion que le premier feroit du reſtant du tems de ſa jouiſſance à une tierce perſonne, & non au propriétaire, feroit ouverture au droit de relief; ſecond cas dans lequel l'uſufruitier doit ce droit.

Il eſt établi ci-deſſus que la ſimple mutation dans la jouiſſance du fief fait ouverture à ce droit; le premier mariage de la propriétaire du fief excepté, par la faveur qu'il mérite, & les autres cas expliqués. Voyez la propoſition qui ſuit.

XXI. La raiſon qui fonde la propoſition précédente, eſt que ſes héritiers, s'ils étoient collateraux, devroient eux-mêmes pour ce, le droit de relief, s'ils trouvoient ce droit de jouiſſance dans la ſucceſſion du défunt; d'où il s'enſuit qu'un acquéreur le doit à plus forte raiſon.

Il eſt établi ci-deſſus que la ſucceſſion collatérale fait ouverture au relief, ce qui eſt inconteſtable, & même quant à la ſimple jouiſſance.

XXII. Mais ſi dans ce même cas d'une jouiſſance d'un fief, déterminée pour un certain tems, celui qui avoit le droit de cette jouiſſance, en cédoit le reſtant au propriétaire du fief, cette ceſſion ou extinction n'ouvriroit aucun droit de relief au ſeigneur; tout rentre dans ſon premier état, & le ſeigneur a été ſervi pour l'uſufruit, dans lequel ſeul il y a eu mutation.

On peut appliquer à cet égard ce que dit Dupleſſis, page 90, au ſujet des baux emphytéotiques: cela réſulte de la quatrieme propoſition ci-deſſus, & ce que le même auteur dit page 36; & en conclure qu'en ce cas il n'eſt dû aucun droit. En effet, cela eſt fondé ſur ce que par cette extinction il ne ſe fait aucun changement, ni dans la propriété ni dans la poſſeſſion; celui qui profite de cette extinction par anticipation étant reſté vaſſal, & ayant conſervé la propriété du fief; qualité qui l'affranchit ſûrement d'un nouveau droit.

SUBDIVISION II.

S'il eſt dû double droit de relief au ſeigneur, lorſque par un même acte de libéralité l'un acquiert l'uſufruit, & l'autre la propriété d'un fief.

XXIII. Lorſque par une même donation ou par un teſtament, un donateur donne, ou un teſtateur légue la propriété de ſon fief à l'un, & l'uſufruit à l'autre, il n'eſt dû pour ce, qu'un ſeul droit de relief au ſeigneur, & non deux; l'un pour celui qui eſt gratifié de la propriété, & l'autre pour celui qui eſt gratifié de l'uſufruit; parce que la mutation ne ſe fait que ſur un ſeul & même objet, & que celle qui arrive ſur cet objet, tant dans la propriété que dans la poſſeſſion, ſe conſomme dans un même point de tems, comme on l'a déja obſervé ci-devant, & qu'il eſt à propos d'approfondir ici, ou ce même point de tems décide.

Voyez Dumoulin ſur l'art. 33, num. 158.

XXIV. Pour le payement de ce ſeul droit de relief, l'une & l'autre de ces perſonnes gratifiées, contribuent à proportion; proportion qu'on va expliquer, & qui eſt l'effet de l'eſpece de ſociété qu'une telle diſpoſition forme entr'eux, dans laquelle le paſſif doit ſuivre l'actif.

Cette propoſition & la précédente ont été formées ſur l'opinion commune, & ſur l'eſprit de la coutume qui rend le droit réel.

XXV. Pour rendre cette contribution vraiment arithmétique, celui qui eſt gratifié de l'uſufruit du fief, doit avancer le droit de relief; mais auſſi-tôt la ceſſation de l'uſufruit, celui qui eſt gratifié de la propriété, doit rendre tout le montant de ce droit aux

héritiers du donataire ou légataire de l'uſufruit; par ce moyen on ſuit arithmétiquement le principe contenu dans l'article 334 de la coutume : le fond porte la charge du fond, le fruit celle du fruit.

Voyez le titre de l'uſufruit & celui du don mutuel.

XXVI. Les trois propoſitions précédentes, s'appliquent auſſi dans le cas, que par un acte de commerce, comme le contrat de vente, l'acquiſition ſe fait conjointement par deux perſonnes, que l'une acquiert la propriété, & que l'autre acquiert l'uſufruit d'un fief; c'eſt le même principe qui doit décider ce cas, & le précédent.

Voyez Dumoulin au num. cité ſur la premiere propoſition de cette ſubdiviſion. On a déja fait quelqu'unes de ces obſervations par rapport au ſeigneur : on les fait ici relativement à ce que l'uſufruit en doit ſupporter, & relativement à de tels nouveaux acquéreurs.

CHAPITRE NEUVIEME.

DU DROIT DE PATRONAGE, DE LA NOMINATION AUX OFFICES, ET DES DROITS HONORIFIQUES CONSIDÉRÉS PAR RAPPORT AUX USUFRUITIERS.

SECTION PREMIERE.

QU'ILS JOUISSENT DU DROIT DE PATRONAGE, ET QU'ILS PEUVENT NOMMER AUX OFFICES.

I. LE droit de patronage étant attaché à un fief, celui qui a l'uſufruit de ce fief, jouit de ce droit; c'eſt acceſſoire, c'eſt dépendance de ſon uſufruit : ce droit y eſt donc compris; c'eſt eſpece de droit civil s'il n'eſt fruit naturel.

Dumoulin, ſur l'art. 55 de la coutume, gloſ. 10. *Collatio & preſentatio ſunt in fructu*, & la propoſition qui ſuit.

II. En effet, outre que ce droit eſt une dépendance du fief, ce droit ne conſiſte que dans une préſentation qui ne s'affoiblit pas pour l'avenir, par l'exercice qu'en fait l'uſufruitier; d'où il réſulte conſéquemment qu'il en doit jouir, puiſque tel droit au fond reſte toujours au propriétaire.

Voyez Dumoulin à l'endroit qu'on vient de citer.

III. Lorſqu'un office dépendant du fief, devient vacant pendant la durée de l'uſufruit, l'uſufruitier peut y nommer; c'eſt ſuite de ce que deſſus, c'eſt ſuite du même principe; l'uſufruit embraſſe toute jouiſſance, & cela en eſt une.

Voyez Dumoulin à la gloſe citée ſur la premiere propoſition de cette ſection; ce qu'il y dit s'applique naturellement ici.

IV. Mais il ne peut accorder des proviſions à l'officier qu'il nomme; ce droit n'eſt pas dans ſa qualité. Il n'a pas cette capacité, parce que cet acte a trait à l'avenir, & influant ſur la propriété, n'appartient qu'au ſeul propriétaire du fief; ce qui conſerve les droits de l'un & de l'autre, & ce qui ſe doit toujours obſerver relativement à un uſufruitier.

Loyſeau, des offices, liv. 5, chap. 2, nº 18, page 280.

V. Cependant par la nomination de l'uſufruitier, le propriétaire du fief eſt obligé d'accorder des proviſions à la perſonne nommée par l'uſufruitier, s'il n'y a contr'elle cauſe légitime de refus; & ſans cela, ſon droit de nomination ſe réduiroit à rien, & il doit être efficace.

S'il les refuſe, celui qui eſt nommé par l'uſufruitier peut demander au juge, auquel la réception appartient, qu'il ſoit reçu & inſtallé dans l'office; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 2, num. 20, page 286.

☞ La maxime établie par cette ſection que l'uſufruitier d'un fief a droit de nommer aux offices & aux bénéfices vacans, n'eſt pas généralement adoptée. Voyez d'Argentré; Chopin, du domaine; Maréchal, des droits honorifiques, & d'Hericourt, traité de la vente des immeubles : tous ces auteurs penſent que la nomination aux offices & bénéfices appartient au propriétaire & non à l'uſufruitier.

Il y a même un arrêt rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, le 8 mai 1760, entre le marquis de Neſle & ſes créanciers, adjudicataires de l'uſufruit de ſes biens, par lequel il a été jugé que la nomination aux offices des juſtices du marquiſat de Neſle, appartenoit au marquis de Neſle, propriétaire grevé de ſubſtitution de cette terre, & non à ſes créanciers, quoiqu'adjudicataires de l'uſufruit.

SECTION II.

Si l'uſufruitier jouit des droits honorifiques, & profite de ceux de juſtice.

VI. L'uſufruitier n'a pas indiſtinctement la jouiſſance des droits honorifiques ; ce qu'on va expliquer par la diſtinction qui a lieu ſur cela : il ne peut en jouir à l'excluſion du ſeigneur, ni a ſon préjudice ; ce ſeroit excéder ſon droit que d'en priver le propriétaire ; mais il en jouit lorſque ſa jouiſſance ne porte aucun préjudice à ce dernier.

Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, chap. 11, page 59 : & Maréchal.

VII. De-là il s'enſuit qu'il ne peut en jouir, lorſque le propriétaire eſt ſur les lieux ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente, parce qu'en ce cas il lui préjudicieroit, ce que l'uſufruitier ne peut faire.

Tel eſt l'uſage. En effet, ces droits ſont perſonnels de leur nature, & ne peuvent par conſéquent être regardés comme fruits du fief, quand il s'agit d'en jouir contre le propriétaire même. Voyez Maréchal en ſon traité des droits honorifiques.

VIII. Mais lorſque le propriétaire n'eſt pas ſur le lieu, l'uſufruitier jouit des droits honorifiques; il repréſente le premier; repréſentation qui fonde cette jouiſſance, & c'eſt le cas dans lequel elle lui appartient, avec d'autant plus de raiſon, que par-là il conſerve les droits du propriétaire.

C'eſt encore ce qui s'obſerve dans l'uſage, ſuivant les autorités ci-deſſus rapportées, qui ſont communes à cette propoſition.

IX. L'uſufruitier profite de tous les droits de juſtice, qui ſe ſont ouverts pendant ſon uſufruit, ſans que ſes héritiers ſoient obligés de les rendre après la ceſſation de l'uſufruit ; ainſi le fief ou l'héritage confiſqué pour crime, appartient à l'uſufruitier ; c'eſt fruit, quoique fruit caſuel.

Brodeau, ſur l'art. 83, num. 24; Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, page 65.

X. Il n'en ſeroit pas de même ſi la confiſcation avoit eu pour motif la félonie ou le déſaveu du vaſſal ; en ce cas, l'uſufruitier n'auroit que l'uſufruit du fief ainſi confiſqué, qui ſe réuniroit à la propriété du fief dominant, & ſujet à un uſufruit.

L'injure eſt faite au propriétaire. Voyez ci-après le chapitre de la confiſcation pour félonie, où cela eſt établi.

CHAPITRE DIXIEME.

DES ACTIONS DES SEIGNEURS, POUR SE FAIRE PAYER DE LEURS DROITS DE RELIEF ET DE QUINT.

SECTION PREMIERE.

QUAND ET CONTRE QUI CES ACTIONS ONT LIEU.

I. LE ſeigneur n'étant pas payé de ces droits à lui dûs, a outre la voie de ſaiſir féodalement le fief mouvant de lui, l'action perſonnelle contre ſon vaſſal, dont la mutation a fait ouverture à ſes droits ; c'eſt cette action qu'on va expliquer ici ; & c'eſt ainſi que la coutume a pourvu à aſſurer les droits qu'elle a établi par la perſonnalité qu'on examine ici, par la réalité qui formera la matiere du chapitre ſuivant.

Dupleſſis, traité des fiefs, livre 4, chapitre 5, page 42.

II. Il a même pour les droits de mutations antérieures, une action contre ſon vaſſal actuel ; mais cette action n'eſt que celle en déclaration d'hypothéque, comme on le verra dans le chapitre qui ſuit ; ainſi, il a l'une & l'autre action perſonnelle & hypothécaire : preuve de cette prévoyante ſageſſe de la loi municipale.

Henrys, tome 2, livre 3, queſt. 18 ; Dupleſſis, au chapitre cité ſur la propoſition précédente.

III. Pour ces anciens droits, il n'a pas d'abord la voie de la ſaiſie féodale, à moins que le fief ne ſoit ouvert, faute de devoirs rendus, ou de droits préſens non payés, auquel cas il peut ſaiſir féodalement pour le tout ; hors ce cas, il n'a pour ce que l'action hypothécaire : ſuite de cette même ſageſſe ; cependant dans l'autre cas n'y a-t-il pas trop de rigueur ?

Dumoulin, ſur l'art. 54 de l'ancienne coutume, num. 28, paroît de cet avis, & telle eſt la juriſprudence du châtelet ; c'eſt l'eſprit de la coutume.

IV. Dans la théſe générale, pour ces anciens droits, le ſeigneur n'a contre ſon vaſſal actuel, que la voie de l'aſſigner en déclaration d'hypothéque, comme détempteur du

fief, qui eſt ſon gage; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Dumoulin, ſur l'article 77 de la coutume, num. 28, dit, *neque enim perſonali actione conveniri poteſt ad laudimia predeceſſorum.* Voyez auſſi Baſſet, tome 2, liv. 3, tit. 11, ch. 1.

V. Le vaſſal ne déguerpiſſant pas la condamnation, quoique prononcée pour d'anciens droits, dont il n'eſt pas débiteur perſonnel, peut être exécutée ſur tous ſes biens, il n'a que l'option, ou de céder ou de payer; c'eſt l'effet d'une telle condamnation.

Cependant pour le droit de relief qui eſt dû pour le ſecond mariage de la femme, Dumoulin, ſur l'art. 37 de la nouvelle coutume, num. 7 & ſuivant, eſtime que la femme ayant renoncée à la communauté, ne peut être pourſuivie pour ce droit, même par action hypothécaire, ce qui peut ſouffrir beaucoup de difficulté, puiſque toute abſtraction faite de la nature de la mutation, la coutume, art. 24, dit, *que pour les anciens droits le ſeigneur ſe peut prendre à la choſe*, & il me paroît que c'eſt à cette diſpoſition qu'il faut ſe tenir.

VI. Suivons la précédente propoſition, le vaſſal condamné hypothécairement, n'eſt pas plus favorable que tout autre détempteur d'un immeuble hypothéqué, & l'hypothéque légale du ſeigneur, dont il ſera traité dans le chapitre qui ſuit, a autant d'effet que l'hypothéque conventionnelle; celle-la va même plus loin, car elle emporte un privilége, qui eſt celui du bailleur de fonds.

Par cette hypothéque le ſeigneur prime toute autre créancier; c'eſt la diſpoſition de l'art. 358 de la coutume. Voyez dans le livre dernier le chapitre des ordres & de la diſtribution du prix des immeubles.

SECTION II.

De la ſubrogation légale du vaſſal qui paye d'anciens droits, & quand l'action hypothécaire du ſeigneur ceſſe.

VII. Le vaſſal qui paye d'anciens droits de relief ou de quint au ſeigneur, eſt légalement ſubrogé aux droits & à l'hypothéque du ſeigneur; laquelle ſubrogation, il peut faire valoir contre tout créancier, le ſeigneur excepté; cette ſubrogation, eſt commune à tout détempteur; l'équité & les principes la fondent.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet.

VIII. Cette ſubrogation lui eſt ainſi acquiſe, comme elle l'eſt à tout détempteur, qui eſt obligé par la force de l'hypothéque, d'acquiter des dettes de ſes auteurs; c'eſt ſubrogation légale; ce qu'on établit dans ſon ordre & qui eſt ſouverainement équitable.

Cela eſt établi ſur le titre des ſubrogations, & voyez de Renuſſon, en ſon traité de la ſubrogation.

IX. Si le ſeigneur avoit reçu ſon précédent vaſſal en foi, ſans réſerve ni proteſtation pour le payement de ces anciens droits, il n'a plus d'action pour ces mêmes droits contre ſon nouveau vaſſal, & ſon action eſt reſtrainte contre ceux qui doivent perſonnellement ces droits; ainſi en ce cas, ſon hypothéque légale eſt effacée: anéantiſſement d'hypothéque, qui réſulte de ſon propre fait, & contre lequel il ne peut ſe replier au préjudice de ſon nouveau vaſſal.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 5, page 43 de l'édition de 1709, atteſte que telle eſt l'opinion commune des docteurs françois. En effet, il y a en ce cas de la part du ſeigneur novation entiere & expreſſe.

X. De-là il s'enſuit, à plus forte raiſon, que ſi le ſeigneur a reçu le dernier vaſſal, ſans réſerve des droits de la précédente mutation, il n'a plus d'action pour ce droit contre ſon nouveau vaſſal, ni d'hypothéque légale ſur le fief, qui réfléchiroit contre ce dernier; c'eſt encore novation marquée.

Dupleſſis, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, dit que telle action eſt remiſe au vaſſal par le ſilence du ſeigneur.

XI. Mais le ſeigneur en réſervant ces droits par les actes de foi, conſerve ſon action hypothécaire contre le vaſſal actuel; il ne peut y avoir novation où il y a réſerve expreſſe.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; elle a ſa baſe dans la diſpoſition de la loi derniere, au code *de novationibus & delegationibus.*

XII. A l'égard du droit de lods & ventes, la réception du cens n'y fait aucun obſtacle; cette réception eſt limitée à ſon objet, au lieu que la réception de foi, emporte la reconnoiſſance du vaſſal; la différence eſt entiere.

Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, livre 2, ch. 1, page 87.

CHAPITRE

CHAPITRE ONZIEME.

DE L'HYPOTHEQUE LÉGALE DU SEIGNEUR, SUR LE FIEF MOUVANT DE LUI, POUR SE FAIRE PAYER DE SES DROITS DE RELIEF ET DE QUINT.

SECTION PREMIERE.

DES EFFETS DE CETTE HYPOTHEQUE ET DE CE QUI LA FONDE.

(Art. 24 de la coutume.)

I. OUTRE l'action perſonnelle contre le vaſſal, pour les droits de ſa propre mutation, le ſeigneur a ſur les fiefs mouvans de lui, une hypothéque légale, ce qui réſulte du chapitre précédent; c'eſt de cette hypothéque dont il reſte à développer les effets.

L'art. 24 lui donne cette hypothéque, & le 358 fonde ſon privilege; Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 5, page 42.

II. Cette hypothéque a lieu pour les anciens droits, comme on l'a vu par le chapitre précédent, comme pour ceux dûs à cauſe de la derniere mutation, ſans cela elle ſeroit preſque ſans effet.

Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 18; & au même tome, liv. 5, queſt. 57.

III. Cette hypothéque l'emporte ſur toutes les autres; c'eſt la condition de la conceſſion; elle doit donc produire cet effet, elle a pour baſe le droit du bailleur.

Le Maître, en ſon traité des criées, chap. 41; c'eſt la diſpoſition de l'art. 358.

IV. En vertu de cette hypothéque légale, le ſeigneur prime tous les créanciers de ſon vaſſal & les créanciers de ſes auteurs; c'eſt ce qui réſulte de ſa qualité de premier bailleur de fonds, qui lui donne ce privilége.

Arrêt du 3 Août 1678, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, page 188, par lequel la cour a jugé que le ſeigneur, pour un droit ancien de quint à lui dû, devoit être payé par préférence aux créanciers du vendeur, quoiqu'antérieurs à la vente, pour raiſon de laquelle le droit de quint lui étoit dû; à plus forte raiſon ce privilége a-t-il lieu pour le droit que la derniere mutation a ouvert.

V. On a dit que ce privilége étoit fondé ſur la qualité de bailleur de fonds; en effet, tout ce qui eſt dans la mouvance d'un ſeigneur vient originairement de ſa main, & il ne l'a mis hors ſa main que ſous certaines charges, pour l'acquittement deſquelles il a le privilége de bailleur.

Cependant, comme on l'a déja vu ci-deſſus, cette hypothéque légale n'a pas lieu pour le droit de relief dû pour le ſecond mariage de la femme; pour raiſon duquel, en cas de renonciation de ſa part à la communauté, elle ne peut être pourſuivie par le ſeigneur, ſuivant le ſentiment de Dumoulin ſur l'art. 37 de la nouvelle coutume, & de Pontanus ſur la coutume de Blois, tit. 6, art. 85; ce qui me paroît contraire à l'art. 24 de la coutume, ainſi que je l'ai déja obſervé; par conſéquent cette opinion ne doit pas limiter la propoſition.

VI. Le titre de cette hypothéque légale eſt la coutume, il n'en faut pas d'autre au ſeigneur, ſa diſpoſition pour cela ſupplée à la perte du titre exprès; c'eſt dans cette vue que la coutume a renfermé ces droits dans ſes diſpoſitions.

Dupleſſis, traité des fiefs, pag. 42.

VII. Mais comme on l'a déja dit, par rapport à l'action perſonnelle, cette hypothéque légale pour les anciens droits, ceſſeroit ſi le ſeigneur avoit reçu ſon nouveau vaſſal en foi ſans aucune réſerve: ſon propre fait fonde cette décharge.

Voyez Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 5, page 43: il atteſte que telle eſt l'opinion commune des docteurs françois, ſauf l'action du ſeigneur contre les débiteurs perſonnels, laquelle ne peut s'effacer que par la preſcription de trente ans, entre âges & non privilégiés.

SECTION II.

Des bornes de cette hypothéque, & que le vaſſal s'affranchit des anciens droits en déguerpiſſant le fief.

VIII. Quoique le vaſſal ſoit condamné, comme détempteur, à payer les anciens droits au ſeigneur, quoique le vaſſal ne déguerpiſſe pas le fief, & que par-là, la condamnation devienne perſonnelle contre lui; cependant dans ce cas même, le ſeigneur ne peut exécuter d'abord la condamnation qu'il a obtenu, que ſur le fief mouvant de lui; mais c'eſt ſimple forme qui n'affoiblit en rien au fond le droit du ſeigneur.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 5, page 43.

IX. La raiſon de ce eſt qu'il n'a d'action vraiment perſonnelle contre ſon vaſſal, que pour le droit de ſa mutation, & que pour les droits des mutations précédentes ; ſon action eſt limitée ſur le fief mouvant de lui ; c'eſt donc ſur cet objet qu'il doit d'abord ſe venger, ſauf l'exécution ſur les autres biens lorſqu'il y a condamnation.

Cela réſulte de l'art. 24. Voyez Dupleſſis à la page citée ſur la propoſition précédente.

X. De-là il s'enſuit que le ſeigneur pour ſes anciens droits, ne peut ſe pourvoir que par ſaiſie-réelle du fief ou par la ſaiſie des fruits pendants par les racines ſur icelui; mais s'il y a contumace affectée, le vaſſal, faute de déguerpir, peut être exécuté dans ſes autres biens, comme tout autre détempteur ; c'eſt le juſte effet de ſa contumace & de la condamnation contre lui prononcée.

Ce n'eſt qu'avec cette limitation qu'on doit entendre la premiere propoſition, & le ſentiment de Dupleſſis qui y eſt cité.

XI. Le vaſſal s'affranchit de l'action pour les anciens droits en déguerpiſſant le fief ; l'action n'eſt que hypothécaire, & le déguerpiſſement efface cette action : il a donc cette voie de libération comme tout autre détempteur ; c'eſt action réelle, & qui n'eſt perſonnelle que par la poſſeſſion.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet, fondée ſur ce que cette action ſe preſcrivant de ſa part par dix ans entre préſens, comme on le va voir dans la ſection qui ſuit, cette action ne peut être perſonnelle que tant que le vaſſal poſſede le gage du ſeigneur, & tel eſt le ſentiment de Dupleſſis, page 43.

XII. En effet, l'action principale du ſeigneur, eſt l'hypothécaire, & la perſonnelle n'eſt qu'acceſſoire ; le déguerpiſſement l'efface donc.

C'eſt principalement ſur cette maxime qu'eſt fondée la juriſprudence atteſtée ſur la propoſition précédente.

SECTION III.

Quand cette hypothéque ceſſe, & quand elle n'a lieu.

XIII. Cette action hypothécaire du ſeigneur pour ſes anciens droits, ſe preſcrit par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens ; ainſi, une telle poſſeſſion l'efface ; c'eſt le juſte effet d'une preſcription favorable, dont le ſeigneur, libre d'agir, ne peut être plus exempt qu'un autre.

Sentence de la chambre du domaine du mois de février 1707. Voyez les auteurs de notes ſur Dupleſſis, page 43, édition de 1709.

XIV. Il eſt des cas privilégiés eſquels cette hypothéque légale du ſeigneur n'a pas lieu, indépendemment de toute preſcription ; en effet, lorſque le fief fait partie du temporel d'un bénéfice, le ſeigneur pour ſes anciens droits n'a pas cette hypothéque ſur le fief, & ſon action eſt reſtrainte ſur les biens de ceux qui en ſont les débiteurs perſonnels ; c'eſt exception à la régle, mais cette régle ne ſeroit-elle pas contraire au droit des fiefs? en effet, pourquoi faire prédominer l'incapacité accidentele, pour aliéner d'un tel poſſeſſeur, ſur les droits du ſeigneur, antérieurs à cette incapacité.

Voyez le livre 1, où il eſt parlé de l'incapacité des eccléſiaſtiques d'aliéner ou hypothéquer le bien de l'égliſe, & M. Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 55, num. 4, page 102.

XV. En effet, le bien & l'ordre public, ſont la loi ſuprême, & le bénéficier eſt obligé d'acquitter les charges de ſon bénéfice ; autrement celui qui lui ſuccéderoit au bénéfice, ſe trouveroit privé des fruits d'icelui par le fait de ſes prédéceſſeurs ; ce qui ne peut être. Pourquoi le ſeigneur n'agiſſoit-il pas? il eſt juſte que ſa négligence retombe ſur lui ; mais ſon hypothéque doit avoir lieu, ſi nulle négligence ne peut lui être impu tée.

Cela ne s'entend qu'avec la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit.

XVI. Il y a plus, ſi le ſeigneur avoit fait ſaiſir féodalement du tems du titulaire ſon débiteur, & que ſa ſaiſie fût ſubſiſtante lors du changement de titulaire ; en ce cas, ſon hypothéque légale ſur ce fief, & toutes ſes actions pour ce, ſubſiſteroient dans tout leur entier ; en effet, en ce cas, ayant fait tout ce qui étoit en lui, on ne pourroit lui imputer aucune négligence ; & par conſéquent, ſon droit ſubſiſte dans toute ſon étendue.

Telle eſt l'opinion commune ; & la moindre pourſuite ſur ce, mais ſubſiſtante lors du décès, eſt ſuffiſante.

SECONDE PARTIE DES FIEFS.

DES DROITS LEGAUX MIXTES, EN PARTIE UTILES, EN PARTIE HONORIFIQUES.

CHAPITRE PREMIER.

DU RETRAIT FÉODAL.

SECTION PREMIERE.

DE L'ORIGINE DE CE DROIT, DE SON EFFET, ET A QUEL SEIGNEUR IL APPARTIENT.

(Article 20 de la coutume.)

I. LE ſeigneur a droit de retraire : ce droit de retrait féodal, eſt fondé ſur ce que, dans l'origine, les ſeigneurs n'ont mis les fiefs hors leurs mains, que ſous la condition de les retirer en cas de vente; c'eſt cette condition adoptée par la coutume, qui eſt la baſe de ce droit, qui ne milite pas relativement aux héritages tenus à cens.

C'eſt donc la vente ou acte équipollent à vente qui y font ouverture. Voyez Louet, lettre R, num. 26.

II. Pour ce la coutume tient lieu de titre au ſeigneur, & ſa diſpoſition ſur cela vaut tout enſemble, & comme ſtatut, & comme convention; en effet, elle a les deux qualités, la loi l'ordonnant comme choſe originairement convenue.

Brodeau, ſur l'art. 20, num. 5.

III. Son effet eſt de ſubroger le ſeigneur, lorſqu'il y a vente à la place de l'acquéreur, & de faire paſſer dans ſa perſonne, le droit réſultant du contrat de vente; tel eſt l'effet du retrait féodal.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 1, page 60.

IV. Ce droit n'appartient qu'au ſeigneur immédiat & non au ſuzerain; autrement il opéreroit confuſion.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 2.

SECTION II.

De la nature de ce droit & qu'il eſt ceſſible.

V. Ce droit eſt ceſſible, même par les ſeigneurs eccléſiaſtiques, car il eſt regardé comme un fruit : qualité qui le rend ceſſible.

Dumoulin, dans ſon traité des fiefs, §. 20, gloſ. 1, queſt. 1. Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 334, critique cette qualité de ceſſible. Le Maître, page 77, la juſtifie. Voyez Dupleſſis, page 61 : elle eſt adoptée au châtelet, & l'uſage la rend inconteſtable. Voyez ſur cette qualité Loyſel, des retraits, liv. 7; l'art. 399 de la coutume d'Anjou, & l'art. 429 de celle du Mans.

☞ Les ſeigneurs eccléſiaſtiques ont toujours eu le droit de jouir du retrait féodal juſqu'à l'édit de 1749 : mais l'article 25 de cet édit leur en a ôté la faculté, en ces termes : « Les gens de » main-morte ne pourront exercer à l'avenir au- » cune action en retrait féodal ou ſeigneurial, à » peine de nullité; à l'effet de quoi avons dérogé » & dérogeons à toutes loix, coutumes ou uſages » qui pourroient être à ce contraires. » Cependant les bénéficiers peuvent céder cette action en retrait, parce qu'ils ont, comme tous les autres ſeigneurs de fiefs, la faculté de ſe choiſir des vaſſaux, que l'édit ne leur ôte point; & c'eſt ſur ce motif que, par Arrêt rendu en la grand'chambre, au rapport de M. Paſquier, le 13 août 1762, la cour a admis le retrait féodal exercé par le ceſſionnaire d'un commandeur de Malte. Voyez Denifart & Lacombe, *verbo* retrait féodal; ils citent l'un & l'autre cet arrêt.

VI. De-là il s'enſuit que le fermier qui a ce droit par ſon bail, peut l'exercer; c'eſt la conſéquence qui réſulte de cette qualité : le bail, en ce cas, opérant la ceſſion d'icelui.

Voyez l'art. 410 de la coutume du Maine.

VII. La ceſſion de ce droit, quoique faite avant la vente, n'en eſt pas moins bonne que celle après; c'eſt la nature de ce droit & non ſon échéance, qui le rend ceſſible; mais ſi la ceſſion n'étoit que des droits de la premiere mutation d'un certain fief, le ceſſionnaire n'auroit pas droit d'exercer le retrait féodal; il en faut ceſſion expreſſe.

Telle eſt la juriſprudence fondée ſur ce que ce ſeroit ajouter à la ceſſion. Voyez l'arrêt rapporté

dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 11, page 55.

VIII. Auſſi, ſi la ceſſion ne comprenoit que le droit de retrait féodal, le ſeigneur doit être payé des droits de la premiere mutation, ſoit par l'acquéreur s'il n'eſt pas évincé, ſoit par le ceſſionnaire s'il exerce le retrait féodal, parce qu'on ne peut ajouter à la ceſſion, & l'étendre au-delà de ſes termes.

Voyez Dupleſſis, ſur le retrait féodal.

SECTION III.

Si le retrait féodal peut être exercé par un uſufruitier.

IX. L'uſufruitier du fief dominant, peut exercer le retrait féodal ſur le fief mouvant de celui dont il a l'uſufruit; mais ce retrait n'a que l'effet qu'on va expliquer : effet limité qui conſerve tous les juſtes intérêts de l'uſufruitier & du propriétaire.

Dumoulin, ſur l'article 20, gloſ. 1, num. 33; le Maître, page 75; ce qui ne s'entend qu'avec la limitation qui ſuit.

X. Mais après la ceſſation de l'uſufruit, celui auquel retourne le fief dominant, peut retirer des mains de l'héritier de l'uſufruitier, le fief que l'uſufruitier avoit retiré féodalement; autrement l'uſufruit auroit donné atteinte au fonds.

Dumoulin, au nombre cité ſur la propoſition précédente & ſur l'art. 13, gloſ. 1, num. 34.

XI. Pour cela il doit lui rendre, non-ſeulement ce qui a été rembourſé à l'acquéreur évincé, mais le droit qui étoit dû de la mutation ſur laquelle le retrait féodal a été fait, & par-là chacun eſt conſervé dans tous ſes droits.

Voyez le Maître, des fiefs, ch. 6, page 75 & 76.

XII. La raiſon de ce eſt que ce droit appartient & doit profiter à l'uſufruitier ou à ſa ſucceſſion, faiſant partie de l'uſufruit : ce droit doit donc en ce cas lui être payé; ce qui influe ſur le mari.

Un mari peut exercer un retrait féodal mouvant d'un fief appartenant à ſa femme; Dumoulin, ſur l'art. 20, gloſ 1, num. 47.

XIII. Les engagiſtes peuvent exercer le retrait féodal; mais pour ce il leur faut des lettres-patentes, ſi la vente ou l'engagement ne porte pas une ſtipulation expreſſe de ce droit.

Ces lettres ne ſeroient plus néceſſaires, ſi dans la vente le droit du retrait féodal étoit compris; Brodeau, ſur l'art. 20 de la coutume, num. 8. Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 2.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 25 avril 1761, rapporté par Jacquet, en ſon traité des fiefs, page 293. Il confirme la maxime qu'un engagiſte qui n'eſt point propriétaire, ne peut intenter l'action en retrait féodal, que dans le cas où la faculté lui en a été accordée par ſon contrat d'engagement.

XIV. Les engagiſtes reſtent propriétaires des fiefs par eux retirés, quoique le roi par la ſuite, ſoit rentre dans ſon domaine; mais en ce cas ils tiennent ces fiefs mouvans du roi, ſa directe étant inaliénable.

C'eſt le ſentiment du compilateur des commentaires ſur la coutume de Paris, & celui de le Maître, tit. des fiefs, chap. 6, page 74.

SECTION IV.

Si le droit de retrait féodal, ſe diviſe entre les co-propriétaires du fief dominant, & ſi l'acquiſition de l'acquéreur peut être ſincopée.

XV. Ce droit étant réel, celui qui eſt propriétaire pour un quart du fief dominant peut exercer le retrait féodal pour un quart, ſauf le droit de l'acquéreur.

Le Maître, des fiefs, ch. 6, page 76.

XVI. Cela a lieu, encore que les autres co-propriétaires ne veulent l'intenter, & ce avec la limitation qui ſuit.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 2, page 60.

XVII. Mais en ce cas l'acquéreur a le droit d'abandonner tout le fief, & de forcer le retrayant partiaire féodalement, de retirer le tout, & de lui rembourſer le tout, parce que ſa condition ne peut être changée contre ſon gré; ce qui s'entend dans le cas d'une même mouvance, & non dans celui de la diverſité : cependant, dans ce dernier cas, ne pourroit-on pas dire que le droit du ſeigneur, qui ne milite vraiment que ſur ce qui releve de ſon fief, ne peut être affoibli par la vente qu'on fait par un même acte, d'objets qui ne ſont pas dans ſa mouvance, avec l'objet qui y eſt? Cela eſt conforme au droit des fiefs, mais auſſi cela ſeroit contraire à l'équité, en changeant totalement la condition de l'acquéreur; c'eſt cependant au premier ſentiment qu'il faut s'arrêter, comme on le verra par la ſection qui ſuit.

Dumoulin, ſur l'art. 20, gloſ. 1, num. 51 : c'eſt auſſi le ſentiment de Dupleſſis, à la page indiquée ſur la propoſition précédente, & de le Maître, page 76. Voyez ſur la ſeconde partie de la propoſition, Loyſel, du retrait, régle 35 & 36; Coquille, queſt. 189, & Louet & Brodeau, lettre R, chap. 25, & la ſection qui ſuit.

XVIII. Dans ce même cas, ce ſeigneur, qui n'eſt ſeigneur que pour partie, doit payer à ſes co-ſeigneurs leur part & leur portion dans le droit de la mutation, ſur laquelle ſon retrait féodal eſt exercé; il ne peut nuire

à ſes co-ſeigneurs ; il leur doit donc ce rembourſement ; ſon droit étant limité à une portion, & ne s'étendant au-delà que par l'option, & pour l'intérêt de l'acquéreur.

Dumoulin, à la gloſe citée ſur la propoſition précédente, num. 53, & le Maître, à la page citée ſur la même propoſition.

SECTION V.

Pour quelles parts le retrait féodal a lieu, lorſque l'acquéreur par un même contrat a acquis des fiefs relevans de différens ſeigneurs.

XIX. Dans ce cas, chacun des ſeigneurs dominans, n'eſt obligé de retirer que le fief mouvant de lui : c'eſt la condition que l'acquéreur s'eſt fait à lui-même par la diverſité des mouvances ; autrement on tomberoit dans la confuſion des mouvances.

Dumoulin, dans ſon traité des fiefs, §. 55, & ſur l'art. 20 de la coutume, qui eſt le treizieme de l'ancienne, où il reprend Guy Pape, qui avoit ſoutenu l'opinion contraire, où il dit, *illa opinio Guidonis Papæ eſt prorſus irrationabilis* ; d'où il conclut qu'en ce cas il faut faire ventilation du prix total ; ventilation qui en ce cas eſt inévitable, & c'eſt le ſeul moyen d'exécuter la diſpoſition de la coutume.

XX. L'acquéreur en ce même cas n'eſt pas recevable à offrir d'abandonner le tout ; il ne peut confondre la diverſité des mouvances qu'il a reconnu, ce qui eſt déciſif : il n'en eſt pas de même par rapport à pluſieurs co-propriétaires d'un même fief, dont l'un voudroit ne retirer qu'une portion du fief mouvant de celui dont il n'eſt propriétaire que pour partie ; c'eſt en ce cas que le retrayant féodalement ne peut changer la condition de l'acquéreur, ſi l'acquéreur le veut ainſi, parce qu'en ce cas, il n'y a plus de confuſion de mouvance ; c'eſt une même loi qui régle, & qui doit régler.

Voyez les autorités ſur la propoſition qui ſuit ; elles ſont communes à celle-ci.

XXI. Cela eſt fondé ſur ce que la réunion faite par un même contrat de pluſieurs objets, relevans de pluſieurs & divers ſeigneurs, ne peut rien changer au droit du ſeigneur qui eſt réel, & qui ne frappe que celui des objets qui eſt dans ſa mouvance : tels ſont les fondemens principaux de cette juriſprudence.

Arrêt du 14 juin 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 11. Voyez le journal du palais, neuvieme partie, page 424 ; Brodeau, ſur l'art. 20, num. 10 ; Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 7, chap. 2, page 61, & le Maître, ſur le même titre, page 77.

SECTION VI.

Si ce retrait peut avoir lieu pour un ſeul fief, lorſque par un même contrat, l'acquéreur en a acquis pluſieurs, relevans d'un même ſeigneur.

XXII. Dans ce cas, le ſeigneur n'eſt pas obligé de retirer tous les fiefs, quoique mouvans de lui, il peut borner ſon retrait à un ſeul fief, & inveſtir l'acquéreur pour les autres ; la réunion de pluſieurs n'eſt point ſon fait, & ne peut lui nuire ; ce qui fonde ſon droit de diviſion : c'eſt la coutume qui lui tient lieu de titre primitif à cet égard.

C'eſt le ſentiment de Brodeau, ſur l'art. 20, num. 25, & de Dupleſſis, page 61 ; de le Maître, page 77. Voyez la propoſition qui ſuit.

XXIII. En effet, la réunion de ces fiefs dans une même main, & que le ſeigneur avoit mis hors la ſienne en différens tems, ne doit pas rendre l'exercice de ſon droit de retrait plus onéreux, & on le rendroit tel, ſi l'on admettoit l'opinion contraire ; il faut donc la rejetter comme contraire aux conventions.

Cela eſt atteſté par les commentateurs cités ſur la propoſition précédente.

SECTION VII.

Du tems auquel ce retrait féodal doit être intenté, & s'il eſt ſujet à des formalités.

(Art. 20 de la coutume.)

XXIV. Le ſeigneur a pour ce quarante jours, à compter du jour que le vaſſal lui a donné copie de ſon contrat, après lequel tems il y a fin de non-recevoir : ce délai eſt fatal ; l'ordre public & la juſtice le rendent tel.

S'il n'y avoit pas de notification, l'action en retrait féodal dureroit trente ans, ſuivant le ſentiment de Dumoulin, ſur l'article 7 du titre 12 de la coutume de Berry ; de le Maître, page 78.

XXV. Pour cela il lui ſuffit de déclarer dans ce délai, qu'il exerce le retrait féodal : il ne faut pour ce d'autre forme ; c'eſt droit féodal, & non un retrait, comme le lignager, aſſujetti à bien des formalités.

Voyez Dumoulin, ſur l'article 20, gloſ. 2, num. 2. Dupleſſis, des fiefs, livre 7, chap. 4, page 61.

XXVI. Si ſur cette déclaration l'acquéreur ne tend pas le giron, le ſeigneur doit l'aſſigner en retrait ; mais pour cette aſſignation il n'y a pas de délai fatal.

Tel eſt l'uſage conforme à ce que dit Dupleſſis, page 62, & le Maître, page 77 ; c'eſt ſuite de la coutume.

XXVII. Cette assignation & l'instance ne sont sujettes à aucunes formalités : c'est instance ordinaire, qui doit être portée devant le juge de l'acquéreur.

Le seigneur pour ce ne peut obliger l'acquéreur de venir plaider devant son juge ; arrêt du 2 juin 1702, rapporté dans le sixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 29, pag. 245. En effet, c'est action bien plus personnelle que réelle.

☞ Néanmoins dans la coutume du Maine, où le retrait féodal n'est point sujet aux formalités des retraits lignagers, & qui n'impose aucune forme particuliere sur les exploits ; un retrait féodal a été déclaré nul, parce que dans l'exploit l'huissier n'avoit pas dit à qui il avoit laissé la copie. Voyez l'arrêt du 18 décembre 1731, rapporté par Denisart, *verbo* retrait féodal.

SECTION VIII.

Du remboursement que le seigneur doit faire, & de l'engagement qui résulte de sa déclaration & de l'adjudication de ce retrait.

(Art. 20 de la coutume.)

XXVIII. Il n'y a point de tems fatal pour le remboursement du prix, de même qu'il n'y en a pas pour l'action, pourvu que la déclaration soit faite à tems ; mais le seigneur doit le faire dans le tems fixé par le juge, pourquoi il faut demander cette fixation.

Mais si l'acquéreur avoit tendu le giron ; Dupleſſis, page 62, estime qu'en ce cas le remboursement doit être fait dans les quarante jours ; ce que le Maître, page 77, rejette. En effet, la coutume ne fixe pour ce aucun délai fatal ; le seigneur ne doit être exclu que lorsqu'il a été mis en retard par une premiere sentence, & qu'une sentence postérieure l'a déclaré déchu. Tel est l'esprit de la coutume ; prétendre le contraire, c'est y ajouter.

XXIX. Il doit faire ce remboursement, quoique le prix soit une rente constituée, ou avec terme & délai, il ne peut exciper ni de l'aliénation du capital, ni du terme. Ni l'un ni l'autre n'ont été stipulés pour lui, & l'acquéreur évincé ne doit plus rester chargé.

Le Maître, des fiefs, page 80. Par ce retrait l'acquéreur est affranchi des droits seigneuriaux de sa mutation ; Dumoulin, sur l'art. 17 de la coutume de Chaumont ; autrement il ne seroit pas indemnisé, ce qui forme la proposition qui suit ; & s'ils avoient été reçus, il y auroit fin de non-recevoir, comme on le verra par la section 10 ci-après.

XXX. Ce remboursement embrasse les loyaux-coûts de l'acquisition, & par conséquent ce retrait efface le droit seigneurial ; c'est sa juste suite d'en opérer l'extinction, la confusion.

Mais l'acquéreur étant affranchi du quint ; comme l'est un secrétaire du Roi qui seroit évincé par la voie du retrait féodal par un Apanagiste, n'a pas droit de demander ce quint, dont il auroit profité. Arrêt du 21 Août 1649, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 47. Il est affranchi mais non subrogé quant à ce aux droits du Roi : c'est donc à Sa Majesté en ce cas, que le droit doit appartenir.

XXXI. Le retrait féodal étant intenté, l'acquéreur & le vendeur ne peuvent se désister de la vente, parce que c'est un droit acquis, dont le seigneur ne peut être privé par le fait des autres, & de même, après la sentence d'adjudication, le seigneur ne peut plus se désister de son retrait, le contrat judiciaire est formé, & par conséquent il doit avoir son exécution, n'étant pas moins obligatoire qu'un volontaire.

Voyez ci-après le titre du retrait lignager, où il est établi que dans la thèse générale le mineur ne peut se désister du retrait par lui intenté, lorsque l'acquéreur a tendu le giron, ce qui doit à plus forte raison militer pour le retrait féodal intenté par un seigneur majeur.

XXXII. De-là il résulte que l'acquéreur peut le contraindre à l'exécution du retrait féodal, par les voies ordinaires de la justice ; c'est la conséquence de ce que dessus, & l'exécution du contrat judiciaire, qui s'est formé par la demande & l'acquiescement à icelle.

Cette proposition & les trois précédentes ont été formées sur l'usage.

SECTION IX.

De l'effet du retrait féodal relativement aux créanciers du vendeur.

XXXIII. L'adjudication de ce retrait n'efface pas les hypothéques du chef du vendeur, parce que le fief étoit dans le commerce, & que les droits du seigneur n'ont point empêché qu'il ne fût hypothéqué ; le contraire seroit opposé totalement à l'ordre public : on ne parle que des hypothéques du chef du vendeur ; mais il efface toutes les hypothéques du chef de l'acquéreur ; le seigneur retrayant est subrogé en sa place ; ainsi il n'est tenu que des hypothéques qui viennent du chef des auteurs de l'acquéreur.

Voyez le titre du retrait lignager, où il est établi que le retrayant, par l'effet du retrait, est subrogé au lieu & place de l'acquéreur, ce qui milite pour le retrait féodal.

XXXIV. Cela est fondé sur ce que l'acquéreur est censé n'avoir pas acquis, & que le seigneur est subrogé à son contrat ; ainsi sur ce différence entiere entre les créanciers du vendeur & ceux de l'acquéreur. Ce dernier n'est plus d'aucune considéraion ; mais la

pleine propriété de l'autre a produit tout ſon effet.

Cette ſubrogation, qui a lieu en retrait féodal comme en retrait lignager, eſt établie ſur le titre du retrait lignager.

SECTION X.

Quand il y a fin de non-recevoir contre ce retrait.

(Art. 21 de la coutume.)

XXXV. Après les quarante jours, à compter de celui que le vaſſal a donné copie de ſon contrat, le ſeigneur n'eſt plus recevable à intenter le retrait féodal, & la vente, nonobſtant le droit du retrait féodal, a ſa pleine exécution: on a déja annoncé cette fin de non-recevoir.

Voyez Dumoulin ſur l'art. 20, gloſ. 2, & Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 5, page 62; le Maître, page 78 & 79.

XXXVI. Le retard de la part du vaſſal de faire la foi, ou de ſe préſenter à icelle, ne proroge pas ce délai quand le contrat a été notifié; c'eſt de cette notification que court le délai: ce ſont deux droits qu'il ne faut pas confondre.

Cela réſulte de l'art. 21.

XXXVII. Dès que le ſeigneur a inveſti le vaſſal, il n'eſt plus recevable à intenter le retrait; il a reconnu ſon acquiſition, ſa poſſeſſion; il ne peut donc plus l'y troubler, autrement le ſeigneur ſe réplieroit ſur lui-même, & iroit contre ſon propre fait.

Arrêt du 29 mars 1601. Il eſt cité par Brodeau, ſur l'art. 21, num. 7 & par Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 5, page 62. Voyez auſſi Soëfve, tome 1, cent. 4, chap. 15.

XXXVIII. De ce que deſſus il réſulte que ſi le ſeigneur a reçu la foi, ou accordé ſouffrance, il y a fin de non-recevoir contre le retrait féodal; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus.

Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente: ce qui ne s'entend que de la ſouffrance volontaire & non de la néceſſaire; le Maître, page 81.

XXXIX. Cependant s'il n'avoit accordé ſouffrance qu'à condition qu'il ſeroit payé dans un certain tems de ſes droits, ce que le vaſſal n'auroit fait; en ce cas la ſouffrance ne feroit pas obſtacle au retrait féodal, parce qu'elle eſt indiviſible, & que cette condition doit avoir ſon exécution comme le ſurplus de l'acte.

Voyez le Maître à la page qu'on vient de citer.

XL. Le conſentement que le ſeigneur donneroit à la vente du fief mouvant de lui, ne fait aucun obſtacle à ce retrait; ce conſentement n'a pas le retrait pour objet; & ce ſeroit en abuſer que de lui faire produire cet effet.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, page 62; Brodeau, ſur l'article 21, num. 4, eſt de ſentiment contraire; mais le Maître, page 80, confirme la propoſition. Voyez celle qui ſuit qui ſert encore de preuve à celle-ci.

XLI. En effet, par-là le ſeigneur ne fait que faciliter l'acte qui peut ſeul faire ouverture au droit de retrait féodal; tel conſentement n'y fait donc obſtacle.

Voyez le titre du retrait lignager, où il eſt établi que le lignager, qui ſe ſeroit même rendu caution de la rente, peut, nonobſtant un tel engagement, intenter le retrait lignager, ce qui me paroît prouver clairement cette propoſition & la précédente.

XLII. Si le ſeigneur a reçu le quint du nouvel acquéreur, il ne peut plus intenter le retrait féodal, parce que telle réception opere tacite inveſtiture qui exclut le retrait féodal; autrement ce ſeroit vouloir allier enſemble deux droits incompatibles, contradictoires; ce qui influe même ſur la femme.

La femme eſt même excluſe, quand ſon mari, pour raiſon d'un fief mouvant d'elle, a reçu le quint, parce que, dit Dumoulin ſur l'article 21, num. 24. *Non eſt ſimplex fructuarius, ſed eſt quaſi dominus & adminiſtrator omnium bonorum uxoris*; le Maître, page 80: ce qui prouve évidemment la propoſition. En effet, de cette réception il naît une juſte fin de non-recevoir; c'eſt inveſtiture, contre laquelle le ſeigneur ne peut plus agir.

XLIII. Dans le cas que le ſeigneur a lui-même vendu un fief mouvant de lui, il n'eſt pas recevable à intenter le retrait féodal; il iroit comme ſon propre fait; ce qui fonde la fin de non-recevoir, d'autant plus que telle vente emporte réception tacite, ou décharge des droits ſeigneuriaux.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, page 62; & cela eſt fondé ſur ce qu'il ne peut détruire ſon propre engagement.

XLIV. Le mineur n'eſt point reſtituable contre l'option faite par ſon tuteur, du droit de quint au lieu du retrait; c'eſt acte d'adminiſtration, & le droit de retrait n'eſt pas détruit pour l'avenir.

Le Maître, des fiefs, ch. 6, page 81. Cependant cela eſt rigoureux; le mineur léſé par l'adminiſtration de ſon tuteur, étant reſtituable, pourquoi le prive-t-on du bénéfice de la reſtitution en ce cas? ſeroit-ce parce que le retrait eſt défavorable? cette raiſon eſt peu ſatisfaiſante, & devroit céder à l'impuiſſance dans laquelle eſt le mineur d'agir.

SECTION XI.

Si la réception des droits par l'uſufruitier, ſi la qualité de ſuzerain dans la perſonne de l'acquéreur, ſont obſtacle à ce retrait.

XLV. Lorſque le droit ouvert par la mutation a été reçu par un uſufruitier du fief dominant, telle réception ne fait aucun obſtacle contre le propriétaire au retrait féodal, que la vente a ouvert en faveur du propriétaire du même fief; le fait de l'un ne peut nuire à l'autre, & ce qui concerne la jouiſſance ne peut donner atteinte à la propriété.

Brodeau, ſur l'art. 21, num. 9. Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 5; ce qu'ils ont puiſé l'un & l'autre dans Dumoulin.

Non poteſt uſufructuarius nec expreſſè nec tacitè hoc jus remittere, nec quidquam facere ad fruſtrandum patronum, dit Dumoulin.

XLVI. La qualité de ſeigneur ſuzerain dans la perſonne de l'acquéreur, ne fait pareillement aucun obſtacle au retrait féodal: l'ordre des mouvances doit toujours être gardé. En effet, c'eſt au ſeigneur immédiat auquel ce droit appartient contre tout acquéreur, non au ſuzerain, qui ne peut par conſéquent exciper de cette qualité, qui eſt, quant à ce, étrangere.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 2, page 60.

SECTION XII.

Si les lettres d'amortiſſement ſont aucun obſtacle au retrait, & s'il y a lieu à icelui lorſque la vente eſt déclarée nulle.

XLVII. Les lettres d'amortiſſement, obtenues par gens da main-morte, ne font aucun obſtacle à ce retrait; elles n'ont pas ce droit pour objet: l'effet de ces lettres eſt d'effacer l'incapacité des gens de main-morte, mais elles ne préjudicient pas aux droits des ſeigneurs, & par conſéquent ce droit ſubſiſte, nonobſtant leur obtention.

Cela eſt établi ſur le chapitre de l'amortiſſement, titre des cenſives, inutile d'en rapporter ici les preuves qui ſont communes aux deux titres.

XLVIII. Lorſque la vente eſt déclarée nulle, il n'y a plus lieu au retrait féodal; elle ſeule lui faiſoit ouverture; en effet, dans ce cas il n'y a plus de baſe ni d'ouverture à icelui; ce qui eſt nul, ne produiſant plus d'effet, & par conſéquent en ce cas il ne peut y avoir ouverture à ce retrait, qui ſe réduit à une ſubrogation qui ne peut plus avoir lieu lorſque le droit auquel elle tendoit ne ſubſiſte pas.

Voyez le titre des cenſives, chap. des lods & ventes, où il eſt établi qu'en certain cas, la nullité de la vente donne lieu à la répétition contre le ſeigneur, du droit à lui payé; ce qui établit que dans le même cas de nullité de la vente, il ne peut y avoir lieu au retrait féodal, & ce qui eſt par ſoi-même inconteſtable.

SECTION XIII.

Des mutations ſur leſquelles le retrait féodal n'a pas lieu.

(Art. 20 de la coutume.)

(*Qui eſt vendu*).

XLIX. La mutation arrivant par ſucceſſion, ſoit directe, ſoit collatérale, & le nouveau vaſſal ne devenant propriétaire du fief qu'en qualité d'héritier, il n'y a pas lieu au retrait féodal; la coutume ne l'admet que dans le cas de la vente; c'eſt faveur qu'on ne peut étendre d'un cas à un autre.

Dupleſſis, des fiefs, livre 7, ch. 3, pag. 671 c'eſt la diſpoſition de l'art. 26.

L. Il en eſt de même ſi la mutation arrive par donation ou par legs; même raiſon, la vente ſeule y fait ouverture, & de même l'ouverture de la ſubſtitution n'y fait pas pareillement ouverture, ce n'eſt pas vente, donc le retrait féodal n'y peut avoir lieu.

Cela réſulte de la propoſition précédente. Voyez le Maître, des fiefs, ch. 6.

LI. Il n'a lieu dans le cas de l'échange & dans celui du bail emphitéotique; dans le premier il ſeroit impraticable, dans l'autre il n'y a abſolue mutation; & il la faut telle pour faire ouverture à ce retrait.

Il n'a lieu, dit M. Dupleſſis, à la page citée ſur la premiere propoſition de cette ſection, qu'en vente en bail à rente rachetable, ce qui établit la propoſition.

LII. Mais le fief donné à rente rachetable y eſt ſujet; c'eſt vraie vente.

Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente.

LIII. A l'égard des héritages roturiers, la vente même d'iceux ne fait pas ouverture à ce retrait, la coutume ne l'y admet pas, & l'a exclu par ce ſilence.

M. Dupleſſis, des fiefs, tom. 7, ch. 1, p. 60.

SECTION

SECTION XIV.

De la préférence du retrait lignager ſur le féodal, & du cas où ce dernier l'emporte ſur l'autre.

(Art. 159 & 22 de la coutume.)

LIV. Le retrait lignager l'emporte ſur le retrait féodal; préférence qui fait la matiere de cette ſection : voilà le principe général.

Le Maître, des fiefs, ch. 6, pag. 81 ; c'eſt la diſpoſition de la coutume.

LV. De-là il s'enſuit que lorſque le ſeigneur a retiré un fief vendu par puiſſance de fief, & qu'il a exécuté ſon retrait féodal, il peut lui-même être évincé par un retrait lignager, exercé par un parent lignager du vendeur, lorſque le fief lui étoit propre ; premiere conſéquence qui réſulte de cette préférence ; c'eſt un droit qui tient quelque choſe du droit ſucceſſif.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 6, pag. 63 ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 159.

LVI. Dans ce retrait intenté par un lignager contre un ſeigneur qui a retiré féodalement, il faut obſerver toutes les formalités de la coutume ſur le retrait lignager ; c'eſt vrai retrait lignager.

Voyez ſur ce le titre du retrait lignager : il ſuffit ici de poſer le principe.

LVII. De-là il s'enſuit que ſi l'acquéreur du fief propre eſt lignager du vendeur, le ſeigneur n'eſt pas recevable à intenter le retrait féodal contre lui ; ſeconde conſéquence qui naît de cette préférence.

Dupleſſis, au même chapitre cité ſur la propoſition précédente ; Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 78, gloſ. 1, num. 143.

LVIII. Le ſeigneur qui a retrait par puiſſance de fief, étant évincé par un lignager, doit être rembourſé par le lignager, du quint auquel la vente du fief avoit fait ouverture, & ſans cela le lignager gagneroit ſur le ſeigneur : ce qu'il ne peut faire ; ce dernier évincé doit donc être payé de ſes droits ſeigneuriaux par le lignager, tels qu'ils lui auroient été payés par l'acquéreur qui a été évincé par le retrait ſeigneurial : l'un eſt ſubrogé à l'autre.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 7, ch. 6. pag. 63 ; le Maître, des fiefs, pag. 81, & Loyſel, des retraits, régle 5.

LIX. Le retrait lignager ne l'emporte plus ſur le féodal, ſi la premiere conceſſion du fief n'a été faite que ſous la condition que le retrait féodal ſeroit préféré au retrait lignager : c'eſt loi primitive, & loi qu'il faut ſuivre, mais pour cela il faut que le ſeigneur rapporte ce titre, puiſqu'il ajoute à la coutume ; & ſans cela, c'eſt la diſpoſition de la coutume qui doit régler.

Il eſt établi ci-après, & dans la troiſieme partie du préſent titre, que pour les droits extraordinaires ; la coutume ne peut ſeule ſervir de titre aux ſeigneurs, ce qui eſt inconteſtable. Voyez Guerin & Tronçon, ſur l'art. 22 de la coutume.

LX. En ce cas le retrait féodal l'emporte ſur le lignager, parce que le titre de conceſſion, qui contient une telle préférence, eſt indiviſible, & qu'étant la condition de la premiere aliénation, elle eſt inſéparable d'icelle.

C'eſt ſur cette raiſon principale qu'eſt fondé le ſentiment des auteurs cités ſur l'avant-derniere propoſition.

CHAPITRE SECOND.

QUAND LE SEIGNEUR CONFISQUE LE FIEF DE SON VASSAL A SON PROFIT.

(Article 34 de la coutume.)

SUR QUOI EST FONDÉ LE DROIT DE CONFISCATION.

I. LES actes contraires à la vaſſalité, emportent révocation légale de la conceſſion du fief, retour & confiſcation d'icelui au profit du ſeigneur : telle eſt la premiere baſe du droit de confiſcation qu'on va expliquer : ainſi il a ſa racine dans la nature même des fiefs.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 43 de la nouvelle coutume, num. 18, 54, 55, 97 & 98 ; Dupleſſis, des fiefs, liv. 6, pag. 58 & ſuivantes ; le Maître, même titre, ch. 81, pag. 84 ; Louet & Brodeau, lettre C, ch. 53 : ce droit eſt tout enſemble honorifique & utile.

II. En effet, les devoirs perſonnels, la foi & hommage que le vaſſal rend à ſon ſeigneur, ne ſont pas des actes de pure cérémonie, mais de réalité, & qui produiſent cet effet ; tout ce qui y eſt contraire anéantit la premiere conceſſion.

Voyez ci-deſſus le chapitre de la foi & hommage, & la propoſition qui ſuit, qui explique celle-ci.

III. Le droit de confiſcation n'eſt pas arbitraire, la loi l'a limité dans deux cas, qui ſont la félonie & le déſaveu; il n'a pas lieu pour toute autre cauſe féodale; telle eſt la prévoyante ſageſſe de la coutume, qui ne veut pas que la cauſe d'un droit irrévocable ſoit arbitraire, & elle l'exclut pour les cenſives.

La commiſe n'a lieu en cenſives; Brodeau, art. 43, num. 7. Voyez Louet, au ch. cité ſur la premiere propoſition de cette ſection.

IV. L'un & l'autre ſont ſi contraires à la vaſſalité qu'ils révoquent la conceſſion du fief; & par conſéquent, emportent confiſcation. Cependant ſi le vaſſal avoit été griévement offenſé par ſon ſeigneur; en ce cas, il ſeroit juſte de l'affranchir des engagemens & des effets de la féodalité.

Cette révocation emporte perte des augmentations qui ſe trouvent ſur icelui, parce que, dit Dumoulin, ſur l'art. 43 de la nouvelle coutume, *cum perditur principale, neceſſe eſt ut etiam amittatur quod acceſſorium eſt;* ce qui eſt inconteſtable par le texte de cet article.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, il eſt certain que le ſeigneur qui en auroit mal uſé avec ſon vaſſal qui l'auroit offenſé, perdroit ſa mouvance; mais de-là il n'en réſulteroit pas que le vaſſal deviendroit libre & en franc-aleu, il paſſeroit ſeulement de la mouvance du ſeigneur immédiat à celle du ſeigneur médiat, dont ſon fief releve directement.

SECTION II.

De la confiſcation pour félonie.

V. La félonie eſt une injure atroce faite par le vaſſal à ſon ſeigneur, elle emporte confiſcation du fief, & le vaſſal eſt félon, s'il a attenté à la vie de ſon ſeigneur, ou à celle de ſa femme, ou à celle de ſes enfans.

Voy. Dumoulin, cité ſur la propoſition qui ſuit; Henrys, tome premier, l. 3, ch. 1, queſt. 4.

VI. De même s'il a commis adultere avec la femme de ſon ſeigneur, ou s'il a débauché ſa fille; tous ces faits atroces emportent confiſcation du fief, parce qu'ils rendent le vaſſal félon, & que par-là, il a violé les engagemens auxquels ſa qualité l'aſſujettiſſoit: ce qu'il faut diſtinguer de la confiſcation pour crime.

La commiſe appartient au ſeigneur de fief, & la confiſcation pour crime, au ſeigneur haut-juſticier; Dumoulin, ſur l'art. 43 de la nouvelle coutume, num. 169 & 170; diſtinction qu'il eſt bon de faire ici, & qui eſt inconteſtable.

VII. Suivons la félonie; par le ſeul démenti de la part du vaſſal au ſeigneur, le premier commet la félonie; l'injure eſt atroce & emporte confiſcation du fief; à plus forte raiſon, ſi le vaſſal s'étoit porté accuſateur contre ſon ſeigneur d'un crime qui ne l'intéreſſeroit pas perſonnellement, il ſeroit félon, & par-là confiſqueroit ſon fief.

L'injure faite par le vaſſal avant la réception en foi, n'eſt pas regardée ſi rigoureuſement que celle faite après la reception; Dumoulin, ſur l'article 43 de la nouvelle coutume, num. 147; d'Argentré, ſur l'art. 616 de la coutume de Bretagne, num. 5. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 3, gloſ. 4, num. 10 & ſuivans; & ſur la premiere, l'arrêt rapporté par Louet, let. F, num. 9.

VIII. Mais l'inexécution des charges de la conceſſion du fief n'emporte pas félonie; le ſeigneur n'a que la voie d'en pourſuivre l'exécution, & non la voie de la confiſcation; tel eſt l'eſprit de la coutume, & les limites dans leſquelles elle a réſervé le droit de confiſcation.

Dans le cas que le fief eſt confiſqué par félonie, l'uſufruitier du fief dominant n'a que l'uſufruit du fief confiſqué. M. Ricard, du don mutuel, chap. 8, num. 35, pag. 91.

SECTION III.

De la confiſcation par déſaveu.

IX. Le vaſſal déniant être vaſſal de ſon ſeigneur en ſoutenant qu'il eſt mouvant d'un autre, tel déſaveu emporte la confiſcation de ſon fief; autre cauſe de confiſcation qui a ſa racine dans la premiere conceſſion du fief.

Arrêt du 29 mars 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 13, pag. 344. Sur les actes qui produiſent déſaveu, voyez M. Dupleſſis, des fiefs, liv. 6, pag. 58, & le Maître, pag. 85, qui eſtiment que le vaſſal ne commet pas ſon fief, en ſoutenant qu'il le tient en franc-aleu, ce qui ne me paroît pas être ſans difficulté, car c'eſt toujours déſaveu. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit, 17, art. 1.

X. Pour que le déſaveu emporte confiſcation, il faut qu'il ſoit authentique; c'eſt-à-dire, fait en jugement, qu'il ſoit intervenue ſentence qui en ait donné acte, ou du moins que le ſeigneur ait conclu à la confiſcation; mais le vaſſal qui ſe dit relever du roi, n'encourt point l'effet de la commiſe tant qu'il eſt ſoutenu par M. le procureur général.

Le Maître, pag. 84 & 85, eſtime que pour donner lieu à la commiſe, il n'eſt pas néceſſaire que le déſaveu ait été fait en jugement; ce qui eſt contraire à l'opinion commune. Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, chap. 1, queſt. 4; & Dupleſſis. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez le titre des arrêtés qu'on vient de citer, num. 2.

XI. Juſqu'à ce, le vaſſal peut révoquer, & ſe rétractant, il ſe met à couvert de la confiſcation; ainſi le déſaveu n'eſt d'aucune conſidération, ſi celui qui l'a fait, quoique indiſcrettement, le rétracte avant le jugement & avant que le ſeigneur ait conclu à la confiſcation.

Sur les actes qui produiſent déſaveu, voyez Dumoulin, ſur l'art. 43 de la coutume, num. 9; Pontanus, ſur la coutume de Blois, l'art. 101, §. 26.

SECTION IV.

Par quels vaſſaux la félonie & le déſaveu doivent être faits, pour emporter confiſcation, & ſi le vaſſal qui les a commis eſt reſtituable.

XII. Le fief étant poſſédé par pluſieurs, la confiſcation n'embraſſe que la portion de celui qui a fait le déſaveu, ou qui a commis la forfaiture; ſon fait ne peut nuire aux autres.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin & de Pontanus, aux endroits cités ſur la derniere propoſition de la ſection précédente, & la raiſon, comme l'équité, rendent ce ſentiment inconteſtable.

XIII. Le majeur de ſimple majorité féodale ne peut, ſans l'aſſiſtance de ſon tuteur & un avis de parens homologué, commettre ſon fief; c'eſt acte d'aliénation qui n'eſt pas dans ſa puiſſance par cette majorité, qui ſe réduit à une émancipation légale & purement relative.

Le Maître, des fiefs, pag. 87.

☞ Cependant il le commettroit par félonie: Carond. ſur Paris, art. 43.

XIV. Celui qui ne peut aliéner ne peut commettre ſon fief; en effet, le commettre c'eſt l'aliéner: la premiere incapacité entraîne donc l'autre; ce qui influe ſur l'homme vivant & mourant.

De-là il s'enſuit que la félonie de l'homme vivant & mourant, que les communautés poſſédans fiefs ſont obligées de donner au ſeigneur, ne peut emporter confiſcation du fief. Dumoulin, ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 62; Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 58, pag. 105; ce qu'on a vu ci-deſſus, & qui ſert à établir la propoſition.

XV. Cependant le mari, par ſon déſaveu, commet le fief propre de ſa femme, mais pour ſon uſufruit ſeulement, & tant que la communauté dure, cet uſufruit étant en ſa puiſſance.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 43 de la nouvelle coutume, num. 187; ainſi la ſéparation de biens en fait ceſſer l'effet en faveur de la femme propriétaire, & par conſéquent, cela n'auroit lieu s'il n'y avoit pas de communauté; en ce cas, ni le fonds, ni le fruit ne le regarde. Dumoulin, ſur l'art. cité, num. 83.

XVI. Mais par rapport aux conquêts, le déſaveu du mari donne ouverture à la confiſcation pour la propriété & non celui de la femme; le premier, quant à ce, étant entiérement le maître & non le ſecond. Cependant pourquoi ne pas appliquer ici ce qu'on applique à la confiſcation pour crime.

Dumoulin, ſur l'art. qu'on vient de citer, num. 87; le Maître, & la note ſur ſon commentaire, pag. 88.

XVII. De ce que deſſus il réſulte que l'uſufruitier ne peut par ſon fait commettre la propriété du fief dont il n'a que l'uſufruit, ni l'uſufruitier être dépouillé par le déſaveu du propriétaire.

Le Maître, des fiefs, ch. 8, pag. 88.

XVIII. Le propriétaire majeur qui a déſavoué ou commis félonie n'eſt pas reſtituable, autrement le droit de confiſcation ſeroit un droit vain & inutile, & la coutume en l'établiſſant l'a rendu réel; mais l'interdit ne peut commettre.

Il n'en eſt pas de même de l'interdit qui ne peut commettre ſon fief; Dumoulin, ſur l'article cité, num. 93, & ſur l'art. 34, num. 56 & 57; Brodeau, ſur l'art. 43, num. 19; ce qui eſt inconteſtable, puiſqu'il ne peut aliéner: quant au majeur capable, cela eſt fondé ſur ce que c'eſt un délit, & contre un délit, il n'y a lieu à la reſtitution en entier; le vaſſal dans ces cas ne peut donc recourir à cette voie, mais bien à la rétractation du déſaveu tant que le ſeigneur n'a pas conclu à la confiſcation; mais il n'y a lieu au repentir lorſque le ſeigneur a conclu à la confiſcation; le Maître, pag. 85: en effet, le droit eſt acquis au dernier.

SECTION V.

Que le ſeigneur ne peut ſe mettre en poſſeſſion qu'en vertu de ſentence.

XIX. Il ne ſuffit pas qu'il y ait forfaiture commiſe, ou déſaveu formel; pour que le ſeigneur puiſſe ſe mettre en poſſeſſion du fief, qui eſt l'objet de ſon droit de confiſcation; il n'eſt juge dans ſa cauſe: en effet, le ſeigneur ne peut le faire qu'en vertu d'une ſentence qui déclare le fief confiſqué à ſon profit; c'eſt cette ſentence qui aſſure & réaliſe ſon droit; tel eſt l'eſprit de la coutume, le contraire ſeroit trouble & confuſion.

Mais avant cette ſentence, le vaſſal peut-il ſe mettre à l'abri de la confiſcation en rétractant ſon déſaveu? Dumoulin, ſur l'art. 30, num. 54 & 55, tient l'affirmative, quoique le droit paroiſſe acquis au ſeigneur; Dupleſſis, pag. 59, eſt d'avis contraire: il a été ſuivi par le Maître, page 87; ce qui peut ſe concilier; la rétractation empêche la confiſcation lorſqu'elle eſt faite avant que le ſeigneur y ait conclu, mais non lorſqu'elle eſt faite depuis: voilà le principe qui doit décider, & qui réſulte des régles de l'ordre judiciaire.

XX. Il doit obtenir cette ſentence ſur une demande par laquelle il ait expreſſément

conclu à la confiſcation ; ce ſont de telles concluſions qui lui en aſſurent le droit.

Le Maître, des fiefs, pag. 87 : telle confiſcation n'appartient pas à l'uſufruitier. Voyez la ſection premiere du chapitre 5 ci-deſſus, des droits ſeigneuriaux, conſidérés relativement aux uſufruitiers, & le Maître, pag. 90.

XXI. Cette demande ne peut être portée devant ſon juge ; c'eſt au juge royal à en connoître, & au juge du domicile du vaſſal ; c'eſt demande vraiement perſonnelle.

Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 2, queſt. 5.

SECTION VI.

De la durée de cette action, & à qui la proviſion eſt due pendant l'inſtruction d'icelle.

(Art. 45 de la coutume.)

XXII. Cette action du ſeigneur dure trente ans, pourvu que pendant ce tems il n'ait pas remis l'injure, ſoit tacitement, ſoit expreſſément. Mais cette durée n'eſt-elle pas trop longue, par rapport à une demande extraordinaire ?

Dumoulin, ſur l'art. 43 de la nouvelle coutume, num. 61. Le Maître, pag. 85 ; & ſur la derniere partie de la propoſition, voyez la ſection ſuivante.

XXIII. Le vaſſal aſſigné en confiſcation, doit par proviſion avoir la main-levée des fruits de ſon fief ; il ne ſeroit pas juſte de le dépouiller par proviſion.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 31, num. 10 ; Brodeau, ſur l'art. 45, num. 2 ; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 101 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 45 de la coutume.

XXIV. Si la confiſcation eſt jugée valable, il doit rendre les fruits du jour de la demande, ſi au contraire le déſaveu eſt jugé bon, c'eſt-à-dire, qu'il n'a pas emporté confiſcation, la ſaiſie doit être déclarée injurieuſe, & ne produit aucun effet contre le vaſſal.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 81 de la coutume d'Orléans, & le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 45, num. 30 ; le même, ſur l'article 1, gloſ. 9, num. 2.

XXV. Cette main-levée proviſoire n'a pas lieu contre le roi : la crainte de l'injuſtice en eſt la baſe ; & la juſtice dirige toujours toutes les actions du roi.

La Lande, ſur la coutume d'Orléans, art. 80. Dumoulin, ſur l'art. qui fait le quarante-cinquieme de la nouvelle coutume, num. 30, queſt. 7.

SECTION VII.

Des cas dans leſquels la félonie ni le déſaveu n'emportent pas confiſcation du fief.

XXVI. Si le ſeigneur depuis le déſaveu ou la forfaiture avoit remis l'injure à ſon vaſſal, ſoit expreſſément par une remiſe abſolue, ſoit tacitement en le reconnoiſſant pour ſon vaſſal ; en ces deux cas, il n'y a plus lieu à la confiſcation ; le fait même du ſeigneur efface ce droit ; ce qui eſt déja annoncé & qu'on reprend ici en examinant les cas dans leſquels la félonie & le déſaveu n'emportent pas confiſcation.

Voyez le Maître, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit.

XXVII. De-là il réſulte que les héritiers du ſeigneur ne peuvent faire valoir un déſaveu que celui dont ils ſont héritiers a mépriſé, ſi le mépris eſt marqué ; c'eſt une action effacée.

Le Maître, des fiefs, ch. 8, pag. 87.

XXVIII. Lorſqu'il y a combat de fief, le ſilence du vaſſal, loin d'emporter confiſcation, n'emporte pas même perte de fruits ; il ne peut en ce cas, y avoir de vrai déſaveu formel, puiſqu'il y a ſilence ſur la mouvance ; c'eſt le réglement ſur le combat de fief qui la réglera.

Dupleſſis, pag. 59 à la fin.

XXIX. Ce qui fonde la propoſition précédente, eſt qu'en ce cas il eſt obligé d'avoir recours à la réception en main ſouveraine ; il ne peut donc y avoir en ce cas de vrai déſaveu, cette main le met à couvert de tout.

Cela eſt établi ſur le chapitre de la foi & hommage.

XXX. Il n'y a pas lieu à la confiſcation, ſi dans l'acte de déſaveu le vaſſal s'eſt dit mouvant du roi, ou d'un prince apanagiſte ; tout relève du roi, médiatement ou immédiatement ; il n'y a donc pas, en ce cas, de vrai déſaveu, ſauf au ſeigneur à faire adopter ſon droit de mouvance s'il eſt bon.

Arrêt du 21 août 1619 : il eſt cité par Dupleſſis, pag. 59. Le Maître, des fiefs, ch. 6, p. 73.

SECTION VIII.

Que le faux ou indu aveu n'emporte pas confiſcation.

XXXI. Le faux aveu que le vaſſal feroit en rendant la foi & hommage à un autre ſeigneur que le ſien, n'emporte pas con-

fiſcation; c'eſt plutôt erreur que déſaveu; c'eſt choſe de rigueur, & que par conſéquent, on ne peut étendre d'un cas à un autre : on parle d'un aveu & dénombrement, non d'un déſaveu d'hommage.

La coutume limite l'action du ſeigneur au blâme; ce qui s'applique à ce cas-ci. Voyez Brodeau, ſur l'art. 43, & la propoſition qui ſuit.

XXXII. En effet, pour que le déſaveu puiſſe emporter confiſcation, il faut qu'il ſoit formel, & que le vrai ſeigneur ſoit déſavoué l'être; ce qui n'eſt pas abſolument par un faux aveu; tel eſt l'eſprit de la loi.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 6, pag. 58; le Maître, même titre, ch. 8, pag. 85 : en effet, pour ſa réformation, la coutume, comme on l'a expliqué précédemment, ne donne au ſeigneur que la ſimple action.

☞ Si le vaſſal fait la foi & hommage de ſon fief à un autre ſeigneur, & lui donne ſon aveu & dénombrement; c'eſt un déſaveu formel, qui emporte la commiſe : jugé par arrêt du 25 juin 1665; cité par Guyot, en ſon traité des fiefs, page 328.

SECTION IX.

Si la confiſcation efface les hypothéques acquiſes ſur le fief confiſqué.

XXXIII. Le ſeigneur qui a confiſqué le fief mouvant de lui, n'eſt point à couvert des hypothéques que ſon vaſſal avoit conſtituées ſur le fief confiſqué; autrement ce droit du ſeigneur ſeroit un piége pour le public : ce que l'eſprit de la coutume rejette; c'eſt droit nouveau qui ne peut préjudicier à un ancien.

Brodeau, ſur Louet, lett. C, num. 52, rapporte des arrêts contraires, qui ne doivent s'appliquer que lorſque la confiſcation vient *ex lege contractûs*, & non pas *ex facto vaſſalli*; qui ne peut par ſon fait faire perdre à ſes créanciers un droit qui leur étoit acquis. Voyez le Maître, pag. 90; ce que la ſuite va confirmer; & tel eſt le ſentiment de Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, page 161 : c'eſt ſouveraine équité, c'eſt exacte juſtice; le contraire ſeroit addition à la coutume.

XXXIV. Le moyen qui fonde la propoſition précédente eſt donc, que le fait du vaſſal ne doit pas faire perdre à un tiers le droit qui lui eſt acquis ſur un bien qui eſt dans le commerce : tel eſt encore une fois l'eſprit de la coutume; elle eſt trop ſage pour admettre le contraire.

Dumoulin, ſur l'art. 30 de l'ancienne coutume, qui eſt le 43 de la nouvelle; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, num. 100, pag. 85; Dupleſſis, page 59; ainſi, l'aliénation d'une portion du fief, faite avant le déſaveu doit ſubſiſter : c'eſt ce que dit Dumoulin : voyez le Maître, pag. 88 & 89, qui critique cette déciſion, & qui, à la page 90, laiſſe ſubſiſter les hypothéques; ce qui détruit ſa critique, ſi ce n'eſt que l'aliénation eût été faite contre la prohibition de démembrer le fief, auquel cas la critique eſt juſte prohibition qui fait la matiere du chapitre ſuivant.

XXXV. Il faut limiter les deux propoſitions ci deſſus, dans le cas que la confiſcation du fief vient de la loi ſeulement; il en ſeroit autrement ſi elle étoit fondée ſur la convention. En effet, ſi la confiſcation étoit fondée ſur une contravention à la conceſſion du fief; en ce cas, le droit du vaſſal étant réſolu par une cauſe inhérente à ſon titre même, celui de ſes créanciers qui n'en eſt qu'une émanation le ſeroit pareillement, parce qu'ils ne peuvent pas avoir plus de droit que lui.

Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 2, queſt. 8. Voy. Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 3, pag. 253 & ſuivantes; & Brodeau, à la lettre citée ſur la premiere propoſition ci-deſſus.

☞ Sur la propoſition ci-deſſus, voyez auſſi Louet, lettre C, ſom. 53; Carondas, liv. 5, rép. 41; & l'arrêt confirmatif d'une ſentence des requêtes du palais, du 23 juin 1713, rapporté par Brillon, *verbo* commiſe.

XXXVI. De-là il réſulte, que dans ce dernier cas, qui eſt celui de la convention, non ſeulement les hypothéques; mais même les ſervitudes que le vaſſal a établi ſur le fief confiſqué, ne militent pas contre le ſeigneur; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente; c'eſt droit légitimement acquis à tout bailleur de fonds, qui n'ayant aliéné que ſous des conditions, reſte propriétaire quand elles ne ſont pas remplies.

Il n'en eſt pas de même de la confiſcation du fief, pour crime, les hypothéques ſubſiſtent; le ſeigneur qui profite d'une telle confiſcation étant tenu des dettes, *pro modo emolumenti*. Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1 à la fin, page 65; en effet, il devient en ce cas un ſucceſſeur univerſel aux biens, qualité qui l'aſſujettit à cette charge; le crime du vaſſal ne pouvant dépouiller ſes créanciers d'un droit qui leur étoit acquis.

CHAPITRE TROISIEME.

DU DROIT DES SEIGNEURS D'EMPÊCHER LE DÉNOMBREMENT DES FIEFS MOUVANS D'EUX.

SECTION PREMIERE.

DU MOTIF DE LA PROHIBITION DE DÉMEMBRER.

(Article 51 de la coutume.)

I. CETTE prohibition de démembrer les fiefs, eſt fondée ſur l'intérêt du ſeigneur, d'empêcher la diviſion du fief mouvant de lui; on va expliquer les effets de cette prohibition relative aux ſeigneurs ; mais par rapport aux fiefs de dignité, & qui relévent du roi, on a vu dès l'entrée de ce titre, qu'ils étoient de leur nature indiviſibles & même impartageables en ſucceſſion ; c'eſt juſte exception à la diviſion inévitable en partage, & que la coutume permet même par vente, ſous certaines limitations.

L'ancienne coutume de Paris portoit la prohibition de démembrer abſolue & ſans reſtriction ; ce qui étoit fondé ſur ce que les fiefs anciennement n'étoient accordés qu'à vie : ce qui eſt obſervé par Auzanet, ſur l'art. 51 de la coutume ; prohibition abſolue dont il reſte les ſuites qu'on va voir, mais ſans ſubſiſter dans ſa totalité, parce qu'elle deviendroit contraire à la nature des fiefs qui ſont devenus patrimoniaux.

II. Cet intérêt eſt de percevoir dans leur intégrité les droits auxquels certaines mutations donnent lieu, & non de les percevoir par parcelles, ce qui arriveroit s'il étoit permis au vaſſal de démembrer ſon fief au-delà d'un certain point ; c'eſt conſéquente précaution de la loi municipale, mais c'eſt l'avoir porté loin.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, en ſa préface ſur ce livre, page 67 & 68.

III. Il y a un autre intérêt, c'eſt d'empêcher que la diviſion de ce qui eſt mouvant de lui n'obſcurciſſe ſes droits ; ainſi cette action du ſeigneur eſt fondée ſur un double intérêt ; tels ſont les motifs de cette précaution de la loi & de ſa prohibition.

C'étoit en partie par cette raiſon que l'ancienne coutume prohiboit tout démembrement.

IV. Mais tout démembrement n'eſt pas prohibé à préſent, il en eſt de licites ; ce qu'on va expliquer, & cette faculté eſt, comme on l'a déja annoncée, une ſuite de la nature des fiefs, qui ſont devenus patrimoniaux.

Voyez les ſections ſuivantes, par leſquelles on examine le démembrement prohibé & le démembrement licite.

SECTION II.

Du démembrement prohibé.

V. Le vaſſal ne peut aliéner tout ſon fief, pour le faire relever de lui, ſoit à foi & hommage, ſoit à cens, & ſe réſerver le devoir de la foi & hommage envers ſon ſeigneur ; ce ſeroit démembrement prohibé, & qui eſt tel, parce qu'il ſeroit très-nuiſible au ſeigneur.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, chap. 2 ; le Maître, pag. 44 & 45 ; Loyſel, des fiefs, art. 905 les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. 16, art. 4.

VI. Cette prohibition eſt fondée, ſur ce que ce ſeroit faire relever du ſeigneur un fief en l'air, au lieu d'un fief réel qui doit être mouvant de lui : intérêt ſenſible qui fait rejetter un tel démembrement.

De là il s'enſuit qu'il ne peut, en retenant la foi, donner la totalité de ſon fief à rente non-rachetable. Voyez les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité des cenſives, pag. 99.

VII. Il peut néanmoins l'aliéner, moyennant une rente non rachetable, pourvu qu'il ne ſe réſerve pas la foi, & qu'elle ſoit à la charge de celui qui poſſéde le fief ; alors ce n'eſt plus démembrement, la foi & les droits ſuivent le fief, la glebe & la réalité, & par-là les droits du ſeigneur ſont conſervés.

Voyez Dupleſſis, page 70 & 71.

VIII. La raiſon de différence, en ce dernier cas, eſt que le ſeigneur a toujours le fief pour l'objet de ſa mouvance, par rapport aux devoirs & droits ; & par conſéquent, il n'y a plus, en ce cas, de démembrement, du moins n'y en a-t-il pas qui lui ſoit nuiſible.

Voyez la note citée ſur la troiſieme propoſition de cette ſection.

SECTION III.

De la peine lorſque le vaſſal contrevient à cette prohibition.

(Art. 51 de la coutume.)

IX. Si le vaſſal contrevient à cette prohibition, le ſeigneur peut ſaiſir ſon fief féodalement; & ſans cela, cette prohibition ſeroit preſque inutile: mais la coutume à pourvu à tout.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, ch. 2, pag. 71.

X. Cette ſaiſie emporte perte de fruits, & ſubſiſte juſqu'à ce que fief ſoit réuni dans une même main; ce qui rend cette prohibition efficace.

Brodeau, ſur l'art. 51, num. 1, le Maître, p. 45, eſtime que tel démembrement prohibé ne fait qu'ouverture aux droits pour ce qui ſe trouve aliéné de trop; mais ce ſeroit autoriſer le démembrement que la coutume rejette; il eſt donc bien plus conforme à ſa diſpoſition, de dire que par tel démembrement, la portion démembrée eſt ouverte, que de dire que ce démembrement fait ſimplement ouverture au droit de mutation, comme ſi c'étoit une aliénation licite; c'eſt une confuſion qu'on ne peut admettre, ainſi ce ſentiment paroît être à rejetter.

XI. Cependant cette ſaiſie féodale ne tombe que ſur ce qui eſt démembré du fief au par-de-là de ce qu'il eſt licite d'en démembrer; en effet, il n'y a qu'en cette partie qu'il y a contravention à la loi; & par conſéquent, ouverture de fief: on va examiner la portion qu'il eſt permis de démembrer.

Dupleſſis, à la page citée ſur la premiere propoſition; le Maître, à la page qu'on vient de citer.

SECTION IV,

Des démembremens licites.

(Seconde partie de l'art. 51 de la coutnme).

DISTINCTION PREMIERE.

Des démembremens forcés.

XII. La prohibition de démembrer le fief, ne tombe que ſur les démembremens forcés; autrement ce ſeroit rendre contradictoire avec elle-même la loi, qui loin de rejetter ces démembremens, ces diviſions, les affranchit de droits.

Dupleſſis, en ſa préface ſur le liv. 9 de ſon traité des fiefs.

XIII. Le partage d'un fief échu à pluſieurs par ſucceſſion n'eſt point prohibé, parce qu'il eſt inévitable & autoriſé par la loi; c'eſt elle qui agit non l'homme: mais par le partage même, les cohéritiers ne peuvent partager le fief, de façon que l'un d'eux ait toutes les terres, & que l'autre ait toutes les mouvances, ce ſeroit démembrement prohibé, & qui préjudicieroit aux droits du ſeigneur; c'eſt une diviſion exacte que la loi favoriſe, & non pas celle qu'elle prohibe.

Art. 51 & 52 de la coutume.

DISTINCTION II.

Des démembremens volontaires & licites.

XIV. Le vaſſal peut aliéner & demembrer ſon fief juſqu'à concurrence des deux tiers d'icelui, pour être tenu de lui, ſoit à foi, ſoit à cens; autrement la propriété des fiefs ſeroit très-imparfaite. C'eſt ainſi que la coutume a ménagé tout intérêt en laiſſant cette faculté au vaſſal, & en conſervant pour ce cas, les droits du ſeigneur.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, ch. 3, mais ce démembrement ne peut être fait que ſous des conditions qui ſont expliquées dans la ſection qui ſuit.

XV. Cette faculté eſt fondée, ſur ce que ſi la prohibition étoit générale & abſolue, elle jetteroit les vaſſaux dans une eſpece d'interdiction en les mettant dans l'impuiſſance de s'aider du prix de la portion qu'ils veulent ſeulement aliéner; il a donc été juſte de leur donner cette faculté, mais limitée; cela eſt encore conforme au bien public & à celui du commerce; & cette premiere aliénation eſt franche.

Pour cette premiere aliénation, il n'eſt rien dû au ſeigneur; Dupleſſis, pag. 72; ce qui ſembleroit lui être préjudiciable, & qui néanmoins ne l'eſt pas, comme on le verra par la ſection 6 ci-après; on entend ici la premiere aliénation qui conſomme le démembrement autoriſé.

XVI. De cette faculté de démembrer le fief juſqu'à concurrence des deux tiers; il faut excepter les fiefs de haute dignité, parce qu'ils ſont même indiviſibles par partage de ſucceſſion; c'eſt exception à cette regle, c'eſt droit commun.

Dupleſſis, pag. 75, à la fin.

☞ Par la loi ſalique, les duchés, comtés, marquiſats & baronnies, ne ſe peuvent démembrer. Voyez les inſtituts coutumiers de Loyſel, liv. 4, tit. 3, nomb. 87; le chap. 24 du premier livre des établiſſemens de France, & l'auteur du grand coutumier, liv. 2, chap. 27: la récompenſe eſt due en autres terres par les ducs, comtes & barons.

Par arrêt du 28 février 1664, jugé que la donation faite de la juſtice de Dinat, par M. le duc d'Epernon, comme duc & pair du duché de la Valette, au profit du ſieur de Marandi, étoit un démembrement du duché, qui a été déclaré nul par ledit arrêt, & ordonné que la juſtice s'exerce,

roit dans Dinat, au nom des officiers de la Valette. Jovet, *verbo* seigneur, nomb. 20.

Une baronnie ne peut être divisée, sous prétexte d'œuvres pies & fondations d'obits. Voyez l'arrêt rapporté par Laroche Flavin, des droits seigneuriaux, chap. 20 & 30.

XVII. Une coupe de bois de haute futaie, n'est pas démembrement de fief; c'est superficie, c'est fruit quoique extraordinaire.

Il est établi ci-dessus & dans le titre des censives ci-après, que telle vente ne fait pas même ouverture aux droits seigneuriaux; ce qui fonde la proposition; & cela auroit lieu, encore que tout le fief consistât en ce bois.

XVIII. Le vassal qui consentiroit qu'un fief mouvant de lui, ne fut plus tenu qu'en censive, ne contrevient pas à la prohibition; c'est conversion de mouvance relative, & non démembrement d'icelle, & son fief reste dans son intégrité; ainsi, en ce cas, le seigneur ne peut se plaindre, le fait de son vassal n'étant qu'une suite de sa proprieté.

Voyez Dupleſſis, pag. 71, où il dit, qu'il suffit que le droit seigneurial retenu soit hommage ou censive. Le Maître, pag. 44; & si le droit retenu est un cens, la portion du fief démembré à ce titre, reste toujours tenue du seigneur à foi & hommage. Voyez l'avant-derniere proposition de de la section qui suit: ce qui fait que tel changement, ne préjudiciant pas au seigneur, doit avoir lieu.

SECTION V.

Des conditions sous lesquelles le démembrement volontaire devient licite.

(Troisieme partie de l'art. 51 de la coutume).

XIX. La premiere condition est que le démembrement soit fait sans démission de foi; si la foi étoit divisée, ce seroit démembrement prohibé, parce que cette division nuiroit au seigneur; de-là il s'ensuit que le vassal qui a démembré, doit toujours la foi en totalité, & que toute la féodalité du fief réside dans la portion d'icelui, qu'il a retenu; c'est la conséquence de la proposition précédente: ce qui conserve tous les droits du seigneur, comme on va le développer.

M. Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 9, ch. 3.

XX. La seconde condition est que le vassal doit retenir sur la portion démembrée un droit seigneurial, domanial & inamortissable; sans cela le démembrement ne seroit plus conforme à la coutume; de-là il s'ensuit que le vassal ne peut décharger l'acquéreur de la foi & hommage envers lui, ou de la redevance qu'il a retenue; c'est suite de ce que dessus, parce que telle décharge feroit le démembrement que la coutume prohibe.

Dupleſſis, traité des fiefs, pag. 75: en effet, ce seroit former un franc-aleu d'une terre au préjudice du seigneur immédiat, parce que sans cela son droit seroit anéanti. Voyez le Maître, à la page citée sur la proposition qui suit.

XXI. Lorsque le vassal donne une portion de son fief à cens, cette portion reste toujours tenue du seigneur a foi & hommage; le fait de son vassal ne peut lui nuire; c'est suite de ce que dessus.

Notes sur le Maître, des fiefs, pag. 47.

XXII. Par le même principe, lorsqu'il a vendu les deux tiers de son fief sans démission de foi, il ne peut céder à un tiers la mouvance qu'il a sur la portion retenue, ni sur un autre fief relevant du sien; tout cela est suite de la prohibition.

Voyez Ricard, sur l'art. 203 de la coutume de Senlis; Dupleſſis, pag. 75, & la troisieme proposition de la section qui suit.

SECTION VI.

Des effets du démembrement licite.

(Premiere partie de l'art. 52 de la coutume).

DISTINCTION PREMIERE.

De son effet relativement au vassal & à l'acquéreur de la portion démembrée, & de son effet relativement au seigneur.

XXIII. La portion démembrée ne releve plus immédiatement du seigneur duquel elle relevoit avant le démembrement, mais du vassal qui l'a fait; c'est l'effet du démembrement; & ce qui résulte de ce que dessus, mais sans préjudicier au seigneur.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, ch. 3, pag. 72; & pour le démembrement licite, ainsi qu'on l'a déja dit ci-dessus, il n'est dû aucun droit au seigneur: le Maître, pag 45.

XXIV. De-là il s'ensuit que lorsqu'il arrive mutation dans la portion démembrée, c'est au vassal qui a démembré & aliéné portion de son fief, auquel les droits de mutation appartiennent; second effet du démembrement, mais qui ne nuit pas au premier & vrai seigneur, comme on va l'expliquer.

C'est l'effet naturel de la faculté d'un tel démembrement: on va voir par les propositions suivantes, que le seigneur n'en souffre aucun préjudice.

XXV. Le démembrement une fois fait jusqu'aux deux tiers, il ne peut plus y avoir par la suite de démembrement; le vassal a consommé sa faculté, il ne peut plus démembrer au-delà, autrement il contreviendroit à la loi; troisieme effet du démembrement, dont la faculté

faculté limitée étant conſommée, ne peut plus rien opérer.

Dupleſſis, pag. 75.

XXVI. Si la portion démembrée avoit été donnée à cens, cette portion, quoique d'un fief, devient roture & ſe partage comme telle dans la ſucceſſion de l'acquéreur; quatrieme effet du démembrement, mais qui ne va pas juſques à pouvoir former un franc-aleu, & encore moins à préjudicier au ſeigneur primitif.

La portion démembrée ne peut être donnée en franc-aleu. Dupleſſis, pag. 75.

XXVII. Suivons la conſervation des droits du ſeigneur: lorſqu'il arrive mutation ſur la portion du fief retenu par le vaſſal, & que le vaſſal ou ſes auteurs ont démembré, la mutation eſt cenſée arriver ſur tout le fief, relativement au ſeigneur, quoiqu'elle ne ſoit réelle que ſur la portion retenue; cinquieme effet du démembrement qui eſt relatif au ſeigneur, & qui conſerve tous ſes droits: preuve de cette conſervation déja expoſée.

Art. 52 de la coutume. Brodeau, ſur cet art. num. 2.

XXVIII. De-là il s'enſuit que celui auquel appartient la portion retenue, doit, lorſqu'il fait la foi, la faire pour le tout; c'eſt-à-dire, tant pour la portion retenue, que pour la portion démembrée: c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; c'eſt dans ſa perſonne que réſide toute la vaſſalité relative.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, ch. 3, p. 72.

XXIX. Faute par le vaſſal de faire ainſi la foi, il y a lieu à la ſaiſie féodale pour le tout; c'eſt dans ſa perſonne que le tout réſide légalement, & la portion retenue ouverte, il y a ouverture au tout.

Non habitâ ratione ſub infeudationum vel aliarum alienationum vaſſalli, contra quem de evictione agant ſubvaſſalli coloni, dit Dumoulin, ſur l'art. qui forme le 52 de la coutume, num. 7. Voyez auſſi Bacquet, des francs-fiefs, ch. 2, num. 9.

XXX. De-là il s'enſuit que lorſqu'il y a mutation ſur la portion retenue, pour laquelle mutation eſt dû droit de relief ou de quint, ces droits ſont dûs pour tout le fief; c'eſt-à-dire, tant de la portion retenue que de la portion démembrée; ſixieme effet du démembrement qui eſt relatif au ſeigneur; & cela eſt ſuite de ce que deſſus; c'eſt-à-dire, de la conſervation de ſes droits.

Dumoulin, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente.

XXXI. Ce qui fonde ce que deſſus, eſt que toute la féodalité réſide dans la portion démembrée, & que par une fiction de la loi, celui qui poſſéde la portion retenue, eſt cenſé poſſéder l'intégrité du fief, & tel qu'il étoit avant le démembrement licite, quant à lui, mais toujours étranger au ſeigneur, & par conſéquent, qui ne peut militer contre lui.

Dupleſſis, des fiefs pag. 72.

XXXII. Mais cette fiction ceſſe & n'a pas lieu dans le cas qu'il y a ouverture à confiſquer la portion retenue; la confiſcation ne s'étend pas ſur la portion démembrée, le fait de l'un ne devant nuire à l'autre; c'eſt juſte faveur plus qu'analogie de principes: mais il faut ſe tenir à cette juſtice dans ce cas, comme on s'y tient dans le cas du deſaveu; c'eſt droit acquis.

Dupleſſis, pag. 74.

XXXIII. Il n'en eſt pas de même du retrait féodal lorſqu'il s'ouvre ſur la portion retenue; ce retrait influe ſur le tout, & par cette voie l'acquéreur de la portion démembrée ou ſes ſucceſſeurs, peuvent être évincés par le ſeigneur ſuzerain, & qui étoit réellement le ſeigneur immédiat avant le démembrement, & qui, par la fiction ci-deſſus, eſt toujours regardé comme tel; & ce, en exerçant le retrait féodal qui n'opére pas, comme la confiſcation opéroit, perte du fonds, mais vente & ceſſion forcée; ce qui eſt bien plus favorable.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 72.

XXXIV. Pour cette éviction, ils n'ont aucune garantie; l'éviction eſt légale, ils ont dû la connoître; par conſéquent, il n'en peut réſulter aucun recours de garantie: on parle du retrait & non des droits ſur la portion retenue, dont équitablement ils doivent être acquités.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 10; Dupleſſis, pag. 74, ne leur donne même aucune garantie pour les droits auxquels la mutation de la portion retenue donne lieu, lorſque ces droits ſont dus *in vim legis*, & ſans le fait de l'homme; ce qui me paroît bien dur, puiſqu'ils doivent déja des droits de leur chef à leur ſeigneur immédiat; l'équité & la raiſon doivent faire rejetter ce ſentiment.

DISTINCTION II.

Quand ces effets ceſſent relativement au ſeigneur.

(Derniere partie de l'art. 52 de la coutume).

XXXV. Tous ces effets du démembrement ceſſent relativement au ſeigneur, s'il a approuvé le démembrement du fief mouvant de lui; & en ce cas, il a par ſon propre fait, ſa pleine exécution; en effet, en ce cas, qui pourroit le conteſter, puiſque c'eſt pour lui ſeul que la prohibition a été établie?

Dumoulin, ſur l'art. 54 de la coutume, num. 7, & ſur l'art. 11 de la coutume de S. Omer.

XXXVI. Pour ce, il n'eſt pas néceſ-

faire d'une approbation expreſſe, une approbation tacite ſuffit; cette derniere, comme l'autre, doit produire cet effet.

Voyez Dumoulin, aux art. cités ſur la propoſition précédente.

XXXVII. Dans le cas de cette approbation, il arive que d'un ſeul fief, il s'en eſt formé deux, & que la portion démembrée ne reléve plus du ſeigneur qui a approuvé le démembrement, que comme un arriere-fief du ſien; c'eſt ce qui réſulte d'un tel conſentement, s'il préjudicie au ſeigneur, qui de ſeigneur immédiat devient ſuzerain, qu'il ſe l'impute à lui-même.

Tel eſt ſur ce l'uſage.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE LA RÉUNION DU FIEF SERVANT AU DOMINANT, ET DE LA RÉUNION DE LA CENSIVE AU FIEF, LORSQU'ILS SE TROUVENT EN UNE MÊME MAIN.

SECTION PREMIERE.

DE LA RÉUNION DU FIEF SERVANT AU DOMINANT, LORSQUE LE PROPRIÉTAIRE DU FIEF SERVANT DEVIENT PROPRIÉTAIRE DU DOMINANT.

(Art. 53 de la coutume).

I. LORSQUE le propriétaire du fief ſervant acquiert le dominant, l'un & l'autre ne forme plus qu'un ſeul & même corps de fief, perſonne ne pouvant être vaſſal de ſoi-même: fondement inébranlable de la réunion des deux fiefs en un; porté par notre coutume, & qui a ſa racine dans la raiſon écrite.

Cela réſulte des arrêts rapportés par Loüet, let. F, num. 5; & par ceux rapportés par Brodeau, au même endroit. Voyez le Preſtre, cent. 2, ch. 60, & ci-après, dans le livre dernier, le chapitre de l'extinction qu'opere la confuſion.

II. Cela a lieu généralement, ſoit qu'il ait acquis par acte de commerce, ſoit par ſucceſſion, ſoit par donation ou legs; dans tous ces cas, le principe qu'on ne peut relever de ſoi, eſt le même, & la réunion doit opérer ſon effet, ainſi que la confuſion que produiſent des qualités incompatibles.

Cette réunion ſe fait de plein droit; Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſ. 2, num. 46 & 47; le Maître, des fiefs, ch. 7, pag. 81.

III. Pour cette acquiſition du fief dominant, faite par le propriétaire du fief ſervant, il n'eſt dû au ſeigneur duquel reléve le fief dominant, que le droit ſur le fief dominant & non ſur l'autre qui s'y réunit: voilà le principe puiſé dans la raiſon; ce qu'on développera par la propoſition qui ſuit: autrement ce ſeroit anticiper des droits & les faire valoir avant leur naiſſance.

Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 66 & 67. Voyez la propoſition qui ſuit, qui contient la preuve de celle-ci.

IV. En effet, le ſeigneur ne devient ſeigneur immédiat du fief ſervant, qu'après la réunion de ce dernier à l'autre, qui étoit le ſeul alors qui fût mouvant nuement & immédiatement de lui; ce qui n'eſt pas pour les mutations ſubſéquentes: diſtinction qui forme la propoſition qui ſuit.

Dumoulin, ſur l'art. 23 de l'ancienne coutume num. 47.

V. Mais pour les mutations ſuivantes, & la réunion étant faite, les droits lui ſont dûs ſur les deux fiefs, qui par la réunion n'en forment plus qu'un; c'eſt donc ſur le tout, en ce dernier cas, que les droits que la mutation ouvre lui ſont dûs.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 10, p. 76.

SECTION II.

De la réunion des deux fiefs, lorſque le propriétaire du fief dominant acquiert le fief ſervant.

VI. Pareille réunion que celle ci-deſſus ſe fait lorſque le propriétaire du fief dominant devient propriétaire du fief ſervant; le même principe que ci-deſſus fonde cette réunion.

Brodeau, ſur l'art. 53; Loüet, let. F, num. 5.

VII. Par cette réunion, le fief ſervant reléve à l'avenir nuement & ſans milieu du ſeigneur ſupérieur, & qui avant la réunion n'étoit que le ſeigneur ſuzerain du fief ſervant; mais comme telle réunion eſt nuiſible au vaſſal, quoique ce ſoit ſon fait, & par conſéquent, ſa volonté qui l'opére ſa volonté

contraire l'empêche, comme on l'expliquera par la ſection ſixieme ci-après.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, ch. 1, p. 76.

VIII. Mais pour la premiere acquiſition qui forme la réunion du fief ſervant au dominant, ainſi que dans le cas de la ſection précédente, il n'eſt dû aucun droit au ſeigneur ſupérieur; il ne devient ſeigneur immédiat que par la réunion; il faut donc qu'elle ſoit conſommée pour opérer effet à ſon égard: le même principe de la ſection précédente, doit donc décider ici.

Dumoulin, ſur l'art. 23 de l'ancienne coutume; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 66 & 67; Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, page 76.

IX. En effet, au moment que ſe fait cette réunion, la mouvance ſur le fief ſervant, appartient au propriétaire du fief dominant, qui en fait l'acquiſition, & non à ſon ſeigneur: preuve de la propoſition précédente qu'il ne doit aucun droit, puiſqu'il ſeroit dû à lui-même.

Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, ſubdiviſion derniere, pag. 98.

X. Mais par la ſuite arrivant mutation des deux fiefs réunis, & qui par la réunion n'en forment plus qu'un, les droits ſont dûs à raiſon des deux fiefs au ſeigneur duquel releve le fief dominant, & duquel releve ainſi le fief qui étoit ſervant avant la réunion, & ſur lequel il n'avoit avant la réunion que la ſuzeraineté, mais dont la réunion l'a rendu ſeigneur immédiat; c'eſt ſuite de ce que deſſus, le même principe décidant dans le cas de cette ſection, comme dans celui de la ſection précédente.

Dupleſſis, à la page 76 citée ſur l'avant-derniere propoſition; mais la loi laiſſe la voie d'empêcher la réunion, comme on l'expliquera par la ſect. 6, ci-après.

SECTION III.

De la réunion de la cenſive au fief, lorſque l'un & l'autre ſe trouvent en même main, & du partage de l'héritage comme noble, lorſqu'il a été réuni au fief.

XI. Par le même principe, que notre propre choſe ne peut être aſſervie envers nous, que perſonne ne peut être vaſſal de ſoi-même, ſi le propriétaire d'un fief acquiert l'héritage tenu à cens du fief à lui appartenant, ce même héritage ſe réunit au fief; cela eſt ſuite de ce principe; c'eſt à lui à empêcher la réunion s'il ne la veut.

Jugé par l'arrêt des Bragelonnes, du 2 février 1601, rapporté par Louet, let. F, num. 5; Dumoulin, ſur l'art. 1 de la coutume, gloſ. 1. *in verbo* le ſeigneur féodal, num. 45; le Preſtre, cent. 2, chap. 60.

XII. Il en eſt de même, lorſque le propriétaire de l'héritage roturier acquiert le fief dans la cenſive duquel ſon héritage étoit aſſis; c'eſt le même principe qui produit cet effet; c'eſt la même médaille qu'il faut retourner pour la voir de ſes deux côtés.

Brodeau, ſur l'art. 53, num. 10.

XIII. Par cette réunion de l'héritage au fief, dans la cenſive duquel l'héritage étoit, l'héritage devient héritage noble, & ſe partage comme tel; c'eſt l'effet naturel de la réunion, l'acceſſoire devant ſuivre la nature de ſon capital.

Brodeau, ſur l'art. 53, num. 3; le Maître, des fiefs, ch. 7, pag. 83, à la fin.

XIV. Il ſe partage ainſi, parce que le fief & l'héritage ſe trouvant dans la même main, ſe réunit au fief duquel il avoit été originairement détaché.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, pag. 76.

XV. Lorſque le propriétaire du fief acquiert un héritage, étant dans ſa cenſive, il ne doit pour cette acquiſition aucun droit au ſeigneur duquel ſon fief eſt mouvant, parce que lors de la réunion, il avoit lui-même le droit immédiat ſur l'héritage par lui acquis; qualité qui le met inconteſtablement à couvert du droit.

Voyez les autorités citées ſur la quatrieme propoſition de la ſection précédente: Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ſect. 1, chap. 2, ſubdiviſion derniere, pag. 98.

XVI. Lorſque le propriétaire de l'héritage acquiert le fief dans la cenſive duquel ſon héritage eſt ſitué, il ne doit au ſeigneur duquel le fief eſt mouvant, ainſi que dans le cas de la propoſition précédente, que le droit de ſa mutation pour raiſon du fief, & non pour raiſon de l'héritage qu'il poſſédoit déja; en effet, par rapport à ce dernier objet, il n'y a pas de mutation dans ſa perſonne, mais après la réunion de la cenſive au fief, s'il arrive mutation qui faſſe ouverture à un droit utile, le droit eſt dû au ſeigneur ſur le tout, comme ci-deſſus; c'eſt l'application du même principe déja expliqué, & qui décide dans tous ces différens cas.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, pag. 76.

SECTION IV.

Si la réunion forme un propre.

XVII. La réunion de l'héritage acquêt au fief qui étoit propre, ou du fief acquêt à l'héritage qui étoit propre, ne forme pas un propre; la réunion n'empêche pas que ce ne ſoit une acquiſition qui ne peut faire un propre; la réunion n'étant que relative aux mouvances & non aux ſucceſſions, qui ont

leurs regles particulieres, & dans leſquelles il n'y a de propres que ce qui eſt patrimonial.

Brodeau, ſur l'art. 53, num. 21 ; le Maître, tit. des fiefs, ch. 7, pag. 82.

XVIII. De-là il s'enſuit que dans le partage de la ſucceſſion de celui qui avoit un fief propre & qui avoit acquis un héritage dans la cenſive de ce fief, le fief paſſe à l'héritier des propres, & l'héritage à celui des acquêts ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, & ce qui conſerve tout juſte intérêt ; c'eſt droit commun, ſauf l'inexécution des conventions.

Il en eſt autrement quand la réunion ſe fait par l'inexécution des conditions de l'inveſtiture : en ce cas, telle réunion a effet rétroactif, & forme des propres ſi le fief eſt propre. Voyez Dumoulin, ſur l'art. 43, num. 167 & ſuivans ; en effet, en ce cas, c'eſt vrai droit héréditaire, c'eſt ancien droit, à l'origine duquel il faut remonter pour en déterminer la nature : c'eſt la loi qui fait les propres, & non la volonté de l'homme.

XIX. Dans ce cas de la réunion, l'héritier des acquêts tient à cens ſon héritage de l'héritier des propres ; leur juſte intérêt faiſant ceſſer la réunion ; de même, dans la ſucceſſion de celui qui ayant un héritage propre auroit acquis le fief dans la cenſive duquel ſon héritage étoit, l'héritage paſſe à ſon héritier des propres & le fief à celui des acquêts, qui redevient par la diviſion des deux objets, le ſeigneur de l'héritage qui paſſe à l'héritier des propres ; c'eſt la ſuite du même principe.

Pontanus, ſur la coutume de Blois, & la note ſur la propoſition ſuivante ; ce qui concilie tous les intérêts.

XX. Il en eſt de même dans la ſucceſſion de celui qui avoit un fief propre & qui a acquis celui dont ſon fief étoit mouvant ; le fief propre reſte à l'héritier des propres, & le fief acquis appartient à l'héritier des acquêts, & les mouvances qui ſubſiſtoient avant la réunion reviennent ; c'eſt une ſuite néceſſaire de la diviſion de la ſéparation des deux objets que la même main réuniſſoit, mais que deux différentes mains ſéparent par un droit légal ; c'eſt l'application du même principe qu'on développe par tous les exemples dans lequel il milite.

Mais pour cette premiere diviſion, il n'eſt dû aucun droit par celui qui recueille le fief mouvant de l'autre ; M. le Maître, tit. des fiefs, page 33. Sur cela, voyez Dumoulin, ſur l'article 30, num. 175 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 4 & 5 ; de Renuſſon, des propres, pag. 87, num. 10, & ſuivans, où il explique le ſentiment de Dumoulin ; & la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 10, pag. 76.

SECTION V.

Que la réunion faite ne peut plus par la ſuite ſe détruire par celui dans la perſonne duquel elle s'eſt faite, & qu'elle eſt plus nuiſible qu'utile.

XXI. La réunion une fois faite, celui dans la main duquel elle s'eſt faite, ni ſes héritiers ne peuvent plus l'empêcher, ſi ce n'eſt dans le cas que des deux objets réunis, l'un ſoit propre, l'autre acquêt ; c'eſt droit conſommé ; c'eſt exécution de la premiere diſpoſition de la loi, qui ne peut plus ceſſer que par ſa diſpoſition même, & non par la volonté de l'homme après s'y être conformé.

Brodeau, ſur l'art. 53, num. 3 ; Ricard, ſur le même article ; Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, pag. 77 ; le Maître, des fiefs, pag. 82.

XXII. Elle eſt plus nuiſible qu'avantageuſe, ce que la ſuite va développer ; en effet, par la réunion, le propriétaire du fief dominant qui a acquis le fief ſervant, perd ſa directe ſur icelui ; premier déſavantage auquel il eſt prudent de parer, puiſque la loi en laiſſe la voie.

Cette directe, une fois éteinte, ne revivroit pas, même par le partage des deux fiefs réunis qui pourroit ſe faire par la ſuite ; le Maître, tit. des fiefs, pag. 84 ; ce qu'on ne doit entendre que ſauf les droits des héritiers des propres & des acquêts.

XXIII. Par la réunion, les mutations influent ſur la portion réunie, & rend le ſuzerain ſeigneur immédiat ; ſecond déſavantage de la réunion.

Dupleſſis, pag. 76 ; Brodeau, ſur l'art. 73 ; voyez la quatrieme propoſition de la ſection ſeconde ci-deſſus.

XXIV. Par la réunion de deux fiefs en un, le fief réuni en un, ne peut plus être vendu que ſuivant les formes & les réſerves du démembrement ci-deſſus expliqué ; en effet, par la réunion ce n'eſt plus qu'un ſeul & même fief : troiſieme déſavantage, mais cela eſt bien rigoureux, car dans l'origine c'étoit deux fiefs.

Voyez le chapitre de la prohibition de démembrer.

SECTION VI.

Du moyen d'empêcher les réunions ci-deſſus, & ſi l'on peut détruire la déclaration contraire à la réunion lorſquelle a été faite.

(Derniere partie de l'art. 53 de la coutume).

XXV. La réunion du fief ſervant au dominant, de la cenſive au fief, n'a pas lieu, ſi celui dans la main duquel elle ſe devoit faire

fait une déclaration contraire incontinent après ſon acquiſition, contenant qu'il empêche la réunion & qu'il veut tenir les deux objets ſéparément & non réunis : ſage précaution de la coutume, par laquelle elle conſerve tout intérêt.

La réunion ſe fait de plein droit, ſi elle n'eſt empêchée par une déclaration contraire qui doit être faite incontinent ; celle faite après un intervalle ſeroit inefficace, la réunion ſeroit conſommée ; arrêt du 21 juillet 1639, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 8, ch. 31.

☞ Voyez encore les deux arrêts des 9 & 29 Mai 1748, rapportés par Jacquet, en ſon traité des fiefs, chap. 6, pag. 134 & ſuivantes ; ces deux arrêts décident conformément aux principes que la réunion s'opere de plein droit, faute de déclaration de non-réunion.

XXVI. La loi lui donne cette faculté pour conſerver ſes droits, c'eſt ſon fait qui auroit fait la réunion, il eſt juſte que ſa volonté puiſſe l'empêcher, & il eſt prudent de le faire, puiſque la réunion a des déſavantages ; & dans le cas de cette déclaration, l'héritage roturier acquis par celui qui avoit déja le fief, dans la cenſive duquel cet héritage étoit reſté toujours roturier, il ſe partage comme tel dans ſa ſucceſſion ; c'eſt le juſte effet de la déclaration contraire à la réunion que la coutume autoriſe, & qui conſerve encore la directe.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, pag. 77.

XXVII. Suivons la directe. Dans ce même cas, ce même héritage reſte dans la cenſive du fief de cet acquéreur, & n'augmente pas la cenſive ou mouvance du ſeigneur, duquel ſon fief eſt mouvant ; le milieu eſt reſte & reſte dans ſon intégrité.

Article 53 de la coutume.

XXVIII. Par le même principe, celui qui a acquis un fief relevant du ſien, conſervant le droit de ſeigneurie ſur le fief par lui acquis, peut librement diſpoſer de ce fief par lui acquis, ſans tomber dans la prohibition du démembrement, puiſque c'eſt à lui auquel appartient la directe ſur ce fief ; dans tous ces différens cas, le même principe décide.

Note marginale ſur Dupleſſis, pag. 77, & la propoſition qui ſuit.

XXIX. En effet, au moyen de la déclaration ſuffiſante pour empêcher la réunion, les deux fiefs reſtent toujours diſtincts & ſéparés, & ne forment pas un ſeul & même corps de fief ; il n'y a donc plus alors prohibition au démembrement, mais la déclaration pour empêcher la réunion, doit ſe faire incontinent après l'acquiſition de la part du vaſſal ou cenſitaire, ſinon la réunion ſe fait de plein droit ; c'eſt la loi municipale qui la produit, s'il n'y a déclaration contraire & non ſuſpecte.

Chopin, ſur ce titre, num 25 ; Dupleſſis, pag. 77.

XXX. Lorſqu'elle eſt faite, elle ne peut plus être révoquée, ni par celui qui l'a faite, ni par ſes héritiers, ſauf à l'égard de ces derniers, les limitations ci-deſſus marquées ; c'eſt droit conſommé à ſon égard, ſauf le droit des tiers ; c'eſt-à-dire, des héritiers des propres & des acquêts.

Voyez les autorités ſur la premiere propoſition de la ſection 5 ci-deſſus, & les limitations tombent ſur le démembrement du fief ſervant. Voyez Brodeau, ſur l'art. 53, num. 33, & Ricard, ſur cet article.

SECTION VII.

Quelle loi régit la réunion lorſque le fief ſervant & le dominant ſont ſitués dans différentes coutumes.

XXXI. Dans ce cas, c'eſt la coutume du fief dominant qui régle s'il y a réunion ou non, & c'eſt ſuivant cette même loi, que la réunion doit être empêchée ; celle-là doit prédominer ſur l'autre.

Telle eſt l'opinion commune ſur le fondement de la maxime, *que l'acceſſoire doit ſuivre ſon principal.*

XXXII. Mais dans la ſucceſſion de celui qui a fait ou qui a empêché la réunion, chacun des deux fiefs eſt toujours régi par la coutume dans le reſſort de laquelle il eſt ſitué ; c'eſt ſtatut réel que le fait de celui qui y étoit ſoumis ne peut affoiblir.

La maxime, que les coutumes ſont réelles, fonde cette propoſition, & la met hors de doute.

SECTION VIII.

Comment ſe fait la réunion relativement à la communauté.

XXXIII. Cette réunion a lieu par rapport à la communauté ; elle a lieu dans tous les cas, où il arrive que pendant la communauté, le mari a acquis les deux objets, l'un dominant, l'autre ſervant ; il y a réunion des deux fiefs en un, en ce cas, s'il n'y a déclaration contraire.

Brodeau, ſur l'art. 53, num. 24 ; les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre 13, article 9 ; ce qui s'entend des conquêts ; Dupleſſis, des fiefs, livre 10 ; pag. 78 ; & le Maître, pag. 83 ; mais non par rapport aux propres des conjoints.

XXXIV. Mais le mari, chef de la communauté, l'empêche par une déclaration contraire ; ſon fait comme maître de la communauté influant ſur tout ce qui la compoſe, & ce qu'il a fait, milite par cette qualité contre la femme.

Le Maître, traité des fiefs, pag. 83.

XXXV. Si l'un de ces deux objets qui peuvent faire la matiere de la réunion étoient propres au mari, la réunion ſe fait pour le tout, s'il ne l'empêche; mais ſous la limitation expliquée dans la propoſition ci-après; en effet, en ce cas, la réunion ne peut être parfaite; ce n'eſt pas abſolument une même main qui poſſéde.

Bacquet, des droits de juſtice, chap. 14, num. 15; Brodeau, ſur l'art. 53, num. 27; & les arrêtés cités ſur l'avant-derniere propoſition, & celle qui ſuit.

XXXVI. En effet, cette réunion ne nuit pas à la femme, en cas qu'elle accepte la communauté; elle a toujours ſa portion dans ce qui eſt conquêt, & il ſe fait en ce cas, pour la lui fournir, un démembrement forcé & inévitable, & autrement ce ſeroit un préciput au préjudice de la femme.

Brodeau, ſur Louet, lett. F, num. 5.

XXXVII. Lorſque l'un de ces deux objets propres, l'eſt à la femme, il ne ſe fait de réunion qu'après le partage de commuuauté, & il n'y a réunion que pour la portion du conquêt qui eſt échue à la femme; elle n'eſt que ſpectatrice de l'adminiſtration de ſon mari, au lieu que le mari eſt maître de la communauté; ce qui fonde cette différence; & même il eſt juſte de lui donner le droit de l'empêcher lorſqu'elle devient maîtreſſe de ſes droits; c'eſt l'eſprit de la coutume, il faut avoir pu agir pour que le ſilence ou l'inaction ſoient nuiſible.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 10, pag. 78, à la fin; Chopin, ſur ce titre, num. 18, avoit penſé que le propriétaire, par indivis, d'un fief, acquérant la cenſive qui en releve, la réunion ſe fait pour le tout; Dupleſſis, pag. 79, dit avec raiſon, que cette opinion n'eſt pas bonne; voyez le Maître, titre des fiefs, p. 83.

SECTION IX.

Si le franc-aleu eſt ſuſceptible de réunion.

XXXVIII. Le franc-aleu eſt ſuſceptible, comme le fief ſervant ou l'héritage tenu à cens, de la réunion; en effet, de cette aptitude à la réunion, il s'enſuit que ſi un ſeigneur acquiert un franc-aleu étant dans l'enclave de ſa ſeigneurie, il ſe réunit à icelle, parce que perſonne ne peut être privilégié contre ſoi-même. Cependant il n'y avoit pas dans ce cas tant d'imcompatibilité que dans celui des ſections précédentes; mais c'eſt une ſuite des principes adoptés par la coutume.

Voyez Chopin, ſur la coutume de Paris, liv. 1, tit. 2, num. 26; & telle eſt, ſur ce, l'opinion commune, ſauf la limtation qui ſuit.

XXXIX. Cependant l'acquéreur de ce franc-aleu peut empêcher la réunion d'icelui à ſon fief, en faiſant une déclaration contraire; ſa volonté préſumée eût fait la réunion, ſa volonté contraire l'empêche, puiſque la loi l'autoriſe ſur ce, & donne effet à une telle déclaration; & c'eſt ſon intérêt de la faire, puiſque la réunion lui nuiroit & profiteroit à ſon préjudice au ſeigneur duquel il releve.

L'artic. 53 de la coutume, tombe ſur le franc-aleu, ainſi que ſur les fiefs, puiſqu'il ne diſtingue pas, & que ſa diſpoſition eſt générale; on doit donc l'appliquer à ce cas.

XL. Mais le propriétaire d'un franc-aleu acquérant l'héritage tenu à cens joignant ſon franc-aleu, il ne ſe fait aucune réunion, n'y ayant nulle relation de l'un à l'autre.

Le franc-aleu ne peut être augmenté par *le fait* du propriétaire, ce qui n'eſt pas du fief; l'accroiſſement au premier, c'eſt-à-dire, au franc-aleu, préjudicieroit à des tiers, l'accroiſſement à l'autre ne leur préjudicie pas, & au contraire, il leur eſt avantageux; ce qui fonde la diſtinction.

TROISIEME PARTIE DES FIEFS.

DES DROITS APPARTENANS A DE CERTAINS SEIGNEURS, ET POUR LESQUELS IL FAUT TITRE.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT DE JUSTICE.

SECTION PREMIERE.

QUE TOUT DROIT DE JUSTICE VIENT DU ROI, ET QUE POUR CE IL FAUT TITRE

I. QUOIQUE les juſtices ſoient devenues patrimoniales, les propriétaires des fiefs ne les y ont attachés que par uſurpation; telle eſt l'origine des juſtices ſeigneuriales; l'hiſtoire des tems de trouble & de confuſion le manifeſte.

Voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 1, num. 79, pag. 6; Dumoulin, ſur l'art. 41 de la coutume d'Anjou, & ſur le quarante-huitieme de celle du Maine; Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, pag. 64, atteſtent cette origine. Sur la qualité de patrimoniale, voyez Loyſel, titre des fiefs, regle premiere, & de l'Hommeau, livre 2, maxime 4.

II. Tout droit de juſtice vient du roi en qui réſide la puiſſance, & nul ſeigneur n'en a droit que par la conceſſion des rois; ce qui les purifie du vice de leur origine.

Arrêt du dernier janvier 1674, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 2: voyez Bacquet, des droits de juſtice.

III. De-là il réſulte que nul ne peut poſſéder juſtice à titre de franc-aleu, la foi & hommage en eſt toujours dûe au roi, puiſque le droit d'icelle ne peut provenir que de ſa majeſté.

Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu. Nul ſeigneur, autre que le Roi, ne peut l'accorder à ſon vaſſal; & s'il le fait, telle juſtice ne tient que juſqu'à ce qu'on s'en plaigne; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 4, num 60, pag. 23; ce qui confirme cette propoſition, qui eſt une ſuite des deux précédentes.

IV. De ce que deſſus, il réſulte encore que nul ſeigneur n'a droit de juſtice, s'il n'a titre qui l'établiſſe en ſa faveur, ou poſſeſſion immémoriale, qui à cet égard, vaut titre; c'eſt même une faveur que d'admettre ſur cela l'effet d'une telle poſſeſſion.

Loyſeau, des ſeigneuries, chap. 4, num. 65, pag. 25, eſtime que la poſſeſſion n'eſt pas ſuffiſante pour ce; ce qui me paroît contraire à l'uſage; ſur quoi l'on peut obſerver que réguliérement le titre de ſeigneur d'un tel village appartient au ſeigneur haut-juſticier, & non au ſeigneur féodal; Lapeyrere, let. S, déciſion 13, pag. 409: mais juſtice & fief n'ont rien de commun; ce qui me paroît inconteſtable, & c'eſt ce que diſent, après Dumoulin, Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, pag. 63; Loyſeau, des ſeigneuries, p. 69. Voyez Dumoulin, ſur Paris, article 1, gloſſ. 5, n. 44, & ſur l'art. 33, gloſſ. premiere, n. 105; de l'Hommeau, liv. ſecond, maxime 3.

V. On a dit, poſſeſſion immémoriale, parce que les aveux & dénombremens ſuffiſent pour la preuve de cette poſſeſſion, & tel eſt l'uſage; ainſi telle poſſeſſion vaut donc titre; c'eſt faveur ſur ce droit, puiſqu'il eſt adopté.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 5, pag. 8; mais par rapport au roi, il en faut au moins trois conſécutifs qui aient été reçus à la chambre des comptes, ſans cela la poſſeſſion ſeroit inſuffiſante, & le droit de juſtice reſteroit dans ſa vraie ſource.

VI. Lorſque la juſtice eſt conteſtée entre deux ſeigneurs, le droit d'icelle remonte par proviſion à ſa ſource, & s'exerce au nom du roi juſqu'à la déciſion; c'eſt encore une ſuite des principes ci-deſſus.

Cette propoſition réſulte évidemment des précédentes, & c'eſt le ſentiment de Bacquet, des droits de juſtice, ch. 6, pag. 6.

VII. De la propoſition précédente il réſulte que la proviſion, au ſujet du droit de juſtice, ne s'accorde jamais contre le roi; autre ſuite des mêmes principes, & lorſqu'elle eſt commune, c'eſt au nom du roi qu'elle doit être rendue; le contraire ſeroit un écart au reſpect dû à la majeſté royale.

Lorſque la juſtice eſt commune entre le roi & un ſeigneur, elle doit être rendue au nom du roi; Bacquet des droits de juſtice, chap. 19,

numero 2, pag. 33; ce qui forme la troiſieme propoſition de la ſect. qui ſuit, & ce qu'il eſt à propos d'obſerver ici, comme une autre preuve de ce que deſſus.

VIII. De ce que deſſus, il réſulte encore que dans la donation faite par le roi du fief auquel le droit de juſtice ſeroit attaché, le droit de juſtice n'eſt pas cenſé compris dans la donation, s'il n'y eſt exprimé; c'eſt encore une ſuite de ce que deſſus.

Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, ch. 6, num. 5, pag. 10; ſauf la limitation qui ſuit.

IX. Cependant, l'expreſſion *que le roi donne les circonſtances & dépendances du fief*, ſuffit pour y comprendre le droit de juſtice, lorſque ce droit étoit attaché au fief; & c'eſt le juſte effet de ces termes qui en doivent produire un.

Bacquet, au chapitre cité ſur la propoſition précédente.

SECTION II.

Comment les ſeigneurs doivent faire rendre la juſtice à leurs vaſſaux & cenſitaires.

X. Les ſeigneurs ne peuvent rendre la juſtice par eux-mêmes, ils ſont obligés de commettre des juges capables de la rendre, autrement ce ſeroit abus.

Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 1, num. 43, atteſte cette impuiſſance.

XI. Par une ſuite de cette impuiſſance, ils ſont civilement garans du fait de leur juge; ce qui néanmoins dans l'uſage reçoit peu d'application.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 17.

XII. Si la juſtice étoit commune entre le roi & quelque ſeigneur, elle doit être exercée au nom du roi, & par ſes officiers; ſa ſouveraineté exclut, quant à ce, tout concours, comme incompatible avec elle; ce qu'on a déja obſervé en examinant l'origine & la ſource de ces offices; ce qui n'influe pas ſur l'utile.

Voyez la note ſur la ſeptieme propoſition de la ſection précédente, mais les profits de juſtice, dont il ſera parlé ci-après, ſe partagent entre le roi & le ſeigneur; c'eſt émolument partageable.

XIII. Le juge du ſeigneur peut connoître de tout ce qui concerne le domaine & les droits, tant caſuels qu'ordinaires du ſeigneur, ſans pouvoir être pour ce récuſé, & c'eſt un juſte uſage; il peut même connoître des baux & ſous-baux, tant de ce qui eſt en fief que de ce qui eſt en roture; ce qui fonde d'autant plus la premiere propoſition de cette ſection, que les ſeigneurs ne peuvent rendre la juſtice par eux-mêmes.

Telle eſt la juriſprudence; voyez l'ordonnance de 1667, qui fonde ce pouvoir; & Loyſeau, des offices.

XIV. Cette compétence eſt fondée ſur l'inconvénient qu'il y auroit ſi les ſeigneurs diſperſoient leurs titres, & ſur leur intérêt de les avoir réunis dans un même lieu.

C'eſt ſur l'ordonnance qu'on vient de citer, & ſur l'inconvénient qu'il y auroit à rejetter cette compétence, qu'eſt fondée la juriſprudence atteſtée ſur la propoſition précédente.

XV. Les juges des ſeigneurs exercent la police & réglent les poids & meſures; c'eſt ſuite de leur qualité.

Voyez ſur ce Bacquet, des droits de juſtice, ch. 27, & 28; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 9, pag. 48 & ſuivantes.

SECTION III.

Des profits de juſtice.

XVI. Les profits de juſtice ſont plus ou moins étendus, ſuivant la qualité de la juſtice; ce qu'on va expliquer. Il y a trois ſortes de juſtices ſeigneuriales, la haute, la moyenne & la baſſe: qualités qui en différencient l'étendue, ainſi que les profits.

Sur ces trois différens degrés de juſtice ſeigneuriale, voyez Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 2, pag. 2, 3 & 4; Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch. 10, p. 52 & ſuivantes.

XVII. Les fourches patibulaires ſont les marques de la haute juſtice, elles ne peuvent être que de quatre piliers; elles annoncent, mais ne prouvent pas toujours.

Sur ces ſignes viſibles, voyez Loiſeau, des ſeigneuries, ch. 4, num. 67, 68 & ſuivans, pag. 24.

☞ Le nombre des piliers des fourches patibulaires eſt réglé par les diſpoſitions des différentes coutumes, ſuivant la qualité de comte, de baron, de marquis, &c.

Si ces piliers ſont tombés, le ſeigneur ne peut les faire relever ſans une permiſſion du roi, s'il y a an & jour qu'ils ſont tombés. Voyez Bacquet, des droits de juſtice, chap. 9.

On ne doit attacher à ces ſortes de piliers que les corps des hommes exécutés à mort, & non ceux des femmes, ainſi qu'il a été jugé par arrêt rendu en forme de réglement en la tournelle criminelle, le 30 mars 1733.

XVIII. De telle eſpece que ſoit la juſtice, les amendes appartiennent toujours au ſeigneur; il en eſt de même du greffe & du tabellionage, & le ſeigneur peut les affermer.

L'uſage fonde cette propoſition; cependant, comme la réception des contrats n'a rien de commun avec le droit de juſtice, ſur la queſtion de ſavoir ſi tout ſeigneur juſticier a droit de tabellionage, voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 25, pag. 239 & ſuivantes.

XIX. Mais les droits de deshérence, de confiſcation

confiſcation & de bâtardiſe, dont il ſera parlé ci-après, n'appartiennent qu'au ſeigneur haut-juſticier ; ces droits forment la matiere de la ſection ſixieme ; ainſi, comme le dit Loyſeau, le droit de juſtice conſiſte en pouvoir, honneur & profit, mais ce profit a ſes juſtes charges.

Ils lui appartiennent, à l'excluſion du ſeigneur féodal du fief ou de l'héritage, qui eſt dans le cas de la confiſcation ou de la deshérence ; Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, chap. 1, pag. 64 ; Bacquet, des droits de juſtice, chap. 11, num 1, pag. 37.

SECTION IV.

Des charges auxquelles le droit de juſtice aſſujettit le ſeigneur.

XX. Le ſeigneur qui a droit de juſtice eſt obligé de faire faire, à ſes frais, le procès aux coupables de crimes commis dans l'étendue de ſa juſtice ; premiere charge de ce droit ; & par une ſuite d'icelle, ils ſont obligés de nourrir pendant l'inſtruction des procès, les coupables détenus dans leurs priſons ; outre cela, ils ſont obligés de pourvoir à la ſubſiſtance de l'enfant trouvé expoſé dans l'étendue de leur juſtice ; ſeconde charge du droit de juſtice, & toutes ces charges ſont ordre public.

Arrêt du 20 mars 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 36 ; autre arrêt du dernier Juin 1664, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 16 ; voyez auſſi celui rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 1, ch. 13 ; & au même volume, liv. 6, ch. 31, où ſe trouve l'arrêt du dernier juin 1664, qui eſt un arrêt de réglement. Par celui du 3 mai 1667, rapporté dans le troiſieme volume, la cour a réglé ce que chacun des hauts-juſticiers de Paris, devoit contribuer pour la nourriture des enfans expoſés dans la ville. Voyez auſſi Pocquet de Livoniere, en ſon traité des fiefs, chap. des enfans trouvés.

XXI. Toutes ces charges ſont indépendantes de la qualité de la juſtice, enſorte que celui qui a droit de baſſe juſtice y doit ſatisfaire ; mais tous ne ſont tenus de la réparation des chemins, que comme les autres propriétaires ; c'eſt-à-dire, à proportion de leur poſſeſſion.

Quant à la réparation des chemins, étant dans la ſeigneurie, par arrêt du 21 mai 1686, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 3, il a été jugé que le ſeigneur étoit ſeulement tenu d'y contribuer avec les autres ; ainſi cela n'eſt pas charge de la juſtice.

SECTION V.

Des matieres dont les juges des ſeigneurs peuvent connoître.

XXII. Ils ne peuvent connoître du crime de léze-majeſté, du port d'armes, de la fauſſe monnoie, de l'incendie volontaire, du rapt & du violement ; de même, ils ne peuvent connoître des cauſes dans leſquelles l'égliſe eſt intéreſſée, parce que l'égliſe eſt toujours ſous la protection des rois.

Voyez l'ordonnance de Crémieu, elle fonde la propoſition, dans ſa derniere partie. Sur la premiere, voyez Loyſeau des ſeigneuries, chap. 13, n. 43, & le nombre 4 du chap. 14 du même traité.

☞ Les hauts-juſticiers peuvent connoître des cauſes d'entre les nobles & les eccléſiaſtiques, apposer les ſcellés ſur leurs effets, & faire inventaire lorſqu'ils décédent dans l'étendue de leur territoire. Voyez la déclaration du 24 février 1537, donnée en interprétation de l'édit de Crémieu ; ce qui a été confirmé par nombre d'arrêts, & notamment par celui rendu ſur les concluſions de M. l'avocat général de Saint-Fargeau, le 28 février 1761, qui a maintenu les officiers de la haute-juſtice d'Ourcamp, appartenante à M. le cardinal de Gêvres, en ſa qualité d'abbé dudit lieu, dans le droit d'apposer les ſcellés ſur les effets des eccléſiaſtiques décédés dans l'étendue de leur juriſdiction, & dans le droit de connoître de toutes cauſes & matieres, entre les nobles, eccléſiaſtiques & communautés, en conformité de la déclaration interprétative de l'édit de Crémieu.

XXIII. Les lettres-royaux ne peuvent être adreſſées à ces juges, ni les commiſſions rogatoires des juges-royaux ; hors ces cas, ils ont capacité & qualité pour connoître de toutes conteſtations qui ſurviennent entre leurs juſticiables, & des délits commis dans l'étendue de leur juſtice.

Loyſeau, en ſon traité des offices ; voyez ſur cette propoſition & les précédentes, & ſur les cas royaux, dont les juges des ſeigneurs ne peuvent connoître, Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, ch. 7, pag. 11.

XXIV. On a vu dans la ſection ſeconde, qu'ils pouvoient connoître des droits du fief, ſans pour ce, être récuſables, quoique le ſeigneur ſoit partie ; & les ſeigneurs peuvent revendiquer leurs juſticiables, parce que ces juſtices ſont devenues patrimoniales ; c'eſt exécution de leur compétence, mais c'eſt la porter bien loin que d'en faire émaner un droit de revendication, lorſqu'aucune partie ne décline.

Cela auroit lieu, encore que les contractans ſe fuſſent ſoumis à la juriſdiction royale ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 8, pag. 18 ; ce qui prouve d'autant plus la propoſition ; mais c'eſt en ce cas même que cela me paroît dégénérer en abus.

XXV. Le juſticiable du ſeigneur peut-il décliner la juriſdiction royale, s'il n'eſt revendiqué par ſon ſeigneur ? il ſemble qu'il a pour lui la régle *actor ſequi debet forum rei* ; mais d'un autre côté, abſtraction faite de l'intérêt du ſeigneur, ces juſtices ſont peu favorables. Cependant, c'eſt à cette régle qu'il faut ſe tenir.

J'ai entendu au châtelet rejetter un tel déclinatoire ; il eſt cependant conforme aux régles de l'ordre judiciaire.

SECTION VI.

Des droits appartenans aux hauts-juſticiers.

(Art. 167 & 183 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De la confiſcation.

XXVI. Le droit de confiſcation & les ſuivans, n'appartiennent qu'aux ſeigneurs hauts-juſticiers, comme on a déja pu le remarquer ; on va expliquer les ſuites de ce droit, qui étoit inconnu dans l'ancien droit romain ; c'étoit une mauvaiſe politique ou une inattention ſenſible.

Ce droit appartient à celui qui avoit la haute-juſtice, lors du crime commis, & non à celui qui la poſſéde lors de la condamnation, qui n'eſt que déclarative d'un droit acquis par le crime ; Dumoulin, ſur l'art. 1, de la coutume, gloſ. 1, num. 68 ; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 5 ; Chopin, du Domaine, liv. 2, tit. 5, n. 5 ; Bacquet, des droits de juſtice, pag. 37, & cela réſulte de l'art. 183 de la coutume ; elle n'a été introduite chez les romains que par la loi *Cornelia*.

XXVII. Qui confiſque le corps confiſque les biens ; c'eſt la diſpoſition textuelle de la coutume : expreſſion forte du droit de confiſcation ; c'eſt droit commun dans le royaume.

Sur cette régle voyez Bacquet, des droits de juſtice, chapitre 15, page 61 & ſuivantes. *Quid* ? ſi indépendamment de la confiſcation, il y a amende adjugée au ſeigneur confiſcant, cette amende eſt-elle préférable à l'intérêt civil, adjugé à la partie ? Par l'arrêt du 10 mars 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, la cour a jugé que l'intérêt civil étoit comme vraie dette, préférable à l'amende adjugée au roi ; juſte interprétation de cette diſpoſition de notre coutume.

XXVIII. De la propoſition précédente, il s'enſuit que les biens de celui qui a encouru mort civile, appartiennent au ſeigneur haut-juſticier par droit de confiſcation ; c'eſt la conſéquence de la maxime qu'on vient de rapporter ; telle eſt l'exécution de cette maxime qui n'influe pas ſur la ſimple accuſation.

Mais la ſimple accuſation ne ſuffit pour ce, & ſi l'accuſé meurt pendant l'inſtruction, la confiſcation n'a pas lieu. Baſſet, tom. 2, liv. 3, tit. 10, chap. 1. Voyez dans le premier livre, le titre de la mort civile, où cela eſt établi.

XXIX. Ce droit a ſes limites ; en effet, le droit de confiſcation n'embraſſe que les biens qui ſe trouvent dans l'étendue de ſa ſeigneurie : c'eſt droit réel ; c'eſt donc ſur ces biens qu'il eſt borné, ſauf les droits des autres ſeigneurs : la réalité & l'aſſiette décident.

Brodeau, ſur l'article 183, num. 13 ; Dupleſſis, des fiefs, livre 8, chapitre 1, page 64 ; mais la confiſcation n'a pas lieu en Dauphiné au préjudice des deſcendans. Baſſet, tome 2, liv. 3, tit. 10, ch. 1 ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 13, & les trois propoſitions ſuivantes.

XXX. Les meubles même en ce cas, ſont cenſés avoir une ſituation fixe, & appartiennent aux ſeigneurs haut-juſticiers dans l'étendue de la ſeigneurie deſquels les meubles ſe trouvent, & ce, abſtraction faite du domicile du condamné ; encore une fois, c'eſt droit réel ; ainſi la ſituation des choſes le détermine.

Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 12, num. 89, page 72. Les droits réſultans de la juſtice ſe partagent comme le fief, mais le droit de juſtice en lui-même eſt indiviſible. Voyez l'arrêt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, livre 6, chapitre 11 ; indiviſibilité relative, qui n'empêche pas le partage des profits.

XXXI. Par rapport aux rentes conſtituées, billets & obligations du condamné, conſidérés relativement à la confiſcation, ils appartiennent au haut-juſticier du domicile du condamné ; c'eſt la loi de ce domicile qui les régit. C'eſt donc à ce ſeigneur qu'elles doivent appartenir, ces rentes n'ayant pas d'autre ſituation, ſauf entr'eux la contribution aux charges.

Bacquet, des droits de juſtice, chapitre 13, num. 4 & 5, page 48. Loyſeau, des ſeigneuries, chapitre 12, num. 91, page 72. Voyez ci-deſſus le livre premier où l'on a traité de la loi qui régit les biens, & y ayant pluſieurs ſeigneurs qui profitent de la confiſcation, les dettes ſe répartiſſent entr'eux à proportion de l'émolument ; d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, article 213, gloſ. 2, num. 18 ; c'eſt la charge des biens qui ne paſſent qu'avec elle.

XXXII. La confiſcation appartient au haut-juſticier, encore que le condamné eût été condamné pour un cas purement royal. Il en faut excepter celle qui eſt adjugée pour crime de léze-majeſté, qui appartient toujours au roi, & par rapport à laquelle les ſeigneurs n'ont rien à prétendre.

Edit du mois de mars 1646 : voyez Bacquet, des droits de juſtice, chapitre 11, num. 3 & 4, page 37, & num. 17, page 40 ; & ſur la confiſcation prononcée pour duel. Voyez l'édit du mois d'août 1679 ; il eſt rapporté dans les notes ſur Dupleſſis, page 64 ; mais le ſeigneur ne peut prétendre la confiſcation en vertu du jugement prononcé en pays étranger : Lapeyrere, let. L, n°. 107, page 66 ; Loyſeau, des ſeigneuries, p. 71.

XXXIII. Le jugement portant confiſcation, contenant une amende au profit du roi, dans le domaine duquel le condamné n'avoit aucun bien ; cette amende doit être payée par tous les hauts-juſticiers confiſcans à proportion de l'émolument & ſans ſolidité entr'eux ; cette amende étant entiére-

nent préférable à la confiſcation, & vraie charge des biens.

Elle eſt préférable à la confiſcation, elle étoit inconnue dans l'ancien droit romain : elle a été introduite par la loi *cornelia*. Voyez Bretonnier en ſes déciſions alphabétiques, pag. 80. *Quid ?* des dommages & intérêts. Voyez les notes ſur la derniere propoſition de cette ſubdiviſion ; ils lui ſont préférables.

XXXIV. Quoique le droit de confiſcation ſoit acquis par la ſentence qui la contient, le ſeigneur n'a pas droit de s'oppoſer aux lettres de grace, & elles produiſent contre lui effet ; c'eſt celui de la toute-puiſſance du roi, que le droit du ſeigneur ne peut affoiblir.

Bacquet, des droits de juſtice, chapitre 16, page 94, & ſuivantes ; & la confiſcation ne doit s'entendre que ſous cette limitation, que ſi le condamné par défaut meurt dans les cinq ans qui lui ſont accordés pour ſe repréſenter, la confiſcation, quoique prononcée, reſte ſans effet, & le ſeigneur ne peut rien prétendre en vertu d'icelle : le Preſtre, dans ſes arrêtés, num. 687 ; Brodeau, ſur Louet ; Baſſet, tome 2, livre 3, titre 10, chapitre 1. Voyez ci-deſſus le titre de la mort civile, où cela eſt établi.

XXXV. Il eſt obligé de rendre les biens, lorſque le condamné a obtenu l'entérinement de ſes lettres, & c'eſt l'effet naturel des lettres de grace, lorſqu'elles contiennent cette reſtitution ; mais pour cela, il faut que les lettres contiennent non-ſeulement la remiſe de la peine, mais encore le renvoi en poſſeſſion des biens ; ſans cette clauſe elles ne produiroient pas cet effet contre le ſeigneur confiſcant.

Par arrêt du premier ſeptembre 1704, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, livre 4, chapitre 28, page 487, le ſeigneur confiſcant a été déclaré non-recevable en l'appel de la ſentence de condamnation, en ce qu'elle adjugeoit des dommages & intérêts trop forts, & que c'étoit rendre les premiers juges maîtres d'anéantir l'effet de la confiſcation ; mais on ne doit point admettre une ſi mauvaiſe opinion des premiers juges, & principalement lorſque l'appel de leurs jugemens a été porté en la cour. Sur la premiere partie de la propoſition, voyez Bacquet, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, & Loyſeau, des ſeigneuries, chapitre 12, num. 81, page 71.

DISTINCTION II.

De la deshérence & du droit du haut-juſticier, dans la ſucceſſion du bâtard.

(Art. 167 de la coutume).

XXXVI. Lorſque l'un des vaſſaux ou l'un des cenſitaires meurt ſans laiſſer d'héritier, le ſeigneur haut-juſticier ſuccéde aux biens qui ſont dans l'étendue de ſa ſeigneurie. Ce ſont, en ce cas, biens vacans ; c'eſt ordre public que ce genre de ſucceſſion, mais qui n'a ſa racine que dans la grace du roi.

Ce droit n'appartient aux ſeigneurs que par uneceſſion tacite d'un droit, qui de ſa nature étoit régalien : *ſcire debet gravitas tua, inteſtatorum res, qui ſine legitimo hærede deceſſerint fiſci noſtri rationibus vindicandas*, lib. 2, cod. *de bon. vac.* ce que la coutume a adopté par l'art. 167. Voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 12, num. 83, pag. 71 ; ce qui n'a lieu que par la diſpoſition des ordonnances qui ont confirmé la coutume ; la diſpoſition de cette derniere ne pouvant militer contre le roi, que *in vim pacti, non in vim ſtatuti.*

XXXVII. Les meubles, quant à ce, comme dans le cas de la diſtinction précédente, ſont cenſés avoir une ſituation fixe ; qualité dont on va expliquer les ſuites : voilà le principe général ſur ces effets.

C'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 10, num. 11 ; Dupleſſis, pag. 64 ; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 12, num. 89, page 72 ; & tel eſt l'uſage.

XXXVIII. Quand par la ſituation des biens, la deshérence appartient à pluſieurs hauts-juſticiers, ils partagent les biens, comme dans le cas de la confiſcation ; la ſituation détermine leur droit, il eſt réel & comme tel, l'aſſiette détermine ce qui appartient à chacun d'eux.

Voyez ſur ce partage la diſtinction précédente ; ce qu'on y a dit ſur ce, eſt commun ici.

XXXIX. La bâtardiſe forme néceſſairement une deshérence, puiſque le bâtard ne peut avoir aucun héritier légitime ; de-là il s'enſuit que les biens du bâtard appartiennent au haut-juſticier, c'eſt-à-dire, ceux qui ſont ſitués dans l'étendue de ſa haute-juſtice ; ſon incapacité à avoir héritiers légitimes faiſant vraie deshérence ; mais ce droit, par les conditions qu'on y a juſtement attaché, ſe réduit à bien peu de choſe.

La coutume de Bar, art. 126, exige trois conditions pour rendre le ſeigneur capable de ſuccéder au bâtard ; la premiere, qu'il fût né dans l'étendue de ſa juſtice ; la ſeconde, qu'il y ait vécu ; & la troiſieme qu'il y ſoit mort. Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 10, num. 7, eſtime que ces trois conditions ne ſont pas néceſſaires à Paris ; mais ſi le droit de bâtardiſe eſt prétendu par un donataire du roi, & que le ſeigneur en veuille retrancher les biens qui ſont dans l'étendue de ſa ſeigneurie, en ce cas, le droit du donataire du roi prévaut à celui du ſeigneur haut-juſticier. Voyez Loyſeau, des ſeigneuries, chap. 12, page 70 ; ce qui me paroît écarter le ſentiment de le Brun. Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, page 64.

XL. La deshérence ceſſe en faveur du ſeigneur, ſi celui qui ne laiſſe aucun héritier eſt étranger ; en ce cas, la ſucceſſion appartient au roi ; ce droit étant abſolument & entiérement régalien, nul ſeigneur ne peut le prétendre.

Bacquet, des droits de juſtice, chap. 32, pag. 233 ; ce qui eſt fondé ſur ce qu'en ce cas, c'eſt

droit d'aubaine, droit entiérement régalien, & non ſimple droit de deshérence ; le premier prévalant abſolument ſur l'autre : Dupleſſis, pag. 63 & 64. Voyez ci-deſſus le livre premier.

XLI. Cela auroit lieu encore que l'étranger eût été naturaliſé ; & en effet, les graces qu'il plaît au roi accorder, ne peuvent jamais militer contre ſa majeſté ; & par conſéquent, en ce cas même, la ſucceſſion appartient au roi & non au ſeigneur, qui ne peut exciper de ces lettres contre ſa majeſté.

Voyez au livre premier le chapitre du droit d'aubaine, où cela eſt établi.

XLII. Ce droit de deshérence & celui de bâtardiſe ceſſent, ſi le bâtard ou celui qui meurt ſans héritiers ont diſpoſé de leurs biens, ſoit par acte entrevifs, ſoit par teſtament ; la diſpoſition faiſant ceſſer la vacance qui eſt la premiere baſe de ces droits ; outre ces droits, les voiries ou chemins particuliers appartiennent au ſeigneur haut-juſticier, quand ils ne ſont pas fréquentés ; mais les grands chemins ainſi que les rivieres navigables, appartiennent au roi ; c'eſt ordre public.

Cela eſt fondé ſur ce que l'un & l'autre ont capacité pour diſpoſer, & que le ſeigneur ne profite des biens qu'autant qu'ils ſont vacans ; le ſeigneur ne peut même critiquer la diſpoſition totale des propres, qui auroit été faite par teſtament ; leur indiſponibilité par un tel acte, n'eſt que relative, non abſolue, & non établie en ſa faveur. Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 1, page 64 ; ce qui prouve la propoſition. Sur la ſeconde partie de la propoſition, voyez Loyſel, liv. 1, tome 1, régle 5 & ſuivantes ; Chopin, du domaine, livre 1, tit. 15 ; Bacquet, des droits de juſtice, chap. 30 ; & le Breſt, de la ſouveraineté, liv. 4, ch. 15.

DISTINCTION III.

Des charges de ces droits.

XLIII. Les ſeigneurs hauts-juſticiers étant ſucceſſeurs à titre univerſel dans les trois cas de confiſcation, de deshérence & de bâtardiſe, ſont tenus des dettes, comme on va l'expliquer ; c'eſt charge des biens que la loi leur défére, & une ſuite de l'article 334 de la coutume ; autrement ces droits dégénéreroient en injuſtice.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, chapitre des dettes & charges des ſucceſſions ; il y établit la propoſition qui s'établit d'elle-même, puiſqu'elle a l'équité pour baſe, ainſi que l'article qu'on vient de citer, qui eſt de droit commun.

XLIV. Mais étant des ſucceſſeurs aux biens, non à la perſonne, ils ne ſont tenus des dettes que juſqu'à concurrence de l'émolument, & non au-delà. Ce ſont les biens qui ſont chargés, & leur perſonne ne l'eſt qu'indirectement ; mais il faut les conſtater.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, conforme au ſentiment de Dupleſſis, page 65, & de Loyſeau, des ſeigneuries, page 72 ; mais pour limiter ainſi leur engagement envers les créanciers, ils ſont tenus de faire conſtater par un inventaire authentique le montant des biens, ſans cela ils ſeroient tenus indiſtinctement de toutes les dettes ; c'eſt le juſte effet de la confuſion. Voyez le Brun, traité des ſucceſſions, page 431 ; & tel eſt ſur ce l'uſage fondé ſur le juſte effet de la confuſion.

XLV. Lorſqu'ils ſont pluſieurs hauts-juſticiers, qui ont recueillis les biens, ils contribuent au payement des dettes à proportion de l'émolument, toujours ſous le privilége du bénéfice d'inventaire, s'il y en a un : autre ſuite de ce que deſſus.

Bacquet, traité des droits de juſtice, chap. 13, num. 8, page 48 : ce qui peut ſe fonder ſur l'art. 334 de la coutume.

XLVI. Dans le cas de la confiſcation, ils ſont tenus, non-ſeulement des repriſes & conventions matrimoniales de la veuve du condamné, mais même de ſon douaire, auquel la condamnation prononcée contre ſon mari, ne donne aucune atteinte, ils ſont donc tenus de ce dernier, comme des dettes ; en effet, c'eſt dette, c'eſt charge de la ſucceſſion, que tout ſucceſſeur univerſel doit acquiter.

Cela eſt établi ſur le titre de la communauté : voyez ſur cette propoſition & les précédentes, Loyſeau, des ſeigneuries ch. 12, n°. 94, pag. 72.

XLVII. Dans le cas de la deshérence, le ſeigneur eſt obligé à une autre formalité, c'eſt de faire faire trois publications de l'ouverture de la ſucceſſion, & enſuite ſe faire adjuger les biens ; mais l'inobſervation de cette formalité n'opere rien ; car, qu'elle ait été obſervée ou non, ſi un héritier ſe préſente dans les trente ans, le ſeigneur eſt obligé de rendre le fonds & les fruits ; il n'avoit droit à iceux, que ſous une condition qui n'eſt pas arrivée.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant pour les Minimes de la Place-Royale. Voyez Dupleſſis, page 65.

DISTINCTION IV.

Des eſpaves, des tréſors trouvés & de l'alluvion.

XLVIII. Les eſpaves appartiennent au ſeigneur haut-juſticier, c'eſt droit attaché à la haute-juſtice ; c'eſt ordre public.

Bacquet, des droits de juſtice, chapitre 33, num. 18 ; Lapeyrere, lettre E, ſur le mot (Eſpave) page 125 ; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 3, num. 79 & 80 ; Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 10, 11 & 12 ; Salvaing, des uſages des fiefs, ch. 61.

XLIX. Comme ce droit n'appartient qu'au haut-juſticier, il réſulte que celui qui a moyenne & baſſe juſtice, n'y peut rien prétendre ; ce qui influe ſur les fleuves, ou plutôt les rivieres non navigables.

De même, à l'égard des fleuves non navigables & du droit de pêche en iceux, ils appartiennent au ſeigneur haut-juſticier ; à l'égard des fleuves navigables, ils appartiennent au roi : Lapeyrere,

let. F, ſur le mot (fleuve) page 143 : le Maitre, des fiefs, ch. 9, p. 92 ; & c'eſt comme eſpave que le gibier appartient au ſeigneur. Voy. l'arrêt rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 55, page 310 ; ce qu'on examine par le premier chap. de la quatrieme partie de ce titre.

L. Les tréſors forment encore un autre droit en faveur du ſeigneur haut-juſticier ; cependant, il ne lui appartient pas entiérement, mais pour partie ſeulement : principe général, auquel il eſt bon d'abord de ſe fixer avant d'entrer dans les diſtinctions.

Theſaurus eſt vetus quædam depoſitio pecuniæ cujus non extat memoria, ut jam dominum non habet : voyez Papon, livre 13, titre 7, art. 1 & 2 ; le haut-juſticier a le tiers, l'inventeur un autre, & le propriétaire du fonds ou de l'héritage où le tréſor s'eſt trouvé, a un autre tiers. Bacquet, des droits de juſtice, ch. 32, pag. 275 ; Loyſeau, des ſeigneuries, pag. 75 : Chopin, du domaine, liv. 2, tit. 5, num. 12 ; Lapeyrere, lettre T, déciſion 135, pag. 500 ; de Renuſſon, en ſon traité de la garde, chap. 6, depuis le num. 38 juſqu'au num. 44 : quant aux mines, voyez l'ordonnance de Charles IX, de 1563.

LI. Si c'étoit le propriétaire du champ qui en fût l'inventeur, en ce cas, le tréſor ſe partageroit par moitié ; moitié à l'inventeur, moitié au ſeigneur haut-juſticier ; ainſi, les tréſors trouvés doivent ſe partager par tiers, un tiers pour l'inventeur, un tiers pour le propriétaire du fonds, & un autre tiers pour le ſeigneur haut-juſticier, ſauf le partage par moitié, dans le cas de cette propoſition.

Mais le meuble qui n'eſt pas revendiqué appartient en entier au ſeigneur haut-juſticier ; & dans les lieux où le roi l'eſt, au receveur de ſon domaine ; ce qui eſt différent d'un tréſor : quant au partage d'icelui, mentionné dans la propoſition, voyez Loyſel, liv. 2, tit. 2, régle 53 ; & Bacquet, des droits de juſtice, ch. 32 : quant aux mines, celles d'or appartiennent au roi, celles d'argent aux ſeigneurs ; mais ſur les ſubſtances métalliques, le roi s'eſt réſervé le dixieme ; ce qui ne s'étend pas ſur les ſubſtances terreſtres, qui appartiennent en entier aux propriétaires du fonds. Voyez de l'Hommeau, liv. 1, max. 18 ; Loyſel, liv. 2, tit. 2, régle 52 ; le Breſt, traité de la ſouveraineté, liv. 3, ch. des mines.

☞ Les vieilles eſpeces de monnoies, en quelque lieu qu'elles ſe trouvent, lorſqu'elles ſont décriées, appartiennent au roi, & elles doivent être portées à la monnoie.

C'eſt ce qui a été jugé par arrêt du conſeil, du 18 novembre 1749, à l'occaſion d'une grande quantité d'eſpeces en or, trouvées dans les démolitions du bâtiment de l'hôtel de Soiſſons. Voyez Boſquet, dans ſon dictionnaire du domaine ; il rapporte cet arrêt, *verbo* tréſor trouvé.

Quant aux mines, celles d'argent appartiennent également au roi, comme faiſant partie, ainſi que celles d'or, du domaine royal.

LII. Ce qui accroît par alluvion appartient au ſeigneur haut-juſticier ; c'eſt encore un droit attaché à la haute-juſtice, & c'eſt toujours l'ordre public qui a fondé tous ces droits.

Cùm in nullius bonis ſit : c'eſt l'avis de Coquille, en la ſeptieme de ſes queſtions. Voyez Henrys, tom. 2, liv. 3, ch. 30. Sur les atterriſſemens, voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 30, num. 8, pag. 265.

☞ Ce qui accroît par alluvion, appartient au propriétaire & non au ſeigneur haut-juſticier. Voyez Dumoulin, ſur Paris, §. 1, gloſ. 5, num. 118 ; la coutume de Normandie, art. 195 ; celle d'Auxerre, art. 268 ; Sens, art. 154 ; & Metz, tit. 12, art. 28.

CHAPITRE SECOND.

DU DROIT DE FOIRE ET DE MARCHÉ, ET DE CELUI DE PÉAGE.

I. NUL ſeigneur, même le haut-juſticier, n'a droit de foire & de marché, ſi lui ou ſes auteurs n'en ont eu la conceſſion expreſſe du roi ; c'eſt droit régalien, qui ne peut appartenir au ſeigneur que par la conceſſion, lorſqu'il a plu à ſa majeſté de la faire ; autrement, ce ſeroit confuſion.

Lapeyrere, let. F, ſur le mot (Foire), déciſion 60, pag. 144. Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 31, pag. 273 & ſuivantes.

II. Celui auquel telle conceſſion a été accordée par le roi, a droit le jour du marché & pendant la durée de la foire, de percevoir le loyer des places, ſur leſquelles ſe débitent les marchandiſes ; c'eſt la juſte ſuite d'une telle conceſſion, mais dans les bornes de laquelle il doit ſe renfermer.

M. Bacquet, traité des droits de juſtice, chap. 31, num. 3, pag. 273.

III. Le droit de péage n'eſt pas non plus une dépendance de la haute-juſtice, d'où il s'enſuit que nul ne peut le prétendre s'il n'a titre pour ce droit ; autrement ce ſeroit uſurpation.

L'uſage eſt qu'il faut titre au ſeigneur pour tous les droits que la coutume ne porte pas.

IV. Cependant, quant à ce, la poſſeſſion immémoriale tient lieu de titre ; & en effet, on regarde en ce cas, que c'eſt une propriété conſervée, plutôt qu'une ſervitude impoſée ; c'eſt juſte préſomption.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune.

V. Le ſeigneur qui prend droit de péage ſur un pont, eſt obligé, & non les habitans, à l'entretien d'icelui ; c'eſt charge naturelle de ſon droit.

Les auteurs, ainſi que l'uſage, fondent cette propoſition.

CHAPITRE TROISIEME.

DU DROIT DE BANNALITÉ.

SECTION PREMIERE.

DU TITRE NÉCESSAIRE POUR ÉTABLIR LE DROIT DE BANNALITÉ.

(Article 71 & 72 de la coutume).

I. NULLE bannalité ne peut être prétendue ſans titre par le ſeigneur de fief, & ſans lui, c'eſt uſurpation qui doit être rejettée; le bon ordre ainſi que la faveur de la liberté, ont néceſſairement conduit là.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 70; le ſeigneur de fief n'ayant droit de bannalité de moulin, ne peut empêcher les meuniers de venir chaſſer en ſa terre; arrêt rapporté par Louet, let. M, num. 17; ni empêcher ſes cenſitaires de conſtruire des fours, ſi le ſien n'eſt bannal; le Maître, pag. 92. Tout cela eſt ſuite de la régle que contient la propoſition, & établit cette régle adoptée par l'art. 71 de la coutume.

II. La preſcription, la poſſeſſion telle qu'elle ſoit, ne ſupplée pas pour ce au défaut de titre, par rapport au droit de bannalité, & pour ce droit, il faut titre exprès ou du moins aveu & dénombrement non conteſtés; en effet, c'eſt une eſpece de droit de ſervitude, qui doit être fondé ſur un titre, comme l'exprime fortement la coutume.

Bacquet, traité des droits juſtice, ch. 29, pag. 257. Voyez l'arrêt du 2 décembre 1670, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 53.

III. Le titre portant droit de bannalité, doit être paſſé par tous les habitans convoqués à cet effet; hors cette forme & cette ſolemnité, il eſt imparfait; la préſomption étant qu'il doit ſa naiſſance à l'uſurpation & à l'abus de puiſſance; ce qui eſt auſſi juridique que judicieux.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 19, num. 23; Brodeau, art. 71, num. 23; & voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

IV. Lorſqu'il n'eſt paſſé que par quelques-uns, il n'oblige que ceux qui l'ont ſouſcrit, & cela auroit lieu, encore qu'il fût ſouſcrit de plus de la moitié des habitans; ainſi il eſt de nul effet, quant aux autres, ſauf l'exception qui ſuit; il ſeroit même favorable de l'anéantir pour les premiers, qui par leur crainte deviennent les victimes de l'uſurpation.

Le droit de bannalité, comme celui de corvée, ne ſont pas vrais droits ſeigneuriaux. Arrêt du 7 ſeptembre 1641, rapporté par Henrys, édition de 1708, tom. 1, liv. 3, ch. 3; ce qui fonde la propoſition.

V. Cependant ſi ce droit n'avoit été accordé au ſeigneur, que pour la décharge d'un certain autre droit qu'il avoit ſur tout les habitans, ou pour l'abandonnement qu'il auroit fait à la commune de certains héritages; en ce cas, les deux tiers des habitans obligeroient tous les autres à la bannalité; c'eſt juſte exception à la rigueur du principe. La majeure partie devant décider par rapport à un bien commun.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 2, pag. 66.

VI. Le titre de bannalité paſſé pendant les guerres civiles qui ont commencées en 1555, & qu'on doit regarder comme ayant ſubſiſté juſques à la paix de Vervins, eſt pour ce, de nul effet; la préſomption eſt que l'abus de puiſſance, & non la liberté, lui a donné l'être; c'eſt ainſi que la ſageſſe de la loi pare à tout inconvénient.

Dupleſſis, à la même page 66; le Maître, des fiefs, pag. 93; cependant les aveux & dénombremens anciens ſuffiſent pour ce, & tiennent lieu de titre; Bacquet, traité des droits de juſtice, à la fin du ch. 29 de ce traité. Voyez la ſection qui ſuit, qui éclaircit cette propoſition: en effet, en ce cas, la longue poſſeſſion paiſible & reconnue, efface la préſomption d'un vice d'origine, & vaut un vrai titre dont il y a lieu de préſumer la perte.

VII. Cependant il n'eſt pas néceſſaire que le titre ſoit antérieur à cette année, il ſuffit qu'il ait été paſſé dans un tems tranquille pendant lequel l'autorité légitime empêchoit les ſeigneurs d'abuſer de leur pouvoir; alors la préſomption dont on a parlé, ne peut plus avoir lieu; mais dans tel temps que ce ſoit, que le titre conſtitutif du droit de corvée ait été paſſé, ce droit ne peut être indéfini: il deviendroit un eſclavage.

A l'égard du droit de corvée, il ne peut être indéfini, & la poſſeſſion du ſeigneur, telle qu'elle ſoit, ne peut le rendre tel. Voyez l'arrêt du 27 janvier 1674, rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 111, ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que les corvées ne s'arréragent pas; Brodeau, ſur l'art. 71, num. 46; Dupleſſis, pag. 67. Voyez ci-après la ſection 6 du premier chapitre.

SECTION II.

Des cas dans leſquels le titre déclaratif eſt pour ce ſuffiſant, & des cas où il ne l'eſt pas.

VIII. Pour établir le droit de bannalité, il n'eſt pas néceſſaire de rapporter le titre primitif, puiſqu'on a déja vu que d'autres peuvent ſuppléer à ſa perte ; c'eſt ce qui réſulte de la ſection précédente, & qui reſte à développer.

Brodeau, art. 71, num. 10, eſtime même que le droit de bannalité ſe preſcrit par trente ans ; ce qui eſt contraire à l'arrêt cité ſur la ſeconde propoſition de la ſection précédente.

IX. Il ſuffit au ſeigneur de rapporter pluſieurs aveux dans leſquels ſes prédéceſſeurs ayent compris ce droit, & qu'il ait outre ces titres, une paiſible poſſeſſion ; ce concours vaut titre exprès.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 2, pag. 66 ; & Bacquet, au ch. cité ſur l'avant-derniere propoſition de la ſection précédente.

X. Mais le titre déclaratif par rapport à un moulin à vent, eſt inſuffiſant pour ce droit ; c'eſt-à-dire, pour la bannalité d'icelui, ſa nature faiſant naître préſomption contraire ; en effet, un tel moulin n'étant pas ſuffiſant pour la commune, n'eſt pas préſumé bannal, s'il n'y a pour ce, titre exprès.

Dupleſſis, pag. 67, & l'art. 72 de la coutume : de Lauriere a même penſé qu'un moulin à vent ne pouvoit être bannal. Voyez le Maître, pag. 94, qui critique ce ſentiment.

SECTION III.

De ceux ſur qui le droit de bannalité influe.

XI. La bannalité de moulin & de four, influe ſur tous les domiciliés dans l'étendue de la ſeigneurie, ſauf les exceptions qu'on expliquera ci-après ; en effet, ils y ſont ſujets, encore qu'ils ne poſſédent aucun héritage dans cette ſeigneurie, parce que telle bannalité eſt plus perſonnelle que réelle.

Brodeau, ſur l'art. 71, num. 30 ; Dupleſſis, pag. 67.

XII. Pour ſe conſerver dans toute l'étendue du droit de bannalité de moulin, le ſeigneur a droit d'empêcher les meuniers de venir prendre le bled dans l'étendue de ſa ſeigneurie ; ce droit eſt ſuite néceſſaire de l'autre.

Lapeyrere, let. M, déciſion 60, pag. 250 ; Brodeau, ſur l'art. 72, num. 6.

XIII. Quand le ſeigneur n'a pas droit de bannalité de moulin, ſes vaſſaux & cenſitaires peuvent faire conſtruire des moulins ſans ſon conſentement ; telles conſtructions ne pouvant, en ce cas, lui être qu'avantageuſes.

Lapeyrere, à l'endroit cité, eſt d'avis que le ſeigneur a ce droit, lorſqu'il a moulin ; mais n'ayant pas bannalité de moulin, ne ſeroit-ce pas de ſa part agir contre ſes intérêts que d'empêcher cette conſtruction dans l'étendue de ſa cenſive, lorſque cette conſtruction doit naturellement en augmenter les droits & le produit ? ainſi en rejettant cette opinion, je croi la propoſition bonne. Voyez Dupleſſis, pag. 66.

XIV. Mais nul ne peut faire un moulin ſur une riviere navigable, que du conſentement des officiers municipaux ; en effet, ſa conſtruction peut nuire au public : inconvénient bien ſuffiſant pour faire rejetter une telle conſtruction, ſi ces officiers ne l'approuvent pas.

Le Maître, des fiefs, pag. 92 & 93.

XV. Suivons la bannalité : les gentilshommes & les gens d'égliſe, ſont affranchis de la bannalité du four dans le cas que le ſeigneur en a le droit ; leur qualité fonde cette juſte exemption, mais ni les uns ni les autres ne ſont pas affranchis de celle du moulin ; celui du ſeigneur leur eſt comme celui d'un autre, c'eſt-à-dire, bannal à leur égard : bannalité dont leur qualité ne les affranchit pas, comme de celle du four, qui auroit à leur égard des inconvéniens.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 2, pag. 66 ; le Maître, pag. 93 ; & ſur la premiere partie de la propoſition, voyez Brodeau, ſur l'art. 71 de la coutume, num. 23.

XVI. Les roturiers même ne ſont pas ſujets à la bannalité du four, à l'égard du pain fait d'un bled acheté dans un autre marché, & qui doit être par eux vendu hors la ſeigneurie ; c'eſt une exception très-équitable.

Voyez Brodeau, & Dupleſſis, aux endroits cités ſur les propoſitions précédentes ; le Maître, pag. 93.

XVII. Si le grain conduit dans le moulin bannal, n'eſt pas moulu vingt-quatre heures après qu'il a été porté au moulin, le roturier comme le gentilhomme peut reprendre ſon grain, & le faire moudre où il juge à propos : un intérêt juſte & preſſant doit l'emporter ſur un tel droit.

Cela eſt atteſté par les commentateurs.

XVIII. La bannalité du preſſoir eſt plus réelle que perſonnelle ; de-là il réſulte que ceux qui exploitent des vignes dans l'étendue de la ſeigneurie, y ſont ſujets par rapport à ces vignes, quoiqu'ils ne ſoient pas domiciliés dans l'étendue de la ſeigneurie.

Le Maître, des fiefs, tit. 9, pag. 93 ; Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 2, pag. 66.

XIX. Les gentilshommes, ni les eccléſiaſtiques, ne ſont point exempts de cette ban-

nalité ; comme ils ne le ſont pas de celle du moulin.

Papon, liv. 13, tit. 8, art. 2 ; & les commentateurs qu'on vient de citer.

SECTION IV.

Des actions du ſeigneur, réſultantes du droit de bannalité & de la preſcription contre ce droit.

XX. Le ſujet bannier qui contrevient au droit de bannalité de moulin, encourt la confiſcation des grains & des bêtes qui en ſont chargés ; de même celui qui contrevient à la bannalité de preſſoir, encourt la confiſcation des fruits de vignes ſouſtraits à la bannalité, pour laquelle confiſcation il faut ſentence.

Mais il faut que le ſeigneur obtienne ſentence qui la prononce : dans ce cas, comme dans le précédent, la confiſcation n'ayant pas lieu de droit.

XXI. Le ſeigneur qui a droit de bannalité, y étant troublé, peut intenter complainte qui ſe juge ſur la ſeule poſſeſſion ; c'eſt droit réel ; & par conſéquent, cette action y a lieu.

Tel eſt l'uſage fondé ſur l'ordonnance de 1667, qui donne cette action ſur tous droits réels.

XXII. La preſcription opere contre ce droit ; en effet, le droit de bannalité, comme toutes les autres ſervitudes, s'anéantit par trente ans de poſſeſſion contraire ; telle eſt la faveur de la liberté.

Voyez le titre des ſervitudes & celui de la preſtion qui opere libération, où cela eſt établi ; & tel eſt ſur ce droit l'uſage, ſous la limitation qui ſuit.

XXIII. Ces trente années ne commencent à courir que du jour que le ſeigneur a pu connoître que ſes vaſſaux & cenſitaires alloient faire moudre ou preſſorer ailleurs ; ce n'eſt que de ce jour qu'il a pu agir.

Contra non valentem agere non currit præſcriptum. Voyez le titre des ſervitudes, indiqué ſur la propoſition précédente.

☞ Pour que la preſcription puiſſe militer contre le ſeigneur quand elle eſt acquiſe, il faut qu'elle ſoit oppoſée par tous les habitans en corps ; un ſeul particulier n'eſt pas recevable à la propoſer : c'eſt ce qui a été jugé en faveur de M. le duc de la Tremoille, par arrêt rendu au rapport de M. Paſquier, le 2 mars 1758, qui a condamné la veuve Beudin à faire moudre ſes grains au moulin bannal de Mont-Jean, quoiqu'elle eût acquiſe perſonnellement la poſſeſſion, plus que trentenaire, de les faire moudre ailleurs.

SECTION V.

Du droit de corvées.

XXIV. Nul ſeigneur n'a ce droit, s'il ne le juſtifie par titre ; la coutume ne le contenant pas, & les corvées indéfinies, quoique juſtifiées par titre, ſont limitées à douze par an ; autrement ce ſeroit abus.

Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, ch. 2 ; & tel eſt l'uſage ; & ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez Papon, liv. 13 : Loyſel, liv 6, tit. 6, régle 7, & Bretonnier, ſur Henrys, tom. 2, liv. 3, chap. 3, queſt. 32.

XXV. Le droit de corvée n'arrérage pas, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus ; ce ſeroit mettre ceux qui en ſont tenus dans l'impoſſibilité de s'en acquiter, & dans l'obligation d'abandonner la culture de leurs terres : raiſon déciſive qui écarte tous arrérages.

Brodeau, ſur l'art. 71, num. 46 ; Dupleſſis, pag. 67. Le Maître, page 93 ; Loyſel, liv. 6, titre 6, régle 10 ; Salving, du plaid ſeigneurial, ch. 4.

XXVI. Pendant la corvée, le ſeigneur eſt obligé de nourrir ceux qui s'en acquitent, il y auroit de l'inhumanité à refuſer la nourriture à celui qui travaille, & c'eſt charge naturelle & inſéparable de ce droit ; c'eſt droit commun, c'eſt ſouveraine équité.

Sur ce droit, ces modifications & ces charges, voyez Henrys, tom. 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 32.

QUATRIEME PARTIE DES FIEFS.

DES PRÉROGATIVES ET DES PRÉSÉANCES QUE LA LOI DONNE AUX SEIGNEURS.

CHAPITRE PREMIER.

DU DROIT DE CHASSE.

I. TOUT ſeigneur de fief, abſtraction faite de tout droit de juſtice, peut chaſſer dans l'étendue de ſon fief, ſans que le ſeigneur duquel il releve puiſſe l'empêcher; c'eſt droit attaché à la qualité de ſeigneur féodal, indépendemment de celle de juſticier.

C'eſt ce qui a été jugé par le quatre-vingt huitieme arrêt rapporté par le Veſt; & c'eſt ce qui eſt établi par Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, chap. 33, page 281. Voyez la coutume d'Orléans; l'ordonnance de 1669, des chaſſes, art. 26 & 28; Loyſel, liv. 2, tit. 2, régle 51; & Bacquet, des droits de juſtice, ch. 34.

II. Il peut même empêcher le ſeigneur haut-juſticier, de chaſſer dans l'étendue de ſon fief, quoique mouvant de lui: l'ordre & la conſervation de la paix ont fait établir ces limites.

Voyez l'arrêt de réglement du 13 mars 1702, qui régle quatre queſtions ſur le droit de chaſſe, & entr'autres celle-ci; cet arrêt de réglement eſt cité dans la note ſur l'art. 12 de la let. C; de Lapeyrere, pag. 42 de l'édit. de 1725: à plus forte raiſon a-t-il droit d'empêcher les particuliers. Voyez l'arrêt du 20 octobre 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, pag. 310: c'eſt eſpece de droit d'eſpaves, attaché à la qualité de ſeigneur de fief, & non à celle de juſticier.

☞ Le ſeigneur haut-juſticier ne peut pas lui-même en perſonne, ſeul & en compagnie, aller chaſſer dans les fiefs qui ne relevent pas de lui; mais il peut chaſſer ſur les fiefs qui ſont en ſa mouvance en perſonne, & n'a point la faculté d'y envoyer ſes domeſtiques ou d'autres perſonnes. Telle eſt la diſpoſition de l'arrêt de réglement, du 13 mars 1702, ci-deſſus cité, & qui ſe trouve également rapporté par Brillon, en ſon dictionnaire des arrêts, *verbo* chaſſe; enſorte que la ſeconde propoſition ci-deſſus ne doit s'entendre que d'un fief qui ne ſeroit pas dans la mouvance du haut-juſticier.

III. Mais cela reçoit une exception; en effet, cette faculté n'a pas lieu par rapport aux fiefs qui ſont dans l'étendue des plaiſirs du roi; & le roturier non propriétaire de fief n'a point droit de chaſſe, telle étendue de terre en roture qu'il poſſéde, & pas même ſur ſes terres; encore une fois, c'eſt droit attaché à la féodalité, que la prudence a cependant fait étendre à la nobleſſe perſonnelle, laquelle ceſſante, c'eſt droit limité aux fiefs, & qui ne peut par conſéquent, s'étendre ſur les rotures, & il ne peut même avoir une garenne; c'eſt acceſſoire du droit de chaſſe.

Baſſet, tom. 1, liv. 3, tit. 18, ch. 1, & tome 2, liv. 3, titre 13, chapitre 1: il ne peut avoir garenne ſans la permiſſion du ſeigneur; Mornac, ſur la loi 5, ff. *de uſufructu*; Lapeyrere, let. G, déciſion 20, page 151 de l'édition de 1725.

IV. Revenons à l'exception: ici la qualité de la perſonne l'emporte ſur celle de l'héritage; le gentilhomme peut chaſſer ſur ſes terres à cens, quoiqu'il ne poſſéde aucun fief; c'eſt un droit que ſa qualité lui donne.

Baſſet, à l'endroit qu'on vient de citer.

V. Voyons les ſuites: tous ceux qui ont droit de chaſſe, peuvent pourſuivre & prendre ſur les terres d'autrui la bête qu'ils ont fait lever deſſus leur terre; c'eſt ſuite de leur droit; en effet, ſans cela le droit de chaſſe ſeroit preſqu'inutile, par le peu d'étendue de preſque toutes les terres; ainſi c'eſt l'avantage commun des ſeigneurs qui a fait établir cette tolérance ou cette ſuite inévitable d'un droit conſtant en ſoi.

Voyez ſur tout le chapitre, l'art. 1 de l'édit de François I, donné à Lyon au mois de mars 1515: l'édit d'Henry II, du 15 ſeptembre 1552; l'art. 7 de celui d'Henry IV, du 12 janvier 1596, & l'art. 24 de celui de 1607; & Bacquet, des droits de juſtice, chap. 33, num. 5, page 281.

CHAPITRE SECOND.

DU DROIT DE COLOMBIER A PIED.

SECTION PREMIERE.

QUAND LES SEIGNEURS ONT CE DROIT, ET QUAND ILS NE L'ONT PAS.

(Article 69 & 70 de la Coutume.)

I. LES ſeigneurs de fief, peuvent ſeuls avoir un colombier à pied, encore ne le peuvent-ils que ſous la condition ci-après; cependant le haut-juſticier a ſur ce, plus de droit que le non haut-juſticier; mais il ne peut accorder ce droit à d'autres; ce droit lui eſt perſonnel; & pour l'avantage commun, les autres ne peuvent l'avoir qu'à proportion de leur poſſeſſion.

D'Argentré, ſur l'art. 368 de la coutume de Bretagne, & les deux propoſitions ſuivantes : voyez Salvaing, de l'uſage des fiefs, chap. 43, & chap. 62.

II. Le ſeigneur haut-juſticier, n'eut-il aucune terre en domaine, a ce droit; mais il faut qu'il ait cenſive, ſon étendue eſt indifférente pour ce, ce qui n'eſt pas à l'égard du non-haut-juſticier : pour le premier, ſa qualité & ſa directe lui tiennent lieu de domaine utile.

Brodeau, ſur l'art. 69, num. 1 & ſuivans; Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, page 67; le Maître, tit. des fiefs, ch. 9, pag. 91.

III. A l'égard du ſeigneur non haut-juſticier, il n'a ce droit que lorſqu'il a cinquante arpens de terres de domaine; ceſſant cette condition, il n'a pas ce droit : le bon ordre a fait établir ces diſtinctions, ſans elles le droit ſeroit trop onéreux à la communauté des habitans.

Dupleſſis, pag. 67; le Maître, page 92; ce qui eſt exactement ſuivi au châtelet, & ce qui y a été jugé, moi plaidant.

IV. Il n'eſt pas néceſſaire par rapport au ſeigneur de fief, que ces cinquante arpens de terres ſoient en terres labourables; il ſuffit pour ce qu'il les ait de quelque nature qu'elles ſoient; c'eſt favorable interprétation à l'égard du ſeigneur, mais qu'on ne doit pas étendre aux autres.

On le penſe ainſi par rapport au ſeigneur, & non par rapport à un ſimple cenſitaire, par rapport auquel il faut que les cinquante arpens de terres ſoient en terres labourables; ce qui a été ainſi jugé, moi plaidant, pour M. le préſident de Bailleul : par la ſentence il fut ordonné un meſurage des terres que le cenſitaire alléguoit poſſéder; & par la même ſentence, il fut ordonné que les experts rapporteroient la nature d'icelles : voyez les propoſitions ſuivantes, par rapport aux ſeigneurs qui n'ont pas ce droit.

☞ Par rapport au cenſitaire qui a cinquante arpens de terres, voyez les arrêts des 14 mai 1749 & 29 mai 1761, rapportés par Jacquet en ſon traité des fiefs, page 406 & 407; ils établiſſent le principe que tout particulier qui a cinquante arpens de terres labourables, peut avoir colombier ſur piliers ou volieres.

V. Quelques ſeigneurs mêmes, ſont privés de ce droit; le ſeigneur haut juſticier, qui n'a pas de cenſives, encore qu'il eût des vaſſaux relevans de lui, ne peut avoir colombier à pied; la cenſive eſt la condition de ce droit, & il ceſſe lorſqu'elle n'eſt pas remplie, comme étant inſéparable de la faculté.

Le Maître, des fiefs, ch. 9, page 91.

VI. Le ſeigneur féodal qui n'a pas cinquante arpens de terres en domaine, n'a point ce droit, ſur quoi il eſt bon d'obſerver la différence : le premier plus favorable n'a beſoin pour jouir de ce droit, que d'une cenſive; l'autre a beſoin d'avoir un domaine, & il doit être au moins de cinquante arpens; c'eſt même principe que ſur la propoſition précédente, l'accompliſſement de la condition donne le droit.

Dupleſſis, page 67, le Maître, page 92; & cette différence forme les art. 69 & 70 de la coutume.

SECTION II.

Quelles volieres les autres peuvent avoir, & à qui appartient l'action à cet égard.

VII. Les gentilshommes n'ayant pas de fief, ne peuvent avoir un colombier à pied; cela réſulte de la ſection précédente: de ce que le gentilhomme ne peut avoir un tel colombier lorſqu'il n'eſt pas propriétaire d'un fief, il s'enſuit qu'à plus forte raiſon le roturier ſans fief n'en peut avoir un : on parle ici d'un colombier à pied & non d'une voliere dont on va parler.

Dupleſſis, des fiefs, liv. 9, ch. 3; quant à la diſtinction, elle eſt ſuivie. Il en eſt autrement en Dauphiné, voyez Baſſet, tome 2, liv. 3, tit. 14, chap. premier.

VIII. Mais les roturiers, & à plus forte raiſon les gentilshommes, peuvent avoir une voliere où il y ait cinq cents boulins, & non plus, pourvu qu'ils ayent dans le territoire cinquante arpens de terres labourables; des terres d'autre nature ne ſeroient pour ce ſuffiſantes; c'eſt l'eſprit de la coutume, qui a voulu une balance.

Dupleſſis, au chapitre cité ſur la propoſition précédente; voyez les notes ſur la quatrieme propoſition de la ſection ci-deſſus, & l'arrêt du premier juillet 1677, rapporté par Augeard, tome 3, page 236.

IX. Par-là, la condition du ſeigneur de fief non haut-juſticier, eſt différente, puiſqu'ayant cinquante arpens de terres en domaine, labourables ou non, il peut avoir colombier à pied, au lieu que celui qui n'a point de fief, n'a le droit que d'une voliere, dans le cas que ſes cinquante arpens de terres ſont labourables; ainſi double différence que le privilége, attaché à la qualité du premier fonds.

Voyez le Maître, page 92; & cette double différence eſt ſuivie au châtelet.

X. L'action pour la réduction du colombier à pied en voliere, appartient au ſeigneur; mais celle pour la réduction des boulins eſt donnée à chaque habitant.

Cuilibet è populo; telle eſt l'opinion commune.

CHAPITRE TROISIEME.

DES HONNEURS DUS AU SEIGNEUR HAUT-JUSTICIER DANS L'ÉGLISE PAROISSIALE.

SECTION PREMIERE.

EN QUOI CONSISTENT CES DROITS LORSQU'IL N'Y A PAS DE CONCOURS DE PATRON, ET QUELS SEIGNEURS EN JOUISSENT.

I. LES droits honorifiques appartenans au haut-juſticier, conſiſtent premierement en la préſéance; de-là il s'enſuit qu'il doit le premier recevoir l'eau-bénite & le pain béni, ce qui s'entend quand il eſt ſeigneur haut-juſticier; car ſi le ſeigneur de fief n'avoit pas la haute-juſtice, le haut-juſticier auroit la préſéance: eux ſeuls ont ce droit après le patron; mais la bienſéance a fait étendre ces droits aux autres ſeigneurs, qui dans la rigueur de la régle, ne devroient appartenir qu'au patron, & après lui au haut-juſticier.

Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch 11, num. 17 & ſuivans, page 61. Non-ſeulement il a la préſéance, mais les honneurs qu'on rend aux autres ſeigneurs non hauts-juſticiers, ne ſont que de bienſéance, non de néceſſité: voyez la note ſur la derniere propoſition de la ſection qui ſuit. Sur la diſtribution du pain béni, voyez Maréchal, des droits honorifiques, ch. 3, page 421 & ſuivantes. Les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, des droits honorifiques, article 1 & 2.

II. Suivons les droits du haut-juſticier: il doit être recommandé aux prieres; ce qui s'entend toujours du haut-juſticier, & principalement du patron, s'il y en a un, & qu'il y ait réunion des deux qualités.

Voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 47 & ſuivans, page 63; & ſur la recommandation, Maréchal, ch. 8, page 528. Sur le droit du patron, il faut obſerver que le patronage réel qui eſt attaché à un fief appartient à celui qui a le principal manoir. Voyez les arrêtés qu'on vient de citer.

III. Voici un autre droit: le ſeigneur haut-juſticier a droit d'avoir un banc dans l'égliſe non les autres ſeigneurs de fief; mais ce banc ne peut être poſé dans l'enceinte du baluſtre du grand autel.

Lapeyrere, lettre E, ſur le mot (Egliſe) déciſion premiere, page 118 de l'édition de 1725; Bacquet, des droits de juſtice, chap. 20. Sur les bancs, voyez Loyſeau, des ſeigneuries, page 64; Maréchal, des droits honorifiques, ch. 2, page 373 & 374. Cependant ſi un ſeigneur de fief étoit en poſſeſſion immémoriale, tant par lui que ſes auteurs, d'avoir un tel banc, il doit y être maintenu; Maréchal, ch. 1, page 321, & ch. 2, page 369 & 370. Et ſur la limitation qui termine la propoſition, voyez les arrêtés déja cités, n°. 12.

☞. La troiſieme propoſition ci-deſſus reçoit une limitation en ce qui concerne les autres ſeigneurs de fiefs; s'ils ne peuvent avoir un banc dans l'égliſe, cela s'entend ſeulement dans le chœur d'une égliſe paroiſſiale ou d'une chapelle publique, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 18 octobre 1755, contre un ſeigneur de fief, quoique la chapelle eût été preſqu'entiérement reconſtruite, & les ornemens fournis à ſes frais; mais ils peuvent avoir banc dans la nef du conſentement du patron, s'il y en a, ſinon des Curés & Marguilliers. Voyez les arrêts rapportés à ce ſujet par Maréchal, en ſon traité des droits honorifiques.

IV. La ſépulture du ſeigneur haut-juſticier eſt de droit dans le chœur, & outre ce, il peut faire peindre des ceintures funébres,

tant au dedans qu'au pourtour extérieur de l'égliſe ; ce qui ne s'entend pas du ſeigneur non haut-juſticier : droits qui primitivement n'appartiennent qu'au patron ; mais qu'on a étendu au ſeigneur haut-juſticier.

Il n'y a que le ſeigneur haut-juſticier & le patron qui puiſſent avoir ces litres ; Lapeyrere, lettre L, addition à la déciſion 92, page 227 ; Bacquet, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, limite ce droit au premier. Sur le droi de ſépulture, voyez Maréchal, des droits honorifiques, ch. 4, page 421 & ſuivantes ; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, depuis le num. 83 juſqu'à la fin, page 65. Tous ces droits, comme on le va voir, ne devroient appartenir qu'au patron ; mais au défaut de patron, tous les droits des patrons, à l'exception de la préſentation & nomination aux bénéfices, ont été étendus aux ſeigneurs hauts-juſticiers. L'ordre public a conduit là.

V. On dit donc que tous ces droits ne devroient appartenir qu'aux fondateurs des égliſes, mais ils ont été étendus aux ſeigneurs qui ont haute-juſtice, & même en partie à ceux qui ont fief : mais quant aux bancs accordés à de ſimples particuliers, telle conceſſion ne peut militer à perpétuité.

Art. 13 & 14 du chap. 2 de l'édit de François I, donné à Villers-Coſterets en 1539. Quant aux bancs accordés à de ſimples particuliers, la conceſſion n'en peut être faite à perpétuité, & dès que le particulier n'eſt plus demeurant en la paroiſſe, les marguilliers en peuvent diſpoſer, & il doit leur en remettre la clef. Arrêt du 24 janvier 1710, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 3, page 267. Voyez la ſection qui ſuit, & M. Maréchal, des droits honorifiques, ch. 1, page 286, qui confirme la propoſition, & qui ajoute au ch. 2, que ſi un ſeigneur a ce droit, cela n'empêche pas que le patron ne l'ait en ſa ſeule qualité de patron.

VI. Pour que le ſeigneur haut-juſticier puiſſe prétendre tous ces droits honorifiques, il faut que l'égliſe paroiſſiale ſoit bâtie ſur les terres de ſa ſeigneurie, ſans cela ſa qualité ſeroit étrangere.

Henrys, tome 2, liv. 1, queſt. 3, atteſte que ces droits n'ont lieu qu'en faveur du ſeigneur haut-juſticier ; & Maréchal, des droits honorifiques, ch. 1, pag. 289, confirme la propoſition ; mais il faut qu'il ſoit tel dans le lieu même où l'égliſe eſt bâtie.

VII. Quoiqu'on ait dit ci-deſſus que les droits honorifiques ont été étendus aux ſeigneurs de fief : ſi la juſtice eſt royale, les officiers principaux d'une telle juſtice, ont les honneurs, non-ſeulement avant les gentilshommes, mais encore avant les ſeigneurs féodaux : la ſource de leur miſſion, qui eſt infiniment reſpectable, & de laquelle ſeule peuvent découler les honneurs, leur donne ce droit.

Maréchal, des droits honorifiques, chapitre 1, page 349.

SECTION II.

Quels ſont les droits honorifiques du ſeigneur, lorſqu'il y a un patron & fondateur.

VIII. En ce cas, le ſeigneur, même le haut-juſticier, ne reçoit l'eau bénite & le pain béni qu'après le fondateur : cela réſulte de la ſection précédente, puiſque c'eſt à ce dernier que ces droits appartiennent principalement.

Arrêt du premier août 1620, rapporté dans le ſecond tome de Maréchal, par Danty, page 10. La reconnoiſſance due au fondateur, lui aſſure les droits honorifiques ; ils ſont dûs au ſeigneur, ou à ſes officiers, parce que c'eſt à eux à réprimer les excès qu'on pourroit commettre dans l'égliſe : Henrys, tome 2, liv. 1, queſt. 3 ; Lapeyrere, à l'endroit cité, page 118 ; mais le patron a la préférence ſur le ſeigneur : Maréchal, des droits honorifiques, chap. 1, pag. 257 de l'édit. de 1700.

IX. En ce même cas, ce dernier doit ſeul avoir un banc clos, & le ſeigneur en a un non clos ; & dans ce même cas, le ſeigneur ne peut faire peindre des litres qu'en dehors ; le droit d'en mettre en dedans, appartenant au patron.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 20, num. 21 & ſuivans, page 110 & 111, qui rapporte les moyens pour & contre, ſans décider la queſtion ; c'eſt ce qui réſulte de ce que dit Maréchal, pag. 272 & 273, & ch. 2, pag. 370 : il va plus loin au ch. 5, pag. 471 ; car il ne donne le droit de litre, qu'au ſeul patron, lorſqu'il y en a un ; mais ces droits ont été étendus au haut-juſticier, pourvu que ce ne ſoit pas au préjudice des ſiens.

X. Ce que deſſus auroit lieu en faveur du fondateur, encore qu'il fût roturier, & qu'il ne fût ni ſeigneur juſticier ni féodal ; ſa qualité de fondateur fonde ces droits.

Sur la préſéance du patron avant le haut-juſticier, voyez Loyſeau, des ſeigneuries, chapitre 11, num. 23, page 61 ; & ſur la derniere partie de la propoſition, Maréchal, des droits honorifiques, chap. 1, page 271, & ſur le droit de patronage, voyez le traité de Simon, qui eſt à la tête de celui de Maréchal.

XI. Les honneurs qu'on défere aux gentilshommes, aux officiers & aux autres perſonnes de condition, qui ne ſont ni fondateurs ni ſeigneurs hauts-juſticiers, ſont de bienſéance & non d'obligation ; cependant l'ordre public veut un ordre par rapport à eux.

Bacquet, des droits de juſtice, chap. 20 : cependant, par arrêt du grand-conſeil, du 9 janvier 1727, plaidant M. de Laverdy, il a été jugé que les officiers de la maiſon du roi, & même leurs femmes recevroient le pain béni avant les marguilliers ; ainſi ces prérogatives deviennent d'obligation, & non de ſimple bienſéance ; ce qui me paroît devoir militer pour les gentilshommes : eſt à obſerver que les droits honorifiques peuvent s'acquérir par une poſſeſſion immémoriale. La

peyrere, let. E, ſur le mot (égliſe) page 118, à la fin; & ces droits entr'eux, c'eſt-à-dire, entre les gentilshommes, ſe réglent par leur poſſeſſion. Maréchal, ch. 1, page 313 & 314. Il en eſt de même de ceux qu'on rend aux moyens & bas juſticiers; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 30, page 62. Sur les droits des officiers des ſeigneurs, voyez la ſection 5 ci-après.

SECTION III.

Quel eſt le patron, & ſi le droit de patronage eſt ceſſible.

XII. Non-ſeulement celui qui a fait bâtir l'égliſe, mais même celui qui l'a totalement réparé, après ſa ruine, eſt patron; ainſi à celui-là appartiennent les droits qu'on vient d'expliquer.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 20, num. 18, page 110; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 25 & ſuivans, page 61; Maréchal, des droits honorifiques, chap. 1, page 269. De-là il s'enſuit que celui qui l'a fait réédifier eſt ſeul patron; mais le bienfaiteur n'eſt pas patron: ſur quoi on obſervera qu'une ſeule préſentation & l'énonciation d'icelle dans les proviſions accordées par l'ordinaire, ſuffiſent pour fonder ce droit de patronage laïque; Baſſet, tome 1, liv. 1, tit. 2, ch. 2; ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition; voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 28, page 61.

XIII. Le droit de patronage n'eſt ceſſible qu'avec le fief ou portion notable d'icelui, & non autrement: ſans cela il eſt perſonnel, ſauf l'exception en faveur de l'égliſe.

Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 51, page 63; Maréchal, des droits honorifiques, ch. 1, page 260 & 261; mais il eſt ceſſible au profit de l'égliſe, quoique cédé ſans aucune portion du fonds. Voyez le journal des audiences, tome 1, liv. 1, chap. 41.

XIV. L'aliénation du fief emporte celle du droit de ſépulture qui y eſt attaché; ce droit étant plus réel que perſonnel; ce qui n'a pas lieu dans les villes.

Lapeyrere, lettre S, queſt. 41, page 416: il n'en eſt pas de même du droit de ſépulture dans les villes, ce droit reſte à la famille, nonobſtant l'aliénation de la maiſon; c'eſt alors droit héréditaire & perſonnel.

XV. Cependant les héritiers ou repréſentans l'ancien patron, peuvent en vendant le fief, ſe réſerver le droit de patronage; & en ce cas, telle réſerve a lieu: c'eſt convention légitime.

Ainſi jugé par l'arrêt rendu au profit de madame de Soiſſons; mais quoiqu'ils n'ayent pas fait cette réſerve, l'acquéreur du fief ne peut ôter les armes du fondateur qui ſont à la porte ou en autre endroit de l'égliſe, pour y mettre les ſiennes. Arrêt du 22 mai 1658, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 43; la ceſſion ne militant que pour l'avenir ſans effacer le paſſé. Sur la réſerve mentionnée dans la propoſition, voyez l'art. 142 de la coutume de Normandie, & Maréchal, des droits honorifiques, page 10 & page 236.

XVI. Dans le cas de cette réſerve, le droit de patronage ne peut plus être aliéné; il reſte attaché à une certaine famille, & la complainte a lieu; ſi l'on eſt troublé dans ce droit, il eſt réel.

Maréchal, des droits honorifiques, chap. 1, page 262 & 263; & c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt ci-deſſus cité, rendu au profit de madame de Soiſſons; il eſt du 18 mars 1628, & rapporté par Bardet & par le continuateur des œuvres de Maréchal. Pour le droit de patronage, on peut intenter complainte; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 20, num. 6. En effet, c'eſt droit réel, & tel eſt ſur ce l'uſage.

XVII. Le droit de patronage laïque, eſt impreſcriptible de la part de l'ordinaire: il eſt inſéparable du bénéfice

Arrêt du parlement de Dauphiné du 3 mai 1653, rapporté par Baſſet, tome 1, plaidoyer 13.

SECTION IV.

De la maniere de jouir des droits honorifiques, lorſqu'il y a pluſieurs co-ſeigneurs du même fief, ou différens ſeigneurs de différens fiefs, & qui d'entr'eux dans ce dernier cas, a droit de s'intituler ſeigneur de la terre.

XVIII. Lorſqu'un fief ayant haute-juſtice, eſt poſſédé par indivis, celui qui repréſente l'aîné a dans tous les droits honorifiques, la préférence ſur les autres; c'eſt ſuite de ſa qualité d'aîné: c'eſt droit prudemment attaché à la primogéniture, & qui arrête les diſſentions.

Maréchal, chap. 1, page 329.

XIX. Les droits honorifiques ſe réglent entre co-ſeigneurs, ſuivant leur poſſeſſion: c'eſt un bon guide, dont on ne doit pas s'écarter: elle indique leur droit, & procure la paix.

Voyez l'arrêt du 8 mai 1679, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 9; Maréchal, ch. 1, page 313; & ſi pluſieurs ſeigneurs de fiefs, dans l'étendue d'une même paroiſſe, avoient bancs & ſépultures en icelle, la poſſeſſion doit régler entre eux; le même auteur, au même chapitre, page 321.

XX. Lorſque l'un des co-ſeigneurs hauts-juſticiers a fait peindre une ceinture funébre autour de l'égliſe, celui qui en veut faire peindre une après, ne le doit faire qu'au-deſſous de la premiere: réglement ſage, qui arrête les effets de la vanité; mais qui ne s'applique pas au patron qui doit toujours avoir la préférence.

Cela ne s'entend que de ſeigneur à ſeigneur; car le patron en cela, comme en tous autres droits honorifiques, a toujours la préférence ſur eux, &

de ſeigneur à ſeigneurs. Cela ne s'entend que lorſqu'il n'y a aucune préférence entre eux ; autrement il faudroit la ſuivre ſur cela. Maréchal, des droits honorifiques, ch. 5, page 493.

XXI. Si dans la même paroiſſe, il y a deux ſeigneurs de fief différent, celui des deux, ſur le fief duquel l'égliſe paroiſſiale eſt bâtie, a le premier les honneurs : cette aſſiette lui donne cette préférence.

Maréchal, des droits honorifiques, chap. 1, page 310.

XXII. Le ſeigneur du fief, même celui du village, n'a pas droit de litre ou de ceinture funébre, lorſque l'égliſe n'eſt point bâtie ſur ſon fief, cette aſſiette faiſant, pour ainſi dire, ceſſer ſa qualité.

Dans le principe, le ſeigneur direct qui n'eſt pas haut-juſticier, ne devroit s'intituler ſeigneur du village ; mais les ſeigneurs directs ont preſcrit ce droit ; Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 6 & 8 ; ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition.

XXIII. Mais il jouit des autres honneurs après le ſeigneur du fief, ſur lequel la paroiſſe a été bâtie : telle eſt en ce cas l'effet de ſa qualité.

Voyez Maréchal au chapitre cité, page 309.

XXIV. Lorſque dans une même paroiſſe il y a ſeigneur haut-juſticier, & un autre qui n'a que fief ſans juſtice, le premier a droit d'empêcher l'autre de ſe dire ſeigneur de la terre, c'eſt-à-dire, de paroiſſe : cette qualité n'appartenant qu'au premier.

Baſſet, tome 2, liv. 3, tit. 5, ch. 1 ; Lapeyrere, lettre S, déciſion 13, page 409 ; Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch. 11, num. 3, page 60 ; Maréchal, des droits honorifiques, ch. 1, page 295, 316 & 317.

SECTION V.

Si les officiers du ſeigneur peuvent prétendre la préſéance.

XXV. Ils n'ont pas droit en l'abſence du ſeigneur de jouir de tous les honneurs appartenans au ſeigneur ; une telle jouiſſance ſeroit abus : c'eſt cependant ce qu'ils ne tentent que trop ſouvent de faire ; mais en ſon abſence, ſon juge, ſon lieutenant & ſon procureur d'office, ont l'avantage de la marche, s'ils ſont gradués, non comme repréſentans le ſeigneur ; mais ils en jouiſſent comme les officiers royaux, dont ils font la fonction dans l'étendue du fief ; mais à l'égard de certaines perſonnes, ils n'ont cet avantage que lorſqu'ils ſont gradués.

Même contre les gentilshommes, comme on le verra par la propoſition qui ſuit. Arrêt du 16 juillet 1706, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 25, page 647, ce qui avoit déja été établi par Maréchal, des droits honorifiques, ch. 1, page 442 ; & qui ne s'entend que lorſqu'ils ſont gradués. Sur la premiere partie de la propoſition, voyez encore Maréchal, liv. premier, page 343, qui dit que les droits honorifiques appartenans aux ſeigneurs leur ſont tellement perſonnels, qu'ils ne peuvent ſubroger perſonne à leur place. Tel eſt le vrai principe.

XXVI. Dans ce cas ils jouiſſent de cet avantage, même à l'égard des gentilshommes, moins comme repréſentant le ſeigneur que par le reſpect dû aux principaux officiers de la juſtice ; mais ils n'ont pas ce droit contre des perſonnes qualifiées, ayant fief dans l'étendue de la paroiſſe, quoiqu'ils l'aient contre les autres.

Arrêt du 4 ſeptembre 1664, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 21 ; c'eſt une juſte exception, qui loin de troubler maintient l'ordre public.

XXVII. Mais s'ils ne ſont pas gradués, ils n'ont l'avantage de la marche & le pas que ſur les roturiers, ſur leſquels ils ont la préſéance par la conſidération qu'ils leur doivent ; ce qui ne s'étend pas ſur les perſonnes qualifiées, ni même ſur les graduées, qui en ce cas ont la préſéance ſur eux.

Sur le rang & préſéance entre les officiers, lorſque la ſeigneurie appartient à pluſieurs, voyez l'arrêt rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 9 ; & Maréchal à la page citée ſur l'avant-derniere propoſition. Mais ces officiers n'étant pas gradués, & à plus forte raiſon les domeſtiques du ſeigneur non-ſeulement n'ont pas la préſéance ſur les gentilshommes, mais ils ne l'ont pas même ſur les perſonnes qualifiées, ni même ſur les gradués. Voyez Loyſeau, des ſeigneuries, n°. 58 Maréchal, des droits honorifiques, pag. 82 ; les arrêtés faits chez le Préſident de Lamoignon, même tit. art. 24, & le jour. des audiences, tome 2, liv. 6, ch. 52.

☞ Par un arrêt du conſeil d'état, du premier ſeptembre 1685, le roi a ordonné que dans le pays du bas-Poitou, les gentilshommes auront toute l'année la préſéance au-deſſus des ſénéchaux & des juges des ſeigneurs hauts-juſticiers dans les proceſſions, offrandes, diſtributions de pain béni & autres honneurs de l'égliſe, à la réſerve ſeulement des jours de fêtes des patrons deſdites paroiſſes, auxquels jours les ſénéchaux & juges deſdits ſeigneurs hauts juſticiers auront la même préſéance ſur les gentilshommes.

SECTION VI.

Si l'uſufruitier & le ſeigneur qui a ſaiſi féodalement, jouiſſent des droits honorifiques & des actions du ſeigneur pour ces droits.

XXVIII. Les uſufruitiers ne jouiſſent des droits honorifiques que lorſque le propriétaire de la ſeigneurie n'eſt pas ſur le lieu, comme on l'a déja dit ci-deſſus ; ce n'eſt que repréſentation de leur part ; c'eſt la conſervation du droit du propriétaire, mais qui

ne peut nuire à lui-même ; ainſi ils en jouiſſent en ſon abſence.

Ces droits ne ſont pas vrais fruits, & l'uſufruitier n'en doit jouir que comme repréſentant le propriétaire. Voyez Maréchal, des droits honorifiques, ch. 5, page 494, qui indiſtinctement refuſe tous droits honorifiques à l'uſufruitier ; ce qui me paroit très-juſte des droits permanens, tels que ſont ceux de ſépulture & de litre, mais non de ceux qui ſe renouvellent à tout inſtant, tel qu'eſt la préſéance, & qui s'efface auſſi-tôt qu'on en a joui. L'uſufruitier doit jouir de tels droits lorſque le propriétaire eſt abſent : il en doit jouir même dans le cas de préſence, mais après le propriétaire.

XXIX. A l'égard du ſeigneur qui a ſaiſi féodalement le fief de ſon vaſſal, il jouit pendant la ſaiſie féodale de tous les droits honorifiques, dont ſon vaſſal pouvoit jouir ; la ſaiſie féodale produiſant tant qu'elle dure la réunion du fief ſervant au dominant : réunion qui opere cette tranſmiſſion qui eſt totale, abſolue même tant qu'elle ſubſiſte.

Cela eſt établi ſur le chapitre de la ſaiſie féodale.

XXX. Quant aux actions du ſeigneur pour ces droits, ſi le ſeigneur eſt troublé dans la poſſeſſion d'iceux, la complainte lui eſt ouverte : c'eſt, comme on l'a dit, droit réel, ſur lequel par conſéquent cette action a lieu.

Voyez l'arrêt du 27 mai 1709, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 9, ch. 22, page 234. Cette action eſt inconteſtable de la part du patron : elle eſt admiſe encore de la part du ſeigneur ; Maréchal, ch. 7, page 517 & 518.

XXXI. De là il s'enſuit que pour s'y maintenir par proviſion, la poſſeſſion ſuffit à l'un & à l'autre ; c'eſt la baſe de la complainte : la poſſeſſion, quant à ce, doit donc ſuffire ; & cette action doit être portée devant le juge ſéculier, & non devant un juge eccléſiaſtique ; c'eſt droit purement civil.

Maréchal, des droits honorifiques, ch. 7, page 513 & 514.

XXXII. Cependant pour ſoutenir au fonds un droit de patronage, le ſeigneur doit rapporter un titre ; mais un titre qui prouve la poſſeſſion, eſt pour ce ſuffiſant.

Baſſet, tom. 1, tit. 2, ch. 2 ; on a vu ci-deſſus, que ſuivant le ſentiment de Maréchal, la poſſeſſion immémoriale eſt pour ce ſuffiſante.

XXXIII. Les armoiries peintes ſur les vitreaux, ou ſculptées ſur la voûte, ne forment pas une preuve du droit de patronage ; cela ne prouve que la qualité de bienfaiteur. Celles qui ſeroient brodées ſur des chaſubles & autres ornemens de l'égliſe, ſeroient encore plus impuiſſantes, parce que ce ſont encore plus de ſimples marques de bienfaiteur & non de fondateur.

Voyez Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 20, num. 27 & dernier ; Maréchal, ch. 7, page 522.

XXXIV. De-là il s'enſuit que tout particulier peut faire mettre ſes armoiries dans une égliſe, ſur les décorations qu'il y fait faire, pourvu que ce ne ſoit pas ſur les lieux mêmes qui ſont affectés au ſeigneur ou au fondateur, & que telles armoiries ne lui attribuent aucun droit honorifique.

Arrêt du 27 mai 1709, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, & déja cité ſur la troiſieme propoſition de cette ſection.

XXXV. Celui dont on auroit arraché ou effacé les armoiries a action pour les faire replacer ; c'eſt trouble dans une poſſeſſion légitime qu'il a droit de faire ceſſer par la voie de la complainte.

Loi 13, ff. *de injuriis*. Voyez Maréchal, des droits honorifiques, ch. 7, page 519.

TITRE QUATRIEME.

DES CENSIVES.

CHAPITRE PREMIER.

QUE TOUT HÉRITAGE EST PRÉSUMÉ TENU A CENS S'IL N'Y A TITRE CONTRAIRE.

I. DE la régle (nulle terre ſans ſeigneur) il s'enſuit que lorſqu'il n'y a aucun titre qui détermine la nature de la charge que l'héritage doit au ſeigneur, il eſt préſumé tenu de lui à cens, & non à foi & hommage ; la juſte faveur de libération a conduit là. On dit la faveur de la délibération, parce qu'en cette matiere il n'eſt plus queſtion de foi & d'hommage du dénombrement, du droit de relief & de celui de quint, ni du

retrait féodal, il faut encore en bannir la saisie féodale & la commise qui n'y ont pas lieu ; les héritages dont on examine ici la nature, n'étant sujets qu'à trois droits ; le premier, le cens par chacun an ; le second, les droits de lods & ventes ; & le troisieme, à une amende, faute de payement du cens, & de notification de la vente : lesquels droits on va expliquer dans leur ordre, ainsi que l'exhibition & l'ensaisinement qui ne sont pas de vrais droits.

Sur l'origine des censives, voyez Loyseau en son traité des seigneuries, ch. 1, num. 69, page 6 ; principe général que la suite développe.

II. La charge du cens est une suite nécessaire de la maxime (nulle terre sans seigneur, nul franc-aleu sans titre) ainsi tout héritage est présumé tenu à cens, s'il n'y a titre contraire : tel est le droit commun du royaume, qui n'admet aucun franc-aleu sans titre ; il y a cependant des coutumes qui sont allodiales.

Voyez Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, chap. 1, page 109. On attribue cette maxime au chancelier Duprat ; je crois qu'elle avoit lieu avant lui : elle a sa racine dans le maintien de l'ordre public, qui remonte toujours à la personne du roi.

III. La charge dans le doute est réduite au cens, parce qu'elle est moins onéreuse que les charges féodales, comme on l'a déja vu dans le chapitre second du titre second de ce livre ; & que dans le doute il faut présumer pour le débiteur, outre que la charge du cens est plus fréquente que celle de la foi & hommage : telles sont les bases de la présomption expliquée par la premiere proposition, & de l'exclusion des droits féodaux qu'on y a rapportés, & qui ne sont plus ici d'aucune considération.

L'usage est fondé sur ces principes, & notamment sur celui que la libération, comme ce qui y tend, est toujours favorable.

CHAPITRE SECOND.

DU CENS.

SECTION PREMIERE.

DE LA NATURE DE CE DROIT, ET COMMENT IL DOIT ESTRE PAYÉ.

(Art. 85 de la coutume.)

I. LE cens est la marque de la seigneurie directe dans la personne du seigneur à qui il appartient, & la reconnoissance de cette seigneurie de la part du censitaire : telle est la nature du droit de cens ; vraie marque de la seigneurie ; la coutume la caractérise telle.

Dupleſſis, traité des censives, liv. 1, chap. 1, page 83 & 84 ; le Maître, tit. 2, ch. 1, page 97 : ce qui est attesté par tous les autres commentateurs de la coutume, & par un grand nombre d'autres auteurs ; voyez Loysel, liv. 4, titre 2, régle 16 ; de l'Hommeau, liv. 2, max. 21 ; & Loyseau, du déguerpissement, liv. premier, ch. 5, num. 9 & 10.

II. C'est une redevance annuelle, mais modique ; plus honorifique qu'utile, mais qui emporte d'autres droits plus utiles qu'elle-même, & c'est en cela qu'elle est marque de la directe. Les tems ont bien diminué son produit ; cette charge, dans son origine, étoit peut-être aussi pesante qu'elle est légere aujourd'hui ; mais ses accessoires sont très-utiles.

Sur la distinction de la seigneurie directe qui réside dans la personne du seigneur, & du domaine utile qui réside dans la personne du censitaire, ainsi que dans celle du vassal, voyez Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 2, quest. 6. Le cens produit de plein droit celui de lods & ventes ; le Maître, page 114 : ce qu'on verra plus amplement ci-après, mais ce qui suffit ici pour établir la proposition générale que le cens produit des droits plus utiles que lui-même.

III. Tout héritage en est chargé envers le seigneur dans la seigneurie duquel il est situé ; c'est ce qui résulte du chapitre précédent, & de la régle, nulle terre sans seigneur.

Voyez Bouguier, lettre D, num. 19. Il en est de même du droit de justice : tout ce qui est dans le territoire de la justice est présumé être d'icelle ; Loyseau, des seigneuries, ch. 12, num. 6, page 66 ; & quant à ce, le maintien de l'ordre public l'exige ainsi. Voyez Dumoulin sur l'art. 68 de la coutume de Paris, num. 6 ; Loyseau, des seigneuries, chap. 12, num. 15 & suivans.

IV. Cette redevance annuelle est inamortissable & impresciptible : qualités qui sont suite de la maxime, nulle terre sans seigneur : ce qu'on a déja expliqué ci-dessus sur le titre du franc-aleu ; sur quoi il faut observer que ces mots de la coutume pour l'imprescriptibilité du cens (quand il y a titre) ne se réfèrent qu'à un autre seigneur, & non au censitaire ; autrement ce seroit admettre, contre

contre la diſpoſition de la coutume, une terre ſans ſeigneur, un franc-aleu ſans titre.

Mais ſa quotité eſt preſcriptible ; Dupleſſis, des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, ch. 1, page 109. Cependant par arrêt du 6 août 1667, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 27, il a été jugé en faveur de l'ordre de Malte, que la quotité même du cens n'avoit pu ſe preſcrire par une poſſeſſion de cent ans ; autre arrêt ſemblable dans le même volume, liv. 1, ch. 42, du 7 ſeptembre de la même année : ce qui ne ſert qu'à confirmer la régle générale. Sur la queſtion de ſavoir s'il eſt ſujet a preſcription lorſqu'il a été acquis à prix d'argent & non créé pour & à cauſe de l'aliénation d'un fonds ; voyez Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 17 ; en ce cas, c'eſt plutôt ſimple rente que vrai cens ; ainſi, incline en ce cas à dire qu'il eſt preſcriptible, ſur l'inpreſcriptibilité du vrai cens ; voyez Loyſel, livre 4, tit. 2, rég. 3, Louet & Brodeau, lettre C, ch. 21 & le journal des audiences, tome 3, livre 1, ch. 20, & 43.

☞ Le cens eſt exempt de toute retenue de dixieme, vingtieme & autres impoſitions royales ; jugé par arrêt du conſeil d'état, du 13 octobre 1750, ſans avoir égard à l'arrêt du parlement, du 29 janvier 1749, qui avoit jugé le contraire.

V. Jamais vrai cens ne peut être dû à un héritage roturier ; ce ſeroit ſimple rente fonciere, & non cens ; ce droit ne pouvant être dû qu'à une terre tenue en fief, duquel l'héritage releve.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 1, ch. 1, page 84 ; & tel eſt l'uſage.

VI. Ce droit eſt purement réel ; il eſt dû par la choſe à la choſe, & non par la perſonne à la perſonne : ces qualités ſont les ſuites de ce qu'il eſt la marque de la directe qui s'applique à la réalité & non à la perſonne.

Cela eſt atteſté par les commentateurs, outre ce, il eſt indiviſible ; Dumoulin, ſur l'art. 78, gloſ. 4, num. 28,

VII. La ſtérilité, telle qu'elle ait été, ne peut jamais en diminuer le montant ; il eſt toujours dû au ſeigneur, nonobſtant la ſtérilité, & cet accident n'eſt d'aucune conſidération quant au cens, à cauſe de ſa modicité & de ſes autres qualités ci-deſſus expliquées : & par ces mêmes qualités, le décret ne peut le purger, parce que c'eſt charge commune à tous les héritages, qui s'annonce d'elle-même ; encore une fois, c'eſt marque de la directe que la coutume rend impreſcriptible & affranchit de l'effet du décret.

Ancien arrêt de 1367, rapporté par Papon, liv. 13, titre 2, art. 25 ; autre rapporté par Bouguier, let. X, num. 8 ; ce qui eſt établi plus au long ſur le titre des décrets. Voyez le Maître, page 98.

☞ M. de Fréminville, dans ſes principes ſur les fiefs, *verb.* cens, penſe que la diminution du cens peut être demandée par le cenſitaire, dans le cas où l'on auroit pris de ſon terrein, ſoit pour bâtir une égliſe ou un hôpital ou un édifice public, ſoit pour y faire paſſer un grand chemin, & qu'alors le cenſitaire ſeroit fondé à ne plus payer de cens au ſeigneur direct, que de la partie du terrein dont il ſeroit reſté propriétaire, & à proportion de ce qui lui en reſteroit.

VIII. Venons à la maniere du payement du cens : il eſt portable de la part du cenſitaire, non néceſſairement quérable de la part du ſeigneur ; autre qualité de ce droit, qualité qui emporte qu'il eſt ſolidaire & indiviſible ; c'eſt le droit commun.

Voyez l'arrêt du 7 août 1682, rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, page 462 ; Dupleſſis, page 84 ; Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 9, & le Maître, page 99. Sur ſon indiviſibilité, voyez Loyſel, livre 4, titre 2, régle 1 ; & de l'Hommeau, livre 2, max. 22 ; d'où il s'enſuit que le cenſitaire doit le porter au principal manoir du ſeigneur ſans attendre réquiſition. La coutume ne le dit pas, mais c'eſt le droit commun du royaume ; c'eſt la diſpoſition de la coutume de Chartres, art. 111 ; de celle de Blois, art. 109, 113, & 114 ; de Dunois, art. 32. Dumoulin, ſur l'art. 63, tit. 1, des fiefs, dit que, *Patronus pro feudalibus non debet adire clientem, ſed è converſo, cliens debet adire patronum* ; le même, ſur l'art. 85, gloſ. 1, 3, & 4 ; & tel eſt ſur ce l'uſage.

IX. Cet apport doit ſe faire à l'échéance ordinaire, s'il n'y a pas titre portant cette échéance ; & s'il y a titre, au tems porté par icelui.

Voyez ſur les prérogatives du cens, l'arrêt rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, page 462 ; les moyens contenus en icelui, & les citations ſur la premiere propoſition de la ſection qui ſuit ; à ces priviléges du cens, il faut ajouter qu'il ne peut ſe purger par décret, comme on l'expliquera ſur le titre des décrets ; ſur ce dernier privilége, voyez l'édit de 1551, & le journal des audiences, tome 3, liv. 11, ch. 34.

SECTION II.

De l'amende faute de payement du cens, & que les maiſons de Paris ſont affranchies de cette amende.

(Même article 85).

X. Faute d'avoir payé le cens à l'échéance, le cenſitaire doit une amende de cinq ſols pariſis au ſeigneur ; cette amende eſt dûe pour chaque année, pour le payement deſquels il y a retard & main-miſe de la part du ſeigneur ; mais pour cela, c'eſt-à-dire, pour multiplier cette amende, il faut main-miſe de la part du ſeigneur.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 55 de l'ancienne coutume, qui fixe l'échéance du cens au premier octobre ; l'uſage les a fixé au jour de S. Martin ; Dupleſſis, des cenſives, page 102 ; & Louet, lettre A, ch. 8 ; mais ſi le ſeigneur n'a pas agi, le cenſitaire ne doit qu'une ſeule amende, quoique débiteur de pluſieurs années de cens ; c'eſt l'avis

de Dumoulin, ſur l'art. 62, de la coutume; voyez Louet, let. A, num. 8; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, parce qu'il ne faut pas multiplier les droits qui par eux-mêmes ſont défavorables.

XI. Cette amende ne ſe multiplie pas autant que le cenſitaire poſſéde d'arpens de terre dans la cenſive du ſeigneur; il ne doit qu'une amende pour chaque année, quand il poſſéderoit cent arpens; & en ce cas même il ne doit qu'une amende; mais il la doit pour chaque fois que le ſeigneur a agi: ce qui influe ſur la diviſion entre les ſeigneurs.

De même elle ne ſe multiplie pas quoique la cenſive appartienne à pluſieurs ſeigneurs; Dumoulin, ſur l'art. 85 de la nouvelle coutume, num. 18; le Maître, tit. 2, des cenſives, ch. 1, page 97; & tel eſt dans tous ces cas l'uſage.

XII. Mais il y a des héritages non ſujets à cette amende: le retard du payement du cens dû ſur les maiſons de la ville & fauxbourgs de Paris, ne donne pas lieu à icelle; c'eſt exception, c'eſt privilége que l'importance de ces objets a produit.

Voyez la propoſition ſuivante. Mais le ſeigneur peut ſaiſir & gager les meubles étant en icelle; ſaiſie & gagerie pour la validité de laquelle il n'eſt pas beſoin de commandement; Dumoulin, ſur l'art. 86 de la coutume, num. 11, & 12; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 86 de la coutume; ce qui conſerve ſur ces objets les droits du ſeigneur; ce qui eſt fondé ſur le peu de conſidération que mérite le cens relativement aux gros loyers que telles maiſons produiſent. Dupleſſis, des cenſives, liv. 1, ch. 1, page 84, & 85; & le même auteur, à la page 102; mais il peut ſaiſir & gager les meubles, comme on le verra par la ſection 4 ci-après.

SECTION III.

Du titre du ſeigneur pour le payement du cens & pour la quotité d'icelui.

(Art. 85 de la coutume.)

XIII. Le ſeigneur, pour exiger le cens de ceux qui poſſédent des héritages dans l'étendue de ſa ſeigneurie, n'a beſoin d'autre titre que ſa qualité de ſeigneur féodal; qualité qui lui tient lieu de titre, & qui en eſt un pour ce droit: tel eſt le droit commun du royaume.

Voyez l'art. 11 de l'ordonnance de Rouſſillon. En effet, tout héritage étant dans l'étendue de ſa cenſive, provient originairement de lui, & c'eſt à cette charge qu'il l'a mis hors ſa main. Sur la queſtion de ſavoir ſi ce droit de directe ſeigneuriale peut s'acquérir à prix dargent, voyez Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 7: d'alleurs la propoſition réſulte de la ſection premiere de ce chapitre; ſur quoi voyez encore Bouguier, let. D, num. 19; Dupleſſis, en ſon traité des héritages tenus en franc-aleu, ch. 2, page 111; & cela eſt une ſuite de la maxime, nul franc-aleu ſans titre.

XIV. A l'égard de la quotité du cens, elle ſe régle par les titres, ſi aucun il y a; & lorſqu'il n'y a aucun titre qui fixe cette quotité, l'uſage, c'eſt-à-dire, la quotité la plus ordinaire dans le lieu, la régle: c'eſt dans ce dernier cas un guide sûr & déterminant.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet en ce cas.

SECTION IV.

De la voie ouverte au ſeigneur pour ſe faire payer du cens, & de la ſaiſie & brandonnement des fruits.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand le ſeigneur peut pour ce ſaiſir, & de la forme de cette ſaiſie.

(Art. 74, 75 & 86 de la coutume).

XV. Faute de payement du cens, & même pour une ſeule année d'icelui, le ſeigneur peut ſaiſir & brandonner les fruits pendans par les racines ſur l'héritage qui en eſt chargé; tel eſt ſon droit, & ſon titre eſt la coutume; droit qu'il a même contre un fermier, le droit du ſeigneur étant préférable à celui du fermier: c'eſt droit commun, c'eſt droit réel, primitif à tout autre.

Voyez l'ordonnance de Charles IX, du mois de novembre 1565, & les trois articles de la coutume indiqués en tête de cette diſtinction.

XVI. Il peut même faire cette ſaiſie pour les arrérages du cens échus pendant la poſſeſſion du précédent propriétaire, parce que les fruits ſont affectés à ce, par une affectation légale, & que ſon action eſt autant réelle que perſonnelle; mais le tenancier s'oppoſant, il obtient main-levée proviſoire en conſignant trois années, & pour le ſurplus, le ſeigneur n'a que l'exercice d'une action ordinaire; & s'il avoit quittance ſans réſerve des trois dernieres années, la main-levée ſeroit définitive; ce qui a lieu pour les rentes foncieres de bail d'héritage.

Voyez le Maître, titre 2, des cenſives, ch. 1, page 99; juſques-là qu'il peut les ſaiſir, quoiqu'engrangés; le Maître, page 100; & tel eſt l'uſage, mais tant qu'ils ſont ſur le champ ſeulement, & non lorſqu'ils ſont engrangés. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez l'art. 74 de la coutume, qui dit, cens ou fonds de terre, & l'édit de 1563, qui comprend les rentes foncieres.

XVII. Pour faire cette ſaiſie & brandonnement, le ſeigneur n'a beſoin d'autre titre que de la coutume qui lui tient lieu pour le cens de titre paré, puiſque le texte lui donne ce droit, & il n'eſt pas obligé de faire faire un commandement préalable: l'échéance ouvre l'exercice de ce droit, il eſt légal.

Dupleſſis dit à cet égard, page 84, *dies interpellat pro homine*; ce que le Maître, page 100, confirme, & ce qui eſt pratiqué au châtelet. Voyez Dumoulin, ſur l'art. 74 de la coutume, au commencement de la premiere gloſe.

XVIII. Mais il lui faut pour cela l'ordonnance du juge; & c'eſt en vertu de cette ordonnance que la ſaiſie & brandonnement doivent ſe faire; ce qui cependant paroît peu intéreſſant pour le cenſitaire.

Tel eſt ſur ce l'uſage, conforme au ſentiment de Dumoulin, en ſa note ſur l'art. 23 de la coutume de Sens, où il dit que cette ſaiſie doit ſe faire, *vid juris & autoritate judicis*; ce que dit auſſi Dupleſſis, page 84.

XIX. Telle ſaiſie ne peut être faite que par un huiſſier; elle doit contenir établiſſement de commiſſaire: c'eſt une juſte forme, le ſeigneur ne pouvant être auteur dans ſa propre affaire; mais le ſeigneur ne peut uſer de cette voie ſur les autres biens du débiteur du cens à lui dû, qu'en vertu d'une condamnation; ce droit étant limité ſur les fruits de l'héritage même, & y tenant par les racines; enſorte que ce droit ceſſe lorſqu'ils ſont engrangés; mais il ſubſiſte pour trente ans.

Il ne le peut même ſur le fonds de l'héritage; Brodeau, ſur l'art. 74, num. 26, eſt d'avis contraire; mais ſon avis n'eſt nullement ſuivi; uſage conforme au ſentiment de Dupleſſis, page 84, & de le Maître, page 100, qui, à la même page, obſerve avec raiſon que c'eſt un abus de praticien que de ne demander que vingt-neuf années du cens; la preſcription contre les arrérages du cens ne commençant qu'après trente ans; ainſi c'eſt trente années que le ſeigneur peut demander, comme tout autre créancier de rente fonciere peut le faire; ce qu'il eſt bon d'obſerver.

DISTINCTION II.

Si le bail de l'héritage ſujet au cens fait obſtacle à cette ſaiſie, & comment le cenſitaire en peut obtenir main-levée.

(Art. 75 & 86 de la coutume.)

XX. Le bail fait par le propriétaire de l'héritage chargé de cens ne fait aucun obſtacle à la ſaiſie & brandonnement des fruits pendans par les racines ſur icelui, que le ſeigneur peut faire nonobſtant un tel bail, faute d'être payé du cens; le fait de ſon cenſitaire ne pouvant le priver d'un droit que la loi lui donne, qui eſt abſolument réel, & qu'il convient ici de développer: la raiſon de ce eſt que le droit du ſeigneur, ſur ces mêmes fruits, eſt primitif & privilégié à celui que peuvent avoir ceux qui ont contracté avec le cenſitaire, & par conſéquent au fermier qui tient le bail de lui; ce qui n'influe pas néanmoins ſur les meubles d'un ſous-locataire.

Dupleſſis, page 85, dit que cette ſaiſie peut même être faite pour les arrérages échus du tems des anciens poſſeſſeurs, même par rapport au cens dû ſur une maiſon de Paris; ce qui prouve d'autant plus la propoſition: cependant le ſeigneur ne peut ſaiſir & gager les meubles du locataire qui l'habite, mais ſeulement ceux du propriétaire; le Maître, des cenſives, page 102. C'eſt exacte & judicieuſe exception a ſon privilége.

XXI. Dans tous les cas, ſoit que le cenſitaire jouiſſe par lui-même, ſoit qu'il jouiſſe par un fermier, il obtient main-levée de cette ſaiſie & brandonnement, en conſignant trois années du cens: ce n'eſt qu'avec cette limitation que la coutume permet cette ſaiſie. Cette main-levée proviſoire eſt fondée ſur ce qu'il y a lieu de préſumer que le ſeigneur n'en a pas laiſſé accumuler plus grande quantité; c'eſt une juſte & favorable préſomption qui concilie les intérêts ſans les détruire.

Voyez l'ordonnance de Charles IX, du mois de novembre 1463; le Maître, des cenſives, page 101, & les deux articles de la coutume indiqués en tête de cette diſtinction, & les autorités ſur la propoſition qui ſuit: elles ſont communes à celles-ci.

XXII. Par cette préſomption le ſeigneur ne perd pas le ſurplus, ſi le ſurplus lui eſt dû; mais il n'a que l'action ordinaire, que tout créancier a contre ſon débiteur, & non l'exécution qu'il ne peut plus fonder que ſur une condamnation qu'il doit obtenir, & qu'il obtient quand le cenſitaire ne juſtifie pas de décharge.

Si le cenſitaire rapportoit les quittances des trois dernieres années du cens ſans réſerve, il y auroit fin de non-recevoir pour les précédentes; Dupleſſis, page 85; le Maître, page 101; la quittance de la derniere année ſans réſerve eſt même pour ce ſuffiſante; c'eſt la juriſprudence du châtelet pour toute preſtation annuelle; ce qui tombe ſur le cens.

DISTINCTION III.

Que cette ſaiſie & brandonnement, n'emporte pas perte des fruits, & comment le ſeigneur doit les faire vendre.

XXIII. Cette ſaiſie & brandonnement n'emporte pas perte de fruits au préjudice du cenſitaire en faveur du ſeigneur, en quoi elle différe fort de la ſaiſie féodale; en effet, il eſt regardé comme un créancier ordinaire, & il n'a droit que de faire vendre judiciairement.

Jura dominicalia ſunt ſtricti juris, dit Dumoulin, ſur l'art. 74 de la nouvelle coutume, *nec poſſunt extendi ultra verba conſuetudinis*. Le Maître, page 99, confirme encore la propoſition, qui eſt d'elle-même inconteſtable, puiſque le texte ne donne que le droit de main-miſe; ce qui exclut l'autre.

XXIV. Les fruits ſaiſis & brandonnés ne peuvent être vendus qu'après que le ſeigneur a obtenu ſentence de condamnation contre ſon cenſitaire; cela réſulte de la nature de ce droit, qui n'eſt en ſoi qu'action & non vraie exécution.

Tel eſt ſur ce l'uſage, conforme au ſentiment de Dupleſſis, page 84 & 85; ce qui établit encore la propoſition précédente.

XXV. De ce que deſſus, il réſulte que ſur les deniers de la vente, le ſeigneur ne reçoit que ce qui lui eſt dû, & que le ſurplus doit être rendu à ſon cenſitaire; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Telle ſaiſie n'emporte perte de fruits, dit Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 1, chap. 2; ce qui prouve la propoſition, qui n'eſt qu'une conſéquence des précédentes.

DISTINCTION IV.

Des fruits que le ſeigneur ne peut ſaiſir & brandonner.

(Art. 74 de la coutume).

XXVI. Lorſque les fruits ſont coupés & ſéparés du fonds, le ſeigneur ne peut plus les ſaiſir & brandonner; c'eſt à la choſe, à l'héritage même que ce droit eſt attaché; en effet, cette exécution privilégiée, établie en ſa faveur, eſt limitée ſur l'héritage même chargé du cens, & par la ſéparation du fonds, les fruits coupés ne peuvent plus ſe reconnoître ni être regardés comme faiſant partie du fonds.

Voyez Dumoulin, ſur le même article, gloſ. 1, qui a été d'opinion contraire; opinion que Brodeau, ſur le même art. 74, num. 22, a préféré au texte. La note citée ſur la propoſition précédente, qui eſt une note ſur Dupleſſis, page 85, porte que ce ſentiment n'eſt pas ſuivi. Cependant le Maître, page 100, le ſuit encore; mais c'eſt ajouter à la coutume, dont le texte eſt préférable à ces auteurs.

XXVII. Mais ils peuvent être ſaiſis en vertu d'une condamnation comme les autres biens du débiteur, ainſi qu'il eſt dit dans la derniere propoſition de la diſtinction premiere de la préſente ſection; le ſeigneur ayant alors l'exécution ſur tous les biens de ſon cenſitaire condamné.

C'eſt ce qui ſe pratique, & qui peut ſervir à confirmer la propoſition précédente.

SECTION V.

Si pour la conſervation du cens le ſeigneur peut empêcher que le cenſitaire change la face de l'héritage, & de l'effet de la permiſſion de rentrer ſtipulée faute de payement du cens.

XXVIII. Le ſeigneur pour la conſervation de ſon droit de cens, & pour la facilité de la perception d'icelui, ne peut empêcher que ſon cenſitaire ne change la face de l'héritage; le fonds, tel qui ſoit, en eſt toujours une ſûreté ſuffiſante, & la propriété d'icelui réſide dans la perſonne du cenſitaire; mais il a ce droit ſi c'eſt un corps de bâtiment qui ait été donné à cens.

Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 1, page 87; cependant cela ſe reçoit une exception: en effet, il le pourroit, ſi c'étoit un certain corps, comme une maiſon, un moulin, qui eût été donné par lui à cens. Dumoulin, ſur l'art. 73, dit, *ſcilicet quando accepit domum in cenſum vel ſolum ad onus ædificandi*; auquel cas il faut que l'édifice ſtipulé ſoit entretenu; c'eſt ce corps même qui eſt l'objet du cens, il doit donc être entretenu. C'eſt l'exécution d'un tel acte.

XXIX. De là il s'enſuit que dans la théſe générale il ne peut empêcher la démolition des bâtimens qui ſont ſur icelui, ſi ces bâtimens n'ont pas été l'objet principal de la priſe à cens; ce qui ne s'étend pas à un preneur à titre de rente fonciere.

Dumoulin, ſur l'art. 74 de l'ancienne coutume de Paris, *in verbo* (d'aucun fonds de terre;) Henrys, tome 1, liv. 3, chap 3, queſt. 20. Il en eſt autrement d'un preneur à rente fonciere, qui ne peut dégrader, parce qu'il ne ſeroit pas juſte de lui permettre de le faire, s'il ne s'eſt pas ſoumis à faire valoir la rente, & qu'il puiſſe ſe libérer en déguerpiſſant, & encore moins s'il s'y eſt ſoumis; car en ce dernier cas, par la lettre même du contrat, il ne peut dégrader; la clauſe, fournir & faire valoir, emporte cet engagement de ſa part, qui eſt perſonnel, comme on l'établira dans ſon ordre.

XXX. En effet, quant au cens, & relativement à un ſimple cenſitaire, il faut préſumer qu'il n'agit ainſi que pour le bien de la choſe, & qu'en ayant le domaine utile & la vraie propriété, il eſt encore plus intéreſſé à ſa conſervation, que le ſeigneur qui n'a retenu qu'un domaine direct, en ne s'appauvriſſant lui-même de la propriété utile [illegible] qui fondent cette faculté de la part du cenſitaire, de pouvoir dans la théſe générale changer à ſon gré la ſurface de l'héritage qu'il tient à cens.

Arrêt du 14 février 1648, rapporté par Soëfve, tome 1, cent 1, ch. 66; c'eſt le ſentiment de Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 5, ch. 5, num. 15, page 120. Il en ſeroit autrement, ſi l'héritage n'avoit été donné à cens que ſous la condition d'une réverſion ſûre & déterminée; & tel eſt ſur ce l'uſage pour l'un & l'autre cas.

XXXI. La clauſe portée par le titre d'accenſement, que faute de payement d'une ou de deux années du cens, le ſeigneur pourra rentrer dans la poſſeſſion de l'héritage, n'eſt que comminatoire, & comme telle, ne peut avoir exécution qu'après une ſentence.

Tel eſt ſur ce l'uſage; c'eſt à la juſtice à déterminer l'effet d'une telle clauſe.

SECTION VI.

Du ſurcens, & du droit de corvée.

XXXII. Le vrai ſurcens a tous les priviléges du cens: on va expliquer quel eſt le vrai ſurcens; de-là il s'enſuit que comme le cens, il eſt impreſcriptible; mais le ſurcens ajouté au cens, eſt preſcriptible; pour être vrai ſurcens, il faut qu'il ſoit porté par le

premier titre d'accenſement ; ſans cela c'eſt rente ſeigneuriale & non ſurcens, & par conſéquent, qui ne peut avoir les priviléges du vrai ſurcens ; tel eſt l'eſprit de la coutume.

Bacquet, traité des francs-fiefs, ch. 7, num. 28, prétend que le ſurcens, dès qu'il eſt conſidérable, par exemple, de cent ſols, n'a plus les priviléges du cens, ce qui me paroît contraire à la coutume, qui ne diſtingue pas : ainſi diſtinction à rejetter. Voyez Dumoulin, ſur les art. 73 & 74 de l'ancienne coutume, & l'article 357 de la nouvelle.

XXXIII. Faute de ce, c'eſt-à-dire, s'il n'eſt pas porté par le premier titre d'accenſement, il eſt regardé comme ſimple rente fonciere ; il n'a plus les priviléges du cens ; il s'enſuit qu'il ne peut plus ſe pourſuivre que par les actions ordinaires.

De-là il s'enſuit que le décret le purge. Arrêt du 24 mars 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, chap. 34. Dans l'eſpece de l'arrêt, le ſurcens n'avoit été impoſé que lors d'une ſeconde conceſſion, ce qui prouve la propoſition, ainſi que l'art. 337 de la coutume.

XXXIV. Cependant ſi par des titres ſubſéquens il eſt prouvé qu'il étoit porté dans le premier titre d'accenſement, quoique ce premier titre ne ſoit pas rapporté en ce cas, il eſt non ſimple rente fonciere, mais ſurcens, & il a tous les priviléges du cens ; pluſieurs déclarations ſur ce ſuppléant au titre primitif ; quant au droit de corvée, il en faut titre pour le prétendre ; c'eſt un droit défavorable.

Telle eſt l'opinion commune. A l'égard du droit de corvée, il en faut titre, & il n'arrérage pas ; Mornac, ſur la loi 1, ff. *de operib. ſervor.* ce qu'on a déja vu ci-deſſus ; mais ſur quoi il eſt bon d'obſerver que lorſqu'un gentilhomme achete un fonds ſujet au droit de corvée, il doit l'eſtimation de la corvée ou fournir un homme ; Brodeau, ſur la coutume, art. 71 : cette charge étant inaliable avec la nobleſſe, ce qui la réduit à ſon appréciation.

SECTION VII.

De l'hypothéque légale du ſeigneur pour le cens, & de l'indiviſibilité qu'elle produit.

(Art. 24 de la coutume.)

XXXV. Le ſeigneur, pour la perception du cens à lui dû, a une hypothéque légale ſur l'héritage qui en eſt chargé, & la coutume pour ce lui ſert de titre paré ; par cette hypothéque le cens eſt indiviſible, l'indiviſibilité eſt l'effet de l'hypothéque légale qui l'accompagne.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 1, ch. 1, page 84. Voyez la propoſition ſuivante qui développe celle-ci.

XXXVI. De-là il s'enſuit que lorſque l'héritage qui eſt chargé du cens, eſt diviſé entre pluſieurs, le ſeigneur peut pourſuivre pour la totalité celui des propriétaires qu'il juge à propos ; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient de poſer & l'effet de l'hypothéque.

Baſſet, tome 2, liv. 3, tit. 11, ch. 1 ; & telle eſt la juriſprudence.

☞ Néanmoins il n'y a pas lieu à la ſolidité dans les trois cas ſuivans : 1°. lorſque par le bail à cens il eſt diſtribué par chaque arpent : 2°. quand le ſeigneur a reçu le cens diviſément, ou qu'il paroît par quelqu'acte que le cens a ſouffert diviſion. 3°. lorſqu'il y a preſcription de trente ans ; la ſolidité étant preſcriptible, ainſi que la quotité : voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, chap. 11, n°. 13.

XXXVII. Cela auroit lieu encore que le ſeigneur fût devenu propriétaire d'une portion de l'héritage, il peut (ſa part confuſe) demander tout le ſurplus à chacun des autres co-propriétaires ; c'eſt un privilége particulier au cens, qui n'a lieu pour les autres dettes hypothécaires.

Loyſeau, du déguerpiſſement ; ce qui prouve d'autant plus la propoſition précédente.

XXXVIII. Dans ce dernier cas, on dit que c'eſt un privilége ſingulier accordé au cens ; car une telle diviſion de la dette, entre autres débiteurs ſolidaires, ſeroit ſuffiſante pour éteindre la ſolidité & opérer parfaite diviſion ; c'eſt donc privilége attaché au cens : privilége que ſa modicité ſoutient autant que la faveur qu'on y attache, beaucoup plus que les principes de droit qui ſont contraires.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, page 84, & eſt établi ſur le titre de la ſolidité.

CHAPITRE TROISIEME.

DES DROITS CONSERVATOIRES DU SEIGNEUR SUR LES HÉRITAGES TENUS DE LUI A CENS.

SECTION PREMIERE.

DE L'EXHIBITION DU CONTRAT, ET DE L'AMENDE FAUTE D'ICELLE.

(Art. 73 & 77 de la coutume.)

I. TOUT acquéreur, dont l'acquiſition fait ouverture à un droit utile au profit du ſeigneur, eſt obligé de lui exhiber le titre de ſon acquiſition, & faute de ce, il y a amende qu'on expliquera par la ſuite; ce droit eſt même dû par les exempts, & dans tous les cas dans leſquels il n'eſt point dû de lods & ventes; mais dans tous ces cas, il n'eſt dû que lorſqu'il eſt demandé par le ſeigneur, au lieu que hors ces cas, l'exhibition eſt dûe dans les vingt jours.

Dumoulin, ſur l'art. 77 de la coutume, dit que le ſeigneur peut demander cette exhibition, même avant la tradition. En effet, la ſeule perfection du contrat en fait naître le droit.

II. Cette exhibition emporte communication réelle du titre; l'examen d'icelui étant intéreſſant pour le ſeigneur par deux motifs: le premier, pour ſa connoiſſance & ſon inſtruction, en quoi ce droit eſt impreſcriptible, & dû indiſtinctement par-tout poſſeſſeur, même par ceux qui ſeroient exempts du droit de lods & ventes; & le ſecond, pour ſon intérêt & pour lui annoncer les droits de lods & ventes qui pouroient lui être dûs.

Quid, des anciens titres; Dumoulin, ſur l'art. 77, gloſ. 3, num. 16, tient qu'il doit les communiquer; cependant les anciens droits ne peuvent ſe pourſuivre que par action: on l'a établi ſur les fiefs, pourquoi il me paroit que cette opinion de Dumoulin peut ſouffrir difficulté.

III. Elle doit être faite dans les vingt jours de l'acquiſition; faute de ce, l'amende eſt encourue en certain cas, qui ſont ceux dans leſquels le droit de lods & ventes lui eſt dû, mais non dans les cas dans leſquels ce droit n'eſt pas dû.

Pour ce le ſeigneur peut pourſuivre devant ſon juge, & même les gens de main-morte; Dumoulin, ſur l'art. 23 de la coutume de Sens. Quant à l'amende, c'eſt la diſpoſition de l'art. 77 de notre coutume. Voyez le Maître, page 113.

IV. Le mineur eſt tenu de cette amende, comme le majeur, ſauf ſon recours contre ſon tuteur; la coutume ſur ce, ne diſtinguant pas; ce qui s'entend dans le cas que la mutation fait ouverture au droit de lods & ventes.

Lorſque le tuteur l'a payé, il ne peut la coucher en dépenſe; le Maître, page 114. Cela conſomme la garantie dont il eſt tenu.

V. L'amende n'eſt plus dûe, ſi le ſeigneur a reçu les lods & ventes ſans réſerve d'icelle; telle réception en emporte une remiſe tacite, & fait à ſon égard fin de non-recevoir.

Tel eſt l'uſage; ſur quoi on peut obſerver qu'en matiere de cenſive, la commiſe n'a pas lieu; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 5; ce qui eſt inconteſtable, puiſque c'eſt droit de rigueur que la coutume n'y autoriſe pas.

VI. Lorſque la mutation n'emporte aucun droit utile en faveur du ſeigneur féodal, l'exhibition n'eſt dûe au ſeigneur que lorſqu'il la demande, & non autrement, comme on l'a déja obſervé; l'ouverture du droit ſeigneurial étant la baſe de ſa néceſſité; & pour cette demande, le ſeigneur n'a que la ſimple action qui n'emporte pas d'amende; ainſi, lorſqu'il ne lui eſt dû aucun droit, il doit le pourvoir en juſtice: mais le droit d'exhibition a lieu dans le cas du papier terrier.

Outre cette exhibition, le ſeigneur peut faire papier terrier; mais ſelon Lapeyrere, lettre S, déciſion 15, page 409, le ſeigneur n'a ce droit qu'une fois en ſa vie ſeulement: ce que l'uſage paroît confirmer.

SECTION II.

De l'enſaiſinement, & que le ſeigneur ne peut retenir le contrat.

(Art. 81 & 82 de la coutume).

VII. Ne prend enſaiſinement qui ne veut; il eſt l'envoi en poſſeſſion que le ſeigneur accorde au nouveau cenſitaire; mais c'eſt l'envoi marqué qui fait courir l'an du retrait lignager, & ce n'eſt que relativement au retrait qu'il eſt de néceſſité.

Voyez Dupleſſis, des cenſives, liv. 6, page 104. Ce droit tient dans les cenſives lieu de la réception en foi, qui eſt de néceſſité dans les fiefs, mais de volonté dans les cenſives.

VIII. Pour ce il eſt dû douze deniers pariſis au ſeigneur; c'eſt un foible droit que

ſa modicité fait négliger ; le retrait le ſoutient. Mais de la premiere propoſition, il réſulte que quoique l'enſaiſinement ne ſoit pas de néceſſité, il le devient lorſque l'héritage acquis étoit propre au vendeur, parce que l'an du retrait lignager ne court que du jour d'icelui, & que ſon défaut proroge ce tems ; pour quoi le ſeigneur peut être actionné pour donner l'enſaiſinement.

Dupleſſis, à la page 104 déja citée ; voyez le le titre du retrait, où cette prorogation eſt établie. Mais il peut le refuſer, ſi l'on ne lui paye non-ſeulement le droit ci-deſſus, mais même celui de lods & ventes.

☞ A l'égard des mutations dans les biens-fonds & héritages mouvans du domaine du Roi, l'enſaiſinement eſt néceſſaire, & doit être fait régulièrement. Edits de décembre 1701, mai 1710, décembre 1727; Déclaration du 23 juin 1705; Arrêts du conſeil du 7 août 1703, 22 décembre 1705, 10 juin 1749 & autres réglemens rapportés par Frêminville, en ſon dictionnaire des fiefs, *verbo* enſaiſinement.

IX. Outre le cens, pour les héritages en roture, il eſt dû dans certains cas des droits utiles au ſeigneur ; ces droits forment la matiere du chapitre ſuivant ; celui de lods & ventes eſt le plus important : on va l'examiner dans ſon étendue ; mais le ſeigneur pour ſûreté de ſes droits, ne peut retenir le contrat qu'on lui a exhibé ; il n'a que l'action pour les lods & ventes, ainſi que pour les amendes.

Tel eſt l'uſage, conforme au ſentiment de Dupleſſis, des cenſives, liv. 7, page 105 ; ce qui ne peut recevoir de contradiction, puiſque c'eſt la diſpoſition de l'art. 81 de la coutume.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES LODS ET VENTES.

SECTION PREMIERE.

QUEL EST CE DROIT, ET SUR QUOI IL SE PREND.

(Article 67 de la coutume.)

I. CE droit eſt réel de ſa nature; il eſt le plus conſidérable de tous les droits qui ſont dûs en cenſive ; il conſiſte dans la douzieme partie du prix des acquiſitions ; telle eſt l'étendue de ce droit, c'eſt-à-dire, vingt deniers tournois pour livre tournois du montant du prix de l'acquiſition ; la coutume dit que ce droit eſt de 16 deniers pariſis pour chacun franc ; or le denier pariſis valoit un quart en ſus plus que le denier tournois, enſorte qu'à Paris le ſol étoit de 15 deniers lorſqu'à Tours il n'en valoit que 12 ; ce qui fait la différence du denier tournois, & du denier pariſis ; & pour ôter ſur cela toute obſcurité, la coutume dit que ce droit eſt de 12 denier un.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 1 ; le Maître, des cenſives, page 104; ſur quoi l'art. 76 de la coutume leve toute difficulté. Il eſt dû, dit Brodeau ſur l'art. 76 de la coutume, num. 19, *in vim conſuetudinis.*

II. Ce droit s'étend ſur toutes les charges portées par le contrat de vente réductibles en deniers ; en un mot, c'eſt le douzieme du prix de la vente dans toutes ſes parties.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 24, page 524: de-là il s'enſuit que ſi la vente eſt faite moyennant une penſion viagere, il en faut faire l'évaluation, ſuivant Dupleſſis, page 86, & ſuivant la diſpoſition de la loi *computationi* ff. *ad leg. falcid.* Mais ce même droit s'étendra-t-il ſur l'uſufruit retenu par le vendeur? Le Maître, page 49, tient l'affirmative ; ne peut-on pas dire que c'eſt *minus venditum?* Cela me paroît plus régulier que l'opinion de ce commentateur, mais qui eſt bonne dans le cas d'une penſion viagere, parce que par la convention, elle peut s'étendre en deniers ; ce qui approche fort d'une vente, moyennant rente fonciere rachetable, laquelle vente la coutume aſſujettit au droit de lods & ventes.

III. Mais ce droit ne s'étend pas ſur le pot-de-vin, ni ſur les épingles; ils ne ſont pas regardés comme vrai prix, ainſi le droit de lods & ventes, n'eſt donc pas dû de leur montant, n'y de ce qui eſt payé aux entremetteurs ; il ne ſe prend pas même ſur les frais d'un décret forcé, quoique ce ſoit une charge impoſée à l'adjudicataire, & une charge publique & ordinaire; c'eſt ſimple acceſſoire: mais les délais accordés à l'acquéreur n'en ſuſpendent pas l'exigibilité : ce qu'on examinera plus à fond.

Voyez les autorités rapportées ſur les deux propoſitions précédentes, elles confirment celle-ci. En effet, c'eſt le coût du contrat d'acquiſition; coût ſur lequel ce droit n'eſt point dû. Cela eſt d'uſage dans toute la France, atteſté par le Maître, p. 104.

IV. La compoſition ſur ce droit, entre le ſeigneur & l'acquéreur, eſt licite, chacun étant maître de ſes droits ; ainſi, étant faite, il faut s'y tenir.

Voyez Dupleſſis, cité ſur la propoſition ſuivante ; mais les délais accordés à l'acquéreur pour le payement du prix ne le ſuſpendent pas ; le Maître, page 49, eſt d'avis contraire ; il eſt réformé par l'auteur des notes, & lui-même avant avoit adopté l'autre ſentiment ; ſon changement eſt rejetté.

V. Cette compoſition oblige le ſeigneur, quoiqu'antérieure à la vente ; elle ne peut même être réguliérement poſtérieure, & la ceſſion que le ſeigneur en a faite n'eſt pas ſujette à la diſpoſition de la loi *ab anaſtaſio* ; ainſi, abſtraction faite du prix du tranſport, le droit entier eſt dû au ceſſionnaire.

Cela ſe pratique auſſi au châtelet, conformément à ce que dit Dupleſſis, page 87. En effet, rien n'eſt plus favorable que cette compoſition. Sur la ſeconde partie, voyez ci-après le titre des tranſports.

SECTION II.

Des mutations qui font onverture à ce droit.

DISTINCTION PREMIERE.

De la vente & de l'échange.

(Art. 78 de la coutume.)

VI La vente, & tout acte équipollent à vente, fait ouverture à ce droit, ſauf l'exception qui ſuit & la faveur de la tranſaction : ce qui confirme cette régle générale, qui milite, tant à l'égard du droit de lods & ventes, que de celui de quint ; ainſi où ce dernier droit eſt dû par rapport aux fiefs, l'autre droit eſt dû à l'égard des héritages tenus à cens : c'eſt même principe ; ainſi le droit eſt dû pour vente à rente fonciere rachetable : c'eſt vraie vente, vraie mutation lorſque la rente eſt de cette nature.

Cependant, en tranſaction, il n'y a lieu à ce droit, non plus qu'à celui de quint, lorſque l'héritage ne change pas de main ; Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1, ſur ces mots (acheté à prix d'argent) num. 124 ; Lapeyrere, lettre T, déciſion 137, page 502 ; c'eſt exception qui confirme la régle, qui ne tombe à plomb que ſur la vente ou acte équipollent à vente. Il y a une autre exception qu'on va voir.

VII. Cependant la vente faite par le ſeigneur même n'y fait pas ouverture, ſa qualité y fait obſtacle & en emporte remiſe tacite : telle eſt l'exception ſeconde, outre la précédente qu'on a remarqué. La raiſon qui fonde la propoſition eſt que telle vente vaut de plein droit enſaiſinement, puiſque c'eſt le ſeigneur qui la fait ; ce qui emporte déſiſtement du droit de lods & ventes ; il en eſt de même lorſqu'un ſeigneur acquiert un héritage qui eſt dans ſa cenſive pour cette acquiſition : il ne doit rien à ſon ſeigneur.

Arrêt du 22 mai 1648, rapporté par Soëfve, tome 1, cent. 2, ch. 87 ; mais le conſentement du ſeigneur à la vente n'y fait aucun obſtacle : Dumoulin, ſur l'art. 20, gloſ. 1, ſur les mots (le ſeigneur féodal) num. 8 ; Lapeyrere, lettre V, déciſion 6, page 519 ; au contraire, il la facilite pour y faire ouverture : tel conſentement ne peut donc ſur ce faire aucune impreſſion. Voyez Dupleſſis, page 87 ; le Maître, page 52 & page 107. Voilà pour la premiere partie de la propoſition : quant à la ſeconde, elle eſt fondée ſur ce que la mouvance immédiate du ſeigneur ne ſe forme qu'après cette acquiſition : mais que diroit-on, ſi le ſeigneur avoit fait un bail dans lequel il eut compris les ventes ? devroit-il le droit à ſon fermier ? Je ne le penſe pas, parce que, *in generali ſermone ſemper excepta perſona loquentis intelligitur.*

☞ Le ſeigneur qui acquiert des héritages mouvans de ſa directe, doit les lods & ventes à ſon fermier, à moins qu'il n'y ait une exception expreſſe par le bail. Voyez Dumoulin ſur Paris, tit. 2, des cenſives, §. 78, gloſ. premiere ; & les arrêts des 27 mars 1684, 5 ſeptembre 1704 & 7 août 1745, cités par Lacombe & par Frémin-ville.

VIII. Il n'eſt point dû de lods & ventes, pour vente faite pour cauſe publique ; la faveur d'une telle vente l'affranchit de ce droit ; troiſieme exception à la régle générale.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 59, page 529 ; ce qui eſt très favorable.

IX La ſimple promeſſe de vendre y fait ouverture quand elle eſt parfaite ; en effet, par ſa perfection elle vaut vente ; elle doit donc, comme la vente, produire ce droit : cependant pour l'exiger, il paroît qu'il faut que cette promeſſe ſoit conſommée.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 87 & 94 ; Lapeyrere, lettre V, déciſion 27, page 524, eſt d'avis contraire, ainſi que le Maître, page 107 ; mais l'arrêt de Boſc, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, juge qu'elle vaut vente & prouve par conſéquent cette propoſition. Il eſt vrai qu'il n'y a nulle difficulté dans le cas de la conſommation de la promeſſe de vente ; mais dès que cette promeſſe vaut vente, ſuivant l'arrêt qu'on vient de citer, ſur quel fondement après cela ſuſpendra-t-on le droit du ſeigneur juſqu'à la conſommation de la promeſſe ? Ce droit ne lui eſt-il pas acquis ?

☞ Il a même été jugé qu'une promeſſe de vendre, quoique réſiliée, & les deniers fournis à compte du prix rendus, fait ouverture aux lods & ventes. Arrêt du grand'conſeil du 28 mars 1731. Le même arrêt a rejetté la prétention qu'il étoit dû double droit à cauſe de la réſiliation, & n'en a adjugé qu'un ſeul.

X. On a déja obſervé que les termes accordés à l'acquéreur pour payer ſon prix, ne ſuſpendent pas l'exigibilité de ce droit ; la mutation y fait ouverture, abſtraction faite des délais pour le payement du prix ; en effet, le droit eſt acquis par la mutation parfaite ;

parfaite, & l'aliénation abſolue de l'héritage, abſtraction faite du payement du prix; c'eſt la mutation non le payement qui ouvre ce droit.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 21, page 523, eſt d'avis contraire, ainſi que pluſieurs qu'il cite; mais il a été corrigé par ſon apoſtillateur. Voyez la note ſur le Maître, page 49, qui confirme la propoſition, en corrigeant pareillement l'auteur ſur lequel il écrit, & tel eſt l'uſage.

XI. Il en eſt de même, quoique tout le prix ſoit une rente conſtituée, ce droit n'en eſt pas moins exigible en faveur du ſeigneur; c'eſt toujours vente, & vente parfaite & conſommée qui fait ouverture à ce droit: ce qui ne s'applique pas à la vente conditionnelle, la condition faiſant ſuſpenſion.

Ce droit ſeroit acquis au ſeigneur, quoique la vente eût été réſiliée, faute par l'acquéreur d'avoir payé ſon prix; mais il ne ſeroit pas dû nouveau droit pour la rentrée du bailleur dans la choſe; c'eſt *reſolutio ex antiquâ cauſâ & inhærente, contractui.* Voyez Brodeau, ſur Louet, lettre R, num. 2; ce qu'on examinera ci-après plus à fond, & qu'il eſt à propos d'obſerver ſur la propoſition. Quant à l'effet de la condition, *in venditione conditionali & de propriâ conditione ſcilicèt ſuſpenſivâ non incipiunt deberi laudimia niſi conditione extante*, dit Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1.

XII. Venons à préſent a l'échange: anciennement l'échange ne donnoit pas ouverture à ce droit, mais à préſent l'échange y fait ouverture; & quand on dit qu'anciennement le droit n'étoit point dû en échange, cela ne s'entend que lorſque l'échange étoit parfait: car quand il étoit mêlé de vente, le droit a toujours été dû pour cette derniere partie.

Voyez l'édit du 20 mars 1673, & celui du mois de février 1674: ils ſont rapportés dans le journal des audiences; le Maître, des cenſives, page 106, & les propoſitions ſuivantes, qui développent celle-ci.

XIII. Cet affranchiſſement qu'on accordoit à ce contrat, étoit une ſource de fraude, comme on l'a déja vu ſur le quint, & pour la conſommer, il ſuffiſoit de fabriquer des contrats de conſtitution de rente qui n'étoient que ſimulation, & qu'on rembourſoit le lendemain de l'échange; il a donc été juſte de faire ceſſer l'effet de cette fraude.

Voyez Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 31, & les édits qu'on vient de citer; & l'ancienne juriſprudence alloit ſur cela ſi loin, qu'elle autoriſoit même les pactions qui tendoient au rembourſement forcé de la rente donnée en échange, ſur le fondement qu'il eſt permis de prendre ſes avantages par l'apparence d'un contrat que la loi autoriſe, quoique ce contrat ne dût pas ſubſiſter, & qu'il préjudiciât à un tiers: cette raiſon étoit bien peu ſatisfaiſante, il eſt étrange qu'elle ait pu être goûtée.

XIV. Mais pour que le ſeigneur puiſſe en ce cas exiger ce droit, il faut ainſi que par rapport aux fiefs, qu'il ait payé finance au roi, ſinon ce droit appartient à ſa majeſté; la coutume ne l'accordant pas au ſeigneur,

Voyez les édits cités ci-deſſus, ils ſont rapportés tout au long par de Ferriere, en ſon grand commentaire ſur l'art. 23 de la coutume, & dans le journal des audiences; & le Maître, des fiefs, page 48. Toutes ces autorités fondent la propoſition.

☞ Voyez auſſi la déclaration de 20 mars 1748, elle accorde ſix mois aux engagiſtes des domaines & aux ſeigneurs particuliers pour acquérir les droits d'échange; après quoi elle permet de procéder à l'adjudication deſdits droits, & à toutes perſonnes de les acquérir pour les poſſéder à titre de fief mouvant du roi.

L'article 3 de cette déclaration veut même que les acquéreurs ſoient réputés ſeigneurs en partie des fiefs, & qu'ils jouiſſent en cette qualité de tous les droits attachés à la ſeigneurie; mais l'arrêt d'enregiſtrement porte que cet article ne pourra être entendu que des droits honorifiques dans l'égliſe ſeulement.

Tous les privilégiés, & notamment les commandeurs & officiers de l'ordre du S. Eſprit, ſont tenus de payer, au profit du roi, les droits d'échange des biens qu'ils acquiérent dans les mouvances des ſeigneurs particuliers auxquels leſdits droits n'ont point été aliénés. Arrêt du conſeil d'état du 23 décembre 1738, entre le receveur des domaines de la généralité de Paris, les commandeurs & officiers de l'ordre du S. Eſprit, & le duc de Rochechouart.

XV. La permutation d'un héritage contre un meuble, donne lieu à ce droit; c'eſt vraie vente, & par cette qualité, elle y fait ouverture; en effet, c'eſt une vente dans laquelle le meuble, du prix duquel on eſt convenu, tient lieu de prix en argent.

Dupleſſis, à la fin de la page 89 qu'on vient de citer.

DISTINCTION II.

De l'adjudication d'un immeuble réel.

(Art. 84 de la coutume.)

XVI. Nulle différence par rapport au droit qu'on examine, entre la vente & l'adjudication par décret: elle fait ouverture au droit de lods & ventes en faveur du ſeigneur, parce que telle adjudication eſt une vente judiciaire, ſauf l'exception en faveur de l'héritier bénéficiaire, qui ſe rend adjudicataire d'un héritage ſur lui décrété: parce qu'en ce cas, il n'y a pas de mutation dans la propriété de l'héritage, puiſqu'il n'y avoit que l'adjudication faite à un autre qui pût le dépoſſéder, c'eſt continuité de poſſeſſion & de poſſeſſion légale.

Excepté celle en faveur de l'héritier bénéficiaire; le Maître, page 111: ce qu'on a déja vu ci-deſſus ſur les fiefs; mais la nouvelle adjudication à la folle-enchere d'un premier adjudicataire

fait-elle ouverture à un double droit ? Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 10. Voyez Brodeau ſur l'art. 84, num. 51 Dupleſſis, des cenſives, page 98; le Maître, page 112. Exceptions qui, outre la nature de l'adjudication qui eſt vraie vente, prouvent la propoſition.

XVII. Ce droit ne ſe prend pas ſur les frais de l'adjudication; ils forment le coût du titre de l'acquiſition : c'eſt uſage commun dans la france.

Dumoulin, ſur l'art. 76, num. 34, & ſur l'art. 78, gloſ. 1, num. 135, 136 & ſuivans; & tel eſt ſur ce l'uſage, ſauf l'explication qui ſuit.

XVIII. Mais l'adjudication ſur décret volontaire en faveur de l'acquéreur qui la fait faire ſur lui pour purger les hypotheques du chef de ſon vendeur, n'y fait pas nouvelle ouverture : ce n'eſt que la confirmation de ſon contrat, & ſeule & unique mutation : ce qu'il ne faut pas confondre avec la nouvelle adjudication faite à la folle enchere d'un premier adjudicataire qui n'auroit pas conſigné ſon prix.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 84 de la nouvelle coutume, & tel avoit été le ſentiment de Dumoulin ſur l'art. 56 de l'ancienne coutume, num. 2, à la fin. En effet, c'eſt une maxime que *qui confirmat nihil dat.* Cet affranchiſſement eſt donc auſſi juridique que judicieux. Sur la ſeconde partie de la propoſition, les arrêts ont jugé qu'il étoit dû double droit, & que le dernier adjudicataire devoit les payer, ſauf ſon recours pour le premier droit.

☞ Arrêt du 4 ſeptembre 1758, au rapport de M. Bochard en faveur de M. l'archevêque de Paris & de ſes fermiers, confirmatif du principe qu'il eſt dû double droit, lorſque le premier adjudicataire n'a pas conſigné le prix de ſon adjudication, & qu'il a été procédé à une nouvelle vente, à ſa folle enchere.

XIX. La ceſſion du droit de l'adjudication, avant que l'adjudicataire ſoit en poſſeſſion, ne fait pas ouverture à ce droit, ni la déclaration lorſqu'elle eſt faite dans un tems bref; il en eſt de même de l'adjudication faite ſur un délaiſſement par hipothéque; ce délaiſſement ne donne pas droit au ſeigneur d'exiger double lods & ventes, mais il a le choix de les prendre, ou ſur le contrat de vente ou ſur l'adjudication.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 11, page 520, dit que la déclaration ne fait point ouverture à un nouveau droit; il eſt d'uſage qu'elle ſoit faite dans la huitaine, ſur les déclarations qui ſe font par ceux du nom deſquels on s'eſt ſervi pour acquérir; il convient y obſerver un délai encore plus bref, & ſur la queſtion de ſavoir ſi étant faites au-delà de ce délai, elles font ouverture à nouveau droit. Voyez Dumoulin ſur l'art. 78, gloſ. 1, num. 27 & 28, & ſur l'art. 33, gloſ. 2, num. 8; le Maître & l'auteur des notes, ſur ſon commentaire, page 51 & 112. On ſe tireroit de ces difficultés en rejettant les déclarations, les contre-lettres & les acquiſitions maſquées. Sur la ſeconde partie, voyez l'art. 79 de la coutume.

DISTINCTION III.

De la dation en payement.

XX. La dation en payement eſt une vraie vente; ainſi, ſi un débiteur donne un héritage en payement à ſon créancier, ce dernier doit les lods & ventes au ſeigneur : c'eſt vente abrégée; mais il faut excepter celle qui ſeroit faite à l'un des héritiers par les autres, pour remplir le premier de ſon dû; en ce cas, c'eſt plus partage que vente; ce qu'on développera par la ſuite.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 87; le Maître, page 107. Ce ſeroit en vain qu'on objecteroit les termes de l'article, qui dit, ſi aucun achete à prix d'argent; car la dette qui eſt acquitée par un tel contrat, fait fonction de prix. Quant à la ſeconde partie, elle eſt fondée ſur ce que celui auquel telle dation en payement eſt faite, *non accedit ad rem alienam;* c'eſt partage entre héritiers.

XXI. En effet, & ce qui fonde ce droit en ce cas, c'eſt que le contrat ne différe de la vente que de nom : il fait donc ouverture à ce droit, ſauf les exceptions qu'on expliquera dans leur ordre : puiſque nous jugeons de la nature des actes, non par la dénomination que les parties leur donne, mais par leurs effets; guides bien plus ſûrs qu'une dénomination ſouvent artificieuſe : mais la réſolution de la vente n'y fait pas ouverture indiſtinctement.

Voyez ci-deſſus le chapitre du quint au titre des fiefs, & la diſtinction 6 de la ſection 5 ci-après; ſur quoi il convient d'obſerver que la réſolution de la vente faute de payement n'y fait pas ouverture; Brodeau, ſur Louet, lettre R, num. 2; voyez les moyens contenus dans l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 469.

DISTINCTION IV.

Du bail à rente rachetable.

(Art. 78 de la coutume.)

XXII. Le bail à rente rachetable, eſt encore une vraie vente : en effet, ce contrat donne ouverture au droit de lods & vente; il eſt tel, & la rente en eſt le prix : auſſi à l'égard du fief, telle vente, telle dation à rente, comme on l'a vu ci-deſſus, fait ouverture en faveur du ſeigneur au droit de quint, & par conſéquent en matiere de cenſive, elle fait ouverture au droit de lods & ventes.

Louet, lettre L, num. 18; Dupleſſis, des cenſives, page 98; & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 78 de la coutume. Voyez Loyſel, liv. 4, tome 2, régle 7 : c'eſt droit commun.

XXIII. Ce droit eſt dû auſſi-tôt le contrat & ſans attendre le rembourſement de la rente, autrement ce ſeroit fraude envers le ſeigneur puiſqu'il opére parfaite mutation; mais la conſtitution de rente ne fait ouver-

ture à aucun droit; il eſt étrange que pendant un tems critique quelques-uns ſe ſoient efforcés d'introduire le contraire.

Il n'eſt rien dû pour rente conſtituée; arrêt du 10 mai 1557, par lequel les art. 59, 60 & 61 de l'ancienne coutume, qui portoient droit de lods & ventes au ſeigneur, pour rachat de rentes conſtituées & hypothéquées ſur des héritages étant en leur cenſive, ont été rayés, mais qui ordonne qu'à l'égard des rentes conſtituées à prix d'argent, moyennant leſquelles la vente auroit été faite, elles ſeront cenſées faire partie du prix, & que le droit de lods & ventes en ſera dû au ſeigneur. Il eſt fait mention de cet arrêt dans la onzieme partie du journal du palais, page 29 & 30. Voyez le Maître, page 173. Jugement ſalutaire & également juridique & judicieux dans ſes deux parties.

XXIV. L'ouverture que ce contrat donne au droit de lods & ventes, eſt fondée ſur ce que la rente étant rachetable, elle ne peut repréſenter l'héritage, & quelle doit être regardée, à bien des égards, comme une rente conſtituée; ce qui n'eſt pas lorſquelle eſt fonciere.

Cela eſt établi ſur le titre des fiefs. Quant à ce qui regarde la rente fonciere, on l'établira ci-après; cela demande un examen particulier.

SECTION III.

Qui de l'acquereur ou du vendeur, eſt chargé du droit de lods & ventes, & que toute mutation qui fait ouverture au quint, fait ouverture à ce droit.

(Art. 78 de la coutume).

XXV. L'acquéreur ſeul eſt chargé de ce droit, il eſt étranger au vendeur: de-là, il réſulte que de droit, le prix eſt franc au vendeur; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, chap. 1, page 86. On l'explique ainſi dans les ventes; mais cette explication eſt ſuperflue; elle eſt de droit.

XXVI. D'où il réſulte encore que ce que l'acquéreur paye pour ce au ſeigneur, n'eſt pas le douzieme du prix, mais autant que le douzieme du prix; c'eſt la ſeconde conſéquence qui naît de la premiere propoſition.

Cela eſt établi par tous les commentateurs, & eſt inconteſtable par l'uſage & par l'eſprit de la coutume.

XXVII. Toutes les mutations qui font ouverture au quint font ouverture au droit de lods & ventes; ſur ce nulle différence, le même principe y décide; ainſi ce qu'on a dit ſur le droit de quint peut s'appliquer ici: mais comme la tenure à cens eſt moins onéreuſe que celle à foi & hommage, il eſt des mutations par rapport aux fiefs qui font ouverture au droit de relief, & qui néanmoins ne font aucune ouverture à celui de lods & ventes; le droit de relief étant un droit particulier pour les fiefs, relativement auxquels toutes mutations, même celles dans la ſimple poſſeſſion, font ouverture à ce droit, ſi la coutume ne les en exempte expreſſément; c'eſt droit particulier aux fiefs qui ne milite pas pour les cenſives.

Voyez les ſections ſuivantes, & le chapitre du quint ſur le titre des fiefs.

SECTION IV.

Des mutations qui ne donnent aucune ouverture à ce droit.

DISTINCTION PREMIERE.

Que toute ſucceſſion, toute donation n'y fait aucune ouverture.

XXVIII. Pour toute mutation qui arrive par ſucceſſion directe ou collatérale, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes; la coutume affranchit telles mutations de ce droit: il en eſt de même de l'emploi fait par un mari, ſur ſes propres, des deniers dotaux de ſa femme.

Voyez ſur les mutations en directe; Henrys, tome 1, liv. 2, queſt. 15. Affranchiſſement total, qui, quant aux fiefs, n'a lieu que dans les ſucceſſions directes, & non dans les collatérales. Sur la derniere partie de la propoſition, Dumoulin a tenu que le relief étoit dû, ſuivant Brodeau, qu'il cite mal-à-propos: mais il n'eſt rien dû; car c'eſt ſimple hypothéque.

XXIX. De même pour toute mutation qui arrive par donation, legs ou ouverture de ſubſtitution, ce droit n'eſt point dû; il n'y a que la vente ou acte équipollent à vente qui y faſſe ouverture & non les mutations premieres: ce qui n'a encore lieu pour les fiefs, par rapport auxquels telles mutations font ouverture au droit de relief, ſauf la diſtinction par rapport aux ouvertures de ſubſtitution; diſtinction qu'on a expliquée en traitant du relief.

Sur la queſtion de ſavoir ſi l'ouverture de la ſubſtitution peut donner lieu à ce droit, voyez Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 26. Il eſt d'uſage qu'elle n'y fait pas ouverture par une raiſon ſatisfaiſante, qui eſt que le legs fait à un étranger n'y fait pas ouverture: or ſubſtitution eſt legs; ce qui eſt à préſent ſans difficulté, au moyen de la diſpoſition de l'art. 56 & dernier du titre 10 de l'édit du mois d'août 1747, qui ordonne que celui qui recueille une ſubſtitution, ſera regardé comme héritier ou donataire de celui qui étoit grevé à ſon profit, & dont le décès a fait ouverture de la ſubſtitution en ſa faveur. Or en matiere de roture la ſucceſſion collatérale, la donation ni le legs ne font point ouverture au droit de lods & ventes. Ce droit n'eſt donc point dû ici au ſeigneur; mais le relief lui ſeroit dû, s'il étoit queſtion d'un fief, relativement auquel la ſucceſſion collatérale & la donation font ouverture à ce droit.

XXX. En effet, ce droit n'eſt dû que par la vente ou acte équipollent à vente; principe

général qui affranchit les mutations précédentes de ce droit, & même la donation faite pour recompenſe de ſervices, à moins que pour les ſervices il n'y eut action, & que la donation tint lieu de vrai payement; ce qui influe ſur la miſe en communauté.

La miſe en communauté d'un héritage de la part d'un des conjoints, même celle faite de la part de la femme, ne fait ouverture à aucun droit au profit du ſeigneur, ce qui prouve la propoſition. Voyez Dumoulin ſur l'art. 78, gloſ. 1, num. 102; ce qui s'entend pour les cenſives & non pour les fiefs. Sur la ſeconde partie de la propoſition il y a une grande différence à faire entre un acte par lequel on délaiſſe un héritage en payement de ſervices mercénaires, & celui par lequel on donne un héritage pour recompenſe de ſervices d'affection: dans l'un on ne voit que payement; dans l'autre, au contraire, que libéralité: ainſi, pour donner ouverture au droit de lods & ventes, il faut non-ſeulement qu'il y ait une action pour les ſervices, mais encore que l'acte ne ſoit vraiment que de commerce, & non de libéralité; ſans cela il faudroit s'attacher aux termes de l'acte, qui n'annonce que donation, & même dans l'occurrence de deux cauſes, l'interpréter, le conſidérer par ſa partie prépondérante: mais que dira-t-on de la donation à la charge de faire quelque choſe, ſi la charge n'eſt point réductible en deniers? Le droit n'eſt pas dû; mais il eſt dû s'il eſt ainſi réductible.

XXXI. La donation à la charge de faire quelque choſe appréciable en deniers, n'étant donation que de nom, produit ce droit; elle eſt dans ſon effet une vente, elle doit donc produire ce droit.

Mais non celle faite à un fils à la charge de payer les dettes; Henrys, tome 1, liv. 3, ch. 3, queſt. 44; Lapeyrere, lettre V, déciſion 17, page 522. *Quid*, de l'héritage donné en dot à une fille avec faculté à ſon mari de le retenir lors de la diſſolution du mariage, en payant une certaine ſomme: en ce cas le droit eſt dû s'il retient l'héritage; c'eſt l'avis de Dumoulin ſur l'art. 56 de l'ancienne coutume, num. 36. Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 26, a tenu l'opinion contraire, qui ne me paroît pas devoir faire impreſſion; car enfin ce n'eſt pas donation, mais vraie vente; l'occaſion & la nature de l'acte qui la produit, ne change pas celle du contrat qui opere mutation à prix d'argent.

DISTINCTION II.

Du bail à rente non rachetable.

SUBDIVISION PREMIERE.

Que pour telle rente il n'eſt rien dû pour les héritages tenus à cens, mais que la vente d'une telle rente emporte lods & ventes.

(Art. 78 & 87 de la coutume.)

XXXII. La vente d'un héritage roturier, moyennant une rente fonciere non rachetable, n'emporte aucun droit de lods & ventes au profit du ſeigneur, quoique ce ſoit acte équipollent à vente; c'eſt exception à la régle générale, exception fondée ſur ce que telle rente repréſente & tient lieu de l'héritage; repréſentation qui fait obſtacle à la parfaite mutation.

Voyez Dumoulin ſur l'art. 38 de la coutume, num. 9; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 91; & cela réſulte de l'art. 78 de la coutume, qui dit à rente rachetable.

XXXIII. Il n'en eſt pas de même pour les fiefs, telle vente, comme on l'a vû ci-deſſus, emporte droit de relief; la mutation dans l'uſufruit étant ſuffiſante pour y faire ouverture, mais elle n'eſt d'aucune conſidération dans les cenſives; cependant telle dation n'anéantit pas le droit du ſeigneur; en effet, lorſque la rente fonciere eſt vendue, le droit de lods & ventes d'icelle eſt dû au ſeigneur ſur le prix d'icelle, & c'eſt ainſi que relativement au ſeigneur, elle repréſente l'héritage: ce qui s'applique aux fiefs, relativement auxquels telle vente ou tel rachat donne lieu au droit de quint, comme par rapport aux rotures, il fait ouverture au droit de lods & ventes; c'eſt même principe pour l'un & pour l'autre cas, qui s'applique au rachat.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 87 de la coutume: voyez la propoſition qui ſuit qui explique celle-ci; ce qui a pareillement lieu lorſque telle rente eſt rachetée par le débiteur; ce qui fait la matiere de la diſtinction troiſieme. Voyez Loyſel, liv. 4, tome premier, reg. 9, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. 11; en un mot, une telle rente non rachetable eſt bien différente de celle qui eſt rachetable: la premiere eſt par ſa nature repréſentative de l'héritage; l'autre au contraire, qui peut s'éteindre d'un moment à l'autre, ne peut être regardée que comme une rente conſtituée à prix d'argent, quoiqu'elle ait plus de faveur qu'elle; mais faveur limitée à la preſcription des arrérages, & qui n'empêche pas l'entiere mutation.

XXXIV. En effet, c'eſt cette rente fonciere qu'on doit conſidérer plus que l'héritage qu'elle repréſente par rapport au ſeigneur, puiſque dans la perſonne du bailleur elle tient lieu d'icelui; c'eſt donc ſur elle que le droit ſeigneurial doit être transferé: tranſlation qui exclut le droit par rapport à un tel bail; de-là il s'enſuit que ce droit de lods & ventes, en ce cas, eſt le douzieme du prix de la vente de la rente, & non de la valeur de l'héritage qu'on ne conſidere plus; elle eſt par l'effet de la repréſentation devenue l'objet de la mutation; c'eſt donc elle ſeule & le prix de la vente d'icelle, qu'il faut conſidérer par rapport au ſeigneur, autrement il doubleroit ſa cenſive, & s'en formeroit deux objets fructueux au lieu d'un qu'il doit ſeulement avoir; ce qu'on ne peut admettre.

Cet art. 87 a été ajouté lors de la derniere réformation, ſur un arrêt de la cour du 17 février 1568, rendu au profit des religieux, abbé & couvent de S. Denis: il eſt cité par Brodeau, ſur cet article, num. 15.

SUBDVISION II.

Quel droit eſt dû & ſur quel pied il ſe paye pour la vente de l'héritage chargé de la rente fonciere.

XXXV. Dans le cas de vente de l'héritage chargé de la rente fonciere non rachetable, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes au ſeigneur ſi la vente eſt faite à la charge de la rente fonciere ſeulement & ſans aucun autre prix : la rente, encore une fois, étant par ſa repréſentation devenue le ſeul objet de ſa directe ; mais le droit ſeroit dû ſi la rente dont l'acquéreur ſe ſeroit chargé étoit rente conſtituée ou rente fonciere rachetable ; dans l'un & dans l'autre cas, il ne peut y avoir de vraie repréſentation de l'héritage : c'eſt vraie vente dont la charge eſt réductible en deniers.

Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 99 ; & tel eſt l'uſage. Ainſi ſi on avoit dû à l'acquéreur la rente fonciere, & qu'il en eût fait depuis la découverte avant d'avoir payé le droit au ſeigneur, comme cette découverte lui donne le droit de demander la réſolution de ſon acquiſition ou la diminution de ſon prix, à proportion de la vente, en ce cas il ne doit le droit que du reſtant de ſon prix, déduction faite de l'évaluation de la vente.

XXXVI. Cela auroit lieu encore que la rente eût été ſtipulée rachetable & qu'elle fût devenue non rachetable par le tems, ce dernier lui donnant ce que la convention lui dénioit.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune, conforme au ſentiment de Dupleſſis, page 100. Cependant dans l'origine de la dation à rente, la directe ayant ſubſiſté ſur l'héritage, ne peut-on pas dire qu'elle doit toujours y ſubſiſter ? la preſcription de la faculté de rachat étant un droit étranger au ſeigneur, je le penſe ainſi : mais je reſpecte l'opinion commune.

XXXVII. Mais ſi l'acquéreur de l'héritage, outre la charge de la rente fonciere, avoit payé des deniers, ou s'étoit obligé de les payer, les lods & ventes ſeroient dûs au ſeigneur de cette portion du prix, ſauf toujours ſon droit ſur la rente en cas de mutation ; rente qui encore une fois eſt devenue l'objet de ſa directe, mais qui ſubſiſte auſſi ſur l'héritage.

Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, ſubdiviſion 7, page 91, & ſect. 2 page 99, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci. Le moyen qui fonde la propoſition eſt que l'objet primitif de la mouvance du ſeigneur eſt l'héritage, que l'augmentation de ſa valeur lui profite, & qu'il faut qu'alors il vaille plus que la rente fonciere, puiſqu'outre la charge d'icelle, l'acquéreur en donne encore un prix, & que la repréſentation doit à ſon égard être réelle ; raiſons qui font influer ſon droit ſur les deniers donnés outre la charge de la rente ; c'eſt droit commun ; c'eſt exacte juſtice qui eſt dûe au ſeigneur. Cependant ſi un héritage eſt vendu à la charge de payer un certain prix, & en outre d'acquiter un douaire, il faut diſtinguer s'il n'y a point d'enfans ſaiſis du fonds de ce douaire, & qu'il s'éteigne avec la vie de la douairiere, les lods & ventes de ce ne ſont point dûs au ſeigneur ; mais ſi cette charge eſt permanente & qu'il y ait portion du prix deſtiné pour tenir lieu du fonds du douaire, le droit eſt dû au ſeigneur ; Dumoulin ſur l'art. 83 de la nouvelle coutume, gloſ. 1, num. 78. Je regarde cette charge comme portion d'uſufruit retenu lorſque c'eſt ſimple viage, mais vraie vente lorſqu'il y a un capital.

XXXVIII. Quoique pour le droit de lods & ventes le ſeigneur profite de l'augmentation du prix de l'héritage, il ne peut pas cependant empêcher que le cenſitaire n'en change la face : ce qu'on verra plus amplement par la ſuite, relativement à ce droit, & ce qu'on a déja obſervé relativement au cens.

Dupleſſis, des cenſives, page 87 : ce qui a déja été établi ci-deſſus par rapport au cens.

DISTINCTION III.

Que le rachat de la rente fonciere pour la création de laquelle n'étoit dû aucun droit, fait ouverture à ce droit.

(Art. 87 de la coutume.)

XXXIX. La coutume a ici tout prévu pour le rembourſement de la rente fonciere ſtipulée non rachetable ; il eſt dû droit de lods & ventes au ſeigneur, autrement telle dation ſeroit fraude à ſon égard ; ainſi, le rembourſement produit par rapport au ſeigneur le même effet que la vente faite à prix exigible.

Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, page 100. Il ajoute que le même droit eſt dû pour le tranſport de la rente ; elle eſt devenue l'objet de la directe, & cela a été dit ci-deſſus. Voyez les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. 11, art. 26 ; Loyſel, liv. 4, tome 2, rég. 10. En effet, ſans cela le droit des ſeigneurs ſeroit facilement fraudé en donnant l'héritage, moyennant une rente qu'on ſtipuleroit non rachetable, & dont néanmoins on recevroit le rachat, qui fait dégénérer la dation à rente en une véritable vente. Tel rachat donne donc ouverture au droit de lods & ventes ; ce qui eſt autant fondé ſur une ſouveraine équité que ſur les principes capitaux des cenſives. L'art. 87 de la coutume dit, (ou délaiſſées par rachat depuis le premier bail.) Voyez le Maître, des fiefs, page 27 ; ce qui forme une très-prudente diſpoſition, puiſqu'elle prévient l'effet des fraudes.

XL. Mais pour le rachat de la rente ſtipulée rachetable, quoique devenue non rachetable, par la preſcription, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes, lorſque le rachat d'icelle ſe fait par le premier preneur ou ſes héritiers ; en effet, en ce cas il ne peut y avoir fraude.

Double raiſon de ce, le ſeigneur a été payé de ſon droit pour la dation de l'héritage à ce titre, & l'allégation de la preſcription ne compete qu'au

créancier de la rente : le ſeigneur ne peut en exciper.

XLI. Cependant ſi un acquéreur avoit été chargé d'une rente originairement rachetable & devenue non rachetable par la preſcription lors de ſon acquiſition, & qu'il rembourſât une telle rente, le droit de lods & ventes ſeroit dû au ſeigneur, parce que telle rente a diminué le droit du ſeigneur, lors de l'achat fait par l'acquéreur de l'héritage ; c'eſt en ce cas l'exécution du juſte dédommagement qui lui eſt dû.

Ce droit pour ce ſeroit même dû auſſi-tôt la vente, ſans attendre le rachat de la rente, comme cela a été établi ci-deſſus, ſi lors de la vente la faculté de rachat n'étoit pas preſcrite, mais non ſi alors elle étoit preſcrite.

DISTINCTION IV.

Si le déguerpiſſement de l'héritage chargé de la rente fonciere non rachetable, fait ouverture au droit de lods & ventes.

(Art. 79 de la coutume.)

XLII. Dans la théſe générale, & lorſque le contrat de dation à rente ne contient pas la clauſe de fournir & faire valoir la rente, le déguerpiſſement que fait le preneur ou ſes héritiers de l'héritage à eux donné à rente non rachetable, ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes ; il remet les choſes dans leur état primitif, & en vertu d'un droit réſultant du premier contrat ; droit qui l'anéantit dans ſa ſource.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 79 de la coutume ; voyez Dupleſſis en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, ſubdiviſion 7, page 91 ; ce qu'on peut appliquer à la déclaration que fait un acquéreur qui, en prêtant ſon nom, a acquis pour un autre, pourvu que la déclaration ſe faſſe incontinent. C'eſt *reſolutio ex cauſâ antiquâ inhærente contractui* ; voyez le Maître, des fiefs, page 27, & c'eſt cette régle que la coutume a adoptée. Sur la ſeconde partie de la propoſition, voyez Dumoulin, ſur Paris, art. 33, gloſſe 2, num. 24 ; d'Argentré, *de laudimiis* 6, 21 ; Pontanus, ſur la coutume de Blois, art. 81, queſt. 20 ; Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, page 126, donne pour cela le délai d'un an ; ce qui n'eſt pas ſuivi.

XLIII. De-là il s'enſuit que le bailleur ou ſes héritiers ſont cenſés n'avoir point ceſſé de poſſéder l'héritage, ce qui exclut toute ouverture à ce droit, & confirme ce que deſſus en remettant les choſes dans l'état qu'elles étoient avant la dation à rente ; mais ſi le bailleur, pour rentrer en poſſeſſion de l'héritage, paye des deniers au preneur, alors le droit eſt dû juſqu'à concurrence du payement, parce qu'alors ce n'eſt plus le déguerpiſſement forcé que la coutume exempte, mais une réſolution de contrat faite du conſentement mutuel portant aliénation effective moyennant un prix volontaire, ſur lequel, par conſéquent, le droit eſt dû.

Mais ſi le bailleur ne reprend pas ſon héritage, le ſeigneur peut opter de prendre ſon droit ou ſur le contrat de vente, ou ſur l'adjudication faite en conſéquence du déguerpiſſement ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 79 de la coutume. Voyez le titre du déguerpiſſement, où cela eſt expliqué ce qui ne s'entend pas dans le cas que le preneur eſt obligé à fournir & faire valoir la rente, comme on va l'expliquer. Voilà pour la premiere partie, qui eſt le cas du déguerpiſſement pur & ſimple ; la ſeconde partie eſt fondée ſur ce que la coutume ordonne le payement pour toute vente ou acte équipollent à vente, & qu'il y a vente lorſqu'il y a adjudication ſur le déguerpiſſement ; mais la dation à rente & l'adjudication ſe concentrent & ſe réduiſent à une ſeule mutation, donc il n'y a qu'un ſeul droit de dû.

XLIV. Mais lorſque le contrat de dation de l'héritage à rente non rachetable porte l'engagement de la part du preneur, de fournir & faire valoir la rente, en ce cas le bailleur acceptant le déguerpiſſement de l'héritage doit les lods & ventes au ſeigneur ; c'eſt vente ou dation en payement volontaire ; ce droit eſt dû en ce cas à raiſon du capital de la rente fonciere dont le bailleur conſent volontairement l'extinction, puiſqu'il a le droit d'empêcher le déguerpiſſement, & d'obliger le preneur à lui continuer la rente, qui, par les termes de ſon engagement, lui eſt devenue une dette perſonnelle.

Dupleſſis, des cenſives, page 91, dit que le droit eſt dû lorſque le déguerpiſſement n'eſt pas forcé, mais volontaire ; c'eſt la réception d'icelui, qui pouvoit être rejettée, qui prouve la propoſition.

XLV. Il eſt dû, parce qu'en tel cas non-ſeulement l'extinction de la rente eſt volontaire, mais parce que l'acceptation du déguerpiſſement eſt vraie réacquiſition de la part du bailleur de l'héritage & que l'extinction de la rente forme le prix de cette acquiſition, ce qui prouve évidemment qu'en ce cas le droit eſt dû au ſeigneur, & c'eſt ce que la coutume explique par ces mots, par déguerpiſſement forcé.

Voyez Brodeau ſur l'art. 79 de la coutume, num. 6 & 7 ; tel eſt l'uſage du châtelet.

DISTINCTION V.

Si le bailleur rentrant en poſſeſſion de ſon héritage, faute de payement des arrérages de la rente, doit lods & ventes

XLVI. Dans ce cas, le bailleur ne doit aucun droit de lods & ventes ; c'eſt ſa choſe qu'il n'avoit aliénée que ſous une condition non accomplie ; ce qui détruit l'aliénation, & cela auroit lieu encore que ce contrat contint la clauſe de fournir & faire valoir la rente ; c'eſt toujours inexécution de la condition principale qui eſt le payement : mais pour cet affranchiſſement, il faut que le bailleur ait obtenu ſentence qui l'ait envoyé en poſſeſſion de l'héritage par lui donné à rente ;

ſi il y rentroit par convention il devroit un droit de lods & ventes.

Tel eſt l'uſage, parce que dans le dernier cas ce ſeroit réſolution volontaire. Voyez Brodeau ſur Louet, lettre R, num. 2; l'arrêt rapporté par Louet, lettre V, & Dupleſſis, page 91; & ſur la premiere partie, le même, page 97, & Bardet, tome premier, liv. 2, chap. 96.

XLVII. Suivons l'affranchiſſement : de la nature d'une telle réſolution forcée, néceſſairement s'enſuit l'affranchiſſement de tout droit ſeigneurial, parce que la condition ſous laquelle la dation à rente a été faite n'étant pas remplie, elle eſt reſiliée de même que ſi elle n'avoit jamais été faite, mais relativement au bailleur ſeulement, pourvu qu'il ne conſerve contre le preneur aucune action réſultante du bail à rente.

Il en ſeroit autrement dans le cas de la clauſe de fournir & faire valoir la rente, & que le créancier n'eût repris l'héritage que par eſtimation pour reſter créancier du ſurplus : alors le premier contrat ſubſiſteroit, & ce ſeroit de ſa part une véritable réacquiſition, comme on l'a vu précédemment.

DISTINCTION VI.

Si la dation de l'héritage en payement du pere au fils, fait ouverture à ce droit.

XLVIII. Sur cela il faut diſtinguer lorſqu'un pere donne un héritage à ſon fils en payement de la dot qu'il lui avoit promis, il n'eſt dû pour cette dation en payement aucun droit de lods & ventes; on a déja vu cet affranchiſſement par rapport aux fiefs, à plus forte raiſon a-t-il lieu à l'égard des héritages tenus à cens : il y a l'article 26 de la coutume, pour les premiers, mais il s'étend aux ſeconds, la raiſon de décider étant la même.

De même ſi la dation lui eſt faite à la charge de payer une certaine dette; Lapeyrere, lettre V, déciſion 17; Henrys, tome 1, liv. 3, chap. 3, queſt. 44. Cela eſt encore établi ci-deſſus ſur le chapitre du quint : en effet, cette charge ſeroit celle de la ſucceſſion ſi elle étoit ouverte. Voyez Carondas, réponſes, liv. 3, chap. 62, & liv. 7, chap. 53; & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, des droits ſeigneuriaux, art. 3.

XLIX. Il en eſt de même ſi la dation en payement de l'héritage a été faite au fils pour le remplir d'une donation; la donation n'y faiſant pas ouverture, & on lui donne en ce cas effet rétroactif.

Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 87. Voyez le chapitre du quint, & telle eſt la pratique, fondée ſur ce que la donation en directe deſcendante eſt toujours réputée faite en avancement d'hoirie. En effet, dans l'un & l'autre cas l'héritage eſt préſumé avoir été l'objet de la libéralité du pere, & par conſéquent nulle ouverture à ce droit. C'eſt ce qui réſulte de l'art. 26 de la coutume. Il en eſt de même de l'adjudication du fief faite à l'héritier bénéficiaire pour le remplir de ſes créances, & par conſéquent de l'héritage tenu à cens ainſi à lui adjugé, ſuivant les arrêts rapportés dans la dixieme partie du journal du palais, page 130 & 145, & qui ont déja été cités ſur le titre des fiefs.

L. Par la même raiſon il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes pour la dation en payement faite par un beau-pere à ſon gendre, pour le remplir de la dot en deniers par lui promiſe à ſa fille; cela réſulte du même article.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 22, page 523; cela a été établi ci-deſſus ſur le titre des fiefs; à quoi l'on peut appliquer les citations qui ſont à la ſuite de la premiere propoſition de cette diſtinction.

LI. Par la raiſon qui fonde la derniere propoſition, ſi un frere donne en payement à ſa ſœur un héritage provenant de la ſucceſſion du pere commun, pour la remplir de la dot à elle promiſe par le pere, il n'eſt dû pour ce aucun droit au ſeigneur. L'héritier fait ce que le défunt auroit fait.

Voyez Lapeyrere, lettre V, déciſion 17, page 522, & Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 87. Cela a déja été établi ſur le titre des fiefs : les raiſons d'exemption, relativement à ces derniers, militent pareillement par rapport aux héritages tenus à cens.

LII. Venons aux dations en payement faites du pere au fils, qui font ouverture au droit de lods & ventes; ſi un pere avoit abandonné un héritage à ſon fils pour s'acquiter envers lui d'une dette, par exemple, d'un reliquat de compte de tutelle, cette dation en payement emporte droit de lods & ventes en faveur du ſeigneur; c'eſt vente abrégée; autrement ce ſeroit autoriſer une fraude aux droits du ſeigneur.

On le juge ainſi au châtelet, conformément au ſentiment de Dupleſſis, traité des cenſives, livre 2, ch. 2, ſect. 1, où il cite deux arrêts qui l'ont ainſi jugé : c'eſt à la page 88. Voyez le Maître, page 107; & ſi telle dation en payement avoit été faite d'un fief, elle emporteroit droit de quint : ce qui a été établi ci-deſſus dans ſon ordre, & ce qui établit qu'ici le droit de lods & ventes eſt dû. On le juge ainſi conformément au ſentiment de Dumoulin ſur Paris, art. 20, gloſſ. 3, num. 46; de d'Argentré, des lods & ventes, chap. 50, art. 66 de la coutume de Bretagne, de le Preſtre, cent. 2, chap. 42, num. 10. Ainſi c'eſt en vain qu'on oppoſeroit que le fils n'eſt point étranger, *in rebus patris licet viventis.*

☞ Le principe établi par la propoſition ci-deſſus eſt encore conſacré par un arrêt du 18 mars 1735, qui a jugé que la ceſſion faite par une mere à ſa fille & à ſon gendre d'une maiſon, pour demeurer quitte envers eux d'une ſomme qu'ils lui avoient prêtée, étoit une vente dont le droit étoit dû.

LIII. La dation en payement d'un héritage conquêt de communauté qui ſe feroit au profit d'une veuve qui auroit renoncé à la commu-

nauté, & ce pour la remplir de ſes repriſes, ne fait ouverture à aucun droit ſeigneurial : les arrêts l'ont ainſi décidé contre la rigueur du principe, qui ſembleroit conduire au parti contraire.

Arrêt du 30 mars 1721 ; Brodeau, ſur l'art. 26, num. 18 & 19 ; Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 92 & 93 ; & les auteurs des notes à la même page. Voyez Bardet, tome 1, liv. 1, chap. 59, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, des droits ſeigneuriaux, art. 3, & la propoſition qui ſuit.

LIV. La raiſon de douter ſeroit que dans ce cas, comme dans le précédent, c'eſt vente, que le droit purement virtuel de la femme ſur les biens de la communauté, s'efface par la renonciation à icelle, qui a un effet rétroactif ; mais la raiſon de décider eſt que nonobſtant la renonciation, c'eſt liquidation de droits entre gens qui ont été communs ; c'eſt licitation ou eſpece de licitation, ou du moins acte de famille & liquidation de droits, tous actes qui ſont affranchis du droit ſeigneurial. Je reſpecte ces raiſons, quoique par l'effet de la renonciation elles ne me ſatisfaſſent pas.

Voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, des cenſives, page 93. Il paroît même qu'on a voulu étendre cet affranchiſſement juſques ſur les propres du mari cédés à la veuve en payement de ſes repriſes, ce qu'abſolument je ne peut admettre, la veuve n'ayant jamais eu un droit même virtuel ſur ces ſortes de biens ; mais elle l'a eu ſur les conquêts que la loi dans l'origine lui fait acquérir avec ſon mari, & ſouvent ces conquêts ont été faits avec ſes deniers dotaux. Il y en a arrêt pour cette coutume du 30 mars 1621, & un autre pour la coutume d'Anjou du 28 mai 1641 : ainſi différence entre l'un & l'autre cas, & je ne vois pas comment on a voulu entreprendre de les confondre.

LV. Des deux propoſitions précédentes, il réſulte à plus forte raiſon que la dation en payement d'un héritage conquêt qui eſt faite au profit d'une veuve qui a accepté la communauté, & ce pour ſe remplir de ſes repriſes, ne fait aucune ouverture à ce droit ; ce n'eſt vraiment en ce cas qu'un partage ; & ce qui fonde cette propoſition, eſt que par ſon acceptation elle eſt co-propriétaire & forcée de ſe remplir de ſa dot & des remplois de ſes propres ſur les biens mêmes de la communauté, qui eſt ſa vraie débitrice, & dans le coffre de laquelle les ſommes qu'elle a à prendre ſont tombées, & qu'elle eſt elle-même ſa débitrice pour moitié, & qu'elle doit ſe payer à même des choſes communes ; ce qui eſt ſans difficulté, les principes s'y trouvant conſervés, au lieu qu'ils ne le ſont pas lorſqu'il y a renonciation à la communauté.

Mais il n'en ſeroit pas de même, ſoit qu'elle fût commune, ſoit qu'elle fût renonçante, ſi on lui avoit donné en payement un propre de ſon mari ; en ce cas les droits ſeroient dûs au ſeigneur, & tel eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, p. 92 & 93, quoiqu'ils rapportent un arrêt contraire, mais rendu ſur des circonſtances particulieres ; car la qualité de propre paroiſſoit conteſtée, & l'on a prétendu que l'héritage délaiſſé en payement à la veuve, devoit être regardé comme un conquêt de communauté. Mais ſi une telle ceſſion de propre s'étoit faite par l'héritiere des propres d'un enfant décédé avant que ſa mere eût liquidé avec lui ſes repriſes, & qu'elle fût ſon héritiere, j'inclinerois en ce cas à dire qu'elle ne doit point le droit, parce qu'elle confond elle-même une partie de ſes repriſes, & qu'un arrangement de famille eſt auſſi favorable que ce droit l'eſt peu.

☞ On ne doute plus qu'à l'égard du conquêt donné en payement à la veuve, ſoit qu'elle ait accepté la communauté ou qu'elle y ait renoncé, il n'eſt point dû de droit ; mais ſi c'eſt un propre du mari, la juriſprudence des arrêts a varié à cet égard. L'arrêt du 25 juin 1696, cité par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, a été rendu en faveur de la maréchale de Créqui. Dans l'eſpece on lui avoit abandonné certains héritages en payement de ſes repriſes & conventions matrimoniales, ou pour ſa part dans les conquêts de communauté. Les ſeigneurs qui prétendoient les lods & ventes lui diſoient que ſi ces héritages étoient conquêts de ſa communauté, ils étoient acquêts au maréchal, & que le titre qui les lui transféroit, équipolloit à une vente ; que ſi les mêmes héritages étoient propres au maréchal, elle ne les avoit pu avoir qu'en payement de ſes repriſes ; que c'étoit *datio in ſolutum*, & conſéquemment que les lods étoient dûs. La maréchale nioit au contraire que les héritages lui euſſent été donnés en payement de ſes deniers dotaux ; elle convenoit ſeulement qu'elle en avoit portion comme conquêts de ſa communauté, parce que les créances, en vertu & en payement deſquelles elle les avoit eu, étoient acquitées pendant la communauté, & en faiſoient d'ailleurs partie. C'eſt ſur ces raiſons que la maréchale a été déchargée du droit ; mais par un autre arrêt du 7 mai 1712, rendu au rapport de M. Pallu, & rapporté au journal des audiences, il a été jugé que la femme qui a renoncé à la communauté, doit lods & ventes à raiſon des héritages propres du mari, qui lui ont été abandonnés en payement de ſes repriſes.

DISTINCTION VII.

Que le bail emphythéotique ne fait pas ouverture à ce droit, ni la ceſſion d'un tel bail s'il n'y a pas deniers payés.

LVI. Le bail emphythéotique de l'héritage tenu à cens ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes, il n'emporte que mutation dans la poſſeſſion, mutation qui pour les héritages à cens eſt inſuffiſante pour ouvrir ce droit ; d'où il réſulte que cet acte ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes. C'eſt droit commun.

Arrêt du 29 novembre 1607 ; Tronçon, ſur l'art. 73 ; Brodeau, ſur l'art. 78, num. 31 ; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 90. Il paroît, par ce que dit Baſſet, tome 2, liv. 3, titre 12, ch. 4, que la juriſprudence du parlement de Grenoble eſt contraire : ne ſeroit-ce pas

pas parce qu'en Savoie, après dix ans de la paſſation du bail emphytéotique, le droit de lods & ventes eſt dû. Voy. la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci ; c'eſt ſingularité qui n'eſt d'aucune conſidération.

LVII. En effet, le bailleur retient toujours a propriété ; par conſéquent nulle parfaite mutation; ce qui exclut ce droit de lods & ventes au ſujet d'un tel bail. Mais il n'en eſt pas de même, comme on l'a vu ci-devant, par rapport aux fiefs, à l'égard deſquels, pour tel bail, le relief ſeroit dû, parce qu'à l'égard des fiefs il ſuffit qu'il y ait mutation dans la poſſeſſion, mutation qu'un tel bail produit.

Voyez ci-deſſus le chapitre du relief, où cela eſt établi ; & tel eſt dans l'un & l'autre cas l'uſage, atteſté par le Maître, des cenſives, page 105, & Lapeyrere, lettre V, page 522.

LVIII. Mais ſi pour un héritage tenu à cens, outre la redevence du bail, il y avoit des deniers donnés, le droit de lods & ventes ſeroit dû à proportion de la ſomme payée par le preneur de l'héritage à titre de bail emphytéotique. C'eſt vente pour partie.

Brodeau, ſur l'art. 78 de la coutume : voyez la onzieme partie du journal du palais, page 23 & 24. *Quid ?* des baux qui excédent neuf années. Voyez le même auteur & le Maître, des cenſives, page 105.

☞ Pour les baux à loyers qui excédent neuf années à prix d'argent, les lods & ventes ſont dûs. Arrêt du 29 novembre 1707. Voyez Tronçon & Brodeau ſur l'art. 78 de la coutume ; c'eſt auſſi l'avis de Dupleſſis.

LIX. La ceſſion ne pouvant être plus défavorable que le bail, la ceſſion d'un bail emphytéotique d'un héritage tenu à cens, faite par le preneur à un tiers, ſans aucuns deniers payés, ne fait ouverture à aucun droit de lods & ventes. Mais ſi pour la ceſſion du bail emphytéotique il y a des deniers donnés, le drois de lods & ventes eſt dû au ſeigneur juſqu'à concurrence des deniers donnés. En effet, c'eſt rente juſqu'à cette concurrence, & cet acte fait ouverture à ce droit, la ceſſion devant ſe régler par le même principe que la formation du bail.

M. le Maître, même titre, ch. 2, pag. 105. En effet, c'eſt alors une eſpece de vente, ou du moins vente pour partie, puiſque la charge de la redevance du bail n'eſt plus ſuffiſante pour acquérir la longue poſſeſſion de l'héritage ; que la choſe même eſt l'objet de la mouvance, & que l'augmentation de la choſe profite au ſeigneur. Voyez Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 87, où il dit ; que pour déterminer s'il eſt dû droit de lods & ventes ou non ; il faut plus conſidérer le ſens & la ſubſtance du contrat que les termes : la propoſition eſt une conſéquence de ce principe.

DISTINCTION VIII.

Si pour le retour de l'héritage au bailleur, il eſt dû droit de lods & ventes.

LX. L'héritage retournant aux héritiers du bailleur après l'expiration du bail emphytéotique, il n'eſt dû pour ce aucun droit de lods & ventes au ſeigneur, ce retour n'étant que l'exécution de la condition de l'aliénation. Cela eſt ſuite de ce que deſſus ; c'eſt droit ancien que le bailleur enſaiſiné a toujours conſervé, & qu'il a tranſmis héréditairement.

Potius eſt diſtractus quàm contractus. Il en eſt de même que dans le cas du déguerpiſſement fait par un acquéreur qui avoit ignoré ſa rente, & au moyen duquel déguerpiſſement le créancier de la rente reprend ſon héritage ; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 5, num. 1, 2 & 3, page 158. Voyez la propoſition ſuivante qui confirme encore celle-ci.

LXI. Cet affranchiſſement eſt fondé ſur ce que le retour a ſa ſource dans le bail même, & que ce n'eſt que la réunion convenue de la jouiſſance à la propriété, qui n'eſt jamais ſortie de la perſonne du bailleur, dans laquelle la redevance repréſentoit l'héritage, & l'extinction remet les choſes dans leur premier état, & par conſéquent ne peut faire ouverture à un droit ſeigneurial.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 90. Il en eſt de même quand un héritage retourne à un donateur en vertu de la clauſe de retour ; le Maître, titre des fiefs, page 22 & 23 ; exemple qui fonde encore la propoſition. En effet, on ne pouvoit en juger autrement qu'en aſſujettiſſant ce même vaſſal à payer un double droit, quoiqu'il n'eût aliéné que très-imparfaitement, & avec le droit d'un retour certain en ſa faveur.

LXII. Quoique le retour de l'héritage ſe faſſe au bailleur par anticipation, & avant l'expiration du tems porté par le bail, il n'eſt dû pour ce aucun droit de lods & ventes au ſeigneur, pourvu que pour ce retour anticipé le bailleur n'ait prêté aucune ſomme au preneur. Mais ſi pour ce retour anticipé le bailleur a payé une ſomme au preneur, le droit de lods & ventes eſt dû au ſeigneur à proportion de cette ſomme ; c'eſt alors mêlange de contrat ; c'eſt vente juſqu'à cette concurrence, & par conſéquent acte qui fait ouverture au droit.

De Cambolas, liv. 3, ch. 14 ; & telle eſt l'opinion commune. Voyez Dupleſſis, page 90, & la propoſition qui ſuit.

LXIII. Cela eſt fondé ſur ce que c'eſt vente pour partie en deniers, puiſque l'extinction de la redevance n'eſt plus le vrai prix de l'héritage, & que le ſeigneur profite de cette augmentation, d'autant plus que le bail emphitéotique & la ceſſion d'icelui ne ſont affranchis du droit de lods & ventes,

qu'autant que la redevance du bail repréſente & tient lieu de l'héritage, & que le droit eſt dû pour la dation à ce titre, lorſqu'il y a des deniers payés, & à proportion d'iceux, attendu la longue durée d'un tel bail.

Dupleſſis, page 90.

DISTINCTION IX.

Que le bail à vie de l'héritage ne fait aucune ouverture à ce droit, encore que le prix en ait été payé en deniers.

LXIV. De ce que le bail emphytéotique de l'héritage tenu à cens, ne produit aucun droit de lods & ventes, lorſque pour icelui il n'y a aucuns deniers comptans donnés, il s'enſuit que le bail à vie, qui n'a pas une ſi longue durée, ne produit pas ce droit; ce qui a lieu, encore que le prix eût été payé en deniers comptans.

Dumoulin, ſur l'art. 33 de la coutume, *in verbo*, droit de relief, num. 158. *Quare quid in caſu converſo, ſi quis vendit vel donat uſumfructum fundi ſui, & certum eſt ex hoc nullum deberi relevium, nec aliud jus feudale, nec hoc quæritur;* arrêt de 1688; autre de 1707, ci-après cité. Voyez Bacquet, des droits de juſtice, chap. 12, num. 21, page 46; le Maître, des cenſives, page 105.

LXV. Cet affranchiſſement pour le bail à vie eſt bien plus étendu que l'affranchiſſement accordé au bail emphitéotique, en ce que l'affranchiſſement pour le bail à vie a lieu, encore que tout le prix d'icelui eût été payé en deniers comptans, au lieu que pour le bail emphitéotique, le droit de lods & ventes eſt dû à proportion des deniers comptans donnés pour icelui. La briéveté & l'incertitude de la vie de l'homme fondent cet affranchiſſement total du bail à vie de tout droit ſeigneurial en cenſive, & cet affranchiſſement eſt favorable.

Arrêt du grand'conſeil, du 28 février 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, page 19, où l'affranchiſſement de droits pour une telle vente eſt ſolidement établi, & où l'on trouve les autorités qui fondent cet affranchiſſement qui a encore été adopté par l'arrêt du 21 février 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, page 16. Voyez Henrys, tome 2, liv. 3, ch. 3, queſt. 21.

LXVI. En effet, par cette incertitude le bail à vie eſt ſouvent moins long qu'un bail à tems, & ne doit par conſéquent être conſidéré comme faiſant un changement notable dans la poſſeſſion de l'héritage; changement même qui eſt inſuffiſant quant aux rotures; mais qui produit effet quant aux fiefs relativement au ſeigneur, comme on l'a expliqué précédemment.

Cette exemption a paru ſi juſte & ſi favorable, qu'elle a même été étendue aux fiefs; ce qui ne s'applique qu'au quint; le Maître & l'auteur des notes, page 25; mais il paroît que le relief eſt dû dans ce cas, la ſimple mutation dans la poſſeſſion y donnant ouverture; ce qui me paroît réſulter de la coutume. Voyez Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1, num. 142.

LXVII. De ce que deſſus, il réſulte à plus forte raiſon que la ceſſion d'un bail à vie d'un héritage tenu à cens, n'emporte aucun droit de lods & ventes; ce qui continue à prouver que la tenue à cens eſt bien moins onéreuſe que celle à foi & hommage, par rapport à laquelle le relief, ſelon moi, ſeroit dû en ce cas.

Voyez l'arrêt cité ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction; il ſert de preuve à celle-ci.

DISTINCTION X.

Si la vente à faculté de réméré fait ouverture à ce droit.

SUBDIVISION PREMIERE.

Quand elle n'y fait pas ouverture.

LXVIII. Lorſque la vente eſt faite ſous la faculté de réméré dans les neuf années ou au-deſſous, le droit de lods & ventes n'eſt pas dû: voilà un premier principe; mais il peut devenir dû par la ſuite, ſur quoi il faut voir les trois propoſitions ſuivantes, ce qu'on entend des héritages tenus à cens; car il n'en eſt pas de même des fiefs, par rapport auxquels, la ſimple mutation dans la poſſeſſion fait ouverture au relief.

Conſtat plerumque tam brevis temporis conditiones apponi contractibus, ut pignerationis potiùs cauſâ, quam alienationis videatur; quod ſi ullo modo probari poſſit laudimia nulla deberentur, cum pigneratio non ſit contractus domini tranſlativus; d'Argentré, dans ſon traité *de laudimiis*, §. 7. Voyez la note S, rapportée au commentaire de Dupleſſis, page 96 de l'édition de 1709, & les art. 77 & 78 de la coutume de Loris; l'art. 18 de celle de Chartres. Par arrêt du 22 décembre 1637, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 6, chap. 31, le ſeigneur a été condamné de rendre les lods & ventes qu'il avoit reçu. Dans l'eſpece de l'arrêt, la faculté étoit de quatre ans, & avoit été exercée pendant ce tems, ce qui prouve la propoſition que la ſuivante confirme, & cela eſt très-favorable.

LXIX. La raiſon de cet affranchiſſement eſt donc que telle vente doit être plutôt conſidérée comme un engagement de la choſe pour un tems bref, que comme une parfaite aliénation d'icelle: le ſilence que la coutume à gardé ſur cette matiere, a fait naître diverſité d'opinion, fondé ſur la diverſité des jugemens; mais ſur ce premier point, il ne paroît pas qu'il y ait à préſent de la contradiction; ainſi, lorſque la faculté de réméré eſt au-deſſous de neuf ans, & qu'elle eſt exercée, le droit de lods & ventes n'eſt pas dû au ſeigneur: encore une fois, cela eſt très-

favorable ; mais ſi cette faculté, quoique ſtipulée, n'eſt pas exercée dans ce tems de neuf années ; en ce cas, le droit de lods & ventes eſt dû après l'expiration de ce tems, & eſt dû & acquis ſans retour, quoique le réméré fût exercé par la ſuite, & nonobſtant le nouveau délai qui ſeroit par la ſuite accordé au vendeur.

Pura & vera venditio, ſed ſub conditione reſolvitur : principe qui fonde les doutes de quelques-uns ſur l'affranchiſſement qu'ils voudroient rejetter, nonobſtant la briéveté du délai de la faculté de réméré ; ce qui étoit bon ci devant & non à préſent. Sur la derniere partie de la propoſition, ſi le ſeigneur, auſſi-tôt l'expiration du délai, peut demander ce droit, ou s'il faut qu'il attende encore l'expiration du délai que la juſtice accorde en ce cas ; voyez Henrys, tom. 2, liv. 3, queſt. 11. La prorogation eſt une grace relative qui ne doit pas nuire au ſeigneur, en faveur duquel le droit eſt acquis par l'expiration du délai, raiſon qui fonde la derniere partie de la propoſition, & Dumoulin va plus loin ſur les art. 57 & 78.

LXX. En effet, lorſque la faculté n'eſt pas exercée dans ce délai de neuf ans ; il y a alors changement ſuffiſamment notable, non-ſeulement dans la poſſeſſion, mais même dans la propriété de la choſe, puiſque la faculté de réméré ne ſubſiſte plus que par une grace & extenſion favorable de cette faculté, qui rend la propriété ſujette à réſolution ; d'où il s'enſuit que lorſque la faculté excéde neuf années, le droit eſt dû au ſeigneur auſſi-tôt le contrat de vente, quelqu'événement, quelque effet que produiſe l'exercice de la faculté de réméré, ſans diſtinction du tems de cet exercice, puiſque le droit eſt dû au ſeigneur auſſi-tôt le contrat même.

Magis ſub conditione reſolvi, quàm ſub conditione contrahi videtur, liv. 1, ff. *de leg. commiſſoriâ* ; le Maître, page 40, eſtime que ce droit eſt dû incontinent, quoique la faculté ſoit au deſſous de neuf ans. Voyez les notes ſur la premiere propoſition qui répondent à cette opinion, qui me paroît dure, inconſéquente aux principes, & contraire au ſentiment des meilleurs auteurs.

LXXI. Pour la rentrée dans l'héritage par l'exercice de cette faculté, il n'eſt rien dû au ſeigneur ; c'étoit modification de la vente que l'exercice de ce droit détruit ; mais ſi par la longueur du tems, & notamment par la prorogation d'icelui, l'acquéreur avoit payé le droit, il ſeroit juſte en l'évinçant de l'en rembourſer.

Papon, liv. 13, tit. 2, art. 23 ; Louet, lettre V, num. 12, dit que l'exercice de cette faculté, *potius eſt diſtractus quàm contractus* ; Baſſet, tom. 2, liv. 3, tit. 12, ch. 5, ſoutient que ce droit eſt dû pour la vente faite ſous faculté de réméré, toute abſtraction faite du tems d'icelui. On a établi ci-deſſus le contraire.

SUBDIVISION II.

A quel fermier le droit appartient dans le cas de la vente à faculté de réméré non exercée à tems, & quand la vente à faculté de réméré fait incontinent ouverture à ce droit.

LXXII. Dans ce cas, le droit de lods & ventes appartient au fermier du fief, lors du contrat, & non à celui qui a le bail, lors de l'expiration du tems accordé pour le réméré ; c'eſt le contrat qui a produit le droit.

Jugé par l'arrêt rapporté par Robert, liv. 3, ch. 18. Le droit de lods & ventes, ainſi que celui de quint, appartient au fermier qui exploitoit lors de l'aliénation & mutation. Voyez le Prêtre, cent. 1, chap. 41 ; & tel eſt ſur ce l'uſage ; fondé ſur ce que c'eſt l'origine qu'il faut conſidérer, & que c'eſt alors que la mutation s'eſt faite, l'événement qui eſt arrivé depuis, n'a fait que la confirmer : le Maître, des fiefs, ch. 3, pag. 41. *Quid ?* Dans le cas que la vente a été annullée par la léſion d'outre moitié, & que l'acquéreur, pour conſerver la propriété, offre le ſupplément & de payer le juſte prix. A quel fermier le droit de lods & ventes ſur le ſupplément appartient-il ? ou au fermier qui exploitoit lors de la vente, ou à celui qui exploitoit lors du ſupplément payé. Voyez ſur ce Henrys, tome 1, liv. 3, chap. 3, queſt. 29 ; Louet, lettre R, num. 43 ; le Prêtre, cent. 1, chap. 41 ; Carondas, ſur l'art. 47 de la coutume ; Chopin, ſur celle d'Anjou, liv. 2, tit. des rachats, num. 3.

LXXIII. Quoique le contrat porte faculté de réméré, le droit de lods & ventes eſt dû auſſi-tôt ſa paſſation, lorſque la faculté de réméré eſt ſtipulée au-delà de neuf années ; c'eſt mutation, mais réſolutive mutation qui fait ouverture au droit.

Bacquet, des francs-fiefs, chap. 9, & la note ſur Dupleſſis déja citée ; mais ſi elle eſt au-deſſous de neuf années, & qu'elle ſoit exercée dans le tems, il n'eſt dû pour ce aucun droit au ſeigneur ; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 228 ; le Maître, page 40, eſt d'avis contraire. Il ne me paroît pas que cet avis ſoit goûté ; on l'a détruit ci-deſſus.

LXXIV. Ce droit ſeroit dû, encore que la faculté eût été exercée par le vendeur avant les neuf années ; il ſuffit que le délai les excéde pour y faire ouverture ; cela eſt fondé ſur ce qu'alors, tel acte forme un changement notable, non-ſeulement dans la poſſeſſion, mais même dans la propriété de l'héritage, & qu'il ne peut plus être regardé comme un ſimple engagement court d'icelui, d'autant plus que par le contrat même, le droit eſt acquis au ſeigneur, & qu'un fait poſtérieur & purement poteſtatif ne l'en peut dépouiller.

Tunc deberi laudimia ex primâ venditione quæ pura fuit nonobſtante eo pacto ; Tiraqueau, du retrait conventionnel, §. 6, gloſ. 2. Voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 71 ; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 96.

LXXV. De ce que deſſus, il réſulte que dans ce cas, tel droit de lods & ventes eſt dû au fermier exploitant lors du contrat ;

c'eſt à lui auquel le droit eſt acquis; & l'on a vu que ce droit étoit dû, quoique la faculté de reméré fût limitée à neuf années ou au-deſſous, lorſqu'elle n'étoit pas exercée dans ce tems-là : l'un & l'autre cas ſe décide par le même principe.

Il y a des coutumes qui limitent cela à un tems plus court. Voyez Lapeyrere, lettre V, déciſion 7, page 519, où il tient que lorſque la coutume ne parle pas de la vente à faculté de réméré, ce droit de lods & vente, eſt dû incontinent le contrat, toute abſtraction faite de la durée du réméré; parce que nonobſtant telle faculté, *venditio eſt pura, ſed reſolvitur ſub conditione*; mais ſi tel vendeur cédoit ſon droit ou faculté de rachat, il ſeroit dû droit pour ce & pour l'exercice d'iceluy; le même auteur, au même endroit, déciſion 10 : ce qui eſt conforme à l'avis de Dumoulin qui y eſt cité. En effet, en ce dernier cas il y a parfaite mutation, comme on le va voir : mais pour le premier cas l'opinion qu'on a rapporté eſt dure & inconſéquente.

SUBDIVISION III.

Que le déſiſtement de la faculté de réméré emporte ce droit, & ſur quel pied il eſt dû; mais pour l'exercice de cette faculté il n'en eſt dû aucun.

LXXVI. Lorſque le vendeur ſe déſiſte de la faculté de réméré, qui, par la briéveté de ſon délai, ſuſpendoit le droit de lods & ventes; ce même droit eſt dû, & auſſi-tôt le déſiſtement, parce qu'alors la vente eſt conſommée, & la mutation parfaite & irrévocable : qualités qui levent tout doute ſur l'ouverture du droit; mais la faculté de réméré, ſtipulée par un acte ſéparé du contrat, ne change rien à ce que deſſus; c'eſt un acte diviſé en deux parties.

Voyez la citation ſur la propoſition qui ſuit; mais la faculté de réméré ſtipulée par un acte ſéparé de la vente, ne changeroit rien à ce qui eſt dit ci-deſſus; telle faculté produiſant le même effet que ſi elle étoit ſtipulée par le contrat même, ſuivant l'arrêt du 4 août 1676, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 28, & l'avis de Dumoulin, cité ſur la premiere ſubdiviſion.

LXXVII. Dans le cas du déſiſtement de la faculté, le droit de lods & ventes eſt dû, non ſeulement du prix porté par le contrat de vente, mais encore de la ſomme donnée pour le déſiſtement de la faculté de réméré; l'un & l'autre forment le vrai prix de la vente qui devient pure & ſimple, & ce droit, même celui ſur cette derniere ſomme, appartient au fermier qui avoit le bail lors de la vente; les actes poſtérieurs ne faiſant que la confirmer.

Cela eſt établi ſur la ſeconde ſubdiviſion ci-deſſus. Voyez le Maître, des fiefs, pages 41 & 42.

LXXVIII. Pour l'exercice de la faculté de réméré de la part du vendeur, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes au ſeigneur, toute abſtraction faite de la queſtion, ſi l'acquéreur y a été ſujet; c'eſt réſolution par une cauſe inhérente au contrat même, & cet affranchiſſement a lieu dans le cas même que cette faculté eſt exercée par les héritiers du vendeur, & non par le vendeur même; ces premiers ayant tous les droits de l'autre.

Voyez le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, page 23; & tel eſt l'uſage & la juriſprudence. Voyez Loüet & Brodeau, lettre V, num. 12; & le premier auteur cité à la page 41 : enſemble Papon, liv. 13, tit. 2 : c'eſt comme le dit Dupleſſis, *reſolutio ex antiqua cauſa*.

LXXIX. Ce même affranchiſſement en faveur du vendeur ou de ſes héritiers qui exercent le réméré, auroit lieu dans tous les cas même eſquels l'acquéreur évincé par l'exercice de cette faculté, auroit dû & payé le droit de lods & ventes au ſeigneur; ce droit du vendeur étant indépendant de celui de l'acquéreur; en effet, ce n'eſt pas réacquiſition de la part du vendeur qui exerce cette faculté, mais réſolution d'une mutation qui n'étoit qu'à tems & conditionnelle, & réſolution par une clauſe inhérente & inſéparable de l'acte qui fondoit la mutation momentanée, ſauf le droit dû par l'héritier collatéral, s'il s'agit d'un fief.

Mais s'il s'agiſſoit d'un fief, & que le réméré fût exercé par un héritier collatéral, il devroit le relief, parce qu'il n'eſt pas plus favorable de reprendre l'héritage de l'acquéreur que s'il venoit immédiatement du défunt; le Maître, des fiefs, ch. 2, ſect. 1, page 33 : ce qui me paroît inconteſtable, telle ſucceſſion faiſant ouverture à ce droit. Quant à la premiere partie de la propoſition, voyez Dupleſſis, des cenſives, page 96.

DISTINCTION XII.

Si les contrats mixtes font ouverture à ce droit.

LXXX. Si un héritage eſt donné par un acte qualifié de donation entre-vifs, à la charge d'une rente viagére, le droit de lods & ventes eſt dû pour ce au ſeigneur, lorſque la rente paroît faire le prix de l'héritage; c'eſt-à-dire, lorſqu'elle va au double du produit de l'héritage; en effet, en ce cas, c'eſt vraie vente décorée d'un autre nom; ce qui n'auroit pas lieu ſi la charge n'étoit pas appréciable en deniers.

Mais il ne ſeroit pas dû ſi la charge n'étoit pas appréciable en deniers : Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, ſubdiv. 3, pag. 87 & 89, où il eſt dit, que le droit eſt dû pour tous contrats ſonnans & équipollens à vente; ce qui prouve la propoſition, puiſque la charge non appréciable en deniers devient par-là une charge vraiment perſonnelle.

LXXXI. Il lui eſt dû ſur le pied du capital de cette rente, évaluée ſur le pied du denier dix; c'eſt ce capital, ainſi fixé, qui eſt le

vrai prix de la vente qu'on a déguiſé de cette façon, ſauf la conſidération de l'âge.

Telle eſt la régle la plus générale, où il faut évaluer la charge de cette rente, ſuivant la diſpoſition de la loi *computationi* ff. *ad leg. Falcidiam*, qui évalue l'uſufruit ſuivant les différens âges: mais il m'a paru dans l'uſage qu'on ſe fixoit ordinairement à cette évaluation. La raiſon de ce eſt non-ſeulement que telle donation n'eſt donation que de nom, & dégénere en une vente dont la rente viagere eſt le vrai prix; mais encore c'eſt qu'on ne juge pas des contrats par la dénomination que les parties contractantes leur ont donné, mais par leur effet qui eſt ici déterminant, & qui caractériſe une vente déguiſée ſous le nom de donation. Dupleſſis, à la page 87, & Ricard, en ſon traité des donations, établit ce même principe.

LXXXII. Mais la donation d'un héritage, à la charge d'une rente viagere, approchant du produit de l'héritage, ne fait ouverture à aucun droit de lods & ventes en faveur du ſeigneur; & cela réſulte de ce qu'alors le contrat eſt vraie donation; la rente, à la charge de laquelle elle a été faite, n'opérant qu'une réſerve d'uſufruit évaluée en deniers; affranchiſſement, en ce cas, qui eſt même très-favorable; en un mot, c'eſt en ce cas donation, & cet acte ne fait ouverture au droit de lods & ventes.

Telle eſt l'opinion commune, conforme aux principes de Ricard, qui établit qu'il faut juger des contrats & en déterminer la nature, plus par leurs effets que par la dénomination; principe qui ſatisfait tellement la raiſon qu'il me paroît inconteſtable: mais le droit ſeroit dû s'il y avoit, par nouvelle convention, rembourſement de cette rente.

LXXXIII. Si la rente ne ſe bornoit pas au produit de l'héritage, mais l'excédoit, le droit ſeroit dû de l'excédent; pour ce, ce ſeroit vente; c'eſt ainſi que la premiere propoſition de cette diſtinction doit être entendue.

Cela réſulte de la ſeconde propoſition de cette diſtinction.

☞ Toute donation faite à toute autre qu'à l'héritier préſomptif, à la charge d'une rente viagere, donne indiſtinctement ouverture aux lods & ventes, ſans conſidérer ſi le produit de l'héritage donné eſt égal à la rente viagere, ou s'il l'excéde; c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du 8 février 1744, confirmatif d'une ſentence du domaine, par laquelle un donataire a été condamné de payer au receveur des domaines les lods & ventes d'une maiſon ſiſe dans la cenſive du roi, ſuivant l'eſtimation de la penſion viagere qui formoit le prix du contrat.

La même choſe a encore été jugée par arrêt du 9 janvier 1760, rendu ſur les concluſions de M. Séguier, avocat-général, en faveur de M. le comte de Clermont, contre l'Hôtel-Dieu de Paris. Jacquet, en ſon traité des fiefs, page 180 & ſuivantes, rapporte ce dernier arrêt & le plaidoyer de M. l'avocat-général.

DISTINCTION XIII.

Que le partage ni la licitation entre co-héritiers ne ſont pas ouverture à ce droit.

(Art. 80 de la coutume.)

LXXXIV. Le partage entre cohéritiers, ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes; c'eſt mutation forcée & légale, ni pour tout acte qui equipolle à partage; ce qui influe ſur la communauté.

Ni tout accommodement fait entre eux; arrêt du 28 mai 1641, rapporté par Soëfve, tome 1, cent. 1, ch. 39; voyez le journal du palais *in*-4°. tome 5, page 416, & tome 12 page 255; le journal des audiences, tome 1, liv. 5, chap. 37; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. des droits ſeigneuriaux, art. 10. Sur quoi il faut obſerver que tout premier acte entre cohéritiers eſt cenſé & réputé partage: ce qui eſt inviolablement ſuivi au châtelet. Le partage de la communauté n'aſſujettit pareillement la veuve à aucun droit. *Quid?* ſi par une donation toute la maſſe lui reſtoit; comme en ce cas elle ne doit que la moitié du relief, ſuivant l'arrêt rapporté par Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 74, il y a lieu de dire que pour un héritage roturier il ne ſeroit rien dû; car c'eſt donation, & cet acte ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes.

LXXXV. Cela auroit lieu encore que dans le lot d'un des co-partageans on ait fait tomber tous les meubles, & dans le lot de l'autre tous les immeubles; cela paroît réſulter de l'article quatre-vingt de la coutume, qui s'applique à plus forte raiſon dans le cas que par le partage on délaiſſe à l'un des héritiers des immeubles dépendans de la ſucceſſion, à la charge par lui d'acquiter certaines dettes, ou même la totalité des dettes d'icelle; dans tous ces cas, c'eſt opération de partage, & non vente; & par conſéquent, il ne peut y avoir ouverture au droit de lods & ventes.

Même quand l'un des cohéritiers auroit cédé ſon droit aux autres, moyennant une certaine ſomme, & que par la ceſſion on auroit mis un prix à tous les immeubles, c'eſt toujours partage dès que c'eſt un premier acte entre cohéritiers; arrêt du 15 décembre 1648, rapporté dans le premier volume du journal des audiences. Voyez la cinquieme partie du journal du palais, page 416, & la douzieme partie, page 255. Tout cela eſt ſuite de l'article qu'on a cité.

LXXXVI. Cela auroit lieu, à plus forte raiſon, encore que celui auquel l'immeuble eſt échu, eût été chargé d'une ſoulte en deniers, & même conſidérable; c'eſt toujours partage, & la licitation même ne produit pas ce droit, encore qu'il n'y eût pas eu dans le lot de celui qui en eſt chargé, des deniers ou du mobilier ſuffiſans pour acquiter la ſoulte, parce que la ſoulte tient entiérement de la nature du partage, & nullement de celle de la vente; & ce, indiſtinctement de l'objet avec lequel on la paye.

Dumoulin, sur l'art. 33, glos. 1, num. 74. Voyez la coutume de Loris, ch. 1, art. 51, qui, quant à ce, est exorbitante du droit commun. On a porté ce principe beaucoup plus loin; car il a été jugé que pour l'héritage donné à l'un des héritiers pour obtenir sa renonciation, il n'étoit rien dû, le premier acte entre cohéritiers étant toujours regardé comme un partage; Dupleſſis, des fiefs, liv. 1, ch. 4, page 22; ce qui prouve d'autant plus la propoſition, que la ſuivante confirme encore. Double raiſon de l'affranchiſſement ci-deſſus: le partage eſt un acte de néceſſité, & il a un effet rétroactif au jour de l'ouverture de la ſucceſſion; tel acte, abſtraction faite des opérations qu'il contient, ne peut donc faire ouverture au droit de lods & ventes, c'eſt un acte auſſi favorable que les droits ſeigneuriaux le ſont peu. Dupleſſis, des cenſives, l. 2, ch. 2, ſect. 1, pag. 81; le Maître, page 110, & tel eſt l'uſage.

LXXXVII. Cet affranchiſſement s'étend donc, comme on l'a vu par les notes précédentes, au premier acte qui eſt paſſé entre cohéritiers; par exemple, un acte de liquidation en forme de tranſaction; tel acte ne fait ouverture au droit de lods & ventes, parce qu'il tient lieu de partage.

Arrêt du 29 février 1692, rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, page 255, où cet affranchiſſement eſt ſolidement établi, ainſi que la qualité de partage qu'on donne au premier acte paſſé entre cohéritiers; qualité qui eſt regardée au châtelet comme inconteſtable.

LXXXVIII. Il en eſt de même de la licitation entre cohéritiers, & de l'adjudication à l'un d'eux ſur icelle: elle ne produit aucun droit en faveur du ſeigneur; c'eſt le texte même de la coutume, qui a néceſſairement influé ſur le partage qui eſt encore plus favorable que la licitation, puiſque le premier eſt d'une maſſe qu'il faut partager, & relativement à laquelle le ſort décide des lots; au lieu qu'un objet ſingulier eſt l'objet de l'autre, & que l'adjudication à l'un des co-licitans eſt l'effet de ſa volonté; affranchiſſement qui a néanmoins lieu tant pour le ſecond & autre ſubſéquent degré, que pour le premier.

Arrêt du 13 décembre 1640, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 35. Cela auroit lieu encore qu'avant l'adjudication le cohéritier adjudicataire eût acquis quelque portion de ſes cohéritiers; arrêt du 15 décembre 1648, rapporté par Soëfve, tome 1, cent. 2, ch. 98; de même s'ils avoient ſéqueſtré un certain bien pour être vendu au plus offrant, à l'effet de pouvoir en payer les dettes, & que l'un d'eux ſe fût rendu adjudicataire; arrêt du 30 juillet 1669, rapporté par Soëfve, tome 2, cent. 4, ch. 39: ce qui dans tous ces cas eſt exactement ſuivi au châtelet; & ce qui prouve l'exemption bien juſtement attachée au partage beaucoup plus favorable que la licitation; c'eſt auſſi par cette différence que pour l'exemption, quant à la licitation, la coutume requiert deux conditions; la premiere, que l'héritage ne ſe puiſſe diviſer, premiere condition néanmoins qu'il ne faut pas prendre à la rigueur; car pour la remplir il ſuffit que la diviſion ne puiſſe ſe faire ſans diminuer la valeur de l'héritage; & la ſeconde, que la licitation ſe faſſe en juſtice, ce qui ne ſe prend pas encore à la rigueur, ſuffiſant que la demande en ait été formée, quoique par la ſuite l'adjudication ſe faſſe volontairement, pourvu qu'il ſoit conſtant que l'heritage ne pouvoit commodément ſe partager: exemption qui auroit lieu, encore que l'adjudication fût faite à celui qui avoit la moindre part.

LXXXIX. Cela eſt fondé ſur ce que telle licitation doit être conſidérée comme un partage, & eſt en effet un vrai partage, & cet affranchiſſement a lieu, quoique la licitation ait été faite non en juſtice, mais volontairement, dès que la nature du bien la rendoit néceſſaire: ce qui a été étendu à la licitation d'un conquêt, mais non à la licitation entre étrangers indiſtinctement, ce qu'on va examiner.

Ce même affranchiſſement pour la licitation entre cohéritiers a été étendu à la licitation d'un conquêt entre le ſurvivant des conjoints & les héritiers du prédécédé; c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt rapporté par Soëfve, tome 1, cent. 1, ch. 72. Voyez le Maître, des cenſives, page 109; ce qui établit la propoſition entre cohéritiers.

DISTINCTION XIV.

De la licitation entre co-propriétaires étrangers.

XC. Ce privilége a même été étendu aux co-propriétaires étrangers, mais non indiſtinctement: en effet, quoique la licitation de l'héritage ſe ſoit faite entre co-propriétaires étrangers, cependant dans la thèſe générale, lorſque l'adjudication s'eſt faite à l'un d'eux, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes aux ſeigneurs, ſauf les limitations qui ſeront expliquées: mais c'eſt le cas d'appliquer plus ſcrupuleuſement les deux conditions qu'on a expliqué ſur l'avant-derniere propoſition de la diſtinction précédente, & toute fraude pratiquée dans une telle licitation feroit ouverture au droit de lods & ventes.

Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſ. 1, num. 78; Guy Pape, queſt. 48. Voyez Lapeyrere & les auteurs qu'il cite, lettre V, déciſion 5, page 518 de l'édition de 1725; Dupleſſis, page 91 & 92, & les propoſitions ſuivantes qui expliquent les limitations.

☞ Il ne ſuffit pas d'être co-propriétaire ou co-acquéreur, il faut l'être *ab initio*, c'eſt-à-dire, dans l'origine de l'héritage licité, pour que la licitation ne donne pas lieu aux lods & ventes. Arrêt du 6 mars 1734, rapporté par Guyot tome premier, page 44; dans l'eſpece d'une mere, qui, en qualité de ceſſionnaire des droits de ſon fils, étoit propriétaire d'une partie de la maiſon par elle acquiſe par licitation dans la mouvance du roi, dont elle a été condamnée par l'arrêt à payer les lods & ventes au receveur du domaine. Autre arrêt dans la même eſpece au rapport de M. l'abbé Lorenchet, le 6 février 1740.

XCI. Pour cela il faut qu'il ſoit juridiquement conſtaté que l'héritage ne pouvoit

commodément ſe diviſer en autant de parts qu'il y avoit de co-propriétaires : ſans cette néceſſité de liciter, l'adjudication feroit ouverture au droit de lods & ventes, cette néceſſité étant la baſe de l'exemption entre co-licitans étrangers.

Voyez ci-devant le chapitre du quint, & Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 91; le Maître, page 110.

XCII. Ce qui fonde cet affranchiſſement entre étrangers même, lorſque le partage & la diviſion ne peuvent ſe faire ſans perte, eſt que la mutation en ce cas devient une mutation forcée; néceſſité qui équitablement a conduit à cet affranchiſſement.

Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſ. 1, num. 22; d'Argentré, ſur l'art. 60 de la coutume de Bretagne.

XCIII. Cet affranchiſſement auroit lieu, encore que le co-licitant adjudicataire fût en communauté de biens avec ſa femme, & que par l'effet de cette communauté, une étrangere profitât de cette adjudication dans laquelle le mari avoit une portion qui lui étoit propre. La raiſon de ce eſt que le mari adjudicataire peut, en indemniſant ſa communauté, reprendre la totalité de l'héritage dont il s'eſt rendu adjudicataire lorſqu'il en avoit une portion propre : ce qui s'applique à la licitation d'un conquêt.

Par rapport au conquêt de communauté, licité entre la veuve & les héritiers du mari, il n'en eſt dû aucun droit; Dumoulin, ſur l'art. 33 de la coutume, gloſ. 1, num. 142; arrêt du 11 janvier 1607: il eſt rapporté par Mornac, ſur la loi *ad officium, communi dividendo.* Voyez Dupleſſis, page 92 : en effet, ils ſe trouvent co-propriétaires par l'effet de la loi & non par l'effet de la convention, qualité qui dans le cas de la licitation néceſſaire entre eux, écarte l'ouverture au droit de lods & ventes. L'arrêt de 1607 qu'on vient de citer, eſt rendu au ſujet d'un conquêt régi par la coutume de Chartres. Il y en a un autre pour la coutume de Paris, du 19 août 1643.

XCIV. Mais telle adjudication peut faire ouverture au droit de lods & ventes. En effet, quand un étranger ſe rend adjudicataire de l'immeuble licité, le droit de lods & ventes eſt dû au ſeigneur, encore que la licitation eût été pourſuivie entre cohéritiers : alors il n'y a plus de faveur, puiſque c'eſt un étranger qui eſt adjudicataire, & par conſéquent vraie vente.

Lapeyrere, à l'endroit qu'on a cité ſur la premiere propoſition de la ſubdiviſion précédente, & cela ſe pratique ainſi tous les jours, conformément au ſentiment de le Maître, page 109, & à l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit. Cela eſt de ſoi-même inconteſtable, & il eſt étrange que cela ait fait la matiere d'une queſtion. Voyez Loüet, lettre L, chap. 9 : Loyſel, livre 4, tome ſecond, régle 13, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 5 & ſuivans; ce que le texte même de la coutume décide, puiſqu'il aſſujettit à ce droit tout acte équipollent à vente.

XCV. Suivons les exceptions : ſi un étranger avoit acquis une portion indiviſe d'un héritage, qu'il en pourſuivît enſuite la licitation ou la fit pourſuivre par un autre, & que ſur telle pourſuite il ſe rendît adjudicataire du tout, le droit de lods & ventes ſeroit dû au ſeigneur pour toutes les parts dont ce nouvel acquéreur deviendroit propriétaire par cette voie; autrement ce ſeroit une fraude au droit du ſeigneur; fraude que la juſtice rejette.

Arrêt du 30 mars 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 14, page 349; notes ſur le Maître, page 110. En effet, ce n'eſt qu'un circuit employé pour frauder les droits du ſeigneur, circuit auquel on ne doit avoir aucun égard; ainſi le droit de lods & ventes eſt dû en ce cas : mais le premier droit eſt acquis & dû par l'acquéreur, pourquoi le ſeigneur a hypothéque ſur l'héritage, le fait de ce dernier ne pouvant l'en dépouiller. Je l'ai entendu ainſi juger au Parc-civil, plaidant Barbier, & je ne vois pas de difficulté, puiſque le contraire feroit viſiblement injuſte. Il y en a deux arrêts, l'un du dernier janvier 1637, & l'autre du 21 janvier 1639.

XCVI. Si les co-propriétaires ont partagé l'immeuble qui leur étoit commun, & que depuis le partage l'un ait vendu ſa part à un autre co-propriétaire, le droit de lods & ventes eſt dû de cette portion ainſi vendue; c'eſt vraie vente.

D'Argentré, ſur l'art. 73 de la coutume de Bretagne, note 4, num. 2, dit, *ſi quis poſt diviſionem factam, & portione pro diviſo traditâ, portionem ſuam vendat, ſive ei qui cohæres fuit, ſive extraneo, laudimia debet: hic enim jam non portionem rei communis vendit, ſed ſuum totum jam ſeparatum, & hîc diſſoluta eſt diviſionis neceſſitas & actio familiæ erciſcundæ extincta :* ce qui eſt encore ſans difficulté & obſervé comme tel.

DISTINCTION XV.

Si la réſolution du contrat de vente produit ce droit.

SUBDIVISION PREMIERE.

Quand elle ne le produit pas & quand elle le produit.

XCVII. La réſolution de la vente ne produit pas ce droit dans pluſieurs cas. En effet, elle ne produit pas ce droit lorſqu'elle ſe fait par une cauſe ancienne & inhérente au contrat; tel eſt le principe général : on va le développer : de ce principe il réſulte, 1°. que lorſque le contrat de vente eſt nul & déclaré tel, il n'eſt dû aucun droit de lods & ventes au ſeigneur; ce qui eſt nul ne pouvant produire effet.

Potius eſt diſtractus quàm contractus : voyez Henrys, tome 2, liv. 4, queſt. 53. Ainſi la réſolution de la donation pour cauſe d'ingratitude, ne fait ouverture à aucun droit, comme on l'a déja rapporté, étant un exemple ſenſible qui s'applique à

tout cas ſemblable. Voyez le Maître, titre des fiefs, page 23 & 43, qui établit ce principe général, dont on va voir les conſéquences. Ce principe eſt atteſté par Charles Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 33, gloſe premiere, num. 32, & ſur l'art. 78, gloſe premiere, num. 13; par de l'Hommeau, liv. 2, maxime 20; par Salvaing, des uſages des fiefs, liv. 2, max. 20; & eſt adopté par les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des droits ſeigneuriaux, art. 49; ainſi c'eſt droit commun.

XCVIII. De-là il s'enſuit, comme on l'a vu ci-deſſus, que le vendeur qui rentre dans la propriété de la choſe par l'exercice de la faculté de réméré ſtipulé par le contrat de vente, ne doit aucun droit de lods & ventes; c'eſt une conſéquence d'autant plus ſûre du principe, que la vente n'étoit pas parfaite, mais réſolutive par une certaine faculté réſervée par la vente même: ſeconde application du principe & qui l'éclaircit.

Papon, liv. 13, tit. 2; Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 97. Voyez ci deſſus, on y a examiné l'effet, quant à ce, de l'exercice de réméré; on examine ici relativement au ſeigneur celui de la réſolution d'une vente conſidérée en général, & ce par rapport au droit de lods & ventes.

XCXIX. Voici un troiſieme exemple, de même ſi le vendeur rentre dans la propriété de l'héritage vendu, faute par l'acquéreur d'acquiter le prix ou les charges portées par le contrat; c'eſt en ce cas inexécution d'icelui & réſolution forcée: qualité qui affranchit du droit.

Brodeau, ſur Louet, lettre R, num. 2. Arrêt du 8 janvier 1627, rapporté par Bardet, tome 1, liv. 2, ch. 96. Mais pour cela il faut que le prix ait été exigible; en effet, en ce cas d'exigibilité du prix, ſon payement eſt la condition de la vente; mais ſi du prix il en a été conſtitué rente, & que faute du payement d'icelle le même héritage ſoit cédé au vendeur pour une ſomme différente, par exemple, pour l'eſtimation, en ce cas ce droit eſt par lui dû au ſeigneur, parce que le premier contrat a été parfait en ſoi, & qu'on le fait ſubſiſter par le ſurplus du prix; note ſur le Maître, page 108; arrêt du 26 avril 1672, rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 469; ce qui ne ſeroit pas, ſi le vendeur, créancier d'une telle rente, & faute de payement d'icelle, avoit fait réſilier la vente purement & ſimplement; mais le droit ſeroit dû s'il y avoit terme par le contrat, & que la réſolution ſe fit, le terme ſubſiſtant; en ce cas il ſeroit dû double droit. Voyez l'arrêt du 3 août 1673, rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 469. La différence entre l'un & l'autre cas eſt ſenſible. Dans le premier, c'eſt vente forcément & néceſſairement réſiliée: dans l'autre, ce ſont deux mutations, vente & réacquiſition qui ſubſiſtent, & ont leur exécution par la volonté des parties, non par la néceſſité.

C. Suivons l'affranchiſſement dans les cas ci-deſſus exprimés, & dans leſquels le double ou ſecond droit de lods & ventes, n'eſt pas dû, faute par l'acquéreur d'avoir rempli la condition de ſon acquiſition; l'inexécution du contrat de la part de l'acquéreur, l'anéantit dans ſon principe: une autre raiſon, le vendeur ne s'eſt dépouillé que ſous de certaines conditions, ſous de certaines charges, faute de les remplir, il ne s'eſt plus dépouillé; mais pour cela il faut ſentence; par conſéquent, en ce cas, il ne peut y avoir lieu à double droit de lods & ventes; ainſi, lorſqu'on a dit que la licitation faite entre étrangers & l'adjudication à l'un d'eux n'emportoit pas le droit de lods & ventes, cela ne s'entend que lorſqu'ils ſe trouvent co-propriétaires par le fait d'un autre & non par le leur.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 33, page 125; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, page 98. Le Maître, page 107, eſtime qu'il n'y a pas même d'hypothéque ſur l'héritage pour ce droit dû par l'acquéreur: ce qui ne me paroît pas ſans difficulté, la coutume donnant cette hypothéque au ſeigneur indiſtinctement. Quant à la ſeconde partie de la propoſition, cela a été ainſi jugé par arrêt du 8 janvier 1629.

CI. Voici un quatrieme exemple; il en eſt de même lorſqu'il y a reſtitution en entier contre la vente; c'eſt cauſe ancienne, & en tel cas, la vente eſt cenſée n'avoir pas été faite, ſon effet étant de remettre le reſtitué au même état qu'il étoit avant la vente, ce qui l'anéantit juſques dans ſa racine.

Potius eſt diſtractus quàm contractus, comme le dit Louet, lettre V, num. 12; le Maître, page 107. De même lorſque l'adjudication a été caſſée par un défaut viſceral, comme le dit Henrys, tom. 2, liv. 4, chap. 53; Dupleſſis, à la page 87, & le Maître, des fiefs, page 33 & 43; mais ſi les parties ſe déſiſtoient de la vente avant la tradition, le droit ſeroit-il dû au ſeigneur? Le Maître, page 106, tient la négative, ce qui eſt bien favorable, & ce qui s'entend non-ſeulement du droit que l'anéantiſſement de la mutation, & qui n'a eu lieu, auroit pu produire, mais même du droit auquel la mutation premiere & apparente auroit pu donner lieu: ce qui formera la matiere de la ſubdiviſion ci-après, & c'eſt auſſi le ſentiment de Dumoulin; ce qu'on approfondira.

CII. Mais la réſolution de la vente produit quelquefois le droit de lods & ventes, ſi la réſolution ſe fait volontairement, & non pour une cauſe ancienne & inhérente au contrat; le droit de lods & ventes eſt dû au ſeigneur, non-ſeulement pour la mutation que la vente réſiliée a produit, mais encore ce droit lui eſt dû pour telle réſolution; c'eſt double vente, & la ſeconde eſt auſſi efficace que la premiere: elle doit donc produire cet effet à ſon profit; c'eſt vraie vente, ce qui réſulte évidemment du texte de la coutume: voilà le principe général qu'on va développer.

Voyez Louet & Brodeau, lettre R, num. 2, & le titre au cod. *quando liceat ab emptione diſcedere*; & Dupleſſis, page 97; l'article 78 de la coutume qui me paroît décider cela nettement, & la propoſition qui ſuit.

CIII. Ce qui fonde ce droit, c'eſt qu'en effet,

effet, c'eſt alors réacquiſition de la choſe & réacquiſition volontaire; les deux actes doivent donc produire effet, tous les deux étant ſubſiſtans, & ayant formé chacun une vraie mutation.

Dumoulin, ſur le §. 13 de la coutume, gloſ. 5, num. 12, ſemble dire le contraire, lorſque la réſolution ſe fait les choſes étant entieres: *Si re integrâ contrahentes mutuo conſenſu diſcedant nec ex contractu, nec ex diſtractu, quia ex diſtractu nihil debetur nec etiam ex contractu, quia habetur pro infecto*; mais pour que les choſes fuſſent vraiment entieres, il faudroit que le contrat de vente ne fût pas abſolument parfait. Voyez Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 29; Lapeyrere, lettre V, déciſion 34, page 525; & ce n'eſt qu'en ce cas qu'il me paroît qu'on peut appliquer le ſentiment de Dumoulin.

CIV. Il y a cependant difficulté, ſi la réſolution ſe fait incontinent & avant la tradition, comme on vient de le voir; mais je crois que pour l'affranchiſſement, il faut que la vente ſoit imparfaite; c'eſt cette imperfection qui peut ſeule ſur cela faire ceſſer la contradiction; mais la déclaration réguliere ne fait pas ouverture à un ſecond droit.

Voyez l'art. 73 de la coutume d'Auxerre; le Maître, page 42, & l'auteur des notes; le même auteur, page 106: à quoi il faut joindre les citations ſur la propoſition précédente. Sur la réſolution de la vente il eſt à propos d'obſerver que la déclaration faite par celui qui a acquis en prêtant ſon nom à un autre, ne donne pas lieu à un double droit de lods & ventes, pourvu que la déclaration ſoit paſſée incontinent après l'acquiſition. Voyez Dumoulin ſur la coutume de Paris, art. 33, num. 2 & 24; d'Argentré, *de laudimiis*, ch. 22; & Pontanus ſur la coutume de Blois, art. 81, queſt. 20.

☞ A l'égard de la premiere partie de la propoſition, il n'y a point de difficulté que la réſolution ſe faiſant avant la tradition & la priſe de poſſeſſion par l'acquéreur, il n'eſt point dû lods & ventes, parce qu'alors les choſes ſont entieres, ne pouvant y avoir de mutation avant la priſe de poſſeſſion. Arrêt du 21 mars 1644, qui a jugé qu'un acquéreur s'étant départi d'un contrat de vente trois mois après la paſſation d'icelui, ſans que rien eût été exécuté de part ni d'autre, le ſeigneur ne pourroit prétendre lods & ventes. Voyez Lapeyrere, lettre 5, num. 34; & Henrys, tome 2, liv. 3, queſt. 29.

SUBDIVISION II.

Si la vente étant forcément réſiliée, le ſeigneur eſt tenu de rendre le droit à lui payé.

CV. La ſubdiviſion précédente concerne l'acte qui opere réſiliation de la vente, & tombe ſur la queſtion de ſavoir, ſi tel acte emporte nouveau droit de lods & ventes; mais cette préſente ſubdiviſion concerne le droit de lods & ventes reçu par le ſeigneur à cauſe de la mutation qui a été réſiliée, & ſi ce droit peut être répété du ſeigneur: objet différent qu'on va examiner, & ſur lequel il faut diſtinguer, la reſtitution étant dûe dans des cas & non dans d'autres: elle eſt dûe ſi la vente eſt annullée dans ſon principe, ſans le fait de l'acquéreur; mais elle n'eſt pas dûe ſi la vente n'eſt annullée que par le fait de ce dernier: régle générale qu'on va développer par des exemples.

Lorſqu'un ſeigneur de fief a reçu un droit de lods & ventes qui n'étoit point dû, ſoit parce qu'il n'étoit pas le vrai ſeigneur, ſoit que la mutation n'y fît pas ouverture, y a-t-il en ce cas répétition contre le ſeigneur? Voyez l'arrêt du 11 février 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 8, page 16; lors duquel M. l'avocat-général établit la diſtinction qui eſt ſur ce déciſive. Il y a répétition, ſi le payement a été fait par erreur de fait; mais il n'y a pas de répétition ſi la ſimple erreur de droit a donné lieu à un tel payement: ce qui aura ſon application par la ſuite; d'où il s'enſuit conſéquemment qu'il ne peut y avoir lieu à la répétition, lorſque la vente n'eſt réſiliée que faute par l'acquéreur de ſatisfaire aux charges d'icelle; ce qui forme la matiere des deux propoſitions ſuivantes.

CVI. Lorſque la vente eſt réſiliée faute par l'acquéreur d'avoir payé ſon prix ou ſatisfait au contrat, le droit de lods & ventes que cet acquéreur a payé au ſeigneur, loin de pouvoir être répété du ſeigneur au moyen de la réſiliation, lui ſeroit dû s'il n'en avoit pas été ſatisfait, nonobſtant la réſiliation; la perfection de la vente lui en ayant acquis le droit: il en eſt de même dans le cas du dol.

Tel eſt l'uſage. Il en eſt de même s'il eſt réſilié par le dol de l'acquéreur; le Maître, page 43, qui eſtime, page 107, qu'en ces cas le ſeigneur n'a pas d'hypothéque ſur l'héritage; ſur quoi on a obſervé déja que cela n'étoit pas ſans difficulté, la coutume lui donnant cette hypothéque, à laquelle il eſt plus ſûr de ſe tenir qu'au ſentiment de cet auteur, & la raiſon eſt que le fait de l'acquéreur & l'inexécution de ſa part du contrat, ne peut nuire au ſeigneur, auquel le droit eſt acquis.

CVII. Mais ſi le contrat eſt annullé par le privilége de la minorité, ou par quelques autres moyens de reſtitution en entier, & que les juges ayent prononcé la caſſation du contrat, & non ſimplement la reſtitution en entier contre icelui; en ce cas, ce droit reçu par le ſeigneur, peut être de lui répété; la vente en ce cas, eſt anéantie juſques dans ſa racine; dans l'uſage les juges ne prononcent que la reſtitution & non la caſſation; mais cela ne préſente qu'une ſubtilité praticienne & non une raiſon ſolide; ainſi, dans le cas que la vente eſt réſiliée par une cauſe ancienne, non-ſeulement la réſiliation ne produit aucun droit, mais même le premier acte qui eſt détruit totalement n'en doit pas produire: la raiſon conduit là. En effet, la réſiliation dans ce cas, eſt telle que ſi le contrat de vente n'eût jamais été paſſé; nullité totale & abſolue, qui fonde la répétition du droit payé au ſeigneur; ce qui s'applique lorſqu'il y a reſtitution en entier contre la vente:

prononciation ordinaire, comme lorſqu'on a prononcé caſſation.

Tiraqueau, du retrait conventionnel, §. 6, gloſ. 2, dit : *Si ab his contractibus venditionum diſceditur propter nullitatem, quia læſio ultra dimidiam juſti pretii, quia venditio à minore facta, ſivè decreto judicis, tunc nulla debentur jura.* Louet, lettre V, num. 12, obſerve qu'en ces cas l'on prononce par la caſſation, ſans quoi il n'y auroit pas répétition : en effet, ceſſant cette prononciation, qui ne peut avoir lieu dans le cas de la reſtitution, ſur le fondement de la léſion d'outre moitié, parce qu'en ce cas le contrat n'eſt pas nul, & que l'acquéreur eſt recevable à parfournir : ainſi dans ce cas, loin qu'il y eût répétition contre le ſeigneur féodal du droit à lui payé pour une telle vente, le ſeigneur auroit action pour ſe faire payer de ſon droit : mais il y a répétition du droit de lods & ventes payé, ſi la vente a été faite par celui qui n'étoit pas propriétaire ; c'eſt un cas dans lequel la répétition a ſûrement lieu ; le Maître, page 49. Cela eſt doctement traité par Henrys, tome 2, liv. 4, queſtion 53. Voyez auſſi Lapeyrere, lettre V, déciſion 52, page 528; & Dupleſſis, page 37. Mais ſi la réſiliation ne ſe fait que par une cauſe nouvelle, par exemple, par un changement de la volonté des parties, en ce cas non-ſeulement le premier droit eſt dû, mais encore telle réſiliation en produit inconteſtablement un ſecond.

DISTINCTION XVI.

Si la vente d'une coupe de bois de haut-futaie produit ce droit, & s'il eſt dû pour le meuble vendu avec l'immeuble.

CVIII. Quoique la coupe d'un bois de haute-futaie diminue le fonds, néanmoins elle ne fait pas ouverture à ce droit ; c'eſt un mobilier, ſauf le cas de la fraude ci-après expliquée.

Arrêt du 26 janvier 1638, rapporté par Bardet, tome 2, liv. 7, ch. 7 ; le Maître, page 44. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui eſt atteſtée par Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 78, gloſ. premiere, num. 191 ; par d'Argentré, *de laudimiis*, chap. 28 ; par Galand, du franc-aleu, chap. 10, & par Salvaing, de l'uſage des fiefs, chap. 83.

CIX. Cela eſt fondé, ſur ce que par la ſéparation du fonds, le bois quoique de haute-futaie, devient un ſimple mobilier, ſuivant l'article 92 de la coutume ; ce qui s'étend à toute vente de fruits pendans par les racines.

Lapeyrere, lettre V, déciſion 12, page 520. Voyez ci-deſſus le chapitre du quint où cela a déja été établi. L'ordre & la diſtinction néceſſaire des matieres rendent ces ſortes de répétitions inévitables. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez Pocquet, rég. de droit, page 133.

CX. Mais ſi celui qui a acheté la coupe d'un bois de haute-futaie, achetoit enſuite le fonds, il devroit les lods & ventes du tout ; ce ſeroit fraude qui rend le droit inévitable : c'eſt ainſi que la juriſprudence conſerve tous les droits légitimes. Ce droit eſt dû en ce cas, parce que c'eſt un circuit frauduleux ; c'eſt une vente ſincopée & partagée en deux actes, dans la vue (mais inutilement) de faire fraude aux droits du ſeigneur, & par conſéquent le droit eſt dû ſur le tout : telle eſt la juriſprudence des arrêts, tant ſur cette propoſition, que ſur les deux précédentes.

Voyez Dumoulin ſur l'art. 78 de la coutume & ſur l'art. 23, queſt. 22, num. 90 : ce que l'équité, autant que l'eſprit de la coutume, rend inconteſtable ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. premiere, page 78.

CXI. De ce que deſſus, il réſulte, à plus forte raiſon, que la vente d'un bois taillis n'emporte aucun droit de lods & ventes.

Voyez d'Argentré, traité des lods & ventes, §. 2 ; Coquille, ſur la coutume de Nivernois, ch. 4, art. 21 : ce qui réſulte évidemment de l'art. 92 de la coutume.

CXII. Le droit de lods & ventes n'eſt point dû pour les meubles, quoique vendus avec l'immeuble par un ſeul & même prix : les premiers ne ſont point l'objet de la directe. Il en eſt de même des ajuſtemens qui ne ſont pas incorporés avec l'immeuble ; c'eſt un pur mobilier non ſujet à la directe & aux droits du ſeigneur.

Voyez ci-deſſus le chapitre 5 du ſecond titre du préſent livre, où ſe trouve la preuve de la propoſition ; & dans ce cas, lorſqu'il n'y a qu'un ſeul & même prix, il faut faire ventilation du prix total de l'immeuble, pour fixer & déterminer par là le montant du droit des lods & ventes ſur l'objet qui y eſt ſujet, qui eſt l'immeuble.

☞ Mais ſi la ventilation portée par le contrat eſt ſuſpecte, ſi elle a été forcée au préjudice du ſeigneur pour diminuer les lods & ventes, en diminuant le prix de l'immeuble, alors le ſeigneur peut demander que par experts les effets mobiliers ſoient conſtatés & eſtimés, & que les lods & ventes ſoient payés ſur le pied de la totalité du prix porté par le contrat, à la déduction de la ſomme à laquelle les effets tenans nature de meubles, auront été eſtimés. Arrêt du 4 mars 1750, qui l'a jugé ainſi pour le receveur des droits de l'archevêché de Paris.

DISTINCTION XVII.

Que le décret volontaire ne produit pas double droit, mais peut l'augmenter lorſque le décret devient forcé.

(Art. 84 de la coutume.)

CXIII. Le décret volontaire qu'un acquéreur fait faire pour purger les hypothéques du chef de ſes vendeurs, ne produit pas un double droit de lods & ventes ; c'eſt une ſeule & même acquiſition : voilà le principe général.

Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 95 ; Loyſel, liv. 4, tome 2, régle 10 ; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, tit. 11, art. 26.

CXIV. Cet affranchiſſement eſt fondé ſur ce qu'ordinairement il n'eſt que confirmatif de la vente, & ne lui ajoute rien; le décret ne peut donc doubler le droit: il n'y a qu'une mutation qui a pour premiere baſe une vente volontaire que le décret a rendu public & authentique; mais ſi de volontaire il devient forcé, eſt-il dû pour ce double droit? & le ſeigneur le peut-il prétendre ſur le prix de l'adjudication, en retenant même celui qu'il a perçu ſur le contrat? je ne le penſe pas, car cela ſeroit contraire à la derniere partie de l'article 84; mais ſi l'acquéreur ſe rend adjudicataire à un prix plus fort que celui porté par le contrat de ſon acquiſition, il doit au ſeigneur le ſupplément du droit, ſauf à lui à exercer ſon action en dédommagement contre ſon vendeur, réſultante de l'inexécution de ſon contrat d'acquiſition: cela conſerve tous droits.

Brodeau, ſur l'article 84, num. 4; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 2, ſect. 1, page 95, tiennent l'affirmative, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas il eſt dû double droit, ce qui me paroit bien dur; l'interpoſition du décret volontaire étant la condition de l'acquiſition: ne ſeroit-il pas plus juſte, & même plus conforme aux principes des contrats, de ſuivre en ce cas, comme dans celui du déguerpiſſement, la diſpoſition de l'art. 79? c'eſt le ſentiment de le Maître, page 111 & 112, qui me paroît bien meilleur que celui des deux premiers auteurs, qui me paroiſſent s'être écartés du texte de la coutume. En effet, le décret, en devenant forcé, de volontaire qu'il étoit, opere réſiliation du contrat de vente: il eſt ordinaire de le ſtipuler; ainſi, dans le contrat, & quand on n'y auroit pas inſéré cette clauſe, la réſolution de la vente eſt de droit: elle ne doit donc pas produire un droit de lods & ventes: auſſi en ce même cas le droit appartient-il au fermier qui avoit le bail lors de l'adjudication; il y en a arrêt du 3 mai 1617. Il en eſt de même d'une vente faite depuis une ſaiſie réelle, ſur laquelle il y auroit eu depuis adjudication; comme telle vente ſeroit nulle, il ne ſeroit dû qu'un ſeul droit, qui ſeroit celui ſur le montant de l'adjudication. L'opinion contraire eſt injuſte quant à la premiere partie de la propoſition; elle eſt confirmée par l'uſage, & atteſtée par Loyſeau, du déguerpiſſement, ch. 7.

DISTINCTION XVIII.

Que pour le délaiſſement par hypothéque, il n'eſt dû aucun droit au ſeigneur, ni pour l'adjudication ſur icelui; mais que telle adjudication peut augmenter ce droit, & que la création d'une rente conſtituée n'y fait aucune ouverture.

(Art. 79 de la coutume.)

CXV. Non-ſeulement celui qui délaiſſe un héritage par hypothéque, ne doit aucun droit de lods & ventes pour ſon délaiſſement; mais dans la théſe générale, il n'en eſt pas même dû pour l'adjudication qui ſe fait ſur icelui; c'eſt même mutation, ſauf l'option dont il ſera parlé ci-après. La coutume le dit expreſſément pour les cenſives; ce qui a lieu pareillement pour les fiefs, comme on l'a vu ci-deſſus: le même principe devant décider dans les deux cas.

Brodeau, ſur l'art. 79, num. 1; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, ch. 2, p. 94. Il en eſt de même dans le cas du déguerpiſſement; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, chap. 5, page 158 & ſuivantes; déguerpiſſement qui eſt différent du délaiſſement par hypothéque, comme on le verra dans ſon ordre: de-là il s'enſuit que ſi le déguerpiſſant n'avoit pas payé le droit de lods & ventes, le ſeigneur, après le déguerpiſſement, ne pourroit l'exiger de lui; c'eſt ce que dit Brodeau: ſentiment judicieux, & qui cependant peut être critiqué, parce qu'il dépouille le ſeigneur d'un droit d'option qui lui étoit acquis.

CXVI. En effet, le contrat de vente pour lequel le ſeigneur a reçu, ſe trouve rempli, & le délaiſſement par hypothéque ne fait ouverture qu'à une ſubſtitution à icelui, de même que l'adjudication qu'il opere: ce ſont deux mutations en apparence, mais qui ſe concentrent en une. Voilà le vrai point de vue.

Voyez d'Argentré ſur la coutume de Bretagne, art. 12; Dupleſſis, page 94; le Maître, des cenſives, ch. 2, page 108; & Loüet, lettre R, chapitre 2.

CXVII. Mais ſi l'adjudication de l'héritage qui ſe fait ſur le déguerpiſſement d'icelui ou ſon délaiſſement par hypothéque, ſe fait à plus haut prix que celui porté par le contrat de l'acquéreur qui a déguerpi, en ce cas le ſeigneur, en rendant le premier droit, peut ſe faire payer du droit ſur l'adjudication: ainſi tout ſe réduit en ce cas à une option ou ſubſtitution d'un droit à l'autre. Cependant le droit appartient au ſeigneur ou au fermier qui avoit le bail lors du contrat d'acquiſition, & non à celui qui étoit propriétaire, ou au fermier qui avoit le bail lors de l'adjudication; c'eſt du tems du premier que la mutation s'eſt faite: ce qui décide.

Dumoulin, ſur l'art. 33, gloſſe 1, num. 63; Dupleſſis, à la page 94 déja citée; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 5, num. 23 & dernier, page 160, juſqu'à la fin, & page 165; le Maître, à la page citée ſur la propoſition précédente. Quant à la derniere partie de la propoſition, cela a été ainſi jugé par arrêt du mois de mars 1637.

CXVIII. Venons aux ſuites de cette option & de cette ſubrogation d'un droit à un autre. Lorſque le ſeigneur garde le premier droit par lui reçu, l'acquéreur qui a déguerpi eſt de plein droit ſubrogé à la place du ſeigneur, pour répéter de l'adjudicataire le droit par lui payé juſqu'à concurrence de celui que l'adjudicataire devroit perſonnellement, & le ſurplus, ſi ſurplus il y avoit, il le répete ſur le montant de l'adjudication, par préférence à tous créanciers, comme ayant ſur ce les droits du ſeigneur, qui eſt privilégié à tous.

Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, ad-

met formellement cette ſubrogation. Voyez Loyſeau, au nombre cité ſur la propoſition précédente ; & cette ſubrogation réſulte de l'art. 79 de la coutume ; ainſi le délaiſſement par hypothéque n'affranchit pas le délaiſſant du droit de lods & ventes ; au contraire, s'il ne l'avoit pas payé, le ſeigneur pourroit l'y contraindre, ſauf au délaiſſant à répéter le montant du droit, relativement à l'adjudication, contre l'adjudicataire qui en eſt le vrai débiteur, & à mettre le ſurplus qu'il a payé en dommages & intérêts contre ſon vendeur ; mais dans tous les cas, le ſeigneur n'a qu'un droit & non deux.

CXIX. La raiſon de ce eſt que l'acquéreur a payé ce droit d'avance, ſon délaiſſement ſuſpendant la conſommation de la mutation juſqu'à l'adjudication ſur icelui.

De-là il s'enſuit que s'il ſe rend lui-même adjudicataire, & que le ſeigneur garde le premier droit, il ne lui en doit pas un nouveau ; Dupleſſis, pag. 95 ; le Maître, pag. 109 ; & tel eſt l'uſage du Châtelet, fondé ſur le texte même de la coutume.

CXX. Examinons à préſent la création d'une rente. La conſtitution ni le rachat d'une rente hypothéquée ſur l'héritage ne fait pas ouverture à ce droit, ce n'eſt pas mutation dans la choſe, c'eſt ſimple affectation d'icelle ; ce qu'on a déja vu par rapport aux fiefs, & il eſt étrange qu'on ait pu pendant un certain tems penſer le contraire.

Par l'art. 58, de l'ancienne coutume, le droit de lods & ventes étoit dû au ſeigneur pour la conſtitution d'une telle rente ; les eccléſiaſtiques voulurent lors de la derniere rédaction faire inſérer trois autres articles pour étendre ce droit injuſte en ſoi ; par arrêt du 10 mai 1557, déja cité, ces articles furent rayés de la coutume ; voyez la onzieme partie du journal du Palais, pag. 28 & 29 ; & Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, pag. 98 & 99.

CXXI. Cet affranchiſſement quant à la ſimple affectation auroit lieu même pour l'emploi que le mari feroit de la dot de ſa femme ſur ſon héritage, parce que c'eſt créance & non aliénation ; c'eſt hypothéque, non propriété changée.

Tel eſt l'uſage conforme au ſentiment de Dupleſſis, des cenſives, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, pag. 94 ; Dumoulin, avoit penſé le contraire, c'étoit apparemment ſur cette opinion tout-à-fait ſinguliere & dénuée de tout principe, que les eccléſiaſtiques fondoient ci-devant leur injuſte prétention. Outre ces affranchiſſemens du droit de lods & ventes fondés ſur la nature du contrat, il y a pluſieurs perſonnes, qui, par privilége, ſont affranchies de ce droit, par rapport aux héritages étant dans la cenſive du roi : comme ces perſonnes ſont les mêmes que celles qui relativement au roi ſont affranchies des droits de relief & de quint, il faut quant au droit de lods & ventes, appliquer ce qui a été dit ci-deſſus dans le chapitre 7 de la premiere partie des fiefs : il eſt inutile ici de le répéter.

SECTION VI.

Des actions du ſeigneur pour la conſervation & pour le payement du droit de lods & ventes.

DISTINCTION PREMIERE.

Si le ſeigneur pour la conſervation de ce droit peut empêcher que le cenſitaire change la face & diminue la valeur de l'héritage & de l'amende, faute de payement de ce droit.

(Art. 81 & 77 de la coutume.)

CXXII. Le ſeigneur ne peut empêcher le changement de la ſurface du terrein, quoique ſon droit de lods & ventes ſoit réel, & que le changement diminue notablement la valeur de l'héritage ſur laquelle ce droit ſe prend, comme il ne le peut par rapport au cens, ainſi qu'on l'a déja vu ; ce qui influe ſur les lods & ventes. De-là il s'enſuit que le cenſitaire peut non-ſeulement faire abattre un bois de haute futaie, mais même démolir les bâtimens, & du terrein bâti en faire un vain & vague ; autrement ſa propriété ſeroit bien imparfaite : ce qui n'auroit pas lieu, comme on l'a vu en examinant le cens, ſi c'étoit un corps de bâtiment, comme un moulin, qui lui eût été donné à cens.

Pourvu, dit Dupleſſis, en ſon traité des cenſives, liv. 2, chap. 1, que ce qui reſte ſuffiſe pour le cens ; ce qui prouve bien la propoſition, puiſque le fonds ou capital du cens ne pourroit très-ſouvent fournir un ſeul droit de lods & ventes, ainſi cette puiſſance n'eſt pas limitée au cens, mais milite auſſi ſur le droit de lods & ventes dans la théſe générale. Arrêt du 22 décembre 1608 ; autre du 15 juillet 1647. Voyez Auzanet, ſur l'art. 51 de la coutume.

CXXIII. La raiſon de ce eſt que le cenſitaire, malgré la charge du cens & celle du droit de lods & ventes bien plus important, eſt propriétaire, & que chacun fait de ſon héritage ce qu'il juge à propos ; raiſon qui fonde invinciblement cette puiſſance. Mais il ne pourroit démolir le bâtiment, à la charge de la conſtruction duquel le terrein lui auroit été donné à cens, de même que celui qui lui auroit été donné à ce titre.

Mais il ne pourroit détruire le bâtiment, ſi le terrein avoit été donné à cens à la charge d'icelui ; c'eſt-à-dire, ſous la charge de ſa conſtruction, ce qui influeroit inévitablement ſur le droit de lods & ventes ; c'eſt ſur ce la juriſprudence, conforme au ſentiment de Dupleſſis ; en effet, c'eſt droit en ce cas, qui eſt particulier & qui naît de la lettre de l'acte, auquel le cenſitaire doit ſe conformer.

CXXIV. Auſſi lorſque le cenſitaire fait conſtruire de beaux bâtimens, il augmente par-là le droit de lods & ventes, parce que la ſuperficie céde au fonds ; ce qui balance la faculté du cenſitaire de changer la face des lieux.

Superficies ſolo cedit ; c'eſt ſur ce, ce que diſent tous les commentateurs, & ce que l'uſage confirme par rapport au droit de lods & ventes, qui s'étend ſur les augmentations.

CXXV. Mais faute de payement du droit de lods & ventes il y a amende : le nouvel acquéreur qui doit ce droit au ſeigneur eſt obligé de lui exhiber le titre de ſon acquiſition ; c'eſt ce titre qui en conſtate le montant, ſinon la loi prononce une peine ; exhibition de titre qui eſt un autre droit ſeigneurial, mais qui n'eſt dû que lorſqu'il eſt demandé hors le cas des lods & ventes où l'exhibition en eſt dûe de plein droit, à peine de l'amende.

Dupleſſis, des cenſives, livre 4, chapitre 103 ; le Maitre, même titre, chapitre 2, page 102. Sur la peine ou l'amende, voyez les propoſitions ſuivantes.

CXXVI. Cette exhibition doit être faite dans les vingt jours de l'acquiſition, ſinon la peine eſt encourue, & encourue *ipſo facto* ; ainſi la ſentence qui adjuge cette amende, n'eſt que déclaration d'un droit acquis ; enſorte que telle amende appartient au fermier qui exploitoit lorſque l'exhibition devoit être faite, & non à celui qui exploite lorſque cette amende eſt adjugée.

Dumoulin, ſur l'art. 54, num. 4; Brodeau, ſur l'art. 77, num. 4 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 77 de la coutume ; en effet, faute de cette exhibition, le nouvel acquéreur doit une amende au ſeigneur, & la doit pour ce indiſtinctement, & cette amende lui eſt dûe & lui eſt acquiſe par le ſeul défaut d'exhibition dans ce délai : la coutume la lui aſſure & l'a fixée à trois livres quinze ſols ; Dupleſſis, des cenſives, liv. 3, pag. 102 : ſur quoi il faut obſerver que les maiſons de Paris n'en ſont pas exemptes.

CXXVII Dans la vente conditionnelle ces vingt jours ne courent que du jour de l'accompliſſement de la condition ; c'eſt lui qui forme la vente. Ce n'eſt donc que par lui que le délai peut courir.

Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1, num. 40. Voyez la loi 7, ff. *de contrahenda emptione* ; & Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, qui y établit ce principe.

DISTINCTION II.

De l'action perſonnelle du ſeigneur pour ſe faire payer du droit de lods & ventes.

(Art. 78 de la coutume.)

CXXVIII. Le ſeigneur, pour le payement du droit de lods & ventes, n'a que la ſimple action, ſans pouvoir uſer de la main-miſe ; c'eſt action perſonnelle qui produit l'hypothéque légale qu'on expliquera dans la ſuite.

Cette action ſeroit-elle ſubſiſtante, ſi le ſeigneur, ſans proteſtation, avoit reçu le cens du nouvel acquéreur ? par l'art. 118 de la coutume de Melun, le ſeigneur, en ce cas, ne ſeroit plus recevable en ſon action ; Dumoulin, ſur l'art. 74, gloſ. 1, num. 150, eſt de ſentiment contraire, qu'il fonde ſur la coutume de Montargis, ch. 2, art. 35 : il a été ſuivi par le Maitre, page 104; ce qui me paroit très-juſte, la coutume de Montargis y eſt préciſe. Voyez la note ſur la propoſition qui ſuit ; mais pour les anciens droits, ſon action hypothécaire ſeroit couverte s'il avoit inveſti le nouveau cenſitaire & reçu de lui les droits de ſa mutation ſans réſerve ; Dupleſſis, le dit ainſi par rapport aux fiefs, page 42 & 43, & atteſte que c'eſt l'opinion commune des docteurs françois : ce qui doit avoir lieu pour les cenſives, n'y ayant aucune raiſon de différence.

CXXIX. Lorſqu'il a obtenu la condamnation de ce droit contre l'acquéreur, il exécute cette condamnation ſur tous ſes biens. En effet, l'acquéreur eſt le débiteur perſonnel de ce droit, & la condamnation perſonnelle influe ſur tous les biens du condamné ; ce qui eſt inconteſtable, tel étant l'effet de toute condamnation perſonnelle.

Mais avant la condamnation il n'a pour ce que l'action & non l'exécution ; Dupleſſis, des cenſives, liv. 7, pag. 175 ; mais la quittance même ſans réſerve que le ſeigneur lui auroit donné du cens, ne fait aucun obſtacle au droit de lods & ventes ; Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 1, page 87. Voyez les citations ſur la premiere propoſition ; & en effet, ces droits ſont différens, & l'un ne peut faire obſtacle à l'autre.

CXXX. De-là il s'enſuit que l'acquéreur ne peut ſe décharger de cette condamnation en offrant d'abandonner l'héritage ; telle charge eſt ſuite de l'action perſonnelle réſultante de ſon contrat, que le déguerpiſſement ne peut effacer puiſque c'eſt action perſonnelle.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 10, num. 7 ; Lapeyrere, let. V, déciſion 39, pag. 527 ; mais il n'en eſt pas de même des anciens droits, comme on le va voir par la diſtinction qui ſuit. Dans ce cas, & relativement à ces anciens droits, le déguerpiſſement opére une pleine & entiere libération, parce que le ſeigneur n'a que l'action hypothécaire, qui fait l'objet de la diſtinction qui ſuit.

DISTINCTION III.

De l'action hypothécaire du ſeigneur ſur l'héritage, pour les anciens droits de lods & ventes.

(Art. 24 de la coutume.)

SUBDIVISION PREMIERE.

De l'effet de cette hypothéque contre le nouvel acquéreur, & de ſes créanciers.

CXXXI. Pour les précédens droits de lods & ventes, le ſeigneur n'a contre l'acquéreur & détempteur de l'héritage que l'action hypothécaire & non la perſonnelle ; c'eſt à cette premiere que ſon action ſe réduit, comme on vient de le voir : mais par cette action hypothécaire le ſeigneur peut forcer le détempteur à lui payer les anciens droits ou à déguerpir l'héritage ; c'eſt l'effet de cette action.

Voyez Dumoulin, ſur l'art. 77 de la coutume, num. 28; Dupleſſis, des fiefs, pag. 42 & 43; mais cette action eſt preſcrite par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; le Maître, page 104. Nul principe, ſelon moi, ne me paroit l'affranchir de cette preſcription; c'eſt la nature de cette action: ce ſeroit ajouter à la coutume que de dire le contraire.

CXXXII. En effet, ce qui fonde cette action hypothécaire, c'eſt que par la coutume l'héritage eſt le gage du ſeigneur, & ſon hypothéque légale n'eſt pas moins efficace que la conventionnelle, ſauf l'effet du déguerpiſſement.

Ricard, ſur l'art. 24 de la coutume; mais en déguerpiſſant le cenſitaire eſt libéré de cette action; Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 4, ch. 5: il ne peut, dit-il, en parlant du ſeigneur, pourſuivre ſon action que *via hypothecæ*; voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 55, num. 4, page 102; ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

CXXXIII. En vertu de cette hypothéque, quoique purement légale, & pour les droits, quoique précédemment échus, le ſeigneur, de même que pour les arrérages du cens, prime tous les créanciers du détempteur; il eſt bailleur de fonds, qualité qui lui donne cette juſte préférence pour tout ce qui lui eſt dû comme ſeigneur.

Voyez Ricard, au num. cité ſur la derniere propoſition de la diſtinction précédente; Brodeau, ſur l'art. 4, num. 3; Dupleſſis, des fiefs, pag. 42; & dans le livre dernier, le chapitre des ordres.

CXXXIV. De-là il s'enſuit que dans l'ordre du prix de l'héritage, le ſeigneur doit être colloqué le premier pour ce qui lui eſt dû, non-ſeulement des arrérages du cens, mais encore des anciens droits de lods & ventes. La raiſon qui fonde cette hypothéque privilégiée eſt que l'héritage provient originairement de lui, & que ſur icelui il a le privilége d'un premier vendeur, comme on l'a déja vu par rapport à ſes droits ſur les fiefs: c'étoit originairement ſa choſe, & cette charge eſt la condition de la miſe d'icelle hors ſa main: il a donc pour ce ſur icelle un privilége inconteſtable; action qui eſt ſujette à preſcription, & autrement ce ſeroit la dénaturer.

Cette action hypothécaire ne dure que dix ans entre préſens & vingt ans entre abſens, comme on l'a dit ci-deſſus; tel eſt l'uſage au châtelet: Dumoulin, ſur l'article 20 de la coutume, gloſ. 12, num. 13, avoit penſé que ſa durée étoit de trente ans: je crois qu'il ſeroit difficile de fonder cette opinion; pour moi je n'y vois aucune baſe dans le droit ni dans la coutume.

SUBDIVISION II.

Si cette hypothéque milite contre le vendeur qui eſt rentré en la poſſeſſion de l'héritage.

CXXXV. Cette hypothéque ne milite pas contre l'acquéreur qui eſt rentré dans la poſſeſſion de ſon héritage par la voie de la reſtitution en entier; autrement cette voie ſeroit pour lui imparfaite: c'eſt juſtice que de lui en accorder la décharge, ſi la lettre de la coutume, mais qui ne tombe pas ſur ce cas, paroît la lui dénier.

Ou pour toute autre cauſe qui anéantit le contrat de vente dans ſa ſource. Voyez le Maître, page 107; mais non ſi la vente n'eſt pas ainſi anéantie.

CXXXVI. De même s'il eſt rentré faute par l'acquéreur d'avoir payé ſon prix, ou ſatisfait aux charges de ſon acquiſition: la vente en ce cas étant annullée dans ſa ſource, ne peut rien opérer contre le vendeur, & par conſéquent d'hypothéque; autrement ce ſeroit le rendre la victime du fait d'un tiers.

Voyez l'effet d'une telle réſolution, expliquée par Dupleſſis, traité des cenſives, liv. 2, chap. 1, page 97, & la propoſition qui ſuit.

CXXXVII. La raiſon de ce eſt qu'en ces cas la réſolution a effet rétroactif, ſe faiſant forcément par une cauſe ancienne & inhérente au contrat même, & qu'elle l'anéantit de même que s'il n'avoit pas été fait. Mais dans ces mêmes cas le ſeigneur conſerve ſon action perſonnelle contre l'acquéreur dépoſſédé, à moins que la réſolution ne donne lieu à demander la reſtitution du droit contre lui-même, ce qui a été expliqué ci-deſſus: ceſſant ce droit, l'action pour la mutation, quoique détruite, ſubſiſte contre l'acquéreur, dont le fait ne doit pas plus nuire au ſeigneur qu'au vendeur.

Voyez ci-devant le chapitre des lods & ventes, ſection 2, diſtinction 5; & les 3 premieres ſubdiviſions de la diſtinction 15 de la ſection précédente.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE LA DÉCLARATION OU RECONNAISSANCE DES DROITS DUS AU SEIGNEUR PAR LES CENSITAIRES, DU MOTIF DE CETTE DÉCLARATION, DE SON TEMS ET DE SA FORME.

(Art. 73 de la coutume).

I. COMME le débiteur d'une rente doit un titre nouvel au créancier d'icelle, lorſque la preſcription du titre commence à être à craindre, de même tout cenſitaire doit titre nouvel ou reconnoiſſance à ſon ſeigneur des cens & rentes qu'il lui doit; c'eſt droit commun, c'eſt prévoyance de la loi.

Voyez Brodeau, ſur l'art. 77, num. 23, & ſur l'art. 73, num. 12 & 13; ce qui tient lieu en matiere de cenſives de l'aveu & dénombrement qui a lieu pour les fiefs; c'eſt ainſi que la coutume eſt par-tout harmonique.

II. Ce titre nouvel eſt moins pour le cens, qui eſt de ſa nature impreſcriptible que pour les rentes & redevances ſeigneuriales qui ſont ſujettes à preſcription. Cette déclaration a un autre objet, c'eſt d'inſtruire le ſeigneur des nouveaux tenans & aboutiſſans de l'héritage chargé du cens envers lui; c'eſt le ſecond motif de l'article cité de la coutume & de ſa prévoyance.

Voyez la loi *forma 4, de cenſibus*: ce motif a été le principal de la diſpoſition de la coutume. Voyez Dupleſſis, des cenſives, liv. 5, pag. 104.

III. Tout nouvel acquéreur doit cette déclaration; mais elle n'eſt dûe que lorſqu'elle eſt demandée & non autrement, & elle eſt dûe indiſtinctement par tout poſſeſſeur, exempt ou non exempt, & même par celui qui tient à titre d'emphytéoſe qui doit cette déclaration, comme l'exhibition de ſon titre, lorſqu'ils lui ſont demandés.

Dupleſſis, des cenſives, liv. 5, pag. 104; & tel eſt l'uſage.

IV. Pour ce il n'y a ni peine ni tems fatal, & c'eſt au ſeigneur à le faire quand il le juge à propos; & comment y en auroit-il, la coutume ne parlant pas expreſſément de cette déclaration; mais il faut ſe régler en cela, par l'eſprit général du droit françois.

Dupleſſis, à la même page 104; en effet, la peine qui eſt de rigueur ne peut ſe ſuppléer lorſque la loi ne la prononce pas.

V. Cette déclaration, quoique déja fournie, doit être réitérée dans deux cas: le premier, lorſque le ſeigneur a obtenu lettres-royaux pour la confection d'un terrier; en ce cas, la déclaration eſt dûe.

Sur la queſtion de ſavoir ſi en ce cas, la déclaration doit être paſſée aux dépens du cenſitaire. Voyez l'arrêt du 5 février 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 6, pag. 8; & les diſpoſitions de pluſieurs coutumes ſur ce, qui y ſont cités. Voyez auſſi ſur la forme de la procédure qu'il faut tenir pour la confection d'un terrier, Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, chap. 12, pag. 60: on verra ci-après que c'eſt à la charge du cenſitaire.

VI. Le ſecond cas où la déclaration eſt dûe, eſt lorſque l'héritage eſt chargé envers le ſeigneur de droits extraordinaires & ſujets à preſcription; auquel cas lorſquelle eſt imminente, il faut titre nouvel; c'eſt droit commun pour toute rente.

Tel eſt l'uſage, le ſeigneur ayant en ce cas l'action qui compete à tout créancier de rente fonciere qui a droit de demander titre nouvel; ſur quoi on obſervera que la coutume de Poitou ordonne nouvel aveu & dénombrement, quoique la mutation ſoit de la part du ſeigneur; mais comme cela eſt exhorbitant du droit commun, & que cette coutume ne dit pas aux frais de qui cela doit être, c'eſt aux frais du ſeigneur, lorſque le précédent aveu eſt récent & que le vaſſal l'approuve.

VII. Quant à la forme de cet acte, cette déclaration doit être reçue par un notaire, fournie en forme probante, & le cenſitaire la doit fournir à ſes frais au ſeigneur; c'eſt la charge impoſée à tout débiteur. Elle doit contenir la déſignation de l'héritage, ſa conſiſtance, ſa nature, & ſes tenans & aboutiſſans; tout cela intéreſſe le ſeigneur pour la ſûreté de ſes droits.

Voyez la loi cité ſur la deuxieme propoſition de cette ſection.

VIII. Outre ce elle doit contenir les droits, charges & redevances à prendre ſur l'héritage; c'eſt ſon objet & ſa fin principale.

Tel eſt ſur ce l'uſage, fondé ſur ce qu'il faut que le ſeigneur ſoit inſtruit de tout ce qui peut l'intéreſſer: tel eſt le droit commun.

CHAPITRE SIXIEME.

DU DROIT D'AMORTISSEMENT DU AU ROI, ET DE CELUI D'INDEMNITÉ DU AU SEIGNEUR PAR LES GENS DE MAIN-MORTE.

SECTION PREMIERE.

DE LA BASE DE CES DROITS ET QU'ILS SONT COMMUNS AUX FIEFS ET AUX CENSIVES.

I. TOUS les héritages relevans du roi, médiatement ou immédiatement, & la poſſeſſion par les gens de main-morte, lui faiſant perdre les droits de cette mouvance médiate ou immédiate, le roi a dû être dédommagé de cette perte lorſque des gens de main-morte acquiérent des fiefs ou des héritages; c'eſt le juſte motif de l'établiſſement du droit d'amortiſſement dont on va parler, & qui appartient à ſa majeſté; telle eſt la ſource de cette régle générale: on va la développer.

Voyez l'ordonnance de Charles V, du 5 novembre 1370; l'édit de Charles VI, de 1385; celui de 1407; & Papon, livre 1, titre 14; Bacquet, de l'amortiſſement, pages 39, 40, 71 & 72, & ch. 46, num. 1, pag. 83. Ce droit eſt même par eux dû, quoiqu'ils rentrent dans leur ancien domaine, & que lors de l'aliénation d'icelui, les formalités n'euſſent pas été obſervées. Arrêts du conſeil d'état, des 4 mars & 22 juillet 1732. Voyez de l'Hommeau, liv. premier, maxime 20; Loyſel, liv. 1, régle 57; Beaumanoir, ch. 12, art. 7; & l'arrêt du 6 juillet 1685, rapporté dans le journal des audiences, tom. 4, liv. 8, chap. 59.

II. A l'égard des ſeigneurs, comme les droits les plus avantageux qui leur appartiennent à cauſe de leurs fiefs, ne s'ouvrent en leur faveur que par les mutations, & que les gens de main-morte ne peuvent aliéner que très-rarement, leurs droits leur ſeroient devenus inutiles, relativement aux fiefs & aux héritages poſſédés par gens de main-morte, ſi la loi ne leur accordoit pour ce une indemnité qu'on examinera après avoir examiné le droit d'amortiſſement; ainſi, double principe ſur cela, qui ont une même cauſe: on développera ce dernier après avoir expliqué le premier, & tous les deux ont leur ſource dans la juſtice & l'intérêt public.

Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53, page 95. Voyez la ſection 3, ci-après.

SECTION II.

De l'amortiſſement.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il leve l'incapacité des gens de main-morte, & que le roi ſeul peut l'accorder.

III. Par les anciennes loix du royaume, les gens de main-morte étoient incapables de poſſéder des fiefs ou des héritages, & devenans propriétaires d'iceux, cette incapacité les obligeoit d'en vuider leurs mains dans l'an: on va voir les veſtiges qui reſtent de cette loi primitive, que le dernier édit a remis en partie en vigeur.

Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 48, pag. 88; Dumoulin, définit les gens de main-morte ſur l'art. 51 de la coutume, gloſ. 4, num. 54: on verra ci-après cette définition, dont l'exactitude ſert de baſe à ce juſte droit. Voyez l'édit de 1748.

IV. Cette incapacité avoit été fondée ſur les motifs expliqués dans la ſection précédente; ces gens ont cent mains ouvertes pour recevoir, & une ſeule entr'ouverte pour la ſortie des biens qu'ils poſſédent, enſorte que la multiplication de leurs acquiſitions, qui mettroit une partie conſidérable des fonds & des domaines du royaume hors du commerce, feroit très-contraire au bien commun de la ſociété, pourquoi il a fallu que la ſageſſe de la loi renfermât dans les juſtes bornes les effets d'un zèle ſouvent exceſſif.

Voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement, ch. 40, pag. 72, ſur la premiere partie de la propoſition. Sur la ſeconde partie, les lettres-patentes du roi en forme de déclaration données à Compiegne, le 9 juillet 1738.

V. Le montant du droit d'amortiſſement eſt la cinquieme partie de l'héritage amorti, lorſque l'héritage eſt fief & relevant du roi; & de la ſixieme, lorſque l'héritage eſt tenu à cens: il a fallu cette différence par celle du montant des charges, qui ſont plus fortes ſur le premier que ſur l'autre.

Déclaration du 21 novembre 1704; voyez auſſi Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 46, num. 1 & 2, pag. 83 & 84.

VI. Approfondiſſons cette incapacité: cet obſtacle ne fit que ſuſpendre l'envie que les gens de main-morte avoient de prendre part dans les biens temporels; en effet, les papes autoriſerent d'abord leur poſſeſſion, & ſaint Louis permit aux gens de main-morte d'acquérir des héritages en dédommageant ſon domaine, & les ſeigneurs dans la ſeigneurie deſquels ils acquéreroient; conditions inſé-

parables

parables de cette grace, dont par la ſuite les gens de main-morte ont abuſé.

Voyez Papon, liv. 1, tit. 7, art. 3, qui allégue un arrêt, par lequel, pour arrêter l'effrénée cupidité de certains moines, (ce ſont ſes termes) il leur fut fait défenſes de retenir & d'acquérir à l'avenir. Voyez Robert, liv. 2, ch. 2; l'arrêt qu'il rapporte eſt plus indulgent: la variété des tems, les conjonctures ont fait cette variété de juriſprudence; celle qui eſt actuelle eſt dans ſa vraie vigueur.

VII. Comme toutes les terres du royaume ſont tenues du roi, en fief, arrierre-fiefs, en cenſive, ou arriere-cenſive, le roi ſeul, & non les autres ſeigneurs, peut amortir les héritages, & donner diſpenſe aux gens de main-morte de les poſſéder; c'eſt par cette diſpenſe que leur incapacité ceſſe, & il n'appartient qu'à ſa majeſté de la faire ceſſer: cette incapacité étant fondée ſur les loix du royaume. Voyez le dernier édit, qui arrête cette effrénée cupidité dont on a parlé ci-deſſus.

Edit de Charles V, de 1372. Si les lettres d'amortiſſement leur ſont refuſées, ils ſont tenus de vuider leurs mains des héritages ou fiefs non amortis; Lapeyrere, let. A, ſous le mot [amortiſſement] num. 59, pag. 18 de l'édition de 1725. Voyez principalement Bacquet, du droit d'amortiſſement, ch. 41, pag. 72, 73 & ſuivantes; en effet, ſans ces lettres, leur incapacité reſte dans ſa force, ſuivant les anciennes loix du royaume.

DISTINCTION II.

De la forme de l'amortiſſement, & de ſon effet relativement au roi.

VIII. Tout amortiſſement doit être particulier pour l'héritage: l'amortiſſement général ne peut valoir; en effet, c'eſt grace qui ne peut tomber que ſur l'objet de ſon obtention, le contraire ſeroit abus; on admettoit cependant un amortiſſement tacite, le dernier édit le rejette.

Cependant ſi le roi avoit donné l'héritage, il eſt cenſé amorti; Lapeyrere, à l'endroit cité, num. 61: mais tout amortiſſement général eſt réprouvé par les ordonnances; Bacquet, de l'amortiſſement, pag. 87, établit ce principe. Rien, en effet, ne pourroit être plus contraire aux loix de l'état qu'un tel amortiſſement.

IX. Il doit être enregiſtré tant au parlement qu'à la chambre des comptes; c'eſt la juſte forme à laquelle il eſt aſſujetti, & l'amortiſſement duement obtenu & vérifié, leve l'incapacité des gens de main-morte, à poſſéder héritages en france; mais quoique ſans réſerve, il n'affranchit pas pour cela les gens de main-morte, par rapport aux fiefs mouvans immédiatement du roi, de lui donner homme vivant & mourant; ſon objet eſt de lever l'incapacité, il n'en a pas d'autre. Vouloir l'étendre au-delà, ſeroit un autre abus tout contraire aux loix du domaine du roi.

Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 39, qui eſt le premier de ſon quatrieme traité, pag. 71, avoit d'abord penſé qu'il les affranchiſſoit, quant à ce; ce qu'il répéte au même traité, ch. 48, pag. 88, & ch. 50, pag. 91; mais à la page ſuivante 92, en expliquant la quatrieme raiſon de ſon ſentiment, il paroit ſe contredire lui-même; & en effet, il faut toujours l'homme vivant & mourant, ſuivant l'arrêt cité ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction; & d'ailleurs pourquoi le domaine du roi, qui eſt ſacré & inaliénable, ſeroit-il moins conſervé, quant à ce, que celui des ſimples ſeigneurs féodaux, au droit deſquels ſur cela l'amortiſſement ne donne aucune atteinte? cela ne peut pas faire la matiere d'un doute raiſonnable.

X. L'amortiſſement ne les affranchit pas, pareillement par rapport à ces mêmes fiefs, du droit de relief auquel le décès de l'homme vivant & mourant doit naturellement faire ouverture; c'eſt la marque de la juſte conſervation de la directe qui ſubſiſte, nonobſtant l'amortiſſement.

Lapeyrere, à l'endroit cité, num. 63, eſtime qu'il les affranchit du relief, mais qu'il ne les affranchit pas du droit de nouveaux acquêts; Bacquet, du droit d'amortiſſement, ch. 49, pag 89, les affranchit de ce droit: quoiqu'il en puiſſe être de ce prétendu affranchiſſement, qui ne peut avoir lieu s'il n'eſt expreſſément porté par les lettres, il reſte toujours conſtant que l'effet de l'amortiſſement n'eſt que ſuſpenſif & non réſolutif; ainſi il faut toujours la préſentation de l'homme vivant & mourant: je l'eſtime ainſi, & par conſéquent le droit de relief auquel ſa mort naturelle fait ouverture eſt dû.

XI. Suivant Bacquet, il les affranchit de la cenſive par rapport à l'héritage roturier amorti, mais pour cela il dit qu'il faut que cet amortiſſement ſoit porté par les lettres; ce qui ne produiroit pas même cet effet quand cela ſeroit.

Bacquet, à la page citée ſur la premiere propoſition de la préſente ſubdiviſion: tel amortiſſement ſeroit rejetté au parlement, attendu que le domaine du roi eſt ſacré & inaliénable; auſſi par l'arrêt du 20 ſeptembre 1578, rapporté par le même auteur, pag. 92, la cour ordonna que l'Hôtel-Dieu de Paris donneroit au roi homme vivant & mourant, mais par le décès duquel le droit de relief n'auroit lieu: reſtriction qui n'empêche pas que la redevance du cens, plus conſervatoire de la qualité du ſeigneur, plus honorifique qu'utile, ne doive toujours ſubſiſter nonobſtant un tel amortiſſement.

XII. Mais ſi les lettres d'amortiſſement ne contiennent pas un affranchiſſement général & abſolu, abſtraction faite de l'effet d'un tel affranchiſſement, il eſt inconteſtable qu'en ce cas, les gens de main-morte par rapport aux fiefs, donnent au roi non-ſeulement un homme vivant & mourant, devoir auquel ils ſont toujours aſſujettis, mais encore qu'ils payent le cens comme pure marque de la directe que l'amortiſſement, & même tel qu'il fut, ne peut effacer, & même le droit de relief au décès de chaque homme vivant & mourant: dernier droit dont l'amortiſſement abſolu & ſans réſerve peut bien les affranchir, mais non des deux autres précédens; encore ne les affranchit-t-il que lorſqu'il à plu à ſa majeſté de leur faire expreſſément cette grace.

Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 52, pag. 94, où il dit que tous les amortiſſemens obtenus avant le tems qu'il écrivoit, ont été imparfaits & manqués; mais lui-même ne leur donne-t-il pas plus d'effets qu'ils n'en doivent avoir?

☞ L'hôpital des quinze-vingt de Paris, ayant acquis deux maiſons dans les mouvances du roi, prétendoit être exempt du droit d'indemnité, ſur le fondement de l'exemption du droit d'amortiſſement, qui lui avoit été accordé par différentes lettres patentes ſans reſtriction; mais par arrêt du conſeil d'état, du 19 février 1760, il a été condamné à payer au roi la rente d'indemnité dûe au domaine à cauſe de cette acquiſition.

XIII. L'amortiſſement accordé par le roi, ne donne aucune atteinte au droit du ſeigneur immédiat de l'héritage amorti; il faut à ce dernier une indemnité, auquel droit les lettres d'amortiſſement ne donnent aucune atteinte; & il lui faut, outre cela, une certaine conſervation de ſa directe, qu'on expliquera par la diſtinction premiere de la ſection qui ſuit.

Cela eſt atteſté par Papon, liv. 1, tit. 14, art. 6; & relativement au roi, il eſt toujours perſonnel à celui qui l'a obtenu: Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 46, num. 4, pag. 84; & au même chapitre, num. 10, pag. 85; ce qui aura ſon application par la ſuite.

DISTINCTION III.

De l'effet de l'amortiſſement relativement au ſeigneur.

XIV. Au moyen de l'amortiſſement, les gens de main-morte ne ſont plus obligés de vuider leurs mains des héritages; tel eſt l'effet de l'amortiſſement. Effet juſte, puiſqu'il leve leur incapacité; mais il ne faut pas lui en faire produire d'autres, s'il n'y en a recompenſe.

Dumoulin, ſur l'art. 51, gl. 2, num. 97, avoit penſé le contraire, mais ſon ſentiment n'eſt pas ſuivi: voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 48, pages 88 & 89, & le chap. 53, num. 1 & ſuivans, pages 95 & 96.

XV. Les gens de main-morte peuvent donner à titre de fief mouvant d'eux, parties des héritages féodeaux, pour leſquels ils ont obtenu lettres d'amortiſſement, mais ſans contrevenir à la prohibition de démembrer le fief amorti en leur faveur. L'amortiſſement ne les diſpenſant pas du droit commun & de celui des fiefs.

Bacquet, chap. 61, pag. 112 & ſuivantes, & chap. 72, page 116.

XVI. Ils peuvent en donner partie à titre de cens, mais toujours avec la limitation précédente; mais ils ne peuvent donner à titre de cens, emportant lods & ventes, ſaiſine & amende, les héritages roturiers pour leſquels ils ont obtenu amortiſſement, parce que les lettres d'amortiſſement ne changent rien au droit commun, ſelon lequel on ne peut avoir cenſive ſans fief, & faire relever un héritage d'un héritage roturier; autrement on préjudicieroit au ſeigneur.

Cela eſt établi ſur le titre des cenſives: voyez auſſi celui des fiefs. Les notes ſur la propoſition ſuivante établiſſent encore celle-ci: voyez Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 61, pag. 112, & chap. 72, pag. 116; & ſi les gens de main-morte donnoient tels héritages à cens pour relever d'eux & d'un héritage roturier, le droit de cenſive retourneroit au ſeigneur immédiat, dans la cenſive duquel ſe trouvent les héritages amortis, & ainſi donnés à cens par gens de main-morte; Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 61, num. 9 & 10, pag. 115, à plus forte raiſon retourne-t-elle au roi, ſi l'héritage étoit dans ſa cenſive; le même auteur aux nombres précédens.

XVII. Cela réſulte de ce que l'effet de l'amortiſſement n'eſt que ſuſpenſif & non réſolutif, ainſi le droit de cenſive reſte au ſeigneur; d'où il s'enſuit que l'obtention de l'amortiſſement n'empêche pas que le ſeigneur ne puiſſe retraire féodalement: tous ſes droits lui ſont conſervés.

Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 53, num. 3, pag. 96.

XVIII. Cette même obtention ne ſuffit pour juſtifier la propriété; elle confirme celle qui eſt, & ne donne pas celle qui n'eſt pas; autrement les gens de main-morte abuſeroient de la grace qui n'eſt que conditionelle.

Bacquet, de l'amortiſſement, chapitre 51, page 93.

SECTION III.

De l'indemnité dûe par les gens de main-morte aux ſeigneurs à cauſe des fiefs.

DISTINCTION PREMIERE.

Que par la fiction de l'homme vivant & mourant l'indemnité ne donne aucune atteinte à la directe.

XIX. Outre la finance que les gens de main-morte doivent au roi pour l'amortiſſement, ils doivent indemnité au ſeigneur immédiat, duquel le fief par eux acquis eſt mouvant: on va par cette diſtinction, examiner les droits qu'ils doivent, outre cette finance; & enſuite les effets de l'indemnité, & ſa quotité fera la matiere de la diſtinction ſuivante. On parle ici des fiefs, parce que les principes qu'on examine leur ſont communs & aux cenſives; & que pour éviter des répétitions, on s'eſt réſervé de traiter ici de ces principes.

Voyez les diſtinctions ſuivantes, & Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53, num. 2, pag. 96; mais ſi le ſeigneur les oblige de vuider leurs mains, ils ne lui doivent aucun droit; le Maître, des fiefs, chap. 10, pag. 95: ce que le ſeigneur ne peut faire, s'il a plu au roi de lever leur incapacité; cela a été établi ci-deſſus, & c'eſt le juſte effet de la toute-puiſſance de ſa majeſté.

XX. Ils lui doivent le quint pour leur premiere acquiſition, ou le relief, ſuivant la nature de cette premiere acquiſition; les lettres ne donnant aucune atteinte aux droits acquis au ſeigneur, & s'ils les doivent à un ſeigneur

particulier, comme cela eſt inconteſtable, comment ne les devroient-ils pas au roi, lorſque la directe appartient à ſa majeſté ? & s'il leur à remis le droit, cela ne peut-être que pour cette premiere acquiſition, & non pour l'avenir ; autrement ce ſeroit ajouter à la grace, qui ne peut leur ſervir que dans ſes limites.

Le ſeigneur, en recevant même ce droit, ne fait aucun préjudice à ſon droit d'indemnité; Dumoulin, ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 70; l'un eſt un droit préſent, l'autre n'a trait qu'à l'avenir, ainſi la réception du premier ne peut donner atteinte au ſecond.

XXI. Outre ce droit pour leur acquiſition, ils doivent pour conſerver à leur ſeigneur les droits à l'avenir, lui donner un homme vivant & mourant, mais non confiſquant, & lui donner un aveu & dénombrement : la prétention contraire eſt une prétention vaine & entiérement oppoſée aux principes.

Dumoulin, ſur l'art. 51 de la coutume, gloſ. 2, num. 62; le Maître, en ſon traité des amortiſſemens, chap. 11 : voyez l'art. 4 de la coutume de Vitry; Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 53, num. 9, pag. 97; le Maître, pag. 95, & Lapeyrere, let. A, ſur le mot (amortiſſement), num. 64, pag. 118, de l'édition de 1725. Il eſt vrai que le clergé a prétendu que les biens dont il jouiſſoit, étoient affranchis de tous droits ſeigneuriaux, & même de rendre la foi & hommage; ce qui paroît par l'Arrêt du conſeil d'état du 31 mars 1727, qui contient les moyens ſur leſquels il fondoit cette prétention ; mais l'arrêt, loin d'adopter cette prétention qui n'eſt pas légitime, n'a fait que proroger le délai pour ſatisfaire aux devoirs féodaux; ce qui a encore été rejetté par la déclaration du 21 novembre 1724, qui régle le montant de l'indemnité dû par gens de main-morte au roi, pour acquiſitions relevantes de ſa majeſté : voyez la déclaration de 1750.

XXII. On a vu ci-deſſus que relativement au ſeigneur, cet homme qu'on appelle homme vivant & mourant, eſt regardé comme propriétaire du fief, ce qui conſerve la directe ; & en cette qualité, cet homme doit la foi & hommage au ſeigneur ; c'eſt le premier effet de cette juſte fiction, & lorſque cet homme meurt, il faut nouvel homme & nouveau droit de relief, avec nouvel aveu & dénombrement : ſecond effet de cette fiction, qui, encore une fois, a la conſervation de la directe pour fin; mais cet homme n'eſt pas confiſquant.

Sa mort civile ne fait pas ouverture à un nouveau droit : voyez d'Argentré, ſur l'art. 433 de la coutume de Bretagne ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 42 de la coutume d'Orléans, conforme, quant à ce, au droit commun du royaume, ce qui eſt atteſté par Dumoulin, ſur l'art. 50 de la coutume, gloſ. 2, num. 81; & par Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53, num. 7, page 96; quant à la foi & hommage qu'il doit rendre, voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53 n°. 13, pag. 99.

XXIII. Toutes les ſuites de la fiction de l'homme vivant & mourant, dont on vient de parler, ne dédommageroient pas les ſeigneurs de la perte du droit de quint, qui ne s'ouvriroit preſque jamais en leur faveur, par rapport aux fiefs poſſédés par gens de main-morte : inconvénient auquel on a paré ; en effet, outre ce premier affoibliſſement de l'effet de leur directe, ils perdent encore le droit de retrait féodal & tous les droits de juſtice; c'eſt pour les dédommager de ces pertes que les gens de main-morte leur doivent le droit d'indemnité, dont on exqliquera le montant par la diſtinction qui ſuit.

Ces trois droits ſont dûs par gens de maïn-morte aux ſeigneurs; 1°. le droit de la mutation; 2°. l'homme vivant & mourant; 3°. le droit d'indemnité; arrêt du 6 juillet 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 47, qui proſcrit la prétention de gens de main-morte, qui ſoutenoient que le ſeigneur devoit opter entre l'homme vivant & mourant, & l'indemnité; mais qu'il ne devoit avoir l'un & l'autre droit conjointement; cette prétention étoit contraire à tous principes : l'homme vivant & mourant conſerve les prérogatives de la directe, & une portion des droits utiles ; & c'eſt pour la perte de l'autre portion de ces mêmes droits, que le ſeigneur doit être indemniſé par la main-morte.

XXIV. Les lettres d'amortiſſement n'affranchiſſent pas les gens de main-morte de ce droit d'indemnité envers le ſeigneur; encore une fois, ces lettres laiſſent ſubſiſter tous ſes droits, ſauf leur évaluation pour l'avenir.

Voyez le Maître, pag. 95; en effet, les graces que le roi accorde, ſont par ſa juſtice toujours accordées ſans préjudicier aux droits des autres; Bacquet, traité de l'amortiſſement, chapitre 52, num 4, pag. 96.

DISTINCTION II.

Quel eſt le montant de cette indemnité, & comment elle ſe partage entre le ſeigneur du fief & le haut-juſticier.

XXV. L'indemnité eſt fixée au tiers de la valeur du fief acquis par gens de main-morte, tiers qui eſt dû indépendemment du droit auquel l'acquiſition a fait ouverture ; on parle des fiefs, car il en eſt autrement des cenſives : on examinera le montant de ce droit à l'égard de ces dernieres, par la ſection quatrieme ci-après.

Jugé par l'arrêt rapporté par le Veſt, chapitre 171 ; voyez Papon, liv. 1, tit. 14, art. 6, où il cite l'ordonnance de Charles VI, du mois d'octobre 1402, qui a fixé l'indemnité dûe pour un fief au tiers de ſa valeur; cependant Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53, num. 9 & 10, fixe l'indemnité, pour raiſon d'un fief, au cinquieme ſeulement du prix d'icelui ; ce qui ne paroît pas juſte, puiſqu'au chapitre ſuivant, & pour un héritage roturier dont la tenûre eſt moins lucrative au ſeigneur, il lui donne pareille indemnité; ainſi il détruit lui-même ſon opinion, que l'ordonnance citée écarte entiérement.

XXVI. Ce tiers appartient en totalité au seigneur du fief dominant s'il a la haute-justice, sinon ce droit se partage ; mais si la haute-justice appartient à un autre, le haut-justicier a le dixieme de ce tiers, & les neuf autres dixiemes appartiennent au seigneur du fief dominant ; tel est en ce cas, le partage qui se doit faire de ce droit entre l'un & l'autre.

Dumoulin, sur l'art. 51 de l'ancienne coutume, glos. 2, num. 64, a pensé le contraire : *Quia domino simplici justitiario nullum fit præjudicium, ex eo quod res perpetuò in ecclesiam transfertur, æquè sub ejus jurisdictione remanet ut prius.* Voyez Dupleissis, des fiefs, liv. 8, chap. 1, pag. 64 ; l'arrêt de réglement du 28 mars 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 7, pag. 595, a fixé l'indemnité dûe au seigneur haut-justicier, au dixieme du total du montant du droit d'indemnité, sous cette condition que cette portion pourra être diminuée si la disposition des coutumes dans lesquelles les héritages sont assis, ou les circonstances du fait, donnent lieu de le faire : voyez le Maître, pag. 96 ; jurisprudence entiérement préférable à l'opinion de Dumoulin. Sur la premiere partie de la proposition, voyez Bacquet, de l'amortissement, chap. 54 ; & le Maître, des fiefs, chap. 10, pag. 95.

XXVII. A l'égard du seigneur suzerain, il n'a rien dans l'indemnité, parce que l'amortissement n'affoiblit pas ses droits : raison qui écarte avec lui tout partage de ce droit, sauf le droit de relief.

Voyez Dumoulin, sur l'art. 51, glos. 2, num. 85 & suivans, qui avoit pensé le contraire, mais son sentiment n'est pas suivi ; Bacquet, de l'amortissement, chap. 53, num. 2, confirme la proposition ; mais il a le relief, dû par la mutation de l'homme vivant & mourant, si ce droit s'ouvre lorsqu'il jouit du fief mouvant de lui à ce titre.

DISTINCTION III.

De l'action du seigneur pour se faire payer de son droit d'indemnité, & si le payement d'icelle éteint les redevances.

XXVIII. Faute de payement du droit d'indemnité, le seigneur n'a que l'action, & ne peut user de main-mise, sauf l'exécution de sa part après la condamnation ; & ce droit est sujet à prescription.

Bacquet, de l'amortissement, chap. 57, page 102 : ce droit est même sujet à la prescription ; Dumoulin, sur l'art. 41, glos. 2, num. 70 : voyez la coutume de Normandie, chap. 9, art. 141.

XXIX. Sur sa poursuite les gens de main-morte sont condamnés à lui payer ce droit ; les lettres ayant levé leur incapacité. Mais le seigneur peut user de main-mise pour le droit auquel l'acquisition a fait ouverture, parce que leur incapacité levée par l'amortissement, ou subsistante, ne peut les rendre plus favorables qu'un autre acquéreur qui seroit capable de posséder le fief, & qui est soumis à la main-mise pour les droits de sa mutation ; ils y sont donc pour ce, sujets comme les autres.

Voyez Bacquet, de l'amortissement, chap. 53 ; & ce qui a été dit précédemment sur les actions & droits du seigneur.

XXX. L'indemnité payée au seigneur, n'éteint pas les rentes & redevances foncieres dont le fief amorti reste chargé ; autrement elles préjudicieroient au seigneur, ce qui ne peut être ; & cela est établi ci-après, pour l'indemnité dûe au sujet des héritages tenus à cens, relativement auxquels l'indemnité a pareillement lieu, ce qui est commun aux fiefs ; ainsi, ces redevances subsistent en faveur du seigneur, de même qu'avant l'amortissement.

Voyez Bacquet, & la sect. 4 ci-après ; la raison de ce, est que ces redevances ne forment pas la matiere de l'indemnité, & qu'elle ne se paye que pour la cessation à l'avenir du droit de quint & autres droits Seigneuriaux & légaux, & pour la perte des droits attachés à la haute-justice, & nullement pour les redevances ; cela résulte de ce qui est établi ci-dessus, & voyez ci-après la section 4, par rapport aux censives.

DISTINCTION IV.

Quand le seigneur est non-recevable à prétendre le droit d'indemnité, & si le seigneur qui est homme de main-morte le peut prétendre.

XXXI. Le seigneur qui vend à gens de main-morte un fief mouvant de lui, ne peut prétendre droit d'indemnité ; il iroit contre son fait, puisque par la vente il est tenu de faire jouir son acquéreur & le mettre en possession, s'il n'y a de sa part réserve de ce droit.

Cela s'entend, s'il n'y en a réserve par le contrat, & ce, par la régle que, *nemo debet esse ignarus conditionis ejus cum quo contrahit* ; à quoi on peut appliquer, que dans le cas qu'un seigneur vend un héritage étant en sa censive, le droit de lods & ventes pour ce ne lui est pas dû ; ce qui a été établi ci-dessus dans son ordre : & ce qui reçoit une juste application par rapport au droit d'indemnité, la raison de décider dans l'un & l'autre cas étant la même.

XXXII. Mais en ce cas même, ils doivent toujours lui donner l'homme vivant & mourant ; c'est ce qui conserve sa directe, que la vente & les lettres d'amortissement laissent subsister, & qui ne doit pas souffrir la moindre atteinte ; c'est raison écrite, comme on le verra sur la proposition qui suit.

La maxime ci-dessus établie, que la directe est imprescriptible, fonde cette proposition, qui est d'ailleurs établie par tout ce que dessus.

XXXIII. Le seigneur en recevant de gens de main-morte, le droit utile auquel leur acquisition a donné lieu, ne préjudicie pas par là à son droit d'indemnité ; ce sont des objets différens, & cela auroit lieu ; encore que sa quittance n'en contînt pas de réserve, parce

que nous n'admettons ni remiſes ni novation, ſi elles ne ſont expreſſes.

Voyez la loi derniere, au cod. *de novationibus & delegationibus* : nous l'avons adopté.

XXXIV. Les ſeigneurs qui ſeroient eux-mêmes gens de main-morte, n'ont pas moins le droit d'indemnité que les autres ; c'eſt au fief auquel ce droit eſt attaché, abſtraction faite de la perſonne qui le poſſéde ; mais lorſque des gens de main-morte vendent un fief mouvant d'eux à des gens de main-morte, ces acquéreurs ne doivent pas leur payer le droit d'indemnité s'il n'eſt réſervé ; leur fait y fait obſtacle, ainſi que leur qualité de vendeurs.

Voyez la diſtinction précédente, où cela eſt établi, & Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 54, num. dernier, pag. 101.

XXXV. La raiſon de la précédente propoſition, eſt que lorſqu'ils ſont autoriſés à poſſéder des héritages, ils doivent être dédommagés comme les autres des pertes qu'ils y ſouffrent, mais non lorſqu'ils vendent eux-mêmes, cette qualité emportant remiſe du droit d'indemnité ; c'eſt le droit commun auquel ils ſont aſſujettis.

M. Bacquet, du droit d'amortiſſement, pag. 101.

XXXVI. Les 4 & 5 propoſitions de cette diſtinction ont lieu par rapport aux cenſives comme par rapport aux fiefs, & leur ſont communes. De la premiere il s'enſuit que s'ils ne ſont indemniſés ils peuvent, nonobſtant leur qualité de gens de main-morte, forcer les acquéreurs de main-morte à vuider leurs mains dans l'an des héritages, puiſque ce droit eſt attaché à leur fief & non à leur perſonne.

M. Bacquet, au numero cité ſur la premiere propoſition de cette diſtinction.

DISTINCTION V.

Si le droit d'indemnité eſt preſcriptible, & ſi les gens de main-morte, l'ayant payé, peuvent preſcrire la directe.

XXXVII. Ce droit eſt preſcriptible, d'où il s'enſuit que ſi l'acquéreur de main-morte a poſſédé le fief publiquement pendant trente ans, entre âgés & non privilégiés, le ſeigneur eſt non-recevable à exiger ce droit, puiſque nulle loi ne l'exempte de la preſcription, ſauf la ſuſpenſion ou la prorogation, s'il y a lieu.

M. Dumoulin, ſur l'art. 41, gloſ. 2, num. 70 : il faut excepter ſi le ſeigneur étoit lui-même eccléſiaſtique, auquel cas il faudroit 40 ans ; M. Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 60, num. 3 ; en effet, cette preſcription eſt la ſeule qui ait lieu contre les gens de main-morte : & ce qui fonde la preſcriptibilité de ce droit, c'eſt qu'il ne forme pas la marque de la directe, mais eſt une ſimple évaluation des profits de fiefs qui ſont preſcriptibles ; il eſt donc preſcriptible comme ces mêmes droits que la coutume rend tels. Bacquet, traité de l'armortiſſement, à la fin du ſoixantieme chapitre.

☞ La preſcription du droit d'indemnité s'opere par 30 ans contre un ſeigneur laïc, & par 40 ans contre l'égliſe ; néanmoins par un arrêt du grand conſeil du 24 ſeptembre 1757, rendu en faveur de l'ordre de Malte, jugé que l'indemnité réſultante d'une acquiſition faite par les capucins, en 1624, n'étoit point preſcrite. Voyez Deniſart, qui rapporte cet arrêt, *verbo* indemnité.

XXXVIII. Il n'en eſt pas de même du droit d'amortiſſement qui eſt dû au roi, il eſt impreſcriptible ; c'eſt droit régalien & domanial, & comme tel, au-deſſus de toute preſcription ; en effet, ſans les lettres d'amortiſſement, l'incapacité des gens de main-morte ſubſiſte toujours, & la ſeule grace du roi, & non le tems, peut lever cette incapacité ; raiſons qui fondent l'impreſcriptibilité du droit d'amortiſſement.

Cela eſt établi ſur le chapitre de l'amortiſſement ; c'eſt droit entiérement régalien, & atteſté par Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 60, num. 5, pag. 111.

XXXIX. Mais nonobſtant les lettres d'amortiſſement & le payement de l'indemnité, les gens de main-morte ne peuvent jamais preſcrire la directe par telle poſſeſſion que ce ſoit ; la coutume l'a rendu impreſcriptible ; & c'eſt par cette impreſcriptibilité qu'ils ſont toujours, & nonobſtant les lettres, aſſujettis à donner au ſeigneur l'homme vivant & mourant dont on va parler.

M. Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 60, num. 1, pag. 109 ; ce qui établit encore ce qu'on a déja dit ci deſſus, au ſujet de l'amortiſſement accordé par le roi, pour raiſon d'un fief mouvant de ſon domaine, ou pour raiſon d'un héritage étant dans ſa cenſive ; à l'égard du fief, il faut toujours nonobſtant l'amortiſſement, un homme vivant & mourant, & à l'égard de l'héritage à cens, la charge en ſubſiſte toujours comme étant la marque de la directe, & dans le cas du fief, le droit de relief eſt dû au roi à chaque décès d'homme vivant & mourant, ſi les lettres ne portent l'amortiſſement de ce droit, leur effet étant de lever l'incapacité des gens de main-morte, & non pas d'effacer la directe.

XL. De-là il s'enſuit que le ſeigneur peut toujours leur demander un homme vivant & mourant, puiſque c'eſt cette fiction qui lui conſerve les effets de ſa directe, comme on l'a vu ci-deſſus ; de même il peut, à l'égard des héritages tenus à cens, leur demander le payement du cens, qui eſt comme la foi pour les fiefs, la marque impreſcriptible de la directe ; c'eſt une autre conſéquence de ce que deſſus.

Voyez la troiſieme propoſition de cette diſtinction, ſur quoi on obſervera que nul ne peut preſcrire contre la diſpoſition de la loi. Voyez Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 60, pag. 110.

DISTINCTION VI.

Quelle indemnité eſt dûe quand un fief paſſe d'une main-morte dans une autre main-morte, & ſi l'indemnité ſe rend lorſque le fief amorti rentre dans le commerce.

XLI. Lorſqu'une main-morte vend à une autre main-morte, il eſt dû nouveau droit d'amortiſſement, & nouveau ou ſecond droit d'indemnité; il y a toujours incapacité dans le ſujet, & la grace ainſi que l'indemnité, ont été limitées à leur objet: il faut donc que le ſecond acquéreur faſſe lever ſon incapacité, comme a fait le premier, & dédommage des pertes que ſa qualité entraîne avec elle, d'autant que tout amortiſſement eſt perſonnel.

M. le Prêtre, centurie premiere, chapitre 88, Bacquet, en ſon traité de l'amortiſſement, ch. 46, num. 3 & 4; le Maître, des fiefs, ch. 9, pag. 96; Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 75, Lapeyrere, let. A, ſur le mot (amortiſſement) num. 62, pag. 18 de l'édition de 1725, & c'eſt préciſément ce que M. Bacquet établit.

XLII. Le nouvel acquéreur, homme de main-morte, & qui a acquis d'une autre main-morte, doit ſuivant Bacquet, le droit de quint ou de lods & ventes pour ſon acquiſition, encore que par l'indemnité payée par le vendeur au ſeigneur il eût été rempli & dédommagé de ces droits pour l'avenir. Je ne ſuis pas de cette opinion, & je penſe qu'il ne doit pas ce droit. Le ſentiment de M. Bacquet, eſt fondé ſur ce que l'indemnité payée par une main-morte, ne milite que pour le tems que la main-morte poſſéde le fief ou l'héritage, & que l'amortiſſement, comme l'indemnité, ſont toujours perſonnels; mais l'indemnité payée, doit ſelon moi, opérer en faveur de la main-morte vendereſſe, & ſans cela elle ne jouiroit pas entiérement de l'indemnité qu'elle a payée, ſi le droit étoit à exiger ſur ſa propre vente.

C'eſt ce que dit Bacquet; mais l'indemnité ſubſiſte tant que la main-morte y eſt intéreſſée. Voyez cet auteur, de l'amortiſſement, chap. 46, num. 3 & 4, pag. 84; & il ſe contrarie au ch. 61, pag. 115.

XLIII. Lorſque la main-morte vend le fief ou l'héritage à un pere de famille, & que par-là il rentre dans le commerce, l'indemnité que la main-morte a payée au ſeigneur, ne ſe rend pas: le droit a été acquis & conſommé par ſa poſſeſſion.

Non-ſeulement elle ne ſe rend pas, mais tous les droits ſeigneuriaux ſont dûs pour l'avenir, l'amortiſſement n'étant que ſuſpenſif & non réſolutif; M. Dumoulin, ſur l'art. 51, gloſ. 2, num. 78; & cela eſt fondé ſur la même raiſon; c'eſt que l'indemnité ne vaut & n'eſt donnée que pour le tems de la poſſeſſion de la main-morte, ainſi la vente fait donc ceſſer l'effet de l'indemnité: mais l'indemnité produit encore ſon effet pour la premiere vente que la main-morte fait du fief ou de l'héritage amorti, & pour lequel le ſeigneur a reçu indemnité, c'eſt-à-dire, qu'elle doit opérer affranchiſſement du droit ſeigneurial auquel cette vente donneroit lieu ceſſant cette indemnité, autrement ce droit retomberoit ſur la main-morte, qui a pour ce & tant qu'elle y ſeroit intéreſſée, payé indemnité au ſeigneur; M. Bacquet, du droit d'amortiſſement, ch. 61, num. dernier, pag. 115; M. d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, traité *de laudimiis*, 5, 23; mais par la ſuite, tous les droits du ſeigneur reprennent leur force pour l'avenir, ou mutations ſubſéquentes; l'effet de l'amortiſſement n'étant encore une fois que ſuſpenſif & non réſolutif.

XLIV. Il y a plus, ſi la main-morte, par l'indemnité payée au ſeigneur, avoit compoſé d'une preſtation annuelle à prendre ſur le fief ou ſur l'héritage, cette preſtation redevient ſubſiſtante lorſque la main-morte vend l'héritage; ce qui, je crois, doit être limité à une preſtation légale, & qui ne s'étend pas à une preſtation conventionnelle, qui n'eſt pas marque de la directe, & que la convention a pu éteindre.

Voyez les autorités rapportées ſur la troiſieme propoſition ci-deſſus.

☞ Arrêt du 27 janvier 1743, ſur les concluſions de M. l'avocat-général d'Ormeſſon, en faveur de M. le duc d'Aumont, qui condamne un hôpital à ſe charger d'un enfant par lui préſenté, & de ceux qui ſeroient préſentés par la ſuite, pour tenir lieu de preſtation à titre d'indemnité d'un fief ci-devant acquis par cet hôpital de M. le duc d'Aumont, quoique l'hôpital l'eût revendu depuis. Voyez Denifart, *verbo* indemnité, il rapporte l'eſpece de cet arrêt.

SECTION IV.

De l'indemnité dûe par les gens de main-morte pour l'acquiſition par eux faite d'héritages tenus à cens.

DISTINCTION PREMIERE.

Que dans ce cas il ne faut pas d'homme vivant & mourant, du montant de ce droit, & comment il ſe partage entre le ſeigneur qui a la cenſive & celui qui a la juſtice.

XLV. L'indemnité payée au ſeigneur à cauſe de l'héritage tenu de lui à cens, produit plus d'effet que celle payée pour le fief; en effet, le ſeigneur étant indemniſé, quant à ce, les droits des mutations ne ſe renouvellent plus en ſa faveur; c'eſt le juſte effet de l'indemnité payée pour les cenſives, par rapport auxquelles il n'y a pas de devoir perſonnel; mais le droit de cens ſubſiſte, comme on l'expliquera par la ſuite: ce qui conſerve entiérement la directe.

Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 50, pag. 91, où il établit que pour les héritages en roture, il ne faut point d'homme vivant & mourant, ce qui fait la matiere de la propoſition ſuivante, & qui prouve celle-ci.

XLVI. Dans ce cas il ne faut pas d'homme vivant & mourant comme dans le cas du fief,

le décès duquel fait ouverture à la preſtation de foi & hommage, & au droit de relief; c'eſt quant à ce, la reconnoiſſance de la directe. Ici il y en a une autre, & la foi & hommage y eſt bannie; cependant la marque de la ſeigneurie directe doit toujours ſubſiſter, comme on l'a déja annoncé; c'eſt ce qu'on verra ci-après : en effet, le cens nonobſtant l'amortiſſement ſubſiſte toujours.

M. Bacquet, du droit d'amortiſſement, chap. 53, num. 14, pag. 99, & ch. 4, num. 2.

XLVII. C'eſt pour la perte de ces droits de mutations, qui ne peuvent plus s'ouvrir en faveur du ſeigneur, qu'il lui eſt dû un droit d'indemnité; outre ce droit, l'homme de main-morte qui acquiert un héritage tenu à cens, doit le droit auquel ſa mutation ou ſon acquiſition a fait ouverture; ſon acquiſition ne doit préjudicier au ſeigneur, il lui doit donc ce premier droit : abſtraction faite de l'indemnité qu'on va expliquer.

Cela eſt établi ſur le titre des fiefs & ſur la ſection précédente. Voyez Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 53, num. 1, pag. 95, & ch. 54, pag. 99.

XLVIII. Outre ce, il doit indemniſer le ſeigneur pour les droits à venir, & ſans cela, la nature de ſa main lui préjudicieroit; préjudice auquel on pare par ce droit, qui milite pour les cenſives comme pour les fiefs. Pour cette indemnité il doit payer au ſeigneur autant que le cinquieme de la valeur de l'héritage amorti; tel eſt en ce cas, le montant de l'indemnité pour le fief; il eſt dû tiers : il eſt plus foible ici, parce que les charges y ſont plus foibles.

Cela a été ainſi jugé par l'arrêt du 9 avril 1569, rapporté par le Veſt, ch. 79 : voyez le même, ch. 171, où il rapporte un arrêt, qui, pour un héritage tenu à cens, avoit fixé l'indemnité dûe au ſeigneur au quart du prix; mais Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 53, pag. 95 & ſuivantes, établit que le montant de l'indemnité en ce cas, eſt du cinquieme du prix ſeulement : ce qui eſt proportionné aux droits qui s'éteignent dans la main-morte, le droit de vente pour ce, n'étant que d'un douzieme : ce qui doit faire rejetter l'opinion du même auteur ſur le montant de l'indemnité par rapport aux fiefs, qui le fixe, quant à ce, à une même portion de prix, c'eſt-à-dire, à un cinquieme d'iceluï, lorſque la premiere vente auroit ouvert en faveur du ſeigneur un pareil droit; & comme il y a différence dans le montant des droits, il doit pareillement y en avoir dans le montant de l'indemnité.

XLIX. Ce cinquieme appartient en entier au ſeigneur qui a la cenſive, s'il réunit dans ſa perſonne la juſtice, ſinon ce droit ſe partage; mais ſi un autre ſeigneur a la juſtice, celui-là doit avoir le dixieme du montant de l'indemnité, & le ſeigneur qui a la cenſive n'a que les neuf dixiemes; tel eſt en ce cas, le partage qui eſt à faire entr'eux du montant de ce droit; ce qui balance, ce qui dédommage de tout juſte intérêt.

Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 8, chap. 1, pag. 64.

DISTINCTION II.

Quels droits ſubſiſtent en faveur du ſeigneur nonobſtant le payement de l'indemnité payée pour la cenſive.

L. Le payement de ce droit n'éteint en aucune façon le cens, il ſubſiſte toujours en ſon entier, comme on l'a déja annoncé; en effet, il eſt la marque de la directe que l'amortiſſement ni l'indemnité n'effacent pas, puiſqu'elle eſt de ſa nature indélébile; il y a plus, il n'éteint pas même les rentes & redevances ſeigneuriales dont l'héritage amorti étoit chargé avant l'amortiſſement; l'indemnité n'embraſſant que les droits pour les mutations à venir à moins que ce ne ſoit une redevance conventionnelle & non légale, & qu'il n'y ait eu compoſition pour icelle; au quel cas il y auroit extinction.

Voyez Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 53, num. 14 : à moins que pour les redevances, autres que le cens, il n'y en eut convention expreſſe.

LI. De-là il s'enſuit que les gens de main-morte, nonobſtant l'indemnité par eux payée, en doivent continuer le payement au ſeigneur, comme tout autre acquereur qui en eſt tenu envers lui.

Il en ſeroit autrement, ſi par la quittance de l'indemnité, il y avoit compoſition ſur le tout; Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 55, num. 2, p. 101 : compoſition qui ſelon moi, ne peut tomber que ſur les rentes & redevances, mais non ſur le cens qui doit toujours ſubſiſter, comme marque de la directe, puiſqu'elle eſt indélébile.

LII. Auſſi-tôt l'acquiſition faite par gens de main-morte, d'un héritage tenu à cens, ils doivent en exhiber le titre au ſeigneur; cette exhibition eſt ſuite de ſa directe, qui influe ſur-tout cenſitaire.

Bacquet, du droit d'amortiſſement, ch. 56, pag. 103; & cela réſulte de l'art. 73 de la coutume, qui ne fait aucune diſtinction.

LIII. Ils doivent lui paſſer déclaration des terres par tenans & aboutiſſans, avec mention des cens & redevances dont elles ſont chargées envers lui; c'eſt ſuite de ce que deſſus.

Bacquet, au chap. cité ſur la propoſition précédente.

LIV. Lorſque le ſeigneur fait faire un papier terrier, ils ſont tenus, comme les autres cenſitaires, de réitérer cette déclaration, puiſqu'ils reſtent toujours débiteurs du cens; & tous ces droits ſubſiſtent & ſont impreſcriptibles de la part des gens de main-morte, nonobſtant l'indemnité; le droit de la directe étant tel.

Bacquet, au num. cité ſur la premiere propoſition; & ſur l'impreſcriptibilité de la directe,

voyez le titre des fiefs, & l'art. 124 de la coutume.

LV. On a vu ci-deſſus que l'indemnité étoit dûe au ſeigneur, quoiqu'il fût lui-même homme de main-morte ; c'eſt droit réel dû au fief, abſtraction faite de la perſonne. On a vu dans la ſection précédente pour les fiefs, que l'indemnité ne ſe rendoit pas, quoique le fief rentrât dans le commerce ; & on a vu que l'indemnité étoit dûe, quoique le fief paſſât d'une main-morte dans une autre main-morte ; ce qui a lieu pour les cenſitaires, n'y ayant ſur ce aucune raiſon de différence.

Bacquet, de l'amortiſſement, ch. 46, num. 3 & 4, pag. 83, & ch. 54, page 101.

LVI. Pour la premiere vente que la main-morte fait de l'héritage amorti, ce droit de lods & ventes n'eſt point dû, mais pour les autres ſeulement, parce que ce droit tomberoit ſur la main-morte qui avoit compoſé pour tout le tems qu'elle y ſeroit intéreſſée : en effet, elle vendroit moins ſi ce droit pour ce étoit dû : raiſon qui me paroît prouver le droit d'affranchiſſement pour la premiere vente.

Voyez les notes ſur l'avant-derniere propoſition de la derniere diſtinction de la ſection précédente.

CHAPITRE SEPTIEME.

DU DROIT DE NOUVEAUX ACQUETS.

I. CE droit ſuit naturellement celui de l'amortiſſement ; il ſe perçoit par le roi ſur les acquiſitions faites par gens de main-morte, & pour leſquelles ils n'ont pas obtenu de lettres d'amortiſſement ; non-ſeulement il y ſupplée, mais il y ajoute par une juſte répartition.

Pour la premiere ouverture à ce droit, les lettres d'amortiſſement n'en diſpenſent pas même les gens de main-morte ; Bacquet, de l'amortiſſement, chap. 49, pag. 89 ; & le premier traité du 2 tome de ſes œuvres, qui eſt commun aux francs-fiefs & aux nouveaux acquêts.

II. Il ſe perçoit ordinairement tous les quarante ans, au lieu que celui de franc-fief ſe perçoit tous les vingt ans, & ce dernier eſt du montant du revenu d'une année.

L'amortiſſement général étant réprouvé, n'en diſpenſe pas même pour l'avenir ; Bacquet, à la page citée ſur la propoſition précédente.

III. C'eſt ordinairement la dixieme partie du montant des fruits pendant ce même intervalle, ce qui revient à un dixieme annuel, au lieu que le droit de franc-fief ne monte qu'à un vingtieme ; mais les rentes conſtituées à prix d'argent dues à gens de main-morte, ne ſont pas ſujettes à ce droit ; ce ſont rentes volantes.

Voyez Bacquet.

CHAPITRE HUITIEME.

DE L'INDEMNITÉ QUI SE PAYE PAR LE ROI, LORSQU'IL DEVIENT PROPRIÉTAIRE D'UN FIEF OU D'UN HÉRITAGE RELEVANT D'UN SEIGNEUR.

I. LORSQUE le roi devient propriétaire, ſoit par confiſcation ou autrement, d'un fief ou d'un héritage étant dans la mouvance ou la cenſive d'un ſeigneur, la mouvance s'éteint, ſi le roi ne juge à propos d'en vuider ſes mains, comme étant cette mouvance inaliable avec la ſouveraineté. Il en eſt de même ſi dans le domaine particulier du prince qui parvient à la couronne, il ſe rencontre des arierres-fiefs qui ne relevent de la couronne que médiatement ; en ce cas, la mouvance s'éteint, ſauf l'indemnité, parce que tels fiefs ſe réuniſſent au domaine.

Voyez l'ordonnance de Philippe-le-Bel, elle eſt rapportée dans la ſixieme partie du journal du palais, page 317, & la propoſition qui ſuit, qui développe la fin de celle-ci ; ſur la deuxieme partie de la propoſition, voyez le journal du palais, de l'édition *in*-4°. pag. 315, & de l'édition *in-fol.* de l'année 1701, tom. 2, pag. 1.

II. Les raiſons de cette extinction ſont que la vaſſalité ne peut compatir avec la majeſté ſouveraine que par telle acquiſition, le fief ou l'héritage retourne à leur premiere origine : tous fiefs & héritages relevans du roi médiatement ou immédiatement ; tels ſont les fondemens inébranlables de cette extinction, & il eſt étrange qu'elles n'aient pas fait dans tous les tems leur juſte impreſſion.

L'art. 226 de la coutume de Sens, qui porte que dans l'an le roi eſt tenu mettre le fief hors ſes mains, ou bailler homme pour ledit fief, doit abſolument être rejetté, parce que ſuivant la loi 5, ff. *de adminiſtr. tutor. qui per alium facit, per ſe facere videtur* ; ainſi la diſpoſition de cette coutume eſt inſoutenable par elle-même, outre que les coutumes

coutumes ne peuvent militer contre le roi, que *in vim pacti non in vim statuti* ; c'eſt une diſpoſition, quoique impuiſſante par elle-même, qui eſt à réformer : l'erreur lui avoit donné l'être.

III. Cependant pour dédommager les ſeigneurs, le roi veut bien pour ce, leur payer une indemnité ; c'eſt une ſuite de ſa juſtice qu'il ne ſépare jamais de ſa puiſſance.

Baëquet en ſon traité des droits de juſtice, ch. 12, pag. 41 & ſuivantes ; Loyſeau, des ſeigneuries, chap. 12, num. 87, pag. 71.

☞ Les droits d'indemnité, dûs par le roi pour raiſon des acquiſitions que ſa majeſté fait dans la mouvance des ſeigneurs particuliers, ont été fixés par un édit du mois d'avril 1667, & depuis par un arrêt du conſeil, du 9 décembre 1727, à une rente annuelle ſur le domaine, du ſoixantieme de la ſomme à laquelle ſe montent les lods & ventes, quant aux rotures ; & pour les héritages en fiefs, cette rente eſt réglée à raiſon du centieme du prix de la vente, ou autre denier, tel qu'il ſera dû par la coutume des lieux.

IV. La mouvance reſte ſubſiſtante en faveur du ſeigneur, & l'indemnité ne lui eſt plus dûe ſi le roi juge à propos dans l'an de mettre le fief ou l'héritage hors ſa main ; l'aliénation lui conſervant tout l'effet de ſa directe : mais cette indemnité a lieu dans le cas de l'érection d'une pairie.

L'érection d'une terre en duché-pairie, qui doit naturellement relever nuement du roi, donne lieu à une indemnité, qui eſt du tiers des fiefs, que le ſeigneur, élevé à la dignité de duc, acquiert pour réunir à ſon duché, à moins qu'il ne déclare vouloir continuer à les tenir des ſeigneurs dont ils étoient relevans ; arrêt du 26 janvier 1685, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 12, pag. 60 ; autre ſorte d'indemnité qu'il a été à propos d'obſerver ici.

TITRE CINQUIEME.

DES IMMEUBLES PAR REPRESENTATION.

CHAPITRE UNIQUE.

DES RENTES NON CONSTITUÉES A PRIX D'ARGENT.

SECTION PREMIERE.

DE QUELLE NATURE EST LA RENTE DONT ON NE RAPPORTE PAS LE TITRE PRIMORDIAL.

I. LA rente dont on ne rapporte pas le titre primordial, n'eſt pas réputée fonciere, mais conſtituée à prix d'argent ; telle eſt la juſte préſomption de droit, qui dans le doute, doit toujours ſe déterminer en faveur du débiteur ; & c'eſt cette faveur qui fonde cette préſomption.

Voyez l'arrêt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 2, chap. 48 ; Brodeau, ſur Loüet, let. R, num. 12 ; & tel eſt l'uſage : voyez encore Loyſel, tit. des rentes, reg. 6 ; le Prêtre, cent. 4, chap. 12, & cent. 1, chap. 35 ; Bouguier, let. R, chap. 7, & le journal des audiences, tom. 2, livre 2, chap. 48 ; ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que notre coutume fait mention de trois rentes, des foncieres qu'on examine ici, des conſtituées à prix d'argent, & de celles de libéralité : on examinera les deux dernieres dans leur ordre.

II. Cependant lorſque par le titre nouvel, elle eſt authentiquement reconnue fonciere, elle eſt réputée telle ; principalement lorſque ce titre nouvel ſe trouve précédé d'un pareil ; & celle qui a été payée en grains pendant quarante ans, eſt réputée fonciere : ſa matiere l'a fait juſtement réputer telle, parce qu'il faut que toute préſomption céde à une vérité qui ſe manifeſte.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. R, num. 7 ; ne ſeroit-il pas à propos de n'appliquer cet arrêt que lorſque telle rente eſt dûe au ſeigneur ou à l'égliſe ? j'inclinerois à le penſer ainſi par la faveur de la libération, & celle que mérite toujours le débiteur.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 31 décembre 1740, cité par Deniſſart, *verb.* rente fonciere, qui a jugé fonciere & non rachetable, une rente payable en grains, dont le titre étoit perdu.

III. Suivons la rente en grains : ſi par les circonſtances il étoit prouvé que cette qualification eſt fauſſe, & qu'elle n'a été employée que pour ſervir de voile à l'uſure, & rendre la rente conſtituée à prix d'argent inamortiſſable ; en tel cas, la rente ſeroit rembourſable, quoique payable en grains.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 68, où il dit, que pour déterminer ſi une rente

eſt fonciere ou conſtituée à prix d'argent, il faut voir ſi le premier débiteur a pris de l'argent ou bien un fonds, & ſi le créancier n'a fait qu'ouvrir ſa bourſe, ou s'il a quitté un héritage; ce qui eſt très-exact pour déterminer la nature de la rente.

IV. De ce que deſſus il réſulte, que toute rente eſt préſumée conſtituée à prix d'argent, s'il n'apparoît du contraire: cette préſomption eſt fondée ſur la faveur de la libération; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; & c'eſt droit commun.

Quoique les rentes conſtituées ſoient réputées immeubles parmi nous; cependant en pays de droit écrit elles ſont réputées meubles; par l'arrêt du 16 juillet 1668, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 20, il en eſt de même dans la coutume de Vitry.

SECTION II.

Des rentes foncieres.

DISTINCTION PREMIERE.

Quelles ſont les rentes qui ſont foncieres, quelle coutume les régit, & que la faculté de les racheter peut être ſtipulée.

V. L'aliénation du fonds peut ſeule produire la véritable rente fonciere, & la rente fonciere eſt celle qui eſt créée pour cette aliénation: telle eſt la vraie rente fonciere, toute autre cauſe n'en peut faire une qui ſoit réellement telle.

Voyez l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 97; & Henrys, au chapitre cité ſur l'avant-derniere propoſition de la ſection précédente; & Loyſeau, en ſon traité des rentes.

VI. Le ſimple aſſignat par hypothéque ſur le fonds, ne peut jamais produire qu'une rente conſtituée à prix d'argent, & non pas une rente fonciere. Il y a plus, la rente payable en grains, mais qui n'a été conſtituée qu'en des deniers, & non pour l'aliénation d'un certain terrein, n'eſt qu'une ſimple rente conſtituée, & comme telle rembourſable, & même réductible pour les arrérages, ſur le taux qui avoit lieu lors de ſa formation.

C'eſt ce qui eſt jugé par l'arrêt indiqué ſur la propoſition précédente; c'eſt ce que dit Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 1; & c'eſt ce qui ſe juge au châtelet: quant à la ſeconde partie de la propoſition, voyez l'ordonnance de Charles IX. de 1565; Loyſel, tit. des rentes, rég. 6; Louet & Brodeau, lettre R, chap. 10 & 12; & le Prêtre, cent. 4, chap. 12.

VII. De-là il s'enſuit que la rente fonciere eſt celle que le preneur à rente, crée au profit du bailleur pour prix de l'héritage qu'il a pris de lui à rente: c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, & la vraie rente fonciere ne peut avoir autre origine.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, chap. 3, num. 3 & 4, pag. 7: il exclut tout autre voie de création d'une telle rente.

VIII. Voyons ſa nature: telle rente repréſente l'héritage pour l'aliénation duquel elle a été créée, on l'a déja vu par rapport aux droits de lods & ventes: on verra par la ſuite les autres effets de cette repréſentation; de-là il s'enſuit que ces rentes ſont régies par la coutume dans l'étendue de laquelle l'héritage qui en eſt chargé eſt ſitué: premiere conſéquence de cette repréſentation.

Notes ſur Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 169, vers le milieu; Renuſſon, des propres, chap. 5, ſect. 2, num. 5 & 6.

IX. De cette même repréſentation que la rente fonciere fait de l'héritage, il s'enſuit que ſi l'héritage étoit propre au bailleur, la rente fonciere l eſt pareillement dans ſa perſonne: ſeconde conſéquence.

Subrogatum ſapit naturam ſubrogati; cela eſt établi ſur le titre des propres, ci-après; & tel eſt l'uſage.

X. Quant à la qualité d'une telle rente; toute rente fonciere eſt inamortiſſable; les rentes ſur les maiſons de Paris exceptées; faveur qu'on a étendu aux autres villes: telle eſt la nature des rentes foncieres; faveur qui a lieu, même encore que la rente appartient à l'égliſe; & ce, ſans charge de remploi; la coutume n'impoſant la néceſſité du remploi, que dans le cas que la rente eſt de libéralité; & ce, pour l'exécution de la charge.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, liv. 1, chap. 1, pag. 157; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, chap. 3, num. 6, pag. 8; voyez auſſi Louet & Brodeau, lett. P, chap. 21; & l'art. 122 de la coutume.

XI. Mais il eſt licite par le bail à rente, d'en ſtipuler le rachat; cette convention n'étant nullement contraire aux bonnes mœurs, & étant inſérée dans le bail, elle produit tout ſon effet; mais cette faculté étant contraire à la nature de cette rente, eſt ſujette à preſcription; ce qui fait la matiere de la diſtinction ſuivante.

Voyez Dupleſſis, des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 514 & 515.

XII. Malgré cette nature de la rente fonciere, le preneur peut changer la face de l'héritage à ſon gré, il a la pleine propriété, à moins que la rente ne périclite.

Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 5, chap. 5, num. 19, pag. 121; pourvu que par ce changement le créancier de la rente fonciere ne ſoit pas en riſque de la perdre: c'eſt avec cette limitation que la propoſition eſt ſuivie.

DISTINCTION II.

De la preſcription de la faculté de rembourſer une rente fonciere.

(Art. 220 de la coutume.)

SUBDIVISION PREMIERE.

De la baſe de cette preſcription, & quand elle eſt acquiſe.

XIII. On a déja vu que la faculté de rembourſer une rente fonciere, étoit contraire à la nature d'une telle rente : premier fondement à la preſcription de la faculté de la racheter qu'on va examiner ; le ſecond fondement de cette même preſcription, c'eſt que de cette faculté il ne peut naître qu'une action perſonnelle qui eſt ſujette à preſcription ; la faculté de racheter une telle rente eſt donc preſcriptible, & c'eſt ce que dit la coutume.

Dupleſſis, des preſcriptions, pag. 514 & 515 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 120 de la coutume ; voyez Louet, let. P, chap. 21.

XIV. Voyons quand cette preſcription eſt acquiſe. Cette faculté de racheter la rente fonciere ſtipulée rachetable, ſe preſcrit par trente ans, entre âgés & non privilégiés : telle eſt la durée de cette faculté & de l'action qu'elle produit ; mais contre l'égliſe & les communautés, cette faculté ne peut ſe preſcrire que par quarante ans.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 514.

XV. De-là il s'enſuit que s'il n'y a pas eu de minorité, & que la rente fonciere ſtipulée rachetable n'ait pas été amortie dans les trente ans, elle ne peut plus par la ſuite être rembourſée. La raiſon de ce, eſt que l'action perſonnelle qui naiſſoit de la ſtipulation de la faculté de racheter telle rente, ſe preſcrit par ce tems ; ainſi l'action étant effacée, la faculté l'eſt pareillement, & ſi l'on avoit par le bail à rente ſtipulé un tems plus bref pour le rachapt ; il faudroit s'y conformer : c'eſt convention licite.

Ce que deſſus s'entend quand elle eſt ſtipulée rachetable à toujours ; car ſi la faculté de la racheter étoit limitée à un certain tems, il faudroit s'en tenir à la convention ; Dupleſſis, à la page citée ſur la premiere propoſition de cette diſtinction ; mais admettroit-on en ce cas la faveur & la prorogation qu'on donne à la faculté de réméré ? je ne le penſe pas ; parce que telle faculté étant contraire à la nature d'une telle rente, il faut ſe tenir étroitement à la convention, à la dérogation qu'on a fait à la vraie qualité de cette rente ; voyez Dupleſſis, des preſcriptions, liv. 2, chap. 1, ſect. 3, pag. 317.

☞ Henrys, tom. 1. liv. 4, chap. 6, queſt. 91, examine ſi les choſes qui ſont de ſimple faculté peuvent être preſcrites ; il diſtingue avec Coquille & d'Argentré, entre la faculté qui procéde de la nature ou de la loi, & celle qui provient d'un contrat, & de la convention des parties ; dans le premier cas il rejette la preſcription, & dans le ſecond il l'admet.

SUBDVISION II.

Si le titre nouvel de la rente renouvelle cette faculté.

XVI. Le titre nouvel que le débiteur paſſe de la rente fonciere, ſtipulée rachetable dans les trente ans de ſa création, ne renouvelle pas le tems de la faculté du rachat, puiſque cette faculté eſt alors ſubſiſtante ; voilà le principe qui reçoit une diſtinction qu'on va expliquer.

Telle eſt, ſur ce, l'opinion commune fondée ſur les propoſitions ſuivantes, & ſur les vrais principes de droit ſur la nature des actions qu'une vaine préſomption ne peut étendre ni augmenter.

XVII. Cela auroit lieu, encore que dans ce titre nouvel, ſouſcrit ou accepté par le créancier, il fût dit que la rente fonciere étoit rachetable ; & cela eſt fondé ſur ce que telle déclaration ne donne pas un droit nouveau, mais énonce un droit ſubſiſtant alors, réſultant du premier titre, & le laiſſe ſubſiſter tel qu'il eſt ſans y rien ajouter ; autrement ce ſeroit interprêter contre le débiteur, en faveur duquel l'interprêtation doit toujours ſe faire.

Dumoulin le décide ainſi, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XVIII. Mais ſi lors du titre nouvel la faculté de rachat étoit preſcrite, & que par le titre nouvel ſouſcrit ou approuvé par le créancier de la rente, il fût dit que la rente eſt rachetable, en ce cas telle énonciation prorogeroit la faculté de rachat de trente années, à compter du jour du titre nouvel ; ce ſeroit nouvelle convention, & convention expreſſe, qui doit, comme la premiere, avoir ſon exécution. En effet, la faculté eſt alors renouvellée, parce que la faculté ne ſubſiſtant plus, & étant néanmoins reconnue, cette reconnoiſſance forme une nouvelle convention, qui renouvelle la faculté de racheter la rente ; c'eſt nouvelle action, qui naît du titre nouvel, & nouvelle action qui doit avoir ſa durée ordinaire, puiſqu'elle eſt accordée unanimement, & en connoiſſance de cauſe.

Cette action doit produire ſon effet, & a par conſéquent ſa durée, qui eſt de 30 ans, ce qui fonde la propoſition.

DISTINCTION III.

Si les rentes foncieres impoſées ſur les maiſons des villes, ſont comme les autres rentes foncieres non rachetables, & ſi la faculté de rachat eſt preſcriptible.

(Art. 121 de la coutume).

XIX. La rente fonciere, impoſée ſur une maiſon de Paris, & créée pour l'aliénation d'icelle, eſt de ſa nature rachetable; c'eſt un juſte privilége fondé ſur le bien public; c'eſt-à-dire, ſur la décoration de la ville de Paris; ce qui a été étendu aux autres villes du royaume.

Ordonnance de Charles VII, de 1441; celle de François I, de 1539; notes ſur Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 157 & 158; & le même en ſon traité des preſcriptions, pag. 515 & 517, & c'eſt ſur ces ordonnances qu'on a formé l'art. 121 de la coutume: voyez ſur ce, Louet & Brodeau, let. R, chap. 32; Cambolas, liv. 3, ch. 29.

XX. Elle ſeroit telle, encore que par le premier titre elle eût été ſtipulée non-rachetable; c'eſt privilége, c'eſt droit public auquel les particuliers ne peuvent déroger. Ainſi, par l'objet ſeul de la rente, & indépendamment de toute convention contraire, telle rente eſt toujours rachetable, encore même que la rente appartînt à l'égliſe, & ſans que le débiteur ſoit tenu du remploi de ſon capital.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, p. 516: voyez l'art. 122 de la coutume, qui n'aſſujettit au remploi, que quand la rente eſt de libéralité, & qui par conſéquent l'exclut pour tout autre cas.

XXI. De-là il s'enſuit que la faculté de ſon rachat eſt impreſcriptible, nul ne pouvant preſcrire contre la diſpoſition de la loi. Le motif de cette faveur eſt l'embelliſſement de la ville de Paris; faveur, qui étant fondée ſur le bien public, qui eſt la loi ſuprême, eſt impreſcriptible; outre que la diſpoſition de la loi eſt toujours telle: en effet, une rente inamortiſſable ſur ces maiſons en occaſionneroit l'abandonnement, qui défigureroit l'aſpect de la ville, & c'eſt pour parer à cet inconvénient que la loi a établi le privilége.

Voyez la note citée ſur la premiere propoſition de cette diſtinction.

XXII. Ce privilége a été étendu aux maiſons des fauxbourgs, & aux maiſons des autres villes du royaume. Ce qui eſt favorable reçoit facilement extenſion.

Arrêt du 23 juillet 1639, rapporté par Brodeau, ſur Louet, let. R, num. 32; il eſt cité dans les notes ſur Dupleſſis, pag. 158.

XXIII. Approfondiſſons ce qui eſt annoncé: cette faculté perpétuelle de racheter ces rentes a lieu, encore que la rente fût dûe à l'égliſe; ſon temporel ſe régit par les loix de l'état: principe qui rend une telle rente rachetable, puiſque la loi en autoriſe toujours le rachat; c'eſt ſur la faveur que mérite l'objet chargé que cette faculté eſt fondée, toute abſtraction faite de la perſonne du créancier.

Voyez Louet & Brodeau, let. R, num. 32; la note ſur Dupleſſis, qu'on vient de citer; à l'égard de la derniere partie de la propoſition, elle a été établie dans le livre premier; & dans ce cas, celui qui rembourſe une telle rente, n'eſt pas obligé de veiller; cette charge énerveroit la faculté portée par la coutume: & qui eſt très favorable. Dupleſſis, pag. 159, au commencement, & pag. 162, où il dit, que quand le rachat ſe fait *in vim contractûs*, le débiteur n'eſt pas obligé au remploi; ce que le même auteur dit plus expreſſément en ſon traité des preſcriptions, pag. 516; & ce qu'il ne faut pas confondre avec les rentes de libéralité dont il ſera parlé ci après, par rapport auxquelles il faut emploi.

XXIV. Dans tous les cas de ce rembourſement, il ſe fait ſur le pied du denier vingt, ſans conſidération ſur le denier qui avoit lieu lors de la création de la rente.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 517; & cela réſulte de l'art. 122.

XXV. Mais lorſque la rente fonciere eſt la premiere charge après le cens, qu'elle eſt dûe au ſeigneur, & qu'elle paroît avoir été créée à ſon profit par le premier titre d'accenſement, elle eſt de ſa nature non-rachetable, quoiqu'elle ſoit à prendre ſur une maiſon ſiſe en une ville; elle a en ce cas tous les priviléges du cens. De-là il s'enſuit que ſi telle rente, c'eſt-à-dire, celle dûe au ſeigneur après le cens, avoit été ſtipulée rachetable, la faculté de la racheter ſe preſcriroit par trente ans, puiſqu'en ce cas elle ne ſeroit rachetable que par la convention: cependant ce degré de faveur, qu'on veut accorder au ſeigneur, ne ſeroit-il pas contraire à l'avantage public que les ordonnances ont eu en vue?

Voyez la diſtinction 3 de la préſente ſection; tout ce qui y a été dit s'applique ici, puiſque telle rente eſt de ſa nature non rachetable; & la note ſur Dupleſſis, déſignée par la lettre V, p. 158 de l'édition de 1709.

XXVI. A l'égard des rentes foncieres, impoſées ſur des maiſons des bourgs & villages, elles ſont de leur nature inamortiſſables, & lorſque la faculté de les racheter a été ſtipulée, telle faculté ſe preſcrit par trente ans; le privilége ci-deſſus ne militant pas pour de telles rentes.

Dupleſſis, pag. 117, & tel eſt l'uſage du châtelet.

DISTINCTION IV.

Si par le déguerpiſſement on ſe libere de la rente fonciere, & quand on ne peut l'être par icelui.

(Art. 109 & 110 de la coutume.)

XXVII. Dans la thèſe générale le preneur s'affranchit de la rente fonciere en déguerpiſſant l'héritage qui en eſt chargé; c'eſt dette purement réelle & non perſonnelle; & par conſéquent le déguerpiſſement de la choſe affranchit d'icelle.

Le même Dupleſſis, page 159. Voyez ci-après le titre du déguerpiſſement; & Loyſeau, en ſon traité ſur cette matiere, liv. 4, ch. 9 & 10.

XXVIII. Cette voie de libération lui eſt ouverte, encore que la rente fonciere fût rachetable, ſoit par la ſtipulation, ſoit par le privilége de l'héritage qui en eſt chargé; ces circonſtances n'empêchant pas que ce ne ſoit toujours, à ſon égard, qu'une charge purement réelle que le déguerpiſſement efface.

Elle a lieu même pendant que la faculté de rachat ſubſiſte; Dupleſſis, à la même pag. 159; Brodeau y eſt cité, ce ſont deux droits différens qui militent en faveur du débiteur.

XXIX. Mais cette voie de libération n'eſt pas toujours ouverte au preneur à rente; en effet, lorſque le bail à rente contient la clauſe & la ſoumiſſion de la part du preneur, de fournir & faire valoir la rente, il ne peut plus ſe libérer d'icelle par le déguerpiſſement; ce qui ſera traité ci-après dans le titre de l'extinction des actions réelles; c'eſt exception, & exception qui naît de la convention. En effet, cette ſoumiſſion emporte une action perſonnelle que le déguerpiſſement ne peut éteindre; ainſi la perſonne en ce cas étant engagée, elle eſt toujours telle: il ſuffit ici de poſer le principe général, qu'on développera dans ſon ordre.

C'eſt le ſentiment unanime de tous les commentateurs, & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 109 de la coutume; voyez Loyſeau, du déguerpiſſement.

DISTINCTION V.

Si la rente conſtituée du prix en deniers de l'immeuble eſt fonciere.

XXX. Cette rente n'eſt pas fonciere, mais regardée comme purement conſtituée en deniers; elle a cependant plus de faveur qu'une rente conſtituée en deniers: voilà le principe général.

Voyez Loyſeau, en ſon traité de la diſtinction des rentes, liv. 1, chap. 5, num. 17, & les propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

XXXI. De-là il s'enſuit que telle rente eſt toujours rachetable de ſa nature, & que la faculté de la racheter eſt impreſcriptible; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus. Il en naît une ſeconde, qui eſt que le déguerpiſſement, en ce cas, n'eſt pas reçu, & qu'en ce cas le débiteur d'une telle rente ne peut s'en libérer par cette voie.

Tel eſt ſur ce l'uſage; cependant en ce cas le rembourſement peut être gêné pendant un certain tems; c'eſt convention licite lorſqu'elle a pour baſe l'aliénation d'un immeuble; quant à la ſeconde partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur ce que c'eſt action vraiment perſonnelle qui naît de la création d'une telle rente, & non action ſimplement réelle, puiſque c'eſt une rente que le débiteur conſtitue ſur lui-même, quoiqu'avec un juſte privilége ſur l'héritage.

XXXII. Telle eſt celle qu'un acquéreur conſtitueroit du prix fixe de ſon acquiſition; telle rente eſt vraie rente conſtituée, mais plus favorable que celle conſtituée en deniers.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 159; voyez Loyſeau, au même traité, liv. 4, chap. 5, num. 10, pag. 89: voyons l'application; par exemple, s'il étoit dit par le contrat que la vente a été faite moyennant la ſomme de 10000 liv. pour laquelle l'acquéreur conſtitueroit 500 liv. de rente, encore qu'on n'en eût pas ſtipulé, le rachat eſt à toujours rachetable; ce qui eſt fort différent pour le vendeur; en effet, telle rente n'eſt pas vraiement fonciere, mais conſtituée, & par conſéquent rachetable: c'eſt ce que dit Loyſeau, à l'endroit qu'on vient de citer; ſi le contrat, dit-il, eſt fait en forme de vente, auquel le prix ſoit ſpécifié, & que pour ce prix il ſoit conſtitué rente, telle rente ne doit pas être eſtimée fonciere; il faut cependant obſerver qu'il y a quelquefois des contrats mixtes, partie vente, partie bail à rente; par exemple, la vente moyennant 10000 l. comptant, & 500 liv. de rente fonciere; mais lorſque le mot *vente*, précede celui de *bail*, & que le prix total eſt fixé en argent, de portion duquel on forme une rente, c'eſt rente conſtituée & non rente fonciere; c'eſt aux contractans à ne laiſſer aucun doute ſur leurs conventions; autrement les termes dans leſquels ils ſe ſont renfermés, peuvent ſeuls ſervir de guide ſur leurs ſens & leur interprétation.

XXXIII. Les tabellions confondent ſouvent cette rente avec la fonciere, qui n'eſt telle que lorſque la vente, ſans aucune fixation de prix en deniers, eſt faite moyennant tant de rente: telle eſt la vraie rente fonciere, & non celle mentionnée dans les deux propoſitions précédentes.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 4, ch. 5.

XXXIV. Dans le cas de la troiſieme propoſition, telle rente, après le décès du créancier, appartient à ſon héritier des meubles & acquêts, encore que l'héritage lui fût propre; c'eſt la conſéquence qui naît de cette propoſition; c'eſt rente conſtituée & non rente fonciere, rente ſeule qui puiſſe être repréſentative du propre aliéné.

Arrêt du 9 avril 1687, rapporté dans la premiere partie du journal du palais, pag. 221; ce qui prouve encore la propoſition précédente.

XXXV. Venons à la faveur d'une telle rente. La rente conſtituée avec le capital du prix de la vente, eſt par rapport aux arrerages, bien plus favorable que la rente conſtituée à prix d'argent ; faveur qu'on a déja annoncée ; en effet, on peut en demander 30 années d'arrérages, même 40, lorſque l'action hypothécaire conventionnelle ſe trouve jointe à la perſonnelle. Cette faveur eſt fondée ſur ce que l'action pour les arrérages dure autant que le titre même, parce que dans telle rente le vice d'uſure n'eſt pas à craindre comme dans celle qui eſt conſtituée à prix d'argent ; & cette faveur s'étend même ſur le taux de la rente, qu'on peut excéder, l'excédant faiſant partie du prix ?

Peut-on les créer à un taux plus fort que celui de l'ordonnance ? Dupleſſis, pag. 160, ſans donner ouvertement ſon avis, dit que Brodeau tient pour l'affirmative, mais qu'il y en a arrêt contraire ; la note dit que cet arrêt doit être reſtraint au cas d'un office, & ne doit s'appliquer en vente d'héritage, où la fixation de l'intérêt doit être regardée comme faiſant partie du prix ; on le penſe ainſi au châtelet : ce qu'on pourroit même étendre dans le cas de la vente d'un office. Voyez l'arrêt du 21 juin 1703 ; cité dans une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 510.

DISTINCTION VI.

Combien on peut demander d'arrérages d'une rente fonciere.

XXXVI. On peut en demander quarante années, lorſque l'action hypothécaire conventionnelle eſt jointe à la perſonnelle, la premiere prorogeant l'autre de dix années ; prorogation que quelques-uns conteſtent, & qui eſt cependant légitime.

C'eſt une routine de praticiens qui n'a aucun vrai fondement dans le droit, que de ne conclure comme on fait ſouvent, qu'en la condamnation de 29 années. Loyſeau s'eſt élevé contre cet abus ; il eſt vrai qu'il ſe réduit à dire qu'on en doit demander 30 années, mais il fait abſtraction de l'effet de l'hypothéque dont la jonction prorogeant l'action de 10 années, fait ouverture à demander 40 années.

XXXVII. Lorſqu'il n'y a point d'hypothéque conventionnelle, on ne peut en demander que trente ans : mais dans tous les cas les arrérages de ces rentes ne ſont pas ſujets à la preſcription des cinq ans ; cette preſcription étant limitée aux rentes conſtituées à prix d'argent. En effet, l'action, le droit pour ſe faire payer des arrérages de ces rentes, dure autant que le titre même, l'uſure, par rapport à ces arrérages, n'étant jamais à craindre, puiſque leurs arrérages tiennent lieu des fruits d'un immeuble que le détempteur fait ſiens.

Voyez l'arrêt du 21 juin 1703, cité dans une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 510, & qu'on a déja ci-deſſus indiqué ; & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

☞ L'action hypothécaire conventionnelle jointe à la perſonnelle, dure en effet 40 ans, mais il n'en ſeroit pas de même de l'action hypothécaire réſultante d'une condamnation ; cette action hypothécaire quoique jointe à la perſonnelle, ſe preſcrit par 30 ans : arrêt du 12 août 1608 ; Morn. partie 5, ch. 78 ; Henris, tom. 1, liv. 4, queſt. 75, & Lebrun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 1, nomb. 45 ; mais il y a des coutumes où la preſcription eſt uniforme, & s'opere indiſtinctement par 30 ans.

TITRE SIXIEME.

DES DIXMES.

CHAPITRE PREMIER.

DES DIXMES APPARTENANTES AUX CURÉS.

SECTION PREMIERE.

DE LA QUALITÉ DE CETTE DIXME.

I. PAR la loi divine les lévites ne devoient avoir aucune part dans le partage de la terre promiſe, exemple qui ſe réaliſe pour les miniſtres de nos autels, auxquels il a été bien juſte d'accorder une portion des fruits qui ſe multiplient & qui ſe conſervent par leurs prieres; c'eſt ce que cette loi a établi à l'égard des juifs, par le nouveau teſtament: on ne peut plus regarder la dixme comme un droit divin; mais par cette nouvelle loi, les chrétiens comme les juifs ſont obligés de fournir aux eccléſiaſtiques le néceſſaire; ainſi c'eſt à préſent un droit naturel, auquel la ſageſſe des loix du royaume a pourvu dans ſon origine; chez les premiers chrétiens c'étoit libéralité. Voyez *Chriſtianus lupus.*

C'eſt par cette ancienne & reſpectable origine que la dixme eſt regardée comme étant de droit divin; ſur cette qualité de la dixme, voyez Baſſet, tom. 2, liv. 1, ch. 1, & la troiſieme propoſition ci-après; ce qui ne doit s'entendre qu'avec l'explication que contient la propoſition; car comme le dit le cardinal Bellarmin, la dixme eſt dûe par les Chrétiens, *non verbo, ſed exemplo*, ſoutenir le contraire, c'eſt erreur des ultramontains.

II. Lorſque la dixme appartient au curé, elle appartient à ſon vrai maître; c'eſt lui qui ſupporte le poids du joug, c'eſt lui qui rompt le pain de la parole; c'eſt par une juſte compenſation que ceux à qui il le diſtribue, contribuent par leur travail à ſa ſubſiſtance, pour l'affranchir des ſoins que les beſoins de la vie entraînent avec eux, & le laiſſer tout entier aux fonctions de ſon ſaint miniſtère, en ſe conformant aux loix du royaume, ou à l'uſage de la paroiſſe qui en tient lieu.

Voyez l'édit de François I, de 1543, celui par lui donné à Boulogne-lès-Paris, le 24 juillet 1568, & les art. 49 & 50 de l'ordonnance de Blois de 1579, & l'art. 29 de l'édit de Melun de 1580.

III. Cet établiſſement eſt ſi ancien & ſi juſte, qu'il a toute la faveur d'un droit divin; il en eſt une juſte conſéquence: mais les dixmes ne ſont pas de droit divin, quoique des auteurs l'aient avancé; c'eſt la ſubſiſtance des miniſtres, c'eſt-à-dire, des curés, qui eſt de droit divin ou plutôt de droit naturel, & même ſimplement un droit humain, comme on l'a expliqué par la premiere propoſition de cette ſection; en effet, il eſt indifférent qu'il y ſoit pourvu par les dixmes ou autrement; mais de droit commun les dixmes appartiennent aux curés, leur clocher eſt leur titre.

Voyez l'art. 50 de l'ordonnance de Blois; la note ſur la premiere propoſition de cette ſection; St. Matthieu, chap. 10 & 11; St. Luc, ch. 10; St. Paul, dans ſa premiere épître aux Corinthiens: voyez le cardinal Bellarmin, liv. 1, *de clericis*, ch. 25, pag. 1107, où il établit que c'eſt une erreur que de ſoutenir que par le droit divin les chrétiens ſoient obligés de payer à leur paſteur la dixieme partie des fruits de leurs terres. Voyez Dumoulin, en ſon conſeil ſur le concile de Trente, art. 88.

IV. La dixme eſt ordinairement fixée à la dixieme portion des fruits décimables; & c'eſt de cette fixation que ce droit a tiré ſa dénomination, & ce ſans diſtraction.

Elle eſt dûe ſans diſtraction des impenſes & charges: Papon, liv. 1, tit. 12, art. 12; mais cette fixation eſt purement locale, c'eſt ce que dit le cardinal qu'on vient de citer: voyez le cinquante-troiſieme canon du quatrieme concile de Latran; Covarruvias, liv. 1, *variarum reſolutio*, chap. 17, num. 2, pag. 217; on a déja obſervé que parmi les chrétiens, la dixme dans les premiers tems, étoit libéralité; les premieres loix qui la conſervent ſont de Charlemagne: voyez Bardet, tom. 2, liv. 3, ch. 30.

V. C'eſt l'uſage du lieu qui fixe la quotité de la dixme, & cet uſage eſt la loi ſuprême; donc il ne faut pas s'en écarter lorſqu'il s'agit de fixer la quotité de la dixme.

Arrêt du 18 août 1672, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. ch. 15; Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 37: mais dans chaque paroiſſe, les dixmes doivent être payées également, tant par le ſeigneur que

par les paroiſſiens; Baſſet, tom. 1, liv. 1, tit. 6, ch. 5.

VI. Si l'uſage eſt incertain, il faut ſuivre celui des paroiſſes voiſines, & s'il y avoit incertitude dans les unes & les autres, il faudroit ſuivre le droit commun, & fixer la quotité à la dixieme portion.

Telle eſt ſur ce, l'opinion commune: pluſieurs de nos coutumes ont parlé des dixmes; voyez la coutume de Nevers, ch. 12, celle de Berry, tit. 10, des droits prédiaux, art. 16, 17 & 18, & celle d'Auvergne, chap. 17, des preſcriptions, art. 18.

VII. Le curé qui jouit de la dixme n'a pas droit de prémices.

Voyez Henrys.

SECTION II.

Des fruits ſujets à la dixme.

VIII. Tous les gros fruits y ſont ſujets; tels ſont le froment, le ſeigle, l'orge & l'avoine. Sur de tels fruits la dixme eſt de droit; il n'en eſt pas de même des bois, abſtraction faite de leur diſtinction, s'ils ſont de haute futaie ou taillis; car dans l'un comme dans l'autre cas, la dixme n'eſt pas de droit, & n'eſt que locale, & ne peut être demandée ſur le bois de haute-futaie, mais ſeulement ſur les taillis, & dans les lieux où on eſt en uſage de la percevoir, à l'exception des bois qui ſont employés pour le chauffage & l'uſage de celui qui a fait faire la coupe.

Voyez les propoſitions ſuivantes, qui ajoûtent à celle-ci; & quant à la dixme ſur les bois, voyez Baſnage, ſur la coutume de Normandie, tit. de juriſdiction, pag. 23 & ſuiv. les remontrances du clergé faites en conſéquence de l'aſſemblée de 1605, & le procès verbal de celle de 1685.

IX. Les menus grains y ſont pareillement ſujets, ſauf l'uſage de certains lieux dans leſquels ils en ſont affranchis.

L'uſage eſt ſur ce, la premiere régle & une maxime conſtante dans cette matiere.

X. Le vin eſt un gros fruit, & par conſéquent ſujet à la dixme; il eſt ainſi que les deux objets précédens, & ceux qui ſuivent un fruit naturel, ſur leſquelles ſortes de fruits il peut y avoir droit de dixme; mais il n'y en a jamais ſur les fruits civils.

Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 33, c'eſt dixme de droit, ainſi que les deux précédentes, & non ſimple dixme d'uſage; cependant anciennement elle n'étoit que d'uſage, voyez Grimaudet, des dixmes, liv. 3, ch. 3, pag. 55; & Feuvret, liv. 6, ch. 1, pag. 127 & 128.

XI. Elle eſt dûe ſur les foins, ſainfoins & bourgogne, de même ſur le chanvre, ce que l'uſage doit régler; car il eſt impérieux en cette matiere, de même que c'eſt la convenance qui régle ſur les changemens de la ſurface.

Dans les lieux où ces fruits ne ſont ſujets à la dixme, ſi on a changé la ſurface de la terre, & que d'une terre produiſant grains, on en ait fait une prairie, la dixme en eſt dûe par la déclaration de 1635; elle eſt rapportée dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 2: en effet, les curés ne doivent pas ſouffrir une diminution à leur juſte poſſeſſion par ce fait d'un tiers; il faut obſerver néanmoins que comme ce ſont les fruits qui doivent la dixme, & non la terre, dès que les fruits ne ſont point ſujets à la dixme, il n'en eſt point dû, & chacun eſt maître de changer la ſurface de la terre, & de la mettre en fruits décimables & non décimables; c'eſt une ſuite de ſon droit de propriété; la dixme de ſubrogation n'eſt donc point dûe dans ce cas de changement de la terre en fruits non décimables, ſi ce n'eſt lorſqu'il y a fraude & affectation, & que la ſubſiſtance du curé pourroit en ſouffrir, comme lorſqu'on fait un changement notable dans la paroiſſe, comme du tiers, autrement la dîme n'eſt pas dûe; voyez la note de Nouet, dans les éclairciſſemens ſur le traité des matieres bénéficiales de Fuet, dont il étoit cenſeur: par arrêt du 11 novembre 1670, rendu en la quatrieme chambre des enquêtes, contre le curé de Ribecourt, il a été jugé que la dixme des foins dans cette paroiſſe, n'étoit ni menue ni verte dixme; ce qui prouve qu'en cette matiere, c'eſt l'uſage qui détermine. Voyez les déciſions, concernant les curés, pag. 60 & 61, pag. 48 & 49.

XII. Les autres fruits en ſont communément exempts, ſi cet uſage impérieux n'y eſt contraire; l'uſage devant toujours décider ſur cette matiere: par exemple, ſur les agneaux.

Elle n'eſt pas dûe des laines & des agneaux, que lorſque tel eſt l'uſage des lieux; arrêt du 2 mars 1670, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 35; ſur les dixmes inſolites, voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3. queſt. 29.

XIII. Les légumes ne ſont pas ſujettes à la dixme, ſi l'uſage n'eſt au contraire; uſage contraire qu'il a fallu établir dans les paroiſſes, dans l'étendue deſquelles les habitans cultivent principalement des légumes.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant; en effet, en ce cas, telle dixme doit être regardée comme groſſes dixmes, telle étant celle qui ſe perçoit ſur le principal produit d'une contrée.

XIV. Tous les fruits, tels qu'ils ſoient, qui naiſſent dans les jardins & enclos deſtinés pour l'ornement des maiſons & la promenade, ne ſont pas ſujets à la dixme; telle eſt la régle générale.

Voyez l'arrêt du 23 août 1664, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 44; & la propoſition qui ſuit qui limite celle-ci: il y a même des pays où chaque laboureur peut avoir une certaine quantité de terrein exempt de dixme; voyez l'arrêt du 20 avril 1630, confirmatif d'une ſentence du ſénéchal d'Angoulême; le parlement de Toulouſe a ſuivi cette juriſprudence: voyez Dolive, en ſes queſtions notables, liv. 1, ch. 14, pag. 61; mais par arrêt

arrêt du conſeil d'état, rendu ſur les remontrances du clergé du 10 août 1641, il a été ordonné que la dixme ſe percevroit ſur toutes les terres enſemencées & chargées de fruits décimables, à l'exception des jardins & enclos; ce qui forme la propoſition qui ſuit, qui concerne les changemens.

XV. Mais ſi l'on fait enclorre des terres qui produiſoient des fruits décimables, la clôture n'anéantit pas le droit de dixme qui eſt toujours dû ſur le fruit décimable, ſi la terre en produit, & ſi elle n'en produit plus, & que la ſurface de la terre ait été changée, il eſt dû un dédommagement au curé, qui ſe fixe à la valeur de la dixme que la portion de terre renfermée dans des murs produiroit au curé, ſi elle étoit cultivée comme auparavant; ce qui doit s'entendre avec les reſtrictions ci-deſſus, c'eſt-à-dire, lorſque par-là le curé ſouffre une diminution notable.

Voyez l'arrêt de 1664 qu'on vient de citer, & un autre arrêt antérieur rendu contre le fils de M. Anne Robert, ſeigneur cenſier de Villetaneuſe, au profit du curé de S. Martin de la ville de S. Denis: cet arrêt, confirmaif d'une ſentence des requêtes du palais, eſt du 22 mars 1622; la ſentence & l'arrêt ſont rapportés dans la troiſieme partie des mémoires du clergé, tit. 1, ch. 1, num. 51 & 52, tom. 3, pag. 62: voyez auſſi Baſnage, ſur la coutume de Normandie, tit. de juriſdiction, tom. 1, pag. 26; cette juriſprudence eſt ancienne, car par une chartre de Philippe-le-Hardi, du mois de mars 1274, il fut accordé deux muids de grains au curé de Charenton & au chapitre de S. Marcel, à cauſe de 27 arpens de terres cultivées, qui avoient été renfermés dans le nouvel enclos de Vincennes.

☞ La dixme eſt dûe des fruits qui y ſont ſujets produits dans tous les clos, on n'en excepte que les maiſons habitées, cours & jardins en dépendans. Arrêt du 25 janvier 1740, entre le chapitre de S. Michel de Beauvais & les habitans de Neuville: mais la juriſprudence du grand-conſeil eſt différente, car par un arrêt du 5 mars 1745, il a admis la preuve du fait articulé par un curé qu'il avoit la poſſeſſion immémoriale de percevoir la dixme des arbres fruitiers à haute tige, dans toute l'étendue de ſa paroiſſe, même dans les jardins & clos joignans l'habitation des particuliers: le même tribunal avoit précédemment rendu différens arrêts conformes à ce dernier; voyez Deniſart, *verb.* dixmes.

XVI. Dans le cas de l'article précédent on a coutume de s'abonner avec le curé, mais l'abonnement ne vaut qu'avec le curé qui l'a fait, & non contre ſes ſucceſſeurs, principalement ſi la portion de terre entourée de murs eſt remiſe en ſa premiere valeur & en culture de fruits décimables. Quant aux marais deſſéchés la dixme y eſt modique.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet: quant à la derniere partie de la propoſition, voyez l'édit du mois de janvier 1607, les mémoires du clergé, tom. 3, pag. 132, & l'arrêt du 10 juillet 1623, dans le journal des audiences.

XVII. La dixme ſe perçoit auſſi ſur les agneaux & ſur la tonture des brébis; c'eſt l'uſage qui détermine ces ſortes de dixmes, qu'on appelle dixmes graſſes, ainſi que celle qui ſe perçoit ſur les cochons; ſur la queſtion de ſavoir, ſi elle peut être dûe ſur le poiſſon. Voyez Dolive, queſt. not. liv. 2, chap. 4, p. 254.

Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 31 & 32; voyez l'arrêt rendu au profit du curé de Vertilly, contre les céleſtins de Sens, du 3 mai 1648.

XVIII. Il n'eſt jamais dû de dixme perſonnelle, nul ne la doit ſur le produit de ſon négoce; nul curé, ni autre miniſtre du Seigneur, ne peut l'exiger; ce ſeroit un attentat à l'autorité royale.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, chapitre 3, queſt. 28; elle eſt dûe par le droit canonique romain: mais ces décrets qui en ordonnent le payement, n'ont nulle autorité en France, les dixmes ſe réglant, parmi nous, par la diſpoſition des ordonnances, & la juriſprudence des arrêts, & non par ces décrets.

SECTION III.

Comment la dixme doit être perçue.

XIX. La dixme des grains ſe paye ſur le terrein ou champ qui les a produit, & non autrement; ainſi le domicile de celui qui cultive n'eſt point à conſidérer, nos uſages rejettant toutes dixmes perſonnelles, & par conſéquent dixmes de ſuite; c'eſt droit purement réel; il en eſt autrement dans le Nivernois.

Voyez Baſſet, tom. 1, liv. 1, tit. 6, chap. 4: ſur la ſeconde partie, voyez Coquille.

XX. Celle du vin ſe paye au preſſoir, dans lequel lieu s'arbitre la quantité de la vendange, eu égard à ce qu'elle a produit de liqueur. De-là, il s'enſuit que la dixme n'eſt point portable, mais requérable; ce qui ſuit de ce que deſſus, autrement ce ſeroit ajouter à ſa charge.

Mais on ne doit point enlever les fruits que la dixme ne ſoit payée, ou celui à qui elle eſt dûe, duement averti; arrêt du 5 janvier 1667, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 8; autre du 5 juillet 1688, dans le cinquieme volume, pag. 215: ce qui conſerve les droits des deux intéreſſés; voyez la propoſition qui ſuit.

XXI. Pour éviter que ceux auxquels ce droit appartient, n'en ſoient fruſtrés, nul ne doit faire la récolte de ſon champ, que la récolte ne ſoit ouverte, & il doit, avant d'enlever, avertir celui à qui la dixme appartient.

Voyez les mémoires du clergé, partie 3, ch. 1, tom. 3, depuis la pag. 3 juſqu'à la pag. 21, où ſont rapportés les déclarations & les lettres patentes qui fondent la propoſition; voyez l'arrêt du 6 mars 1619, rapporté par Bouchel, liv. 2, ch. 78; l'art. 49 de l'ordonnance de Blois, confirmée par l'art. 18 de l'édit de Melun, & joignez à l'arrêt ceux cités ſur la propoſition précédente,

qui fondent également celle-ci, ainſi que la déclaration du 16 juin 1617.

XXII. Celui auquel le droit de dixme appartient, doit faire à ſes frais l'enlevement des fruits qui lui appartiennent pour ſa dixme, leſquels doivent être laiſſés ſur le champ qui les a produit. C'eſt la ſuite naturelle de ce que deſſus; mais le prépoſé par le curé pour la perception, ne doit pas choiſir dans toutes les gerbes, mais prélever ſur chaque tas de gerbes la quantité qui revient pour la dixme; autrement il en étendroit la fixation.

Voyez l'arrêt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, page 215.

☞ La dixme, tant de grains que de vins, ne ſe doit lever qu'à la meſure de la juſtice royale des lieux, & non à celle des Seigneurs hauts-juſticiers, ayant droit de meſure, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 17 mars 1716, & par un arrêt du grand-conſeil du 7 août 1721, rendu entre le prieur-curé de Villemain, & les habitans de la même paroiſſe; il a été ordonné qu'il ſeroit fait une meſure de fer étalonnée par le juge royal de Beaugenay, pour la levée de la dixme; comme auſſi que les habitans de ladite paroiſſe ſeront tenus d'avertir les dixmeurs deux jours avant l'enlevement de leurs grains, & de laiſſer la dixme ſur le champ après ledit tems.

XXIII. La dixme n'arrérage point: on ne peut demander que la derniere année, & non les précédentes, pour leſquelles il y auroit fin de non-recevoir: ce qui n'a lieu pour les dixmes abonnées; car les fruits ſeuls, & non le fond, ſont ſujets à la dixme ordinaire; & c'eſt une erreur des ultramontains d'attacher à ce droit, un droit d'hypothéque ſur le fonds.

Voyez l'arrêt rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 394, & la propoſition qui ſuit; la derniere partie de la propoſition eſt atteſtée par Dumoulin, ſur le troiſieme livre des décrétales, tit. 30, chap. 26, tom. 4, pag. 156: voyez, quant à l'abonnement, l'arrêt du mois d'août 1696, rendu au rapport de M. l'abbé de Vienne.

XXIV. De-là il s'enſuit que pour ſa décharge, celui qui la doit n'eſt point obligé de rapporter de quittance; à plus forte raiſon nul détempteur ne peut être pourſuivi pour la dixme due par ſon prédéceſſeur, à moins qu'il n'y ait eu contre lui ſentence de condamnation, laquelle par l'hypothéque qu'elle auroit produit, donneroit une action hypothécaire & droit de ſuite ſur l'héritage contre le poſſeſſeur d'icelui.

Telle eſt, ſur ce, la juriſprudence; ce qui a lieu même par rapport à l'acheteur des fruits qu'il a enlevé; Grimaudet, des dixmes, liv. 4, chap. 1, page 70.

☞ A l'égard de la dixme abonnée; Henrys, tom. 1, liv. 1, queſt. 36, eſt d'abord d'avis qu'on peut en demander vingt-neuf années d'arrérages; mais il ſe détermine à dire qu'il faut réduire cette demande aux cinq dernieres années; ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouſe du 24 juillet 1642, rapporté par Albert, verb. dixmes, art. premier, pag. 110.

Il y a encore un autre cas où la dixme s'arrérage; c'eſt entre décimateurs; de ſorte que ſi un d'eux a perçu pendant un tems la dixme qui appartient aux autres; ceux-ci le peuvent pourſuivre pour reſtituer ce qu'il a perçu induement, & de mauvaiſe foi; ſi le tems de ſa poſſeſſion n'eſt pas aſſez long pour opérer la preſcription, parce qu'autrement il profiteroit du bien d'autrui contre l'équité; arrêt du 13 décembre 1672, rapporté au journal du palais.

SECTION IV.

De l'action pour la dixme & du privilége pour icelle.

XXV. Le curé a action pour la derniere année, & ſi le débiteur alléguoit avoir laiſſé ſur ſon champ la portion de fruits qu'il falloit pour la dixme; le fait doit alors ſe vérifier par une preuve teſtimoniale, & celui qui a droit de dixme, qui eſt troublé dans la perception de ce droit, a l'action de complainte contre celui qui le trouble, & par ſa ſeule poſſeſſion il doit être par proviſion maintenu, ſauf à diſcuter par la ſuite le pétitoire.

Voyez dans le ſixieme & dernier livre, le titre de la complainte où il eſt établi que cette action milite pour tout droit réel, & par conſéquent pour celui de dixme.

XXVI. Pour exiger ce droit, le curé n'a beſoin d'autre titre que ſon clocher, ou plutôt que ſa qualité; c'eſt en effet à ſa qualité que ce droit eſt attaché, & ce droit eſt de ſa nature impreſcriptible, ſi ce n'eſt quant à ſa quotité; c'eſt la loi qui le donne & non la convention, ce qui le met à couvert de la preſcription, ſauf la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit: en effet, il faut conſidérer ce droit ſous deux aſpects: 1°. en ce qu'il doit fournir au paſteur la ſubſiſtance néceſſaire, en quoi ce droit eſt de droit naturel, & par conſéquent impreſcriptible de la part de ceux qui en ſont tenus naturellement & par état; 2°. il faut le conſidérer en ſa quotité, en quoi c'eſt un droit purement civil & local, & par conſéquent, preſcriptible comme tout autre droit de cette nature.

Voyez l'arrêt du 11 février 1641, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 37; & celui du 22 août 1684, rapporté dans le quatrieme volume, liv. 7, chapitre 24; Baſſet, tom. 2, liv. 1, chap. 1. Voyez auſſi dans le même journal un arrêt du 11 février 1641; & le troiſieme volume des mémoires du clergé, pag. 123; Forget, dans ſon traité des choſes décimables, chap. 3, num. 4.

XXVII. La quotité de ce droit eſt preſcriptible, enſorte que s'il étoit prouvé que pendant quarante ans il n'eût été payé qu'une certaine quantité de fruits, le curé n'en pour-

roit exiger d'avantage, encore que par l'ancienne poſſeſſion de lui ou de ſes prédéceſſeurs, il parut avoir droit de le faire; c'eſt une ſuite du principe qu'en cette matiere l'uſage eſt impérieux, & que c'eſt lui qui y décide, & ſuite du principe que ce droit, quant à ſa quotité, eſt ſujet à la preſcription comme étant en cette partie purement civil.

Sur l'impreſcriptibilité de la dixme, ou plutôt du droit d'icelle, abſtraction faite de ſa quotité voyez le Prêtre, centurie 2, chap. 27; dans cette preſcription on ne compte pas le tems d'abonnement; voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 38; en effet le payement de l'abonnement a fait reconnoiſſance ſur ſa preſcription, relativement à ſa quotité: ſur ſa preſcriptibilité voyez le cardinal Bellarmin de Cleviers, l. 1, ch. 25; Covarruvias, *variar. reſol.* l. 1, ch. 17, n. 10, p. 222; l'art. 50 de l'ordon. de Blois, l'art. 29 de l'édit de Melun, qui admettent la preſcription contre la dixme, ne s'entendent que de ſa quotité; mais la dixme locale eſt ſujette à preſcription: en effet, dès qu'on a ceſſé de la payer pendant 40 ans, c'eſt dixme inſolite, & toute dixme inſolite n'a lieu en France; c'eſt à quoi s'appliquent les ordonnances qu'on vient de citer. Il y en a ſur cela une poſitive du roi Philippe IV, qui eſt rapportée dans la troiſieme partie du ſtyle du parlement, tit. 35. Voyez Grimaudet, dans ſon traité des dixmes, liv. 3, chap. 6, pag. 60 & ſuivantes; mais pour que la preſcription ait lieu, par rapport à la dixme locale, il ne ſuffit pas qu'un ou deux particuliers ne l'aient pas payée, il faut que tout un canton ne l'ait pas payée: voyez l'arrêt du 11 juillet 1608, rapporté dans les actions notables de Servin, liv. 1, art. 24, pag. 235; quant à la preſcription de la ſimple quotité, elle eſt atteſtée encore par le Prêtre, cent. 2, chap. 31. pag. 474; c'eſt la diſpoſition de la coutume d'Auvergne, ch. 37, art. 18, qui forme un droit commun.

XXVIII. De même un curé voiſin peut par la poſſeſſion acquérir ce droit contre un autre curé; il a qualité pour poſſéder la dixme, & ſon impreſcriptibilité n'a lieu qu'en conſidérant le droit d'icelle comme paſſif: ce qui n'a pas lieu en faveur d'un évêque contre un curé, vu que le premier eſt le premier paſteur de la paroiſſe, aux biens de laquelle l'évêque, comme inſpecteur d'iceux, doit lui-même veiller, & il ſeroit dangereux d'admettre contre les curés, en faveur des évêques, l'effet de la preſcription.

Mais les religieux qui doivent être, quant à ce, conſidérés comme des laïcs, ne peuvent, par une poſſeſſion immémoriale, s'affranchir de la dixme; arrêt du grand-conſeil, du 31 août 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 3. chap. 31.

XXIX. Pour acquérir la preſcription dans les cas des deux articles précédens, il faut une poſſeſſion de quarante ans ſans trouble & ſans interruption; toute autre eſt inſuffiſante.

Voyez le titre des preſcriptions, où il eſt établi que toute preſcription contre l'égliſe eſt de 40 ans; mais, quoique la dixme ſoit impreſcriptible, cela ne s'entend pas de la dixme inféodée, qui étant poſſédée par un laïc, peut être preſcrite par un autre laïc; voyez Heurys, tom. 1, liv. 1, chap. 3, queſt. 26; il ſe détermine pour la preſcribilité, après avoir expoſé toutes les raiſons de douter, & le chap. 3 ci-après où cela eſt établi.

XXX. Venons à préſent aux priviléges de la dixme; la dixme eſt préférable au cens, au champart & autre droit ſeigneurial, parce qu'elle eſt plus ancienne que ces droits, que la terre y étoit ſujette avant que le ſeigneur la mît hors ſa main, & que celles qui ſont retenu y ſont encore ſujettes: fondemens inébranlables de ce privilége.

C'eſt la diſpoſition de l'art. [illegible] de la coutume de Mantes, qu'on peut regarder comme formant un droit commun dans le royaume.

☞ La propoſition eſt encore établie par le concile de Latran, dont eſt tiré le ch. 33: *Extrà de decim.* & par Guenois, conſér. des ordonnances, liv. 2, tit. 2, pag. 19; il rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 23 février 1608, qui l'a ainſi ordonné, & un autre arrêt du 13 mars 1625, qui a pareillement jugé que la dixme inféodée ſe prend avant le terrage & champart.

XXXI. Ce droit ne ſe purge pas par un décret, & pour la conſervation d'icelui n'eſt beſoin d'oppoſition au décret; autre privilége de ce droit fondé ſur ce qu'il eſt public & qu'il s'annonce de lui-même; ainſi, nonobſtant un décret, le nouveau titulaire conſerve la dixme, ſauf le partage du produit d'icelle, aux termes de droit entre lui & les héritiers de ſon prédéceſſeur.

Telle eſt la juriſprudence; voyez dans le dernier livre le titre des décrets; ſur le partage des fruits des bénéficiers, voyez Cheſnu, premiere partie de l'ordre eccl. tit. 1. pag. 26; Robert, pag. 429; le Prêtre, cent. 1, chap. 41; & Louet, let. A, chap. 11, & let. F, chap. 12, & let. S, chapitre 11.

XXXII. Cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, que le décret ne purgeroit pas ce droit, dans le cas même d'un enclos qui ſeroit ſujet en tout ou en partie à la dixme, comme ayant été compoſé de terres produiſans originairement fruits décimables & nouvellement encloſes; l'authenticité du décret devant céder à la faveur de ce droit, à moins que l'enclos ne ſoit très-peu conſidérable, & que la préſomption ſoit entiérement pour l'acquéreur qui a cru être dans le cas de l'affranchiſſement général des jardins & petits enclos, qui ordinairement ne ſont pas ſujets à la dixme; auquel cas le décret produiroit affranchiſſement; mais malgré toute la faveur de la dixme, celui auquel elle appartient ne peut contraindre le propriétaire du fonds à le cultiver; ce droit eſt ſur le fruit, non ſur le fonds: preuve de cette impuiſſance.

L'uſage fonde cette propoſition; & celle qui ſuit la confirme. Voyez Grimaudet, à la page qu'on cite ſur la propoſition qui ſuit.

XXXIII. Le propriétaire du fonds a droit d'en changer la culture à ſon gré, ce droit étant une ſuite de ſa propriété, & lui faiſant produire des fruits non des immeubles; la dixme (quoiqu'avant elle fut perçue ſur l'héritage) ceſſe d'être dûe par cette nouvelle culture : telle eſt la vraie régle, mais à préſent on s'en écarte.

Cela a lieu, encore qu'il n'y ait aucun abonnement; ſur les abonnemens de dixmes, voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, chap. 3, queſt. 36. Quant à l'effet de ce changement, il eſt atteſté par Grimaudet, en ſon traité des dixmes, liv. 3, chap. 3, pag. 55; ce qui eſt confirmé par Dumoulin, en ſes notes ſur les décrétales, tit. 3, ch. 3, tom. 4, pag. 157. Cependant cela n'eſt plus ſuivi, & en cette partie on a adopté l'opinion des Ultramontains, qu'on rejette en tous autres cas; opinion qui eſt de dire, que la dixme eſt dûe par le fonds, & non par le fruit; ce qui ne devroit être admis ici que lorſque le changement de culture fait une perte notable pour le curé, qui eſt dédommagé par les novales.

XXXIV. Comme les changemens ſur la ſurface nuiſent quelquefois aux curés, auſſi quelquefois lui profitent-ils, lui donnant par la culture des terres défrichées, un accroiſſement de dixme.

Voyez ſur les novales le chapitre qui ſuit, où cela eſt établi.

CHAPITRE SECOND.

DE LA DIXME APPARTENANTE AUX GROS DÉCIMATEURS, ET DES NOVALES.

I. LA dixme appartenante aux gros décimateurs, a tous les privilèges & produit les mêmes actions que celles qui appartiennent aux curés, mais elle n'eſt pas ſi étendue; cependant c'eſt toujours dixmes eccléſiaſtiques, puiſqu'elles n'appartient aux bénéficiers qui en jouiſſent que par le titre de leurs bénéfices de cette qualité; il s'enſuit que ſi le gros décimateur aliéne des terres dans l'étendue du canton où il a la dixme, & que l'aliénation ſoit faite avec affranchiſſement de la dixme, la dixme n'eſt pas dûe ſur les terres ainſi aliénées, mais ſans préjudice au droit de ſes ſucceſſeurs.

Voyez les propoſitions qui ſuivent, qui expliquent celle-ci; il y a un titre des novales dans la coutume de Nivernois, qui fonde la premiere partie de la propoſition; ſur ſa ſeconde partie, voyez l'arrêt du 16 mai 1637, rapporté dans le journal des audiences.

II. Dans la théſe générale, les gros décimateurs n'ont pas les menues & vertes dixmes, mais ces dixmes appartiennent au curé outre & au par-deſſus de ſa portion congrue qui lui eſt aſſignée, pour lui tenir lieu de ſa part & portion dans les gros fruits; de même les gros décimateurs n'ont point droit de dixme ſur l'ancien domaine de la cure, mais ils l'ont ſur le nouveau domaine; par exemple, celui délaiſſé pour l'acquitement de fondation; le premier eſt vraiment patrimoine de la cure, l'autre eſt pour ainſi dire celui du curé, auquel le gros décimateur doit fournir la portion congrue, & contribuer aux réparations de l'égliſe; celles du chœur & cancel étant à ſa charge; à quoi on peut appliquer les citations faites ſur la derniere propoſition du chapitre qui ſuit.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, du 13 août 1541, c'eſt le 22 de ſon recueil; Papon, liv. 1, tit. 12, art. 14; autre arrêt du 10 juillet 1669, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 14; Augeard, tom. 2, pag. 418 & 419. De ce que la portion qu'on appelle congrue lui eſt aſſignée pour lui tenir lieu de ſa part dans les gros fruits, il s'enſuit que c'eſt au gros décimateur à la lui fournir; c'eſt la diſpoſition préciſe de l'art. 6 de la déclaration du roi, du 5 octobre 1726; voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, chap. 3, queſt. 27; à la queſtion 6, il examine ſi les dixmes inféodées en ſont tenues; on verra par le chapitre ſuivant qu'elles en ſont tenues: voyez l'arrêt du 3 mars 1648, ci-deſſus cité, & rendu contre les Céleſtins de Sens; ſur la ſeconde partie, celui du 7 ſeptembre 1628, rapporté dans la troiſieme partie des mémoires du clergé; & celui du 3 mars 1648, rapporté par Blondeau en ſa bibliothéque canonique, ſous le mot *dixme*, tom. 1, pag. 502.

III. De même le gros décimateur ne jouit point des dixmes graſſes, elles appartiennent comme les précédentes au curé ou vicaire perpétuel; c'eſt droit attaché à ſa qualité: cependant ſi le gros décimateur avoit le titre ou la poſſeſſion en ſa faveur, en ce cas, les menues, les vertes & les dixmes graſſes lui appartiennent.

Arrêt du 18 août 1705, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 417, ci-deſſus cité, & ceux cité ſur la propoſition précédente.

IV. Les novales, c'eſt-à-dire, la dixme qui ſe perçoit ſur les terres nouvellement défrichées, appartiennent pareillement au curé ou vicaire perpétuel, ſi le gros décimateur n'a titre ou poſſeſſion contraire: on borne cette nouveauté à 40 ans, avant que le curé ait demandé la dixme, & outre cela le gros décimateur doit fournir au curé une portion congrue; obligation qui a été étendue à ceux qui jouiſſent des commanderies de l'ordre de Malte, dont les poſſeſſions ſont affranchies de la dixme, ſi mieux

n'aime celui qui jouit de la commanderie abandonner la dixme au curé.

Voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 15; Bardet, tom. 2, liv. 5, ch. 30; Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 43; Baſſet, tom. 1, liv. 1, tit. 6, ch. 9, incline pour le partage de ces dixmes entre le curé & le gros décimateur; voyez le même, tom. 2, liv 1, ch. 3; voyez la coutume de Nivernois, qu'on a déja ſur ce citée, quand à la ſeconde partie de la propoſition: cela a été ainſi jugé par arrêt rendu ſur les concluſions de M. Talon, le 28 novembre 1673: voyez Gueret, ſur le Prêtre, cent. 1, ch. 14, p. 39; ce qui eſt fondé ſur ce que la ſubſiſtance des curés eſt privilégiée au privilége accordé à l'ordre de Malte.

VI. La portion congrue d'un curé ou vicaire perpétuel, qui ne jouit pas des groſſes dixmes, eſt fixée à 300 liv. en deniers.

Voyez les déclarations des 19 janvier 1686, & 30 juin 1690.

VII. Si la groſſe dixme paſſoit de la main d'un gros décimateur dans celle du curé ou vicaire perpétuel de la paroiſſe, il ne ſeroit dû aucun droit d'indemnité au ſeigneur; c'eſt un bien qui retourne dans la main de ſon vrai maître, & il ne ſeroit pas ſujet au retrait.

Bacquet, du droit d'amortiſſement; Coquille, ſur Nivernois, ch. 12, art. 8; Pithou, ſur l'art. 74, des libertés de l'égliſe gallicane: quant à l'affranchiſſement du retrait, voyez Chopin, *de dom.* pag. 436, & les deux auteurs cités.

CHAPITRE TROISIEME.

DES DIXMES INFÉODÉES.

I. LES laïcs peuvent poſſéder des dixmes, & ſur les terres chargées de ces dixmes, on ne leve pas ordinairement la dixme eccléſiaſtique. Cependant il ſembleroit qu'il faudroit diſtinguer ſi la dixme inféodée a été vraiement eccléſiaſtique; auquel cas l'affranchiſſement d'une deuxieme dixme eſt juſte; mais ſi la dixme étoit un droit purement ſeigneurial, & auquel on auroit donné le nom de dixmes, il paroîtroit en ce cas, que la dixme eccléſiaſtique ſeroit dûe. Les laboureurs qui font valoir les terres qui en ſon chargés, n'étant pas moins obligés que les autres de contribuer à la nourriture de leur paſteur; mais on n'admet pas cette diſtinction.

Ce droit n'embraſſe pas les novales qui appartiennent au miniſtre du Seigneur, qui ſupporte le poids du joug; cependant le ſeigneur de fief qui eſt bien fondé à percevoir la dixme dans l'étendue de ſon fief, comme dixme inféodée, peut par une preſcription de 40 années preſcrire les novales; ainſi jugé par l'arrêt rapporté par Louet, let. D. num. 53: voyez celui du 12 janvier 1672, rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 92; ce qui prouve la capacité portée par la propoſition; ſur ſa derniere partie, voyez Coquille, ſur le ch. 12 de la coutume de Nevers.

II. Cette poſſeſſion de la dixme en faveur des laïcs, à titre de dixme inféodée, eſt fondée ſur l'inféodation, & la foi & hommage que le laïc rend à l'égliſe de ce droit, qu'il tient d'elle à ce titre: il eſt certain dans l'origine que c'eſt inféodation. C'eſt à ce titre qu'on poſſéde les dixmes inféodés: ce que leur propre dénomination prouve, & ce que l'on va expliquer.

Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 5: mais la foi & hommage dont on fait mention dans la propoſition, n'eſt pas un hommage marqué; ces inféodations ſe ſont faites dans le tems de l'inſurſion des Normands, qui dépoſſédoient l'égliſe qui cédoit une portion de ſes poſſeſſions; pour être maintenu dans l'autre; ainſi cet hommage dont on a fait mention, n'eſt qu'un hommage intérieur, un juſte ſouvenir de la protection, ſous la charge de laquelle, l'inféodation a été faite dans ſon origine: auſſi ne voit-on point ici ni de forme, ni de tems, ni de peines concernant cet hommage intérieur en juſte ſouvenir de la cauſe de l'inféodation; c'eſt ainſi que ceux qui ont examiné les dixmes inféodées à fonds, & dans leur origine, les ont déſignés, & c'eſt par cette cauſe, par cette origine, ainſi que par le tems & la longue poſſeſſion, que les dixmes inféodées ſont, comme les fiefs, devenues patrimoniales, & comme telles qu'on les comprend dans les aveux & dénombremens, qui, par gradation, remontent juſques au roi, comme à leur dernier terme, puiſque toute terre, tout droit réel releve de ſa majeſté, médiatement ou immédiatement.

III. Comme ce droit de dixmes inféodées, auroit pû par ſucceſſion de tems, dépouiller l'égliſe d'un droit qui lui eſt ſi précieux, on l'a reſſerré dans des limites fort étroites; en effet, dans la théſe générale, nulle dixme n'eſt cenſée inféodée, ſi l'inféodation n'eſt antérieure au concile de latran, tenu en l'année 1180, ſauf la limitation qui ſuit.

Voyez Lapeyrere, let. D, ſur le mot (dixme) pag. 94, de l'édition de 1725, & la propoſition qui ſuit, qui limite celle-ci en l'expliquant; auſſi c'eſt pour ſe conformer à ce concile que les ſeigneurs qui ont donné leur terre à la charge d'une eſpece de dixme, l'ont appellée champart, qui eſt un droit vraiment ſeigneurial, quoiqu'une eſpece de dixme, ce qu'on peut dire du droit de terrage.

IV. Cependant on n'eſt pas obligé de rapporter le premier titre d'inféodation, il ſuffit de rapporter des aveux & dénombremens juſtifians une poſſeſſion de tems immémorial; en ce cas, l'inféodation eſt cenſée antérieure au concile de Latran.

Voyez Louet, let. D, num. 35; le Prêtre, cent. 1, num. 13; Dumoulin, ſur l'ancienne coutume de Paris, §. 67, pag. 661; Coquille, ſur Nivernois, pag. 183; Grimaudet, des dixmes, pag. 25; Forget, des choſes décimables, pag. 1: Fevret, pag. 134; le commentaire ſur l'art. 74 des libertés de l'égliſe gallicane, & une ordonnance de S. Louis, de 1269: mémoires du clergé, tom. 3, pag. 139.

V. Les dixmes inféodées ſont purement temporelles & domaniales, & comme telles celui à qui elles appartiennent, en peut diſpoſer comme d'un bien qui eſt dans le commerce; en quoi nous ne ſuivons pas le droit canonique romain.

Louet, let. D, num. 9; Dumoulin dans ſes notes ſur les décrétales, tom. 4, pag. 156.

VI. Celui qui poſſéde des dixmes inféodées, doit fournir portion congrue au curé, s'il n'a de quoi ſubſiſter; mais ſubſidiairement ſeulement, & après l'épuiſement de la dixme eccléſiaſtique.

Louet, let. D, num. 8; Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 6 & queſt. 27; Lapeyrere, pag. 94, la déclaration de 1686 & celle de 1690 peuvent ſervir à la propoſition qui eſt contredite par Grimaudet, en ſon traité des dixmes, liv. 2, ch. 8, num. 21 & 22, pag. 46.

VII. Si la dixme inféodée retourne à l'égliſe, il n'eſt dû aucun droit d'indemnité ni d'amortiſſement; c'eſt le patrimoine de l'égliſe.

Voyez Bacquet, du droit d'amortiſſement, & la derniere propoſition du chapitre précédent. Par le même principe, la dixme inféodée, quoique propre au vendeur & acquiſe par le curé, n'eſt ſujette à retrait lignager; Papon, liv. 1, ch. 1, tit. 12, art. 13.

☞ L'ordonnance de S. Louis de 1269, rapportée par Guenois dans les conférences des ordonnances, exempte l'égliſe du droit d'amortiſſement pour les dixmes inféodées: néanmoins Dupuy, en ſon commentaire, art. 74, des libertés, dit que le laïc peut donner ou vendre tels fiefs à l'égliſe, & rapporte deux amortiſſemens des années 1412 & 1413; enſemble l'arrêt de la chambre des comptes, qui déclare que ſi la dixme étoit vendue à gens d'égliſe, ils ne pourroient la tenir ſans amortiſſement du roi: mais par l'art. 3 de l'édit du mois de Juillet 1708, les bénéficiers & communautés eccléſiaſtiques ſont maintenus dans la jouiſſance des dixmes inféodées, dépendantes de leurs bénéfices, ſans payer au roi aucun droit d'indemnité ou d'amortiſſement.

VIII. La dixme inféodée ſe paye ſur le champ, & n'arrérage pas; elle retient ſa premiere nature, & celui à qui elle appartient, a l'action perſonnelle contre les détempteurs, & l'action en complainte contre ceux qui le troublent dans ſa poſſeſſion, qui l'aſſujettit à contribuer aux réparations de l'égliſe; mais il n'y eſt ſujet qu'après avoir épuiſé la dixme eccléſiaſtique.

Voyez le titre de la complainte où cela eſt établi: en effet, ce droit eſt droit réel. La complainte y a donc lieu, ſur la charge au ſujet des réparations: voyez le Prêtre, cent. 1, chap. 91; Loüet, let. R, ch. 50, & Peckins, en ſon traité *de ſancto ſanctis & catholicis Chriſti eccleſiis reparandis*: cette charge eſt limitée au chœur & cancel; mais ſont-ils tenus de fournir les vaſes & les ornemens? ſur cela beaucoup de variété dans les opinions & dans les jugemens; mais malgré cette variété, toute la faveur eſt du côté des habitans: voyez Brodeau, ſur Louet, lett. R, ch. 50; l'auteur des définitions de droit canonique, pag. 698; le 8 canon du concile de Pontreau-de-mer; l'arrêt du 22 février 1650, rapporté par Dufreſne; l'art. 52 de l'ordonnance de Blois, & l'art. 3 de l'édit de Melun.

☞ Sur la queſtion de ſavoir ſi les décimateurs ſont tenus de fournir les calices & les ornemens, voyez l'édit de 1695, art. 21; il les aſſujettit à fournir les calices, ornemens & livres néceſſaires au défaut de la fabrique. Ainſi quand le bien des fabriques eſt ſuffiſant, après toutes les charges payées, ce ſont elles qui fourniſſent ces objets; mais elles en ſont déchargées en repréſentant le compte & l'état de leurs charges, & ſi dans la ſuite elles deviennent plus opulentes, les gros décimateurs doivent être déchargés de cette fourniture. Il faut cependant excepter les lieux où l'uſage a aſſujetti les gros décimateurs à cette charge: dans le doute, on doit aller toujours au ſoulagement des fabriques & des paroiſſiens, les dixmes devant par elles-mêmes contribuer à toutes les charges eccléſiaſtiques.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES EXEMPTIONS DE DIXMES.

I. NUL n'eſt exempt de payer la dixme, s'il n'a pour ce privilége du pape, bien & duement vérifié en parlement: ce qui s'entend d'une exemption totale; car quant au plus ou au moins, quant à la quotité de la dixme, elle dépend entiérement de la puiſſance temporelle.

La poſſeſſion, telle qu'elle ſoit, lorſqu'elle n'eſt pas accompagnée de titre, n'en peut fonder l'exemption; arrêt du 22 août 1684, rapporté dans la quatrieme partie du journal des audiences, liv. 7, ch. 24: voyez les décrétales, liv. 3, tit. 30, ch. 25; ce qui a lieu même pour les terres qui ſont données aux eccléſiaſtiques pour leur titre ſacerdotal, & pour celles appartenantes aux hôpitaux, voyez la gloſ. ſur le ch. 3, rapporté dans le 5 liv. des décrétales, tit. 5 des prébendes & dignités.

II. Les chevaliers de Malte ſont exempts de payer la dixme pour raiſon des héritages

dépendans de leurs commanderies, lorſqu'ils les font valoir par eux-mêmes : il y a d'autres exemptions, comme on le va voir ; mais celui qui eſt exempt de la dixme, aliénant & mettant hors ſa main l'héritage pour lequel militoit l'exemption, les curés rentrent dans la poſſeſſion des dixmes qui leur appartiennent de droit commun ; quant à l'ordre de Malte, pour que l'exemption ait lieu ; il faut que l'acquiſition ſoit antérieur à 1215.

Louet, let. D, num. 57 ; ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 12 mars 1644, rapporté par Brodeau, ſur Louet, à la lettre qu'on vient de citer.

☞ Les priviléges de l'ordre de Malte ne ſont pas reſtraints aux terres des commanderies que les commandeurs font valoir par leurs mains ; cet ordre a toujours été maintenu dans l'exemption même pour les terres qu'il donne à ferme. Il n'y a que le cas où il le donneroit à cens, où le cenſitaire ſeroit obligé de payer la dixme. Il eſt vrai que le clergé a fait différentes tentatives pour obliger l'ordre de Malte à payer la dixme des anciens domaines qu'ils donnent à ferme : il l'a demandé au roi dans ſon cahier de l'aſſemblée de 1635, art. 45 des remontrances, & l'a obtenu ; mais ces remontrances & les réponſes n'ont été vérifiées en aucune cour.

III. Les religieux de l'ordre de Cîteaux, en ſont auſſi exempts, ainſi que ceux de Prémontré ; mais il faut obſerver que cette exemption n'a lieu que pour les biens de leur ancienne fondation, & non pour tout ce qui leur a été donné depuis le privilége : privilége qui ne ſubſiſte qu'autant qu'il eſt autoriſé par le roi.

Arrêt du 7 mai 1681, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 13 ; autre du 18 juillet 1682, rapporté dans le même volume, liv. 8, chap. 22 ; voyez auſſi Henrys, tom. 1, liv. 1, ch. 3, queſt. 22, & Baſſet, tom. 1, liv. 1, tit. 6, ch. 8, & un décret du pape Adrien IV, qui eſt rapporté dans la premiere des anciennes collections, liv. 3, tit 26, chap. 16.

IV. Les autres religieux ne le ſont que des novales pour les terres par eux défrichées, & qu'ils cultivent par leurs mains.

L'uſage ſuffit pour fonder cette propoſition qui eſt fondée ſur l'art. 17 de l'ordonnance de Blois, & l'art. 14 de celle d'Orléans, qui établiſſans des exemptions de dixmes, établiſſent en même tems, qu'il ne ſeroit pas juſte de détruire les fonds deſtinés à l'entretien des paſteurs néceſſaires, pour les employer à la dévotion rétirée de quelques particuliers.

V. L'exemption donnée par le curé, ne milite que contre lui & pendant ſa vie, & non contre ſes ſucceſſeurs ; c'eſt droit qui de ſa part eſt inaliénable ; ſur l'exemption des dixmes, il faut obſerver que le pauvre eſt tenu de la payer comme le riche ; c'eſt plus uſage que vrai droit quant aux pauvres.

Voyez dans le premier livre, le chapitre de l'adminiſtration des biens de l'égliſe où cela eſt établi ; & ſur la derniere partie de la propoſition, voyez la premiere lettre de S. Paul aux Corinthiens, & le cardinal Bellarmin : en effet la dixme n'eſt pas aumône, mais vrai droit, dont l'étendue eſt fixée par les loix : *Dignus eſt enim operarius mercede ſuâ* : voyez Eſtius ſur le livre 4 des ſentences diſt. 25, §. 12 & 13, pag. 47 & ſuivantes ; & la nobleſſe du propriétaire ne l'exempte pas de payer le droit : cependant dans quelques provinces, il n'eſt que d'un vingtieme par rapport aux nobles ; ce qui n'y a lieu qu'à l'égard des fiefs, & non à l'égard des roture qu'ils acquiérent, & c'eſt ſur cet objet ſeulement que le clergé porta ſes plaintes, lors de l'aſſemblée 1606.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES JUGES QUI CONNOISSENT DES CONTESTATIONS SUR LES DIXMES,

I. LA quotité de la dixme, la forme de ſon exigibilité, étant abſolument du droit civil, la dixme n'étant de droit naturel qu'en ce que les peuples doivent naturellement la ſubſiſtance à leurs paſteurs, pour la fixaction de laquelle ſubſiſtance les ſouverains ont pu prendre la voie qui leur a paru la plus convenable. La connoiſſance des conteſtations ſur les dixmes appartient aux magiſtrats politiques, & non aux juges d'égliſe ; l'obligation de payer la dixme de la maniere qu'on la paye ſuivant nos uſages, étant fondé ſur les ordonnances & les arrêts, & non ſur la loi de Jeſus-Chriſt, dont l'interprétation eſt réſervée aux ſupérieurs eccléſiaſtiques ; c'eſt donc aux premiers & non aux autres à appliquer ou interpréter les loix dont l'exécution eſt confiée à leurs ſoins.

L'ordonnance de Philippe-le-Bel, de 1303 ; elle eſt rapportée dans la troiſieme partie du ſtyle du parlement, intitulée : *ordonationes, regiæ*, tit. 6, ſect. 5, page 497 ; celle de Philippe-le Long, de 1322 ; Dumoulin, en ſes notes ſur les conſeils d'Alexandre, atteſte que ces ordonnances ont été gardées inviolablement dans le royaume ; voyez Fevret, liv. 6, chap. 1, num. 6. pag. 130 ; cette juriſprudence eſt conforme à celle des autres royaumes catholiques ; il y en a un édit de l'empereur Charles-Quint, donné à Malines le 1 octobre 1520 ; un de Philippe II, roi d'Eſpagne, donné à Madrid en 1569 ; ſur cette conformité de juriſprudence, voyez Fevret, liv. 6, chap. 2, & Covarruvias, *pract. queſt.* chap. 35, pag. 115.

II. Le juge d'égliſe n'étant pas compétent pour décider les conteſtations ſur les dixmes eccléſiaſtiques ; à plus forte raiſon ne l'eſt-il pas par rapport aux dixmes inféodées qui ſont biens vraiment patrimoniaux.

Anciennement pour que le juge d'égliſe fût obligé de renvoyer une telle conteſtation devant le juge royal, il falloit d'abord faire preuve que la dixme étoit inféodée ; c'étoit abus qui ne ſubſiſte plus & qui ne ſubſiſtoit pas même du tems de Dumoulin, qui atteſte la ceſſation de cet abus, tom. 2, pag. 668 ; voyez Henrys, liv. 1, chap. 3, queſt. 6.

III. L'incompétence du juge d'égliſe eſt ſi conſtante, que celui même qui auroit procédé volontairement devant le juge eccléſiaſtique, pourroit ſe pourvoir par appel comme d'abus, en payant les dépens de la procédure abuſive.

Fevret, liv. 6, ch. 1, pag. 126 ; Brodeau, ſur Louet, lettre D, chap. 29.

IV. C'eſt un abus que de diſtinguer, par rapport à la compétence des juges ſur les dixmes, le petitoire d'avec le poſſeſſoire, & de regarder le premier comme ſpirituel pour en attribuer la connoiſſance aux juges d'égliſe; le petitoire, comme le poſſeſſoire, ne peut avoir d'autre fondement légitime que les loix de la ſouveraine puiſſance temporelle ; ainſi, les eccléſiaſtiques ne peuvent avoir le droit d'en connoître, qu'autant que les loix de l'état le leur donneroient.

Les autorités raportées ſur les trois propoſitions précédentes fondent celle-ci ; en effet, la poſſeſſion des dixmes étant toujours temporelle, & cette poſſeſſion décidant du fond, la nature du pétitoire devient indifférente par rapport à la compétence.

V. L'official d'un dioceſe peut connoître du petitoire des dixmes eccléſiaſtiques, lorſque les deux parties ſont ſoumiſes à ſa juriſdiction ; mais il n'en peut connoître ſi le défendeur eſt exempt de la juriſdiction de l'ordinaire.

Ainſi jugé au profit de l'abeſſe & couvent de Jouars, par arrêt du 16 mai 1631, rapporté dans le journal des audiences, liv. 2, chap. 97, pag. 152.

VI. Quand il s'agit de régler les limites de deux paroiſſes qu'on veut établir, cela ſe régle ordinairement par l'évêque qui détermine le troupeau, dont un curé peut-être chargé ; mais quand les paroiſſes ſont d'ancien établiſſement, & qu'il s'éleve une conteſtation entre les curés ſur leurs limites, l'official n'eſt pas juge compétent d'une telle conteſtation, la connoiſſance en appartient au juge royal.

Arrêt du parlement de Rouen, du 2 août 1557, raporté par Baſnage, en ſon commentaire ſur la coutume de Normandie, tit. de juriſdiction, art. 2, pag. 17.

VII. Les matieres décimales ne ſont pas de la compétence des hauts-juſticiers, la connoiſſance en eſt reſervée aux juges royaux à l'excluſion de tout juge de ſeigneur.

Baſnage, ſur la fin du titre de la coutume de Normandie qu'on vient de citer, où il cite un arrêt, qui l'a ainſi jugé, du 9 janvier 1665.

☞Dejouy, dans ſon traité des dixmes, penſe que les juges hauts-juſticiers peuvent connoître du payement des arrérages de la dixme, quand le fond du droit n'eſt pas conteſté, mais qu'ils ne ſont pas compétens quand il s'agit du fond du droit.

Par un arrêt du 4 février 1758, cité par Deniſart, verb. dixmes ; on a jugé que les conteſtations relatives aux matieres de dixmes, ne peuvent être portés dans les préſidiaux pour y être jugées en conformité du premier ou du ſecond chef de l'édit ; mais qu'elles doivent être portées aux bailliages royaux.

TITRE SEPTIEME.

DES RENTES ET REDEVANCES EN GRAINS.

SECTION PREMIERE.

COMMENT ON PEUT CRÉER UNE TELLE RENTE.

I. ON ne peut, avec des deniers, faire créer à ſon profit une rente ou redevance en grains ; des deniers ne peuvent former qu'une rente conſtituée, autrement ce ſeroit uſure.

Voyez l'arrêt du 14 juillet 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 97, & les citations ſur la troiſieme propoſition de cette ſection.

II. En effet, ce ſeroit autoriſer l'uſure, attendu que le prix des denrées augmente à meſure que l'argent devient plus commun, que d'admettre qu'on peut former une telle rente avec de ſimples deniers.

Voyez de Montholon, ch. 39 ; le Prêtre, cent. 1, ch. 35 : la vente des bleds en vert eſt même prohibé par les ordonnances.

III. De-là il s'enſuit que ſi un débiteur pour

pour de ſimples deniers, avoit eu la facilité de conſtituer une rente ou redevance en grains ou vin; telle rente ſeroit uſuraire, & comme telle réductible à ce que la ſomme capitale fournie auroit dû produire, & amortiſſable en rendant pareille ſomme; c'eſt ce qui réſulte du principe qu'on vient de poſer.

Voyez l'ordonnance de Charles IX, de 1565; Loyſel, tit. des rentes rég. 6; Louet & Brodeau, let. R, chap. 10 & 12, & le Prêtre, cent. 4, chap. 12.

IV. La rente ou redevance en grain ou en vin, peut être créée pour le prix de l'aliénation du fonds qui en produit ou qui en peut produire; & en ce cas, telle rente eſt valable & légitime; c'eſt ce qu'on a vu par le titre 5 ci-deſſus.

Voyez l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 97, & déja cité ſur la premiere propoſition de cette ſection.

V. Mais pourroit-on en conſtituer une pareille, en fourniſſant de la part du créancier, le capital de cette rente en même nature? Par exemple, en fourniſſant vingt muids de bled avec aliénation, peut-on ſtipuler que le débiteur payera juſqu'au rachat un muid de bled annuellement? Il ne paroît pas que l'ordonnance de 1565, proſcrive une telle convention; mais la régle générale la proſcrit, puiſqu'elle ſeroit plus onéreuſe qu'une vente de bleds en vert, qui néanmoins eſt prohibée; ainſi, je ne fais aucune difficulté de dire qu'une telle convention ne produit effet, & qu'elle ſe réduit ſuivant la propoſition troiſieme ci-deſſus.

Voyez Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition qui ſuit.

VI. Dans ce dernier cas, telle rente ſeroit regardée comme conſtituée par rapport aux arrérages, dont le créancier ne peut demander que cinq ans, & elle eſt toujours rembourſable en rendant pareille quantité que celle que le débiteur a reçu; il ſeroit même juſte de fixer la valeur, eu égard au tems du prêt.

Voyez Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 3, num. 3 & 4, où il établit qu'une rente fonciere ne peut être créée qu'en l'aliénation d'un héritage, ce qui proſcrit une telle rente & néceſſite ſon évaluation tant pour les arrérages que pour le capital; on a déja examiné les rentes foncieres en deniers; elles ont fait la matiere du chapitre unique du titre 5 du préſent livre; on continue ici cet examen, relativement à celles qui ſont payables en une certaine nature de fruits: on examinera par la ſuite les rentes conſtituées & celles de libéralité.

SECTION II.

Que nulle rente n'eſt préſumée rente en grain ou en vin, ſi elle n'eſt juſtifiée telle.

VII. Toute rente étant préſumée conſtituée à prix d'argent, comme on l'a déja vu en traitant des rentes foncieres, il s'enſuit de cette maxime, qu'on n'admet aucune redevance en grain ou vin, ſi elle n'eſt juſtifiée telle.

Notes ſur Dupleſſis, pag. 69; & telle eſt la pratique du châtelet; voyez Bouguier, let. R, chap. 7; le Preſtre, cent. 1, chap. 35, & le journal des aud., tom. 2, liv. 2, chap. 48.

VIII. Pour cette preuve, il n'eſt pas abſolument néceſſaire de rapporter le titre primordial; il ſuffit de prouver cette qualité par des titres nouvels: ils ſont pour ce ſuffiſans, ſi l'objet ſur lequel une telle rente eſt à prendre rapporte de tels fruits.

Mais cela ne ſeroit pas ſuffiſant, ſi l'objet ſur lequel telle rente ſeroit à prendre, étoit une maiſon; note citée ſur la précédente propoſition; c'eſt juſte exception.

IX. Ceſſant cette preuve, la redevance, quoiqu'en grains, eſt rembourſable en deniers, & préſumée conſtituée en deniers, ſauf la reſtriction expliquée par la ſection qui ſuit; la préſomption étant toujours pour le débiteur, & la faveur de ſon côté.

De Montholon, chap. 39; Louet, let. R, num. 12: Dumoulin, en ſes contrats uſuraires, queſt. 21, num. 215, le Prêtre, cent. 1, num. 35: voyez l'ordonnance citée ſur les deux propoſitions qui ſuivent; voyez l'ordonnance de Charles IX, de 1565.

X. Le rembourſement s'en doit faire en ce cas, ſur le pied du denier vingt, c'eſt-à-dire, en payant en une ſeule fois, par le débiteur, vingt fois la valeur en deniers de la redevance ſtipulée en grains, avec les arrérages lors dûs & échus; & les arrérages d'une telle rente ſont toujours appréciables & réductibles en deniers, ainſi que ſon rachat ou capital: l'exiger autrement ſeroit uſure.

Ordonnance qu'on vient de citer.

SECTION III.

Que la préſomption eſt contraire lorſque telle redevance eſt dûe au ſeigneur.

XI. Lorſque telle redevance eſt dûe au ſeigneur, la préſomption eſt qu'elle eſt telle; c'eſt-à-dire, fonciere & légitime dans ſon origine; la qualité du créancier fonde cette préſomption; c'eſt de ſa main que ſont ſortis les héritages étant dans ſa cenſive; de-là il s'enſuit qu'en ce cas, elle eſt inamortiſſable, &

que les arrérages d'icelle ne ſont ni réductibles ni appréciables en deniers.

Le ſeigneur a pour lui la préſomption ; le cenſitaire ne poſſéde dans l'étendue de ſa cenſive que ce qui eſt ſorti originairement de la main du premier ; c'eſt ce qui fonde la propoſition.

XII. Si le débiteur la ſoutient d'une autre nature, & rembourſable, c'eſt à lui à le juſtifier, puiſque la préſomption contraire eſt admiſe en faveur d'un tel créancier. Il faut cependant obſerver que faute par le ſeigneur de juſtifier que cette redevance lui eſt dûe par le premier titre d'accenſement, elle eſt preſcriptible ; mais les déclarations lui ſuffiſent pour la rendre légitime dans ſa perſonne & non rembourſable.

Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 158, & ci-devant le titre des cenſives, où il eſt parlé du ſurcens, & cela réſulte de l'art. 357 de la coutume.

SECTION IV.

De quelle nature eſt la redevance en grains.

XIII. Telle redevance eſt vraie rente fonciere, elle ne peut être autre ; de-là il s'enſuit qu'elle eſt de ſa nature inamortiſſable ; c'eſt la qualité attachée à toute rente fonciere, comme on l'a établi ci-deſſus, ſi la faculté de ſon rachat n'eſt ſtipulée.

Voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 35 ; Louet, let. R, num. 12, & les notes ſur Dupleſſis, page 169.

XIV. Cependant dans le cas de l'avant-derniere propoſition de la premiere ſection de ce titre, telle redevance ſeroit rembourſable, quoique dûe au ſeigneur, qui pour ſa création n'auroit fourni qu'un certain mobilier, qu'un capital en fruits, & non un fonds pour la création d'une telle rente.

C'eſt à-dire, ſi elle avoit été conſtituée en deniers ; ordonnance de Charles IX, de 1565, citée dans la note ſur Dupleſſis, pag. 169.

XV. Telle redevance ſe régit par la coutume dans l'étendue de laquelle l'héritage ſur lequel elle eſt à prendre eſt aſſis ; cela dérive du principe qu'elle eſt fonciere ; & par conſéquent, repréſentative de l'héritage ; c'eſt donc la coutume de l'héritage qui doit la régir, c'eſt l'effet légitime de cette repréſentation.

Voyez dans le livre premier, le chapitre Quelle loi régit les biens, & la ſection 2, du titre 5 du preſent livre ſecond, où cela eſt établi.

TITRE HUITIEME.

DES IMMEUBLES PAR LA DISPOSITION DE LA LOI.

CHAPITRE PREMIER.

DES RENTES PERPÉTUELLES CONSTITUÉES A PRIX D'ARGENT.

SECTION PREMIERE.

COMMENT CES RENTES SE PEUVENT FORMER, ET SUR QUEL PIED ON LES PEUT CONSTITUER.

I. NUL intérêt légitime, nul revenu annuel ; par conſéquent, nulle rente conſtituée ne ſe peut former ſans l'aliénation abſolue du capital ; telle aliénation eſt la premiere baſe de la rente conſtituée, & ſans laquelle telle rente ne peut être valable ; de-là il s'enſuit que dans la théſe générale, & hors les exceptions qu'on expliquera ci-après, le créancier n'en peut exiger le rembourſement ; cette impuiſſance eſt de l'eſſence de ce contrat, juſques-là que toute clauſe contraire eſt nulle.

La pureté de cette régle n'eſt exactement ſuivie que dans le reſſort du parlement de Paris ; voyez Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 172 : ſur la prohibition de toute ſtipulation d'intérêt, hors le cas de l'aliénation du capital, voyez l'ordonnance de Charles IX, du mois de mars 1567, & l'art. 65 de celle de 1510, de Louis XII.

II. Quoiqu'une piece de monnoie ne puiſſe par elle-même en produire une autre, néanmoins lorſqu'il y a abſolue aliénation du capital, on peut d'une ſomme de deniers s'en former un revenu annuel & légitime ; le bien public & le maintien du commerce l'ont fait autoriſer : telles ſont dans la raiſon les baſes de ces rentes ; elles en ont d'auſſi ſolides dans

l'autorité, puiſque ces deux puiſſances ont concouru pour les autoriſer.

Notes ſur Dupleſſis, troiſieme traité, ch. 2, pag. 159 & 160 : Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 6, pag. 15 & ſuivantes.

III. Approfondiſſons cette légitimité : par telle conſtitution le débiteur vend & céde au créancier ſes revenus juſqu'à concurrence de ce que ce capital qu'il a emprunté à ce titre doit produire naturellement ; telle eſt la baſe de la légitimité d'un tel intérêt, en le conſidérant de particulier à particulier ; il eſt une des premieres baſes du commerce.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 2, pag. 499 & ſuivantes. Ce qui fonde dans l'équité la légitimité d'un tel engagement de la part du débiteur d'une telle rente, c'eſt que par un tel emprunt il peut augmenter ſes revenus dans leſquels il donne portion à celui qui lui procure cet avantage ; juſte balance des intérêts de l'un & de l'autre des contractans, & dans laquelle le commerce en général trouve ſon avantage ; cependant malgré cela ces rentes ont été anciennement regardées comme odieuſes ; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 6, num. 7 ; mais à préſent elles ne ſont plus regardées comme telles. Cap. *Regimini extravag. comm. de emptione & venditione.* Sur les conditions ſous leſquelles ces rentes ont été autoriſées, voyez Dumoulin, des contrats & uſures, §. 81 & ſuivans ; Loyſel, en ſes opuſcules, page 129.

IV. Pour autoriſer la légitimité de ces rentes, qui forment preſque toutes les fortunes des habitans des grandes villes, les deux puiſſances du concours, deſquelles découlent l'ordre & le bien public, l'empire & le ſacerdoce ont concouru enſemble ; concours qui les met au-deſſus de toute critique.

Extravagantes de Martin V, de 1425 ; édit du mois d'avril 1574 ; Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, & au chap. 6, de la diſtinction des rentes ; telles ſont dans l'autorité les baſes de ces contrats.

V. Pour légitimer un tel engagement, il n'eſt pas abſolument néceſſaire que celui qui emprunte à ce titre ait des immeubles ; il ſuffit qu'il en puiſſe avoir, autrement cette facilité qu'on a introduite pour le commerce n'y ſerviroit preſque que d'obſtruction : le contraire eſt erreur ultramontaine.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 9, num. 5 & ſuivans, pag. 23 : on tient le contraire en Italie, mais rejettée en France ; ce qui eſt atteſté par Dumoulin, en ſon traité des uſures, num. 22. Double raiſon de ce ; ſi cette condition étoit néceſſaire, le contrat de conſtitution de rente qui eſt un des principaux reſſorts du commerce deviendroit preſqu'inutile, & l'induſtrie ſe couvre de tant de couleurs, que celui qui ne paroît pas avoir de revenus réels, trouve ſouvent le moyen de s'en faire de très-conſidérables par ſon travail & ſon induſtrie ; il faut donc permettre ce contrat de la part du débiteur qui n'a aucun immeuble : Loyſeau, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente, & c'eſt l'uſage général dans le royaume.

VI. Quant au produit de ces rentes, on ne peut les conſtituer qu'aux taux de l'ordonnance, c'eſt leur ſeconde baſe ; on vient de voir leur premiere qui eſt l'aniénation du capital : leur taux va donc faire la matiere de ce qui ſuit.

Ce taux de l'ordonnance eſt le denier 20, ou à 5 pour 100 d'intérêt ſuivant l'édit de 1665, enregiſtré au parlement le 29 Décembre 1665 ; l'arrêt d'enregiſtrement eſt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 30 ; & ce taux eſt celui qui ſubſiſte à préſent ; par l'édit du mois d'avril 1574, elles étoient au denier 12 ; par la déclaration de 1607, au denier 16, & par celle de 1634, au denier 18.

☞ Mais par un édit du mois de juin 1766, regiſtré au parlement le 30 du même mois, le roi a fixé le denier de la conſtitution à raiſon du denier 25 du capital, & fait défenſes à toutes perſonnes publiques de paſſer à l'avenir aucuns actes portant conſtitution de rente ſur un pied plus fort que le denier 25.

Par le même édit ſa majeſté déclare qu'elle n'entend rien innover aux contrats de conſtitutions, billets portans promeſſes de paſſer contrats de conſtitutions, & autres actes faits ou jugemens rendus juſqu'au jour de la publication du même édit, leſquels ſeront exécutés comme ils l'auroient pu être auparavant.

Mais à l'égard des promeſſes de paſſer contrat, antérieures à cet édit, à un denier plus fort que le denier 25, elles ont été aſſujettis, par une déclaration du premier juillet 1766, à la formalité d'un contrôle gratuit, dans les termes y portées ; faute de quoi elles ſont réduites au taux du denier 25.

VII. La ſtipulation d'un intérêt ou revenu plus fort eſt uſuraire, & par conſéquent vicieux, mais il ne vicieroit pas le ſurplus de l'engagement, il n'y a que l'excédent d'intérêt qui eſt annullé comme contraire à la loi ; le ſurplus comme légitime doit ſubſiſter.

Voyez Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 174 ; notes ſur Dupleſſis, pag. 160, & Dumoulin, des contrats & uſures, §. 93 & ſuivans.

VIII. Cet excédent de revenu illégitime peut, de la part du débiteur, s'imputer ſur le capital, & cette maniere de l'exercer lui eſt la plus favorable ; c'eſt le juſte effet de ſon illégitimité, & le moyen le plus prompt de la faire ceſſer.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 2, num. 10 & 11, pag. 504 ; & c'eſt droit commun dans le royaume.

SECTION II.

De la nature de ces rentes & de la faculté perpétuelle de les racheter.

(Art. 94 & 119 de la coutume).

IX. Quoique ces rentes ſe réduiſent à une

ſimple action, elles ſont néanmoins immeubles comme les rentes foncieres, & la coutume les rend telles ; c'eſt qualité purement légale.

La ſimple promeſſe de paſſer un contrat de conſtitution eſt telle ; arrêt du 24 mars 1661, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 23 : ce qui prouve à plus forte raiſon la propoſition, ainſi que l'art. 94 de la coutume qui y eſt formel : voyez les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre de la qualité des biens, art. 3 ; il y a deux coutumes contraires, Rheims & Vitry, art. 78 & 131 ; mais cette qualité d'immeubles hors le reſſort de ces deux coutumes, eſt du droit commun du royaume : voyez Loyſel, tit. des rentes, rég. 2, & le journal des audiences, tom. 2, liv. 4, chap. 55.

X. Les rentes foncieres le ſont par repréſentation ; celle-ci le ſont par la diſpoſition de la loi qui leur donne cette qualité, & elle n'a pas moins d'efficacité que l'autre ; & dans les unes comme dans les autres, c'eſt qualité légale qui milite pour l'hypothéque.

De ce que la rente conſtituée eſt immeuble, il s'enſuit que le ceſſionnaire d'une rente peut être pourſuivi en déclaration d'hypothéque de la part des créanciers de celui qui l'a cédée ; ce qui auroit lieu même dans le cas que l'acquéreur ſeroit domicilié dans une coutume qui les répute meubles ; arrêt du 19 août 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 408 ; voyez la ſection 10, ci-après, où cela eſt développé.

XI. De-là il s'enſuit qu'elles ſont ſuſceptibles de la qualité de propre ; cette qualité naît de celle d'immeubles.

L'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 1, on verra ci-après quelle coutume les régit.

XII. Il eſt de leur eſſence qu'elles ſoient racherables à perpétuité, c'eſt leur troiſieme baſe ; on a vu les deux premieres par la premiere ſection du préſent chapitre : l'aliénation du capital, leur réduction au taux de l'ordonnance dans les propoſitions ſuivantes ont établi la faculté perpétuelle de leur rachat.

Art. 18 de l'ordonnance de Charles VII, de 1441 ; Dupleſſis, traité des droits incorporels, liv. 3, ch. 2, tout au commencement, pag. 159 : & l'on rejette toutes clauſes qui tendroient à gêner cette liberté : cela eſt atteſté par Dumoulin, des contrats & uſures, §. 101 & 141 : voyez Loyſel, tit. des rentes, rég. 7, & Brodeau ſur l'art. 94 de la coutume.

XIII. Delà il s'enſuit que la faculté de les racheter eſt impreſcriptible ; c'eſt diſpoſition de la loi, non convention ; ainſi cette faculté ſubſiſte toujours nonobſtant tout laps de tems ; c'eſt droit commun, c'eſt diſpoſition préciſe des ordonnances inſérées dans la coutume.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 516 : Loyſeau du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 6, num. 10, pag. 16 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 119 de la coutume. En effet, cette faculté eſt inſéparable de leur nature, étant ſous cette faculté que ces rentes ont été autoriſées ; c'eſt ſur ce principe que l'art. de la coutume a été formé. Cependant, ſi par le titre il étoit permis au débiteur de rembourſer en pluſieurs fois, cette faculté de morceler, le rachat n'étant pas de l'eſſence du contrat, eſt preſcriptible ; Dupleſſis, des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 516 ; & c'eſt la juriſprudence du châtelet ; en effet, cette faculté n'eſt qu'une action ſujette à la preſcription.

XIV. Suivons les conſéquences ; de-là il s'enſuit que toute clauſe qui tendroit à affoiblir ou à gêner cette faculté, doit être rejettée comme contraire à la nature du contrat dans lequel on l'a inſérée, & comme étant prohibée par la loi ; mais telle clauſe n'anéantiroit pas le contrat dans le ſurplus ; ſurplus qui étant légitime doit avoir ſa pleine exécution.

Vitiatur & non vitiat ; voyez Bouchel, liv. 1, ch. 72 ; Dupleſſis, à l'endroit qu'on vient de citer, pag. 516, & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

SECTION III.

Comment s'en fait le rachat, & que le débiteur n'y peut être contraint.

XV. Le rachat de ces rentes ne peut ſe faire qu'en payant & rembourſant par le débiteur en un ſeul payement le capital de la rente & les arrérages échûs ; il n'eſt pas en ſa puiſſance de les morceler ſi la faculté ne lui eſt pas accordée par le contrat. Cependant, ſi par le contrat il étoit permis au débiteur de la rente de la rembourſer en pluſieurs payemens, il peut, en ſe conformant au contrat, morceler le rembourſement ; c'eſt exception fondée ſur la convention licite, & qui comme telle a ſon exécution, mais qui confirme la régle dont l'expoſition forme le commencement de la propoſition, ſauf ſur cette faculté, l'effet de la preſcription qu'on vient d'expliquer.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, ſur le fondement que telle convention eſt licite, & n'a rien de contraire à la nature du contrat ; le débiteur peut donc s'y conformer & agir en conſéquence.

XVI. Le rachat s'en fait ſuivant le cours des eſpeces lors d'icelui, & non ſuivant les eſpeces au tems de la conſtitution ; la liberté perpétuelle du rachat de ces ventes a conduit là.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. R, num. 90 ; Brodeau, ſur Louet, let. R, num. 8 ; à quoi on peut encore appliquer l'arrêt rapporté par Louet, let. R, num. 12 ; & celui rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 3, chap. 39, & liv. 7, chap. 4 ; voyez encore la note ſur Dupleſſis, pag. 169 & 170 ; & le Prêtre, cent. 1, chap. 35 ; & cela eſt regardé comme inconteſtable.

XVII. C'eſt une autre condition eſſen-

tielle à ce contrat, que le débiteur ne puiſſe être contraint au rachat; cette condition eſt la quatrieme baſe de ce contrat, & elle naît néceſſairement de l'aliénation abſolue du capital, ſauf l'effet du ſtellionat.

Dupleſſis, pag. 159, dit que cette impuiſſance du créancier d'exiger le rachat, eſt un des deux points en quoi conſiſte la ſubſtance de ces rentes; mais le ſtellionat fait ouverture à l'exigibilité. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XVIII. En effet, il n'eſt débiteur que d'un revenu annuel, charge qu'il dépend de lui de faire ceſſer par le rembourſement qui doit toujours être volontaire de ſa part; il y a plus, toute clauſe inſérée dans le contrat, qui tendroit à obliger le débiteur à rembourſer, ſeroit de nul effet, comme vicieuſe & uſuraire, & contraire à la nature de l'acte; c'eſt ce qui réſulte du principe qu'on vient de poſer.

Mais la nullité ſeroit limitée à une telle clauſe & n'influeroit pas ſur le ſurplus du contrat qui ſubſiſteroit, enſorte que les arrérages en ſeroient légitimement dûs; arrêt du 18 juin 1667, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 22; & tel eſt l'uſage du châtelet; alliance & modification qui conſervent la pureté des régles.

XIX. La malice & la cupidité rendent quelquefois la prohibition de ces ſortes de clauſes inutiles, ce qui arrive lorſque par le contrat le créancier a aſſujetti le débiteur à lui fournir des ſûretés, que ce créancier dur a bien prévû qui ne lui ſeroient pas fournies; ce qui ouvre l'action au rembourſement, mais comment parer à cette fraude, à cet artifice? c'eſt à l'acte qui n'a rien de vicieux en lui-même qu'il faut s'arrêter.

Voyez la ſection ſuivante, où l'on examine l'ouverture au rachat.

SECTION IV.

Des cas ſinguliers eſquels le débiteur d'une rente conſtituée peut être contraint au rachat.

XX. Lorſque le débiteur ne ſatisfait pas aux conditions ſous leſquelles le prêt lui a été fait à ce titre, telle inéxécution ouvre au créancier une action pour demander ſon rembourſement; c'eſt inexécution de la part du débiteur qui fonde cette action.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, que les propoſitions ſuivantes développent. Voyez ſur ce principe général, Louet & Brodeau, let. S, chap. 18; anciennement on jugeoit que lorſque le débiteur avoit vendu l'office ſpécialement hypothéqué à la rente, il y avoit lieu au rembourſement, ſur le fondement que le ſceau des proviſions purge toute hypothéque; mais le contraire a été jugé au châtelet, moi plaidant: en effet, l'action en rembourſement n'eſt bonne en ce cas, que lorſque le créancier a veillé ſur ſon gage par une oppoſition; mais s'il ne l'a pas fait, il y a lieu de dire qu'il a voulu ſuivre la foi & la ſolvabilité de ſon débiteur.

XXI. Cette ouverture en rembourſement ſe fait ſi le débiteur ne fournit pas la caution qu'il avoit promiſe; c'étoit la condition de l'aliénation qui ceſſe faute de l'accomplir. De même s'il ne juſtifie pas de l'emploi convenu par le contrat; c'eſt encore en ce cas, inexécution de ſa part de la clauſe principale du contrat qui fait ouverture à l'exigibilité, qui en ce cas, a l'équité pour baſe, ainſi que les principes ſur l'exécution des conventions.

Mais nonobſtant la condamnation au rachat dans le cas préſent & celui qui ſuit, la rente tant qu'elle ſubſiſte & que le rembourſement d'icelle n'en n'a pas été fait, conſerve-t-elle toujours ſa nature d'immeuble, après que le débiteur a été condamné à en faire le rachat? de Renuſſon, des propres, chap. 5, ſection 2, num. 16, pag. 506, eſtime qu'elle la conſerve; les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 164, penſent le contraire; ce qui eſt bien plus régulier, puiſque le contrat eſt détruit; voyez ci-après la diſtinction premiere de la ſection onzieme du préſent chapitre.

XXII. L'inexécution des clauſes du contrat, le défaut des ſûretés promiſes ne ſuffiſent pas pour exiger le rembourſement, il faut ſentence de condamnation qui l'ordonne; c'eſt ordre public & quelquefois l'ouverture au rachat, donne lieu au par corps, ſi le débiteur de la rente conſtituée a commis ſtellionat; cette fraude de ſa part ouvre au créancier l'action pour demander ſon rembourſement, & même par une condamnation rigoureuſe, qui ne milite qu'en certain cas, comme on l'expliquera par la ſection qui ſuit. Ici on s'arrête à l'action en rembourſement qui s'ouvre par le défaut de ſûretés promiſes.

Dans ce cas on le condamne au châtelet par corps à faire le rembourſement, mais non lorſqu'il n'a pas fait l'emploi promis: voyez la ſection ſuivante, & Louet & Brodeau, let. S. chap. 18; telle eſt la diſtinction générale.

XXIII. Il y a ſtellionat s'il a déclaré ſes biens francs & quittes, & qu'ils ſe trouvent déja hypothéqués, alors la ſûreté promiſe n'eſt pas; & de plus, il y a dol. De même s'il les a déclaré chargés de certaines dettes, de certaines hypothéques, & qu'il s'en trouve davantage; dans l'un & dans l'autre cas, c'eſt ſtellionat & manquement de la ſûreté promiſe: manquement accompagné de dol qui fonde le par corps.

Louet & Brodeau, let. S, num. 18, régles générales.

SECTION V.

Des cas dans leſquels le créancier a le par corps, & ſi la vente du gage fait ouverture au rembourſement.

XXIV. Il obtient cette condamnation dans le cas du ſtellionat; c'eſt infidélité *qui*

fait ouverture au par corps, comme on vient de le voir; en effet, en ce cas, il y a dol de la part du débiteur, dol qui donne lieu à cette condamnation, & sans cela le créancier seroit la victime de ce dol.

On a observé ci-dessus que telle étoit la jurisprudence du châtelet; sur la question de savoir, si la rente dont le remboursement est ordonné, cesse d'être immeuble; voyez les citations sur la troisieme proposition de la section précédente, & l'ordon. de 1667, tit. de la contrainte par corps.

XXV. Mais il n'obtient pas cette condamnation dans le cas que le débiteur ne fournit pas la caution qu'il a promise; parce qu'en ce cas, c'est simple inexécution de l'acte & non dol, & que c'est au créancier à s'imputer d'avoir livré ses deniers, sans cette sûreté qu'il exigeoit, & à la consommation de laquelle il devoit veiller; & il en est de même du remboursement fondé sur le défaut d'emploi promis; dans ce cas la condamnation du remboursement ne doit pas être par corps.

Telle est la jurisprudence du châtelet, où je l'ai entendu juger cent fois ainsi, & jamais autrement, & ce fut le fondement que le créancier a suivi la foi du débiteur, & que c'est à lui à s'imputer de n'avoir pas suivi l'emploi & veillé à sa consommation.

XXVI. La vente de l'office hypothéqué à la rente constituée, ouvre l'action au créancier d'icelle d'en demander le remboursement, pourvu qu'il soit opposant au sceau des provisions & non autrement; c'est gage supprimé & sur lequel il y a vigilance.

Dupleſſis, des droits incorporels, pag. 160; voyez Pocquet de Livoniere, qui par la seule vente de l'office, faite par le débiteur, donne au créancier le droit d'exiger le remboursement de la rente qui lui est dûe; action qu'il n'a que lorsqu'il est opposant au sceau des provisions, comme on l'a observé sur la premiere proposition de la section précédente.

XXVII. Cessant cette opposition, l'action en remboursement n'est pas ouverte; la présomption étant que le créancier a suivi la solvabilité de son débiteur. La raison de ce, est que le droit du créancier pour ce remboursement, est limité sur le prix de l'office; que si il n'a plus d'hypothéque sur l'office, sur lequel il n'a pas veillé ou sur son prix, c'est par son fait, & que par son inaction, il y a lieu de présumer qu'il a voulu suivre la foi de son débiteur.

Voyez le titre des offices où cela est établi, & la note sur la premiere proposition de la section précédente, & cela a été jugé au châtelet, moi plaidant.

☞ Il n'y a en effet que le cas où le créancier a formé opposition au sceau, qui puisse faire ouverture à son remboursement; c'est ce qui a été jugé par arrêt rendu au rapport de M. de Bretignieres, le 18 juillet 1760, confirmatif d'une sentence du châtelet, par laquelle le créancier privilégié d'une rente constituée pour partie du prix d'un office, avoit été déclaré non-recevable dans sa demande en remboursement, faute par lui, d'avoir formé opposition au sceau des provisions de l'office.

XXVIII. La vente de l'office avec l'opposition au sceau, donneroient lieu à ce remboursement, encore que le vendeur eût chargé l'acquéreur de l'office de la rente, parce que les faits de charge l'affectent par privilége, & que le créancier de la rente n'est pas obligé de suivre la prud'hommie de l'acquéreur de l'office, avec lequel il n'a pas contracté: il y a plus, non-seulement la vente de l'office hypothéqué donne lieu au créancier d'une rente constituée, d'en demander le remboursement dans le cas ci-dessus marqué, mais encore la vente de l'immeuble réel hypothéqué à telle rente donne lieu dans un certain cas d'exiger le remboursement d'icelle: mais non dans la thése générale; ce que l'on va expliquer par les propositions suivantes: voilà la régle générale, qui se développe par des distinctions.

Dans la thése générale, la vente de l'héritage affecté à la rente ne donne pas d'action en remboursement d'icelle; cela résulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 160, au sujet des ventes d'offices: c'est une exception qui confirme la régle; cependant il est un cas dans lequel telle vente y donne lieu; voyez la proposition qui suit; & sur la premiere partie de celle-ci, voyez l'édit du mois de mars 1683.

XXIX. Le cas de l'exigibilité est lorsque le débiteur de la rente & vendeur de l'immeuble réel, consent par le contrat de la vente que l'acquéreur fasse faire un décret sans déléguer le créancier de la rente, & que ce dernier est opposant au décret volontaire: en ce cas, l'action & le droit d'exiger le remboursement sont ouverts: ils naissent de l'opposition au décret, lorsque le décret a sa perfection, & du dol du débiteur de n'avoir pas délégué; ce qui fonde ce droit, est qu'il y a dol de la part d'un tel vendeur par la réticence qu'il a fait de la rente qu'il devoit, & par le consentement qu'il a prêté à l'interposition d'un décret qui tend à enlever le gage du créancier, & à lui en faire toucher le prix à son exclusion; ce qui produit de sa part une espece de stellionat, qui ouvre l'action en remboursement de la rente, dans le cas même que l'acquéreur se soumettroit à l'hypothéque, parce que le droit est acquis au créancier, par la perfection du décret; & le silence justement présumé frauduleux de la part de son débiteur; ce qui ne seroit pas s'il avoit délégué.

J'ai plaidé cette question au parc-civil; il y fut prononcé un délibéré, je n'ai pu en apprendre le jugement; j'y soutenois la proposition: mais toute difficulté cesse si le décret est conduit à sa fin, & que le créancier soit opposant au décret qui affranchit son gage: mais sans cela, il est présumé avoir suivi la foi & la solvabilité de son débiteur, & avoir négligé la soustraction de son gage, qui

ouvroit l'action en rembourſement; ainſi dans le cas de négligence de ſa part, il n'a point d'action en rembourſement, nonobſtant le décret; quant il y en a un, c'eſt à lui à agir.

XXX. La vente même de l'office, n'ouvre pas indiſtinctement l'action en rachat; en effet, lorſque la vente de l'office eſt faite du pere au fils, elle ne fait pas ouverture au rembourſement de la rente qui y eſt hypothéquée lorſque le fils eſt chargé de la rente: il y a plus, cet affranchiſſement a lieu dans ce cas, nonobſtant l'oppoſition au ſceau des proviſions; & cela eſt fondé ſur ce que le fils & le pere ſont cenſés une même perſonne, & qu'il eſt du bien public de faciliter la tranſmiſſion des offices de la perſonne des peres en celle de leurs enfans: avantage public auquel celui des particuliers doit céder; cela eſt cependant critique, mais plus par de vaines raiſons praticiennes, que par l'équité & la raiſon; critique qui n'eſt bonne que lorſque toute la faveur eſt du côté du créancier.

Cela confirme l'obſervation faite ſur la propoſition précédente, & je l'ai entendu juger ainſi au châtelet.

XXXI. La vente de l'immeuble réel, faite ſans décret, ne donne pas ouverture au rembourſement de la rente hypothéquée ſur ce même immeuble; cette vente étant indifférente au créancier; en effet, telle vente n'affoiblit en rien les ſûretés du créancier, puiſqu'il a la voie d'aſſigner l'acquéreur en déclaration d'hypothéque, & que ſon gage, dans telles mains qu'il paſſe ſans décret, lui reſte toujours hypothéqué; c'eſt à lui à ſe ſervir de la voie que la loi lui ouvre, ce que la ſtipulation de l'interpoſition d'un décret, en ce cas, ne change pas, comme on le va voir, lorſqu'il n'y a pas de dol de la part du vendeur.

Voyez le titre des actions hypothécaires, où cette action eſt établie, & cette action fonde la propoſition.

☞ Jugé par arrêt du 17 mai 1743, que ſi l'acquéreur ne fait pas faire de décret volontaire de l'immeuble qu'il a acquis, le créancier de la rente hipothéquée ſur cet immeuble, n'en peut demander le rembourſement.

XXXII. Il en eſt de même, lorſqu'il y a interpoſition de décret volontaire; mais que par le contrat, le vendeur a chargé l'acquéreur de la rente; cela eſt fondé ſur ce qu'en ce cas, le créancier de la rente ne perd aucune de ſes ſûretés, puiſque le décret, en ce cas, purement confirmatif du contrat, ne peut purger ſon hypothéque, & qu'indépendamment de ſon gage qui reſte ſubſiſtant; il a deux débiteurs pour un, ſon ancien débiteur & l'acquéreur, qui eſt obligé lui-même de former oppoſition à ſon décret volontaire, pour l'exécution de ſon contrat; décret même qui, dans la pureté de la régle, ne pouroit purger une telle créance: il ne fait que confirmer.

L'oppoſition au décret n'eſt pas même néceſſaire en ce cas; voyez dans le dernier livre, le chapitre du décret volontaire, où ſont cités les arrêts qui l'ont ainſi jugé; ce qui fonde la propoſition.

SECTION VI.

Des arrérages des rentes conſtituées, & combien le créancier en peut exiger.

XXXIII. Les arrérages de ces rentes en étant l'acceſſoire, marchent de pas égal & ont la même hypothéque que le capital: mais on ne peut en exiger que cinq années; & par des reconnoiſſances ou des pourſuites, le créancier peut ſe conſerver les années antérieures.

Art. 71 de l'ordonnance de Charles VII, de 1441; voyez Dupleſſis, page 161, la note ajoutée à la même page & déſignée par la lettre Z: l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 2, num. 14, page 505: Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 6, num. 11, page 16: ſur les pourſuites & reconnoiſſances, voyez la ſection ſuivante; elles interrompent cette preſcription établie encore par l'art. 71 de l'ordonnance de 1510, de Louis XII; voyez ſur cette preſcription, Loyſel, des rentes, rég. 12, & le Preſtre cent. 1, chap. 7.

XXXIV. Cette reſtriction de ces cinq années eſt une condition ſous laquelle ces rentes ont été autoriſées; & ce qui fonde cette reſtriction, eſt la crainte que par l'accumulation des arrérages, le débiteur ne ſe trouve chargé du double de ce qu'il a reçu; preſcription qui eſt regardée très-favorablement, & qui par cette faveur, milite même contre les mineurs; cette preſcription étant une des conditions, ſous leſquelles les rentes conſtituées à prix d'argent ont été autoriſées.

L'ordonnance de 1510: (*ains en ſeront déboutés par fin de non-recevoir*:) ce ſont les termes de cette ordonnance; ſur ce que cette propoſition milite contre les mineurs, voyez Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 23, num. 10: cette même preſcription eſt atteſtée par la plus grande partie des commentateurs de la coutume de Paris, article 113.

☞ Cette preſcription de cinq années a lieu contre l'égliſe, à moins que la rente ne ſoit affectée à l'acquit d'une fondation, auquel cas les arrérages ſont impreſcriptibles: voyez Bouchel, verb. arrérages. Si après les cinq années paſſées ſans avoir formé de demande, le debiteur paſſe condamnation de payer au-delà des cinq années; cette condamnation ne peut faire préjudice aux autres créanciers: Brodeau, coutume de Paris, art. 94, num. 7.

SECTION VII.

Que la preſcription des cinq ans des arrérages de ces rentes n'a lieu lorſqu'il y a reconnoiſſance ou pourſuites.

XXXV. Toute reconnoiſſance de la part du débiteur, eſt ſuffiſante pour interrompre

le cours de cette preſcription : voilà le principe général dont on va voir les applications ; l'équité le fonde.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 161, met une limitation à cette propoſition, qui eſt que par rapport aux autres créanciers du débiteur, il n'y a hypothéque pour les arrérages reconnus, que du jour des reconnoiſſances ; ce qui eſt fort juſte lorſqu'elles ſont données après la preſcription acquiſe ; mais étant données avant que la preſcription fût acquiſe, je crois qu'en ce cas, leur hypothéque remonte au titre ; elles tiennent lieu des pourſuites que le créancier étoit en état de faire, & qui auroit produit cet effet.

XXXVI. De-là il s'enſuit que ſi par un compte le débiteur a reconnu devoir d'anciens arrérages, telle reconnoiſſance met ces anciens arrérages par lui reconnus dûs, à couvert de la preſcription des cinq ans ; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente.

Mais ſous la limitation marquée ſur la propoſition précédente, par rapport à l'hypothéque.

XXXVII. Telle reconnoiſſance dure même trente ans, parce qu'il faut préſumer que le débiteur ne l'a paſſé que pour s'épargner des frais qui ſeroient retombés ſur lui-même ; mais il ne peut faire perdre un droit acquis à des tiers, & pour interrompre le cours de cette preſcription, il n'eſt pas néceſſaire qu'il y en ait demande en juſtice, & le ſimple commandement fait au débiteur ſuffit pour ce ; en effet, ce commandement met les cinq années qui le précédent à couvert de la preſcription, & dure même trente ans.

Dupleſſis, pag. 161, ſemble n'admettre pour interruption au cours de cette preſcription, que la demande judiciaire ; ce qui eſt contraire à l'uſage qui rend pour ce, un commandement, ſuffiſant ; en effet, à quoi bon une demande judiciaire, lorſqu'il y a un titre paré.

XXXVIII. De-là il s'enſuit encore que ſi le créancier d'une rente conſtituée rapportoit des commandemens faits au débiteur, de cinq ans en cinq ans, il pourroit au moyen de ces commandemens, exiger tous les arrérages de la rente échus depuis ſa création ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, elle eſt favorable, & elle s'étend même à l'hypothéque. La raiſon de ce, eſt que le créancier ayant veillé, ne doit pas ſouffrir de l'impuiſſance, dans laquelle le débiteur s'eſt trouvé de ſatisfaire à ſes engagemens ; il eſt donc bien fondé à demander tous les arrérages, lorſqu'il y a des commandemens qui les couvrent ; c'eſt vigilance ſuffiſante.

Les arrérages par cette vigilance, ſont tellement conſervés, qu'ils ſeroient dûs, quand même ils excéderoient le capital ; Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, pag. 176, atteſte que telle eſt la juriſprudence du parlement ; ce qui confirme encore la propoſition : & ſur l'hypothéque, c'eſt droit acquis & juridiquement conſervé.

SECTION VIII.

Des quittances à compte des arrérages, & ſi le débiteur les peut imputer ſur les cinq dernieres années, & des arrérages des rentes affranchis de la preſcription des cinq ans.

XXXIX. Lorſque le débiteur ne repréſente que des quittances à compte, il ne peut les imputer ſur les cinq dernieres années ; en effet, dans ce cas, il faut qu'il paye en plein les cinq dernieres années, ou qu'il compte depuis une quittance qui porte une échéance fixe du payement par lui fait des arrérages, & que depuis cette quittance, il rempliſſe les arrérages poſtérieurs à icelle, en deniers ou quittance ; & cette juriſprudence eſt fondée ſur ce que chaque quittance à compte, dont le débiteur veut ſe ſervir, forme une interruption ſuffiſante à la preſcription des cinq ans.

On verra ſur le titre des preſcriptions, qu'en matiere de preſtation annuelle, chaque payement qui s'en fait, eſt une reconnoiſſance de la dette ; ici la quittance à compte produit non-ſeulement cet effet, mais encore forme de la part du débiteur un engagement de compter : engagement qui dure 30 ans, & qu'il doit remplir, ſi mieux il n'aime payer en plein les cinq dernieres années.

☞ La propoſition ci-deſſus eſt fondée ſur un arrêt rendu au rapport de M. Paſquier, en 1723, confirmatif d'une ſentence du baillage de Mâcon, par laquelle, ſans s'arrêter à la prétention d'un débiteur qui vouloit imputer des quittances ſur les cinq dernieres années d'arrérages des rentes qu'on lui demandoit, il avoit été ordonné que les parties viendroit à compte, à l'effet de quoi le débiteur repréſenteroit toutes ſes quittances & le créancier ſon livre de raiſon.

XL. Il y a des rentes exemptes de cette preſcription ; par exemple, ſi la rente a été conſtituée pour le prix d'un immeuble, les arrérages d'icelle, ne ſont pas ſujets à la preſcription des cinq ans, & le droit de les exiger dure autant que le titre ; c'eſt juſte exception.

Telle eſt la juriſprudence des ſentences du châtelet, & l'arrêt rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 316 ; n'ayant jugé le contraire que par des circonſtances particulieres, ne peut être tiré à conſéquence ; voyez celui cité ſur la propoſition qui ſuit, qui fonde celle-ci.

XLI. En effet, à l'égard de ces arrérages, le vice d'uſure n'y eſt pas à craindre, ces arrérages forment la balance des fruits que l'immeuble vendu peut produire ; par conſéquent, il n'y a lieu quant à ce, à la preſcription des cinq ans ; cela eſt auſſi juridique qu'équitable.

Arrêt du 21 juin 1703, rapporté dans une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 510 de l'édition de 1709, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XLII.

XLII. De-là il s'enſuit qu'indépendamment de toutes pourſuites & de toutes reconnoiſſances, le créancier d'une telle rente peut exiger en deniers ou quittances, tous les arrérages échus depuis le titre conſtitutif, lorſque ce titre eſt ſubſiſtant, puiſque tels arrérages ſubſiſtent autant que le titre.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 7, num. 3, pag. 17.

☞ Elle n'a point lieu pour les arrérages de rentes conſtituées dûes par le roi qui ne ſe preſcrivent par aucun laps de tems : voyez la déclation du 20 juin 1752.

SECTION IX.

Si des arrérages d'une rente conſtituée, on en peut former le capital d'une autre rente.

XLIII. Les arrérages d'une telle rente ne peuvent point former le capital d'une autre rente ; ce ſeroit uſure, & cela a lieu, encore que la rente eût été créée pour le prix de la vente d'un immeuble ; cela eſt rigoureux, mais exact.

Voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 6, num. 6, pag. 16 ; Louet, lett. R, num. 55, & le Prêtre, cent. 2, chap. 26.

XLIV. En effet, les arrérages d'une telle rente ſeroient uſuraires, des intérêts ne pouvant pas en produire d'autres ; ce qui ſeroit, ſi d'arrérages de rente on en formoit un nouveau capital : c'eſt prévoyance qui pare à la ruine des débiteurs ; & de-là il s'enſuit que lorſqu'il eſt prouvé que la rente a été formée des arrérages d'une autre rente dûe par le même débiteur, non-ſeulement le créancier n'en peut exiger les intérêts ou arrérages, mais il eſt obligé d'imputer ſur le capital d'une telle rente, les arrérages qu'il en a reçu ; telle eſt la conſéquence qui naît de ce que deſſus, & qu'une ſage politique a fait établir.

Brodeau, ſur Louet, let. R, num. 55 : & tel eſt l'uſage du châtelet, conforme à ce que dit Dupleſſis en ſon traité des droits incorporels, pag. 160.

XLV. Cependant le ſecond contrat de conſtitution de rente, qu'un débiteur paſſeroit au profit du créancier d'une premiere rente ſeroit valable, encore que le créancier eût reçu les arrérages de la premiere ; l'un n'emportant pas interdiction de l'autre : autrement ce ſeroit rigueur outrée, ce ſeroit préſomption haſardé ; & la raiſon de ce eſt que la preuve ne ſe trouvant pas dans le ſecond contrat, qu'il a été formé des arrérages du précédent, que le créancier a confondu avec ſes autres deniers ; il ne faut pas préſumer que cette ſeconde rente a été formée des arrérages de la précédente, & autrement un créancier d'une rente ſeroit donc dans l'interdiction de prêter au même débiteur à pareil titre ; ce qui n'eſt point admis, & la rigueur ci-deſſus eſt ainſi facilement éludée ; mais il eſt impoſſible en ce cas, de l'appliquer ; c'eſt juſte liberté d'actes de commerce, qui n'influe pas ſur des marchandiſes.

On ne peut former une telle rente du prix de la vente de marchandiſes, dans la juſte préſomption que le crédit en ayant augmenté le prix, cela ne produiſe intérêts d'intérêts ; note ſur Dupleſſis, déſignée par la lettre Y, pag. 160 ; Dumoulin a examiné cette queſtion.

SECTION X.

Quelle coutume régit les rentes conſtituées.

DISTINCTION PREMIERE.

Quelle coutume les régit relativement au créancier.

XLVI. Dans la ſucceſſion du créancier de la rente conſtituée, c'eſt la coutume de ſon domicile qui régit les rentes conſtituées, & qui en détermine les qualités ; en effet, ces rentes ſuivent ſa perſonne ; c'eſt donc la loi de ſon domicile qui doit les régir : loi qui influe par la même raiſon, ſur les diſpoſitions teſtamentaires, que le propriétaire de telles rentes auroit fait d'icelles ; il ſeroit à ſouhaiter que par-tout elles fuſſent immeubles.

Louet & Brodeau, let. R, num. 31 : autre arrêt du 3 décembre 1645, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 3 : voyez Dupleſſis, pag. 167 ; le Brun de la communauté, pag. 64, num. 31 ; le Maître, pag. 127 ; & tel eſt l'uſage, qui eſt encore fondé ſur le ſentiment de Loyſel, tit. des rentes, rég. 3 : voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 79, & le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, chap. 55.

XLVII. Cela a lieu, indépendamment du domicile du débiteur & de la ſituation des immeubles affectés à la rente ; ce domicile eſt ſur ce indifférent ; c'eſt l'autre qui eſt ſur cela le ſeul guide qui ſoit à conſidérer ; c'eſt dans la perſonne du créancier que réſident de telles rentes.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 110 ; & celui rapporté par Bouchel, ch. 45 ; celui rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 55, & la note ſur Dupleſſis, pag. 167.

XLVIII. On a vu ci-deſſus, que la coutume de Paris répute les rentes conſtituées immeubles ; c'eſt ſa diſpoſition, & tel eſt le droit commun du royaume. Et lorſqu'il y a changement de domicile de la part du créancier, ce changement opere, par rapport à ſes héritiers, mais non à l'égard de ſes créanciers, qui ne peuvent ſouffrir par ſon fait.

Dans le cas que le créancier a changé de demeure, il faut ſuivre la coutume du domicile

que le créancier avoit lors de la création de la rente; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, page 305; ce qui ne doit s'entendre que relativement à ſes créanciers & non relativement à ſes héritiers, comme on le verra par ce qui ſuit: la loi du domicile étant toujours la loi déciſive par rapport aux héritiers du créancier; c'eſt ainſi qu'il faut entendre le ſentiment de cet exact légiſte.

XLIX. De ce que deſſus, il réſulte que le créancier d'une rente conſtituée, & qu'il a recueilli en qualité d'héritier, étant domicilié à Paris lors de ſa mort, la rente paſſe à ſon héritier des propres, & non à celui des acquêts, encore que le défunt l'eût recueilli comme meuble dans une ſucceſſion régie par une coutume qui l'auroit réputée telle; premiere conſéquence du principe que la loi du domicile du créancier régit les rentes conſtituées, principalement par rapport à ſes héritiers; ce qu'on approfondira par la diſtinction qui ſuit.

Bretonnier à l'endroit qu'on vient de citer, obſerve que cette queſtion n'a été traitée par aucun auteur, ni jugée par aucun arrêt; ſon avis eſt qu'il faut ſuivre la coutume du créancier actuel; ce qu'on doit limiter à ſes héritiers, & ne pas l'étendre à des tiers, qui auroient un droit acquis ſur la rente, lorſqu'elle étoit poſſédée par un homme domicilié dans une coutume qui répute les rentes immeubles, & depuis vendue à un homme domicilié dans une coutume qui les répute meubles; auquel cas, nonobſtant la diſpoſition de la coutume du nouveau créancier, les créanciers de celui qui auroit vendu la rente, auroient toujours hypothéque ſur icelle, parce que ces créanciers ne peuvent par le fait de leur débiteur perdre un droit qui leur étoit acquis: c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du 19 août 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, page 408: mais cela ne peut militer à l'égard des héritiers, par rapport auxquels il faut ſuivre la loi du domicile du défunt, parce qu'ils doivent prendre ſa ſucceſſion dans l'état qu'elle ſe trouve au moment de ſon ouverture.

L. Par le même principe, il faut, pour la validité de la donation d'une rente, ſuivre pour la tradition d'icelle, la diſpoſition de la coutume du donateur; & de même, pour la validité de la ſaiſie réelle d'une rente conſtituée, il faut ſuivre la coutume du domicile du créancier, puiſque c'eſt cette coutume qui la régit. Il en ſeroit autrement ſi c'étoit une rente fonciere; en ce cas, il faudroit ſuivre la coutume de l'héritage ſur lequel la rente ſeroit aſſiſe; elle le repréſente: repréſentation qui forme cette diſtinction, qui la font regarder comme l'immeuble même ſur lequel elle eſt à prendre.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur les principes ci-deſſus rapportés.

DISTINCTION II.

Quelle coutume régit la rente lorſque de la part du créancier il y a changement de domicile.

SUBDIVISION PREMIERE.

Quelle coutume la régit par rapport à ſa ſucceſſion.

LI. S'il y a changement de domicile de la part du créancier; c'eſt la coutume du lieu de ſon décès qui régit les rentes conſtituées qui ſont dans ſa ſucceſſion, & qui régle ſur ces rentes le droit de ſes héritiers, & non la loi du domicile qu'il avoit lors de leur conſtitution; il faut prendre la ſucceſſion dans le tems de ſon ouverture, & ne pas remonter au-delà; principe conſtant qui conduit à cette réſolution; il n'en eſt pas de même par rapport aux créanciers.

Par rapport aux créanciers de celui qui eſt propriétaire d'une rente, & qui, ayant été domicilié dans une coutume qui réputoit les rentes immeubles, meurt dans l'étendue d'une coutume qui les répute meubles, dans ce cas la rente ſera-t-elle regardée comme meuble relativement aux créanciers? Comme leur débiteur n'auroit pu, par la vente ou ceſſion de la rente, faire perdre à ſes créanciers un droit qui leur étoit acquis ſur icelle, aux termes de l'Arrêt du 19 août 1687, ci-deſſus cité, il ne paroît pas qu'il puiſſe le faire par un changement de domicile: telle eſt la conſéquence que je tire de l'arrêt, & pour cela l'équité concourt avec les principes.

LII. De la propoſition précédente il s'enſuit que celui qui étoit ci-devant domicilié à Paris, & qui avoit des rentes conſtituées propres, ſuivant cette loi, ayant tranſporté ſon domicile à Troyes ou à Vitry, qui réputent les rentes meubles, les rentes qui ſe trouvent dans ſa ſucceſſion appartiennent à l'héritier de ſes meubles & acquêts; l'aliénation qui auroit été ſon fait les auroit dénaturés, ſon changement de domicile, qui eſt auſſi ſon fait, peut donc produire le même effet.

Note ſur Dupleſſis, traité des droit incorporels, page 168, vers le milieu; le Brun, de la communauté, page 64, num. 33.

LIII. Cela développe la quatrieme propoſition de la diſtinction précédente, & delà, il réſulte que celui qui a recueilli, comme héritier mobiliaire, une rente conſtituée dépendant de la ſucceſſion d'un homme mort à Vitry, & décédant à Paris, cette rente eſt propre dans ſa ſucceſſion, quoiqu'il ſoit le premier dans la perſonne duquel elle ait été immeuble; le contraire ſeroit une bizarrerie qui n'auroit aucune baſe; la loi qui domine ici, voulant indiſtinctement que de tels effets, recueillis par ſucceſſion, ſoient propres.

J'avouerai ſur cette propoſition que m'étant trouvé partagé avec un ancien, un tiers adopta ſon avis & rejetta le mien: mais ils ne me donnerent

aucune raiſon ſolide & qui pût balancer les miennes ni détruire le ſentiment de Bretonnier, déja ſur ce cité, & qui dans ſes déciſions alphabétiques, page 305, confirme la propoſition; à quoi on peut ajouter, que la rente acquêt au créancier, devient propre à ſon héritier.

☞ A l'égard des rentes conſtituées dûes par le roi, un arrêt de la chambre des comptes du 22 février 1755, a ordonné que toutes celles aſſignées ſur les aides & gabelles, tailles ou autres revenus du roi, dont le payement ſe fait à bureau ouvert à Paris, ou en d'autres villes & lieux régis par les coutumes qui réputent les rentes immeubles, conſerveront leur nature d'immeuble, encore que les propriétaires deſdites rentes fuſſent domiciliés en pays de droit écrit, ou pays coutumiers qui réputent les rentes meubles.

SUBDIVISION II.

Quelle coutume régit les rentes par rapport à la communauté & au douaire, lorſqu'il y a tranſlation de domicile.

LIV. Dans ce cas, ce n'eſt pas la loi du nouveau domicile, mais celle du domicile lors du mariage qui continue de régir la rente; autrement le changement de domicile dégénéreroit en fraude, que la juſtice & la raiſon doivent toujours rejetter. De-là, il s'enſuit que celui qui s'eſt marié étant domicilié à Paris, & qui avoit des rentes conſtituées lors de ſon mariage, ne peut faire tomber ces rentes dans ſa communauté, en transférant ſon domicile dans une coutume qui répute les rentes meubles; autrement ce ſeroit avantage indirect; régle qui s'applique dans le cas qu'on retourneroit la médaille.

De même ſi étant domicilié à Vitry, lors de ſon mariage, il vient pendant icelui s'établir à Paris, les rentes conſtituées qu'il poſſédoit lors de ſon mariage, reſtent dans ſa communauté; le Brun, traité de la communauté, page 64, num. 34. La déciſion de cet auteur ſur ce dernier cas, influe néceſſairement ſur le précédent, & ne peut être que la même; voyez la propoſition qui ſuit, & Dupleſſis, page 168.

LV. En effet, les conjoints ne peuvent par un fait purement volontaire de leur part, affoiblir un droit qui eſt acquis à l'un d'eux, au moment de la célébration du mariage, & augmenter la maſſe de leur communauté aux dépens des propres de l'un d'eux ce ſeroit avantage indirect, ni augmenter les propres aux dépens de la communauté: tout cela eſt prohibé dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, ſoit pour l'augmentation, ſoit pour la diminution de la communauté.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente; & les moyens contenus dans la propoſition, ſont regardés au châtelet comme inconteſtables.

LVI. Il en eſt de même par rapport au douaire coutumier, lorſque la loi ſous laquelle le mariage a été contracté, les aſſujettit à ce douaire, le changement de domicile de la part du mari, ne peut décharger les rentes appartenantes au mari de ce douaire, que la loi de la célébration en a chargé; les contrats de mariage, & les droits acquis aux conjoints par ces actes, ne pouvant plus, pendant le mariage, recevoir la moindre atteinte; la raiſon, l'équité & la lettre même de la loi, ont encore conduit là.

C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, page 168, à la fin, & page 169; & telle eſt la juriſprudence des ſentences du châtelet, elle me paroît inconteſtable.

DISTINCTION III.

Quelle coutume régit la rente lorſqu'elle eſt vendue.

LVII. Lorſque la rente conſtituée eſt vendue, c'eſt la loi du domicile de l'acquéreur qui la régit, ſauf les droits des créanciers du vendeur; cela réſulte de ce que deſſus: c'eſt lui alors qui en eſt propriétaire. La raiſon de ce, eſt qu'elle pouvoit changer de nature par la ſeule tranſlation du domicile du créancier; à plus forte raiſon lorſqu'il y a changement de créancier.

Note ſur Dupleſſis, page 168, vers le milieu; & Bretonnier en ſes déciſions alphabétiques, pag. 305.

LVIII. De-là il s'enſuit, que ſi le créancier d'une rente conſtituée, & domicilié à Paris, la vend à un homme domicilié à Vitry, la rente, d'immeuble qu'elle étoit, devient meuble, & eſt telle à tous égards dans la ſucceſſion de ce dernier; ſauf, encore une fois, les droits des créanciers du vendeur, qui ne peuvent s'affoiblir par un fait qui leur eſt étranger, & auquel ils ne peuvent parer.

Voyez la diſtinction premiere ci-deſſus, & la premiere ſubdiviſion de la ſeconde diſtinction.

LIX. De ce que, rélativement aux créanciers du vendeur de la rente, c'eſt toujours la loi du domicile du vendeur qui la régit, parce que le fait de leur débiteur n'a pu leur faire perdre un droit qui leur étoit acquis, il s'enſuit qu'ils peuvent aſſigner l'acquéreur de cette rente en déclaration d'hypothéque, quoique dans ſa perſonne elle ſoit devenue meuble; c'eſt la ſuite de leur droit, parce que, comme on l'a dit, leur débiteur n'a pu, par ſon fait, leur faire perdre un droit qui leur étoit acquis.

C'eſt ce que la cour a jugé par l'arrêt du 19 août 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, page 408.

DISTINCTION IV.

Quelle coutume régit la rente par rapport au débiteur d'icelle.

LX. A l'égard des héritiers du débiteur, ce n'eſt pas la coutume du créancier de la

rente, mais celle de la ſituation des biens du débiteur qui la régit ; en effet, c'eſt une charge de ſa ſucceſſion qui doit être répartie ſur ſes héritiers, conformément aux loix qui régiſſent les biens de ſa ſucceſſion ; par conſéquent la répartition de la charge ſe régit par autant de coutumes, qu'il y en a qui régiſſent les biens de la ſucceſſion d'un tel débiteur. C'eſt l'effet de la réalité des coutumes, & celui de la nature des dettes d'une ſucceſſion, qui doivent ſe répartir ſur tous les biens qui la compoſent, conformément aux loix qui les régiſſent.

On répartit les dettes ſur tous les biens & à proportion d'iceux, & par rapport à chaque coutume & relativement à la portion que les biens qui ſont dans ſon étendue ſupportent ; on ſuit quant au payement & contribution pour cette portion, la diſpoſition de chaque coutume ; voyez le titre des ſucceſſions.

LXI. Par rapport à la communauté des biens, contractée par le débiteur de la rente, c'eſt la loi du domicile du débiteur, non celle du créancier qui la régit ; cela eſt indifférent au premier, & juſte par rapport au ſecond. De-là, il s'enſuit qu'un homme domicilié à Paris, & débiteur d'une rente conſtituée au profit d'un homme domicilié à Vitry, contractant mariage à Paris, telle rente n'eſt pas charge de ſa communauté, quoiqu'elle ſoit réputée meuble par la loi du domicile du créancier ; c'eſt la loi du mariage que les conjoints ont du ſeule conſidérer.

Voyez la note ſur Dupleſſis, page 169 ; ce qui ſe confirme par la propoſition ſuivante.

LXII. Double raiſon de ce ; la premiere, telle rente eſt une charge naturelle des propres du mari ; la ſeconde, le contrat de mariage eſt un acte de bonne foi, & attendu la loi de ſa célébration, & la juſte ignorance dans laquelle la femme a pu être du domicile du créancier, elle a eu juſte ſujet de penſer que telle rente ne ſeroit pas charge de ſa communauté, lorſque le contraire n'étoit pas ſtipulé par le contrat de mariage, ni par la loi qui devoit régir leur communauté, au défaut de contrat ; autrement ce ſeroit faire injuſtice à la femme.

La note citée ſur la propoſition précédente, fonde celle-ci.

SECTION XI.

De quelle nature ſont les deniers provenans du rembourſement d'une rente conſtituée.

DISTINCTION PREMIERE.

Que dans la théſe générale ils ſont mobiliers, ainſi que la rente, lorſque le rembourſement en eſt ordonné.

(Art. 94 de la coutume.)

LXIII. Quoique les rentes conſtituées à prix d'argent ſoient réputées immeubles, cette qualité n'influe pas ſur les deniers provenans de leur rembourſement ; fiction ne s'entaſſe ſur une autre. De-là il s'enſuit que les deniers provenans d'un tel rembourſement, rentrent dans leur véritable nature, qui eſt d'être mobiliers, & ſont tels à tous égards, la diſpoſition de la loi ne pouvant ſubſiſter après l'extinction de la choſe ſur laquelle elle tomboit. Voilà le principe général que la ſuite développe.

Cela auroit lieu, dit Dupleſſis, des droits incorporels, page 163, encore que les deniers ſe trouvaſſent étiquetés ; le Maître, page 125 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 94 de la coutume.

LXIV. La raiſon de ce, eſt que la qualité d'immeuble étoit attachée, non aux deniers, mais à la rente que le rembourſement a anéanti ; par conſéquent la diſpoſition de la loi ne peut plus avoir lieu.

Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer ; ce qui reçoit une exception dans le cas que la rente appartenoit à un mineur, exception dont on traitera ci-après, en traitant des propres fictifs ; elle ſert à confirmer la régle générale.

LXV. Lorſque le débiteur eſt condamné à faire le rachat de la rente, elle devient par là mobiliaire ; en effet, en ce cas il n'y a qu'une action qui ne tend qu'à recouvrer des deniers : or toute action eſt de la nature de l'objet auquel elle tend ; celle-là eſt donc mobiliaire. En effet, la ſentence qui condamne au rachat, réſout le contrat de conſtitution, & annulle l'aliénation du capital, comme ſi cette aliénation n'eût jamais été faite ; il faut donc regarder la dette comme une dette exigible, & par conſéquent mobiliaire ; le raiſonnement comme les principes conduiſent là.

La note ſur Dupleſſis, page 164, dit que par la condamnation, le contrat ſe reſout *ex tunc ut ex nunc*. Voyez l'auteur du traité des propres, chap 5, ſect. 2, num. 16, page 506, qui penſe le contraire ; opinion qui me paroît détruire l'autorité de la choſe jugée, & confondre une telle condamnation qui doit être efficace à tous égards, avec de ſimples offres de rembourſement d'une rente de la part du débiteur, & qu'il n'auroit pas effectué ; ce qui eſt fort différent.

LXVI. De-là il s'enſuit que dans ce cas, le contrat de conſtitution de rente doit être regardé comme une obligation, & dont le terme ſeroit échu ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Actio quæ tendit ad mobile, mobilis eſt, & telle eſt l'opinion commune fondée ſur ce que ſi dans ce cas, le rembourſement ordonné n'eſt pas conſommé, ce retard ne peut être imputé qu'à la mauvaiſe intention ou à l'impuiſſance du débiteur, d'où il réſulte qu'une telle rente doit être regardée comme un pur mobilier.

DISTINCTION II.

De quelle nature eſt la rente lorſque le rembourſement en a été offert par le débiteur.

LXVII. Dans ce cas, & le rembourſement n'étant pas conſommé, la rente reſte toujours dans ſa nature immobiliaire, parce que le créancier n'ayant pas accepté le rembourſement, il y a lieu de préſumer que les offres ſont inſuffiſantes; & cela auroit lieu, encore que le créancier eût déclaré qu'il acceptoit les offres, & qu'il n'eût pas conſommé le rembourſement par une quittance; c'eſt toujours en ce cas rente ſubſiſtante.

C'eſt en de telles circonſtances que je l'ai entendu juger ainſi au châtelet.

LXVIII. Cette juriſprudence eſt fondée ſur ce que c'eſt le rembourſement effectif & la quittance qui éteint la rente, & que la qualité d'immeuble doit ſubſiſter autant que la choſe à laquelle elle eſt attachée ſubſiſte, & que les offres non conſommées ne l'ont pu effacer tant qu'il n'y a pas de ſentence: cependant nonobſtant le défaut de quittance expreſſe, la rente dont le rembourſement a été offert, devient un pur mobilier, lorſqu'il y a ſentence qui déclare les offres valables, qui permet au débiteur de conſigner les deniers, & que la conſignation d'iceux à été réellement faite; telle conſignation valant vraiment quittance, c'eſt payement légal.

De même lorſqu'il y a ſentence qui condamne le débiteur à en faire le rachat, ce qui a fait la matiere de la diſtinction précédente; voyez la propoſition qui ſuit.

LXIX. En effet, cette ſentence vaut quittance, & ſupplée au refus du créancier de la donner, & efface entiérement la dette, & par conſéquent la rente: ce qui s'entend, lorſque la ſentence eſt contradictoire, & ſans appel d'icelle, auquel cas la conſignation pour l'extinction, eſt même ſuperflue.

Mais cela ſouffriroit difficulté, ſi la ſentence étoit par défaut.

DISTINCTION III.

De quelle nature ſont les deniers provenans du rembourſement d'une rente conſtituée lorſqu'ils appartiennent à un mineur.

(Art. 94 de la coutume.)

SUBDIVISION PREMIERE.

Qu'en ce cas ces deniers, à l'égard des héritiers du mineur ſont immobiliers, & pourquoi? & des autres deniers ſur leſquels cette fiction s'étend.

LXX. Les deniers provenans du rembourſement de la rente appartenante au mineur, ſont immeubles dans ſa perſonne; c'eſt fiction légale: tel eſt le principe général qui ne milite pas par rapport à l'interdit; la différence eſt bien petite.

Cela n'a lieu par rapport à la rente rembourſée au curateur d'un imbécille majeur; arrêt du premier juillet 1686, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, page 101, autre arrêt du 24 mars 1696, rapporté dans le même volume, page 831: ce qui a encore été jugé par celui du 18 décembre 1702, rapporté dans le ſixieme volume du même journal, liv. 2, ch. 56, page 311; en effet la minorité a ſes bornes, au lieu que l'imbécillité n'a pas de vrai terme: tel eſt le motif.

LXXI. Ils ſont réputés tels par une fiction de la loi, qui feint dans le cas de la minorité du créancier, que la rente eſt toujours ſubſiſtante, & qui ſubroge les deniers du rembourſement à la rente que le rachat a éteint; fiction qui pare à des abus qu'on va expliquer: le motif de cette fiction, eſt d'empêcher que les changemens que le tuteur peut faire dans les biens de ſon pupille, ne changent l'ordre de la ſucceſſion du pupille; ſage prévoyance de la loi; le changement s'il étoit efficace pouvant avoir de grands inconvéniens: tels ſont les motifs de cette fiction qui y pare, mais qui n'influe pas ſur un partage.

Cette fiction ne s'étend pas au mobilier échu à un mineur par un partage, quoique partie de ce mobilier lui ait tenu lieu d'immeuble, n'ayant pas eu dans ſon lot, autant d'immobiliers que ſes cohéritiers; parce qu'un tel partage eſt regardé comme l'acte de toute une famille, & non pas l'acte du tuteur ſeulement; en effet la préſomption de bonne foi eſt pour un tel acte; ainſi le mineur mourant en cet état, tout ce mobilier appartient à ſon héritier mobiliaire, tous ſes héritiers conjointemens étant obligés de prendre ſa ſucceſſion dans l'état qu'ils la trouvent lors de ſon ouverture; voyez la onzieme partie du journal du palais, pag. 484, & tel eſt ſur ce l'uſage: ſur la premiere partie de la propoſition, voyez Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 30; Soëfve, tom. 1, centurie quatrieme, chap. 17; Dupleſſis des droits incorporels, page 165 & 166, qui éclairciſſent ainſi l'art 94 de la coutume.

LXXII. De cette fiction, de cette ſubrogation des deniers du rembourſement à la rente appartenante au mineur, il s'enſuit que ſi le mineur décede en minorité, & que la rente rembourſée lui eût été propre, l'héritier des propres qui auroit ſuccédé à la rente, ſi elle n'eût pas été rembourſée, prend par délibération ſur tout le mobilier de la ſucceſſion & ſur les acquêts le capital de cette rente, ſauf ſa contribution aux dettes; telle eſt la premiere conſéquence qui réſulte ce cette fiction. La raiſon de ce, eſt qu'elle eſt préſumée ſubſiſtante, & cette délibation ſe fait ſur les meubles & acquêts, dans leſquels le capital s'eſt confondu; par-là, ils ſont ſeuls chargés d'icelle.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 618, num. 28; & c'eſt ainſi que ſur ce on opere au châtelet.

LXXIII. Cette même fiction légale, a lieu pour les deniers provenans de la vente de l'immeuble du mineur, même raiſon que par rapport aux deniers de la rente rembourſée; & tel eſt l'eſprit de la coutume qui diſpoſe par forme d'exemple, & non pour limiter ſa diſpoſition; ce qui ne s'étend point encore à l'interdit.

Mais comme la rente rembourſée à un imbécille majeur, eſt regardée comme un pur mobilier, ſuivant l'arrêt du premier juillet 1686, cité ſur la diſtinction précédente, il en doit être de même du prix de l'immeuble vendu, appartenant à un interdit, lorſque l'interdit eſt majeur; le Maître, page 26, 27 & 28, eſt d'avis contraire: il eſtime que l'art. 94; doit s'appliquer dans ce cas; il paroît à la vérité que la raiſon eſt la même; mais les arrêts ſont contraires, ils ſont dans le cas du rembourſement d'une rente, & ce ſeroit reſtraindre la déciſion de droit qui en réſulte que de ne les appliquer qu'à ce cas: je reſpecte profondément ces arrêts, mais l'eſprit de la coutume, ſon motif ſur la prudente prorogation de la qualité de propre, me paroiſſent contraires à cette juriſprudence que la durée incertaine de la démence n'établit pas ſuffiſamment.

LXXIV. Cette fiction de la qualité d'immeuble auroit lieu encore que l'aliénation eût été forcée; par exemple, ſur des deniers provenans d'une licitation, ou d'un vente d'office que le mineur ne pouvoit poſſéder; la coutume ſur ce, ne diſtinguant pas, on ne doit pas diſtinguer; cela auroit lieu auſſi quand la vente auroit été faite pour payer une dette; telle dette, quoique acquitée, revit en faveur de l'héritier qui auroit ſuccédé à l'immeuble vendu, & il en exerce la répétition ſur les autres biens, ſa part dans icelle confuſe dans ſa perſonne.

Il confond la part pour laquelle il auroit dû lui-même contribuer pour l'acquitement de la dette ainſi rembourſée; & c'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet.

LXXV. Cependant dans le cas que le pere ſurvivant, retînt un office conquêt de communauté, le mi-denier qu'il en doit à ſon enfant, eſt pur mobilier dans la perſonne de cet enfant, encore qu'il mourût en minorité; c'eſt exception. En effet, la retention que le pere fait de l'office, remonte au moment de la diſſolution de la communauté, au moyen de quoi l'enfant eſt cenſé n'avoir jamais eu que ſa part dans le prix, & non l'office même; par conſéquent, il n'y a plus de matiere à la fiction.

Cela eſt établi ſur les titres des offices & de la communauté, & il y en a arrêt.

LXXVI. Cette fiction légale qui fait la matiere de cette diſtinction, n'a lieu que relativement aux héritiers du mineur, & non par rapport à lui-même, enſorte que pour la diſponibilité, tels deniers ſont regardés comme meubles; c'eſt ce qui forme la matiere de la ſubdiviſion troiſieme, ci-après: ce ſeroit abuſer de la diſpoſition de a coutume, que de l'étendre juſques à lui.

Lorſque cette fiction légale a lieu, on demande ſur quoi l'héritier, qui auroit ſuccédé à la rente propre rembourſée pendant la minorité, en reprendra le capital? ſi les deniers ſont en nature il les reprend, s'ils ne ſont plus en nature, il reprend le capital ſur toute la maſſe du mobilier; Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 166 vers le milieu; mais après le mobilier épuiſé il ne donne plus d'action: je crois que ce ſait ne rend pas la loi inefficace, & que ce qui peut reſter dû quand à ce, doit ſe répartir ſur tous les autres biens immeubles; cette répartition conſerve la diſpoſition de la loi; autrement on la rendroit pour partie inefficace.

SUBDIVISION II.

Quand cette fiction ceſſe, & ſi elle continue dans la perſonne de l'héritier qui en a profité.

LXXVII. La minorité du créancier de la rente rembourſée, étant la baſe de cette fiction, elle ceſſe avec elle; en effet, où la cauſe ceſſe ſon effet doit ceſſer; de-là, il s'enſuit que ſi le créancier mineur qui a reçu le rembourſement de ſa rente, meurt en majorité, les deniers du rembourſement reſtent confondus dans ſa ſucceſſion mobiliaire, & appartiennent à ſon héritier des meubles & acquêts; autrement ce ſeroit étendre une diſpoſition limitée, & de rigueur hors ſon cas.

Note ſur Dupleſſis, déſignée par les lettres EE, pag. 165; le Maître, pag. 125: & telle eſt la pratique du châtelet.

LXXVIII. Cela a lieu en faveur même du tuteur héritier mobiliaire, encore qu'il n'eût pas rendu compte; la majorité ayant effacé totalement la fiction légale: elle ne peut pas plus ſubſiſter à ſon égard, qu'à l'égard des autres.

Je l'ai toujours vu régler ainſi dans les comptes, ce qui eſt conforme à la note ſur Dupleſſis, pag. 165, & qu'on vient de citer, ainſi qu'au ſentiment de le Maître.

LXXIX. Ce que deſſus a lieu, par rapport aux deniers provenans de l'aliénation de l'immeuble du pupile, lorſqu'il eſt décédé majeur; c'eſt le même principe qui régle l'un & l'autre cas

Note ſur Dupleſſis, pag. 264; cette note eſt déſignée par la double lettre D.

LXXX. Cette fiction légale, cette ſubrogation de ſimple deniers à la place des immeubles, ne ſe continue pas dans la perſonne de l'héritier mineur qui en a profité; ce ſeroit entaſſer fiction ſur fiction; ce qu'on ne peut faire, & cela auroit lieu encore que cet héritier décédât mineur; non-ſeulement une fiction ne s'entaſſe ſur une autre, mais la ſeconde n'auroit aucun juſte motif. J'ai cependant entendu ſoutenir le contraire; mais

cette opinion ma paru mauvaiſe, comme heurtant de front les vrais principes.

C'eſt l'avis de Brodeau, cité par Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 166, qui eſt néanmoins d'avis contraire : l'avis de Brodeau, ſuivi par le Brun, dans ſon traité de la communauté, page 333, num. 22, eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet : en effet, c'eſt la loi qui ſaiſit l'héritier mineur, & ce que la loi opére ne peut être ſuſpect, & c'eſt ce que dit le Maître, pag. 125; ſoutenir le contraire eſt ajouter à la loi, & lui ajouter ſans aucun bon motif.

LXXXI. De-là il s'enſuit que ſi un mineur décede après avoir reçu le rembourſement d'une rente qui lui étoit propre, & que les deniers de ce rembourſement ayent paſſé à l'héritier des propres dans la ſucceſſion de ce dernier, quoique décédant mineur, ces deniers paſſent à ſon héritier des meubles & acquêts. Double raiſon de ce : 1°. il ne faut pas entaſſer fiction ſur fiction : 2°. dans la perſonne de cet héritier, ces deniers n'ont jamais été qu'un pur mobilier qui n'a pu, & qui n'a réellement ſouffert aucun changement par le fait du tuteur; ainſi la crainte & la prévoyance de la loi n'ont plus d'application dans ce cas-là.

Cela eſt conforme à la juriſprudence du châtelet, fondée ſur l'avis précis de Brodeau & le Maître; une conſultation contraire que j'ai vu, ne rouloit que ſur une confuſion de principes

SUBDIVISION III.

Que cette fiction n'a pas lieu à l'égard des créanciers du mineur rembourſé, ni par rapport à lui-même.

LXXXII. Cette fiction légale n'a pas lieu à l'égard du mineur qui a été rembourſé, comme on l'a déjà vu dans la derniere propoſition de la ſubdiviſion premiere, ni n'a lieu à l'égard de ſes créanciers; double limitation qu'on va expliquer. De-là, il s'enſuit que les deniers provenans du rembourſement de la rente, ſe diſtribuent par contribution entre les créanciers; c'eſt la premiere conſéquence du principe poſé.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ce qu'on ne peut étendre une fiction d'un cas à un autre.

LXXXIII. De même, ſi le mineur ſe marie, ces mêmes deniers tombent dans ſa communauté, s'ils n'en ſont exclus par une clauſe contraire, ſauf la reſtitution en entier, s'il y avoit lieu : ſeconde conſéquence qui naît du même principe.

Voyez ſur ce le titre de la communauté & celui des reſtitutions en entier; en un mot la coutume n'a établi cette fiction que par rapport aux héritiers du mineur ſeulement.

LXXXIV. En effet, par rapport à lui ces deniers conſervent leur véritable nature de meubles, & la loi n'a établi la fiction que relativement à ſes héritiers, & dans la crainte que le tuteur ne change l'ordre de la ſucceſſion du mineur rembourſé; motif qui ne peut militer quant à lui, ni par rapport à la communauté; ni par rapport à ſes créanciers; ainſi dans tous ces cas la fiction relative, établie par la coutume, ne peut pas avoir lieu.

Les deux parties de la propoſition ſont établies ci-deſſus; par conſéquent où cette crainte ceſſe, la diſpoſition ſur ce & qui n'a d'autre baſe que cette crainte, doit pareillement ceſſer; quant à la communauté, Brodeau & le Maître atteſtent que ces deniers y tombent.

CHAPITRE SECOND.

DES RENTES VIAGERES CONSTITUÉES A PRIX D'ARGENT.

SECTION PREMIERE.

DE CEUX QUI PEUVENT EMPRUNTER A CE TITRE.

DISTINCTION PREMIERE.

QUE TOUS LES PARTICULIERS LE PEUVENT, ET POURQUOI.

I. TOUT particulier peut emprunter à ce titre; c'eſt un acte de commerce licite, & par conſéquent ouvert à tous, ſauf l'exception qu'on expliquera.

Iſte contractus in ſe non eſt ſpecies negotiationis funeratoriæ ob continuum periculum ſortis & reditûs, verum quia poteſt fieri ex juſtâ causâ & uſibus hominum ac commoda & utili, ſicut emptio uſusfructus, vel jactus retis, non debet reprobari modo probabilem cauſam & modum habeat. Dumoulin, en ſon traité des contrats uſuraires, queſt. 72, num. 473; cela reçoit cependant une exception.

II. L'incertitude de la vie, l'eſpérance que chacun des contractans a de gagner, balancées réciproquement par l'incertitude de perdre, purgent ces contrats du vice d'uſure, & les ont fait autoriſer dans le commerce de la ſociété; mais entre particuliers ſeulement,

& non pour les communautés, ſi elles n'y ſont autoriſées.

Voyez Dumouſin, qu'on vient de citer; l'arrêt du 26 août 2687, raporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 422, où la légitimité d'une telle rente & d'une telle convention de particulier à particulier eſt ſolidement établie, & tel eſt l'uſage.

DISTINCTION II.

Si les communautés peuvent emprunter à ce titre.

III. Les communautés ne peuvent point emprunter à ce titre, quoique capables de recevoir une donation, avec réſerve d'uſufruit; le bien public fonde cette incapacité, qui reçoit néanmoins une exception, qu'une juſte faveur, ainſi qu'une reſpectable autorité ſoutiennent, contre le principe ſalutaire qu'on vient de poſer, & ſans lequel une partie des biens qui ſont dans le commerce ſeroit tombée dans la main des gens de main-morte; inconvénient dont on ne peut trop prévenir les effets.

Edit du mois d'août 1661, qui défend à toutes communautés eccléſiaſtiques régulieres ou ſéculieres, & autres gens de main-morte, à l'exception de l'Hôtel-Dieu, du grand hôpital de Paris, & de la maiſon des incurables, de prendre des deniers à fonds perdu ou héritages, moyennant rente viagere plus forte que le taux de l'ordonnance, c'eſt-à-dire, ſemblable à celui des rentes perpétuelles.

☞ Mais par autre édit de janvier 1690, regiſtré le 6 février de la même année, ſa majeſté ordonne que les défenſes portées par celui du mois d'août 1661, ſeront exécutés ſelon leur forme & teneur, à l'égard de tous les hôpitaux & communautés, même à l'égard de l'Hôtel-Dieu, de l'hôpital-général & des incurables; veut que les adminiſtrateurs d'iceux ne puiſſent prendre aucun argent à fonds perdu pour conſtituer des rentes viageres, & défend à tous particuliers de leur faire aucun prêt de cette qualité, à l'exception toutefois des dons qui ſeroient faits auxdits hôpitaux par aucuns particuliers, à la charge de leur en payer leur vie durant les arrérages à raiſon du denier 20.

IV. La raiſon de cette prohibition eſt le penchant naturel que les hommes ont d'augmenter leurs revenus, & de ſe préférer pour cela à leurs héritiers, & la juſte crainte que ſi cette voie étoit ouverte, en faveur des gens de main-morte, les biens qui ſont dans le commerce, qui le ſoutiennent, n'en ſortiſſent pour n'y plus rentrer, en tombant dans des mains-mortes.

Tels ſont les juſtes motifs de cette prohibition.

V. Les communautés ne peuvent pareillement acquérir des immeubles, moyennant une rente viagere excédant le produit de l'héritage ce ſeroit l'acte prohibé ſous une autre forme; prohibition dont on ne peut trop maintenir la rigueur. Mais, comme on l'a déja annoncé par les notes, l'hôtel-dieu de Paris, l'hôpital général & la maiſon des incurables, peuvent emprunter à ce titre; telle permiſſion leur étant accordée par une loi publique, qui les a affranchi de la prohibition générale, & cela par la faveur que ces maiſons méritent.

Voyez l'édit du mois d'août 1661, ci-deſſus cité, il contient ces exceptions.

VI. Par une ſuite de la même faculté, ils peuvent acquérir des immeubles, moyennant une rente viagere; c'eſt ſuite de leur capacité d'emprunter à ce titre; c'eſt ſuite de l'exception introduite en faveur de ces deux hôpitaux.

Cela réſulte de l'édit déja cité.

SECTION II.

Sur quel pied ces rentes peuvent être conſtituées; qu'elles ſont inamortiſſables & affranchies de la preſcription des cinq ans.

VII. Les particuliers & les communautés, autoriſés à emprunter à ce titre, ne peuvent le faire dans la théſe générale, qu'à la moitié du taux de l'ordonnance, pour les rentes perpétuelles: cependant ce taux pouvant juſtement varier ſuivant l'âge, dépend de leur convention. Actuellement, comme le taux de ces dernieres, c'eſt-à-dire, des rentes perpétuelles, eſt le denier vingt; elles ne peuvent être conſtituées que ſur le pied du denier dix, ou à raiſon de dix pour cent, ſi le grand âge du créancier ne la fait tolérer à un plus fort denier.

Voyez l'arrêt cité ſur la troiſieme propoſition qui ſuit.

VIII. Ce denier a lieu, indépendamment du grand âge de celui ſur la tête duquel la rente viagere eſt aſſiſe, ſi le contraire n'eſt ſtipulé par le contrat, qui en ce cas peut porter un denier plus fort; mais l'âge du créancier étant très-avancé, & la rente, en ce cas étant conſtituée à plus fort denier, la convention ſeroit autoriſée, l'incertitude la rend licite; ceſſant cette circonſtance, la ſtipulation d'un plus fort denier ſeroit regardée comme uſuraire.

Arrêt du 29 avril 1661, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 19.

IX. Le débiteur de la rente viagere ne peut l'éteindre par la voie du rembourſement, parce que c'eſt un fort-fait; c'eſt un engagement que la mort ſeule du créancier peut effacer; c'eſt la nature d'une telle rente; c'eſt la condition que le débiteur s'eſt fait à lui-même: cependant le débiteur & le créancier peuvent l'éteindre par une convention contraire; ſon extinction n'ayant rien de contraire aux bonnes mœurs; c'eſt convention nouvelle,

nouvelle, auſſi licite, auſſi autoriſée que la premiere.

Il n'eſt pas douteux que toute convention non prohibée doit avoir ſon exécution.

X. Les arrérages de ces rentes ne ſont pas ſujets à la preſcription des cinq ans, parce que le capital étant perdu pour le créancier, le vice d'uſure n'y eſt jamais à craindre. On a prétendu qu'on ne pouvoit en demander les arrérages que tous les ans, & non par quartier, ſi cela n'eſt ainſi ſtipulé; je ne vois pas de bonnes raiſons pour cela, ces rentes devant être regardées d'un œil encore plus favorable que les perpétuelles.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 15; j'ai entendu juger le contraire au préſidial, ſur le fondement que la rente viagere n'étoit pas de libéralité, mais qu'elle avoit été conſtituée à prix d'argent; j'ai appris depuis que la ſentence avoit été infirmée par arrêt; quant à l'éxigibilité la faveur ſe réunit avec l'uſage ordinaire qui eſt le premier interprête des conventions.

SECTION IV.

De ceux qui peuvent prêter à ce titre.

DISTINCTION PREMIERE.

Que toute perſonne capable peut le faire, & même le mari peut faire un tel emploi des deniers de la communauté.

XI. Toute perſonne uſante & jouiſſante de ſes droits, peut prêter à ce titre; c'eſt une ſuite de ſa capacité, & de la puiſſance qu'il a de diſpoſer de ſon bien à ſon gré.

Cette propoſition s'établit d'elle-même & réſulte de ce que dit Dumoulin, ſur ces rentes; il eſt cité ci-deſſus.

XII. De-là, il s'enſuit qu'un interdit ne pourroit le faire; cette incapacité a été établie ſur le titre des interdits; de même un régiſſeur ne peut faire un tel emploi pour celui pour lequel il gére, s'il n'eſt à ce autoriſé; & de même un tuteur pour ſon pupile. Cependant le mari peut employer les deniers de la communauté à fonds perdu; la coutume l'en rend indiſtinctement le maître, & n'excepte pas ce cas, que la coutume du Maine excepte très-judicieuſement.

Voyez le titre de la communauté, ſur lequel cela eſt établi, & cela réſulte de l'art. 225 de la coutume.

XIII. Il peut même aſſeoir la rente viagere ſur ſa tête; mais il eſt plus judicieux de l'aſſeoir, moitié ſur la tête de l'un des conjoints, moitié ſur la tête de l'autre; & lorſqu'il la fait ſur ſa tête ſeule, la femme, ſi elle ſurvit, ni ſes héritiers, ne peuvent demander pour ce aucune indemnité, parce que, par un tel acte, le mari n'a pas excédé le pouvoir que la loi lui avoit confié; il n'a fait qu'en uſer, mais en ſe préférant à ſa femme.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & cela ſe régle ainſi dans les comptes de communauté.

XIV. Cela eſt fondé, ſur ce que le mari eſt chef de la communauté, & que tel acte eſt adminiſtration de ſa part; mais lorſque le mari, qui a conſtitué à fonds perdu ſur ſa tête, reſte ſurvivant, il ne reſte pas pour cela ſeul créancier de la rente, & le produit d'icelle ſe partage, tant qu'elle ſubſiſte, entre lui & les héritiers de la femme prédécédée, ſi les derniers ont accepté la communauté. Telle eſt la vraie régle que quelques-uns s'efforcent vainement d'affoiblir, dans le cas qu'il y a don mutuel; ce qui ne peut être bon que lorſqu'il y a égalité de miſe.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, où par le partage on aſſujettit le mari à rendre aux héritiers de la femme la moitié des arrérages d'une telle rente, & à meſure qu'il les reçoit.

XV. En effet, telle rente eſt conquêt de communauté, dont tout le produit eſt le partage de cette jouiſſance. Il faut donc, en ce cas, faire un tel partage entre le ſurvivant des conjoints, & les héritiers du prédécédé; mais ſi les conjoints ont placé de telles rentes ſur la tête de leurs enfans, & avec égalité, pour, par les enfans, jouir de ces rentes après le décès de leurs pere & mere, c'eſt en ce cas vrai avancement d'hoirie, & vrai partage partiaire anticipé, qui oblige chacun des enfans à l'imputation du montant de telles miſes, par les raiſons & les moyens expliqués dans la note.

Sur la miſe de rentes viageres ſur les aides & gabelles, de la part du pere ſur la tête de ſes enfans, il faut obſerver un abus qui s'eſt gliſſé parmi les procureurs au châtelet, dans les partages; en effet, de ce qu'il eſt permis par les édits, de mettre telles rentes viageres ſur la tête de qui l'on juge à propos, ils en ont conclu que quoique les miſes fuſſent égales, & que les contrats portoient que les enfans jouiroient après le décès de leur pere, que ſi l'un des enfans, en ce cas même, mouroit avant le pere commun, les enfans de cet enfant prédécédé, ne laiſſoient pas de prendre part dans les autres parties de rentes conſtituées & aſſiſes ſur les têtes des autres enfans ſurvivans; ce qui eſt une erreur par les raiſons ſuivantes: 1°. Parce que telle miſe égale avec nomination en faveur de chacun des enfans, eſt une maniere de donner qui aſſujettit au rapport que les petits enfans iſſus de l'enfant prédécédé, doivent conſommer en moins prenant: 2°. Que c'eſt ſi bien une maniere de donner, que le pere n'auroit pu diſpoſer que de ſon viager & non de celui de l'enfant prédécédé ſans ſon conſentement; ſa dénomination dans le contrat opérant, aux termes des édits de création de ces rentes, le dépouillement du pere, & vraie condition en faveur du fils qui eſt mort avant lui: 3°. Il eſt ſi vrai que le pere a été dépouillé, qu'il a lui-même ſouffert du prédécès de ſon fils: 4°. Il faut en ce cas aſſujettir les enfans de ce fils prédécédé au rapport, en moins prenant, parce qu'il faut conſerver l'égalité

dans les branches; ce qu'on porte à cette exactitude, qu'un enfant réduit à sa légitime, doit y imputer ce que son pere a donné à ses enfans : 5°. Que c'est une erreur que de dire, que pour qu'une branche soit assujettie à un tel rapport, il faut qu'il paroisse que l'avantage, également réparti sur tous les enfans avantagés, (qu'on ne peut méconnoître sans se mettre un double bandeau sur les yeux) ait été accepté par les enfans, sur la tête desquels le pere avoit fait une telle mise; premierement, parce que la loi nouvelle, c'est-à-dire, les édits de création de ces rentes, ont dispensé de cette acceptation : secondement, parce que ce seroit prendre l'ombre pour le corps, que de faire prédominer cette vaine formalité, à laquelle la loi particuliere pour ce a dérogé à la loi impérieuse de la collation, & à un fait déterminant que le pere ne pouvoit rien faire de plus exact & de plus judicieux pour ses enfans, qu'en faisant une telle mise égale : mais pour assujettir les enfans du fils prédécédé à ce rapport qui se consomme en moins prenant, il faut le concours de deux choses, que les mises soient égales, & que les contrats contiennent nomination des enfans; je le pense ainsi avec deux de mes confreres qui furent choisis avec moi, pour régler une pareille contestation : le parti contraire ne se soutient que par un abus de quelques subtilités prâticiennes qui ne peuvent jamais balancer l'équité & la raison.

XVI. Même opération que celle mentionnée dans la proposition précédente, lorsque la rente est divisée sur les têtes des deux conjoints, moitié est perdue pour la communauté, par la mort du prédécédé, & le produit de l'autre moitié se partage, comme le surplus de la masse de la communauté; telle est la rigueur de la régle. Quelques-uns, par équité, mais contre la prohibition impérieuse de la coutume, pensent qu'en ce cas le survivant doit jouir de la totalité de la rente qui a été mise sur sa tête; c'est nouveauté contraire à la loi, & qui ne peut se soutenir que dans le cas du don mutuel.

C'est encore ce qui se pratique au châtelet, dans les comptes & partages de communauté; il faut cependant convenir, & principalement dans le cas qu'il n'y a pas d'enfant, que l'équité voudroit le contraire; en effet, lorsque les mises sont égales sur la tête de chacun des conjoints, il y a arrêt qui a jugé, dans le cas du don mutuel, qu'il n'y avoit pas de partage : le même principe ne doit-il pas décider lorsqu'il n'y a pas de don mutuel? mais dans le cas qu'il n'y a pas de don mutuel, il est plus sûr de se tenir à la régle qu'à ce faux brillant d'une équité apparente que la loi rejette, d'autant plus que par cette voie, les conjoints pourroient faire passer toute la masse au survivant.

XVII. Mais si le propre d'un des conjoints avoit été vendu moyennant une rente viagere, il seroit dû pour ce indemnité au conjoint propriétaire : ce qui est traité ci-après dans le titre de la communauté, où l'on verra que l'indemnité n'embrasse que ce dont la communauté a profité de trop, par l'effet & le produit d'une telle aliénation; parce qu'il ne faut jamais permettre que la communauté soit augmentée aux dépens du propre, comme ce dernier, au préjudice de la masse de l'autre; & dans le cas qu'on examine, c'est encore plus action de remploi qu'indemnité; mais remploi limité, à ce que la communauté a profité de trop.

C'est-à-dire, que si la rente viagere a été mise sur la tête du conjoint propriétaire de l'héritage ainsi vendu, la rente lui appartient après la dissolution de la communauté; mais la communauté lui doit ce dont elle a profité par la rente viagere au par-dessus du produit de l'héritage; c'est à ce que se réduit l'indemnité à laquelle il faut joindre le montant des réparations d'entretien, qui étant à la charge de la communauté, diminuoient d'autant sa jouissance.

DISTINCTION II.

Si le don mutuel empêche le mari de placer à fonds perdu.

XVIII. Non-seulement la communauté, mais même le don mutuel, n'empêche pas le mari de placer à fonds perdu, parce que ce don n'affoiblit en rien sa puissance; il peut donc le faire en ce cas.

Cela est établi ci-après sur le titre du don mutuel : il en seroit autrement dans la coutume du Maine, où le mari ne peut faire un pareil emploi : arrêt du 2 août 1708, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 550.

XIX. Dans le cas du don mutuel, si celui des conjoints, sur la tête duquel la rente viagere étoit acquise, survit, il jouit en totalité de la rente viagere; mais après sa mort, ses héritiers rendent, à ceux du prédécédé la moitié des arrérages que le survivant a perçu depuis l'ouverture du don mutuel; autrement sa jouissance absorberoit le fonds : voilà la vraie régle; il est étrange que quelques-uns s'efforcent de l'affoiblir. En effet, cette moitié forme en ce cas, une espece de capital, qui ne peut irrévocablement tomber dans le don qui n'embrasse que des fruits, & le retard de cette restitution forme la jouissance du survivant : tel est son objet; juste motif de la restitution contenue dans la proposition. Telle est, encore une fois, la pureté de la régle; il ne me paroît pas qu'on puisse s'en écarter sans changer la coutume, & donner atteinte à la prohibition d'avantages qu'elle contient.

C'est sur cette raison qu'est fondée la jurisprudence du châtelet; elle me paroît solide, puisque le parti contraire n'iroit pas à moins qu'à rendre les conjoints, pendant le mariage, maîtres de faire passer au survivant d'eux, toute la masse de la communauté, en convertissant tout ce qui la compose en rentes viageres.

XX. Mais si dans le cas du don mutuel, les conjoints ont unanimement divisé la rente viagere par moitié sur la tête de l'un & de l'autre; en ce cas, les héritiers du survivant ne sont point obligés à aucune restitution quant à ce, en faveur des héritiers du prédécédé, & le survivant a fait irrévocablement

ſiens les fruits de ſa moitié. Ce qui fonde la propoſition, eſt que par ce concert, ils ont cherché à procurer au ſurvivant, par une voie légitime, c'eſt-à-dire, par le don mutuel que la coutume autoriſe, les moyens de ſubſiſter, & qu'ils ont, quant à cet objet, conſommé équitablement leur droit par un partage égal : & ce raiſonnement n'eſt pas une critique de la loi ; c'eſt application de ſa diſpoſition, puiſque toute équité, toute égalité eſt ici conſervée dans l'exécution d'un acte qu'elle autoriſe.

C'eſt ſubtilité & abus de la loi prohibitive d'avantages entre conjoints, que de ſoutenir qu'en ce cas, il y a avantage prohibé, parce que les principes doivent guider l'équité & non pas l'étouffer : tel eſt le langage de ceux qui ſoutiennent cette opinion, qui peut encore ſouffrir difficulté ; mais les principes concourent ici avec l'équité.

SECTION V.

Si les arrérages d'une rente viagere ſont ſaiſiſſables.

XXI. Dans la théſe générale, les arrérages d'une rente viagere, ſont ſaiſiſſables ; quand ils ne le ſont pas, c'eſt privilége ſingulier : il y a plus, la clauſe contraire, inſérée dans le contrat de conſtitution qui auroit été formé des deniers du créancier, ſeroit même vicieuſe ; le créancier n'ayant pu ſe donner à lui-même un droit contre ſes créanciers, qui peuvent auſſi ſe venger ſur le fonds, qui eſt regardé comme un immeuble.

Par arrêt du 31 juillet 1685, rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 257, la cour a jugé que ces rentes étoient meubles, & comme telles que le produit devoit être contribué entre les créanciers ; mais le fonds d'icelles doit être diſtribué par ordre d'hypothéque : ce qui arrive lorſqu'il y a ſaiſie réelle du viage, & ce qui prouve leur ſaiſiſſabilité, & par conſéquent la propoſition.

XXII. Telle clauſe ſeroit ſans effet, parce que perſonne ne peut par ſon fait affranchir ſes biens de la pourſuite de ſes créanciers ; ce qui arriveroit néanmoins ſi on donnoit efficacité à une telle clauſe. Cependant les créanciers, par leur propre intérêt, doivent veiller à la conſervation de la vie de leur débiteur, qui eſt créancier d'une telle rente.

Par le même arrêt du 31 juillet 1685, la cour a adjugé au créancier d'une telle rente, une penſion alimentaire ſur icelle, nonobſtant que les arrérages fuſſent ſaiſis par ſes créanciers, qui étoient intéreſſés à conſerver la vie à leur débiteur ; ce n'eſt que cette juſte faveur qui a modifié l'application de la régle, mais qui loin d'y donner atteinte me paroît la confirmer.

XXIII. Cependant, il eſt de certaines rentes viageres dûes par le roi, qui ſont inſaiſiſſables ; mais elles ne ſont telles que par la volonté du roi, qui eſt la loi ſuprême ; privilége qui eſt inſéparable de leur conſtitution, & qui par conſéquent, doit avoir ſon exécution.

Voyez les édits de création de ces rentes ; c'eſt la diſpoſition de ces édits & non la nature de ces rentes qui produit ce droit ; ce qui ſe forme ce que deſſus.

☞ Les gages des officiers de la maiſon ne ſont pas ſaiſiſſables : ordonnance & déclaration du 20 avril 1553, & 20 janvier 1567. Les appointemens des commis des fermes ; ordonnance des fermes, de juillet 1681. Les arrérages de rente de tontine ; ſuivant les édits de création.

XXIV. Il en eſt de même lorſque la rente viagere eſt de libéralité, & que celui qui l'a donnée ou léguée a expreſſément déclaré qu'il vouloit que les arrérages d'icelle fuſſent inſaiſiſſables ; cette faveur eſt inſéparable de la formation d'une telle rente ; ce qui eſt fondé ſur ce qu'il eſt permis à un donateur d'impoſer à ſa libéralité, la condition qu'il juge à propos, & que les créanciers de celui qui en eſt gratifié, ne peuvent aller au-delà du titre de leur débiteur, ni le diviſer ; raiſons qui font taire toute critique de la part des créanciers ſur un tel affranchiſſement, que le donateur (dont on ne peut diviſer la volonté) a été maître abſolu d'attacher à ſa diſpoſition.

Voyez le titre des diſpoſitions conditionnelles, où cette puiſſance d'un donateur d'impoſer à ſa libéralité la condition qu'il lui plaît, eſt établie ; c'eſt droit commun, c'eſt raiſon écrite, dont on ne peut s'écarter.

☞ Arrêt du 29 novembre 1734, qui a fait main-levée des ſaiſies d'un uſufruit légué par un parent collatéral, à la charge de ne pouvoir être ſaiſi. Pareil arrêt, le 27 octobre 1759, au profit d'un légataire de madame la ducheſſe du Maine, quoiqu'il n'y eût point la clauſe que la rente ne pourroit être ſaiſie.

XXV. Cette inſaiſiſſabilité ordonnée par le teſtateur, n'auroit pas abſolument lieu ſi elle étoit ordonnée par un aſcendant, & que le fils ne fût pas rempli de ſa légitime ; en effet, dans ce cas le créancier peut demander qu'il ſoit procédé à la liquidation de la légitime de ſon débiteur, pour ſe venger ſur icelle, nonobſtant la clauſe d'inſaiſiſſabilité ; c'eſt droit en ce cas compétent aux créanciers, parce que ſur cette portion, tel donateur n'avoit aucune puiſſance ; en effet, ce qui fonde le droit du créancier, eſt que la légitime ne vient pas de la volonté de l'homme, mais de la prévoyance de la loi & de ſa diſpoſition impérieuſe que l'homme ne peut modifier ; ce qui la laiſſe libre dans la main de celui auquel elle appartient, & par conſéquent libre relativement à ſes créanciers, qui peuvent exercer & faire valoir ſes droits.

Voyez ci-après le chapitre de la légitime, où cela eſt établi.

CHAPITRE TROISIEME.

DES RENTES DE LIBÉRALITÉ.

SECTION PREMIERE.

DES RENTES PERPÉTUELLES DE LIBÉRALITÉ.

DISTINCTION PREMIERE.

COMMENT ELLES SE FORMENT, ET SI LEURS ARRÉRAGES SONT SUJETS A LA PRESCRIPTION DE CINQ ANS.

I. CES rentes ne peuvent ſe former que par une donation ou un teſtament; il n'y a que ces actes qui en puiſſent former de telles : toute autre eſt fonciere, ou conſtituée à prix d'argent.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, ch. 3, pag. 162: Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 7, pag. 16 & ſuivantes.

II. Les arrérages d'icelles ne ſont pas ſujets à la preſcription des cinq ans; le vice d'uſure n'y eſt nullement à craindre, & le droit ou l'action pour en demander les arrérages, dure autant que le titre; cela réſulte de leur ſource.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 70: Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 7, num. 2: Dupleſſis, pag. 62, & telle eſt la juriſprudence.

III. Mais le fonds de ces rentes par lui-même, n'eſt pas impreſcriptible; l'action qui réſulte d'une libéralité n'eſt pas telle, & elle eſt comme les autres actions ſujette à preſcription, n'y ayant aucune loi qui l'en affranchiſſe, & cet affranchiſſement ſeroit bizarre.

Voyez Henrys, à la queſtion citée ſur la propoſition précédente. Telles rentes ne ſont pas même foncieres: Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 1, ch. 7, num. 4, pag. 17: ſi ce n'eſt dans le legs d'alimens à prendre ſur un certain fonds, auquel cas la rente de libéralité eſt réputée fonciere; le même auteur, ch. ſuivant, num. 21; mais c'eſt en ce cas rente fonciere imparfaite.

IV. De-là il s'enſuit que ſi l'action hypothécaire conventionnelle eſt jointe à la perſonnelle, le créancier peut demander 40 années des arrérages de ces rentes, dès qu'on admettra, comme il eſt de régle de le faire, l'effet de cette jonction.

Sur la queſtion de ſavoir ſi le fonds de ces rentes eſt preſcriptible, voyez Henrys, à l'endroit ci-deſſus cité, queſtion 71. Je penſe qu'elles ne ſont pas impreſcriptibles, mais la preſcription contre icelles ne peut commencer que du jour que le débiteur a ceſſé d'en payer les arrérages; chaque payement d'arrérages en matiere de preſtation annuelle, étant une reconnoiſſance de la dette qui interrompt la preſcription : ce qui eſt établi ſur le titre de la preſcription, & ce qui eſt conforme à la diſpoſition du droit civil.

DISTINCTION II.

Si ces rentes ſont rembourſables, quand elles le ſont & quand elles ne le ſont pas.

(Art. 122 de la coutume.)

V. Dans la théſe générale, les rentes de libéralité ſont de leur nature inamortiſſables, ſi il n'y a clauſe contraire; cependant la faveur de la libération ne les fait réputer telles qu'après 30 ans; qualité qu'elles ne peuvent jamais acquérir, par rapport aux maiſons de la ville de Paris, & laquelle, par rapport aux autres biens, eſt plus faveur que droit étroit. En effet, on ne peut en autoriſer le rachat, ſans s'écarter de l'intention de celui qui l'a donné ou légué; & c'eſt pour ſon exécution, que le débiteur en rembourſant eſt aſſujetti à un remploi.

Dupleſſis, en ſes conſultations, pag. 742 de l'édition de 1709. Le même auteur, traité des preſcriptions, liv. 2, à la fin du premier chapitre, pag. 517 & 518: ce qui réſulte des articles 121 & 122 de la coutume.

VI. A plus forte raiſon, elles ſeroient rembourſables ſi le donateur l'avoit ainſi ordonné, parce que ſa volonté étant la baſe de la création de ces rentes, elle eſt par conſéquent leur loi ſuprême; ainſi en ce cas, nulle difficulté ſur la faculté de leur rachat.

Le même auteur, au même endroit, & en ſon traité des droits incorporels, pag. 162. Le même, en ſon traité des preſcriptions, pag. 518, où il eſtime qu'après 30 ans elles ceſſent de l'être.

VII. Les arrérages en ſont ſaiſiſſables, & leur fonds même, ſi le donateur n'en a ordonné autrement; mais l'ayant ordonné, elles deviennent telles; c'eſt condition qu'on n'en peut ſéparer, & le donateur a été maître de le faire: ſa volonté étant la loi, qui régit ſa diſpoſition comme on l'a déja vu.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la maxime qu'il eſt permis à un donateur d'impoſer à ſa libéralité la condition qu'il lui

plaît, ce qui eſt établi ſur le titre des diſpoſitions conditionnelles.

VIII. Quoique le teſtateur ou donateur eût ordonné que la rente qu'il léguoit ou donnoit ſeroit rachetable, cependant cette faculté ſe preſcrit par 30 ans; c'eſt ſimple action ſujette à preſcription, parce que telle faculté eſt contraire à la nature de ces rentes, & ne peut avoir de baſe que la volonté du donateur, ou la faveur de la libération; & l'une comme l'autre ne produiſent qu'un droit ou qu'une action qui ne peuvent être perpétuels: fondement de cette preſcription qui eſt peu ſatisfaiſante.

On peut appliquer à cet égard, ce qui eſt dit & cité ſur le chapitre des rentes foncieres, la rente de libéralité, comme la rente fonciere, étant de ſa nature non rachetable; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

IX. La raiſon de ce, eſt que telle rente eſt de ſa nature inamortiſſable; que le teſtateur n'a accordé la faculté de la racheter, que pour être exercée ſuivant le droit commun, & que dans le cas de cette faculté, il ne peut naître qu'une ſimple action perſonnelle dont la durée eſt de 30 ans, mais qui par ce tems eſt preſcrite; telle eſt l'opinion commune, elle ne me paroît pas ſans difficulté, car c'eſt détacher la faculté de la libéralité; mais il n'y auroit aucune difficulté, ſi le donateur avoit dit que cette faculté ſeroit perpétuelle.

Cette qualité d'inamortiſſable, eſt prouvée par Dupleſſis, en ſes conſultations, pag. 742: qualité de laquelle naît la preſcription de la faculté de les racheter; en un mot, cette qualité réſulte de la nature de ce droit, qui eſt rente annuelle, toute abſtraction faite d'un certain capital.

X. Il en ſeroit donc autrement, ſi le teſtateur avoit expreſſément marqué, que la faculté de rachat ſeroit impreſcriptible; en ce cas, ſa volonté la rend telle: en effet, en ce cas telle faculté eſt inſéparable du titre, & il en naît une nouvelle action, une nouvelle faculté, dans l'inſtant que la premiere ſe ſeroit effacée par la preſcription; la volonté du teſtateur étant ſur ce, la loi ſuprême, & toujours inſéparable de ſa diſpoſition.

Telle eſt ſur ce, l'opinion commune. Voyez Dupleſſis, pag. 518: mais n'eſt-ce pas ajouter à la diſpoſition du teſtateur que de rendre la faculté qu'il a ordonnée ſuſceptible de preſcription?

XI. Lorſque la rente de libéralité eſt à prendre ſpécialement ſur une maiſon de la ville ou fauxbourgs de Paris, elle eſt rachetable de droit, indépendamment de toute ſtipulation; c'eſt faveur, elle eſt fondée ſur ſur ce que telles rentes, ſi elles étoient non-rembourſables lorſqu'elles ont un tel gage, occaſionneroient l'abandonnement de ces maiſons, & qu'il eſt du bien public auquel tout céde, que ces maiſons ſoient entretenues; tels ſont les motifs de cette faveur.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 516 & pag. 162.

XII. Le teſtateur ne peut même en ce cas, ordonner que la rente ne pourra être rembourſée; la faculté de la rembourſer faiſant portion du droit public, auquel il ne peut donner atteinte.

Dupleſſis, pag. 162, dit qu'elles ſont rachetables perpétuellement & impreſcriptibles; en effet, le teſtateur n'a pu déroger à un droit public, & on le juge ainſi au châtelet.

XIII. Cette faculté en ce cas, de rembourſer la rente, auroit lieu encore qu'elle appartînt à l'égliſe; la coutume ne l'excepte pas, cette faculté milite donc contre elle; mais ſous la charge d'emploi.

Dupleſſis, à l'endroit cité; mais en ce cas il faut l'emploi dont on traitera ci-après: voyez l'ordonnance de 1569, & celle de 1606, art. 20, qui ſemble affranchir une telle rente de la faculté du rachat; mais cela ne doit s'entendre que du rachat pur & ſimple & n'opere que la néceſſité d'un emploi des deniers du rembourſement. Voyez le Veſt, arrêt 117; Louet & Brodeau, let. R, ch. 32: & Loyſel, tit. des rentes, régle 10.

XIV. De ce que deſſus, il réſulte à plus forte raiſon que ſi par le teſtament il eſt dit, que la rente impoſée ſur une maiſon de Paris pourra être rembourſée, la faculté de la racheter eſt impreſcriptible, puiſque la diſpoſition de la loi la rend à toujours rembourſable, indépendamment de tout acte, & que la volonté du teſtateur inſéparable de ſa libéralité, ſe joint pour cela à la diſpoſition de la loi: ainſi en ce cas, nulle difficulté ſur l'impreſcriptibilité de la faculté du rachat, puiſqu'elle eſt même indépendante de cette faculté.

Cela réſulte évidemment de ce que deſſus, & c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 162.

XV. Quoique la rente de libéralité, impoſée ſur une maiſon de Paris, fût payable en grains, elle ſeroit nonobſtant ce rachetable, & le rachat ſeroit ſujet à appréciation: la loi eſt générale, elle ne diſtingue pas, & ſa diſpoſition eſt favorable ayant le bien, l'avantage public pour objet & pour fin.

Voyez ci-deſſus le chapitre des rentes en grains, & les ordonnances qui y ſont citées, & tel eſt l'uſage du châtelet.

DISTINCTION III.

Sur quel pied ſe fait le rachat des rentes de libéralité impoſées ſur les maiſons de Paris, & de l'emploi que le débiteur qui les rembourſe eſt tenu d'en faire faire.

(Art. 122 de la coutume.)

XVI. En ſuivant l'eſprit de la loi, le rachat des rentes de libéralité, devroit ſe faire à préſent ſur le pied du denier trente, cela réſulte de la diſpoſition de la coutume, qui, nonobſtant le denier douze qui ſubſiſtoit lors de ſa rédaction, a fixé le rachat d'une

telle rente au denier vingt; & cette faculté de rachat, a lieu encore que la rente fût dûe à l'égliſe, la diſpoſition de la coutume étant générale, d'autant plus qu'une exemption en faveur de l'égliſe, de la faculté du rachat, feroit un obſtacle à la décoration de la ville; ce qui ſeroit contraire à l'eſprit de la loi & au bien public.

La fixation du denier 20, portée par l'art. 122 de la coutume, eſt relative au tems de ſa réformation; j'ai vu une ſentence du châtelet rendue il y a plus de 30 ans qui avoit fixé le rembourſement d'une telle rente ſur le pied du denier 25; voyez Dupleſſis, des preſcriptions, pag. 517. La faveur de la libération plus que les principes, ſoutient le rachat au denier 20; mais la lettre de la coutume relative au tems de ſa rédaction ne doit pas étouffer ſon eſprit qui doit être le vrai guide; & ſuivant ce même eſprit, il me paroît qu'un tel rachat doit à préſent ſe faire ſur le pied du denier 30: ſur quoi on obſervera que Pocquet de Livoniere, en ſes régles du droit françois, page 414, s'eſt trompé lorſqu'il a dit que les rentes dont les maiſons de la ville de Paris peuvent être tenues envers l'égliſe, ſont inamortiſſables: elles ſont rachetables ſous la condition que le débiteur qui en fait le rachat doit veiller à l'emploi des deniers d'icelui, ſans lequel emploi, le rembourſement ne ſeroit pas valable, & la rente ainſi mal rembourſée continueroit de ſubſiſter: ce qui n'entraîne pas la garantie du remploi, comme on l'expliquera par la ſuite; il ſuffit qu'il y en ait un, non indiſcret, non frauduleux.

XVII. Dans tous les cas, c'eſt-à-dire, dans celui même que la rente de libéralité ne ſeroit dûe qu'à un particulier, le débiteur qui la rembourſe eſt tenu d'en faire emploi, ſi la rente n'a été léguée au particulier, que ſous une certaine charge annuelle & pour lui tenir lieu d'alimens; cet emploi pouvant ſeul aſſurer l'exécution de la diſpoſition: exécution à laquelle l'héritier du donateur eſt aſſujetti par ſa qualité, à veiller autant qu'il le peut, & non à perpétuité; ainſi un premier emploi prudemment fait, opere ſa décharge, abſtraction faite de ſes ſuites.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 162, dit, que le débiteur n'eſt aſſujetti à l'emploi que dans le cas que la rente de libéralité eſt dûe à l'égliſe, & que quand l'emploi a été fait une premiere fois, il n'eſt plus tenu au remploi; ce qui eſt très-conforme à la juriſprudence du châtelet; mais il ne parle pas du cas où la rente de libéralité eſt dûe à un particulier avec une certaine deſtination ou avec une certaine charge, dans lequel cas comme dans le précédent, on juge au châtelet que le débiteur qui veut rembourſer une telle rente eſt tenu d'un premier emploi, mais non d'aucun autre; ce qui prouve que cet emploi n'a pas pour objet l'intérêt du créancier d'une telle rente, mais l'exécution de la diſpoſition à laquelle il eſt convenable de pourvoir.

XVIII. De-là il s'enſuit à plus forte raiſon, que le débiteur qui rembourſe eſt tenu de faire faire cet emploi, lorſque la rente a été léguée à l'égliſe, pour la retribution d'une charge; c'eſt par l'emploi qu'il faut en aſſurer l'exécution; mais toujours ſans garantie de l'emploi. En effet, l'héritier doit veiller à l'exécution de la volonté du teſtateur, & c'eſt cette exécution qui a conduit à la néceſſité de l'emploi.

C'eſt la raiſon ſur laquelle Dupleſſis, pag. 162, fonde la néceſſité du premier emploi: ce qui doit militer pour la rente léguée à un particulier, lorſqu'elle lui eſt faite avec une charge, ou pour lui tenir lieu d'alimens.

XIX. Mais l'emploi une fois fait des deniers du rembourſement d'une telle rente, le débiteur qui l'a fait n'eſt point garant de l'emploi, autrement & ceſſant cette décharge, les maiſons de Paris ſe trouveroient chargées à perpétuité contre l'intention de la loi; ainſi le débiteur n'eſt tenu que d'un premier emploi, & ſans être garant d'icelui, mais ce n'eſt que la faveur du gage qui lui procure cette pleine libération; ceſſante cette faveur, il y auroit contre le débiteur une garantie de l'emploi, lorſque la vente n'a pas un pareil gage; ce qui eſt bien onéreux, puiſque cette garantie ſubſiſte juſques à ce que l'on faſſe un emploi ſur le roi.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à l'endroit qu'on vient de citer, c'eſt-à-dire, à la page 162. Mais dans ſon traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 517, il tient l'opinion contraire; par la juriſprudence du châtelet, l'emploi une fois prudemment fait & ſans fraude, le débiteur qui s'eſt ainſi liberé n'eſt plus garant des ſuites d'icelui; ce qui s'entend quand le gage de la rente eſt une maiſon ſiſe à Paris.

XX. Mais ſi la rente de libéralité, à laquelle une maiſon de Paris eſt ſpécialement hypothéquée, étoit léguée à un particulier ſans aucune charge, & ſans qu'il parût que ce fût des alimens que le teſtateur a voulu lui aſſurer, en ce cas, non-ſeulement le débiteur ne ſeroit tenu de veiller à aucun emploi, mais encore le rachat s'en feroit inconteſtablement ſur le pied du denier vingt.

On regarde au châtelet une telle rente, comme une rente conſtituée à prix d'argent, & ce par la faveur que mérite l'héritage qui en eſt chargé, ce qui même doit militer dans le cas que cette faveur ceſſeroit; c'eſt ſimple rente ſi il n'y a prohibition de la racheter.

SECTION II.

Des rentes viageres de libéralité.

XXI. Celles-ci ſe réglent par le même principe que les précédentes: ainſi on peut y appliquer ce qu'on a dit.

Telle eſt l'opinion commune, ſauf les deux reſtrictions qui ſuivent.

XXII. Elles ſont inamortiſſables, ſi ce n'eſt de la volonté du créancier; c'eſt un re-

venu annuel & momentané, & non une ſomme de deniers, donnée ou léguée. La nature d'une telle rente en exclut donc le rembourſement, qui ne peut ſe faire que de gré à gré.

Voyez le chapitre ſecond ci-deſſus; mais ce qui ne ſeroit ſi la rente étoit perpétuelle.

XXIII. Les arrérages en ſont ſaiſiſſables, comme il eſt dit en la derniere ſection du chapitre précédent, c'eſt-à-dire, qu'ils ſont tels ſi le teſtateur ou le donateur n'a ordonné le contraire; mais le créancier ne peut s'attribuer à lui-même un pareil droit.

On les juge telles au châtelet; en effet, l'inſaiſiſſabilité eſt un privilége qu'on ne peut ſuppléer.

XXIV. Ils ſont inſaiſiſſables quand le teſtateur l'a ordonné: ſa volonté fait la loi, & le créancier même n'y peut contrevenir.

Cela eſt établi par le chapitre ſecond.

XXV. Ils ne ſont pas ſujets à la preſcription des cinq ans, le vice d'uſure n'y étant pas à craindre; & c'eſt ce vice qui eſt le motif de cette preſcription.

Arrêt du 5 mai 1668, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 15.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES RENTES CONSTITUÉES SUR LES AIDES ET GABELLES.

SECTION PREMIERE.

DE LA NATURE DE CES RENTES, DE LA LOI QUI LES REGIT, ET DE LA FACULTÉ AUX ÉTRANGERS DE LES ACQUÉRIR.

I. CES rentes ſont immeubles comme les autres rentes conſtituées; la coutume ne diſtingue pas, les édits les rendent telles, & leur poſſeſſion eſt permiſe à tous les étrangers; c'eſt avantage pour l'état que cette faculté.

Sur la capacité accordée aux étrangers de les poſſéder, voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 95: capacité qui rend la loi qui les régit commune à tous ceux qui en poſſédent; cependant quant à celles poſſédées par des étrangers, c'eſt la loi de leur pays qui les régit: cela a été accordé aux anglois par la déclaration du 7 décembre 1715.

II. Elle ſont toutes régies par la coutume de Paris, elles y ont une eſpece d'aſſiete fixe, ce ſont les aides & gabelles; cette uniformité de loi ſur ces biens, applanit bien des difficultés: il ſeroit ſalutaire qu'une telle uniformité pût s'établir ſur tous les biens.

C'eſt ce que dit Louet, let. R, num. 31, à la fin; voyez Brodeau, au même endroit; cependant l'édit portant création des offices de conſervateur des hypothéques ſur ces rentes, ſemble dire quelque choſe de contraire; mais l'objet & la fin de cet édit étoit la création de ces offices & non la fixation de la nature de ces rentes.

III. De-là il s'enſuit que quant à ce, la loi du domicile du créancier n'eſt d'aucune conſidération; c'eſt la coutume de Paris ſeule qu'on conſidere, & c'eſt elle qu'on doit ſuivre par rapport à l'étranger, à ſa femme & à ſes héritiers, ſi la grace accordée aux anglois, ne doit pas militer en faveur des autres étrangers.

Note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 169: il en eſt de même de celles dûes par le clergé, même note; le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 64, num. 36, confirme encore la propoſition, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; ainſi, on peut appliquer aux rentes dûes par le clergé de France, ce qu'on vient de dire au ſujet des rentes conſtituées ſur les aides & gabelles.

☞ L'obſervation ci-deſſus ne doit s'entendre que des rentes ſur l'ancien clergé; car celles dûes par le nouveau clergé, ainſi que celles dûes par les états du Languedoc, de Bourgogne & de Bretagne, ſont régies par le domicile du créancier, même en Normandie. Voyez les arrêts du 14 août 1713, & 5 mai 1733, rapportés par Deniſart, verb. rentes conſtituées; & celui du 23 février 1741, cité par Lacombe, verb. partage; ils confirment également le principe. A l'égard des rentes payables à l'hôtel-de-ville, qui appartiennent à des étrangers, voyez la déclaration du 7 décembre 1715; elle porte que ces rentes ſe réglent dans leurs ſucceſſions par les loix & coutumes du créancier étranger.

IV. De-là il s'enſuit que comme les autres rentes, elles ſont ſuſceptibles de la qualité de propres, & ſujettes à ſuite par hypothéques: telle étant la diſpoſition de la coutume de Paris, par rapport aux rentes; & tout étranger peut les acquérir.

Sur ce qu'il faut faire pour conſerver l'hypothéque ſur ces rentes, voyez la ſection 3 ci-après, elle ſert de preuve à la derniere partie de la propoſition; quant à la premiere, la qualité d'immeuble la fonde: quant à la faculté des étrangers d'acquérir ces rentes, elle eſt fondée ſur l'édit du mois de décembre 1674, qui a été renouvellé par les édits de création, & c'eſt la loi de leur pays, ſuivant la déclaration du 7 décembre 1715, & celle du 19 juillet 1739.

SECTION II.

Des arrérages de ces rentes & de leur échéance.

DISTINCTION PREMIERE.

De cette échéance relativement aux héritiers.

V. L'ouverture du bureau pour leur payement fait leur échéance, ainsi pour cette échéance on ne considere pas celle des termes portés par les contrats, mais l'ouverture du bureau ; c'est cette ouverture qui décide sur cela.

Brodeau, sur l'art. 92 ; le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 116 : Dupleſſis, traité des meubles, pag. 137 : & tel est l'usage du châtelet.

VI. Du même principe, il s'ensuit que si au jour du décès du rentier à qui la rente étoit propre, il y avoit des arrérages échus aux termes du contrat, mais dont le bureau ne fût pas ouvert pour le payement lors du décès ; tels arrérages appartiennent à l'héritier des propres, & non à l'héritier des meubles & acquêts, qui n'a que la demie année dont le payement se faisoit à bureau ouvert lors du décès du rentier, à moins que le rentier n'en ait laissé accumuler davantage, quoique le bureau pour le payement fut ouvert ; auquel cas ces années appartiendroient à l'héritier mobilier ; ce qui entraine l'avance lorsqu'il y en a.

Lorsqu'on paye une demie année d'avance il a cette demie année, mais il ne l'a pas lorsqu'on ne paye qu'après l'échéance ; arrêt au profit de la dame de Pleneuf, contre le marquis de Prix, & telle est à présent la jurisprudence ; voyez le Maître, pag. 116.

VII. La raison de ce, est que jusqu'à l'ouverture du bureau pour le payement, les arrérages, quoique dûs, sont censés faire partie du fonds ; ils doivent donc appartenir à celui que la loi saisi du fonds, c'est-à-dire, à l'héritier des propres lorsque la rente est telle.

Par le même principe ils sont mobiliers dès que le payement en est ouvert, & c'est par cette raison que quoique le défunt ne les ait pas reçus, ils appartiennent à son héritier mobiliaire de même que ses autres revenus échus ; ici l'ouverture du bureau fait échéance.

DISTINCTION II.

De cette échéance considérée relativement aux créanciers saisissans.

VIII. Ce même principe a lieu entr'eux, l'ouverture du payement pour les arrérages en détermine l'échéance ; de-là il s'ensuit que le premier saisissant ne touche par préférence que la demie année dont le payement se faisoit à bureau ouvert lors de sa saisie ; premiere conséquence qui naît du principe : sur les autres il y a concurrence ; la diligence du premier saisissant n'ayant sur cela aucun effet.

Cela se pratique ainsi au châtelet : ce que la suite confirme.

IX. A l'égard des autres arrérages, quoiqu'échus lors de la saisie du premier saisissant, mais dont le payement ne s'est pas fait à bureau ouvert, ils se contribuent entre tous les saisissans sur la régle déja posée, qui est que quant à ce, l'ouverture du bureau pour le payement, forme seule la véritable échéance des arrérages de ces rentes & les ameublit ; autre conséquence du même principe.

Le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 116.

X. Le premier saisissant emporte seul la demie année dont le payement se faisoit à bureau ouvert lors de sa saisie, parce que c'est lui qui l'a conservée ; le débiteur ayant pu dès l'ouverture de cette demie année la toucher, & ce nonobstant sa lettre, & s'il n'a pas été payé, c'est qu'il est impossible de payer tous les rentiers en un seul jour ; mais le surplus se contribue, n'étant censé échu que depuis les saisies ; ce qui conserve tous les droits.

Telle est sur ce, la jurisprudence du châtelet.

DISTINCTION III.

De cette échéance relativement à l'usufruitier de la rente, & au donataire mutuel.

XI. Ce que dessus a lieu à leur égard, d'où il s'ensuit que celui qui a l'usufruit d'une rente sur la ville, n'en fait les fruits siens que jusqu'à concurrence des arrérages qui se payent à bureau ouvert pendant sa vie : ce qui s'applique tant à la douairiere coutumiere qu'au gardien ; & dans ceux-là, il faut comprendre la demie année qui se paye à bureau ouvert lors de son décès, parce que si l'usufruitier ne l'a pas touchée, il le pouvoit faire ; puissance qui en assure le droit à sa succession : aussi ces usufruitiers ne doivent-ils pas avoir la demie année qui se payoit à bureau ouvert lors de l'ouverture de leur usufruit ? le partage *dietim*, & lorsqu'il n'y a aucun retard, est le plus exact ; & c'est pour lui qu'on incline à présent.

C'est sur ce moyen qu'est fondée la jurisprudence.

XII. De ce que dessus, il résulte que si pendant son usufruit il y a eu des arrérages échus, mais dont le payement se trouve encore suspendu au jour de son décès, ces arrérages appartiennent au propriétaire de la rente, & non à l'héritier du gardien ou de la douairiere ; mais par une juste balance, les arrérages payés pendant l'usufruit, quoiqu'échus avant le commencement d'icelui appartiennent à l'usufruitier ; cela peut souffrir difficulté,

difficulté, mais l'équité conduit là, & ce qui, ſelon moi, peut s'appliquer à l'égard du donataire mutuel & du gardien, du moins juſqu'à concurrence des années pour leſquelles il y a retard, pourvu néanmoins que ces payemens n'excédent pas la durée des années de l'uſufruit.

Ce que deſſus ſert de preuve à cette propoſition qui n'eſt qu'une conſéquence des précédentes; le partage *dietim* écarte ces difficultés, mais ce n'eſt que pour le cas que pendant le cours de l'uſufruit il n'y a pas eu de retard; quand il y en a eu, le partage doit ſe régler comme on vient de l'expliquer.

XIII. De-là il s'enſuit qu'une rente ſur la ville tombant dans le don mutuel, tous les arrérages d'icelle, dont il s'eſt fait ouverture de bureau pour le payement depuis la délivrance du don, ou plutôt depuis la préſentation de la caution, appartiennent au donataire mutuel, pourvu que cela n'excéde les années échues depuis l'ouverture de ſon don; ce qui a lieu pour le gardien & pour la douairiere auxquels il appartient encore la demie année, dont le payement ſe fait au moment du décès de la douairiere ou de la ceſſation de la garde & du douaire; quant aux arrérages échus depuis l'ouverture du don mutuel, mais dont le payement ſe trouve ſuſpendu lors de la mort du donataire ou autre uſufruitier à titre gratuit, ils ſont cenſés faire partie du fonds & n'appartiennent pas au donataire mutuel, puiſque c'eſt l'ouverture réelle du bureau pour le payement qui forme leur échéance, & il en eſt quant à ce de même du gardien & de la douairiere.

Cette propoſition & les deux précédentes ont été formées ſur l'uſage du châtelet.

XIV. Il en eſt de même de la demie année qui ſe payoit à bureau ouvert lors de l'ouverture du don, elle n'appartient pas au donataire mutuel; en effet, cette demie année fait partie de la communauté dans laquelle elle eſt tombée, & dont le donataire mutuel eſt comptable envers les héritiers du prédécédé des conjoints.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet dans les comptes de communauté rendu par un ſurvivant donataire mutuel, ou par ſes héritiers; en effet, cette demie année fait portion de la maſſe de la communauté, & par une juſte balance, ſi l'on ne ſuit pas le partage par jour, la demie année qui ſe payoit lors du décès de la donation, doit appartenir à ſa ſucceſſion.

DISTINCTION IV.

De leur échéance relativement à la communauté de biens entre conjoints.

XV. La demie année courante de la rente ſur la ville, propre à l'un des conjoints & qui ſe paye à bureau ouvert lors de la célébration du mariage, tombe en totalité de droit en la communauté, s'il n'y a clauſe contraire; en effet, ſon échéance l'a ameubli, & la communauté embraſſe tout meuble; ce qui ſembleroit devoir exclure de la communauté, la demie année courante lors de ſa diſſolution; ce ſeroit une balance; mais le principe y réſiſte.

Tel eſt l'uſage au châtelet; voyez les notes ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction, & l'art. 220 de la coutume, qui fait tomber tout le mobilier dans la communauté que la coutume établit entre conjoints par mariage; mais on incline à préſent, & cela eſt très-juſte, à partager ces arrérages *dietim*, enſorte que la communauté n'en profite qu'à proportion de ſa durée.

XVI. Il en eſt de même des arrérages échus avant le mariage, & qui ont été payés pendant icelui après quelque retardement, parce que ces arrérages ſont purs mobiliers, & que tout le mobilier des conjoints tombe de droit en communauté, s'il n'y a clauſe contraire dans le contrat de mariage; c'eſt en ce cas, l'exécution de la loi: mais n'y avoit-t-il pas fiction contraire?

La raiſon de douter ſeroit que juſqu'à l'ouverture du bureau pour le payement, les arrérages de telles rentes ſont regardés comme leur capital; mais étant depuis payés, le délai dans ce payement, & lorſqu'il ſe trouve fait, n'a pu changer la véritable qualité de ces arrérages; ce qui ſouffre d'autant moins de difficulté relativement à la communauté, que tout le mobilier qui échoit aux conjoints pendant qu'elle ſubſiſte y tombe, ſi par le contrat de mariage il n'y a clauſe contraire; ainſi ces arrérages n'étant pas d'une autre nature que ce mobilier, y doivent donc pareillement tomber, ſauf l'exception qu'on va expliquer, dans laquelle on ne peut pas alléguer de fiction légale de propres.

XVII. Mais s'il y a une miſe fixe en communauté, & que le ſurplus des biens ſoit ſtipulé propre, ces anciens arrérages échus pendant le mariage & payés pendant icelui, ſont propres à celui des conjoints auquel la rente appartient; c'eſt alors l'effet de la convention licite & non du retardement: convention qui a im mobiliſé ces arrérages; & même dans ce cas, la demie année courante lors de la célébration de mariage, ne tombe pas en communauté, ni même la portion à partir depuis le mariage; cette demie année eſt propre, parce que la fiction, l'impreſſion de la qualité de propre la frappe, & que la miſe en communauté eſt abſolument fixée à la ſomme convenue.

Cela eſt une ſuite de la fixation de la miſe en communauté, mais en ce cas la demie année courante lors de la diſſolution de la communauté doit lui appartenir pour la totalité; voyez la note ſur la propoſition qui ſuit.

XVIII. La demie année courante, & qui ſe paye à bureau ouvert lors de la diſſolution de la communauté, fait partie d'icelle, encore qu'elle n'eût pas été reçue; c'eſt un droit acquis à la communauté.

On le pratique ainſi au châtelet dans les comptes de communauté ; il paroît qu'il ſeroit plus régulier lorſqu'il n'y a pas de retardement de compter, *dietim* tant du quartier courant lors du mariage, que du quartier courant lors de ſa diſſolution ; par ce moyen les droits des conjoints ſeroient plus exactement conſervés, & l'on incline à préſent pour ce parti ; il eſt plus judicieux, il n'eſt pas moins juridique ; mais il eſt quelquefois embarraſſant d'opérer en conſéquence.

XIX. A l'égard des arrérages échus pendant la communauté, mais dont le payement ſe trouveroit encore ſuſpendu lors de la diſſolution, ils ne ſont pas partie de la communauté, mais ſont cenſés faire partie du fonds qui eſt propre ; mais ſi ces arrérages avoient été payés par une jonction d'iceux au capital, en ce cas, la rente ſeroit conquêt juſqu'à concurrence du montant de ces arrérages ; ce qui juſtifie que dans le cas précédent l'uſage eſt rigoureux.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les partages de communauté, dans le cas qu'il ſe trouve des parties de rentes ſur les aides & gabelles de cette nature, ce qui arrive toujours pour les années 1712 & 1713.

SECTION III.

Comment les hypothéques ſur ces rentes ſe conſervent, & comment on les en affranchit

DISTINCTION PREMIERE.

Que les lettres de ratification purgent ces rentes de l'hypothéque, mais non de l'hypothéque du douaire.

XX. Les lettres de ratification à l'égard de ces rentes, ont le même effet que le décret à l'egard des immeubles réels ; de-là il s'enſuit que le ceſſionnaire obtenant des lettres de ratification de la vente ou tranſport qui lui a été fait de la rente, ne peut pour raiſon de cette rente être pourſuivi en déclaration d'hypothéque de la part des créanciers du cédant ; tel eſt l'effet de ces lettres qui influe même ſur le droit de propriété, mais non ſur le douaire, & ſur les ſubſtitutions lorſqu'ils ne ſont pas ouverts.

Elles purgent même le droit de propriété qu'un tiers pouvoit avoir ſur la rente vendue ; par exemple, le droit qu'un tiers auroit en vertu d'une déclaration paſſée à ſon profit lorſque par le titre le vendeur paroiſſoit propriétaire ; arrêt du 1 août 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 39, pag. 266 : ce qui prouve cette propoſition.

XXI. Cette voie de purger les rentes ſur la ville, de l'hypothéque, rend à leur égard les décrets inutiles ; & c'eſt ſur ce fondement que ces rentes étant ſaiſies réellement, s'adjugent à la barre de la cour, par forme de licitation, ſauf à l'adjudicataire à obtenir des lettres de ratification, & à ne conſigner ſon prix qu'à la charge des oppoſitions formées à ſes lettres de ratification. Il y a plus, ces lettres purgent même l'hypothéque du douaire lorſqu'il eſt ouvert, mais elle ne purgent pas l'hypothéque du douaire lorſqu'il n'eſt pas ouvert ; il en eſt de même des ſubſtitutions non ouvertes. Dans ces deux cas l'acquéreur peut être évincé ou troublé, nonobſtant ces lettres ; l'ordre & la tranquillité publique ſont conſervés dans l'effet de ces lettres, & celui des exceptions qui ſont publiques.

En cela elles ont moins d'effet que le ſceau des proviſions d'office ; voyez ci-après le titre du douaire & l'arrêt qui a jugé que le ſceau purgeoit l'hypothéque du douaire, quoique non ouvert. Voyez l'article 249 de la coutume.

☞ Mais les lettres de ratification ne purgent point les hypothéques du roi ſur les rentes des comptables, lors même qu'il n'a pas été formé d'oppoſitions au ſceau pour la conſervation de ſes droits, à moins que la vente n'ait été faite du conſentement par écrit des procureurs-généraux des chambres des comptes. Voyez la déclaration du 4 novembre 1680, enregiſtrée le 21 du même mois à la chambre des comptes.

DISTINCTION II.

Comment l'hypothéque ſur ces rentes ſe conſerve ; & de l'effet de l'oppoſition aux lettres de ratification.

XXII. Les créanciers conſervent leur hypothéque ſur ces rentes, nonobſtant le tranſport ou la vente que leur débiteur en a fait en faiſant oppoſition aux lettres de ratification ; oppoſition dont on va examiner la forme, & l'effet qu'il a été juſte d'établir pour le maintien de cet ordre public dont on vient de parler ; & ceſſantes ces lettres, c'eſt le droit commun qui régit.

Lorſqu'il n'y a pas de lettres de ratification, l'hypothéque ſubſiſte ſur ces rentes, comme elle ſubſiſteroit ſur toute autre rente cédée : la vente du gage, dans la théſe générale, n'anéantiſſant pas l'hypothéque du créancier ; voyez Dupleſſis, en ſon traité des actions au ſujet du tranſport ; juſte effet de l'hypothéque qu'on examinera ci-après dans ſon ordre & que l'uſage rend inconteſtable ; c'eſt une des baſes les plus ſolides du commerce.

XXIII. Telle oppoſition doit être formée ès-mains du conſervateur des hypothéques ſur ces rentes, & ces oppoſitions ne durent qu'un an ; telle eſt leur forme & leur durée, & au moyen d'une telle oppoſition, l'acquéreur n'obtient ces lettres de ratification qu'à la charge d'icelle, au moyen de quoi l'hypothéque eſt conſervée ; tel eſt l'effet de ces lettres : effet auſſi ſalutaire que cette voie établie pour acquérir, l'eſt pour la ſûreté générale.

Les lettres ne ſont même en ce cas ſcellées qu'à la charge de l'oppoſition ; voyez la propoſition qui ſuit, qui explique l'effet de celle-ci.

XXIV. Par l'impreſſion de cette oppoſition ſur les lettres de ratification, celui qui

a acquis la rente, eſt obligé ou de payer les cauſes de l'oppoſition, ou d'abandonner la rente, ce qui eſt à ſon choix, ſon engagement étant plus réel que perſonnel; & au moyen de ce, l'oppoſant eſt conſervé dans tous ſes droits, & l'acquéreur ne s'ouffre que la perte à laquelle il s'eſt volontairement expoſé, en payant avant l'obtention des lettres.

Cela a été ainſi jugé, moi plaidant au châtelet; & le ceſſionnaire a été déchargé de l'action perſonnelle.

SECTION IV.

Si la garantie au ſujet des rentes ſur la ville, a lieu entre co-partageans.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle a lieu lorſque le trouble vient du chef du défunt.

XXV. Dans la théſe générale, le trouble ou l'éviction que ſouffre un co-partageant dans la rente ſur la ville à lui échue dans ſon lot de partage, donne lieu en ſa faveur à une action de garantie contre ſes co-partageans; mais pour que la garantie ait lieu en faveur d'un des co-partageans contre les autres, il faut que l'éviction ou le trouble viennent de la part d'un créancier du défunt, ou d'un tiers prétendant droit de propriété de la rente; autrement il n'y auroit lieu à cette garantie, & par conſéquent, il n'y auroit pas ouverture à l'exercice d'icelle, ſi le trouble ou le retranchement venoit du fait du prince.

Voyez ci-après le titre des ſucceſſions & celui des actions, où cela eſt établi; quand à la derniere partie de la propoſition elle eſt fondée ſur la loi *Lucius Titius* 11, ff. *de evict.* c'eſt droit commun.

XXVI. Il en eſt de même des rentes ſur le clergé ou ſur les états des provinces, lorſque le trouble vient ou d'un créancier ou d'un prétendant droit, il y a lieu à la garantie; mais non autrement qu'on vient de l'expliquer.

On le juge au châtelet; on examinera dans la diſtinction ſuivante, le cas où cette garantie n'a pas lieu.

DISTINCTION II.

Que la garantie n'a lieu entr'eux, lorſqu'il y a retranchement par la volonté du roi, ſi elle n'eſt ſtipulée.

XXVII. Développons ce que deſſus, lorſqu'il y a retranchement ſur ces rentes par la volonté du roi, celui des co-partageans auquel une telle rente eſt échue dans ſon lot, n'a aucune action en garantie contre ſes co-partageans; nul n'étant garant des faits du prince, s'il ne s'eſt ſoumis expreſſément à cette garantie: l'équité & les principes ont conduit là.

Voyez le titre des ſucceſſions; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 10, pag. 22, & la troiſieme propoſition ſuivante qui explique celle-ci qui eſt ſuite de la loi citée.

☞ Lorſqu'il y a promeſſe de garantir des faits du prince, cette promeſſe doit avoir ſon exécution: ainſi jugé par arrêt du 21 mai 1715, rapportée par Brillon en ſon dictionnaire des arrêts, *verbo* rentes ſur la ville. L'arrêt y eſt en entier ainſi que l'eſpece & les moyens des parties.

XXVIII. De-là il s'enſuit, à plus forte raiſon, qu'il n'a aucune garantie contre eux, s'il y a ſimple retardement pour le payement des arrérages ou jonction de quelqu'uns d'iceux au capital; c'eſt une ſuite de la propoſition précédente.

Voyez Bacquet, traité des rentes ſur la ville, ch. 4, pag. 2: & tel eſt l'uſage.

XXIX. Cela auroit lieu, encore que par le partage il eût été ſtipulé que les lods ſeroient garans les uns des autres; cette garantie générale ne peut tomber ſur cela, autrement ce ſeroit lui donner une interprétation forcée; en effet, nul n'eſt garant des faits du prince, la garantie pour ce, ne ſe ſupplée pas & n'a lieu que dans le cas qu'elle eſt expreſſément ſtipulée; cela forme une maxime conſtante.

Mais ſi telle garantie étoit ſtipulée par le partage, il y auroit lieu en ce cas à la garantie; Bacquet, traité des rentes ſur la ville, ch. 5, pag. 3, & ch. 9 du même traité; en effet, c'eſt convention, & convention licite, & qui par conſéquent doit avoir ſon exécution.

XXX. Ce que deſſus a lieu à l'égard des rentes dûes par le clergé ou par les états des provinces, lorſqu'il y a par rapport à elles retranchement ou retardement, par l'autorité du roi; & pour ce, nulle garantie, ſi elle n'eſt expreſſément ſtipulée; c'eſt même principe.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet; mais il y auroit lieu à garantie, comme on l'a dit, ſi le trouble venoit du fait du défunt. Voyez la loi *Lucius Titius*, ff. *de evict.* qu'on a déja cité, tout cela en eſt ſuite.

SECTION V.

Comment ces rentes ſe rapportent à ſucceſſion.

XXXI. Si la rente ſur la ville, donnée par un aſcendant à un deſcendant, a été aliénée par ce dernier, il eſt obligé lorſqu'il accepte la ſucceſſion, d'en rapporter l'entiere valeur; ce que l'équité doit tempérer, le partage étant un acte de bonne-foi.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, avant que ces rentes fuſſent réduites au denier 40; mais depuis leur réduction à ce denier, ce rapport ſe-

roit bien rigoureux, & d'autant que dans les partages on ne les prend que pour la moitié de leurs capitaux ; il faut donc en ce cas recourir à une juste évaluation, elle ménage tous les intérêts, & ne rapporter que moitié en argent ou moins prenant.

XXXII. Dans le cas qu'il l'a en nature lors de l'ouverture de la succession, il la rapporte en nature ; d'où il s'ensuit que lorsqu'elle a souffert un retranchement par la volonté du prince, il lui suffit de rapporter la portion qui lui en reste ; c'est la chose même, & telle qu'elle est par sa nature qui est sujet à rapport ; & cela est fondé sur ce que nul n'est garant des faits du prince, & que cette portion qui reste, est le vrai corps héréditaire ; il n'y a donc que cela sujet à rapport.

Voyez le titre des successions, où il est parlé de la garantie qui résulte des partages ; la proposition qui se prouve d'elle même y est établie, & elle est suite de la loi *Lucius Titius*.

SECTION VI.

Quelle garantie a lieu à l'égard de ces rentes, lorsqu'elles sont données par donation entre-vifs.

XXXIII. Lorsque le trouble vient du fait du donateur, lui ou ses héritiers sont obligés d'en acquiter le donataire ; c'est l'engagement de tout donateur, mais jusqu'à une certaine concurrence ; car d'une donation entre-vifs il naît une garantie, mais convenablement limitée par la loi.

Voyez le titre des donations, où cette garantie est établie ; mais elle n'a lieu contre le donateur, que *in quantum facere potest & ne egeat* ; ce seroit ingratitude de la part du donataire, que de pousser la garantie plus loin, & qui iroit à détruire le titre sur lequel il peut la fonder, titre qui l'assujettit à la gratitude.

XXXIV. Cette garantie auroit lieu, encore que la donation eut été faite en avancement d'hoirie, par un pere à son fils, sauf l'effet de la limitation qu'on vient d'expliquer, qui a encore plus lieu dans le cas particulier que dans la thèse générale ; de-là il s'ensuit, à plus forte raison, qu'un beau-pere est garant envers son gendre du trouble que ce dernier souffre dans la rente sur la ville, qu'il lui a donné en dot ; elle lui a été donnée pour supporter les charges du mariage.

On le juge ainsi au châtelet, bien entendu dans le cas que le trouble vient du fait du donateur ou de ses auteurs, & non du fait du roi. Voyez sur cette garantie le Brun, en son traité des successions, liv. 3, ch. 6, sect. 3, num. 58 : & Pocquet de Livoniere, en ses régles de droit, pag. 568.

XXXV. Ce qui fonde cette garantie, est qu'outre que tout donataire a la garantie contre le donateur ; la constitution de dot faite au profit d'une fille, & dont un gendre doit profiter pour supporter les charges du mariage, est pour le gendre un titre onéreux ; cependant la limitation ci-dessus milite à son égard, il auroit été injuste de l'en affranchir.

Ad sustinenda matrimonii onera ; voyez Bacquet, en son traité des rentes sur la ville, ch. 7, pag. 6.

XXXVI. Mais dans tous les cas de cette section, comme dans les précédentes, si la rente donnée souffre retranchement par le fait du prince, il n'y a pour ce, aucune garantie contre le donateur : nul n'étant garant des faits du prince, s'il n'y a soumission expresse à cette garantie : principe équitable & qu'on ne peut trop répéter.

Bacquet, traité des rentes sur la ville, ch. 3, pag. 2, loi *Lucius Titius*.

SECTION VII.

De l'effet de la soumission à la garantie des faits du prince, dans un partage ou dans une donation.

XXXVII. Dans le cas que par un partage ou une donation, il y a soumission à cette garantie, & que la rente partagée ou donnée a souffert retranchement dans son capital, les co-partageans ou le donateur ne sont pas obligés de payer en deniers comptans autant qu'il a été retranché de la rente ; il suffit qu'ils mettent les choses comme elles étoient avant le retranchement, & le délai dans le payement des arrérages, n'est sur cela d'aucune considération, il n'y a que le retranchement sur le capital qui ouvre la garantie ; c'est la réalité qu'il faut remplir & considérer, & non une valeur numéraire ; en effet, dans ce cas, ils sont obligés seulement de parfournir en pareille nature, c'est-à-dire, en rente de même espece que celle qui a souffert le retranchement, autant qu'il a été retranché sur la partie de rente dont ils sont garans, en sorte que le co-partageant ait toujours un même capital que celui qui lui est échu ; c'est ce qui résulte de ce que dessus, & le simple délai tombe sur le propriétaire, & non sur le garant, si de sa part il n'y a soumission expresse contraire ; cela étant de rigueur.

On le juge ainsi, parce qu'autrement, ce seroit ajouter à la garantie. Voyez Bacquet, traité des rentes sur la ville, ch. 7, pag. 7, & la seconde distinction de la section qui suit.

XXXVIII. Il en est de même, s'il y a simple réduction à un denier plus fort, puisque nonobstant une telle réduction du produit, la rente subsiste en tout son capital ; la garantie n'emportant pas la clause de fournir & faire valoir la rente si elle n'est exprimée : mais la clause de fournir & faire valoir la rente, celle même de la payer au défaut de payement, emportent l'une & l'autre garantie, en cas qu'il y ait réduction ou simple retardement ; c'est la loi du contrat, ainsi en ce cas, le garant est tenu de suppléer du sien la portion qui n'est plus payée de la rente par

ſa réduction, & d'avancer celle différée; c'eſt l'effet de ſon engagement licite.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, chap. 185: Louet, let. F, num. 6: Bacquet, en ſon traité des rentes ſur la ville, ch. 6, pag. 3; & pour l'exercer il ne faut pas de diſcuſſion, ne pouvant avoir lieu par rapport au roi; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 10, num. 4, pag. 22; & tel eſt ſur ce l'uſage, parce que la rente en ce cas, ſe réduit à une délégation.

XXXIX. Mais cette clauſe de fournir & faire valoir la rente, ne s'enſuit pas de la ſimple garantie ſtipulée des faits du prince; telle clauſe doit être expreſſe & ne ſupplée pas, par rapport au ſimple retardement dans le payement des arrérages, parce qu'elle eſt de rigueur.

Cela s'entend du ſimple retardement des arrérages, comme le dit Bacquet, à l'occaſion duquel retardement cette clauſe eſt inſuffiſante pour fonder une action en garantie.

XL. Mais quoiqu'il n'y ait que ſimple ſoumiſſion à garantie des faits du prince, ſi par ſa volonté il y a jonction de quelques arrérages au capital, le garant eſt obligé de payer ces arrérages, & le capital de la rente lui appartient juſques à concurrence des années jointes à icelui; c'eſt le juſte effet de ſa garantie.

Je l'ai entendu décider ainſi au châtelet, par les anciens avocats, ce qui eſt un cas différent de celui de la premiere propoſition ci-deſſus.

SECTION VIII.

Quelle garantie a lieu contre le vendeur d'une rente ſur la ville.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il eſt de droit garant de ſes faits & promeſſes, & de l'effet de cette garantie.

XLI. Celui qui a vendu ou cédé une rente ſur les aides & gabelles, eſt tenu de garantir l'acquéreur de toutes demandes en déclarations d'hypothéque; c'eſt l'engagement dont eſt tenu tout vendeur d'immeuble, & par conſéquent celui-là l'eſt comme tout autre.

Sur cette garantie, voyez le Prêtre, centurie 2, ch. 22: Loyſeau, des rentes, ch. 1, pag. 2, & ch. 6, pag. 6; ſur cet engagement de tout vendeur d'immeuble, voyez la loi premiere & la loi 10, ff. *de evict.* & la loi 6 au cod. du même titre.

XLII. De-là il s'enſuit, qu'il eſt obligé de le garantir du trouble & de l'éviction réſultante d'un douaire qui ſeroit hypothéqué ſur la rente par lui acquiſe, & que les lettres de ratification n'auroient pas purgé; c'eſt l'effet inévitable de ſa garantie.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant: à l'égard de la derniere partie de la propoſition, que les lettres ne purgent pas un douaire non ouvert, voyez ci-après le titre du douaire où cela eſt établi, comme étant le vrai ſiege de la matiere; & c'eſt droit commun.

XLIII. Il doit de même l'acquiter de toutes prétentions, que des tiers pourroient avoir ſur la propriété de la rente: c'eſt la ſuite de la garantie à laquelle ſa qualité le ſoumet, mais garantie qui n'emporte que le fourniſſement d'une rente, telle qu'elle a été cédée.

Cela réſulte de la propoſition précédente; voyez Loyſeau, de la garantie des rentes, aux deux chapitres cités ſur la premiere propoſition de cette diſtinction.

XLIV. Cette garantie contre le vendeur eſt légale, & a lieu, encore qu'elle ne fût pas ſtipulée; c'eſt ce qui réſulte de ce qu'on a dit, que ſa ſeule qualité de vendeur la produiſoit. En effet, ayant touché le prix, il faut qu'il livre & qu'il aſſure la propriété de la choſe par lui vendue.

La clauſe qui affranchiroit de la garantie de ſon fait, ſeroit contraire aux bonnes mœurs, & comme telle nulle, mais non la clauſe qui l'affranchiroit du fait d'autrui; mais il faut que cette derniere ſoit expreſſe: voyez Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition qui ſuit & les trois loix citées ſur la premiere propoſition de cette diſtinction: encore une fois, tout vendeur eſt tenu de droit de cette garantie, & l'équité naturelle la fonde; il peut cependant ſtipuler qu'il ne ſera pas garant des droits prétendus par des tiers.

XLV. Quant aux effets de ce droit, il faut obſerver, que pour conſommer cette garantie, le vendeur ou le ceſſionnaire d'une rente ſur les aides & gabelles, n'eſt pas tenu de payer en deniers à l'acquéreur évincé, le capital de la rente qu'il lui avoit vendu; il ſuffit qu'il le mette comme il étoit avant le trouble. L'effet de cette garantie, eſt de lui fournir une rente de même nature & de même capital que celle qui lui avoit été cédée; par-là il eſt mis au même état. Il ne pourroit aller au-delà ſans injuſtice, il ne peut demander que l'objet de ſon acquiſition, ſur la nature duquel le prix a été formé; en effet, le fourniſſement d'une telle rente, eſt l'objet & la fin de cette garantie, lorſque le cédant abandonne une pareille rente que celle dont il avoit fait tranſport; il remplit donc totalement ſon engagement: donner à la garantie dont il eſt tenu plus d'effet, ce ſeroit aller au-delà de la convention, & par conſéquent le fourniſſement d'une pareille rente conſomme une telle garantie; & ſi c'étoit par échange, il s'acquite de la garantie, en conſentant la nullité de l'échange.

Mais ſi une rente ſur les aides & gabelles, avoit été échangée contre un autre immeuble, avec ſoumiſſion de la part du cédant d'une telle rente, de fournir & faire valoir icelle, le cédant pour s'exempter de payer une telle rente, peut demander la réſolution de l'échange; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 9, num. 9, 10 & ſuivans, pag. 173: ce qui eſt très-favorable.

DISTINCTION II.

Qu'il n'eſt pas garant des faits du prince, à moins qu'il ne ſe ſoit expreſſément ſoumis à cette garantie, & de l'effet de cette ſoumiſſion.

XLVI. Il ne doit aucune garantie au ceſſionnaire de la rente, pour les retranchemens qu'elle peut ſouffrir par la volonté du prince, à moins qu'il ne s'y ſoit ſoumis expreſſément, nul n'étant garant des faits du prince, ſans cette ſoumiſſion expreſſe, comme on l'a vu déja par rapport aux partages, & ce qui a lieu pour les ventes & tranſports: c'eſt même principe.

Bacquet, traité des rentes ſur l'hôtel-de ville, ch. 3, pag. 2: Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 10, pag. 22; c'eſt la diſpoſition de la loi 11, au ff. *de evict.* c'eſt raiſon écrite, c'eſt droit commun.

☞ Cependant par un arrêt du conſeil, du 27 août 1766, pour la ville d'Auxerre, & qui a ſervi de réglement pour toutes les autres villes du royaume, il eſt expreſſément porté qu'en conſéquence des retranchemens faits par le roi, les créanciers ne pourront prétendre aucun recours contre leurs cédans par quelques actes & contrats que les tranſports ayent été faits; le même arrêt porte encore, qu'à l'égard des contrats où les cédans ont promis garantir, fournir & faire valoir même des faits du roi, il ſeroit ſurcis à toute action de garantie des ceſſionnaires juſqu'à ce qu'autrement par ſa majeſté en ait été ordonné. Ce qui ſemble établir une indéciſion; mais l'arrêt du 21 mai 1715 ci-deſſus rapporté annonce que la derniere juriſprudence eſt d'admettre la validité des promeſſes de garantie ſur cette eſpece de rente.

XLVII. Il en eſt de même, & à plus forte raiſon, s'il y a retardement pour le payement des arrérages ou jonction de quelqu'un d'iceux au capital, c'eſt-à-dire, que ni l'un ni l'autre ne donnent lieu à la garantie contre le vendeur au ceſſionnaire d'une telle rente, à moins qu'il ne ſe ſoit expreſſément ſoumis à cela; c'eſt principe général. Mais lorſque le vendeur s'eſt ſoumis à cette garantie, cette ſoumiſſion produit contre lui le même effet que celui qu'elle produit contre un donataire ou un co-partageant, contre leſquels elle eſt ſtipulée; & dont on a expliqué les effets.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 185, & Bacquet, en ſon traité des rentes ſur la ville, ch. 5, pag. 5.

XLVIII. La clauſe de fournir & faire valoir la rente cédée ſur les aides & gabelles, non-ſeulement emporte la garantie des faits du roi, mais rend celui qui y eſt ſoumis vrai débiteur de la rente, & il eſt regardé comme tel à tous égards.

Bacquet, traité des rentes ſur la ville, ch. 9, pag. 12: & la diſcuſſion ne peut avoir lieu & être oppoſée, par rapport au roi; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 10, num. 4, pag. 22: & tel eſt l'uſage du châtelet, où telle ceſſion eſt regardée comme ſimple délégation.

XLIX. Il faut ici appliquer ce qui eſt dit ci-deſſus dans la ſection ſeptieme de ce chapitre, où l'on a traité d'une telle garantie ſtipulée dans un partage.

Ainſi le vendeur ou le cédant une telle rente, avec clauſe de fournir & faire valoir la rente ſolvable & bien payable, la doit garantir de tout événement, ſi mieux il n'aime reprendre la rente par lui cédée & réſilier le contrat; Loüet, let. F, num. 6. Ce que la ſeule garantie des faits du prince n'opereroit pas, comme on l'a vu dans la ſect. 7, ni le ſimple retardement dans le payement des arrérages ſur lequel la garantie des faits du roi ne s'applique pas; Bacquet, en ſon traité des rentes ſur la ville, chap. 7, pag. 7.

L. La rente rétrocédée à l'héritier du cédant lui eſt propre; cette rétroceſſion emporte l'anéantiſſement de la ceſſion: anéantiſſement qui remet les choſes dans leur premier état, & fonde par conſéquent la qualité de propre.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. R, num. 8: Dupleſſis, pag. 114: voyez ci-après le titre des propres, où cela eſt établi, c'eſt le ſiege de cette matiere.

TITRE NEUVIEME.

DES BIENS PROVENANS DU DOMAINE DE LA COURONNE. QUE CES BIENS SONT RÉPUTÉS SACRÉS.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS SONT CES BIENS, QU'ILS SONT INALIÉNABLES A PERPÉTUITÉ; ET QUAND ILS PEUVENT ESTRE ALIÉNÉS A TEMS.

I. CES biens ſont ceux qui compoſent l'ancien domaine, ou qui lui ſont unis & incorporés. L'union, l'incorporation des biens qui accroiſſent au domaine de la couronne, ſe fait par l'adminiſtration que les receveurs du domaine en ont fait, lorſqu'ils les ont adminiſtrés pendant dix ans, & qu'ils en ont compté à la chambre des comptes pendant ce tems; autrement les biens ne ſont cenſés du domaine; mais le domaine particulier du prince qui monte ſur le trône, ſe réunit parfaitement au domaine.

Art. 2 de l'édit d'Henri II, donné à Villers-Côtterets, en ſeptembre 1551. Voyez les notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 2, ch. 3, pag. 521 & 522; Chopin, du domaine, liv. 3, tit 15, ſur la derniere partie de la propoſition. Voyez l'ordonnance du domaine, du mois de février 1566; le Breſt, liv. 5, déciſion 3: Mainard, liv. 9, ch. 6.

II. Les biens qui appartiennent au roi, comme profits de fiefs ou amendes, ceux-même qui lui appartiennent par droit d'aubaine, de bâtardiſe & de confiſcation, ne ſont pas regardés comme biens du domaine de la couronne; c'eſt produit caſuel & non fonds: en effet, ces biens ne ſont que des fruits du fonds, & non le fonds même du domaine; ils ne peuvent donc être regardés comme biens domaniaux, & par conſéquent ces biens ne peuvent être conſidérés, comme ceux qu'on examine par le chapitre ſuivant, & ſont aliénables.

Mais les arriere-fiefs que poſſéde le roi lors de ſon avénement à la couronne ſont unis de plein droit à ſon domaine, enſorte qu'ils ne peuvent plus être aliénés; arrêt du 9 janvier 1679, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 315: ſur la premiere partie de la propoſition, voyez Papon, liv. 5, ch. 1, art. 6, & Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 13.

III. Tout bien étant du domaine de la couronne eſt inaliénable, ou du moins réputé tel, ſauf l'exception qui ſuit.

Ordonnance de François I, de 1539: Papon, liv. 5, art. 1, dit: que le domaine du roi eſt la vraie dot que la république apporte au roi ſon époux en mariage politique; voyez Chopin, du domaine, liv. 2, tit. 1. Mais cette qualité d'inaliénable ne tombe pas ſur les profits de fiefs; notes ſur Dupleſſis, pag. 522: ni ſur les biens caſuels tels que ſont ceux de juſtice; d'Argentré, ſur l'art. 266 de la coutume de Bretagne, num. 5: Bacquet, traité de deshérence, ch. 7, num. 13: ce qui a formé les deux propoſitions précédentes.

IV. Cependant ils peuvent être aliénés pour deux cauſes privilégiées: la premiere, pour fournir des apanages aux enfans de france, ſous la réſerve du retour à la couronne, faute de deſcendans mâles; premiere cauſe d'aliénation, qui a ſa racine dans la nature, ainſi que le droit de retour qui en eſt inſéparable.

Art. 1 de l'édit du mois de ſeptembre 1551: Papon, liv. 5, arrêt 1, en rapporte un exemple mémorable dans la perſonne de Charles, roi de Sicile, frere de ſaint Louis, qui prétendit recueillir par droit de ſucceſſion les duchés de Poitou & d'Auvergne, donnés en apanage à Alphonſe ſon frere; par l'arrêt de la Touſſaint 1282: il fut débouté & jugé que les deux duchés étoient réunis à la couronne. L'hiſtoire nous fournit un ſecond exemple de l'application de cette maxime fondamentale, par rapport au duché de Bourgogne que le roi Jean avoit donné en apanage à Philippe-le-Hardi qui l'avoit accompagné à la bataille de Poitiers; par le défaut de mâle dans cette branche & nonobſtant l'exiſtence de Marie de Bourgogne, ayeule de Charles-Quint, ce duché eſt retourné à la couronne, ſans que la maiſon d'Autriche y pût prétendre aucun droit; la clauſe de reverſion étant expreſſe dans les lettres qui ont formé cet apanage, & quand elle n'y auroit pas été, & que même il y auroit eu dérogation à icelle, ce que le roi Jean n'auroit pu faire, & ce qui n'eſt pas; le droit de reverſion n'en étoit pas moins ſûr, puiſque ce droit eſt une loi fondamentale de l'état, que ce droit ſubſiſte par lui-même & nonobſtant toute expreſſion; auſſi Charles-Quint s'étant fait céder le duché de Bourgogne par le traité odieux de Madrid, traité qu'il avoit exigé de François I, lorſqu'il le tenoit en ſa puiſſance, & ce comme deſcendant de Marie de Bourgogne; il a été obligé par le traité de Creſpy-en-Valois de ſe déſiſter d'une prétention qu'il ne faiſoit valoir que par la violence de ſes armes,

& non par la légitimité, & de reconnoître le retour inviolable de tout apanage à la couronne, faute de mâles : & en conſéquence de ſe déſiſter de toute propriété, poſſeſſion & jouiſſance du duché de Bourgogne. Voyez Mezeray, hiſtoire de François I : Duclos, en ſon hiſtoire de Louis II, & les notes ajoutées à cette hiſtoire, qui corrigent une erreur qui s'y étoit gliſſée. Sur les apanages, voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 183 & 184; Loyſeau en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 3, num. 47, pag. 108, & Chopin, du domaine; & ſur cette reverſion voyez le même, du domaine, liv. 2, tit. 11, & liv. 3, tit. 1; l'ordonnance de Moulins, & de l'Hommeau, liv. 1, maxime 8.

V. La ſeconde, pour ſoutenir une guerre allumée, & avec les formalités requiſes; telle eſt la ſeconde cauſe d'aliénation des biens du domaine de la couronne : pour le premier cas, il faut lettres-patentes enregiſtrées au parlement, & information du juſte prix; telle eſt la forme de cette aliénation.

Sur les apanages, voyez Chopin, du domaine, liv. 2, tit. 3, & tit. 6; dans ce dernier cas il établit que la ſouveraineté & autres cas royaux ne ſont pas compris dans la conceſſion.

VI. Dans le ſecond cas, outre les lettres patentes & l'information, il faut des proclamations précédentes; telle eſt la forme de cette ſeconde cauſe d'aliénation, nonobſtant laquelle il y a toujours la faculté du rachat : cette faculté étant inſéparable de l'aliénation.

Sur cette ſeconde cauſe de l'aliénation du domaine, voyez Chopin, du domaine, liv. 2, tit. 14; mais nonobſtant l'aliénation des fiefs mouvans du domaine de la couronne & tour du louvre, les droits de mutation dûs à ces fiefs, à cauſe des fiefs en relevans, appartiennent toujours au roi, & l'engagiſte n'a que les cens & rentes, & les lods & ventes; édit du mois de mai 1715.

VII. L'échange par rapport au biens du domaine eſt bien plus favorable, & plus autoriſé que l'aliénation; en effet, en ce cas, un immeuble eſt ſubrogé à la place d'un autre.

Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 16.

CHAPITRE SECOND.

QUE CES BIENS NE S'ALIENENT QUE SOUS LA FACULTÉ PERPÉTUELLE DE LES RACHETER

I. TOUS biens provenans du domaine ſont à toujours rachetables; c'eſt la condition légale de leur aliénation; & ſi ils ont été donnés, le retour en eſt légal, & a lieu ſans ſtipulation dans le cas qu'il n'y a pas de deſcendant du donataire.

Voyez les notes ſur Dupleſſis, pag. 521 & 225 : & ſur le retour légal, quoique donnés ſans clauſe de retour, voyez l'arrêt du conſeil d'état, du 24 ſeptembre 1709, rapporté par Augeard, tom. 2 pag. 599, & ſuivantes.

II. Ils ne s'adjugent que ſous cette faculté tacite de rachat, & par conſéquent il y a toujours lieu, quoique non ſtipulé; c'eſt droit légal.

Sur ce & ſur la diſtinction des ſimples engagemens & des ventes, voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 3, num. 43, 44 & ſuivans, pag. 107 & 108.

III. Cette faculté eſt de ſa nature impreſcriptible, parce qu'elle fait portion du domaine de la couronne, puiſque ce qui compoſe ce domaine eſt inaliénable, d'où il s'enſuit que cette faculté eſt par elle-même inaliénable.

Sur cette impreſcriptibilité, voyez Chopin, du domaine, liv. 1, tit. 3, & Papon, liv. 5, tit. 1, num. 3 & 4. Lorſqu'une terre, reverſible à la couronne au défaut de mâles, a été vendue en vertu de lettres-patentes, avec renonciation au droit de reverſion, avec la clauſe de garantie de la part du vendeur, le cas de reverſion arrivant, le vendeur eſt tenu de rendre le prix ſans pouvoir exciper que nul n'eſt garant des faits du prince; arrêt du 16 janvier 1716, rapporté par Augeard, tom. 1, pag. 427; c'eſt dérogation à ce droit, c'eſt convention expreſſe.

CHAPITRE TROISIEME.

DES BIENS DU DOMAINE CONSIDÉRÉS DANS LA PERSONNE DES PARTICULIERS, AU PROFIT DESQUELS L'ALIÉNATION SUBSISTE.

SECTION PREMIERE.

QUE CES BIENS TANT QU'ILS SONT DANS LEURS MAINS SONT SUJETS A TOUTES LES REGLES DU DROIT.

I. TANT que les particuliers poſſédent ces biens, ils ſont ſujets à toutes les régles & à toutes les qualité auxquelles les autres biens ſont ſujets; c'eſt un avantage pour le public qu'ils ſoient tels, ſans que cet avantage préjudicie en rien au roi; ainſi les droits de ſa majeſté, l'ordre public & l'ordre particulier, ſont également conſervés par cette juriſprudence; de-là il s'enſuit qu'ils ſont ſuſceptibles de la qualité de propres, & que comme tels ils paſſent à l'héritier des propres lorſqu'ils ont fait ſouche; mais ſans faire aucun obſtacle à la faculté du rachat qui eſt toujours ouverte.

Voyez la diſtinction 2, de la ſection qui ſuit, & l'arrêt du 9 juillet 1693; rapporté par Augeard, tom. 3, ch. 31, pag. 135; Bouguier lettre D, num. 70, & Louet, lettre D, num. 30.

II. Par une ſeconde conſéquence, il s'enſuit qu'ils peuvent être hypothéqués, & par conſéquent décrétés ſur les propriétaires; & ces biens ſont comme les autres, ceſſibles, diſponibles aux termes de droit, & ſujets à ſubſtitution; mais toutes ces qualités ne portent aucune atteinte aux droits du roi.

La ſection ſuivante établit cette propoſition.

☞ Par arrêt du 21 juillet 1601, jugé que le droit d'engagement d'un bien provenant d'un domaine du roi, peut ſe décreter pour les dettes de celui auquel il a été engagé: voyez Bouguier, let. D, ch. 7.

III. De ce qu'ils ſont ſuſceptibles de la qualité de propres, il s'enſuit qu'ils ſont ſujets au retrait; quatrieme conſéquence du même principe, & de ce qu'ils ſont ſuſceptibles d'hypothéque, il s'enſuit qu'ils peuvent être hypothéqués au douaire préfix, & comme ceſſibles ils peuvent être aſſujettis à un douaire coutumier; c'eſt une derniere ſuite de ce que deſſus; mais tout cela ne milite que tant qu'ils ſont dans le commerce, & non rentrés dans la main du roi, dans laquelle ils rentrent affranchis de tout ce qui milite même pour certains baux.

Cela s'entend même des baux des boutiques du palais, qui ſont ſujets au douaire de la veuve; ce qui ne s'entend que pendant la durée du bail, tout domaine engagé retournant au roi affranchi de toute hypothéque. Belut, en ſon traité des baux des boutiques du palais, imprimé à la ſuite des œuvres de Bacquet, ch. 11, pag. 23 & ſuivantes: ce qui prouve d'autant plus la propoſition, lorſque l'aliénation eſt du fonds même. Sur la premiere partie, voyez Belut.

IV Mais encore une fois tous ces droits, qui de particulier à particulier militent ſur ces biens, ne donnent aucune atteinte à celui du roi, de pouvoir les racheter à perpétuité; cette faculté en étant inſéparable, & les ſuivant toujours & contre tous; ce droit inhérent à la premiere aliénation, étant privilégié à tous les autres que des tiers peuvent avoir acquis.

Cela eſt établi ci-deſſus. Le ſeigneur qui tient par engagement ne peut même avoir litre & faire appoſer ſes armoiries aux paroiſſes de la terre dont il eſt engagiſte: Maréchal, ch. 5, pag. 494.

☞ A l'égard des droits de reverſion, il y a eu quelques provinces, telles que l'Alſace & autres qui en ont été exceptées, avec faculté aux autres poſſeſſeurs des biens procédans du domaine, de les vendre & en diſpoſer comme de leurs autres biens, même à défaut d'hoirs mâles, & ce moyennant certaines finances; mais les édits contenant ces exceptions n'ont point été enregiſtrés, & d'ailleurs par deux arrêts du conſeil des 28 mars 1719, & 18 février 1720, ces aliénations ont été révoquées.

SECTION II.

Que les baux à longues années de ces mêmes biens, ſont conſidérés dans la perſonne des particuliers comme ces biens mêmes.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand les baux de peu de durée des boutiques du palais & des échopes des marchés ſont meubles.

V. Les baux des boutiques du palais, ceux des échopes dans les marchés ſont meubles, lorſqu'ils ne ſont que de neuf années ou au-deſſous, mais réputés immeubles lorſqu'ils ſont pour plus longues années; c'eſt une juſte diſtinction qui conſerve les droits des parti-

culiers, l'ordre des ſucceſſions & celui de la communauté.

Note ſur Dupleſſis, traité des meubles, pag. 134. Sur la ſeconde partie, voyez Belut, en ſon traité déja cité, & la propoſition qui ſuit.

VI. En effet, dans le premier cas, ils doivent être regardés comme les baux des autres biens qui ſe font de particulier à particulier, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils ſont au-deſſous de neuf ans; d'où il s'enſuit que dans ce cas ils ne ſont ſujets à aucune hypothéque: dans ce même cas, ils ne ſont pas ſuſceptibles de la qualité de propres en ſucceſſion, & par conſéquent ne ſont pas ſujets au retrait ni au douaire coutumier; des baux ſi courts ne peuvent avoir formé la matiere d'un douaire, & celle d'une juſte affection de famille; mais s'ils excédoient, ils y ſeroient ſujets.

Cette propoſition & la précédente réſultent évidemment de la qualité des meubles; voyez le titre du retrait lignager, où il eſt établi que les meubles n'y ſont ſujets; ce qui eſt par ſoi-même inconteſtable & prouve la propoſition. Quant à la qualité d'immeuble qu'un plus long-tems produit. Voyez l'auteur du traité des boutiques du palais, ch. 3, pag. 4 & 5.

DISTINCTION II.

Des baux à longues années des boutiques du palais, & des échopes.

SUBDIVISION PREMIERE.

De la nature de ces baux, & de leur effet à l'égard de la communauté.

VII. Lorſque ces baux excédent neuf années, ils ſont immeubles, & regardés comme tels à tous égards, comme on l'a déja annoncé en examinant ceux d'une plus courte durée; c'eſt en ce cas, un avantageux établiſſement pour ceux qui poſſédent ces biens, & c'eſt cet avantage qui a été le premier motif de cette juriſprudence.

Voyez Louet & Brodeau, let. M, num. 23; le prêtre, cent. 1 ch. 84. Le premier chapitre & le ch. 12, du traité de ces baux qui eſt à la ſuite des œuvres de Bacquet.

VIII. De-là il s'enſuit qu'ils ſont dans ce cas ſuſceptibles d'hypothéques & de la qualité de propres; & en effet, il faut les conſidérer comme immeubles à tous égards, & par conſéquent, en ce cas, ils ſont ſujets au douaire coutumier: ſeconde conſéquence qui réſulte de la même qualité, tout immeuble y étant ſujet.

La note ſur Dupleſſis, pag. 134.

IX. Ces mêmes baux ſe décretent comme un véritable immeuble; troiſieme conſéquence qui naît de leur qualité.

Traité des baux des boutiques du palais, imprimé à la ſuite des œuvres de Bacquet, ch. 2, num. 1 & 2, pag. 3.

X. Quant à la communauté de biens entre conjoints, de ce que ces baux ſon immeubles, il s'en s'enſuit que lorſque l'un des conjoints a un tel bail lors de ſon mariage, ce bail lui reſte propre & ne tombe pas en communauté; derniere conſéquence dont il faut examiner les effets.

C'eſt ce que dit la note ſur Dupleſſis, qu'on vient de citer, & ce qui réſulte de l'arrêt du 21 juillet 1601.

XI. Le renouvellement même d'un tel bail pendant la communauté, ne feroit pas tomber le droit d'icelui dans la communauté, mais cela donne lieu à une recompenſe qu'on examinera: l'origine décide ſur la qualité de propre ou de conquêt, & l'équité comme la prohibition d'avantage, mettent la recompenſe au-deſſus de toute critique.

C'eſt ce que dit la note citée ſur la propoſition précédente; cela eſt fondé ſur ce qu'il faut remonter à la ſource, ce qui fait la matiere de la ſubdiviſion ſuivante; voyez l'auteur du traité des Baux des boutiques du palais ch. 8, pag. 17.

XII. Mais un tel bail étant pris pendant la communauté, le droit réſultant d'icelui eſt conquêt de communauté, & ſe partage comme tel.

Voyez le même auteur cité ſur la propoſition précédente, ch. 9, pag. 18, & je l'ai vu ainſi pratiquer au châtelet; en effet, en ce cas c'eſt vrai conquêt.

SUBDIVISION II.

Du renouvellement de ces baux conſidérés relativement à la communauté, & relativement au preneur & à ſes créanciers, & que par leur expiration l'hypothéque s'éteint.

XIII. On a vu dans la ſubdiviſion précédente, que le renouvellement d'un tel bail propre à l'un des conjoints pendant la communauté, ne rendroit pas le droit réſultant d'un tel bail conquêt de communauté, ſauf la recompenſe, & c'eſt ce qui reſte à examiner; cette indemnité formant ſouvent un objet intéreſſant pour les deux conjoints, dont l'un n'a pu s'enrichir aux dépens de l'autre: en effet, en ce cas celui des conjoints au profit duquel tel bail a été renouvellé doit indemnité à la communauté, de ce qui a été tiré d'elle pour le renouvellement; autrement il augmenteroit ſon propre aux dépens de la maſſe de la communauté: ce qu'il ne peut faire ni ſeul, ni même avec le conſentement de l'autre conjoint.

Telle eſt la juriſprudence: en effet, jamais le propre d'un des conjoints ne doit être augmenté aux dépens de la communauté; ſur la liquidation de cette indemnité, voyez les notes ſur

la propoſition qui ſuit ; & l'auteur des baux, des boutiques du palais, ch. 8.

XIV. Pour cette indemnité ou plutôt cette recompenſe, il doit rendre à la communauté ce qui a été tiré d'icelle, pour le renouvellement du bail ; & ſans cela le propre ſe trouveroit augmenté aux dépens de la communauté ; mais dans la liquidation de cette recompenſe, il faut avoir égard aux bénéfices que la communauté a tiré du renouvellement du bail.

Mais il faut balancer cette indemnité avec le bénéfice que la communauté a tiré du renouvellement d'un tel bail, ſans cette balance la maſſe de la communauté ſeroit augmentée aux dépens du propre d'un des conjoints ; ce qu'on doit éviter dans tous les comptes de communauté, dans leſquels le point fixe doit être un juſte équilibre & un ménagement exact des droits des deux conjoints.

XV. A l'égard des créanciers, ils conſervent leur hypothéque ſur la choſe dont le bail à longues années à été renouvellé, parce que l'hypothéque conſerve ſa date tant ſur les biens à venir que ſur les biens préſens ; mais ſans que cette hypothéque puiſſe nuire en rien au roi ; ce qui laiſſe aux principes leur véritable application.

Cela réſulte de la note ſur Dupleſſis, pag. 134. Quant à la derniere partie de la propoſition, elle a déja été établie.

XVI. A l'égard de la veuve & des enfans du preneur, qui n'a pas lui-même eu beſoin de renouvellement, ils ſont en cas de renouvellement préférés aux autres enchériſſeurs ; c'eſt une préférence que leur poſſeſſion fonde ; & que la juſtice du roi confirme.

Belut en ſon traité des baux, des boutiques du palais, imprimé à la ſuite des œuvres de Bacquet, ch. 7, pag. 13.

XVII. Lorſque ces baux ſont expirés, les créanciers des preneurs n'ont plus d'hypothéque ſur la choſe, qui ne ſubſiſtant plus pour leur débiteur, ne peut plus être leur gage ; tout droit eſt effacé, tant pour les premiers que pour l'autre : les créanciers ne pouvant avoir qu'une émanation des droits du dernier.

Reſoluto jure dantis, reſolvitur jus accipientis ; en effet, les créanciers du preneur ne peuvent avoir plus de droit que lui, principe qui eſt inconteſtable. *Finito locationis tempore jus locationis evaneſcit.* Belut, en ſon traité des baux des boutiques du palais, imprimé à la ſuite des œuvres de Bacquet, ch. 5, num. 3, pag. 8 ; & cela eſt raiſon écrite & droit commun.

TITRE DIXIEME.

DES BAUX EMPHYTHEOTIQUES.

L'HERITAGE tenu à titre de bail emphythéotique, eſt immeubles dans la perſonne du poſſeſſeur, ſa longue durée fonde cette qualité ; elle eſt favorable par elle-même, elle eſt telle par ſes effets, elle le conſerve dans la ligne de laquelle il vient ; de-là il s'enſuit qu'il acquiert la qualité de propre, & que comme tel il appartient à l'héritier des propres, lorſqu'il a acquis cette qualité ; premiere conſéquence qui naît de cette qualité.

Empheuticarii feudorum domoni, l. 12, cod. *fund. patrim.* & tel eſt l'uſage : voyez le § 3, aux inſtituts *de locat & conduc.*

II. De-là il s'enſuit par une ſeconde conſéquence, que la ceſſion d'icelui donne ouverture au retrait ; tout immeuble propre étant ſujet à cette action ; mais la ceſſion du bail emphythéotique de l'héritage tenu à cens, ne fait pas ouverture au droit de lods & ventes ; le fond n'a jamais été aliéné, & la mutation dans la ſimple poſſeſſion, n'eſt, en matiere de cenſives, d'aucun conſidération.

Voyez le titre des cenſives, où cela a été prouvé ; en effet, il n'y a en ce cas mutation que dans la poſſeſſion : ce qui n'eſt d'aucune conſidération par rapport aux cenſives ; & ſur la premiere partie de la propoſition, voyez le titre du retrait.

III. Quant à la ceſſion du bail emphythéotique du fief, il fait ouverture au relief, la mutation dans ſa poſſeſſion quant à ce faiſant ouverture à ce droit ; c'eſt différence entiere.

Voyez au titre des fiefs, le chapitre du relief, où cela eſt prouvé.

IV. A l'égard du retour de la choſe en faveur du bailleur ou de ſes héritiers, il ne fait ouverture à aucun droit ſeigneurial ; c'eſt l'exécution même du bail, & la remiſe des choſes dans leur premier état.

Voyez pareillement le titre des fiefs, & les autorités qui ſont ſur ce rapportées ; ce titre eſt le vrai ſiége de cette matiere.

V. L'emphythéote ne peut, après le tems de l'emphythéoſe expiré, demander ſes améliorations ; l'héritage retourne au bailleur dans l'état qu'il eſt ; c'eſt l'effet naturel d'un tel acte, c'eſt ſon exécution.

C'eſt la diſpoſition de la loi 2, au code *de jure emphyt.* Arrêts des 3 mars 1597, & 26 février

1603, rapportés par Bouguier, let. E, num. 5; voyez Louet, let. E, num. 10. Mais il n'eſt pas tenu de mettre les bâtimens par lui conſtruits en bon état, mais bien ceux qui étoient exiſtans lors de la priſe du bail; Louet, let. E, num. 11: ce que l'uſage conſtant confirme, ainſi que l'équité.

VI. L'emphythéote perpétuel peut démolir les bâtimens, mais non l'emphythéote à tems; mais tel emphythéote eſt vraiment un preneur à rente qui eſt propriétaire; & l'on doit le regarder comme tel à tous égards.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 5, ch. 5, num. 15, pag. 120.

☞ Le preneur à titre d'emphythéoſe, qui, contre la loi du contrat, a fait des bâtimens, ne peut les répéter après le bail expiré. Arrêt du 21 août 1599; voyez Bouchel, verb. emphithéoſe; Mornac, *loc. cit.* & Tournet, let. A, num. 54.

Les enfans, quoique renonçans à la ſucceſſion de leur pere, ne laiſſent pas de jouir du bail emphythéotique fait pour lui & pour eux; arrêt des 18 avril, 7 juillet 1576, & 19 mars 1608, bibliothèque de Bouchel, verb. emphythéoſe.

La loi *æde* n'a point lieu aux baux emphythéotiques; Brodeau, ſur Louet, let. L, ſom. 4.

TITRE ONZIÈME.

DES OFFICES.

DIVISÉ EN SIX PARTIES.

I. *Des offices conſidérés en général.*
II. *Des offices conſidérés par les détails, relativement aux titulaires & à leurs héritiers.*
III. *Des offices conſidérés relativement à des tiers.*
IV. *Des autres offices que ceux qui ſont vénaux & héréditaires.*
V. *Des fruits civils & des priviléges attachés aux offices royaux.*
VI. *De la vacance des offices.*

PREMIERE PARTIE DES OFFICES

CONSIDÉRÉS EN GÉNERAL.

CHAPITRE PREMIER.

QUELLE EST CETTE TIERCE ESPECE DE BIENS.

I. TOUT office eſt l'exercice d'un état public; c'eſt cet exercice qui eſt la fin & la matiere d'un office; il y en a quatre ſortes, les domaniaux, les anciens offices vénaux héréditaires, les offices de judicature, & les offices de commenſaux de la maiſon du roi: on les examinera chacun dans leur ordre.

Voyez ſur les offices ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 133, où il rapporte très-ingénieuſement une penſée de Petrone: Loiſeau, des offices, ch. 1; le bien public eſt la baſe de leur formation.

II. Les réglemens ſur les fonctions des officiers déterminent ces fonctions, ſans que l'uſurpation de quelqu'un ſur les autres y puiſſe donner atteinte: ces réglemens ayant le bien & l'ordre public pour objet, ne ſont ſujets à la preſcription; toute diſpoſition de la loi étant affranchie de cette exception.

Baſſet, tom. 2, liv. 2, tit. 3, ch. 1: c'eſt droit légal, & par conſéquent impreſcriptible, le contraire feroit confuſion.

III. Ils tirent tous leur ſource de la faculté que le roi en a accordé à l'officier par ſes proviſions; toute puiſſance publique réſidant dans la perſonne de ſa majeſté; & par conſéquent, nul office ne peut avoir un autre ſource; c'eſt d'elle de laquelle toute autorité publique découle.

A quo exeunt omnes dignitates, ut à ſole radii. Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 3, num. 2, pag. 16.

IV. De-là il s'enſuit que de ſa nature tout office retombe à cette ſource, ſoit par la ſuppreſſion d'icelui, ſoit par la mort du titulaire; cela eſt ſuite de la nature-même de l'office, qui ne peut ceſſer d'être qu'en retournant à ſon origine; le contraire eſt oppoſé à ſa nature.

Sur les ſuppreſſions d'offices, voyez ce que dit Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 2, num. 17, juſqu'au num. 22, pag. 161 & 162; les ordonnances de Philippe-le-Bel & de Louis XI, & l'auteur qu'on vient de citer: Loyſeau,

des offices, liv. 1; ch. 3, num. 94 & ſuivans, pag. 20.

V. Cependant ſi l'office eſt vraiment domanial, la mort du titulaire ne l'anéantit pas pour ſes repréſentans; c'eſt portion du domaine engagé, qui forme un bien héréditaire, tant que l'aliénation ſubſiſte; ce qu'on verra plus amplement ci-après. De ce que deſſus, il réſulte que les offices qui forment un objet important dans la fortune de ceux qui les poſſédent, forment une troiſieme eſpece de biens qui a ſes régles particulieres, & qu'on expliquera dans les différentes parties de ce titre; c'eſt la loi qui les a formé, c'eſt la loi ſeule qui peut les régir.

Voyez les citations ſur la propoſition qui ſuit qui commencent à développer celle-ci.

VI. Ces ſortes de biens ſont réputés immeubles; la loi les fait tels, ſi la nature leur dénie cette qualité; ce qui ne s'entend pas néanmoins des offices de commenſaux de la maiſon du roi, qui ſe perdant avec la vie, ne peuvent être conſidérés que comme meubles; c'eſt exception.

Louet & Brodeau, lettre O, num. 5: le Prêtre, cent. 1, ch. 77, & cent. 2, ch. 9; l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 1, pag. 318; Loyſeau, qui a écrit bien avant l'édit de 1683, les eſtime meubles dans ſon traité des offices, liv. 3, ch. 4: ce qui n'eſt plus ſuivi; cet édit les réglant immeubles, & ayant changé l'art. 95 de la coutume, ſur lequel ce ſavant auteur ſe fondoit, & c'eſt à ce changement prudent & ſalutaire, puiſqu'il eſt puiſé dans l'ordre public, qu'il faut s'arrêter, & non à cette ancienne juriſprudence qui étoit aſſez imparfaite en elle-même, & qui n'a plus lieu.

CHAPITRE SECOND.

QUE LES OFFICES NE SONT VENAUX ET HÉRÉDITAIRES QUE PAR ACCIDENT.

I. LA voie de la vertu, dont l'honneur eſt la vraie recompenſe, devroit être la ſeule voie pour parvenir aux charges; ce qui dans la pureté de la régle devroit même avoir lieu à l'égard de tous offices: les tems ont changé ce principe.

Voyez ce que dit de Renuſſon, ſur les abus qui naiſſent de la vénalité des offices, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, num. 2, & Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 1, pag. 152.

II. Mais cela s'applique principalement aux magiſtratures; en effet, celui qui commande doit être, par les qualités de l'ame, ſupérieur à celui qui obéit; ainſi par rapport à de tels offices, la pureté de la régle voudroit que la vénalité en fût bannie; le malheur des tems l'y a introduit.

Loyſeau, en ſon avant-propos ſur les offices, num. 9, & liv. 1, ch. 2, num 3, 4 & 5.

III. Les beſoins de l'état ont occaſionné la vénalité des offices, & ont rendu commerçables des titres dont la vertu & la ſcience devoient ſeuls ſe promettre d'être honorées; mais ce n'eſt qu'accident que des tems heureux & des occaſions opportunes feront ceſſer.

Loyſeau, au même endroit cité ſur la propoſition précédente; le même auteur, ch. 7, num. 6, pag. 43, dit que leur vénalité diminue beaucoup de l'honneur qui y eſt attaché; voyez auſſi le chapitre premier de ſon troiſieme livre du même traité, & l'auteur du traité des propres; cependant le magiſtrat eſt toujours très-reſpectable, comme on l'expliquera ci-après.

IV. Le fils n'étant pas toujours héritier des vertus de ſon pere, la qualité d'héréditaire attachée à la plus grande partie des offices, ne leur eſt pas moins contraire que celle de vénale; c'eſt ſuite des tems dont on a parlé.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 1, num. 42 & ſuivans, pag. 98; & au même chapitre, num. 63 & 64, pag. 103.

V. Les offices ne ſont tels, c'eſt-à-dire, vénaux & héréditaires, qu'en payant par ceux qui les poſſédent, une certaine finance au roi, qu'on expliquera ci-après; ce qui les ramene un peu à leur premiere ſource, comme on le verra par la ſuite; ainſi en conſidérant les offices dans leur véritable nature & dans la pureté de la régle, ils ne ſont point vénaux, encore moins héréditaires: ils conſervent encore quelque choſe de ces précieuſes qualités; ce qu'on développera.

Ordonnance de Charles VII, qui fait défenſes de vendre aucun office, & qui porte qu'*ils ſeront* conférés par élection; Loyſeau en fait mention dans ſon traité des offices, liv. 3, ch. 1, num. 61, 62 & 63, page 156, & ch. 2 du même livre, num. 6, pag. 160.

☞ Quant à la vénalité des charges, elle commença à s'introduire ſous le regne de Charles VIII: Louis XII, pour acquiter les dettes de Charles VIII ſon pere, commença le premier à tirer de l'argent des offices, mais ce n'étoit que des offices de finance: François I établit le bureau des parties caſuelles en 1522: Charles IX, en 1567, ordonna que les greffes & autres offices domaniaux, ſeroient vendus à faculté de rachat, au lieu qu'auparavant ils étoient affermés: Henry III changea quelque choſe, & ſoutint par ſes édits la vénalité des charges: en 1605, Henri IV *établit la*

paulette : en 1632, Louis XIII donna l'édit de création des greffes alternatifs & triennaux dans toutes les juſtices du royaume, & Louis XIV, en 1665 & 1669, a fixé le prix des offices.

CHAPITRE TROISIEME.

DES MAGISTRATURES.

I. LES rois ne pouvant ſuffire à rendre par eux-mêmes la juſtice à tous leurs ſujets, ont établi des magiſtrats pour la rendre en leur nom; telle eſt la ſource de la magiſtrature. De-là il réſulte que les magiſtrats exercent par le mandement du roi, une portion de la puiſſance publique; mais cette puiſſance remonte toujours à ſa ſource.

Voyez Loiſeau, des offices, liv. 1, ch. 6, num. 1, page 34, & liv. 2, ch. 1, num. 12 & ſuivans, page 97 & 98.

II. Ils ont le pouvoir du glaive, mais leur autorité étant une ſuite de leur office & en étant inſéparable, remonte toujours à la ſource dont elle émane au roi, de la toute puiſſance duquel ils tiennent ce pouvoir; ainſi cette puiſſance eſt plus un mandat qu'une puiſſance perſonnelle.

Loyſeau, au nombre cité ſur la premiere propoſition, dit que leur puiſſance vient médiatement de dieu, & immédiatement du ſouverain, & au num. 49, ch. 6, pag. 37, il dit que les juges extraordinaires ont auſſi le pouvoir du glaive, mais ne ſont magiſtrats; & le même auteur en ſon traité des ſeigneuries, ch. 3, num. 18, pag. 18, obſerve que la puiſſance publique n'appartient qu'au roi, & que les magiſtrats ne l'exercent que par la communication qu'il veut bien leur en faire; point fixe auquel il faut s'arrêter, ſa majeſté étant la ſource de toute puiſſance.

III. Cette fonction ſi noble rend la perſonne du magiſtrat reſpectable en tout tems & en tout lieu, & ce ſeroit un crime de manquer à ce reſpect, qui eſt dû à lui-même par le choix dont le roi la honoré, & la collation qu'il a plu à ſa majeſté de lui faire.

Voyez Papon, liv. 6, tit. 2, arrêt 1: Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 7, pag. 43, dit qu'il faut diſtinguer deux honneurs, l'un intérieur, l'autre extérieur; que l'intérieur eſt dû à la vertu, & que l'extérieur eſt celui qui tout au moins eſt dû au magiſtrat, ce qui prouve la propoſition: diſtinction juſte dans la morale, mais qui ne doit pas affoiblir en rien le reſpect dont il eſt parlé dans la propoſition.

IV. La nobleſſe de cet ordre ſembloit devoir préſerver de tels offices de la contagion de la vénalité: cette contagion les a gagné, comme on l'a déja obſervé ſur le chapitre précédent, en examinant la vénalité en général.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, num. 6, & au liv. 4, ch. 7, num. 54, pag. 261.

V. La probité des mœurs eſt la qualité la plus néceſſaire au magiſtrat, il doit être la régle des autres comme leur cenſeur.

Ariſtote a dit, que *Juſtitia eſt virtutum clariſſima, & ipſa eſt omnis virtus*; voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 4, num, 12, & ch. 5, num. 2, pag. 28.

VI. Les magiſtrats ont une voie ſûre pour rendre leur mémoire chere & faire dire du bien d'eux; c'eſt d'en faire, puiſqu'ils en ont la puiſſance.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR POSSEDER LES OFFICES.

I. ON ne peut les poſſéder ſi l'on n'a l'âge requis, ce qui ſera expliqué plus au long, lorſqu'on examinera les offices en particulier; mais il eſt bon ici de marquer cette premiere capacité fondée ſur l'âge, juſtement requiſe pour l'exercice d'une fonction publique, que l'officier doit remplir pour l'avantage commun des ſujets du roi.

Sur l'âge requis pour poſſéder office, voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 4, num. 21 & ſuivans, pag. 23 & 24.

II. Outre l'âge, il faut avoir l'expérience & la ſcience néceſſaire pour l'exercice; ſans cela il y a incapacité à les poſſéder, parce que ſans cela il y auroit incapacité à parvenir à leur fin; pourquoi ceux qui les acquierent ſont ſujets à l'examen.

Pour connoître l'un & l'autre, ils ſont ſujets à l'examen; Loiſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 3, num. 64 & ſuivans, pag. 18 & 19: ce qui fonde la condition de la réception mentionnée dans la propoſition.

III. Tout homme accuſé de crime, ne peut être admis aux offices : l'improbité eſt inaliable avec l'exercice de leurs fonctions, dont la probité doit être la baſe.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 4, num. 13, pag. 23 : ce que la propoſition ſuivante confirme.

IV. L'infamie de fait qui conſiſte dans la renommée, eſt ſuffiſante pour produire cette incapacité ; l'officier doit être exempt même de ſuſpicion, le bien public qui eſt la loi ſuprême l'exige ainſi.

L'auteur cité ſur la propoſition précédente au même chapitre, num. 17 & ch. 13 du même livre, num. 37 & 38, pag. 81 : mais l'infamie de fait non de droit, ne prive pas l'officier reçu ; le même auteur au même chapitre, num. 46 ; voyez ci-après, le chapitre de la forfaiture, où cela ſera examiné plus au long.

CHAPITRE CINQUIEME.

SI L'OFFICE EST REVOCABLE ET PEUT ÊTRE IMPÉTRÉ LORSQU'IL EST REMPLI.

I. LORSQU'UN office eſt légitimement rempli, on ne peut en requérir ni obtenir proviſion, parce que ce n'eſt que par la vacance que s'ouvre le droit du collateur ; & qu'une telle requiſition ſeroit contraire à l'ordre public. Cependant le roi accorde, mais rarement, la retenue d'un certain office non vacant ; mais cette retenue n'attribue pas droit en l'office, mais ſimple proviſion expectative, & droit à icelui ſeulement : tel eſt l'effet de telle proviſion.

L'uſage ſuffit pour fonder la propoſition dans ſa derniere partie ; ſur la premiere, voyez Loyſeau des offices, liv. 1, ch. 3.

II. Tout office étoit anciennement révocable en vertu de la clauſe inſérée dans les proviſions (*tant qu'il nous plaira*), par leur vénalité cette qualité a ceſſé ; c'eſt accident contraire, comme on l'a déja dit à la vraie nature des offices, dont la révocabilité eſt de l'eſſence.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 3, num. 94, pag. 20 ; voyez la propoſition qui ſuit qui explique celle-ci.

III. Mais à préſent l'officier ne peut être révoqué, que lorſqu'il a commis forfaiture ; en effet, la forfaiture fait ouverture à la révocation, nonobſtant les qualités de vénal & d'héréditaire attribués à l'office, qui ne ſubſiſtent qu'autant que l'officier en remplit légitimement les fonctions ; c'eſt la condition légale de la collation.

Ordonnances de Philippe-le-Bel & de Louis XI, citées par Loyſeau, à la pag. 20 & 21 : ce qu'on verra ci-après plus au long.

CHAPITRE SIXIEME.

SI LES HONNEURS ATTACHÉS AUX OFFICES SUBSISTENT LORSQU'ON CESSE DE LES POSSEDER, ET QUELLE COUTUME LES RÉGIT.

I. LES honneurs attachés aux offices, étant des acceſſoires de l'office, ceſſent dans la théſe générale par la réſignation de l'office, ſauf l'exception qu'on va expliquer ; c'eſt à la poſſeſſion à l'exercice de l'office que honneurs & les prorogatives ſont attachés.

Sur les honneurs attachés aux offices, voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 7, pag. 42 & ſuivantes ; ils ſont des appas auxquels la vanité s'attache & ſe prend.

II. Cependant celui qui en a exercé un pendant vingt ans, & qui a obtenu lettres de vétérance, jouit de ces honneurs ; c'eſt le juſte effet de ces lettres qui conſtatent une telle poſſeſſion qui en eſt la juſte baſe.

Ceſſantes ces circonſtances, il ne jouit plus des honneurs attachés à l'office ; Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 66, pag. 47 ; ceſt le roi qui en eſt le juſte diſpenſateur.

III. Quant à la coutume qui régit les offices, l'office étant attaché & inhérent, pour ainſi dire, à la perſonne du titulaire, eſt régi par la coutume de ſon domicile ; c'eſt donc cette loi qui doit les régir, ſauf l'exception qui ſuit ſur les domaniaux.

Note ajoûtée au commentaire de Dupleſſis, pag. 181 : ce qui reçoit une limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

IV. Cependant les offices domaniaux, comme les greffes & les tabellionnages, ayant une aſſiette fixe & certaine, ſe régiſſent par la coutume du lieu dans lequel ſe fait l'exercice de ces offices ; c'eſt juſte exception à la régle générale, ces offices étant juſtement regardés comme portions de domaine en-

gagé : les juſtices étant devenues patrimoniales, & par conſéquent, les profits qui en réſultent.

C'eſt ce que dit la note citée ſur la propoſition précédente, en diſtinguant néanmoins les offices de l'ancien domaine & ceux du nouveau; les premiers ſe réglent par la coutume du lieu de leur eexrcice, & les ſeconds par celle du domicile du titulaire, & tel eſt ſur ce luſage.

☞ Dans la juriſprudence actuelle il n'y a plus de diſtinction entre les offices de l'ancien domaine & ceux du nouveau; les uns & les autres ſe régiſſent par la coutume du lieu de leur exercice, ainſi que les droits qui en dépendent; voyez l'arrêt du 28 avril 1725, rapporté par Brillon, en ſon dictionnaire des arrêts, verb. offices domaniaux.

SECONDE PARTIE DES OFFICES.

DES OFFICES CONSIDERÉS PAR LES DETAILS ET RELATIVEMENT AUX TITULAIRES, A LEURS HÉRITIERS, ET AUX ACQUEREURS.

CHAPITRE PREMIER.

DES OFFICES DOMANIAUX.

SECTION PREMIERE.

QUELS SONT CES OFFICES ET QUELLE EST LEUR NATURE.

I. CES offices ſont les greffes, les tabellionnages & la garde du ſcel: tels ſont les vrais offices domaniaux qu'on vient de voir, avoir une aſſiette fixe; ils ſont immeubles & regardés comme tels à tous égards, & cette qualité leur eſt plus naturelle qu'aux autres offices: elle eſt la ſuite d'une autre qualité qu'on a expliqué, qui eſt que c'eſt portion de domaine engagé.

La ſuite de ce titre prouvera cette qualité; voyez la derniere propoſition du premier chapitre de la premiere partie du préſent titre; Loiſeau des offices, livre 2, chapitre 3, numéro 3, pag. 104.

II. Ils ſont héréditaires, & cette qualité leur convient mieux qu'à tout autre; ils n'ont pas cependant toujours été tels, mais c'étoit peut être porter la rigueur de la régle trop loin, car cette qualité leur eſt fort naturelle.

Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 3, num. 8 & ſuivans, pag. 105; le même auteur, au même livre, num. 2 pag. 131.

III. Les ſeigneurs peuvent conférer ces offices, comme offices, ou les donner à ferme; parce que les juſtices dont ces droits ou offices ſont partie, ſont patrimoniales: qualité qui fonde cette capacité, qui, cependant dégénére ſouvent en abus, auquel il ſeroit bon de rémédier.

Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 3, num. 16, pag. 105; & cela eſt établi ſur le titre des fiefs.

IV. De ce que les ſeigneurs peuvent affermer ces offices, il s'enſuit à bien plus forte raiſon, que le roi le peut faire pour ces offices qui dépendent de ſon domaine; lui qui a la vraie & univerſelle ſeigneurie, de laquelle les autres ne ſont par ſa volonté que de ſimples réflects; cela eſt donc inconteſtable.

Loyſeau, des offices, liv. 1 chap. 3, num. 7, pag. 105.

V. Lorſque le roi confere ces offices, ils ſont regardés comme office & comme portion de domaine engagé; de cette qualité, il réſulte qu'ils ne ſont aliénés que ſous la faculté perpétuelle du rachat; cette faculté étant légalement attachée à tout domaine engagé.

Loyſeau, des offices, liv. 2 ch. 3, num. 1, pag. 193, & au même chapitre, num. 42 & ſuivans, pag. 166; Louet & Brodeau, let. D, ſommaire 63: c'eſt droit commun.

SECTION II.

Si les offices ſont exempts de la ſurvie des quarante jours, & qui peut les poſſéder.

VI. Cette qualité de véritable immeuble & de portion de domaine engagé, ſembleroit les exempter de la néceſſité de ſurvivre quarente

quarante jours à leur réſignation; cependant ces offices dépendans du domaine du roi, y ſont ſujets comme les autres offices; c'eſt juſte charge qui doit être répartie ſur tous offices.

Voyez le chapitre 3, ci-après, les deux propoſitions ſuivantes, & le traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 24.

VII. Mais les greffes en chef des cours ſouveraines en ſont exempts; c'eſt privilége, & par conſéquent droit, qu'on ne peut tirer à conſéquence.

Cela eſt atteſté par Loyſeau, pag. 125.

VIII. Quant à la capacité pour poſſéder ces offices, ils peuvent être poſſédés par toutes ſortes de perſonnes; leur qualité les rend propres à cette poſſeſſion; en effet, chacun peut les acquérir comme vrai patrimoine, les affermer & les faire exercer par une perſonne reçue à l'exercice; tout cela eſt ſuite de leur nature; mais dont quelquefois il réſulte abus.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, pag. 2: & cela ſe pratique ainſi au châtelet dans les partages.

IX. La majorité n'eſt pas néceſſaire pour poſſéder ces ſortes d'offices, étant regardés comme portion de domaine engagé; cependant il faut que le public ſoit convenablement ſervi, & ce n'eſt qu'avec cette condition, qu'il y a ici diſpenſe d'âge.

Le même auteur au nombre 4: & cette propoſition eſt ſuite de ce que deſſus.

CHAPITRE SECOND.

DES OFFICES DE JUDICATURE ET DE CEUX DES FINANCES.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR VÉNALITÉ.

I. LA vénalité répugne à la nature de ces offices; elle les a cependant gagné; ainſi après avoir examiné les offices domaniaux, & les offices de judicature en général, & relativement à la puiſſance qui en réſulte, au juſte reſpect que ces derniers attirent, & à la capacité requiſe pour les exercer; examinons à préſent tous les offices en général, les dominiaux exceptés, & ce relativement à leur qualité de vénaux & d'héréditaires: tel eſt l'objet de ce chapitre.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 2, num. 2, pag. 10, & liv. 4, ch. 7, num. 4 & 5, pag. 256 & 257. Par une ordonnance de S. Louis, celui qui avoit employé la faveur d'un grand pour obtenir la collation d'un tel office, étoit infâme; elle eſt citée par Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 7, num. 84, où il obſerve que ſa ſageſſe eſt ſuivie par les étrangers; voyez la propoſition ſuivante qui eſt une ſuite de celle-ci.

II. Le droit réſultant de la collation de ces offices, devroit toujours être viager; mais il n'eſt plus tel: il lui reſte cependant encore quelque choſe de ſa nature.

C'eſt la doctrine du même auteur; voyez ce qu'il dit en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 8, num. 3, 4 & ſuivans, pag. 132 & 133, au ſujet des offices de finances rendus héréditaires; ce qui s'applique encore, à plus forte raiſon, aux offices de judicature.

III. En effet, telle collation eſt fondée ſur la capacité perſonnelle de celui au profit duquel elle eſt accordée; elle devroit donc ceſſer avec lui; telle eſt la pureté de la régle, mais qui a reçu des atteintes.

Par l'ordonnance de Charles VIII, de 1493, il étoit défendu de vendre aucun office de judicature; cette ordonnance eſt citée par Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 1, num. 62, pag. 156. Voyez le même auteur, au liv. 4, ch. 7, num. 37, pag. 258.

IV. De-là il devroit s'enſuivre qu'ils ne ſont ni vénaux, ni tranſmiſſibles aux héritiers; c'eſt la ſuite de ce que deſſus: mais les beſoins de l'état, occaſionnés par les guerres injuſtes, qu'une puiſſance nouvelle & ambitieuſe a ſuſcités, beſoins que l'attribution des qualités de vénaux & d'héréditaires, rempliſſoit, a fait ceſſer les qualités contraires, qu'un tems plus heureux & auquel nous touchons, nous ramenera.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 22, pag. 526. Ils n'ont commencé à perdre ces vraies qualités que ſous Louis XII; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 1, num. 90, pag. 158

V. Dans leur origine, ces offices ne s'aliénoient que par forme de prêt; c'étoit un palliatif que le tems a effacé.

C'eſt ce que dit Loyſeau; les ſurvivances générales n'y avoient pas même lieu; le même auteur des offices, liv. 2, ch. 10, num. 19, pag. 144; mais depuis, dit le même auteur, le mal a été levé.

VI. Ils ne ſont devenus vénaux que par une dérogation au droit, & en accompliſſant une condition qu'on va examiner: condition par laquelle, comme on l'a déja annoncé, ils gardent quelque choſe de leur nature.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 1, num. 33, 34 5 & 36, pag. 97, & ce qu'il dit au liv. 2, chap. 8, & au liv. 3, ch. 2, num. 10, pag. 161 : telle eſt la gradation de leur vénalité.

VII. Par cette charge, dont il ſera parlé ci-après, il reſte donc encore quelque choſe à ces offices de leur nature primitive, & qui les fait retourner dans la main du roi, par la mort du titulaire, & c'eſt ce qui retrace ces anciens veſtiges, qui ſont précieux à conſerver.

Voyez le chapitre ſuivant dans lequel cela eſt développé.

SECTION II.

Qu'ils ne ſont pas de droit héréditaires.

VIII. La qualité d'héréditaire leur eſt encore plus contraire que la vénalité, & ce par les raiſons expliquées dans la ſection précédente.

C'eſt ce que dit Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 8, pag. 132. C'eſt l'avis, dit-il, le plus déraiſonnable & le plus pernicieux qui ait été donné en france, que de rendre les offices héréditaires tout-à-fait; mais cette critique tombe lorſqu'on conſidere que c'étoit la voie la plus prompte & la moins onéreuſe pour parvenir au bien public, & arrêter des armes injuſtes que Louis XII, Francois I, & Henri II ont eu à repouſſer.

IX. Dans le cas même que l'office de judicature ou de finance, eſt créé vénal & conféré comme tel, il ne s'enſuit pas qu'il ſoit tranſmiſſible aux héritiers; ce ſont deux qualités différentes, & la derniere peut militer ſi elle n'eſt exprimée; elle eſt de rigueur comme contraire à la nature des offices; il en faut donc expreſſion.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 2, num. 1, pag. 156, num. 2, pag. 157, où il dit, que les offices héréditaires ſont de la plus irréguliére & injuſte ſorte qui puiſſe être inventée; on vient de voir l'idée qu'on devoit attacher à cette critique; c'eſt un mal ' mais il en a fait ceſſer un plus grand

X. Dans ce même cas, l'officier mourant ſans l'avoir réſigné, il retournoit à ſa ſource; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus & l'effet de la privation de la qualité d'héréditaire, très-peu compatible avec la nature de l'office; & nonobſtant même la qualité de vénal, l'officier ne peut le réſigner qu'en ſurvivant quarante jours à la réſignation; c'eſt condition tacite à la réſignation, & par conſéquent qui milite de plein droit.

Voyez le chapitre qui ſuit, c'eſt par-là qu'on a rémédié, mais en partie ſeulement, aux abus de l'hérédité, dit Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 8, num. 8, pag. 132.

XI. Faute de cette ſurvie de quarante jours à la réſignation, l'office tombe dans les parties caſuelles du roi; la condition ſous laquelle il étoit ſujet à réſignation, n'étant pas accomplie; ce qui les ramene à leur nature primitive.

C'eſt ce qu'on verra au chapitre qui ſuit : le bureau des parties caſuelles fut établi par Louis XII, en 1522, au moyen duquel on pratiqua alors, & ouvertement la vénalité des offices : Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 1, num. 91 & 92, pag. 158 : telle eſt la premiere origine de leur vénalité; mais l'édit de 1604, qui eſt le chef-d'œuvre de la finance, a mis la derniere main à cet établiſſement.

XII. Par le payement du droit, dont il ſera parlé ci-après, l'office du titulaire décédé, paſſe à ſes héritiers, & en cas de vente, il eſt affranchi de la ſurvie de quarante jours; ainſi ce payement rend l'office vénal & héréditaire.

C'eſt ce qui eſt établi ci-après, c'eſt la condition attachée à ces qualités remplies; c'eſt l'avantage qui réſulte de ſon accompliſſement.

SECTION III.

De ceux qui peuvent poſſéder les magiſtratures, & de ceux qui les exerceroient ſans droit.

XIII. Les magiſtratures étant de tous les offices, les plus importans, non-ſeulement l'improbité des mœurs en exclut, mais même la vilité du ſujet; cette derniere cauſe d'excluſion eſt particuliere à ces offices; qui emportent avec eux-mêmes cette juſte diſtinction: cela eſt fondé ſur ce qu'un tel ſujet ne peut s'attirer la créance ni le reſpect des peuples, reſpect qui eſt néceſſaire pour l'exercice d'un tel office; ainſi la ſeule improbité ſuffit pour exclure des magiſtratures, ainſi que la vilité.

Loyſeau. liv. 1, ch 4, num. 19.

XIV. Celui qui ſans la permiſſion du roi, entreprendroit de faire acte de magiſtrat, ſeroit coupable du crime de léze-majeſté; ce ſeroit attentat à la toute puiſſance du roi.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 1 : la raiſon de ce, eſt que l'autorité des magiſtrats n'eſt qu'une émanation de la toute-puiſſance du roi; l'exerçant donc ſans ſa volonté, c'eſt un attentat à ſon autorité, & par conſéquent crime de léze majeſté : le même auteur, liv. 1, ch. 6, num. 6, pag. 34, dit que les magiſtrats tiennent leur puiſſance médiatement de Dieu, mais immédiatement du roi; mais il n'y a que le roi qui tient ſa puiſſance de Dieu, tous les autres la tiennent de lui.

CHAPITRE TROISIEME.

COMMENT CES OFFICES PEUVENT DEVENIR CESSIBLES ET TRANSMISSIBLES.

SECTION PREMIERE.

DU MOTIF ET DE L'UTILITÉ DE LA DISPENSE DE LA SURVIE DES QUARANTE JOURS, ET COMMENT CETTE DISPENSE S'OBTIENT, ET DE SON EFFET.

I. LA mort du titulaire emportant par le vrai droit des offices, la perte d'icelui pour ſa famille, chaque titulaire a cherché les moyens de les lui conſerver; & ce ſont ces moyens ſur leſquels l'intérêt a rendu les titulaires induſtrieux, en conſervant ceux du roi, qu'on va expliquer; en effet, la crainte de ne pouvoir en conſerver même le prix en le vendant, par l'incertitude de ſurvivre quarante jours à la vente a fait redoubler ce vœu, à l'accompliſſement duquel l'on n'eſt exactement parvenu que par l'édit de 1604.

Voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 4, pag. 143; & cet édit avec l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 5, num. 17, pag. 524 & 525.

II. Suivons cela dans ſes degrés; ce vœu commun à tous les titulaires, fit d'abord introduire les ſurvivances générales, qui s'obtenoient moyennant finance; elles avoient leurs inconvéniens, auxquels on a remédié par la ſuite.

Toutes les différentes ſurvivances ont eu pour origine la ſurvivance ſimple, par laquelle on réſignoit un office à une certaine perſonne, pour en jouir non incontinent, mais ſeulement en cas qu'il ſurvêcut le réſignant; c'étoit une véritable donation à cauſe de mort, très-préjudiciable aux parties caſuelles du roi; Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 12, num. 38, pag. 75: voyez le même auteur, au même traité, liv. 2, ch. 10, num. 9 & 10, pag. 143; l'édit de 1604 remédie à cela.

III. Ces ſurvivances avoient un double inconvénient, elles préjudicioient au roi, ſucceſſeur de celui qui les avoit accordé, & elles occaſionnoient des vacances d'offices contraire au bien public; vacances qui arrivoient lorſqu'un héritier étoit, lors de la mort du défunt, hors d'état, par ſa minorité, de remplir l'office: l'édit de 1604, a encore une fois remédié à ces inconvéniens.

Voyez les édits de 1568, 1574 & 1577: Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 10, num. 12, pag. 143.

IV. Par l'établiſſement du droit, appellé paulette, du nom de ſon inventeur, par le payement duquel les titulaires obtiennent la diſpenſe de la ſurvie des quarante jours, les intérêts du prince & ceux des particuliers y ſont également ménagés; c'eſt le chef-d'œuvre de la finance.

Voyez l'édit du 7 décembre 1604. Cet édit a cependant ſes inconvéniens: ils ſont expliqués pas Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 21, pag. 144.

Voyez de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4 num. 23, pag. 527: Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 16, pag. 144. Cet édit a été auſſi appellé celui des femmes, parce que par l'ouverture qu'il fait, elles conſervent l'office, qui eſt ſouvent le gage principal de leurs repriſes; en effet, cet édit leur a été très-utile: il ne l'eſt pas moins à tous les autres créanciers & aux héritiers, & c'eſt par ces avantages que conſervant les intérêts du roi, quoique le payement de ce droit ſoit volontaire de la part du titulaire, qui s'aſſure par-là la libre diſpoſition de ſon office, que l'établiſſement de ce droit peut-être regardé comme le chef d'œuvre de la finance.

☞ La Paulette eſt la ſoixantieme partie du prix de l'office que donne au roi tous les ans, au commencement de l'année, chaque officier de juſtice & de finance, afin de pouvoir pendant l'année diſpoſer de ſon office. Ce droit a été appellé Paulette, d'un nommé Charles Paulet, ſécretaire de la chambre du roi, qui au ſeizieme ſiécle l'inventa; il fut autoriſé par l'édit de décembre 1704.

V. Pour cette conſervation, il faut que le prêt & l'annuel ayent été payés ſuivant & conformément à l'édit; c'eſt la baſe, c'eſt la condition de cette diſpenſe; par ce payement, non-ſeulement le titulaire eſt affranchi de la ſurvie des quarante jours, en cas de ventes, mais encore décédant ſans avoir vendu l'office, il eſt conſervé pour ſa ſucceſſion; tels ſont les effets de cette même diſpenſe.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 17, pag. 525; Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 24, pag 144.

VI. Ce droit eſt d'autant plus favorable, que toujours volontaire de la part des titulaires qui ne le payent que lorſqu'ils le veulent, il remédie comme on l'a vu, aux inconvéniens des ſurvivances générales, & rend en quelque façon aux offices leur véritable qualité, qui eſt de rentrer dans la main du collateur: ce qui prouve les remarques qu'on

a fait ſur la troiſieme & quatrieme propoſition.

C'eſt ce que dit Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente ; mais ce même droit a ſes inconvéniens, comme le remarque le même auteur, liv. 2, ch. 10, num. 9 & 10, pag. 143, & comme on l'a obſervé précédemment ; mais ils ſont bien moins grand que ceux des voies qu'on avoit priſes précédemment.

SECTION II.

Du pouvoir des créanciers d'acquitter ce droit pour leur débiteur & ſans ſon conſentement.

VII. Quoique le payement de ce droit ſoit volontaire, cependant les créanciers du titulaire, pour la conſervation de l'office qui eſt leur gage, peuvent acquiter ce droit ſans le conſentement, & même contre la volonté de leur débiteur; & ſans cela ils perdroient par le fait de leur débiteur : ce qu'on ne peut admettre, l'équité a donc conduit à leur donner cette faculté.

De Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 115, pag. 577 ; Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 10, num. 36 ; pag. 145 : & telle eſt la juriſprudence.

☞ Néanmoins on croit qu'avant d'acquiter ce droit, il eſt prudent au créancier de faire une ſommation au débiteur, & même de ſe faire autoriſer par un jugement à le payer en ſon acquit : voyez l'arrêt du 22 février 1755, rapporté par Deniſart, verb. Paulette.

VIII. Cette capacité eſt fondée ſur ce qu'un officier, par le parti qu'il prend de ne point payer la paulette, peut bien ſe faire tort à lui-même, mais non à ſes créanciers, qui ſouvent ſont plus intéreſſés à la conſervation de ſes biens que lui-même; cette capacité eſt donc juſte, & l'uſage la rend inconteſtable : tout créancier pouvant agir pour la conſervation de ſon gage; il y a plus, tous les créanciers indiſtinctement, ont ce droit, même la caution; ce dernier, comme les autres, étant intéreſſé à la conſervation du gage; ainſi il ne faut pas ſur cela d'ſtinguer.

Loyſeau, au nombre cité ſur les propoſitions précédentes, & pag. 39 & 40, & tel eſt l'uſage.

IX. Le créancier d'une rente conſtituée a ce droit, encore qu'il fût payé des arrérages; c'eſt le gage du capital, & c'eſt pour la conſervation d'icelui qu'il a ce droit ; il peut donc l'exercer dans le cas même qu'il eſt ſervi de ſes arrérages.

Loyſeau en fait difficulté : cela n'en fait plus au châtelet ; mais en faiſoit ci-devant.

X. Celui même qui n'a aucune hypothéque, mais un ſimple billet a ce droit, encore que le billet ne fût échu, le contenu en icelui n'en eſt pas moins dû, quoiqu'il ne ſoit pas exigible ; il peut donc veiller à ſa conſervation : cela eſt admis comme très-favorable.

Cette propoſition & la précédente, ont été formées ſur la juriſprudence du châtelet ; en effet, & vu l'importance de l'office qui compoſe ſouvent toute la fortune d'un débiteur, tous ſes créanciers ont ce droit.

XI. Le créancier qui a acquitté ce droit pour le débiteur, a contre lui l'action pour s'en faire rembourſer annuellement ; il ſeroit rigoureux de différer ce rembourſement; pour moi, je ne vois ni aucune bonne raiſon, ni aucun moyen pour ce délai.

Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 10, num. 41, & 42, pag. 146.

XII. Cette action a lieu, encore que ceſſant ce payement, l'office n'eût été perdu, ni pour le débiteur, ni pour ſes créanciers; c'eſt-à-dire, ſi il l'eût vendu & ſurvécu quarante jours à la vente ; c'eſt toujours prudence & exercice du droit légitime de la part d'un créancier, qu'un événement incertain ne peut lui rendre nuiſible.

C'eſt l'opinion commune à préſent ; anciennement on penſoit que le créancier n'avoit de rembourſement que pour la derniere année ; cela n'étoit point équitable, cet acte de la part d'un créancier étant un acte conſervatoire. Cette opinion eſt fondée, ſur ce que, malgré l'événement qui eſt incertain, le créancier a agi prudemment pour la conſervation de ſon gage ; & ſi l'on interprête favorablement pour le débiteur, ce n'eſt que dans le cas d'une dette obſcure ; mais lorſqu'il s'agit de la conſervation d'une dette certaine, toute la faveur eſt du côté du créancier; il doit donc dans ce cas même avoir ſon rembourſement ; parce que par l'incertitude où étoit le créancier, il eſt toujours vrai de dire, du moins relativement à lui, que *ſalvam fecit pignoris cauſam.*

SECTION III.

De l'échéance de ce droit, & ſi le mari qui le paye pour la conſervation de l'office qui lui eſt propre, doit indemnité à la communauté.

XIII. Le payement de ce droit eſt annuel : il a une échéance uniforme pour tous les offices qui y ſont ſujets, & qui dans le bon ordre a dûe être telle.

Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 49 & 50, pag. 147, & les propoſitions ſuivantes.

XIV. Toutes les années commencent au premier janvier & finiſſent au dernier décembre, indépendemment de la date de la derniere quittance; telle eſt leur échéance, uniforme, prudente uniformité qui ménage tous les droits; De-là il s'enſuit que pour jouir de la diſpenſe, il ſuffit d'avoir payé le droit dans le courant de chacune année; payement qui influe pour l'année ſuivante, pourvu que chaque année ſe trouve remplie : telle eſt la lettre & l'eſprit de la loi.

Tel eſt l'uſage : le réſignataire même en jouiroit, ſi ce privilége n'a pas été conſommé par la mort du vendeur ; Loyſeau, pag. 147, num. 54, & 55.

XV. Le mari qui paye ce droit pour la conſervation de l'office qui lui eſt propre, ne doit pour ce aucune indemnité à ſa communauté; c'eſt délibation ſur les fruits; c'eſt charge d'iceux : en effet, la communauté profite des fruits de l'office, & ce droit eſt regardé comme une charge de ces fruits qu'il conſerve à la communauté; ce payement ne peut donc faire ouverture à indemnité, puiſque la communauté n'a payé que ſa dette.

Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 2, ch. 10, num. 44 & ſuivans, page 146, & tel eſt l'uſage ; voyez auſſi la Peyrere, lettre C, ſur le mot communauté, num. 16, pag. 45 de l'édition de 1725.

SECTION IV.

De l'état de l'officier qui n'a pas acquitté la paulette.

XVI. Le payement de ce droit étant, comme on l'a dit volontaire, chaque officier peut courir les riſques d'un bail, & ne pas payer pendant le cours d'icelui; mais faute de payement, il court le riſque de faire la perte de ſon office; & c'eſt cette perte qui ramene les offices à leur véritable qualité, & qui conſerve les droits du roi ; lorſque le titulaire n'a pas voulu profiter de la voie, qui lui étoit ouverte pour la conſervation héréditaire de ſon office; mais lorſqu'il y a un premier bail expiré, le défaut de payement, n'opere rien dès qu'il y a eu un nouveau bail de ce droit, & que pendant le cours d'icelui, cet officier a payé ce droit : par-là le paſſé eſt effacé; il en a couru les riſques, & le payement, pendant le nouveau bail, produit tout ſon effet.

L'uſage conſtant établit cette propoſition dans ſa derniere partie : ſur la premiere, voyez Loyſeau des offices, liv. 2, chap. 10.

XVII. Si l'officier, après avoir négligé le payement de ce droit pendant quelques années, d'un bail, veut par la ſuite payer pendant le cours de ce même bail, il ne peut y être admis que par une grace du prince, & en payant tout ce qui eſt échu de droit pendant le bail ſubſiſtant ; c'eſt grace dont il doit remplir la condition; mais l'officier qui n'a pas payé, n'eſt pas privé du droit de vendre ſon office ; pourvu qu'il ſurvive à la vente, le tems néceſſaire pour la faire ſubſiſter.

Voyez la premiere propoſition ; mais cette faculté de ſa part, n'eſt que conditionnelle, comme on le verra par ce qui ſuit.

XVIII. Tout ce que le défaut de payement opere en ce cas, eſt qu'il faut pour la validité de la vente, qu'il ſurvive quarante jours à la réſignation, ſans quoi il y auroit perte d'office; ſauf l'exception de l'officier tué en faiſant les fonctions de ſon office, qui a mérité une faveur ſinguliere.

L'orſque l'officier eſt tué dans l'exercice de ſa charge, ſon office eſt conſervé à ſa ſucceſſion ; voyez l'arrêt du 21 juin 1625, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 59. Ce même arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 49; c'eſt favorable exception qui ſert à confirmer la régle & la propoſition.

XIX. Lorſqu'il ſurvit ce tems, la vente eſt bonne & le prix d'icelle lui appartient; mais s'il meurt plutôt, la vente eſt nulle, & l'office tombe dans les parties caſuelles de ſa majeſté; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, & ce qui, encore une fois, conſerve quelque choſe de la nature primitive des offices.

Dans ce même cas, la ſucceſſion eſt obligée de rendre le prix ou la portion du prix que l'acquéreur a payé ; Loyſeau, traité des offices, liv. 3, ch. 2, num. 48, pag. 164 : ce qui eſt inconteſtable, puiſque la vente n'a pas lieu.

XX. Dans le cas que la vente faite par un officier qui n'a pas acquitté la paulette, ſe trouve avoir ſon effet par ſa ſurvie, pendant le tems ci-deſſus marqué, l'acquéreur de l'office eſt obligé de payer l'année entiere de ce droit, pendant le cours de laquelle il acquiert, & il n'obtient ſes proviſions qu'à cette charge, ſauf à lui par la ſuite d'uſer de la liberté de payer, ou ne pas payer ce droit; ce n'eſt qu'en ce cas, que le payement ceſſe d'être de volonté; c'eſt condition de la grace.

L'uſage établit encore cette propoſition ; c'eſt grace à la condition de laquelle il faut ſatisfaire.

XXI. De ce que deſſus, il réſulte évidemment que lorſque l'officier meurt ſans avoir payé ce droit, l'office retourne à ſa ſource en tombant dans les parties caſuelles du roi; juſte perte qui conſerve à l'office ſa nature primitive.

Il faut excepter de cette perte la ſucceſſion de l'officier qui auroit été tué en faiſant les fonctions de ſon office, comme on l'a vu ci-deſſus, à quoi on peut joindre le ſentiment de Tronçon, ſur l'art. 95 de la coutume ; c'eſt un cas favorable & une juſte exception à cette perte, qui, comme on l'a dit, ſert à confirmer la régle.

XXII. La ſucceſſion de l'officier ſouffriroit cette perte, quand il n'y auroit que la derniere année totalement révolue, qui ne ſeroit pas payée, & que les précédentes le ſeroient; en effet, en ce cas, la diſpenſe n'eſt point acquiſe, puiſque la condition attachée à icelle, n'eſt pas remplie ; & cette condition eſt indiviſible ; mais le défaut de payement pour l'année courante lors du décès, n'eſt pour ce d'aucune conſidération; pourvu qu'elle ſoit payée à tems, parce que

toute cette année eſt inutile pour le payement, & que par le payement, abſtraction faite de la perſonne qui le fait, la condition attachée à la grace généralement accordée eſt remplie.

Voyez ſur la perte d'office, par le défaut de payement de ce droit, de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 17, pag. 525: la propoſition réſulte de ſes principes ainſi que de l'édit.

SECTION V.

Du droit de préférence de la veuve & des héritiers, ſur l'office tombé aux parties caſuelles.

XXIII. La veuve & les enfans de l'officier mort en perte d'office, ſont préférés aux étrangers à lever l'office aux parties caſuelles, pour la ſomme pour laquelle il a été taxé; la poſſeſſion de celui qu'ils repréſentent, fonde cette préférence; c'eſt équité très-conforme à l'ordre public.

Arrêt du 22 décembre 1654, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 4: ce que l'uſage confirme.

XXIV. Cette préférence appartient pour moitié à la veuve, & pour l'autre moitié aux enfans; c'eſt la juſte répartition de leur repréſentation.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 23, pag. 210, & la propoſition qui ſuit, qui développe celle ci.

XXV. Elle leur appartient ainſi, par leur ſeule qualité naturelle de veuve & d'enfans, indépendemment des qualités civiles de commune & d'héritiers; le fait ſeul ſuffit pour fonder cette préférence & ce partage: c'eſt grace attachée à leurs perſonnes, abſtraction faite de leur qualité.

Voyez l'arrêt cité ſur la premiere propoſition de cette ſection; & c'eſt ce que dit Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 10, num. 21, pag. 209.

XXVI. Lorſqu'ils ont exercé cette préférence, ils diſpoſent de l'office à leur gré; c'eſt l'effet d'icelle & du droit qu'elle leur donne dans l'office, & dans ce même cas, les créanciers n'ont rien à prétendre, ni ſur l'office, ni ſur le prix d'icelui, ni même ſur le bénéfice, que la veuve ou les enfans peuvent faire; encore une fois, cette préférence eſt attachée à leurs perſonnes: c'eſt ceſſion conditionnelle du droit du roi, & les parties caſuelles produiſent quant à ce, le même effet que le ſceau des proviſions: nulles autres perſonnes que celles auxquelles la grace eſt faite, n'en peuvent donc profiter.

La note ſur Dupleſſis, pag. 176 & 177 eſt contraire: on y rapporte un arrêt du 13 mars 1648, qui en ce cas, a conſervé aux créanciers leur hypothéque ſur l'office: Dupleſſis, pag. 180 & 181, dit la même choſe; mais il y a arrêt du conſeil, du 27 juillet 1680, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 225, qui a jugé que les créanciers n'avoient plus d'hypothéque, les parties caſuelles ayant le même privilége que le ſceau qui les purge; voyez Loyſeau, pag. 210. Ce que le chapitre ſuivant confirme & ce qui ne ſouffre plus de difficulté. & telle eſt la juriſprudence; ainſi c'eſt à l'arrêt de 1680 qu'il faut ſe fixer, & non à l'opinion des auteurs cités, tout à fait contraire aux principes.

☞Tous les officiers de judicature & de finance ne ſont pas aſſujettis au droit de paulette ou droit annuel, les uns en ont été affranchis & d'autres l'ont racheté.

Les préſidens & conſeillers des cours ſupérieures, les préſidens maîtres correcteurs & auditeurs des comptes, les avocats, les procureurs généraux, les greffiers en chef deſdites cours, les ſubſtituts de M. le procureur général au parlement de Paris, les intendans des finances, les maîtres des requêtes, les gardes du tréſor royal, & le tréſorier des parties caſuelles, en ſont affranchis; voyez les déclarations des 9 août 1721, 22 juillet 1731 & 3 décembre 1743.

Les avocats & procureurs du roi aux requêtes de l'hôtel, & les notaires-ſecrétaires du roi près le parlement de Paris, en ſont également affranchis par la déclaration du 23 juillet 1758; à la charge néanmoins par les titulaires de ces offices, de payer le droit de ſurvivance, comme ils l'ont payés depuis la déclaration du 9 août 1722: l'article 13 de la même déclaration exempte les officiers des Pays-bas, d'Artois, Flandres & Alſace.

Enfin, par l'art. 14 de la même déclaration, ſa majeſté entend ne point aſſujettir au payement du prêt & annuel, les offices crées héréditaires depuis 1722; ceux auxquels l'hérédité à été attribué par les déclarations des 3 décembre 1743 & 12 janvier 1745, ni ceux qui ont été aſſujettis au rachat de ces droits par les édits du mois de février 1745.

CHAPITRE QUATRIEME.

DU DON FAIT PAR LE ROI A LA VEUVE ET AUX ENFANS, DE L'OFFICE TOMBÉ AUX PARTIES CASUELLES, DE L'EFFET DE CE DON, ET DU PARTAGE D'ICELUI.

I. LORSQU'IL plaît au roi de faire don de l'office tombé dans ſes parties caſuelles, au profit de la veuve ou des enfans du titulaire mort en perte d'office ou au profit des uns & des autres conjointement, l'office dans leur perſonne eſt affranchi, de toute hypothéque; c'eſt ſuite de ce que l'on vient de voir, puiſque les parties caſuelles ont le privilége du ſeau: c'eſt vraie libéralité, qui ne peut opérer que ſur ceux, ſur leſquels il a plu à ſa majeſté de la répandre.

Voyez l'arrêt du conſeil rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 225, cité ſur la ſection précédente, & la propoſition qui ſuit qui explique celle-ci.

II. En effet, ces créanciers ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur, & par le vrai droit des offices, tout office retourne au collateur par la mort du titulaire, ſi lui ou ſes créanciers pour lui n'ont ſatisfait à la charge, ſous laquelle il a plu au roi d'accorder la diſpenſe de la ſurvie des quarante jours; cela n'étant pas, il y a perte totale, & la tranſmiſſion du droit acquis au roi, ne peut militer qu'en faveur de ceux qu'il a gratifié: de-là il s'enſuit que l'office en ce cas, retournant à ſa ſource par une cauſe ancienne & par une ſuite même de la nature de la collation, il y retourne libre & paſſe tel dans la main de la veuve & des enfans qui le reçoivent de celle du roi.

Ainſi jugé par deux arrêts du conſeil; ils ſont cités par le Maître, tit. 8, ch. 5, pag. 217: l'un d'eux a déja été cité ci-deſſus. Voyez auſſi celui raporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, chap. 63.

III. Quant au partage d'une telle donation, pour fixer les portions que la veuve & les enfans ont dans un tel don, il faut ſcrupuleuſement ſuivre les termes du brevet; c'eſt la loi de l'une & des autres, de laquelle il ne peuvent s'écarter.

Le Maître, tit. 8, pag. 220, & tit. 10, pag. 245: ce que les deux propoſitions ſuivantes développent.

IV. Lorſqu'il eſt fait conjointement à la veuve & aux enfans, il ſe partage par moitié, l'une pour la veuve, l'autre pour les enfans, parce que où les parts ne ſont pas fixées, elles ſont cenſées égales; c'eſt raiſon écrite, c'eſt droit commun.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 181, eſtime que ſi l'office étoit un propre du mari, & que la gratification en eût été faite à la veuve & en ſon nom, elle ne doit rien avoir étant cenſée n'avoir agi que *nomine procuratoris*: je crois que la lettre du don eſt plus déciſive que ce moyen: voyez le Maître, aux deux pages citées ſur la propoſition précédente: en effet, quel autre guide ſur cela pourroit-on prendre que cette lettre? c'eſt elle alors qui eſt le ſeul titre, & les autres ſont abſolument anéantis.

V. Si le don n'eſt fait qu'à la veuve, il eſt pour elle ſeule, & il en eſt de même s'il eſt fait à l'ainé ſeul, lui ſeul en profite.

Voyez le Maître, à la page citée ſur la premiere propoſition.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE LA VENTE DES OFFICES.

SECTION PREMIERE.

DE LA PROCURATION AD RESIGNANDUM, *QU'ELLE EST LA BASE DE CES VENTES, ET SI ELLE SUFFIT SANS CONTRAT.*

I. PUISQUE la vente des offices eſt autoriſée, il faut en examiner la forme: la baſe de la vente d'un office eſt la procuration *ad reſignandum*; en effet, on ne peut vendre ce dont on a pas une vraie propriété: or nul titulaire n'eſt vraiment propriétaire de l'office, il faut donc d'abord qu'il retourne à ſa ſource, pour paſſer d'une main dans une autre; en effet, ceſſante cette procuration, le contrat ne produiroit qu'une action en dommages & intérêts en faveur de l'acquéreur de l'office contre le vendeur qui refuſeroit la procuration *ad reſignandum*, ſans elle & ſon admiſſion, il ne peut y avoir de vraie tranſmiſſion; c'eſt du roi ſeul que l'acquéreur la peut tenir, il faut donc réſignation dans les mains de ſa majeſté, & proviſion qu'il lui plaît d'accorder en conſéquence. La raiſon de ce, eſt que la propriété de tout office réſide dans la perſonne du roi, comme on l'a déja vu, & que le droit que le titulaire a à icelui ſe réduit à un uſufruit limité à ſa perſonne; ce qui confirme la propoſition & la néceſſité de la procuration, qui a ſa racine dans la nature même de l'office.

Sur la forme de la procuration *ad reſignandum*, voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 11, num. 47 & ſuivans, pag. 70 & 71. Ainſi c'eſt en remettant l'office ès mains du collateur, ſous la condition de le conférer à une autre perſonne, que l'office paſſe d'une main dans une autre; le même pag. 166. Condition qui ne s'entend toujours que ſous & avec le bon plaiſir du roi; voyez le même, pag. 12.

II. Cette procuration ſuffit pour la tranſmiſſion du droit à l'office d'une perſonne à une autre, ſans qu'il ſoit beſoin de contrat de vente d'icelui, lorſque cette procuration eſt ſuivie de proviſions nouvelles obtenues ſur icelle; cela eſt ſuite de ce que deſſus, ſauf l'effet de la procuration donnée par un fils à ſon pere, pour un office acquis par ce dernier.

Le fils de famille ne peut diſpoſer de ſon office, lorſque pour la conſervation de l'office ſon pere a retiré de lui une procuration pour le réſigner; arrêt du 14 mars 1636, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 5, ch. 14. Ce qui, ménageant l'intérêt public, conſerve encore l'intérêt particulier.

III. Telle procuration lie celui qui l'a donnée, encore que les noms du procureur & du réſignataire ſoient en blanc, ſauf les régles dont il ſera traité ci après; mais lorſque la procuration eſt purement gratuite, elle eſt révocable juſqu'à la réception du réſignataire; c'eſt cette réception qui peut conſommer une telle diſpoſition.

C'eſt le ſentiment de Loyſeau, au chapitre cité num. 60, pag. 71.

IV. Des propoſitions précédentes, il s'enſuit que le contrat de vente d'un office n'eſt abſolument néceſſaire que pour régler les tems & la maniere dont le payement du prix doit ſe faire; cependant ſi le réſignataire, qui, ſur la procuration & ſans contrat, a obtenu des proviſions & s'eſt fait recevoir, ne rapporte pas de quittance du prix, il en eſt réputé débiteur; cette préſomption eſt fondée ſur la vénalité des offices & ſur la facilité que les officiers ont de paſſer une procuration *ad reſignandum*; mais elle ceſſeroit ſi la procuration étoit paſſée par un pere en faveur de l'un de ſes enfans; le fils ne ſeroit pas préſumé débiteur, parce que dans ce cas la tranſmiſſion du droit à l'office n'eſt pas regardée comme un acte de commerce, mais comme un avancement d'hoirie; ainſi, en ce cas, l'enfant ſeroit ſujet à rapport du prix de l'office; l'égalité le néceſſite: ce qu'on examinera par le chap. 3 de la troiſieme partie ci-après.

Telle eſt l'opinion commune; autrement & contre la loi impérieuſe de la collation, on affranchiroit un fils d'un juſte rapport auquel la coutume l'aſſujettit, cela eſt établi dans ſon ordre.

SECTION II.

De l'effet du contrat de vente de l'office, de qui l'acquéreur tient ſon droit & de ce qui le rend officier.

V. Le contrat de vente d'un office fait tranſmiſſion dans la perſonne de l'acquéreur, non de l'office-même, mais du droit à l'office: un particulier ne pouvant transférer la puiſſance publique qu'il n'a pas, la vente d'un office ne produit pas d'autre effet que celui

celui qu'on vient d'exprimer, & cela réſulte de la ſection précédente.

Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 2, num. 9, pag. 10 & pag. 165 à la fin.

VI. Ce droit ne ſe réaliſe en faveur de l'acquéreur que lorſque la réſignation eſt admiſe par les proviſions qu'il plaît au roi de lui accorder, tout vrai droit à un office ne venant que de ſa majeſté & ne pouvant avoir d'autres ſources, de-là il s'enſuit encore que l'acquéreur d'un office & qui a obtenu des proviſions, tire ſon droit bien plus de ſes proviſions que de ſon contrat d'acquiſition; ſeconde conſéquence qui naît du principe expliqué par la ſection précédente.

Loyſeau, au nombre cité ſur la premiere propoſition: le même auteur, au même traité, liv. 3, ch. 2, num. 30, pag. 162 & pag. 11.

VII. Les proviſions rendent bien l'acquéreur maître de l'office, mais ne le font pas officier; il peut en diſpoſer, mais il ne peut encore l'exercer en effet: c'eſt la réception qui le rend officier, en confirmant la proviſion que le roi n'accorde que ſous une condition tacite; cette condition eſt la preuve & la reconnoiſſance de ſa capacité, & la preſtation de ſon ſerment de bien & fidelement exercer ſes fonctions; condition qui ne s'accomplir que par la réception.

Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 2, num. 42, pag. 12: & ſur la réception & l'inſtallation des officiers, voyez le même auteur, ch. 4, pag. 21 & ſuivantes, & le chap. 4, du même traité, pag. 26.

VIII. Quoique le nouveau pourvu tire tout ſon droit de ſes proviſions & de ſa réception, cependant la procuration *ad reſignandum* de ſon vendeur, eſt la cauſe efficiente des proviſions que le roi lui accorde: ce qui réſulte de la vénalité qu'on y a attaché.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 3, num. 46, pag. 17.

CHAPITRE SIXIEME.

DES ACTIONS RÉSULTANTES DU CONTRAT DE VENTE D'UN OFFICE.

SECTION PREMIERE.

DES ACTIONS DE L'ACQUEREUR CONTRE LE VENDEUR.

I. L'ACQUÉREUR de l'office a action contre le vendeur d'icelui, pour l'obliger à lui remettre les pieces néceſſaires pour l'obtention de ſes proviſions; c'eſt le juſte effet de la vente qu'il en a paſſé & qui produit action; de-là il s'enſuit qu'il eſt obligé de lui fournir ſa procuration *ad reſignandum*; on a vu que c'étoit la baſe de la tranſmiſſion d'un office d'une perſonne à une autre; il faut donc en conſéquence d'un tel acte, qu'il fourniſſe cette procuration.

Tel eſt l'uſage, comme ſuite de l'action que le contrat de vente fait naître; voyez Loyſeau des offices, liv. 1, ch. 2, num. 49, pag. 12.

II. Cet engagement ceſſeroit ſi le vendeur exerçoit le regrès; il anéantit la vente, ce qu'on verra ci-après; mais la peine ſtipulée, faute d'exécution de la vente doit avoir exécution ſuivant les circonſtances.

La peine ſtipulée faute d'exécuter un traité de vente d'un office, a été jugée valable par arrêt du 15 mai 1636, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 5, ch. 18. Les circonſtances fondent ordinairement la déciſion ſur ces ſortes de conteſtations.

III. Du contrat de vente d'un office en naît une garantie; en effet, le vendeur d'un office eſt obligé de faire ceſſer en faveur de l'acquéreur, toutes les prétentions de ceux qui prétendroient droit à l'office; c'eſt la ſuite de l'engagement qui réſulte de la vente qu'il a faite; mais ce qui n'entraîne pas la garantie des faits du roi, comme on l'expliquera plus au long par la ſuite.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 2, num. 48, 49, 50 & 51, pag. 12 & 13; le même auteur, au même traité, liv. 3, ch. 2, num. 31, pag. 163; Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 98, & le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 3, num. 43.

IV. De-là, il s'enſuit que ſi l'acquéreur a payé une partie de ſon prix comptant, & qu'il y ait des oppoſitions au ſceau par la force deſquelles l'acquéreur ſoit obligé de payer une ſeconde fois ce qu'il a payé, ou portion de ce qu'il a payé, comme on le verra ci-après, en examinant l'effet de ces oppoſitions, il a pour ce garantie & répétition contre ſon vendeur; cela eſt inconteſtable, étant ſuite de ſon action, & il en eſt de même ſi l'acquéreur n'a pu faire admettre la réſignation par un vice de la réſignation, & que la procuration lui reſte inutile; en ce cas le vendeur doit rendre le prix par lui reçu, comme condition non accomplie, autrement l'acquéreur ſeroit privé & de la choſe & du prix, ce qui ſeroit injuſte.

Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 2, num. 44 & 45, pag. 164; il ajoute au num. 53, que l'acquéreur a garantie contre ſon vendeur pour tout trouble qui vient du fait de ce dernier; ce qui eſt encore ſans difficulté, puiſque le contrat de vente produit cette action.

V. Cette garantie ceſſe en certains cas; en effet, pour ce qui ſurvient depuis le contrat de vente de l'office, l'acquéreur n'a aucune garantie contre ſon vendeur; cela tombe ſur l'office qui ne regarde plus que l'acquéreur, & qui eſt totalement à ſes riſques.

L'uſage fonde cette propoſition, & c'eſt ce que dit Loyſeau, au dernier nombre cité ſur la propoſition précédente; ce qui eſt fondé ſur les principes capitaux des ventes; voyez le Brun & Bardet aux endroits cités ſur la troiſieme propoſition de cette ſection, & Pocquet de Livoniere, en ſes régles du droit françois, pag. 566.

VI. De-là, il s'enſuit que ſi depuis la vente, les droits attachés à l'office ſont diminués, le vendeur n'eſt point obligé de garantir une telle diminution; la choſe périt ou diminue pour le maître, preuve inconteſtable de cette décharge.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 2, num. 43, pag. 163, & dans le livre troiſieme ci-après, le titre des ventes.

VII. Il n'y auroit même aucune garantie à exercer contre lui en cas de ſuppreſſion de l'office depuis la vente, & c'eſt ſuite du même principe; la raiſon de ce eſt que dans l'un & l'autre cas, c'eſt le fait du prince, dont nul n'eſt de droit garant, & par conſéquent telle perte doit tomber ſur l'acquéreur.

Cela eſt établi ſur le titre de l'acquiſition des rentes ſur les aides & Gabelles; & tel eſt l'uſage: Loyſeau, au ch. cité num. 32, paroît s'en écarter; cela m'étonne, car c'eſt heurter de front les principes du droit.

SECTION II.

De l'action de l'acquéreur, lorſqu'il paroît deux contrats de ventes, & lorſqu'ils a acquis de celui qui n'avoit pas droit de lui vendre.

VIII. Lorſqu'il ſe trouve deux contrats de vente d'un même office, le premier pourvu, indépendamment de la date de ſon acquiſition, eſt préféré; la proviſion accordée par le roi eſt le vrai titre: fondement inébranlable de cette préférence juſte, qui naît de l'objet, & de ce qui caractériſe ſa propriété; quoique dans toute autre vente d'immeuble, le premier acquéreur ſoit préférable au ſecond.

Voyez la loi 15. *Quoties*, au code *de reivendicatione*; la loi 9, §. 4, ff. *de publ. in rem actionib.* Voyez auſſi Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 2, num. 51; pag. 13. Il n'en eſt pas de même dans les acquiſitions des autres immeubles; la date du titre, lorſqu'il eſt autentique, l'emporte ſur la poſſeſſion; ce qu'on verra plus amplement ſur le titre de l'acquiſition des autres immeubles; principe général que la propoſition ſuivante développe par rapport aux offices.

IX. Les raiſons de ce, ſont 1°. Que l'office n'eſt plus vacant: 2°. qu'il n'eſt plus en la diſpoſition du collateur, juſqu'à ce qu'il ſurvienne une nouvelle vacance, & enfin que le pourvu en icelui n'en peut plus être dépouillé que par ſon fait, & par conſéquent le premier pourvu eſt préférable; l'ordre public, ainſi que la pureté des régles, l'exigent ainſi: ce qui ne s'applique pas dans le cas qu'il y auroit ſimplement double procuration, la ſeconde prévaut.

Mais s'il n'y avoit pas de contrat, & qu'il parut ſimplement deux procurations *ad reſignandum*, celui en faveur duquel la ſeconde procuration auroit été donnée, ſeroit préférable à celui qui rapporteroit la premiere; telle procuration étant toujours révocable; Henrys, tom. 2, liv. 2, ch. 35: bien entendu lorſque la premiere n'a eu encore exécution, laquelle, comme on vient de le voir, la rendroit préférable à l'autre.

X. Dans ce même cas de la premiere propoſition de la préſente ſection, celui qui a acquis l'office & dont le contrat n'a pas d'exécution, a des dommages & intérêts contre ſon vendeur, qui eſt toujours garant de ſon fait; ces dommages & intérêts ſont la ſuite de ſon engagement, & de ſon infidélité à le remplir.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, comme on l'a vu dans la premiere ſection.

XI. Dans le cas que le vendeur n'a pas eu droit de vendre l'office, il faut que ceux qui ont droit à l'office s'oppoſent au titre pour empêcher l'obtention des proviſions qui pourroient être ſurpriſes ſur une telle démiſſion; ce n'eſt que par cette voie qu'ils conſervent leurs droits; telle oppoſition ſuſpend les proviſions qui ne s'accordent qu'après qu'elle eſt levée, & non à la charge d'icelle; les conteſtations ſur ce ſe traitoient ci-devant devant meſſieurs des requêtes de l'hôtel, mais à préſent elles ſe traitent au conſeil.

Voyez Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 2, num. 72 & ſuivans, pag. 14, & la déclaration de 1738.

XII. Comme la révocation de la vente n'eſt admiſe que par la faveur de l'officier, ſi un ſecond acquéreur d'office avoit été obligé d'indemniſer le premier, en ce cas étant inſtruit du droit du premier, ce premier lui ſeroit préférable; c'eſt la ſuite de ſa ſoumiſſion.

Henrys, tom. 2, liv. 2, ch. 35;

SECTION III.

Des actions du vendeur de l'office.

XIII. Le vendeur, pour le prix ou le reſtant du prix qui lui eſt dû de la vente de l'office, eſt privilégié ſur l'office, c'eſt ſa choſe ou du moins ſon gage; le payement étant la condition de l'aliénation, & ce privilége ſubſiſte en ſa faveur encore qu'il ne fût pas oppoſant aux proviſions obtenues par celui qui a acquis de lui: c'eſt un droit qui lui eſt particulier, & que ſa qualité de vendeur ſuffit pour fonder.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, & la propoſition contraire, qui fut riſquée à l'audience par un procureur, révolta tout le barreau; en effet, les premieres proviſions ſont regardées comme relatives au contrat de vente, ainſi elles ne peuvent lui préjudicier; mais ſi le premier acquéreur avoit vendu à un autre, le premier vendeur ne conſerve ſon privilége ſur l'office vendu par celui qui l'avoit acquis de lui, que par une oppoſition au ſceau; il rentre en ce cas dans le droit commun; voyez ci-après le chapitre de la diſtribution du prix des offices, & tel eſt conſtamment l'uſage.

XIV. La léſion, & même celle d'outre moitié, n'eſt d'aucune conſidération dans une vente d'office; tout le droit vient de la proviſion, le prix eſt réputé incertain, & cette incertitude ferme abſolument la voye à la reſtitution en entier.

D'Olive, liv. 1, ch. 30: Lapeyrere, let. O, déciſion 35, pag. 287 de l'édition de 1725; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 2, num. 28: & tel eſt l'uſage, ce que la ſuite confirme.

XV. Cela auroit lieu, même dans le cas que la vente ſeroit d'un office domanial & faite par un majeur; la qualité de domanial n'empêchant pas l'incertitude du prix, ainſi il faut donc en ce cas même appliquer la propoſition précédente.

Telle eſt la juriſprudence, fondée ſur les autorités citées ſur la précédente propoſition.

XVI. Ce qui écarte la reſtitution contre une telle vente, eſt donc l'incertitude du prix des offices qui varie continuellement; variété qui, avec raiſon, écarte ſur ce toute idée de léſion, qui ne peut militer que dans le cas que la choſe vendue peut avoir un prix fixe & conſtant: juriſprudence qui ne fait aucun obſtacle à la reſtitution en entier, en faveur du mineur qui ſeroit léſé; mais il faut que par l'acte même, la léſion ſoit évidente.

Mais le mineur léſé ſoit par la vente, ſoit par l'achat d'un office, eſt reſtituable lorſque la léſion eſt évidente; Lapeyrere, à l'endroit qu'on vient de citer. Ce qui eſt établi plus amplement ſur le titre des reſtitutions en entier, où il eſt prouvé que la léſion ouvre la voie de la reſtitution en entier en faveur du mineur, quelques cas exceptés, du nombre deſquels une telle vente ou un tel achat n'eſt pas.

☞ La queſtion de ſavoir ſi le mineur léſé dans l'eſpece ci-deſſus eſt reſtituable, n'eſt pas ſans difficulté; Brillon, verb. offices, rapporte deux arrêts, l'un du 31 juillet 1628, & l'autre du mois de novembre 1644, qui ont jugé que ni la minorité ni la léſion n'étoient à conſidérer en matiere d'achat ou de vente d'office.

SECTION IV.

Des effets du contrat de vente d'office relativement à la jouiſſance de l'acquéreur, & aux droits que le vendeur conſerve.

XVII. L'officier reçu, a toutes les actions pour conſerver les droits de ſon office; ſa proviſion, ſa réception, lui donnent ce droit.

L'oyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 2, num. 64 & 65, pag. 13.

XVIII. Il a action de complainte contre ceux qui le troubleroient dans la poſſeſſion de ſon office, & dans celle des droits qui y ſont attachés; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Dumoulin, a penſé le contraire ſur l'article 1, de la coutume, gloſ. 5, num. 59; mais il eſt ſolidement réfuté par Loyſeau, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente; & cette opinion de Dumoulin, eſt entiérement rejettée.

XIX. Par la vente de l'office, le vendeur ne jouit plus des préſéances & des prérogatives attachées à l'office; ſauf l'exception ci-après; en effet, la vente l'en a dépouillé, il ne doit donc plus en jouir; cependant s'il a obtenu lettres de vétérance, il conſerve ces préſéances & ces prérogatives; c'eſt l'effet de ces lettres & juſte exception à ce que deſſus.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 66, pag. 47, & num. 12.

XX. Nonobſtant la vente de l'office, le vendeur continue de jouir des titres honorifiques qui emportent un certain ordre: de-là il s'enſuit que celui qui a poſſédé un office qui donne la qualité de chevalier ou celle d'écuyer, peut s'intituler ainſi nonobſtant la vente; c'eſt ordre public.

C'eſt ce que dit Loyſeau, même traité, ch. 7, num. 70, & ce qu'on a dit déja établi; mais qui doit être limité aux grands offices.

XXI. Le magiſtrat, après la vente de ſon office, eſt toujours honoré; mais cet honneur eſt gratuit & de bienſéance, & non de néceſſité: cet honneur étant principalement attaché a un mandat qui lui étoit confié, & que la vente par lui faite, a fait ceſſer.

C'eſt encore ce que dit Loyſeau, au même chapitre, num. 85 & 86, pag. 48.

☞ Par rapport aux vétérances des offices de judicature, il y a un édit du mois d'août 1669, dûement vérifié, portant que les cours ne pourront donner entrée, ſéance ni voix délibérative aux officiers qui ſe ſeront démis de leurs charges, ni les faire jouir des priviléges & droits dont jouiſſent les vétérans, ſans qu'il leur ſoit apparu des lettres du roi à cet effet : le même edit enjoint à tous officiers qui auront acquis la vétérance, de ſe retirer dans ſix mois pardevers ſa majeſté pour leur être pourvu, ſinon & à faute de ce, les déclare déchu des priviléges attribués à leurs charges.

CHAPITRE SEPTIEME.

DU REGRE'S.

SECTION PREMIERE.

QUAND ET POURQUOI IL A LIEU.

LE vendeur d'un office peut faire réfilier le contrat de vente, & il a cette faculté juſqu'à ce que l'acquéreur ait été reçu ; c'eſt un droit particulier aux offices que l'avantage public fonde, & qui doit l'emporter ſur le droit des particuliers, c'eſt-à-dire ſur le droit de l'acquéreur.

Bouguier, let. R, num. 13 ; l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 74 & ſuivans, pag. 556 & 557, où il rapporte l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit ; outre cet arrêt, voyez celui du 22 janvier 1659, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 4 : en un mot, ce droit de regrès eſt un droit commun de la france ; voyez la propoſition qui ſuit, qui l'établit.

☞ Voyez auſſi Henrys, tom. 2, liv. 2, queſtion 35 ; Baſnage, ſur la coutume de Normandie, art. 514 ; & Boniface, tom. 3, liv. 3, tit. 1, ch. 10.

II. Ce droit eſt fondé ſur ce qu'il eſt de l'intérêt public que les offices ſoient exercés par des perſonnes expérimentées ; intérêt public auquel celui du particulier doit céder ; telle eſt la baſe de ce droit qui rend un vendeur qui s'offre à continuer de ſervir le public, préférable à l'acheteur, juſques à ce que ce dernier ait été reçu dans l'office, ce qui rend une ſimple promeſſe de vendre un tel objet inefficace.

De-là il s'enſuit qu'une promeſſe de vendre un office n'eſt pas obligatoire ; arrêt du 4 février 1625, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 31 : ce qui s'entend de la part du vendeur, car elle eſt obligatoire de la part de l'acquéreur, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt du 3 mai 1653, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 33 : à quoi on peut joindre l'arrêt de Boſc, de 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, qui a jugé, par rapport à un immeuble réel, que la promeſſe de le vendre étoit obligatoire ; cependant la vente étant un contrat ſinnallagmatique, pourquoi l'un des contractans ſera-t-il engagé lorſque l'autre ne l'eſt pas ? mais telle eſt la nature d'une telle vente.

III. Il y a fin de non-recevoir contre le regrès lorſque l'acquéreur eſt reçu : la réception conſomme tout & ne laiſſe plus de voie à la dépoſition de l'officier reçu ; mais il a lieu en faveur de l'ancien officier en toute mutation, telle qu'elle ſoit, pourvu qu'il n'y ait pas réception.

Le regrès a lieu en donation d'office comme en vente, & ce juſqu'à ce que le donataire ait été reçu ; voyez Lapeyrere, let. O, déciſion 20, aux additions, pag. 285, cependant la donation paroît avoir quelque choſe de plus favorable que la vente ; mais cette faveur doit céder à l'avantge public, ſauf le dédommagement du donataire.

SECTION II.

Comment le regrès doit être exercé & du dédommagement qui eſt dû pour ce à l'acquéreur, & s'il a lieu ſur les offices domaniaux.

IV. Pour intenter le regrès il n'eſt pas néceſſaire que le vendeur ſoit oppoſant au titre ; il lui ſuffit pour ce, de l'exercice de ſon action ; en effet, il lui ſuffit d'intenter l'action dans le tems marqué, c'eſt-à-dire, avant la réception de l'acquéreur ; mais l'exercice du regrès donne lieu à des dommages & intérêts en faveur de l'acquéreur, qui ne doit pas perdre, par l'inexécution de l'engagement contracté par le vendeur ; voilà le principe général.

Voyez l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit, qui fonde celle-ci, & ce dédommagement eſt d'une ſouveraine équité, il eſt du bien public de le relever de ſon inconſtance ; mais on ne le fait qu'en l'obligeant de rendre à l'acquéreur les dépenſes que cette inconſtance lui rend inutiles.

V. Ces dommages & intérêts embraſſent toutes les dépenſes que l'acquéreur a faites à l'occaſion de l'acquiſition de l'office ; il eſt juſte de le rendre quant à ce indemne.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2 liv. 8, ch. 28.

☞ Un officier ne peut pas par, un acte contenant promeſſe de vendre ſon office, renoncer au regrès, ni ſtipuler une peine, en cas qu'il l'exerce. On a débouté l'acquéreur de la demande en payement de la peine, & on a réduit ſes dommages intérêts *ad legitimum modum*, par arrêt rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, le 2 ſeptembre 1710.

VI. Il n'y a pas lieu à ce dédommagement lorſque la vente de l'office eſt faite du pere au fils ; le reſpect que le dernier doit à la volonté de l'autre y eſt un obſtacle invincible, la volonté de l'un, principalement ſur un tel fait, devant être le guide de la conduite de l'autre.

D'étranger à étranger, les dommages & intérêts ne ſont point adjugés *in pœnam*, *ſed ad reſſarciendum damnum* ; cependant par l'arrêt du mois de juillet 1704, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 21, page 480, l'acquéreur d'un office contre lequel le regrès avoit été adjugé, a été débouté de ſa demande en dommages intérêts ; apparemment qu'il n'y avoit eu pour ce, aucuns faux-frais ni dommages : les circonſtances du fait dans ces ſortes de conteſtations (ainſi qu'on l'a déja obſervé) fondent la déciſion.

☞ On a jugé au parlement, le 19 juillet 1720, que le regrès avoit lieu dans une charge de ſecrétaire du roi ; mais en même-tems on a adjugé 3000 liv. de dommages & intérêts à l'acquéreur : notes de Fuet, avocat.

VII. Quoique les offices domaniaux ſoient regardés comme de véritables immeubles, & qu'ils puiſſent même être affermés, cependant le regrès y a lieu, comme pour les autres ; il eſt toujours du bien public, que l'ancien officier ſoit preféré au nouveau : le regrès doit donc avoir lieu pour ces ſortes d'offices comme pour les autres.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, page 84, num. 46 ; mais ſi outre cette raiſon qui eſt générale, les circonſtances particulieres étoient en faveur de l'acquéreur, on pourroit bien en ce cas s'écarter du ſentiment de le Brun.

VIII. Tout ce qui a été dit dans les chatres précédens, touchant les offices de judicature & de finance, s'applique aux offices ſur les ports, ainſi inutile de le répéter.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi.

TROISIEME PARTIE DES OFFICES.

DES OFFICES CONSIDERE'S RELATIVEMENT A DES TIERS.

CHAPITRE PREMIER.

DES OFFICES CONSIDÉRÉS PAR RAPPORT A LA COMMUNAUTÉ DE BIENS ENTRE CONJOINTS.

SECTION PREMIERE.

QUE L'OFFICE QUE LE MARI POSSEDE LORS DU MARIAGE LUI EST PROPRE S'IL N'Y A CLAUSE CONTRAIRE.

I. L'OFFICE que le mari poſſédoit lors de ſon mariage, lui reſte propre & ne tombe pas en communauté, qui n'embraſſe que les meubles ; ce qui a lieu pour tout office vénal & héréditaire, & pour tout office de judicature ; c'eſt droit commun.

Jugé par l'arrêt rapporté par de Montholon, ch. 111 ; voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 4, ch. 1, pag. 172, où ſont rapportés 5 arrêts qui l'ont ainſi jugé ; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 2, pag. 199 : telle eſt la juriſprudence fondée ſur la propoſition qui ſuit.

II. En effet, il eſt immeuble légal, & tout immeuble poſſédé par les conjoints lors du mariage, leur reſte propre ; tel office appartenant au mari, lui reſte donc propre, puiſque la coutume ne fait tomber dans la communauté qu'elle établit entre conjoints, que le mobilier qu'ils poſſédent, lors de leur mariage.

Voyez le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 5 ſect. 1, diſtinct. 5, pag. 59 : de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 34, pag. 531 : l'art. 220, de la coutume, fonde encore cette propoſition.

III. Une autre raiſon particuliere aux offices, eſt que rien n'eſt plus propre à l'homme que ſon office, & rien n'eſt moins communicable à la femme ; ce qui confirme encore le principe poſé, qui a déja une baſe ſuffiſante dans la qualité d'immeuble attri-

buée à l'office, & dans la diſpoſition de la coutume.

Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 10, ſect. 1, num. 1428, pag. 740: Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 7, num. 45, pag. 130: ce qui ne peut ſouffrir la moindre difficulté & qui n'en ſouffre effectivement aucune dans l'uſage, & ce tant par la nature de l'office qui eſt immeuble légal, que par la diſpoſition de la coutume.

SECTION II.

De ce qui réſulte de cette qualité de propre de l'office, en cas de vente ou ſuppreſſion d'icelui, & des taxes payées à ſon occaſion, pendant & conſtant la communauté.

IV. Des propoſitions de la ſection précédente, il réſulte que ſi l'office que le mari poſſédoit au jour du mariage, eſt vendu pendant la communauté, il lui eſt dû remploi du prix d'icelui; c'eſt la premiere conſéquence qui réſulte du principe qu'on vient d'établir; & autrement ce ſeroit avantage indirect, puiſque ceſſant le remploi, le mari augmenteroit la maſſe de la communauté aux dépens de ſes propres: ce qu'il ne peut faire.

Voyez Bouguier, let. O, num. 6: Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 21. Le même, au nombre cité ſur la propoſition précédente, & au même traité, liv. 3, ch. 9, num. 2, pag. 201; voyez auſſi le Maître, pag. 244: & tel eſt l'uſage, fondé ſur la prohibition de tout avantage.

V. Si pendant le même tems l'office a été ſupprimé, les deniers du rembourſement, s'ils n'ont pas été reçus, lui reſtent propres comme repréſentatifs de l'office; s'ils ont été touchés pendant la communauté, le remploi lui en eſt dû ſur la maſſe d'icelle, de même que dans le cas de la vente volontaire; ſeconde conſéquence du même principe.

Loyſeau, au nombre cité; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, dans les comptes de communauté, parce qu'autrement ce ſeroit augmenter la communauté des propres: augmentation qui y eſt abſolument rejettée.

VI. Lorſque l'office propre au mari a été ſupprimé & rétabli pendant la communauté, le nouvel office lui eſt propre, il repréſente l'ancien; repréſentation qui fonde cette qualité, ſauf la recompenſe dont on va parler, & qui met les choſes dans leur juſte équilibre, en conſervant le droit du mari & ceux de la communauté.

Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 7, num. 53: le Brun, de la communauté, pag. 85, num. 5; voyez auſſi l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 46 & 47, pag. 541 & 542.

VII. Le mari, dans ce cas, doit indemniſer ſa communauté des ſommes qu'il en a tiré pour le rétabliſſement de ſon office; autrement il ſe formeroit un préciput en ſa faveur, ce que la coutume rejette; car comme il ne peut augmenter la communauté aux dépens de ſon propre, de même il ne peut augmenter ſon propre aux dépens de la communauté: dans l'un comme dans l'autre cas, même incapacité, même prohibition établie par la coutume.

Le Brun, à l'endroit qu'on vient de citer; & tel eſt l'uſage du châtelet, dans les comptes de communauté, conforme à la doctrine de Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, pag. 200.

VIII. A l'égard des taxes que le mari paye pendant la communauté, à cauſe de l'office qui lui eſt propre, il n'en doit aucune indemnité à la communauté lorſqu'elles ſont ſeches & ſans émolument; c'eſt charge des fruits que la communauté fait ſiens; c'eſt une juſtice qui eſt dûe aux maris titulaires: en effet, telles taxes ſont regardées, comme une charge & payées pour l'intérêt même de la communauté, & pour lui conſerver à elle-même les fruits de l'office qui y tomboient; telles taxes ne peuvent donc donner lieu à aucune indemnité ou recompenſe: il n'en n'eſt pas de même des autres taxes, elles fondent la recompenſe.

Telle eſt la juriſprudence: voyez le Maître, pag. 245; ce qui ne s'entend qu'avec la limitation qui ſuit; voyez auſſi Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 454, & Loyſeau, au ch. cité ſur la propoſition précédente, num. 15.

IX. Mais ſi la taxe a été payée pour une augmentation d'émolument attachée à l'office, en ce cas le mari en doit recompenſe à ſa communauté, autrement il augmenteroit ſon propre aux dépens de la communauté; augmentation que la juriſprudence rejette dans tous les cas, ainſi que l'eſprit de la coutume.

C'eſt en ce cas ſeulement que l'indemnité eſt dûe; l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 52, pag. 544, l'accorde indiſtinctement à la femme; ce qui n'eſt pas ſuivi au châtelet; juriſprudence conforme à ce que dit Loyſeau, pag. 200.

SECTION III.

De pratiques de procureurs & de notaires, & de l'effet de la ſtipulation de propres de ces pratiques.

X. Ces objets ſont ſi liés aux offices qu'en traitant de ces derniers, l'ordre veut qu'on examine les autres: ces pratiques ſont purement mobiliaires, parce que, quoique dépendantes d'un office qui eſt immeuble, elles ne ſont acceſſoires d'icelui que par accident; acceſſion imparfaite qui ne peut changer leur véritable nature, & cela eſt du droit commun.

Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 6, num. 21: Lapeyrere; let. M, déciſion 22, pag. 239; l'au-

teur du traité des propres, ch. 6, ſect. 3, num. 6, page 599; voyez le même auteur, ch. 5, & le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 118; mais ſi le mari en doit le prix, il faut que ce prix ſoit à la charge de la communauté; tel objet étant une eſpece d'univerſalité ſemblable à un fonds de commerce, & ce quoique le contrat de mariage contienne la clauſe que chacun payera ſes dettes: le parti contraire ſeroit un vrai judaiſme.

XI. De-là, il réſulte que les pratiques appartenantes aux procureurs & aux notaires, au jour de leur mariage, tombent de droit dans leur communauté, ſi elles n'en ſont excluſes par une clauſe contraire portée par le contrat de mariage; c'eſt la conſéquence qui réſulte du principe poſé; mais ces pratiques peuvent être ſtipulées propres par le contrat de mariage, ſauf la limitation ci-après ſur l'effet de cette clauſe qui a ſes inconvéniens.

De Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 3, num. 7 & 8, pag. 600: & l'uſage fonde cette propoſition.

XII. Telle ſtipulation n'a pas un effet abſolu pour l'état auquel ſe trouve telle pratique au tems de la diſſolution de la communauté; il ſeroit dangereux de lui donner un effet de cette nature: c'eſt ce qu'on va expliquer, ce ſeroit fraude.

Voyez l'auteur du traité des propres, en la ſection citée ſur la propoſition précédente, num. 9 & 10, où il ne paroît pas adopter cette limitation atteſtée par le Brun, cité ci-après, & conforme à la juriſprudence du châtelet; limitation qui ne me paroît pas pouvoir ſouffrir difficulté, parce qu'on ne peut la rejetter ſans ouvrir une porte aux avantages indirects.

XIII. Telle ſtipulation n'eſt vraiment réguliere, que lorſqu'elle eſt faite juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme; autrement elle ſeroit une ſource de fraudes & d'avantages prohibés par la coutume, & comme telle, il faut en limiter l'effet dans des bornes juſtes & équitables.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, diſtinct. 5, num. 19, ſe recrie, & avec raiſon, contre l'abus des ſtipulations indéfinies de propres, de ces ſortes d'effets; mais la juriſprudence ainſi que l'eſprit de la coutume, comme on le va voir par ſes deux propoſitions ſuivantes, ont parés à cet abus.

XIV. Lorſque par le contrat de mariage la ſtipulation de propre eſt indéterminée, elle n'a effet que juſqu'à concurrence de ce que la pratique valoit au jour du mariage; par ce moyen on conſerve la pureté de la régle & le juſte effet de la convention; elle n'en n'a pas d'autre, & l'on détermine en ce cas cette valeur par le prix que le mari en a payé, par l'intervalle entre l'achat & le mariage, par les regiſtres & les autres circonſtances.

Voyez le Brun, traité de la communauté, pag. 60: le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 118. La prohibition de tout avantage entre conjoints & même d'indirect, fonde cette propoſition, comme on le verra par celle qui ſuit; en effet, autrement il y auroit ouverture à fraude, il y auroit ouverture à avantage indirect; ce qui doit toujours être rejetté.

XV. La raiſon que telle ſtipulation n'a pas un effet abſolu, lorſqu'elle n'eſt pas limitée, eſt que ſans cela le mari, en augmentant le fonds de ſa pratique aux dépens de la communauté, comme il peut le faire, ſeroit le maître de s'en approprier le profit le plus pur, & d'énerver le droit de la femme dans le produit de la collaboration; ce qui n'eſt pas dans ſa puiſſance, & ce qu'on ne peut admettre; preuve de la juſtice de la réduction d'une telle clauſe telle qu'on vient de l'expliquer.

C'eſt ce que dit le Brun, à l'endroit ci-deſſus cité. Pour cela, je crois que par l'examen du regiſtre, il faut arbitrer ce que la pratique valoit lors du mariage. C'eſt ſur cela ce qui eſt de plus déterminant.

☞ Brillon, dans ſon dictionnaire des arrêts, verb. pratique, dit qu'ayant été invité de ſe trouver aux conférences qui ſe tiennent à la bibliothéque des avocats, où l'on propoſa la queſtion de ſavoir, ſi l'on peut ſtipuler dans un contrat de mariage, qui doit s'exécuter ſuivant les diſpoſitions d'une coutume où les avantages ſont interdits entre conjoints; qu'une pratique de procureur ou de notaire ſera propre au mari dans l'état où elle ſe trouvera au jour de la diſſolution de la communauté, il ouvrit ſon avis pour la validité de la clauſe, que beaucoup de ſes confreres furent du même avis, & qu'il n'y eut que deux voix contraires; que cependant il fut unanimement décidé que les obligations faites relativement à la pratique ne devoient pas être cenſées faire partie de la pratique ſtipulée propre, & qu'elles ſortoient nature de conquêt, & qu'il en ſeroit de même, ſi un procureur achetoit une autre pratique, & l'uniſſoit à la ſienne, pour la rendre plus conſidérable.

SECTION IV.

De l'office acquis pendant la communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

De la nature de cet office & ſi le mari s'en peut faire un propre.

XVI. Tel office eſt vrai conquêt de communauté; tout bien acquis pendant le mariage & des deniers de la collaboration, ne peut être autre dès qu'il y a communauté de biens entre les conjoints, ſauf la retenue d'icelui en faveur du mari; ce qu'on verra ci-après: retenue qui n'empêche pas le principal effet que produit la qualité de conquêt: qualité qui opere ſon effet ſur le prix, ſi elle ne l'opere pas ſur la choſe même; ce qui conſerve l'intérêt public & le particulier.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 172; Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 7, num. 57, pag. 130, & c'eſt ce qui s'obſerve au châtelet

inviolablement. Cela a lieu, même pour une commission que le mari auroit exercée lors du mariage, & qui depuis auroit été érigée en office: il a droit de retenue.

XVII. Le mari, lors de la diſſolution de la communauté, peut le retenir en payant moitié du prix d'icelui, ce qui fera la matiere de la diſtinction quatrieme de cette quatrieme ſection; ce droit méritant un examen particulier: mais il eſt à propos de l'annoncer ici comme une juſte modification à la qualité de conquêt.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. O, num. 5; Brodeau, ſur Loüet; le Brun, de la communauté, pag. 62, num. 21.

XVIII. De ce que tel office eſt conquêt de communauté, il s'enſuit qu'il eſt aux riſques de la communauté, qu'il augmente ou diminue pour elle; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, la perte qui arrive à une choſe tombant ſur le propriétaire.

Voyez l'Auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 5 & ſuivans: Loyſeau, des offices, pag. 202, le regarde comme propre au mari, à la charge d'indemniſer la femme, en quoi il n'eſt pas ſuivi: mais il ajoute au num. 46, que la perte d'un tel office tombe ſur la communauté: ce qui détruit ſon opinion, & en démontre le foible.

XIX. Il n'en eſt pas de même d'un office de la maiſon du roi, comme on le verra ci-après; il reſte au mari, ſans pour ce payer aucune indemnité à la communauté; c'eſt exception qu'on examinera dans ſon ordre, elle ſemble avoir ſes inconvéniens; mais c'eſt un juſte effet de la nature d'un tel office, dont l'émolument purement viager eſt proportionné à un ſervice perſonnel.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, diſtinct. 4, num. 22: voyez l'Arrêt rapporté dans la note déſignée par un double J, ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 172: le Maitre, pag. 244 & 245. C'eſt auſſi le ſentiment de Renuſſon, dans ſon traité des propres.

XX. Le mari dans la théſe générale, ne peut ſe faire un propre d'un office acquis pendant la communauté, & l'office qu'il acquéreroit même des deniers de ſon propre, & incontinent après la vente d'icelui, ne lui ſeroit pas propre; mais conquêt, s'il n'y avoit eu de la part une acceptation formelle de remploi, & remploi conſommé par icelle; c'eſt l'acceptation du remploi, qui peut ſeul faire la ſubrogation; Dupleſſis, pag. 172; mais cela ne s'entend que dans le cas qu'il n'y auroit ni déclaration, ni acceptation de ſa part, comme on le verra ci-après; voyez la propoſition qui ſuit, qui éclaircit celle-ci. Mais ſi le mari dans la quittance du prix de l'office, avoit déclaré que les deniers provenoient du prix de ſon propre, & qu'il le prenoit pour remploi, en ce cas, l'office lui ſeroit propre; ce ſeroit conſommation de remploi, & par conſéquent, vraie ſubrogation d'un nouveau propre au lieu d'un autre: qualité qui n'eſt relative qu'à la communauté.

De Lapeyrere, let. C, ſur le mot (*Communauté*) num. 29, pag. 46; Dupleſſis, pag. 172; Loyſeau, des Offices, liv. 3, ch. 9, num. 63, pag. 205. Il lui eſt propre en ce cas, par l'emploi accepté & conſommé, qui effectue la ſubrogation, relativement à la communauté, & ſans avoir trait à la ſucceſſion.

Voyez le titre de la communauté, chapitre du remploi, & c'eſt ce que Loiſeau dit au nombre cité ſur la propoſition précédente, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXI. Dans ce dernier cas, l'office eſt aux riſques du mari & non de la communauté; ce qui eſt inconteſtable, puiſqu'en ce cas, il eſt ſa choſe; en ce cas, c'eſt donc pour lui qu'il périt, & non pour la communauté, qui n'eſt pas garante de la perte naturelle des propres.

Tel eſt l'uſage, conforme au ſentiment de Loyſeau: la condition du mari ne doit être ni pire, ni différente de celle de la femme, qui par l'acceptation formelle de ſa part d'un remploi, ſe forme un propre, & à ſes riſques.

☞ On a jugé diverſement la queſtion, de ſavoir ſi l'eſtimation de l'office retenu par le mari devoit ſe faire eu égard au tems du décès de la femme, ou du partage de la communauté. Arrêt rendu en la quatrieme chambre des enquêtes au mois de février 1615, qui la fixe au tems de la diſſolution de la communauté, pour un office de contrôleur des deniers. Arrêt contraire en la grand-chambre, le 28 juillet 1705, pour une charge de mouleur de bois. Voyez le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 84.

DISTINCTION II.

De la taxe payée à cauſe de l'office conquêt de communauté de la ſuppreſſion d'icelui, & ſi la perte de l'office arrivée par la mort du mari fait ouverture à indemnité.

XXII. La taxe en ce cas, de quelque nature qu'elle ſoit, eſt à la charge de la communauté; c'eſt la ſuite de la propriété qu'elle a de l'office même; ainſi, lorſqu'à ſon occaſion, il faut faire une certaine dépenſe; cette dépenſe eſt donc à la charge de la communauté.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, chap. 9, num. 46, pag. 203, où il établit que tel office eſt entiérement aux riſques de la communauté, ce qui fonde la propoſition, & cela réſulte de la note déſignée par un double K, au commentaire de Dupleſſis, pag. 172.

XXIII. Si l'office conquêt de communauté eſt ſupprimé, la perte que produit la ſuppreſſion, tombe ſur la communauté; c'eſt la choſe, & ſuite de ce que deſſus; en effet, en ce cas, qui pourroit être garant envers elle de la perte de ſon propre bien.

Loyſeau, au nombre cité ſur la premiere propoſition, & ce qui eſt inconteſtablement obſervé.

XXIV. Dans le cas que l'office conquêt de

de communauté périt par la mort du mari, la veuve pour ce, n'a aucune indemnité à prétendre; lui ſeul pouvoit le poſſéder pour la communauté : cela eſt donc juſte & conſéquent aux principes ci-deſſus.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 58, pag. 204.

Telle perte tombe ſur la communauté, parce que le mari pouvoit ſeul s'y faire recevoir, & qu'il faut préſumer qu'il n'a acquis un tel office périſſable par mort, que pour l'avantage de la communauté; c'eſt donc en ce cas, pour la communauté qu'il périt, & non pour le mari ſeul.

DISTINCTION III.

Si le mari peut faire le remploi des deniers du propre de ſa femme, en acquiſition d'un office & d'un office donné au mari.

XXV. Le remploi du propre de la femme, ne peut être fait en acquiſition d'office; ſon incapacité à l'exercer rend à ſon égard un tel remploi impraticable, & étant fait, il ſeroit ſimple conquêt de communauté, & non un propre de la femme, qui conſerveroit toujours, nonobſtant un tel acte, ſon action de remploi en ſon entier; & cela auroit lieu, encore que par le contrat de l'acquiſition de l'office, il y eût déclaration, & que la femme eût accepté un tel remploi; parce que la femme, encore une fois, eſt incapable de poſſéder l'office : incapacité qui écarte abſolument un tel emploi.

Cela ne peut lui procurer qu'une hypothéque privilégiée ſur l'office, comme on le verra par la propoſition qui ſuit; c'eſt tout l'effet d'un tel remploi.

XXVI. De-là il s'enſuit que nonobſtant telle déclaration & acceptation qui ne produiſent qu'une hypothéque privilégiée en faveur de la femme, tel office reſte toujours aux riſques de la communauté.

C'eſt une juriſprudence conſtante; mais il n'eſt pas aux riſques du mari ſeul, mais bien l'action de remploi qui ſubſiſte contre lui, ainſi que ſur la maſſe de la communauté.

XXVII. L'office donné au mari lui eſt propre, lui ſeul ayant la capacité de l'exercer; & cette qualité a lieu légalement par la nature de l'objet donné & par ſon indiviſibilité.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 67 & 69, pag. 205; Lapeyrere, let. C, ſur le mot (*Communauté*) num. 30, pag. 46 de l'édition de 1725; & tel eſt l'uſage, fondé ſur la nature d'un tel office.

XXVIII. Cela a lieu, encore que la donation ni le contrat de mariage ne contienne pas, que ce qui ſera donné aux conjoints leur ſera propre, & que le don fût fait par un étranger; c'eſt la nature de l'objet donné qui produit cet effet; en effet, la qualité de propre eſt une condition tacite d'un tel don, parce que le mari ſeul & non la femme, eſt capable de le poſſéder; il doit donc être propre au premier.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 41 & ſuivans, pag. 538 & 539.

XXIX. De-là il s'enſuit que ſi tel office étoit vendu pendant la communauté, il en ſeroit dû remploi au mari; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus, parce qu'autrement la vente formeroit un avantage indirect; & de ce que l'office donné au mari lui eſt propre, il s'enſuit que celui qui lui auroit été donné par le roi l'eſt à plus forte raiſon, parce que le roi ne l'en a honoré que pour qu'il l'exerce, & qu'il le ſerve en cette qualité; cela, à plus forte raiſon, réſulte encore de ce que deſſus.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 87; Bouchel, ch. 60.

☞ Dans l'eſpece de l'arrêt rapporté par Bouchel, & qui confirme la propoſition, il s'agiſſoit de l'office de prévôt des maréchaux de Melun, dont un mari avoit été pourvu, à titre de don, par le roi, pendant ſa communauté. Après le décès de ſa femme, les héritiers demanderent que l'office fût vendu, pour la moitié des deniers leur être délivrée : mais le mari diſoit que l'office n'étoit point vénal, & par un premier arrêt, les héritiers furent déboutés de leur demande. Depuis cet arrêt le mari vendit l'office, & les héritiers ſe préſenterent de nouveau pour demander la moitié du prix, mais ils furent encore déboutés.

DISTINCTION IV.

Du droit du mari de retenir l'office conquêt de communauté.

XXX. Le mari peut retenir l'office conquêt de communauté, & il lui eſt loiſible de le laiſſer en maſſe; c'eſt un droit particulier qu'il a ſur l'office qui eſt conquêt, & que l'ordre & l'avantage public fondent.

Voyez Bouguier, let. O, num. 5. Dumoulin a été d'avis contraire, mais ſon ſentiment n'a pas été ſuivi; note ſur Dupleſſis, pag. 173; le Brun, de la communauté, pag. 62, num. 21; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 52 : arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon, des offices, art. 4, ch. 5; Brodeau ſur Loüet, liv. 1, ch. 5; de Renuſſon, des propres, liv. 5, ſect. 4; & la propoſition qui ſuit.

XXXI. Cela eſt fondé ſur l'intérêt public, qui veut que les offices ſoient exercés par gens expérimentés; juſte motif du droit ſur ce du mari, ainſi ce droit eſt favorable, puiſque par la recompenſe à laquelle il donne lieu, les intérêts des héritiers de la femme ſont conſervés.

Par la ſeule continuité de la poſſeſſion, & ſans déclaration de ſa part : le mari eſt cenſé avoir retenu l'office pour lui, comme on le verra par la propoſition qui ſuit; arrêt du 18 juillet 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 61, pag. 567; voyez Loyſeau, des offices, pag. 204.

XXXII. Faute de faire sa déclaration dans le tems, l'office court aux risques du mari survivant, son silence étant justement présumé être la consommation de son droit de retenue; ce qui est fondé sur ce qu'il n'a pas fallu laisser le droit de la communauté dans une perpétuelle incertitude, & cette déclaration doit être faite dans les trois mois, à partir de la confection de l'inventaire.

Voyez Loyseau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 56; Lapeyrere, let. C, sur le mot (*Communauté*) num. 28, pag. 46: voyez aussi ci-après la quatrieme partie du titre de la communauté, & l'auteur du traité des propres, ch. 5, sect. 4, num. 37, pag. 534; le Maître, en son commentaire, p. 244; & l'arrêt cité sur la proposition précédente.

XXXIII. Le mari a ce droit d'option sur les offices domaniaux, quoique ces offices soient regardés comme de véritables immeubles; les mêmes principes les réglent, il doit donc sur eux avoir le même droit, d'autant plus que le public est intéressé à ce que tous les offices, indistinctement soient exercés par des personnes expérimentées.

La note sur Dupleſſis, pag. 173, où sont rapportés tous les arrêts qui ont donné ce droit au mari, ne fait point de distinction: mais de Renusson, traité des propres, pag. 537, excepte de ce privilége l'office domanial: le bien public & la faveur du mari doivent faire rejetter cette exception: en effet, si l'on excepte leur possession, leur exercice qu'on peut confier à un tiers, & le douaire coutumier auquel ils sont sujets dans tout le surplus, il me paroit qu'on considere à présent ces offices comme les autres: cette exception que cet auteur veut introduire, ne paroit donc pas fondée.

XXXIV. Lorsque le mari est prédécédé, ses héritiers n'ont pas droit de retenir l'office de telle nature qu'il soit, qui dans ce cas, doit être vendu au profit de la communauté: c'étoit un droit personnel au mari, & par conséquent non transmissible.

De Renusson, en son traité des propres, ch. 5, sect. 4, num. 38, pag. 534; & c'est ce qui le pratique.

DISTINCTION V.

De la recompense que le mari doit pour la retenue de l'office, & de la nature de l'action pour ce competente aux héritiers de la femme.

XXXV. Le mari retenant pour lui l'office conquêt de communauté, ne doit aux héritiers de la femme que l'indemnité de la moitié du prix capital tiré de la communauté pour l'acquisition de l'office, & non de sa valeur lors de la dissolution: c'est une juste faveur que l'ordre public fonde.

C'est ce que dit Dupleſſis, pag. 172: non, dit-il, de ce que l'office vaut pour lors, il entend parler du tems de la dissolution de la communauté, mais de ce qu'il a originairement coûté; voyez Loyseau, des offices, pag. 204: & tel est sur ce l'usage, parce que c'est en cela même que consiste ce privilége.

XXXVI. De-là il s'ensuit qu'il ne doit pas les indemniser de la moitié des frais de provision & de réception, quoique les deniers pour ce nécessaires ayent été tirés de la communauté; c'est ce qui résulte du principe posé: ces frais ayant été des charges de la communauté.

Cela se pratique ainsi au châtelet dans les comptes de communauté, & c'est ce qui résulte de ce que disent Loyseau, des offices, liv. 3, ch. 9, num. 52, pag. 204, & l'auteur du traité des propres, au num. cité sur la proposition qui suit.

XXXVII. La raison sur le fondement de laquelle on réduit ainsi cette indemnité, est que l'office quoique conquêt, a été nécessairement mis sur la tête du mari, la femme étant incapable de l'exercer, & que ce sont simples loyaux-coûts de l'acquisition commune, & qui étoient inévitables à la communauté, puisque sans cela elle n'auroit pu profiter du produit de l'office.

De Renusson, traité des propres, ch. 5, sect. 4, num. 39, pag. 535. En effet, ces frais ont été charges des fruits que la communauté a fait siens.

XXXVIII. Cette action d'indemnité, ou plutot de recompense, ou demi denier pour la valeur de l'office conquêt, & retenu par le mari, est purement mobiliaire dans la personne des héritiers de la femme, auxquels elle appartient; cela auroit lieu encore que ces héritiers fussent mineurs, parce que cette action a été telle, dès l'instant même qu'ils en ont été saisis.

Ce n'est qu'une action de recompense; c'est le sentiment de Dupleſſis, pag. 178: & c'est ce qu'on a déja vu ci-dessus, par la raison que le mineur en ce cas, est censé n'avoir jamais rien eu dans l'office. Voyez Renusson, au ch. cité: cela se régle comme la soulte qui a effet rétroactif. Voyez la onzieme partie du journal du palais.

XXXIX. En effet, au moyen de la déclaration du mari, la femme est censée n'avoir jamais eu sa moitié dans l'effet, mais seulement sa moitié dans la valeur d'icelui, la déclaration ayant un effet rétroactif à l'instant de la dissolution; ce qui fonde la qualité de mobiliaire, & même par rapport à un mineur dans la personne duquel les biens à la vérité ne peuvent changer de nature; mais on n'y transforme pas un simple mobilier en immobilier.

On l'a toujours pensé ainsi au châtelet; & dans le cas que le pere est héritier mobiliaire d'un de ses enfans, on juge au châtelet qu'il succéde à la portion dont cet enfant décédé étoit saisi, dans l'action de mi-denier du prix de l'office conquêt de communauté, & par lui retenu, conformément au sentiment de Loyseau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 42, pag. 211: droit qui est la suite de cette même qualité; ainsi en ce cas l'art. 94 de la coutume n'a pas d'application, & ce seroit abuser de sa disposition que de vouloir l'y appliquer.

CHAPITRE SECOND.

DES OFFICES CONSIDÉRÉS PAR RAPPORT AU DOUAIRE.

SECTION PREMIERE.

QU'ILS SONT TOUS SUJETS AU DOUAIRE PRÉFIX.

I. TOUS les offices héréditaires, de quelque nature qu'ils ſoient, ſont indiſtinctement ſujets à l'hypothéque du douaire préfix, ainſi que les autres immeubles du mari: nulle raiſon ne les en exempte, relativement à lui, à ſes héritiers & à ſes autres créanciers; il n'en eſt pas de même des acquéreurs, & par rapport aux premiers: cela eſt fondé ſur ce que les offices (ceux qui ſe perdent par la mort exceptés) ſont comme les autres, biens le gage des créanciers hypothécaires du titulaire, & par conſéquent, du douaire qu'il a conſtitué qui produit hypothéque.

Voyez l'édit de 1683 qui fonde en général cette hypothéque, qui influe par conſéquent ſur le douaire préfix, puiſqu'il n'eſt pas excepté, & l'exception auroit été injuſte & bizarre, en l'étendant au-delà d'un acquéreur.

II. Cependant malgré cette hypothéque, la femme, pour raiſon de ſon douaire préfix, & même devenu ouvert, n'a pas droit de ſuite par hypothéque contre l'acquéreur de l'office vendu par ſon mari, à moins qu'elle ne ſoit oppoſante au ſceau qui purge toute hypothéque, & même le douaire non ouvert; en effet, le droit de ſuite en ce cas, auroit été contraire à l'ordre & au bien public: il a donc été de cet ordre d'établir cette juriſprudence, par rapport aux acquéreurs des offices; & lorſque tel douaire n'eſt point ouvert, la femme n'a pas droit de former une telle oppoſition: on ne fait ici que poſer les principes, on les développera ſur le titre du douaire; ce qui influe ſur les places de barbier qu'on a élevées à la qualité de charge.

Voyez le titre du douaire, où l'on rapporte arrêt qui l'a ainſi jugé: il eſt rapporté par Dericourt, en ſon traité de la vente des immeubles, & dans le ſixieme vol. du jour. des aud. Voyez Dupleſſis, pag. 174, & la ſect. 1 du ch. 5 ci-après, & tel eſt l'uſage du châtelet. Sur la derniere partie de la propoſition, quelques-uns ont prétendu, que comme il n'y a point de proviſion du grand ſceau pour ces ſortes de charges, la veuve du vendeur d'une telle charge ou place, pouvoit, pour raiſon de ſon douaire, pourſuivre un tel acquéreur en déclaration d'hypothéque: cette opinion me paroît mauvaiſe. La réception uſitée tient lieu de proviſions, d'autant plus qu'il y a regiſtre pour recevoir les oppoſitions autrement: ce ſeroit expoſer un grand nombre de familles à une éviction à laquelle il ne leur auroit pas été poſſible de parer.

SECTION II.

Qu'ils ne ſont pas indiſtinctement ſujets au douaire coutumier.

III. Les offices domaniaux ſont ſujets au douaire coutumier, ces offices étant regardés à tous égards comme de véritables immeubles; il n'en eſt pas de même des autres offices, qui ne ſont que par accident & en certain cas, ſujets au douaire coutumier.

Arrêt du 19 juillet 1618, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 38: voyez Dupleſſis, pag. 174; Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 9, num. 81, pag. 207; de Renuſſon, traité des propres, pag. 545, num. 55.

IV. Par la même raiſon, l'office domanial qui pendant le mariage eſt échu au mari en ligne directe, ou qui lui eſt réſigné gratuitement par un aſcendant pendant ce même tems, eſt ſujet à ce douaire; c'eſt ſuite de ce que deſſus: tel office eſt véritable immeuble & propre dans ſa perſonne.

Voyez ci-après le titre du douaire, & les auteurs cités ſur la propoſition précédente; & cela réſulte de l'art. 248 de la coutume.

V. Quoique ces offices ſoient ſujets à ce douaire, la femme n'a pas droit de ſuite contre l'acquéreur de tel office, lorſque le mari en a diſpoſé, & que l'acquéreur a été pourvu ſans oppoſition au ſceau de ſa part; encore une fois, ce droit de ſuite par rapport à ces offices, comme par rapport aux autres, ſeroit contraire au bien public: il a donc fallu l'écarter, le rejetter.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 174, déja citée; mais cette vente n'anéantit pas ſur ce le droit de la femme: c'eſt ce qui forme la propoſition qui ſuit.

VI. En cas de vente de tel office, le droit de la femme, comme dans le cas du rembourſement d'une rente conſtituée & ſujette au douaire coutumier, ſe réduit à prendre ſur tous les biens de la ſucceſſion de ſon mari, l'intérêt ſur le pied du denier vingt de moitié du prix de l'office domanial ſujet au douaire coutumier, & vendu pendant le mariage; & ce, parce que les droits acquis au moment de la célébration du mariage, ne peuvent recevoir atteinte pendant le cours d'icelui.

Le douaire coutumier ſe prend indiſtinctement ſur les offices domaniaux, la reſtriction qui n'a lieu ſur les offices qu'au défaut d'autres biens, ne milite que par rapport aux offices de judicature & aux offices vénaux & héréditaires, c'eſt à ceux-là que Dupleſſis, pag. 174, attache la reſtriction qui fait la matiere des propoſitions ſuivantes : ainſi la vente de l'office domanial doit ouvrir à la veuve l'action ou le droit d'indemnité mentionnés dans la propoſition. Mais ſans droit contre l'acquéreur, qui a acquis de ſon mari & avant l'ouverture de ſon douaire, tems auquel elle ne peut veiller ; mais elle le peut après l'ouverture, & l'ayant fait, ſon droit milite contre l'acquéreur.

VII. Il n'en eſt pas de même des autres offices ; en effet, les offices non domaniaux ; quoique créés vénaux & héréditaires, ne ſont pas dans la théſe générale ſujets au douaire coutumier ; il peuvent cependant l'être : ce qu'on va expliquer, & c'eſt plus commiſération que vrai droit.

Dupleſſis, & la note déſignée par une double L, pag. 174 ; Loyſeau, des offices, ch. 9, num. 70 & ſuivans, pag. 206 & 207.

VIII. En effet, ces ſortes d'offices ſont incommunicables à la femme, & le douaire coutumier eſt un titre lucratif qui doit plutôt être reſtraint qu'augmenté ; ce qui dans la théſe générale affranchit ces offices du douaire coutumier.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 56, pag. 545 : ce qui ſe pratique ainſi au châtelet, ſauf la limitation qui ſuit.

IX. Cependant s'il n'y avoit aucuns biens ſujets au douaire coutumier, ou que le peu qui y fut ſujet ne fût d'aucune conſidération, en ce cas par équité & contre la rigueur de droit, on accorde à la veuve & aux enfans douaire coutumier ſur l'office vénal & héréditaire, & ce n'eſt qu'en ce cas qu'ils y ſont ſujets : c'eſt donc faveur plus que vrai droit.

Voyez l'arrêt du 19 janvier 1669, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 5 *bis* ; la note ſur Dupleſſis, pag. 174 & 175, rapporte les autres arrêts, & réfute le ſentiment de Ricard, qui avoit penſé le contraire, en accordant indiſtinctement le douaire coutumier ſur ces offices : voyez Loyſeau, des offices, pag. 207, num. 81. On ne ſuit pas au châtelet l'avis de Ricard : la juriſprudence y eſt conforme aux autorités précédentes, & cette faveur pour la femme, eſt fondée ſur la régle nº. *indotata remanent.* Quant aux enfans, ils ne ſont pas moins favorables : c'eſt pour eux une derniere table de naufrage.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 24 juillet 1618, rapporté par Brodeau ſur Louet, let. D, ſom. 3 ; & de Ferriere, ſur la coutume de paris, art. 248, gloſ. 1, num. 28 & ſuivans.

Le douaire coutumier ſe prend auſſi ſur le prix de l'office que le mari avoit lors du mariage, & qu'il a vendu depuis, ou ſur les héritages qu'il en a acquis. Arrêt du 3 mars 1619 : Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 38.

CHAPITRE TROISIEME.

DES OFFICES CONSIDÉRÉS PAR RAPPORT A LA COLLATION OU RAPPORT EN SUCCESSION, ET A LA QUALITÉ DE PROPRE.

SECTION PREMIERE.

SI L'ENFANT DONATAIRE D'UN OFFICE EST TENU RAPPORTER L'OFFICE, ET S'IL PEUT LE RAPPORTER EN NATURE.

I. L'ENFANT qui a reçu un office de ſes pere & mere, ou autre aſcendant, eſt obligé de faire rapport de ſa valeur ; ainſi & de la maniere qu'on va expliquer ; & il eſt étonnant que ce rapport ait fait autrefois la matiere d'un doute ; mais à préſent ce principe général eſt conſtant, on en expliquera les ſuites.

Dupleſſis, pag. 175 ; de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 59, pag. 547 : ce qui eſt inviolablement obſervé au châtelet, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

II. Ce rapport eſt fondé ſur ce que les offices forment une partie conſidérable des biens des familles, & qu'il y auroit eu inégalité, injuſtice même à les affranchir du rapport de la valeur d'un tel effet que la coutume n'a point affranchi de la loi de la collation.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 46, pag. 212 ; & ci-après, dans le tit. des ſucceſſions, le chap. des rapports.

III. Mais il ne peut pas rapporter l'office en nature, le rapport qu'il doit eſt de la valeur d'icelui, comme on l'a vu par la premiere propoſition.

Dupleſſis, pag. 176 : & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui eſt de droit commun.

IV. La variété du prix des offices, variété qui fait que l'office doit courir aux riſques de celui qui en a voulu être titulaire, exclut le rapport en nature, & fonde celui du prix, & cela ſe pratique ainſi ; c'eſt encore une fois un droit commun.

Voyez l'auteur du traité des propres, chap. 5, ſect. 5 : Loyſeau, à la pag. 212, num. 47, déja cité : la ſection ſuivante explique le montant du rapport de ce prix : ce montant méritant un examen particulier.

SECTION II.

Quelle valeur le deſcendant rapporte pour l'office à lui donné par un aſcendant.

DISTINCTION PREMIERE.

De cette valeur lorſque l'aſcendant la acheté pour ſon fils ou autre deſcendant.

V. Dans ce cas il rapporte à la maſſe de la ſucceſſion la ſomme que l'aſcendant donateur a payé pour faire l'acquiſition de tel office ; il ne peut en ce cas y avoir d'autre fixation de ſon rapport, puiſque c'eſt ce que l'aſcendant a donné, & non réellement l'office.

Lapeyrere, let. R, déciſion 20 & 21, pag. 356; Dupleſſis, pag. 177, & tel eſt l'uſage du châtelet.

VI. En effet l'aſcendant a payé cette ſomme à ſa décharge, & c'eſt par conſéquent cette ſomme qui eſt l'objet de ſon rapport ; puiſque c'eſt cette même ſomme que comprend la diſpoſition & non l'office.

Arrêt du 30 août 1696, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 12, ch. 24, pag. 838 : c'eſt ce que dit Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 10, num. 58, pag. 213 ; & c'eſt ſur ces autorités & ſur ces principes, qu'eſt fondé l'uſage qu'on vient d'atteſter.

DISTINCTION II.

De cette valeur rapportable lorſque le pere a donné ſa propre charge à ſon fils.

§. I.

Quel eſt le montant de ce rapport lorſque la donation ne contient aucune eſtimation.

VII. Dans ce cas le fils rapporte à la ſucceſſion la valeur que l'office avoit au jour du don ; c'eſt ce ſeul tems qui eſt à conſidérer & ce qui réſulte du défaut de fixation ; on ne peut en adopter d'autre en ce cas, puiſque c'eſt de ce jour que le fils eſt devenu propriétaire de l'office, & qu'il a couru à ſes riſques.

Lapeyrere, let. R, déciſion 20, pag. 356; Dupleſſis, pag. 177; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 56, pag. 213 : Brodeau ſur Loüet, let. E; chap. 2, num. 4: Renuſſon, des propres, ch. 5, ſect. 4: les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, des offices, art. 17 : & l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 13, par lequel la cour, en confirmant la régle, a voulu éviter la ruine du fils.

VIII. Mais dans ce cas même qu'il n'y a eu aucune eſtimation, le fils ne peut rapporter l'office en nature ; tel rapport quant aux offices n'eſt jamais recevable, il eſt toujours aux riſques du titulaire.

Dupleſſis, pag. 176, tout au commencement : Loyſeau, des offices, pag. 212, num. 47, & tel eſt l'uſage du châtelet.

§. II.

De cette valeur rapportable de l'office qui paſſe du pere au fils, lorſque la donation contient eſtimation ou fixation du prix de l'office donné.

IX. En ce cas le fils donataire ne rapporte que le prix fixé par la donation, encore qu'il fût au-deſſous de la valeur de l'office au tems du don ; ce qui ne s'entend que ſous la limitation ci-après ; c'eſt faveur dont on expliquera le motif

De Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 61, pag. 548. Voyez les autres citations faites ſur l'art. 1 du paragraphe précédent : mais ne ſeroit-il pas juſte de n'admettre cela que par rapport aux offices de judicature ?

X. Cela reçoit une limitation, le pere ne peut l'eſtimer au-deſſous de ce qu'il l'a acheté lui-même ; autrement cette faveur dégénéreroit en contravention formelle à la loi.

Dupleſſis, des droits incorporels, pag. 177. Mais ſi l'office avoit été donné par le Roi au pere, en ce cas, le pere peut, par la donation qu'il en fait à ſon fils, l'eſtimer au-deſſous de ſa valeur, & l'ayant fait, telle eſtimation régle le montant du rapport, ce qui forme la derniere propoſition de ce paragraphe : mais cette faveur ceſſeroit ſi le fils ne s'étoit pas fait recevoir en l'office, car en ce cas la diminution du prix ſeroit vrai avantage indirect, qu'on doit faire ceſſer par un juſte, exact & intégral rapport.

XI. Si par la donation il y a eſtimation au-deſſous de ce que le pere l'a acheté, telle eſtimation dégénérant en un avantage indirect n'eſt plus à conſidérer, & dans ce même cas le fils donataire de l'office eſt obligé de rapporter ou la valeur au tems du don, ou la ſomme pour laquelle le pere l'a acheté, ce qui eſt à ſon choix ; & c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus : ainſi en ce cas toute la faveur qu'on accorde au rapport qu'il doit, ſe réduit à une option.

Voyez Loyſeau, traité des offices, liv. 3, ch. 10, num. 60, pag. 213.

XII. Quoique l'office dans la perſonne du pere donateur ſoit augmenté de valeur au tems du don, il en peut diminuer le rapport & le fixer à ce qu'il l'a acheté lui-même, par une double raiſon : 1°. Parce que les offices n'ont pas une valeur vraiement réelle & intrinſéque : 2°. Parce que la tranſmiſſion des offices de la perſonne des peres dans celle des enfans eſt très-favorable ; tels ſont les motifs de la reſtriction d'un tel rapport.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 177.

XIII. Dans le cas que le pere en a été gratifié par le roi, il peut fixer le rapport à une ſomme au-deſſous de ſa valeur ; c'eſt un écoulement de la munificence qui a donné l'être du droit du pere, qu'il a été favorable d'étendre ſur le fils de celui que ſa majeſté a gratifié.

Dupleſſis, pag. 177, & la note ajoutée à ſon commentaire, pag. 176.

SECTION III.

Si les offices ſont ſuſceptibles de la qualité de propres.

XIV. Non-ſeulement les offices domaniaux mais encore les offices vénaux & héréditaires ſont ſuſceptibles de la qualité de propre ; qualité dont on va examiner les effets ; qualité qui a lieu ſur les offices de judicature & de finance ; c'eſt un avantage dans les familles.

Dupleſſis, pag. 177 : de-là il s'enſuit que le prix de l'office vendu pour le mineur eſt re réſentatif d icelui : Dupleſſis, pag. 178 : ce qui a lieu même pour la part dans ce prix qu'un enfant mineur auroit recueilli comme héritier de ſon frere ; note ſur Dupleſſis, pag. 177 à la fin : Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 10, ſect. 5, num. 1424, pag. 739 : de Renuſſon, des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 67 & 68, pag. 551 : le Maître, titre 3, ch. 2, pag. 129 ; & cela forme une juriſprudence ſûre, fondée ſur la qualité d'immeuble : & l'art. 94 de la coutume. Voyez les arrêts faits chez M. le préſident de Lamoignon, titre des offices, art. 19 ; c'eſt droit commun.

XV. De-là il s'enſuit que lorſqu'un office a paſſé du pere au fils, ſoit par la voie de la donation, ſoit par la ſucceſſion, tel office ſe trouvant dans la ſucceſſion du fils eſt propre paternel, & comme tel appartient aux héritiers paternels ; c'eſt ce qui réſulte du principe qu'on vient de poſer ; ce qui auroit lieu dans le cas même que le fils, prévenu par la mort, n'auroit pu ſe faire recevoir dans l'office, s'il le laiſſe dans ſa ſucceſſion.

Arrêt du 15 décembre 1653, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 28 : Loyſeau en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 10, num. 13, pag. 209, a été d'avis contraire ; il n'eſt pas ſuivi.

XVI. Par le même principe, l'office provenu de l'ayeul eſt propre ancien, c'eſt encore ſuite de ce que deſſus : la qualité de propre milite à tous égards par rapport aux ſucceſſions, on l'a étendu même aux teſtamens.

De Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect 4, num. 71, pag. 553, d'où il s'enſuit qu'il faut y ſuivre la régle *avitina avitinis*.

XVII. Il en eſt de même ſi l'office a été recueilli par un héritier collatéral ; dans la ligne collatérale comme dans l'autre, il eſt propre : de là il s'en ſuit que ſi un mineur a recueilli un office comme héritier, que pendant ſa minorité il ait été vendu, les deniers provenans de la vente de l'office lui ſont propres, les biens des mineurs ne pouvant pendant leur minorité changer de nature.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, à la même pag. 177. Je ne vois pas de différence à faire entre l'une & l'autre ligne : & ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez l'art. 94 de la coutume, & l'explication qu'on en fait ci-après ſur le titre des propres.

XVIII. Cette qualité de propre auroit lieu encore que l'héritier ne ſe fût pas fait recevoir en icelui ; c'eſt toujours bien héréditaire, & le défaut de réception n'efface pas cette qualité, ſi cet héritier meurt avant d'en avoir fait la vente.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 133, num. 88, dit indiſtinctement que par rapport aux offices, on ſuit la régle *paterna paternis*, ce qui fonde la propoſition pour la ligne collatérale.

XIX. Cependant malgré cette qualité de propre, on a penſé ci-devant que l'officier pouvoit par teſtament diſpoſer de la totalité de ſon office propre, mais alors la qualité des offices étoit regardée comme aſſez indéterminée, & par là on les conſidéroit, lorſqu'il s'agiſſoit des intérêts du titulaire conformément à l'art. 95 de la coutume, comme un pur meuble ; juriſprudence qui ne ſubſiſte plus à préſent, l'édit de 1683 l'a fait ceſſer, & a conduit à l'indiſponibilité.

L'arrêt du 26 Mars 1638, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 18 ; autre du 4 mai 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 9, pag. 606, jugent qu'ils ſont diſponibles en totalité ; Dupleſſis, pag. 178, & les notes ſur ſon commentaire, pag. 179, contiennent la même opinion ; il y a des opinions contraires ; elles ſont rapportées ſur la propoſition qui ſuit, & elles ont prévalu.

XX. Mais au moyen de l'édit de 1683, la qualité des offices n'eſt plus indéterminée & ne doit pas ſe régler plus par l'intérêt de ceux qui les poſſédent que celle des autres immeubles ; ainſi il eſt plus analogique de dire que les quatre quints d'un office propre ſont indiſponibles, & tel eſt à préſent la juriſprudence, fondée ſur ce que les offices ſont conſidérés à tous égards comme des immeubles.

Par arrêt du 9 février 1709, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 9, ch. 5, l'office vénal propre a été jugé indiſponible par teſtament pour les quatre quints, & par conſéquent a été conſidéré comme un immeuble réel ; c'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 133, num. 88 : de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 554, num. 72 & 73 : ce qui eſt contraire aux deux arrêts & aux auteurs cités ſur la propoſition précédente : l'opinion qui a été la plus commune anciennement, étoit qu'on pouvoit par teſtament diſpoſer en totalité d'un office propre, mais il paroît qu'à préſent on incline pour l'opinion contraire qui eſt encore une fois & plus conſéquente & plus analogique, & c'eſt comme telle que je m'y tiens ; elle me paroît une ſuite de l'édit, & par conſéquent au-deſſus de critique.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES OFFICES CONIDERE'S PAR RAPPORT AUX DONATIONS ENTRE-VIFS.

SECTION PREMIERE.

DES FORMALITÉS DE LA DONATION D'UN OFFICE.

I. LA donation d'un office eſt ſujette à l'acceptation comme les autres donations, l'acceptation étant de l'eſſence de la donation ; il y a cependant cela de particulier à une telle donation, que quand elle eſt conſommée, le défaut d'acceptation n'y eſt d'aucune conſidération. En effet, le défaut d'acceptation n'eſt plus d'aucune conſidération, lorſque le donataire a obtenu des proviſions; en ce cas c'eſt une donation entiérement conſommée, & le nouveau titulaire tient alors tout ſon droit de ſes proviſions, qui ſont pour ce ſuffiſantes, toute abſtraction faite de ſon premier titre qui n'eſt plus à conſidérer ; mais tant qu'il n'y a pas de proviſions, le défaut d'acceptation vicieroit une telle donation.

Cela eſt établi ci-deſſus, où on l'a vu, que c'eſt de la main du roi que ſortent les offices & que tous poſſeſſeurs d'iceux les tiennent : quant à l'effet du défaut d'acceptation quand il n'eſt pas effacé par l'obtention des proviſions, voyez ci-après le titre des donations.

☞ Mais ſi la donation de l'office eſt portée par un contrat de mariage, il ne faut point d'acceptation quand les parties ſont préſentes. Arrêt du 14 juillet 1588, voyez Bouchel, *verbo* donation, & les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon.

II. Une telle donation eſt ſujette comme les autres donations à l'inſinuation à peine de nullité; cependant étant conſommée, ſon défaut ne paroît pas pouvoir faire plus d'impreſſion que celui de l'acceptation; ainſi on peut appliquer ici ce qu'on vient de dire ſur l'acceptation.

Note ſur Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 181; les propoſitions ſuivantes expliquent où l'inſinuation en doit être faite, mais il faut inſinuation lorſqu'il y a réſerve d'uſufruit.

III. Lorſque la donation eſt d'un office domanial, l'inſinuation d'icelle doit être faite au lieu de ſon exercice; tel office ayant vraiment une telle aſſiette.

Voyez ci-deſſus le chapitre où on examine quelle coutume régit les offices, & l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 77, pag. 557, où il confirme la propoſition.

IV. Si l'office eſt non domanial, il ſuffit que l'inſinuation ſoit faite au domicile du donateur, parce qu'une telle charge n'a aucune aſſiette par elle-même, & qu'elle eſt cenſée attachée lors de la donation à la perſonne du donateur; ainſi en ce cas l'inſinuation au domicile eſt ſuffiſante; mais dans ce cas, comme dans le précédent, l'obtention des proviſions efface le défaut d'inſinuation.

Sur cette propoſition voyez de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 557, num. 77 & 78.

SECTION II.

Si la donation d'un office eſt ſujette à la légitime des enfans du donateur.

V. Telle donation eſt ſujette à la légitime des enfans du donateur qui ſe prend ſur tout; nul bien n'en eſt exempt, la réception du donataire ne l'en affranchiroit pas, puiſque c'eſt la libéralité qui la fonde, & qu'un ſimple mobilier y eſt ſujet quoiqu'affranchi de toutes ſuites par hypothéque.

Voyez dans les ſucceſſions le chapitre de la légitime; cette action militant contre le donataire d'un pur mobilier.

VI. Suivons ce droit : en effet, le mobilier donné y eſt bien ſujet, quoiqu'il ne ſoit ſujet à aucune ſuite par hypothéque; la légitime eſt une portion dans un tout, abſtraction faite de ſa nature; à plus forte raiſon les offices y ſont-ils ſujets. La légitime influant par l'eſprit de la coutume & ſur tous les biens ſans aucune exception; ainſi les principes comme une juſte faveur, ſoutiennent cette action.

Mais quoique propre dans la perſonne du titulaire, eſt-il ſujet aux réſerves coutumieres, c'eſt-à-dire, diſponible pour le tout par donation? je ne vois aucune difficulté de dire qu'il eſt diſponible pour le tout par donation entre-vifs; voyez l'arrêt du 4 mars 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 606, & la derniere ſection du chapitre précédent, où l'on a examiné ſi l'office propre étoit par teſtament diſponible pour le tout; mais la donation entre-vifs eſt bien différente du teſtament, & les réſerves coutumieres n'ont pas lieu dans ce dernier acte, quoiqu'elles ayent lieu dans les teſtamens; il n'y auroit donc pas de raiſon, par rapport aux donations entre-vifs d'imprimer une indiſponibilité ſur les offices propres, qui relativement à cet acte n'a pas lieu ſur les autres propres.

CHAPITRE CINQUIEME.

COMMENT ON PEUT CONSERVER L'HYPOTHEQUE SUR LES OFFICES, ET S'ACQUÉRIR UN DROIT DE SUITE SUR ICEUX, NONOBSTANT LE SCEAU DES PROVISIONS.

SECTION PREMIERE.

DE L'EFFET DU SCEAU DES PROVISIONS.

I. LE ſceau des proviſions obtenues par l'acquéreur d'un office, purge les hypothéques qui étoient acquiſes ſur icelui, & le met dans ſa main, affranchi de toute hypothéque : l'avantage & le bien public ont conduit à cet affranchiſſement ainſi que les principes, puiſque c'eſt le roi qui eſt collateur.

Voyez ſur ce l'édit du mois de mars 1683, l'art. 95 de la coutume, & de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 98, pag. 569. Il purge même l'hypothéque du douaire non ouvert; arrêt du 11 juillet 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 34, pag. 253; c'eſt le ſentiment de le Maître, tit. 11, pag. 325. En quoi il a plus d'effet que les lettres de ratification par rapport aux rentes ſur les aides & gabelles. Voyez Dericourt par rapport au douaire, & c'eſt droit commun.

☞ Le principe que le ſceau des proviſions des offices purge même le douaire non-ouvert, eſt encore conſacré par un arrêt rendu ſur délibéré, au rapport de M. Bochard de Saron, le 11 février 1747; cet arrêt eſt imprimé.

II. Cela eſt fondé ſur ce que le nouveau pourvu tire bien plus ſon droit des proviſions qu'il obtient du roi, que de la démiſſion de ſon vendeur, qui fait rentrer l'office dans la main de ſa majeſté comme dans ſa ſource, franche de toute hypothéque. Affranchiſſement néanmoins qui n'a pas lieu par rapport au roi; c'eſt juſte exception au principe qu'on vient de poſer.

Cependant nonobſtant le défaut de telle oppoſition, non-ſeulement le roi, mais même ſes fermiers, conſervent tous leurs droits ſur l'office acquis par leurs commis, pendant le maniement de leurs deniers; arrêt de la cour des aides du 22 août 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 50, page 301. C'eſt en ce cas le gage naturel de telles créances, & juſte exception à la régle.

III. Mais les créanciers peuvent s'oppoſer, & par le moyen des oppoſitions au ſceau des proviſions, les créanciers du vendeur conſervent leur hypothéque ſur l'office; l'effet de ces oppoſitions eſt une ſuite de la ſage prévoyance de la loi, qui autoriſe ces oppoſitions & ouvre par-là la voie aux créanciers de conſerver leurs droits; ce qui ménage l'intérêt public avec celui des particuliers.

Ainſi l'hypothéque n'a lieu ſur les offices que très-imparfaitement, c'eſt-à-dire, qu'elle n'a lieu que par le moyen d'une oppoſition au ſceau, aux termes de l'édit de 1683, ou quand il eſt ſaiſi, aux termes de l'art. 95 de la coutume, encore faut-il que le ſaiſiſſant réellement l'office ſoit oppoſant au ſceau des proviſions de l'office pour conſerver ſon hypothéque, comme on le verra par la derniere propoſition de la premiere ſection du chapitre 6 ci-après. Sur ce dernier moyen, voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 5; num. 39, pag. 177. Ces oppoſitions étoient pratiquées avant l'édit de 1683; voyez le même auteur, au ch. 6 du même livre, num. 8 & 9, pag. 181 & 182; mais cet édit y a mis la derniere main, comme on le va voir par la ſection qui ſuit; voyez auſſi la déclaration du 17 juin 1703, & celle du 15 mars 1741.

SECTION II.

Des oppoſitions au ſceau & de leurs effets.

DISTINCTION PREMIERE.

De leur effet par rapport à l'acquéreur.

IV. Par le moyen des oppoſitions au ſceau l'acquéreur n'eſt pas obligé d'en payer toutes les cauſes, mais il eſt obligé de repréſenter ſon prix aux oppoſans; c'eſt leur gage, qui au moyen de l'oppoſition, eſt repréſentatif de l'office; leur droit y eſt limité & ne va pas au de-là du prix; il auroit été injuſte de leur donner plus d'effet, puiſque l'acquéreur de l'office ne peut être tenu envers eux qu'à cauſe de la poſſeſſion de leur gage, & ſur lequel ils ont veillé; ſauf à rejetter la fraude s'il y en avoit. De-là il s'enſuit, que s'il a payé une partie de ſon prix comptant à ſon vendeur, & que les cauſes des oppoſans au ſceau excédent ce qui reſte entre ſes mains, il a mal payé cette portion de ſon prix, il doit la repréſenter juſqu'à concurrence des oppoſitions; tel eſt l'effet de ces oppoſitions par rapport à l'acquéreur de l'office; mais ſi la portion du prix dont il eſt reſté débiteur eſt ſuffiſante pour remplir les oppoſans, il ne peut être inquiété au ſujet de ſon payement; il n'intéreſſe plus les oppoſans, & les autres n'ont aucun droit contre lui.

C'eſt-à-dire, juſqu'à concurrence du montant des

des oppoſitions ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, mais ſans aller au-delà du prix.

☞ Par arrêt du 6 ſeptembre 1684, rendu au rapport de M. Cannaye, jugé que Philippe Brochet, acquéreur des offices de greffier des chambre civile & de police du châtelet, rapporteroit au profit des créanciers oppoſans au ſceau non-privilégiés, partie du prix deſdits offices qu'il avoit payé à d'autres créanciers non-oppoſans quoique privilégiés & délégués par le contrat de vente. Voyez Brillon en ſon dictionnaire des arrêts *verbo* oppoſition au ſceau.

V. Dans le cas qu'il a payé & qu'il ne lui reſte pas de quoi remplir les oppoſans, il faut qu'il conſigne toutes les cautes des oppoſitions formées par des créanciers hypothécaires, ou qu'il conſigne tout ſon prix comme s'il en reſtoit totalement débiteur, ſauf à lui à recouvrer à ſes riſques ce qu'il a payé à ſon vendeur, qui eſt obligé par l'engagement réſultant de ſa quittance de lui en faire la reſtitution ; voilà en ce cas l'effet de telles oppoſitions. Mais à l'égard des créanciers chirographaires quoique oppoſans au ſceau, l'acquéreur n'eſt point obligé, lorſqu'il a titre ou contrat de vente authentique, & qu'il eſt lui-même oppoſant au ſceau, de conſigner au-delà de ce dont il eſt débiteur, ſon hypothéque l'en met à couvert. Cette reſtriction eſt fondée ſur ce qu'ayant hypothéque & étant comme eux oppoſant au ſceau, il les prime par ſon hypothéque, ce qui ne ſeroit pas s'il n'avoit pas formé oppoſition au ſceau pour la ſûreté de ſon contrat, en ce cas il faudroit qu'il payât tout ſon prix ou conſignât tout le montant des oppoſitions. Sur la forme des oppoſitions au ſceau & les proviſions produiſant le même effet que le décret, il faut obſerver que chaque oppoſant doit faire une élection de domicile, & que cette élection ne s'efface pas par la mort.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, & cela me paroît réſulter évidemment de l'édit de 1683 ; & ſur la derniere partie de la propoſition, voyez l'art. 360 de la coutume.

DISTINCTION II.

De leur effet à l'égard des créanciers.

VI. Par le moyen des oppoſitions au ſceau, les créanciers conſervent leur hypothéque, non ſur l'office, mais ſur le prix d'icelui ; tel eſt l'effet de ces oppoſitions relativement aux créanciers, par rapport auxquels l'office n'eſt plus à conſidérer, mais le prix ſeulement qui en ce cas eſt à leur égard repréſentatif de l'office, & eſt regardé comme l'office même ; c'eſt-à-dire, ſujet à leurs priviléges & hypothéques.

Cela reſulte de l'édit cité, & c'eſt ce qu'on va développer par les propoſitions ſuivantes. Voyez les déclarations des 17 juin 1703, & 15 mars 1741.

VII. Les oppoſans au ſceau ſont privilégiés à tous ceux qui n'y ſont pas oppoſans ; leur oppoſition, abſtraction faite de leur titre, leur donne ce privilége relatif.

C'eſt la diſpoſition de l'édit cité ; ce qui a lieu encore même que les non-oppoſans au ſceau fuſſent mineurs ; arrêt du 2 mars 1693, raporté par Augeard, tom. 2, pag. 114.

VIII. Un autre effet de l'oppoſition au ſceau, eſt que quoique la dette ne ſoit pas échue, qu'elle ne ſoit pas même exigible, telle qu'une rente conſtituée, elle le devient par la vente de l'office, & l'oppoſition au ſceau des proviſions d'icelui. Cette exigibilité eſt fondée ſur la crainte des faits de charge, & ſur ce que l'oppoſant n'eſt pas obligé de ſuivre la prud'hommie de l'acquéreur de l'office avec qui il n'a pas contracté.

Voyez ci-après le privilége qui réſulte du fait de charge, & le titre des ordres.

IX. Si cependant la vente de l'office étoit du pere au fils, la rente ne ſeroit pas exigible, & le fils eſt recevable à la continuer ; c'eſt une juſte & favorable exception qui doit principalement militer lorſqu'il n'y a aucun fait de charge à craindre ; par exemple, s'il étoit queſtion d'un office de conſeiller au parlement, ou de maître des comptes.

Je l'ai entendu juger ainſi au parc-civil, plaidant, Foreſtier ; juriſprudence que la cour a confirmé par ſon arrêt du 12 août 1707, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 86, pag. 674 ; mais ceſſante l'oppoſition au ſceau, ou la ſaiſie réelle de l'office, quoique ce ſoit un fils qui ſuccéde à ſon pere dans ſon office, le premier n'eſt tenu d'aucune hypothéque, encore que ce fût celle du vendeur ; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 4, num. 56 & 57 : il faut cependant obſerver qu'il y a eu arrêt qui a jugé que quoique ce fût un fils qui ſuccéda à ſon pere, il étoit obligé de rembourſer la rente ; mais cette rigueur ne doit avoir lieu que dans le cas que le débiteur s'eſt ſervi d'un tems critique, pour forcer ſon créancier de convertir ſa rente à un denier fort, parce que cette voie fait ceſſer cette injuſtice ; mais ceſſantes de telles circonſtances & lorſqu'il n'y a nul fait de charge à craindre, il faut ſe tenir à l'ancienne juriſprudence qui eſt plus équitable, plus conforme au bien & à l'ordre public que l'autre.

X. On fait mention de ces oppoſitions ſur les proviſions ; ſi cette mention étoit omiſe, le créancier qui l'auroit formée, conſerveroit toujours le fruit de ſa diligence, dont il n'a pu être privé par le fait d'un tiers

Quel ſera l'action de l'oppoſant, ſi l'acquéreur avoit obtenu des proviſions ſans aucune mention d'oppoſition ? voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 6, num. 16 & ſuivans, pag. 182 & 183.

DISTINCTION III.

Si le vendeur eſt obligé de former oppoſition au ſceau des proviſions de ſon acquéreur pour conſerver ſon privilége ſur l'office.

XI. Nonobſtant le défaut d'oppoſition ſur les proviſions obtenues ſur ſa propre démiſſion, le vendeur conſerve ſon privilége ſur l'office tant que l'acquéreur en reſte en poſſeſſion. En effet, les premieres proviſions ſont cenſées relatives au traité de vente de l'office, & les créanciers de l'acquéreur n'ont pas plus de droit que lui; le défaut d'oppoſition ne peut donc être oppoſé au dernier vendeur.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 3, num. 46, pag. 17, dit que les proviſions du roi ſont de deux ſortes, les unes émanées de ſon mouvement, les autres ne ſont que des lettres de confirmation; ce qui prouve la propoſition, & je l'ai entendu ainſi juger au châtelet.

XII. Mais ſi par la ſuite, le premier acquéreur de l'office vient à le vendre, le premier vendeur relativement au ſecond acquéreur & aux créanciers du premier acquéreur, ne peut conſerver ſon privilége qu'en formant oppoſition au ſceau; voie ſeule ouverte pour conſerver l'hypothéque & le privilége des créanciers ſur les offices. En effet, en ce cas le vendeur de l'office rentre dans le droit commun.

Voyez ci-après le chapitre de la diſtribution du prix des offices, où cela eſt établi.

SECTION III.

Des oppoſitions au titre.

DISTINCTION PREMIERE.

En quoi elles différent des oppoſitions au ſceau.

XIII. Ces ſortes d'oppoſitions différent des précédentes, en ce que les oppoſitions au ſceau ne ſuſpendent pas l'obtention des proviſions, & ne font que réaliſer le prix de l'office & ſubſtituer ce prix en ſon lieu & place; au lieu que celles-ci produiſent plus d'effet, en ce qu'il eſt conſtant qu'elles arrêtent l'obtention des proviſions, & empêchent la tranſmiſſion de l'office d'une perſonne à une autre & tombent ſur l'office même, au lieu que les autres ne frappent que le prix de l'office; ainſi entre les unes & les autres oppoſitions la différence eſt entiere; différence qu'on développe par la diſtinction qui ſuit, & que l'ordre public ainſi que la juſtice de conſerver à chacun ſes droits, fondent.

Cette oppoſition a lieu dans le cas qu'un réſignataire conſident abuſeroit de la confiance de ſon réſignant & voudroit ſe faire recevoir en l'office, auquel cas il y a lieu de le condamner & par corps à rapporter ſes proviſions; Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 3, num. 39, pag. 168. Voyez la déclaration du roi du 29 avril 1738.

DISTINCTION II.

De ceux qui peuvent former des oppoſitions au titre, & où ces oppoſitions s'agitent.

XIV. Les propriétaires de l'office ou ceux prétendans droit à la propriété d'icelui, ſont les ſeuls qui puiſſent former de telles oppoſitions; c'eſt la voie qui leur eſt ouverte pour empêcher que ceux qui prétendroient avoir droit de propriété de l'office, n'en diſpoſent à leur préjudice; & c'eſt par cette voie qu'ils conſervent leur droit de propriété.

Voyez la déclaration du 29 avril 1738, déja cité, & la note ſur la propoſition de la diſtinction précédente.

XV. L'effet de telle oppoſition eſt de ſuſpendre l'obtention des proviſions; tel eſt leur effet proviſoire, & le jugement qui intervient ſur icelles régle leur effet abſolu. En effet, le vendeur d'un office qui n'a accordé aucun terme pour le payement d'icelui, peut former oppoſition au titre & empêcher la réception de l'acquéreur, juſqu'à ce qu'il ait ſatisfait à la condition de la vente. Cela eſt fondé ſur ce que n'ayant accordé aucun terme, la vente eſt cenſée faite ſous la condition d'être payé comptant, & que ceſſant l'accompliſſement de cette condition, la vente n'eſt pas parfaite; telle oppoſition en ce cas, eſt donc très-juſte; & tous ceux qui ont droit de propriété ont la même voie.

Voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 5, num. 50 & 51, pag. 178, & la déclaration déja citée de 1738.

XVI. Le vendeur qui veut exercer le regrès peut former oppoſition au titre, parce que l'exercice de ce droit anéantit la vente; mais le défaut d'une telle oppoſition n'empêcheroit pas l'exercice de ce droit, comme on l'a déja vu ci-deſſus, tant que le nouvel acquéreur n'eſt pas reçu.

Je l'ai vu ainſi pratiquer au châtelet, bien entendu que le regrès eſt exercé avant la réception.

XVII. Le créancier privilégié, le vendeur même d'un office, dès que les premieres proviſions ont été obtenues, n'ont pas droit de former oppoſition au titre, le dernier n'a plus de propriété, il n'a qu'une créance à conſerver; ce qui eſt inconteſtable dans l'autre. Ni l'un ni l'autre ne peut donc former oppoſition au titre, l'office eſt rempli & le roi, qui eſt le collateur l'a conféré.

Voyez les deux premieres ſections du préſent chapitre.

☞ Cependant aux termes de l'article 8 de la déclaration de 1738, les créanciers peuvent pren-

dre la voie de l'oppoſition au titre pour prévenir l'effet des ventes de l'office qui ſeroient faites à vil prix au préjudice de leurs créances ; mais dans ce cas, l'oppoſition eſt (aux termes du même article) à leur riſques, périls & fortunes, & ne peut être formée qu'à l'effet d'avoir communication du contrat de vente de l'office, pour le porter à un plus haut prix que celui qui aura été convenu par le contrat réglé à un dixieme en ſus par l'art. 11 de la même déclaration. La voie de l'oppoſition au titre eſt auſſi ouverte par cette déclaration à ceux qui auront intérêt d'empêcher que l'acquéreur d'un office ne faſſe inférer dans ſes proviſions à leur préjudice, des titres ou qualités, droits & fonctions qui n'appartiennent pas à l'office par lui acquis, ou ne ſe faſſe pourvoir d'un office ſupprimé ou réuni à d'autres offices. De même elle eſt ouverte aux engagiſtes des domaines & aux apanagiſtes, ayant la faculté de nommer aux offices qui en dépendent, à l'effet d'empêcher que les proviſions ne ſoient ſcellées ſans leur nomination.

XVIII. Ces oppoſitions s'agitent à préſent au conſeil, & il faut pour ce, le miniſtere d'un avocat au conſeil.

C'eſt la diſpoſition de l'article 20 de la déclaration du 29 avril 1738.

XIX. Ci-devant elles s'agitoient aux requêtes de l'hôtel, & par appel au parlement ; cela ne ſubſiſte plus.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 2, num. 72 & ſuivans, pag. 14. Voyez la déclaration citée.

☞ L'oppoſition au titre n'a effet que pendant ſix mois, après leſquels il eſt paſſé outre au ſceau des proviſions de l'office nonobſtant cette oppoſition, à moins qu'il n'en eût été formé une nouvelle ; mais ſi l'inſtance en main-levée de cette oppoſition a été introduite avant l'expiration des ſix mois, alors elle a ſon effet juſqu'au jugement définitif de l'inſtance, ſans qu'il ſoit néceſſaire de la renouveller ; art. 21 & 22 de la même déclaration.

CHAPITRE SIXIEME.

DE LA DISTRIBUTION DU PRIX DES OFFICES.

SECTION PREMIERE.

DE CETTE DISTRIBUTION LORSQU'IL Y A DES OPPOSANS AU SCEAU.

I. DANS ce cas, le prix ſe diſtribue par ordre d'hypothéque, l'oppoſition au ſceau ſubſtituant le prix au lieu de l'office ; ce qui ne ſeroit pas s'il n'y avoit aucune oppoſition au ſceau. Anciennement & avant l'édit de 1683, les oppoſitions au ſceau des proviſions n'immobiliſoient pas le prix de l'office qui ſe contribuoit comme un ſimple mobilier ; mais l'oppoſition au ſceau donnoit un privilége à l'oppoſant, enſorte même que dans l'ancienne juriſprudence, on commençoit par remplir les oppoſans au ſceau ou faire la contribution entr'eux ſi le prix n'étoit pas ſuffiſant pour les remplir ; enſorte que les non-oppoſans n'avoient à contribuer entr'eux que le reſtant du prix, ſi reſtant il y avoit après les créanciers oppoſans ſatisfaits : ce qui eſt étendu aux augmentations de gages comme acceſſoire de l'office.

Les augmentations de gages étant conſidérées comme des rentes, ſe diſtribuent, c'eſt-à-dire, le capital d'icelles ou les deniers provenans de leur vente par ordre d'hypothéque ; arrêt du 7 ſeptembre 1659, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 43 : c'eſt acceſſoire d'un office ; c'eſt portion de ſon prix que l'édit de 1683 immobiliſe : quant à l'ancienne juriſprudence, elle étoit fondée ſur ce que l'oppoſition au ſceau acquéroit à l'oppoſant un droit ſur l'officier, le roi n'accordant les proviſions au nouveau pourvu qu'à la charge de l'oppoſition ; Brodeau atteſte cette ancienne juriſprudence ; il y en a trois arrêts, l'un du 23 avril 1619, l'autre du 8 février 1620, & le troiſieme du 18 février 1628 : cependant il y en a un poſtérieur qui eſt contraire, il eſt du 22 janvier 1647. L'édit de 1683 applanit toute la difficulté, & même dans l'ancienne juriſprudence les augmentations de gages étoient regardées comme des rentes.

II. Détaillons la diſtribution ; les créanciers qui ſont oppoſans au ſceau des proviſions, ſont privilégiés à ceux qui ne ſont pas oppoſans ; leur oppoſition leur donne cette préférence, & cela auroit lieu, encore que les premiers ne fuſſent que ſimples créanciers chyrographaires ; d'où il s'enſuit, que lorſqu'il y a des créanciers oppoſans au ſceau, il faut faire deux claſſes de créanciers, la premiere des oppoſans au ſceau, & la ſeconde des non-oppoſans ; mais entre ces derniers, & par rapport aux privilégiés & hypothécaires non-oppoſans, on diſtribue toujours ſuivant l'ordre des priviléges & hypothéques ; les oppoſitions des oppoſans réaliſant le prix, & l'immobiliſant.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, pour conſommer le privilége qu'ils ont contre les autres, attendu que l'oppoſition au ſceau a immobiliſé le prix. Sur la premiere partie de la propoſition, voyez l'édit de 1683 ; ce qui a lieu encore que le privilégié fût mineur ; arrêt du 2 mars 1693, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 144.

III. La voie de l'oppoſition au ſceau, eſt

tellement la voie unique de conſerver l'hypothéque ſur l'office, que le ſaiſiſſant réellement, & ſur la pourſuite duquel l'office auroit été adjugé, eſt primé par les oppoſans au ſceau, lorſqu'il n'eſt pas lui-même oppoſant; enſorte que s'il n'y avoit que de quoi remplir ceux-là, il ſeroit totalement privé du fruit de ſa propre pourſuite: la diſpoſition de l'édit influant indiſtinctement ſur tout créancier.

L'édit déja cité prouve encore cette propoſition; à l'égard des offices domaniaux qui ſont regardés comme partie du domaine engagé, la cour avant l'édit de 1683 avoit jugé qu'ils avoient ſuite par hypothéque, & que le prix s'en diſtribuoit par ordre d'hypothéque; voyez de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 92, pag. 564: la vraie nature de ces offices avoit déja conduit là

SECTION II.

Des priviléges ſur le prix des offices, & de l'ordre des privilégiés.

IV. Il ne peut y avoir que trois ſortes de priviléges ſur les offices, ce qu'on va développer; tel eſt le principe général. Le premier, eſt celui du vendeur; celui-là a un privilége inconteſtable; mais il doit veiller pour le conſerver. C'eſt droit commun à tout vendeur; c'eſt raiſon écrite.

Voyez dans le dernier livre, le chapitre des ordres, où le privilége du vendeur eſt établi; c'eſt le ſiege de la matiere & l'édit de 1683.

V. Le ſecond, eſt le privilége de ceux qui ont prêtés leurs deniers pour l'acquiſition de l'office & lorſqu'ils ſont ſubrogés aux droits du vendeur, mais ceux-là ne paſſent qu'après le vendeur; ſeconde claſſe de priviléges ſur les offices; c'eſt encore droit commun; c'eſt encore raiſon écrite, puiſque ceſſant leur prêt la ſomme qui leur eſt dûe comme repréſentant le vendeur, ſeroit dûe au vendeur même.

Pour cette ſubrogation, il faut déclaration & emploi en conſéquence; Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 8, num. 38, 39 & ſuivans, pag. 194 & 195, num. 57 & ſuivans. Voyez auſſi dans le dernier livre, le chapitre de la ſubrogation, où cela eſt examiné plus au long; il ſuffit ici de poſer la régle, & la crainte des fraudes a conduit à ces juſtes formalités.

VI. Le troiſieme, de celui qui eſt créancier de l'officier, pour fait de charge; c'eſt une troiſieme eſpece de privilége & qui prévaut même ſur les deux autres; l'ordre public le fonde; la raiſon & la juſtice l'ont fait établir.

Arrêt du 28 mai 1638, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 24, par lequel la cour a jugé que les dommages & intérêts, pour faute commiſe par un officier, étoient ſur le prix de l'office, préférables au vendeur même d'icelui; Renuſſon, des propres, pag. 578, num. 117. C'eſt auſſi le ſentiment de Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 8, num. 92, pag. 198; voyez les deux arrêts cités ſur la propoſition qui ſuit: c'eſt droit commun, l'office étant le vrai gage du public par rapport au fait de l'officier.

VII. Celui qui a prêté ſes deniers pour payer une taxe, ceſſant le payement de laquelle, l'office auroit été perdu, a un privilége, & ſouvent plus fort que celui du vendeur même, puiſque c'eſt ce prêt qui lui conſerve ſon gage & aux autres créanciers.

Salvam fecit pignoris cauſam. Sur les priviléges ſur les offices réſultans du fait de charge, voyez les arrêts des 2 & 16 mars 1680, rapportés dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 10 & 11.

VIII. Tous ces priviléges, comme on l'a vu dans la ſection précédente, ne conſervent leur privilége que par l'oppoſition au ſceau; & ſans elle les oppoſans les primeroient. C'eſt ce qui réſulte de la diſpoſition ſalutaire de l'édit, qui eſt générale.

Par l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 61, la cour a jugé que ceux qui avoient prêté leurs deniers pour l'acquiſition d'un office de Greffier, étoient préférables à ceux qui avoient fait des dépôts entre les mains du Greffier: tels dépôts ne ſont vraiment faits de charge; ce même arrêt eſt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 15. Voyez auſſi la ſeconde partie du journal du palais, pag. 25, & l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 121, pag. 589.

IX. Il faut obſerver ce qu'on a déja annoncé, que parmi les privilégiés, s'il y en avoit de non-oppoſans au ſceau, ils ſeroient primés par les oppoſans au ſceau, quoique non-privilégiés; & ſi les oppoſans au ſceau payés, il reſte des deniers du prix de l'office, on colloque d'abord ſur ces deniers les privilégiés non-oppoſans au ſceau, enſuite les hypothécaires, ſuivant l'ordre de leur hypothéque; parce que l'oppoſition au ſceau a réaliſé & immobiliſé le prix de l'office: ainſi entre ces derniers en ce cas nonobſtant leur défaut d'oppoſition au ſceau des proviſions, la diſtribution ſe fait par ordre d'hypothéque.

Tel eſt l'uſage, tel eſt le ſentiment de Dupleſſis; uſage fondé ſur ce qu'il ſuffit qu'il y ait une ſeule oppoſition au ſceau, pour immobiliſer le prix de l'office & le rendre diſtribuable par ordre d'hypothéque. Voyez l'édit cité, & cela a été ainſi jugé au châtelet en 1743; j'avois écrit au procès.

X. Sur l'office d'un comptable, le roi pour le débet, eſt préféré à tous créanciers, & même au vendeur; c'eſt le vrai gage de ſa majeſté. En effet, tel office eſt le gage du roi, & la condition tacite de la collation qu'il lui a plu d'en faire; condition qui fonde la collation, & qui par conſéquent doit toujours produire ſon effet.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 8, num. 48, pag. 194 & 198.

XI. Par cette raiſon ce privilége eſt indépendant de toute oppoſition au ſceau, il eſt inhérent à l'office & en eſt inſéparable; ce qui a même été étendu aux fermiers-généraux de ſa majeſté.

Cette qualité fonde la propoſition. Sur l'ordre des créanciers, tant ſur les offices décretés, que ſur les autres immeubles, voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 8, 20, 21, 22, & ſuivans, pag. 193.

XII. Ce même privilége du roi ſur l'office du comptable, a ſuite & effet contre le tiers acquéreur de l'office comptable, puiſqu'il a lieu indépendamment de l'oppoſition au ſceau qui produit cet effet.

Loyſeau, au nombre cité ſur l'avant-derniere propoſition.

SECTION III.

De la diſtribution du prix de l'office lorſqu'il n'y a aucune oppoſition au ſceau.

(Art. 95 de la coutume.)

XIII. En ce cas il s'en fait contribution entre les créanciers ſaiſiſſans, comme un ſimple mobilier, lorſque c'eſt vente volontaire; car il en ſeroit autrement, comme on le verra par la ſuite, ſi l'office avoit été vendu par décret: en effet, dans le premier cas, il ne s'agit que de ſimples deniers; & par le défaut d'oppoſition, ce qui les a produit n'eſt plus d'aucune conſidération, n'y ayant pas de baſe à repréſentation.

L'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 106, pag. 572: Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 5, num. 50, pag. 78: en effet, il n'y a que l'oppoſition au ſceau qui immobiliſe le prix, ou le décret: ainſi en ce cas on ſuit la diſpoſition de la coutume, l'édit ne changeant cette diſpoſition que relativement aux oppoſans au ſceau, qui même dans l'ancienne juriſprudence, avoient un droit privilégié ſur le prix, comme on l'a obſervé ſur la premiere propoſition de la premiere ſection de ce chapitre; mais en ce cas c'étoit contribution.

XIV. On dit que ce n'eſt que l'oppoſition au ſceau qui ſubſtitue le prix au lieu de l'office; en effet, faute d'oppoſition au ſceau, ce ne ſont plus que des deniers à contribuer & non un immeuble à diſtribuer ſuivant les hypothéques, ſauf l'exception qui ſuit; ce qui n'influe pas en ce cas ſur les augmentations de gages qu'on doit regarder comme de vrais immeubles étant de véritables rentes.

Quid? des deniers provenans de la vente des augmentations de gages, les conſidérant comme rente ſuivant l'arrêt du 7 ſeptembre 1659, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 43, & ci deſſus cité; il paroît qu'il y auroit lieu nonobſtant le défaut d'oppoſition au ſceau, de les diſtribuer par ordre d'hypothéque; cela paroît reſulter de l'arrêt.

XV. Cependant, ſi l'office avoit été ſaiſi réellement & adjugé, le prix s'en diſtribueroit par ordre d'hypothéque dans le cas qu'il n'y auroit même aucune oppoſition au ſceau; c'eſt vente judiciaire d'un immeuble que le prix doit repréſenter; & c'eſt le juſte effet de la main de la juſtice ſous laquelle l'office avoit été mis, ſauf le droit des oppoſans au ſceau s'il y en a.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 4, num. 28 & 29, pag. 172. Mais en ce même cas les oppoſans au ſceau ſont toujours préférés à ceux qui ſont non-oppoſans; de Renuſſon, des propres: ce qui eſt inconteſtable, comme on l'a vu ci-deſſus. Il eſt vrai que l'art. 95 de la coutume en ordonnoit la contribution, mais l'édit de 1683 a changé cette juriſprudence: ainſi la premiere diſpoſition eſt totalement abrogé dès qu'il y a oppoſition au ſceau.

CHAPITRE SEPTIEME.

DE LA SAISIE RÉELLE DES OFFICES.

SECTION PREMIERE.

QUAND ET QUELS OFFICES PEUVENT ÊTRE SAISIS RÉELLEMENT.

(Article 95 de la coutume.)

I. TOUT office vénal & héréditaire peut être ſaiſi réellement, parce que tel office eſt un bien dans le commerce, & par conſéquent le gage des créanciers du titulaire; il en eſt autrement des offices qui ſe perdent avec la vie; mais quant aux premiers, la faculté de les ſaiſir eſt une juſtice qui ne pourroit être déniée aux créanciers dont ces ſortes de biens forment le gage.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 6, pag. 181

& ſuivantes : même ceux de judicature ; le même auteur, liv. 4, ch. 8, num. 26, pag. 265. L'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4. Sur la formalité des decrets des offices, voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 7, pag. 186 & ſuivans : droit de ſaiſir réellement que l'uſage rend inconteſtable.

II. Pour ſaiſir réellement un office, il n'eſt pas néceſſaire de diſcuter préalablement les autres biens du débiteur ; cette diſcuſſion n'auroit aucune baſe dans le droit ni dans la raiſon.

Cela eſt atteſté par le ſecond auteur cité ſur la propoſition précédente, à la même ſection, num. 88, pag. 561 ; & par Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 7, num. 24, pag. 188.

III. Les créanciers ne peuvent plus ſaiſir réellement l'office, après que la réſignation faite par leur débiteur a été admiſe ; par cette réſignation ils n'ont plus que le prix pour gage ; double raiſon de ce, l'office en ce cas, ne fait plus portion des biens de la partie ſaiſie, & l'office n'eſt ſujet au droit de ſuite par hypothéque, il ne leur reſte donc plus qu'à veiller ſur le prix par la voie de l'oppoſition au ſceau ; c'eſt la ſeule qui leur reſte.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 5, num. 39, pag. 177, & num. 44, page ſuivante.

IV. Mais la ſimple procuration pour réſigner, n'empêche pas les créanciers de celui qui l'a donnée de ſaiſir réellement l'office ; cette procuration n'étant pas vraie dépoſſeſſion, mais acte pour y parvenir.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précedente, num. 47.

SECTION II.

De l'état du titulaire dont l'office eſt ſaiſi réellement, & de l'adjudication d'icelui.

V. Après la ſaiſie réelle de l'office, le titulaire n'en peut plus diſpoſer ; par la ſaiſie réelle il eſt mis ſous la main de la juſtice ; preuve de ſon impuiſſance à en diſpoſer, & qui militeroit dans le cas même qu'il n'y auroit pas d'oppoſition au ſceau.

La nullité de la vente auroit lieu, encore que le ſaiſiſſant ne fût oppoſant au ſceau ; arrêt du 22 avril 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences. liv. 6, ch. 23. Voyez auſſi Henrys, tom. 2, liv. 2, queſtion 9, où il rapporte le même arrêt, qu'il date du 24 avril 1651. L'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 100, pag. 6, num. 30, pag. 184 ; & tel eſt l'uſage.

VI. Cependant la vente qu'il feroit ſeroit bonne, ſi elle étoit approuvée par le ſaiſiſſant réellement & les oppoſans, ou homologuée avec eux ; en effet, par ce moyen tous les intérêts légitimes ſont conſervés : conſervation d'intérêts & de forme judiciaire qui fait valider une telle vente, mais juſqu'à ce qu'il y ait jugement qui ordonne que la partie ſaiſie paſſera procuration *ad reſignandum*, ou que la ſentence vaudra telle procuration, l'officier quoique ſaiſi réellement peut toujours continuer les fonctions de ſon office ; il eſt même du bien public qu'il conſerve cette capacité : il l'a donc juſqu'à ce tems, tout concourt à la lui conſerver.

Cette propoſition a été formée ſur la juriſprudence ; voyez l'auteur du traité des propres, au ſujet des ſaiſies réelles des offices de judicature, qui dit qu'elles ſe réduiſent à cette procuration, ou à ce jugement qui en tient lieu ; c'eſt au ch. 5, ſect. 4, num. 89 : ce qui ſert à établir la propoſition.

VII. Après la ſentence qui ordonne que l'officier ſaiſi, ſera tenu de paſſer procuration *ad reſignandum*, l'office s'adjuge à la barre de la cour ; c'eſt la fin de la ſaiſie réelle, & l'adjudicataire obtient ſes proviſions ſur ce jugement qui lui tient lieu de procuration *ad reſignandum* ; l'autorité de la juſtice ſuppléant à la volonté du débiteur.

C'eſt ce qui ſe pratique ; Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 3, ch. 7, num. 36, pag. 189, dit qu'en ce cas on condamne & par corps la partie ſaiſie à fournir ſa procuration *ad reſignandum* ; l'uſage préſent eſt plus efficace & plus ſimple que cette voie qu'il indique.

VIII. Pour la dépoſſeſſion du titulaire ſaiſi, il ne faut pas de bail judiciaire, qui n'eſt pas admis en ſaiſie réelle d'office.

Tel eſt l'uſage, & un uſage contraire ſeroit même impraticable.

IX. De ce que deſſus, réſulte conſéquemment la preuve de ce qu'on vient de dire que juſqu'à la ſentence qui vaut procuration *ad reſignandum*, l'officier ſaiſi réellement a droit de continuer ſes fonctions.

C'eſt ce que dit Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 7, num. 12 & ſuivans, pag. 187 ; mais il admet la néceſſité d'un commiſſaire en décret d'office ; ce qui n'eſt plus d'uſage, c'étoit une mauvaiſe forme.

X. Si l'adjudicataire eſt en demeure de ſe faire pourvoir, cette demeure ne doit pas nuire aux créanciers ; mais à lui auquel ſeul on peut l'imputer, juſques-là que par une telle demeure il pourroit perdre ſes deniers conſignés.

Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 7, num. 42 & ſuivans, pag. 190 ; tout cela eſt conforme à l'autorité de la juſtice, de laquelle le ſentiment de Loyſeau ci-deſſus rapporté s'écartoit.

QUATRIEME PARTIE DES OFFICES.

DE TOUS LES AUTRES OFFICES NON VENAUX NI HEREDITAIRES.

CHAPITRE PREMIER.

DES OFFICES DE LA MAISON DU ROI.

SECTION PREMIERE.

DE LA NATURE DE CES OFFICES, QU'ILS SE PERDENT AVEC LA VIE ET QU'ILS SONT INSAISISSABLES.

I. LES offices de la maiſon du roi ne ſont ni vénaux ni héréditaires ; & par-là ils ſe perdent inconteſtablement avec la vie, ſauf l'exception ci-après ; tel eſt le principe général qui régit ces ſortes d'offices ; telle eſt leur nature par leur création.

Sur la nature de ces offices & ſur les exemptions qui y ſont attachées, voyez le réglement du dernier février 1625, rapporté par Bouchel, liv. 4, après le chapitre 67. Il en eſt de même des offices de la couronne, ſur leſquels voyez Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 2, pag. 217 & ſuivantes.

II. L'officier étant mort, ſa veuve, ni ſes enfans, ni ſes créanciers n'ont aucun droit ſur l'office, c'eſt ce qui réſulte de la nature d'icelui ; & cela eſt inconteſtable, puiſque ces offices ont été créés tels.

Voyez la huitieme partie du journal du palais, pag. 377, où il eſt remarqué que les autres offices ſont appellés états pour en marquer la ſolidité, au lieu que les charges chez le roi ne ſont à vrai dire que de ſimples commiſſions ; Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 3, num. 18, pag. 228, les définit de milices palatines ; ce qui fonde la propoſition qui par elle-même eſt inconteſtable ; en effet, tout le droit attaché à la collation d'un tel office, ceſſe par la mort de celui qui en étoit pourvu : donc c'eſt plutôt commiſſion qu'office. Voyez de Renuſſon, traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 32, pag. 531, l'édit du mois de juillet 1653, & celui de janvier 1678.

III. Tels offices ſont inſaiſiſſables de la part des créanciers, étant abſolument attachés à la perſonne de l'officier ; ſeconde conſéquence qui réſulte de leur nature.

Edit du mois de janvier 1678, il eſt rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 7.

IV. Les gages & profits ſont pareillement inſaiſiſſables, étant accordés pour le ſervice actuel & perſonnel de l'officier : ainſi c'eſt moins privilége qu'exacte juſtice, qui ſoutient l'officier dans le ſervice qu'il doit.

Voyez l'édit ci-deſſus cité ; voyez auſſi Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 3, num. 79, pag. 233, où il obſerve que les gages ſont modiques, parce que dans l'origine ils n'étoient donnés à l'officier, que pour ſes menus beſoins, pendant ſon quartier ; & au même chapitre, num. 890 où il dit que leurs gages ſont inſaiſiſſables ; ce que l'uſage rend conſtant.

SECTION VI.

Qu'ils ne peuvent ſervir de gage.

V. Ceci eſt une ſuite de ce que deſſus, ces offices ne ſont ſuſceptibles ni de privilége, ni d'hypothéque : cela réſulte de leur nature, qui peut les faire conſidérer comme de ſimples commiſſions : c'eſt la troiſieme conſéquence qui réſulte de cette qualité & du principe qu'on a poſé, qui milite à tous égards.

Voyez l'édit ci-deſſus cité & la propoſition qui ſuit qui explique celle-ci.

VI. De-là il s'enſuit que celui qui a prêté ſes deniers pour l'acquiſition d'un tel office, ni même le vendeur, ne peuvent avoir un privilége ſur icelui : la raiſon de ce eſt que tel office eſt non vénal, qu'il eſt au contraire attaché à l'officier qui le perd par ſa mort : il n'eſt donc ſuſceptible ni de privilége, ni d'hypothéque.

Les gages n'en ſont pareillement ſaiſiſſables ; de Renuſſon, des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 33, pag. 531 ; privilége du fruit qui milite à plus forte raiſon ſur le fonds ; ſur la premiere partie de la propoſition, voyez la huitieme partie du journal du palais, *in-4.* page 377.

☞ Arrêt du conſeil du 29 juin 1718, qui ordonne que les charges de la maiſon du roi ne pourront être affectés & hypothéqués à aucuns créanciers, ni les appointemens ſaiſis & arrêtés ſans l'expreſſe permiſſion du roi par écrit, en exécution des édits de 1653 & 1678.

SECTION III.

De la grace ou faculté de les vendre, & des brevets de retenue ſur ces offices.

VII. Lorſqu'il plaît au roi d'accorder à l'officier de ſa maiſon, la grace de pouvoir vendre ſon office, l'office devient vénal, mais pour cette fois ſeulement; & c'eſt l'effet de la grace qu'il a plu au roi d'accorder; mais qui ne peut avoir lieu au-delà de ſes limites.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 4.

VII. S'il ne le vend pas & qu'il meurt en poſſeſſion de l'office, la faculté ne milite pas en faveur de ſes repréſentans, lorſque c'étoit à lui ſeul qu'elle étoit accordée : une grace ne peut jamais être étendue hors de ſon cas.

C'eſt *privata lex*, qui ne peut s'étendre ni d'un cas à un autre, ni d'une perſonne à une autre ; principe général ſur les priviléges, qui fonde la propoſition.

IX. Lorſqu'il a vendu & que le prix eſt entre les mains de l'acquéreur, il eſt ſaiſiſſable de la part de ſes créanciers, à moins que la faculté de vendre ne porte le contraire; ceſſant cela, elle eſt réputée accordée conformément au droit commun ; & par conſéquent laiſſe le prix ſaiſiſſable.

Je l'ai entendu ainſi juger au parc-civil, par la raiſon que ce ſont ſimples deniers qui ſe trouvent dans le commerce comme les autres biens du débiteur, & que comme tels on ne peut y attacher le privilége d'inſaiſiſſabilité.

X. Outre la faculté de vente, le brevet de retenue eſt une autre faveur, & comme le brevet de retenue eſt une grace, il faut ſcrupuleuſement s'attacher aux termes dans leſquels il eſt conçu : en effet, le brevet de retenue eſt une certaine ſomme, qu'il plaît au roi d'accorder aux veuves, enfans ou héritier du titulaire ſur la valeur de l'office, quoique l'officier meurt en poſſeſſion d'icelui ; auquel cas, ce ſont les termes du brevet qui decident, & la ſomme contenue dans le brevet, n'eſt point regardée en ce cas, comme faiſant partie de la ſucceſſion de l'officier; c'eſt le pur effet de la grace du roi, qui ne peut militer que ſur ceux, ſur leſquels il a plu à ſa majeſté de la départir.

Arrêt du 17 février 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences qui le juge pour l'office accordé à la veuve : ce qui doit avoir lieu pour portion du prix d'icelui conſervé par la grace du prince ; c'eſt une conſéquence de cet arrêt.

XI. De-là il s'enſuit que les créanciers de l'officier n'y peuvent rien prétendre, parce que c'eſt une grace qui ne peut militer qu'en faveur de ceux qui ont été l'objet de la libéralité du roi, & qui par conſéquent eſt étrangere aux créanciers.

Voyez ce que dit Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, pag. 210.

XII. On vient de voir que les termes du brevet font à cet égard la loi : ainſi lorſque le brevet n'eſt accordé qu'à la veuve, la ſomme contenue en icelui lui appartient en totalité ; ſeconde conſéquence qui réſulte du même principe; & cela auroit lieu, encore qu'elle renonçât à la communauté; c'eſt à ſa perſonne & non à ſa qualité civile que la grace eſt accordée ; prétendre aller au-delà, ſeroit s'écarter de la lettre du brevet.

Voyez l'arrêt du 17 février 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 18; & Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 23, pag. 210.

XIII. Il y a plus; cela auroit lieu, encore que l'office chez le roi fût propre au mari; & ce ſans indemnité ni remploi; tout eſt perdu pour l'un, & la grace donne tout à l'autre; c'eſt ſuite de ce que deſſus, & troiſieme conſéquence du principe poſé, que c'eſt toujours le brevet qui décide; en effet, telle étoit la nature de l'office, d'être perdu par la mort, & le bénéfice réſultant du brevet de retenue, eſt une grace & une nouvelle & véritable acquiſition que fait celui à qui le brevet eſt accordé par le roi.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 3, pag. 226 & ſuivantes, où il définit ces offices de milices palatines; définition qui prouve encore ce que deſſus.

XIV. Par les mêmes principes, ſi le brevet de retenue eſt accordé aux enfans ſeulement, il leur appartient en entier, ſans que la veuve y puiſſe rien prétendre; quatrieme conſéquence du même principe: la déciſion ſur cela doit toujours ſe puiſer dans le brevet, & dans ce même cas, il leur appartiendroit, encore qu'ils ne fuſſent pas héritiers de leur pere; leur qualité civile eſt ſur ce indifférente.

Cela réſulte de l'arrêt cité ſur la ſixieme propoſition de cette ſection, & la ſuivante le confirme.

XV. Ce qui fonde la précédente propoſition, ainſi qu'on l'a déja obſervé à l'égard de la veuve à laquelle le brevet auroit été accordé, c'eſt que la grace eſt attachée à leurs perſonnes, & à eux faite en leur qualité naturelle d'enfant, toute abſtraction faite de la qualité accidentelle qu'ils peuvent prendre, ou d'héritiers, ou de renonçans: & ſi le brevet de retenue eſt accordé à la veuve & aux enfans conjointement, moitié en appartient à la veuve, & l'autre moitié à tous les enfans conjointement; c'eſt droit commun auquel la grace du roi n'a pas dérogé: c'eſt donc le droit commun en ce cas, qui régle le partage.

Il en eſt de ce droit comme de leur préférence ſur

ſur l'office tombé aux parties caſuelles qu'ils partagent ainſi ; voyez Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 10, num. 23, pag. 210 : dans l'un & l'autre cas la déciſion doit être la même.

XVI. Dans le cas qu'il n'y a pas d'enfans, & que le brevet de retenue eſt accordé aux héritiers, il appartient non à tous les héritiers, c'eſt-à-dire, aux héritiers des meubles & à ceux des propres, mais aux plus prochains, & qui ſuccédent au mobilier qui embraſſe le brevet, ainſi que tous les autres effets de nature mobiliaire ; en effet, la ſomme contenue au brevet de retenue eſt un pur mobilier, & ſous la vocation d'héritiers, on entend les plus prochains, qui ſuccédent comme tels à tous les biens que la loi n'affecte pas à de certaines lignes ; ce ſont ces héritiers qui ont la grande main, c'eſt donc à eux que le brevet doit appartenir.

C'eſt la juriſprudence, & c'eſt ſur ces moyens qu'elle eſt fondée.

XVII. Dans ce même cas, les plus prochains héritiers profitant du brevet de retenue, ne contribuent pas pour cela plus aux dettes, enſorte que dans la contribution aux dettes, ce bénéfice n'entre pas en ligne de compte à leur égard : c'eſt pure grace du roi, & non bien héréditaire ; ce qui l'affranchit de la contribution aux dettes.

Voyez l'arrêt du 27 juillet 1680, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 225, dont la déciſion influe encore plus ſur la propoſition que ſur l'office que l'héritier a levé aux parties caſuelles ; ainſi cet arrêt peut fonder la propoſition.

XVIII. La raiſon qui fonde la précédente propoſition, réſulte de tout ce que deſſus : c'eſt que tel bénéfice vient de la libéralité du roi, & non de la ſucceſſion ; ainſi pour ce nulle contribution aux dettes : c'eſt ceſſion, c'eſt avantage qui ſont perſonnels à l'héritier, & non un bien héréditaire.

Cela eſt établi par les ſections précédentes, & réſulte encore de l'arrêt qu'on vient de citer.

SECTION IV.

Des offices de la maiſon du roi conſidérés par rapport à la communauté de biens entre conjoints par mariage.

XIX. Lorſque l'office chez le roi a été acquis pendant la communauté, & que le mari ſurvit ſa femme, tel office lui reſte ſans que pour ce il ſoit obligé de payer aucune indemnité aux héritiers de ſa femme ; c'eſt l'avantage de la communauté qu'il a cherché, & lui ſeul pouvoit poſſéder l'office : ſi cette juriſprudence paroît un peu contraire à l'équité, l'ordre public & la fin à laquelle tend un tel office y ſont conſervés.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 3, diſtinction 4, num. 22, pag. 62 : le Maître, pag. 244 & 245 ; à quoi il faut joindre l'édit cité ſur la propoſition qui ſuit, & le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité des propres, chap. 5, ſect. 4, num. 44, & ci-après la ſixieme partie du titre de la communauté, chap. 6, ſect. 3, & la propoſition qui ſuit.

XX. Double raiſon de ce, l'émolument que le mari tire de cet office depuis la diſſolution de la communauté, eſt le prix de ſon ſervice, & abſtraction faite de cet émolument, qu'il ne fait que par compenſation de ſon ſervice, il faut préſumer qu'il n'a acquis un tel office que pour l'avantage même de la communauté, & par conſéquent le mari pour ce ne doit aucune indemnité ou recompenſe.

Voyez la déclaration de 1678, rapportée dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 7 ; c'eſt ainſi que Loyſeau regarde les gages attachés à tels offices ; voyez les trois auteurs cités ſur la propoſition précédente, & entr'autres le Brun, qui dit que l'affranchiſſement de toute recompenſe en faveur du mari, réſulte de cette déclaration : en effet, c'eſt l'eſprit de cette loi, & c'eſt une ſuite de la nature d'un tel office.

XXI. Lorſque tel office eſt propre au mari, & que pendant la communauté il obtient la permiſſion de le vendre, & qu'il le vend, le prix qu'il en tire n'augmente pas la communauté, il a l'action de remploi ; autrement ce ſeroit avantage indirect & prohibé, que la coutume proſcrit indiſtinctement, & pour tous les cas.

Arrêt du 24 Septembre 1679, rapporté par le Brun, à l'endroit qu'on a cité ſur l'avant-derniere propoſition ; voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 176 ; de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 36, pag. 533, a penſé le contraire : ce qui ſeroit ouvrir la porte aux avantages indirects, & par conſéquent ce qui doit faire rejetter cette opinion ; voyez le Maître, tit. 10, pag. 244, avec les citations ſur la propoſition qui ſuit.

XXII. Double raiſon de ce, 1°. La grace & la permiſſion de le vendre, ſont préſumées pour lui & non pour la communauté : 2°. En faiſant ceſſer l'action de remploi pour un tel cas, ce ſeroit ouvrir la porte à l'avantage indirect, & laiſſer dans la puiſſance du mari le pouvoir d'augmenter ſa communauté aux dépens de ſon propre : ce qu'on ne peut admettre, & ce qui arriveroit ici, ſi l'action de remploi n'avoit pas lieu puiſque c'eſt par la volonté, & la ſollicitation du mari, que la faculté de vendre a été accordée.

Brodeau, ſur Loüet, let. O, num. 5 : la huitieme partie du journal des audiences, pag. 375, juſqu'à la 392, où les moyens qui fondent la propoſition ſont mis dans tout leur jour & ſur leſquels l'arrêt ci-deſſus cité a été rendu, & tel eſt l'uſage.

XXIII. Ce cas de la faculté de vendre tel office propre au mari, eſt bien différent du brevet de retenue accordé à la veuve ſur l'office propre au mari, & dans lequel ſes héritiers n'auroient aucune part, comme on l'a vu par la ſection précédente, parce que dans le cas préſent c'eſt au mari même auquel la grace eſt accordée, dans l'autre c'eſt à la femme, ceſſant laquelle grace faite à la femme il n'y auroit pas moins perte d'office pour la ſucceſſion du mari; ainſi dans ce dernier cas, c'eſt à la femme ſeule à profiter de la grace, puiſque c'eſt à elle ſeule à qui elle eſt faite; dans l'autre, c'eſt bien perſonnel au mari, qui, par ſon fait, n'a pu devenir portion de la communauté.

Voyez le titre de la communauté au chapitre du remploi.

SECTION V.

De ces offices conſiderés relativement au rapport à ſucceſſion.

XXIV. Lorſque le pere, par l'agrément du roi, céde un tel office à ſon fils, ce dernier pour ce, ne doit aucun rapport à la ſucceſſion de ſon pere, il ne tient ſon droit que de la grace du roi; origine qui l'affranchit du rapport ſi une ſoumiſſion contraire ne l'y aſſujettit.

Arrêt du 20 mai 1651, rapporté dans le journal des audiences; il y en avoit un contraire du 1 mars 1629, rapporté dans le premier volume du même journal, liv. 2, ch. 27: il n'eſt pas ſuivi; enfin l'affranchiſſement de rapport à cet égard eſt devenu conſtant par l'édit du mois de janvier 1678; il eſt rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 7, & c'eſt à preſent juriſprudence certaine, fondée ſur la propoſition qui ſuit.

XXV. La raiſon de ce, eſt que ceſſant l'admiſſion du fils à la place du pere, la charge auroit été perdu pour ce dernier, ce qui affranchit totalement l'autre du rapport: on parle d'une donation, & cet affranchiſſement de rapport auroit lieu encore que la faculté de vendre l'office eût été accordée au pere indiſtinctement; le fait du pere ſemble ouvrir le rapport, mais la nature de l'effet l'efface, & cela eſt favorable.

Voyez l'édit cité ſur la premiere propoſition de cette ſection; la note ſur Dupleſſis, pag. 176, & le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, chap. 6, ſect. 3, num. 41.

XXVI. Mais ſi le pere ayant obtenu la faculté de vendre, vendoit tel office à ſon fils, au lieu de le lui donner, le prix en ce cas ſeroit rapportable, parce que dans ce cas le pere a traité avec ſon fils comme avec un étranger, & que le fils eſt réellement débiteur; dans ce même cas d'une faculté de vendre indéfinie, ſi le pere donnoit à ſon fils l'office, mais à la charge de rapporter une certaine ſomme, le fils eſt obligé de la rapporter; cette condition étant inſéparable de la donation, & ce, par la maxime qui peut le plus, peut à plus forte raiſon le moins.

Cette propoſition & la précédente ont été formées ſur l'uſage.

XXVII. Dans le cas que l'office, de la maiſon du roi, n'a point paſſé du pere au fils, mais que le pere en a payé recompenſe pour ſon fils, le rapport eſt dû par le fils de ce que le pere a pour ce payé pour lui: ce ſont deniers donnés & non l'office.

Note ſur Dupleſſis, pag. 176, où par cette diſtinction on concilie deux arrêts qui paroiſſent contraires, l'un ordonnant le rapport, l'autre en affranchiſſant d'icelui: ce qui eſt conforme au ſentiment de M. le Brun, à l'endroit cité ſur la premiere propoſition de cette ſection; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 65, pag. 550, où il eſtime que même en ce cas le fils ne doit point de rapport; opinion qui me paroît ſans fondement, puiſqu'alors c'eſt vraiment le prix que le pere a donné: prix du rapport duquel il n'y a aucun moyen dans le droit qui puiſſe affranchir le fils; ce ſont deniers donnés, & l'emploi d'iceux n'eſt à l'égard du rapport d'aucune conſidération.

XXVIII. Mais ſi le pere n'avoit obtenu la permiſſion de ſe demettre de ſon office qu'en faveur de ſon fils, il ne pourroit lui impoſer une telle condition; ce ſeroit aller au-delà de la grace accordée par le roi: cette grace eſt indiviſible, & comme telle elle doit s'exécuter dans toutes ſes parties.

Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XXIX. Cela eſt fondé ſur ce qu'en ce cas le fils tient plus l'office de la libéralité du roi, que de la volonté de ſon pere, & que le pere ne peut modifier cette libéralité, ou cette grace qui avoit le fils pour objet; & par conſéquent, en ce cas, le premier ne peut impoſer à l'autre la néceſſité du rapport.

Les autorités rapportées ſur la premiere propoſition de cette ſection établiſſent celle-ci.

CHAPITRE SECOND.

DES OFFICES DÉPENDANS DES DOMAINES DU ROI, ENGAGÉS OU ALIENÉS.

SECTION PREMIERE.

DE LA NATURE DE CES OFFICES, ET S'ILS SONT RÉPUTÉS ROYAUX, ET QUAND ILS NE SONT PLUS RÉPUTÉS TELS.

I. TANT qu'il y a eſpérance de retour dans la main du roi, les offices dépendans des domaines engagés ſont réputés royaux; tel eſt ſur ce le principe général que le retour à la ſource qui doit arriver tôt ou tard fonde, ſi ce n'eſt dans le cas de l'échange.

Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 8, num. 2, pag. 272.

II. L'engagiſte n'eſt pas tenu de payer à celui qui eſt pourvu d'un tel office, les gages qui lui ont été originairement attribués par le roi.

Arrêt du 17 juillet 1708, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 94, pag. 710

III. La premiere propoſition de cette ſection a lieu, non-ſeulement dans le cas de l'engagement, mais encore dans le cas de l'apanage; mais elle n'a pas toujours lieu dans l'échange.

Ils prennent nomination du ſeigneur, & proviſion du roi, dit Loyſeau, au nombre cité; ce qui fonde la propoſition.

IV. De-là il s'enſuit que ces officiers jouiſſent des priviléges des officiers royaux, & qu'ils connoiſſent des cas royaux; ce qui eſt fondé ſur l'inaliénabilité abſolue du domaine du roi, & ſur l'eſpérance que par le retour du domaine, les offices qui en ſont partie, redeviendront royaux à tous égards.

Cette inaliénabilité a été établie dans ſon ordre, & la propoſition en eſt une conſéquence.

V. Mais cette qualité ceſſe en certains cas; en effet, lorſque le domaine a été aliéné par la voie de l'échange dûement vérifié, & que l'échange ne contient pas la clauſe de réverſion, en ce cas les officiers ne ſont plus royaux, parce que, en ce cas, le domaine du roi eſt abſolument conſervé.

Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 8, num. 8, pag. 272, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VI. En effet, celui qui a pris le domaine en échange eſt ſeigneur incommutable, & dans ce même cas la juſtice s'exerce en ſon nom, & avec d'autant plus de raiſon qu'il ſe fait une ſubrogation d'un domaine à un autre: ce qui conſerve tout l'effet du domaine du roi, en conſervant celui que l'échange doit produire.

Voyez Loyſeau, au chapitre cité.

SECTION II.

Au nom de qui ces officiers rendent la juſtice, & de qui ils prennent proviſion: s'ils ſont deſtituables, & de qui ils obtiennent la diſpenſe de la ſurvie des 40 jours.

VII. A l'exception du cas de l'échange, les juſtices des domaines engagés s'exercent au nom du roi, & cela par la juſte eſpérance du retour du domaine engagé, & de l'hommage toujours légitimement dû à ſa majeſté par cette eſpérance; cela réſulte de la premiere ſection du préſent chapitre: la propriété de la terre engagée, reſte toujours à la couronne par le droit de réverſion inſéparable de l'aliénation; c'eſt donc toujours au nom du roi que la juſtice doit s'exercer, ſauf l'exception qui ſuit.

Voyez le livre ſecond, au titre des biens provenans du domaine, & Loyſeau, des offices, liv. 4, chap. 9, num. 33, page 279.

VIII. Cependant à l'égard des apanagiſtes, la juſtice ſe rend conjointement au nom du roi & en leur nom; c'eſt favorable exception que la naiſſance de l'apanagiſte fonde.

Cela eſt atteſté par Loyſeau, au chapitre cité ſur la premiere propoſition de cette ſection, num. 38 & 39, pag. 274.

IX. Les officiers des domaines engagés ſont obligés d'obtenir des proviſions du roi ſur la nomination du ſeigneur engagiſte, & cela réſulte de ce que deſſus; c'eſt une marque de la propriété que ſa majeſté conſerve, & qui n'eſt qu'engagée & non aliénée incommutablement.

Loyſeau, au même chapitre, num. 1, pag. 275.

X. Ces officiers ne ſont pas deſtituables par le ſeigneur engagiſtes, parce que l'engagiſte ne peut abolir la proviſion donnée par

le roi; c'eſt encore une conſéquence certaine de ce que deſſus, & cette abolition ſeroit une eſpece d'attentat à l'autorité ſuprême.

Cela eſt établi par ce qui a été dit ci-deſſus.

XI. Cependant l'engagiſte donne valablement la diſpenſe de la ſurvie des 40 jours, parce qu'elle l'intéreſſe ſeul; en effet, ce droit eſt plus utile qu'honorifique, & ſon exercice ne donne aucune atteinte à la réverſion, mais n'évite qu'une perte d'office qui regarde l'engagiſte: cette diſpenſe eſt donc dans ſa puiſſance; c'eſt fruit, non propriété.

Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 9, num. dernier, pag. 276 & 277.

XII. Par le même principe l'engagiſte peut admettre ou refuſer la réſignation, & pour l'admiſſion de la réſignation exiger finance, tout cela le regarde & ne donne aucune atteinte à la réunion; c'eſt ſuite de ſa jouiſſance.

Loyſeau, au même chapitre, num. 51, pag. 275.

CHAPITRE TROISIEME.

DES OFFICES DÉPENDANS DES JUSTICES DES SEIGNEURS.

SECTION PREMIERE.

DE L'ORIGINE ET DE LA NATURE DE CES OFFICES.

I. LA magiſtrature & l'autorité qui en eſt une ſuite réſidoient autrefois dans la perſonne des ducs & des comtes, qualités qui étoient offices & non patrimoine, & qu'ils tenoient du roi qui eſt la ſource unique de la puiſſance publique: origine qu'il ne faut jamais perdre de vue en matiere d'office, & à laquelle l'uſurpation ne peut donner quelque atteinte que ce ſoit.

Loyſeau, liv. 5, des offices, ch. 1, num. 2 & 3, pag. 277.

II. De-là ils avoient droit de commettre des juges pour rendre la juſtice dans l'étendue du détroit qui leur étoit confié; c'étoit de leur part, délégation ſubordonnée & qui émanoit de celle qu'ils tenoient du roi; ils n'ont jamais pu avoir d'autre droit.

Ce qui remontoit à ſa ſource; voyez la ſixieme propoſition de cette ſection. Si les uſurpations qui forment la matiere de la propoſition qui ſuit, ont en apparence obſcurci cette ſource, elles n'ont pu dans la réalité lui donner aucune atteinte.

III. Ces ſeigneurs par la ſuite, profitant des troubles dont l'état étoit agité, ont converti leurs offices de ducs & de comtes en ſeigneuries, & ſe ſont maintenus dans le droit de conférer les offices de ces détroits dont la garde leur avoit été confiée; c'étoit uſurpation dont on a réglé les effets pour en prévenir l'abus.

Loyſeau, au chapitre indiqué ſur la premiere propoſition, num. 3, pag. 278.

IV. Par ce moyen ils ont rendu les offices patrimoniaux comme le corps même du duché ou du comté, dont la poſſeſſion à leur égard s'eſt changée en propriété; mais ces offices doivent toujours remonter à leur ſource.

Loyſeau, au même endroit qu'on vient de citer.

V. De ce que deſſus, il réſulte que c'eſt contre le droit commun que les ſeigneurs ont des officiers ou juges en titre: en effet, toute la puiſſance réſide dans la perſonne du roi, & celle des officiers n'en eſt qu'une influence; principe encore une fois qu'on ne doit jamais perdre de vue ſur cette matiere.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 17, num. 1, pag. 97, & Loyſeau, au chap. cité.

VI. Dans la théſe générale les officiers des ſeignenrs ne ſont pas de ſimples commis, mais officiers; l'ordre public fonde cette qualité, quoiqu'ils ne ſoient pas magiſtrats; c'eſt le roi qui donne ſeul la qualité de magiſtrat, qui emporte puiſſance publique, & non les ſeigneurs.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 2, ch. 1, & liv. 5, auſſi ch. 1, num. 26, pag. 279, & num. 30, pag. 280.

VII. Cependant lorſque les ſeigneurs ont haute, moyenne & baſſe-juſtice, leur juge, dans l'étendue de leur détroit, eſt regardé comme magiſtrat, qualité qu'il tire de ſa réception, & de ce qu'il exerce dans ce détroit une puiſſance publique & autoriſée; mais qu'il tire de ſa réception qui ſe fait par un juge royal qui la lui communique dans ce détroit, & non des proviſions qu'il obtient du ſeigneur, qui ne peut lui donner une puiſſance qu'il n'a pas lui-même; c'eſt du roi qu'il la tient.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 27, pag. 250, & ch. 28, pag. 254; Loyſeau, des offices, liv. 5 chap. 1, num. 48, pag. 282: ſur

cela on peut obſerver que nul ſeigneur n'ayant la puiſſance du glaive, ne peut nommer un exécuteur des hautes œuvres.

☞Par un édit du mois de mars 1693, regiſtré au parlement le 24 avril ſuivant, les particuliers qui ſont pourvus par les ſeigneurs, tant eccléſiaſtiques que ſéculiers, pour éxercer les offices de judicature de leurs juſtices, ſont tenus avant que d'en faire les fonctions de ſe faire recevoir par les officiers des juſtices royales, dans l'étendue deſquelles les juſtices ſeigneuriales ſont ſituées: & à l'égard des autres officiers, ils doivent être reçus par les juges, devant leſquels ils doivent exercer leurs fonctions, à condition de ſe faire immatriculer au greffe des juſtices royales.

VIII. Suivons ces juſtices & les fonctions de ceux qui les exercent, & contre leſquels, par les abus qui s'y gliſſent, on s'eſt ſi ſouvent récrié: la police dans la ville leur appartient; mais les juges royaux, tels que les conſuls établis dans la même ville y peuvent concourir; outre cette limitation à leur pouvoir, ils ne peuvent connoître des cas royaux dont les ordonnances ne confient la connoiſſance qu'aux juges royaux: par exemple, ils ne peuvent connoître du poſſeſſoire des bénéfices ni même des conteſtations entre le nouveau titulaire & les héritiers de ſon prédéceſſeur au ſujet des réparations

Voyez Henrys, tom. 2, liv. 2, queſt. 33: Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch. 9, pag. 46, 47 & ſuivantes: & ſur les cas royaux, les ch. 13 & 14 du même traité, dans lequel ces cas ſont expliqués: ſur le ſeul cas qu'on a renfermé dans la propoſition par forme d'exemple, voyez l'ordonnance de Louis XI, du 19 juin 1464, rapporté dans le ſtyle du parlement, ſeptieme partie, nº. 86; dans Dumoulin, tome 2, page 673, qui interdit à tous juges de ſeigneurs, la connoiſſance des conteſtations ſur le poſſeſſoire des bénéfices; cependant dans l'ancienne juriſprudence ils connoiſſoient des complaintes formées pour raiſon des bénéfices qui étoient à la pleine collation du ſeigneur; cela eſt atteſté par Dumoulin, à l'endroit qu'on vient de citer, & ſur la régle *de infirmis*, nº. 419, tom. 5, pag. 75; mais cette juriſprudence ne ſubſiſte plus par la diſpoſition du titre 15, art. 4, de l'ordonnance de 1667: & quant à la connoiſſance des conteſtations, ſur les réparations des bâtimens dépendans des bénéfices, elle appartient aux baillifs & ſénéchaux; voyez l'ordonnance de Charles VI, du 6 octobre 1385, rapportée dans la troiſieme partie du ſtyle du parlement, tit. 37; par Dumoulin, tome 2, page 524 & 525; l'édit de Cremieu; la deuxieme déclaration ſur cet édit, du 17 juin 1554, & la troiſieme déclaration ſur le même édit, du mois de juin 1559: ainſi les juges d'égliſe n'en peuvent connoître, telle matiere étant partie réelle & partie perſonnelle, & étant de maxime en france que le juge d'égliſe n'eſt pas compétent pour connoître des actions qui participent de la réalité.

IX. A l'égard du juge de ſeigneur dont le ſiége eſt établi dans un village, il n'eſt point regardé comme magiſtrat, nonobſtant ſa réception par un juge royal.

Voyez Loyſeau & Bacquet.

SECTION II.

Si les ſeigneurs peuvent rendre la juſtice par eux-mêmes; des officiers qu'ils peuvent pourvoir, & de leur reception.

X. Les ſeigneurs ne peuvent rendre la juſtice par eux-mêmes; ils ſont obligés de commettre des perſonnes capables de le faire.

Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 1, num. 43, page 281.

XI. Cela a lieu tant pour les ſeigneurs eccléſiaſtiques que pour les ſeigneurs laïcs; ſur ce nulle diſtinction: la raiſon de ce, eſt qu'ils ne ſont pas officiers, que par conſéquent ils n'ont pas le commandement, mais bien l'officier qu'ils nomment qui l'exerce en conſéquence de ſa réception & de ſa miſſion par un juge royal & non de la nomination ou proviſion à lui accordée par le ſeigneur, qui ne peut encore une fois lui donner ce qu'il n'a pas lui-même.

Sur la queſtion de ſavoir s'ils ſont garans du fait de leur juge, voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 17, num. 1, pag. 97, & num. 19, pag. 101: au premier nombre il les charge d'une amende, mais au ſecond il fait connoître que la cour ne la prononce pas, quand le ſeigneur conclut lui-même au mal jugé; ce qui eſt encore ſurabondant pour ſa décharge.

XII. Les juges & les autres officiers des ſeigneurs doivent être capables du miniſtere qui leur eſt confié; cependant il n'eſt pas néceſſaire qu'ils ſoient gradués, mais c'eſt plus uſage que vrai droit, & cet uſage n'a lieu en certain cas; par exemple, il n'a pas lieu par rapport aux juſtices reſſortiſſantes, nuement au parlement, en ce cas ils doivent être gradués.

Cet uſage, cette tolérance de recevoir pour les juſtices ſeigneuriales des perſonnes non graduées, eſt contraire au bien public & à l'arrêt de réglement du 28 avril 1661, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 18: mais par rapport aux juges des juſtices reſſortiſſans nuement au parlement, ils doivent être avocats; déclaration du 26 janvier 1680; elle eſt rapportée dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 11: voyez Loyſeau, des offices, tom. 5, ch. 2, num. 83, pag. 292.

XIII. Ils n'ont aucun caractere public par leurs proviſions, & ne peuvent exercer les fonctions de leurs offices que par leur réception qui doit être faite par le juge royal; c'eſt cette réception qui les caractériſe; autrement ils agiroient contre l'ordre public, & de ce, double raiſon; la premiere, le ſeigneur ne peut lui donner, comme on l'a déja obſervé, une puiſſance qu'il n'a pas lui-même, & la réception forme ſeule le caractere; en effet, étant néceſſaire par rapport aux officiers du roi, qui eſt la ſource de toute puiſſance, à plus forte raiſon l'eſt-elle à l'égard

des officiers des ſeigneuries ; ce n'eſt donc que par la réception qu'un juge de ſeigneur peut exercer ſes fonctions.

Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 2, num. 76 & 77, pag. 291.

SECTION III.

Du pouvoir des ſeigneurs de deſtituer leurs officiers.

XIV. Les offices indépendans des juſtices des ſeigneurs n'étant ni vénaux ni héréditaires, les ſeigneurspeuvent deſtituer leurs officiers toutefois & quantes qu'il leur plaît, ſauf les reſtrictions ci-après.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 27 de l'ordonnance de Rouſſillon : & lorſque les proviſions n'expriment aucune finance ni autre cauſe onéreuſe, l'officier eſt cenſé avoir été pourvu gratuitement, & par conſéquent deſtituable ; arrêt du 25 avril 1630, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 100. Sur cette deſtitution voyez Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 4, pag. 302 & ſuivantes : il ſe récrie contre cette faculté lorſqu'il n'y a nulle cauſe, mais elle eſt autoriſée : il faut cependant convenir qu'en ce cas elle eſt défavorable, & c'eſt ce que diſent Bacquet, des droits de juſtice, ch. 17, num. 3, pag. 98 ; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 4, num. 26, pag. 304 ; la doctrine de ce dernier va même plus loin que la défaveur ; il ſeroit peut-être ſalutaire de l'adopter, mais l'adoption auroit d'autres inconvéniens.

XV. La mort du ſeigneur n'emporte pas deſtitution de ſon officier ; c'eſt à la perſonne de ce dernier que la qualité eſt attachée ; la mort du premier ne doit donc pas donner atteinte à la qualité de l'autre, ſauf le droit ci-deſſus, & qu'il a tranſmis à ſon héritier.

Ni celle de tout autre collateur ; voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 10, num. 58 & 59, pag. 66, au liv. 4, ch. 5 ; il s'éleve fortement contre ce droit des ſeigneurs de pouvoir deſtituer leurs officiers, droit qui tombe ordinairemeut ſur les meilleurs & les réduit à la qualité de valets ; c'eſt une judicieuſe remarque, mais l'uſage la rejette.

SECTION IV.

Des cas eſquels les officiers des ſeigneurs ſont indeſtituables.

DISTINCTION PREMIERE.

Que l'officier eſt indeſtituable lorſqu'il a acquis à prix d'argent, & qu'en ce même cas il tranſmet l'office à ſes héritiers.

XVI. Lorſque l'officier du ſeigneur a acquis ſon office à prix d'argent, il eſt indeſtituable ; autrement telle collation dégénéreroit en fraude : mais ne faudroit-il pas diſtinguer l'office qu'on avoit coutume de donner à ferme comme un greffe, & l'office de judicature, & par rapport au premier & relativement aux bénéficiers, dire que l'aliénation ne peut nuire aux ſucceſſeurs ? on n'admet pas cette diſtinction lorſque la finance reçue par le bénéficier a tourné au profit du bénéfice : c'eſt une juſtice qui eſt dûe à un tel officier.

Arrêt du 3 avril 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, ch. 34, il eſt auſſi rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3 : ch. 42. Autre, du 6 août 1691, rapporté dans le cinquieme volume du même journal, liv. 7, ch. 39, pag. 539 ; & c'eſt juriſprudence conſtante fondée ſur ce qu'en ce cas, c'eſt portion du fief aliéné ; aliénation licite qui doit avoir ſon éxécution, & qui par conſéquent écarte la deſtitution qui a pour baſe la collation gratuite ; voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 181 & 182.

XVII. Dans ce même cas l'officier peut diſpoſer de ſon office, & n'en diſpoſant pas ſes héritiers y ſuccédent ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt aliénation.

Cela a lieu même contre le ſucceſſeur ſingulier de celui qui a pourvu à titre onéreux ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 17, num. 11 : ce qui prouve à plus forte raiſon la propoſition générale, ſauf l'effet du droit, ſans oppoſition.

XVIII. Mais pour que par cette voie l'officier ſoit indeſtituable, il faut que le ſeigneur ait eu qualité pour aliéner, car telle proviſion eſt aliénation ou eſpece d'aliénation, comme on l'a déja obſervé ; ainſi ſi ce dernier n'a pas eu cette qualité, la deſtitution eſt licite.

Voyez l'ordonnance de Charles IX, de 1563, art. 17 ; elle eſt rapportée dans la note citée ſur l'avant-derniere propoſition ; on examinera ci-après quels ſeigneurs peuvent pourvoir à ce titre.

DISTINCTION II.

Que l'officier eſt indeſtituable lorſqu'il eſt pourvu pour recompenſe de ſervice ; mais qu'en ce cas l'office ne paſſe pas à ſes héritiers.

XIX. L'officier du ſeigneur eſt encore indeſtituable, lorſqu'il a été pourvu pour recompenſe de ſervices ; mais en ce cas le droit eſt limité à ſa perſonne : c'eſt elle qu'on recompenſe & non un droit perpétuel.

Voyez Louet, let O, num. 1 ; le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, ch. 56 ; Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 112 ; Bacquet, des droits de juſtice ch. 17, num. 9 ; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 5.

XX. Pour ce il ſuffit que les proviſions en contiennent la clauſe ; ſon énonciation rend l'officier indeſtituable ; elle fait preuve juridique contre celui qui la ſouſcrit, & ceux qui le repréſentent.

Arrêt du 10 avril 1627, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 108 ; mais l'énonciation des ſervices rendus par le pere de l'officier dans les proviſions accordées au fils, & dans l'eſpérance de ceux qu'il rendra, n'efface pas la qualité de deſtituable ; Lapeyrere, let. O, déciſion 29, pag. 187. Ce qui me paroît juſte, ce droit étant vraiment perſonnel.

XXI. Mais dans le cas que l'officier a été pourvu pour recompenſe de ſervices, l'officier ne peut diſpoſer de ſon office, ſi ce n'eſt de l'agrément du ſeigneur; la faveur ne s'étend pas au-delà de ſa perſonne; de-là il s'enſuit que tout le droit de l'officier pourvu pour recompenſe de ſervice ceſſe par ſa mort; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Voyez Baſſet, tom. 2, liv. 2, tit. 3, ch. 5, & Loyſeau, des offices, liv. 5, chap. 5, num. 22, pag. 295.

XXII. De même il ceſſe par ſa démiſſion, puiſque la faveur d'une telle proviſion eſt limitée à lui; autre conſéquence du même principe ſuivant lequel tel office n'eſt ni vénal ni héréditaire.

Voyez l'arrêt du 5 juillet 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 300, & celui rapporté au même volume, pag. 313: delà il s'enſuit que cette cauſe ne rend l'office ni vénal ni héréditaire.

DISTINCTION III.

Des ſeigneurs qui peuvent donner à leurs officiers la qualité d'indeſtituables.

XXIII. Celui qui ne peut aliéner, ne peut la leur donner, puiſque cette qualité emporte avec elle aliénation; de-là il s'enſuit que le ſeigneur eccléſiaſtique ne peut la donner: tel ſeigneur n'ayant pas la capacité d'aliéner, à moins que la collation n'ait été faite, moyennant finance, ou pour recompenſe de ſervices, & que la finance ou les ſervices n'ayent tournés au profit du bénéfice; car il faut encore en ce cas cette derniere condition pour écarter la deſtitution.

Si le ſervice a été rendu à l'égliſe & non au bénéficier, l'officier ainſi pourvu pour recompenſe de ſervice n'eſt pas deſtituable *ad nutum*; Louet, & Brodeau, let. O, num. 2. Mais ſi le ſervice a été rendu au bénéficier, ſon ſucceſſeur peut deſtituer l'officier nonobſtant l'énonciation de ſervices portée dans les proviſions; arrêt du 17 mai 1623, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 114: voyez auſſi Henrys, tom. 1, liv. 2, ch. 4, queſt. 12: Loyſeau, liv. 5, des offices des ſeigneurs, ch. 5, pag. 453; & Bacquet des droits de juſtice, ch. 17, pag. 120, où il rapporte l'arrêt de Faguet, contre le prieur d'Argenteuil: Dufreſne, en ſon journal en rapporte un autre du 29 novembre 1629, liv. deuxieme ch. 36, pag. 124; voyez auſſi le chapitre 34 du même journal.

XXIV. Cependant le réſignataire ne peut deſtituer l'officier que ſon réſignant a pourvu pour finance ou pour recompenſe de ſervice, la gratitude l'aſſujettiſſant à ce que ce dernier a fait; c'eſt juſte exception.

De cette reconnoiſſance naît cet engagement, ſur quoi l'on peut voir les autorités rapportées ſur la propoſition précédente, & Rebuffe ſur les ordonnances, *tract. de mat. poſſeſ.*, art. 4, gloſ. 1, tome premier, page 779, & Brodeau ſur Louet, lettre O, ch. 2, num. 2, page 176.

☞ Les chapitres ne peuvent pendant la vacance du ſiége épiſcopal, deſtituer les officiers de la juriſdiction eccléſiaſtique pourvus par les évêques décédés: arrêt du 13 mars 1651, rapporté par Louet, let. O, ſom. 2; voyez auſſi Tournet, let. C, nomb. 50.

XXV. L'officier pourvu par un mari à titre onéreux, n'eſt pas deſtituable par la femme à laquelle le fief appartient; c'eſt acte d'adminiſtration que la coutume a entierement confiée au mari comme chef de la communauté, mais il y a indemnité; cela eſt fondé ſur ce que c'eſt acte d'adminiſtration, & que la femme eſt dédommagée par l'indemnité ou plutôt la recompenſe qui lui eſt ouverte, ſi elle renonce à la communauté, auquel cas ſon indemnité lui eſt dûe pour le tout; mais pour moitié ſeulement ſi elle a accepté la communauté, parce que dans ce dernier cas elle trouve dans ſa maſſe qu'elle partage la totalité du prix de la qualité d'indeſtituable qui s'eſt noyé dans icelle; ainſi dans l'un & dans l'autre cas la qualité d'indeſtituable doit militer contre la femme.

Sur cette différente indemnité, voyez le titre de la communauté, & ſur la régle générale que contient la propoſition, Loyſeau des offices, liv. 5, chap. 5, num. 35, page 313.

XXVI. Mais le grevé de ſubſtitution ne peut pourvoir à titre onéreux; s'il le fait, l'appellé peut deſtituer l'officier par lui ainſi pourvu, le premier ne pouvant nuire à l'autre, & aliéner à ſon préjudice.

Note ſur Dupleſſis, pag. 182; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 5, num. 26 & ſuivans: ce qui ne s'entend néanmoins que dans le cas que le ſubſtitué ſurvit le grevé.

XXVII. L'officier pourvu par les chapitres & communautés, moyennant finance, eſt indeſtituable, les communautés ne mourant pas; mais pour cela il faut que la finance ait tourné au profit de la communauté.

Voyez Henrys, à l'endroit qu'on vient de citer, & Rebuffe, à l'endroit ci-deſſus cité.

XXVIII. Il en eſt de même lorſque l'officier eſt pourvu pour recompenſe de ſervices rendus à la communauté; en ce cas, comme dans le précédent, il eſt indeſtituable; mais la ſimple énonciation dans les proviſions qu'elles ont été accordées, moyennant finance ou pour recompenſe de ſervices ſuffiſans à l'égard des ſeigneurs laïques, n'eſt pas telle par rapport aux ſeigneurs eccléſiaſtique, contre les ſucceſſeurs deſquels il faut que l'officier rapporte la preuve du payement de la finance ou des ſervices rendus, & que les uns ou les autres ont tourné au profit du bénéfice.

Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch. 5, num. 25, pag. 90, où il dit que les juſtices ſeigneuriales appartenantes aux gens d'égliſe ſe gouvernent par les mêmes principes que les autres;

ce qui fonde la propoſition, ſur la néceſſité de la preuve dont elle fait mention ; voyez Brodeau, ſur Louet, lettre O, chap. 2, num. 6, tom. 2, page 177.

XXVIX. Pour cela il faut que les ſervices ayent été rendus au corps, auquel cas ils lient tous les membres ; mais il faut que les ſervices ſoient prouvés par écrit, & la ſimple énonciation pour ce ne ſuffit pas.

Note ſur Dupleſſis, pag. 181 & 182, il en eſt autrement par rapport aux autres ſeigneurs à l'égard deſquels l'énonciation ſuffit.

XXX. Par rapport aux ſeigneurs laïcs la ſimple énonciation de ſervice rend l'officier indeſtituable, & elle lie même le ſucceſſeur dans le fief, relativement auquel l'officier ainſi pourvu eſt tel.

Loyſeau, des offices, liv. 5, num. 11, pag. 310.

DISTINCTION IV.

Que l'officier pourvu par le ſeigneur à titre onéreux, ou pour recompenſe de ſervices peut être deſtitué pour forfaiture, mais n'eſt ſujet à la ſurvie des 40 jours.

XXXI. Quoique l'officier du ſeigneur ſoit indeſtituable par la cauſe de ſa nomination, il peut néanmoins être deſtitué s'il commet forfaiture ; la peine qu'elle produit eſt indépendante de la proviſion ; en effet, c'eſt une condition tacite & légale, qu'il exercera bien & fidelement ſon office, & ceſſant l'accompliſſement de cette condition inſéparable de la collation, la collation doit ceſſer.

Loyſeau, des offices, liv. premier, chap. 13, page 78.

XXXII. Mais pour le deſtituer il faut que le ſeigneur envers lequel il a forfait lui faſſe faire ſon procès, & que par le jugement la forfaiture ſoit conſtatée, ſans cela il n'y a pas ouverture à la deſtitution.

Le même auteur, au même traité, liv. 5, ch. 5, num. 50 & ſuivans, juſqu'à la fin du même chapitre ; & cela ſeroit encore inſuffiſant, il faut que l'officier ſoit convaincu, & ſon office déclaré vacant & impétrable.

XXXIII. Lorſque l'officier a été pourvu par le ſeigneur à titre onéreux & moyennant finance, il n'eſt point ſujet à la ſurvie des 40 jours pour pouvoir valablement réſigner ſon office ; c'eſt aliénation, & la cauſe de ſa nomination l'affranchit.

Loyſeau en ſon traité des offices, liv. 2, num. 17 & ſuivans, pag. 105, où il établit que telle aliénation d'office comme portion du domaine des ſeigneurs, ne peut être faite que ſous la faculté perpétuelle du rachat de la part du ſeigneur, ſans laquelle faculté ce ſeroit démembrement prohibé du fief, mais le démembrement n'eſt pas indiſtinctement prohibé ; voyez ſur ce le titre des fiefs, ainſi cette reſtriction ne me paroît pas juridique, elle va au-delà de la loi.

XXXIV. De-là il s'enſuit que s'il meurt dans les 40 jours, après avoir diſpoſé de ſon office, tel office concedé à titre onéreux ne retourne pas au ſeigneur qui ne peut refuſer la réſignation ; autrement il reprendroit ce qu'il avoit aliéné, & dont il avoit touché le prix.

Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 5, ch. 3, num. 70 & ſuivans, pag. 300 & 301.

XXXV. Comme dans le cas que l'officier n'eſt pas deſtituable, ſon droit devient une charge impoſée ſur le ſeigneur, celui qui poſſede un office ſeigneurial de cette nature, eſt obligé de s'oppoſer pour ce ſi on décrete la terre, ſinon ſon droit ſeroit purgé par le décret, & faute d'oppoſition, la qualité d'indeſtituable ceſſeroit, & l'adjudicataire auroit la terre comme libre de cette charge ; c'eſt l'effet de la publicité des décrets, & de l'ignorance invincible dans laquelle ſeroit l'acquéreur d'une telle charge.

Voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 34 ; en effet, c'eſt en ce cas une véritable charge réelle, à laquelle l'adjudicataire qui acquiert la terre comme libre, n'auroit pas été aſſujetti ; il doit donc en être affranchi faute d'oppoſition au décret de la part de l'officier, puiſque rien ne lui a annoncé une telle charge ; Lapeyrere, let. O, déciſion 37, pag. 288. Note ſur Dupleſſis, pag. 182.

DISTINCTION V.

Que lorſque l'officier a été pourvu à prix d'argent il peut non ſeulement réſigner, mais encore lorſqu'il a réſigné, ſon ſucceſſeur eſt comme lui indeſtituable.

XXXVI. Celui qui a été pourvu à prix d'argent ayant réſigné ſon office, ſon ſucceſſeur eſt comme lui indeſtituable ; en effet, il eſt entré dans tous les droits du premier : ce qui n'a pas lieu par rapport à celui qui a été pourvu à titre gratuit : dans le premier cas, c'eſt tranſmiſſion d'un droit irrévocable.

Mais celui qui a été pourvu à titre gratuit ne peut réſigner ; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 3, num. 1, pag. 293, & num. 9, pag. 294 ; diſtinction qui réſulte de ce que deſſus.

XXXVII. Cette qualité milite non-ſeulement pour le premier acquéreur, mais pour tous ceux qui ont acquis ſucceſſivement les uns des autres, parce que le ſeigneur a attribué lui-même cette qualité à l'office en le mettant dans le commerce.

Ces derniers comme le premier peuvent auſſi réſigner, juſques-là que pour rejetter la réſignation, le ſeigneur ne ſeroit admis à rendre l'argent par lui reçu ; Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, num. 22, pag. 295 : voyez le même auteur, à la pag. 105, où il regarde telle collation comme un démembrement prohibé, mais tout démembrement n'eſt pas prohibé ; ainſi cet auteur ſe croiſe lui-même ſur cet objet.

XXXVIII. Mais il faut, ſi on décrete la terre, comme on l'a déjà dit, oppoſition au décret de la part d'un tel ſucceſſeur à l'officier,

ficier, ſans laquelle le décret purgeroit ce droit, qui eſt un droit inhérant ſur la terre, & que le décret effaceroit puiſqu'il efface tout, à l'exception des douaires & des ſubſtitutions non ouvertes, par rapport auxquels il y a impuiſſance d'agir.

Voyez les citations ſur les deux dernieres propoſitions de la diſtinction précédente, elles ſont communes à cette propoſition ; en effet, le ſucceſſeur ne peut avoir plus de droit que le premier acquéreur, c'eſt même principe dans l'un & l'autre cas.

SECTION V.

A qui appartient la nomination de ces offices & la deſtitution.

XXXIX. Elles appartiennent à tout ſeigneur incommutable ; c'eſt droit attaché à celui auquel appartient la juſtice : non-ſeulement le ſeigneur incommutable a droit de nommer ſes officiers ; mais encore de donner les proviſions ; c'eſt la ſuite de la poſſeſſion du droit de juſtice qui réſide dans ſa perſonne.

Ce pouvoir appartient auſſi au tuteur ; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 2, num. 43, pag. 288 : en effet, c'eſt acte d'adminiſtration.

XL. L'uſufruitier de la terre a la préſentation aux offices que le propriétaire ne peut refuſer ; c'eſt où ſe borne ſon droit, mais en ce cas, c'eſt au propriétaire à donner les proviſions ; ce droit eſt attaché à la propriété.

Loyſeau, au chapitre qui vient d'être cité, num. 19, page 286.

XLI. Cependant le mari, à cauſe de la ſeigneurie appartenante à ſa femme, peut nommer & pourvoir ; c'eſt adminiſtration plus étendue & que l'incapacité de la femme fonde ; en effet, la loi le conſtitue maître des droits mobiliers & poſſeſſoires de cette derniere.

Voyez le titre de la communauté ; Dumoulin, ſur l'art. 37 de la coutume, gloſe 10 ; Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 2, depuis le num. 25 juſqu'au num. 35 ; & tel eſt l'uſage.

XLII. Le fermier n'a pas le droit de nommer aux offices, ſi ce droit n'eſt expreſſément compris dans ſon bail ; & l'ayant, il ne peut pourvoir : il y auroit indécence & uſurpation même de ſa part de le faire.

Cela a été atteſté par Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 2, num. 10, & ſuivans pag. 285.

XLIII. Ni lui ni l'uſufruitier ne peut deſtituer ſans cauſe, toute deſtitution étant défavorable ; ce n'eſt qu'au propriétaire auquel ce droit appartient.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition qui ſuit.

XLIV. Le tuteur ne peut pareillement deſtituer ſans cauſe ; la même raiſon fonde cette incapacité ; ſon pouvoir étant limité aux actes d'adminiſtration.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 5 ; num. 42 & ſuivans.

☞ De même un tuteur ayant pourvu un officier, le pupille, devenu majeur, doit le conſerver & ne peut le deſtituer, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 27 février 1574, rapporté par Papon, liv. 4, tit. 12, num. 4.

SECTION VI.

Quels officiers les ſeigneurs peuvent avoir & ſi ces officiers doivent être gradués.

XLV. Les ſeigneurs n'ont d'autres officiers ayant puiſſance publique, que ceux de juſtice, tous autres officiers leur ſont interdits ; & en pourvoir d'autres, ſeroit de leur part une eſpece d'attentat.

Loyſeau, liv. 5, ch. 1, num. 23, pag. 279. Le ſeigneur haut-juſticier qui abuſeroit de ſa juſtice, en ſeroit privé ou pour ſa vie ou pour toujours ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 18, pag. 103.

XLVI. De-là il s'enſuit qu'ils ne peuvent avoir officiers ni pour les armes ni pour la finance, la nomination des premiers ſeroit de leur part un attentat ; en effet, il n'appartient qu'au roi d'avoir officiers pour les armes & pour les finances, parce qu'ayant la ſeigneurie ſouveraine & univerſelle, à lui ſeul appartient, dans l'étendue des juſtices des ſeigneurs, de commettre des officiers d'armes & de finance.

Loyſeau, des offices, liv. 5, ch. 1, num. 11 & 13, pag. 278, & num. 18 & 19, pag. 279 ; Mornac, ſur la loi 7, eod, *de epiſc. audientia.*

XLVII. Cependant quoique les ſeigneurs n'ayent en aucune façon puiſſance de vie & de mort ſur leurs vaſſaux & cenſitaires, néanmoins ils ſemblent donner à leurs juges un pouvoir qu'ils n'ont pas eux-mêmes ; mais ces juges ne tiennent pas ce pouvoir des ſeigneurs ; en effet, ce ne ſont pas les ſeigneurs qui leur donnent ce pouvoir, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus, ils le tirent tout entier de leur réception qui ſe fait par les juges royaux, qui ſeuls leur donnent cette puiſſance qui remonte à ſa vraie ſource, c'eſt-à-dire au roi.

C'eſt ce que dit Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 5, ch. 2, num. 76 & 77, pag. 291 : & pour effacer les reſtes apparens de cette eſpece d'abus, le roi devroit pourvoir à ces offices ſur la nomination des ſeigneurs : & c'eſt ce que dit encore Loyſeau, au même traité, ch. 1, num. 29 & 39, pag. 280.

XLVIII. En effet, il n'appartient qu'au roi ſeul de donner le pouvoir de légiſlation

& le droit de commander en la juſtice ; mais la réception par ſes juges remédie à cela, & cette réception même ne rend pas le juge ſeigneurial capable de connoître des accuſations intentées par le ſeigneur, ni de faire inventaire de ſon bien, ni de pourvoir ſes enfans de tuteur ; ce ſont des cas royaux.

Le juge du ſeigneur ne peut connoître d'accuſation où le ſeigneur eſt plaignant ; arrêt du 17 juillet 1705, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 57, pag. 564 : ce qui confirme ce que deſſus.

☞ Par rapport aux inventaires des biens du ſeigneur & à la tutelle de ſes enfans, voyez l'arrêt du 6 février 1702, rapporté dans le journal des audiences, il établit la propoſition.

XLIX. Les juges des ſeigneurs ſont en poſſeſſion encore de recevoir les officiers miniſtres de leurs juſtices, tels que ſont les greffiers, tabellions & ſergens ; c'eſt abus, parce que dans la pureté de la régle cette réception devroit ſe faire par les juges royaux ; ce qui pallie cet abus eſt que ces officiers doivent recevoir la miſſion de leur juge ; mais vain palliatif, puiſqu'ils ne peuvent donner ce qu'ils n'ont eux-mêmes que par leur réception : ainſi ſuivant les régles ces réceptions ne devroient ſe faire que par les juges royaux.

Sur la queſtion de ſavoir ſi le ſeigneur peut communiquer ſes droits honorifiques à ſon juge, voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 11, num. 50 & 51, & ci-deſſus le chapitre des droits honorifiques.

L. Il n'eſt pas néceſſaire que les juges des ſeigneurs ſoient gradués, comme on l'a déja obſervé dans une note précédente, c'eſt indulgence : ce qui ne s'entend pas des juſtices reſſortiſſantes nuement au parlement.

Mais ils doivent nommer perſonnes ſuffiſantes pour ce, du fait deſquels néanmoins ils ne répondent pas : Loüet & Brodeau, let. O, num 4 ; mais, comme on l'a vu ci-deſſus, à l'égard des duchés-pairies reſſortiſſantes au parlement, les juges doivent être gradués : note ſur la déciſion 4, de la lettre O, de Lapeyrere, pag. 288.

CINQUIEME PARTIE DES OFFICES.

DES FRUITS CIVILS DES OFFICES ROYAUX, ET DES PRIVILE'GES QUI Y SONT ATTACHE'S.

CHAPITRE PREMIER.

DES ÉMOLUMENS DE CES OFFICES.

SECTION PREMIERE.

DES DIFFÉRENTES SORTES D'ÉMOLUMENS.

IL A vénalité des offices a produit cet autre inconvénient, qu'ils ſont plus recherchés par les émolumens que leur vénalité y a fait attacher, que par le zèle de ſervir ſon roi & ſes concitoyens ; ſuite fâcheuſe de leur vénalité.

Loyſeau, des offices, ch. 8, liv. 1.

II. Ces fruits ou émolumens ſont de deux eſpeces, les gages & les ſalaires ; les gages ſont comme les fruits naturels qui appartiennent au propriétaire de l'office par le droit de propriété d'icelui, en quoi ils différent des ſalaires.

Loyſeau, au même chapitre 8, num. 61.

III. Les ſalaires forment une eſpece de fruits induſtriaux, qui ſont dûs à l'officier pour la récompenſe de ſon travail : il eſt juſte qu'il en tire un profit ; mais de-là il s'enſuit que les derniers ne peuvent lui appartenir que par un exercice actuel ; ceſſant lequel ſa jouiſſance ſeroit abus.

Le même auteur, num. 62 du chapitre 8 du premier livre, & au liv. 4, ch, 8, num. 57 & 58, pag. 268.

IV. Outre les gages & les ſalaires, il eſt de certains offices auxquels ſont attachés des priviléges : ces priviléges feront la matiere du chapitre ſuivant ; ils méritent un examen particulier.

Sur ces priviléges, voyez Loyſeau, traité des offices, liv. 4, ch. 3, pag. 226 & ſuivantes.

SECTION II.

Quels ſont les officiers qui n'ont point de ſalaires.

V. Dans la pureté de la régle, nul officier ne devroit avoir tout enſemble gages & ſalaires ; ils ſemblent en effet incompatibles, l'un

tenant lieu de l'autre, mais l'uſage contraire a prévalu : en effet, les gages le recompenſent de ſon travail, mais encore une fois, l'uſage a prévalu ; les uns & les autres peuvent donc à préſent concourir, mais c'eſt plus indulgence que vrai droit.

Voyez Loyſeau, au chapitre 8, num. 27 & 34, juſques & compris le 38.

VI. Les officiers de gouvernement, ceux de police & ceux de finance, n'ont aucun ſalaire, s'il ne leur eſt attribué par le roi ; de-là il s'enſuit que ce qu'ils exigeroient au-delà, ſeroit concuſſion.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 8, pag. 49.

SECTION III.

Quand l'officier commence & ceſſe de jouir des gages, & quand il commence à jouir des ſalaires.

VII. Les gages lui appartiennent du jour de ſes proviſions, parce que c'eſt le produit de la finance qui eſt entrée dans les coffres du roi ; c'eſt donc de ce jour-là qu'il en doit jouir ; c'eſt juſtice que de les lui accorder.

Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 8, num. 55, 56 & ſuivans, pag. 53.

VIII. Dans la régle étroite, les gages ceſſent de courir en ſa faveur du jour de ſon décès, néanmoins la veuve & les héritiers jouiſſent des gages pendant le tems qui leur eſt accordé pour vendre l'office ; c'eſt une juſte faveur qu'on leur a accordé. Il y a plus, ils jouiſſent même pendant ce tems du produit de la bourſe commune dans les communautés dans leſquelles il y en a une établie ; c'eſt un intérêt commun à tous les membres, & cet intérêt a fondé cette indulgence.

Cela a été jugé au parc-civil, moi plaidant, pour raiſon d'un office de greffier de l'écritoire : mais après ce tems expiré, ils ne profitent plus ni des gages, ni du produit de la bourſe commune ; ce tems a été fixé ſur cet intérêt dont on vient de parler, l'étendre au-delà ſeroit abus : tel eſt ſur ce l'uſage.

IX. L'officier n'a part dans les ſalaires & émolumens caſuels que du jour de ſa réception, ils ſont ſuite de l'exercice & inſéparable d'icelle ; ce n'eſt donc que de ce jour qu'il en doit jouir ; cela auroit lieu, encore que la communauté dans laquelle l'officier eſt entré fît bourſe commune ; cela ne change rien à la régle.

La communauté de la bourſe eſt une ſuite de celle du travail, il ne doit donc avoir part dans l'une qu'en partageant l'autre ; voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 8, num. 62, pag. 54.

SECTION IV.

Si les gages de l'office peuvent être ſaiſis, & ſi la ſaiſie réelle des offices en emporte la perte.

X. Les gages de l'officier peuvent être ſaiſis & arrêtés dans la théſe générale, ils ſont dans le commerce, & tout bien dans le commerce eſt ſaiſiſſable. Cependant cette régle reçoit quelques juſtes exceptions.

Loyſeau, traité des offices, liv. 3, ch. 6 ; & liv. 4, ch. 8, num. 60, pag. 268, & num. 68, pag. 269 ; & tel eſt l'uſage, fondé ſur ce qu'ils ſont les fruits naturels de l'office qui eſt dans le commerce ; ces fruits, qui en ſont l'acceſſoire naturel, y ſont donc pareillement & par conſéquent ſaiſiſſables ; ceux-là ne pouvant être d'une qualité différente de l'autre ; c'eſt-à-dire, de l'office même qui eſt ſaiſiſſable : Loyſeau, aux mêmes chapitres qu'on vient de citer.

XI. Il n'en eſt pas de même des ſalaires ; ils ſont inſaiſiſſables ; c'eſt le fruit du travail : qualité qui les rend tels ; en effet, ils ſont le prix du ſervice actuel, & s'ils étoient ſaiſiſſables, le public ne ſeroit pas ſervi, parce que les ſaiſies qu'on en feroit pourroient porter l'officier à abandonner ſon ſervice : inconvénient auquel cette qualité pare, c'eſt bien public que cette inſaiſiſſabilité.

On l'a jugé ainſi au châtelet, conformément à la doctrine de Loyſeau, au chapitre 8, du liv. 4, de ſon traité des offices, num. 58, pag. 288.

XII. Quoique dans la théſe générale les gages des officiers ſoient ſaiſiſſables, cependant ceux qui leur tiennent lieu de ſolde ne le ſont pas ; c'eſt juſte & favorable exception que l'avantage public fonde encore, & il en eſt de même des gages des commenſaux de la maiſon du roi ; c'eſt la recompenſe de leur ſervice actuel : ces offices ſont des eſpeces de milices palatines, & les gages qui y ſont attribués des eſpeces de ſoldes, & par conſéquent inſaiſiſſables.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. Pag. 226 & ſuivantes.

XIII. La ſaiſie réelle de l'office n'emporte point perte, ni même ſaiſie mobiliaire des gages. De-là il s'enſuit qu'à plus forte raiſon, elle n'emporte point perte des ſalaires & émolumens, puiſque ceux-là ſont le fruit de ſon travail actuel ; d'où il réſulte que l'officier dont l'office eſt ſaiſi réellement, n'eſt dépouillé des gages attribués à ſon office, que par l'adjudication, à moins qu'ils n'ayent été ſaiſis entre les mains du payeur de ces mêmes gages.

Voyez la premiere propoſition de cette ſection, & Loyſeau, des offices, liv. 3, ch. 6.

CHAPITRE SECOND.

DES PRIVILÉGES ATTACHÉS AUX OFFICES.

SECTION PREMIERE.

DES OFFICES QUI DONNENT LA HAUTE NOBLESSE.

I. LES grands officiers de la couronne, les grands officiers du conſeil du roi, les préſidens de cours ſouveraines, ſont par leurs offices faits chevaliers, & leurs deſcendans : il eſt juſte que la nobleſſe éclatante de ces états, influe ſur la poſtérité de celui que ſon mérite y a élevé.

Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 7, num. 55, pag. 46.

II. Il en eſt de même des gouverneurs des provinces & des lieutenans de roi ; ces offices donnent la qualité de chevalier : c'eſt même principe.

Loyſeau, au nombre cité ſur la propoſition précédente.

III. Celui qui a poſſédé un tel office, toute abſtraction faite de tems, & qui par-là a eu droit de s'intituler chevalier, ne peut ceſſer de l'être, ſi ce n'eſt par forfaiture ; c'eſt privilége attaché aux offices qui donnent cette qualité.

Cela eſt atteſté par Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 9, num. 16, pag. 56 : cette nobleſſe eſt même plus éclatante que celle de race ; Loyſeau, traité des ordres, ch. 4, num. 44, pag. 25 ; ſur quoi on peut obſerver que les romains n'admettoient pas d'autre ſource de nobleſſe que celle-là : elle eſt pure, elle porte avec elle un reſpect intérieur & naturel.

IV. Ils peuvent toujours s'intituler chevaliers, parce que les grands offices donnent un ordre permanent & ineffaçable.

Le même auteur, au nombre cité ſur la premiere propoſition de cette ſection. Cela a déja été dit ci-deſſus ſur le titre des nobles ; l'ordre & le rapport que certaines matieres ont les unes avec les autres, rendent de telles répétitions abſolument néceſſaires.

SECTION II.

Des offices qui donnent la nobleſſe ſimple & de race.

V. Les charges de conſeillers au parlement, du grand conſeil & de la cour des aides, donnent la nobleſſe à ceux qui en ſont pourvus.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 9, num. 5, pag. 56, & num. 21, pag. 57.

VI. Il en eſt de même de celles de maîtres & d'auditeurs des comptes, & de celles de conſeiller en la cour des monnoies.

Voyez les édits ſur ce intervenus, ils ſont plus récens que ceux en faveur des conſeillers du parlement.

VII. Cette nobleſſe ne paſſe aux deſcendans que lorſque tel officier eſt mort en poſſeſſion de ſon office, ou ne l'a réſigné qu'après vingt ans de poſſeſſion & de ſervice. Dans ce cas, c'eſt vraie nobleſſe qui affecte le ſang & la deſcendance ; c'eſt une juſtice qui étoit dûe à ſa ſource.

Loyſeau, à l'endroit cité ſur la premiere propoſition.

VIII. Dans ce même cas, la ſucceſſion de celui qui a été ennobli par un tel office, ſe partage noblement ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Cela eſt établi par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions : mais ſi tel officier réſignoit ſon office avant 20 ans de ſervice, non-ſeulement ſes deſcendans ne ſeroient pas ennoblis, mais lui-même ne jouiroit pas des priviléges attribués à la nobleſſe ; ſeconde conſéquence qui réſulte de la troiſieme propoſition.

SECTION III.

Des offices qui donnent la nobleſſe impropre & non tranſmiſſible.

IX. Il y a de certains offices & de certaines fonctions militaires qui donnent la prééminence de la nobleſſe, ſans donner la nobleſſe même : principe général qu'on va expliquer.

Loyſeau, des offices, chapitre 9, nüm. 19, pag. 57.

X. Cette prééminence de nobleſſe qui n'eſt pas nobleſſe propre, ne paſſe point aux deſcendans ; autrement elle ſeroit vraie nobleſſe.

Loyſeau, au nombre cité ſur la propoſition précédente, & num. 31, pag. 58.

XI. Par cette nobleſſe impropre, les officiers commenſaux de la maiſon du roi, ont la préſéance ſur les marguilliers ; c'eſt le juſte effet qu'elle produit.

Arrêt du grand conſeil, du 9 janvier 1727, rendu contre les marguilliers de Corbeil.

XII. De-là il s'enſuit que cette nobleſſe impropre eſt inhérente à l'officier, & que par conſéquent ſa ſucceſſion ne ſe partage pas noblement ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

C'eſt ce qui eſt établi par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions.

SECTION IV.

Des offices qui donnent les immunités & les exemptions accordées à la nobleſſe.

XIII. Il eſt de certains offices, qui ſans donner la nobleſſe improprement dite & imparfaite, donnent à ceux qui en ſont pourvus une partie des immunités dont jouiſſent les nobles : régle générale qui va être expliquée par les propoſitions ſuivantes.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 9, num. 47 ; c'eſt par ce principe que les officiers de la maiſon du roi précédent les juges non-royaux ; arrêt du grand conſeil, du 31 janvier 1699, rapporté par Augeard, tom. 1, pag. 161 : il en rapporte un autre dans le ſecond tom. du 9 janvier 1727, qu'on a déja cité.

XIV. Telle eſt l'exemption de la taille dont jouiſſent les menus officiers de la maiſon du roi ; c'eſt immunité & non nobleſſe : c'eſt eſpece d'augmentation de gages.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la propoſition précédente, num 48 : ſur les priviléges des officiers commenſaux de la maiſon du roi, voyez les lettres-patentes du 30 juillet 1726, enregiſtrées en la cour des aides le 26 novembre 1726.

XV. Ces exemptions leur ſont accordées, non pas tant par honneur que pour ſupplément de gages, & les mettre plus en état de faire leur ſervice ; telle eſt la vraie baſe de cette exemption, elle ne forme donc pas une nobleſſe même impropre.

C'eſt ce que dit l'auteur déja cité ; ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que les officiers de la maiſon de la reine, jouiſſent de tous les priviléges qui ont été accordé aux officiers de la maiſon du roi ; declaration du 22 août 1725.

XVI. Ces offices exemptent de tutelle & de curatelle ; autre privilége qui leur eſt attaché, & qui a pour baſe la néceſſité de leurs ſervices.

Voyez ſur ces priviléges & les autres, Loyſeau, des offices, liv. 4, ch. 3, pag. 226 & ſuivantes ; & c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du conſeil d'état, du 20 mars 1730.

XVII. Elles exemptent du ſyndicat & de la collecte des tailles : troiſieme privilége, la même raiſon le fonde.

Cette propoſition & la précédente ſont atteſtées par Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 9, num. 50, pag. 59.

SECTION V.

Quand ces immunités ceſſent, & de l'état de la veuve par rapport aux priviléges.

XVIII. Tout ces priviléges ceſſent par la réſignation de l'officier ; c'eſt à l'exercice de l'office qu'ils ſont attachés : ils ceſſent donc lorſque cet exercice ceſſe.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 7, num. 66, pag. 47 : en effet, ces priviléges ſont inhérens aux offices, & ils en ſont inſéparables. Il n'en eſt pas de même de ces priviléges, comme de la nobleſſe que donne un ordre permanent, dit Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 9, num. 54 & 55, pag. 60 ; ce qui prouve cette propoſition : en effet, la différence eſt totale entre l'un & l'autre cas.

XIX. Cependant ſi l'officier avoit obtenu lettres de vétérance, il continueroit d'en jouir ; tel eſt l'effet de ces lettres, de conſerver la jouiſſance des priviléges.

Le même auteur, au même chapitre ; num. 72, & au chapitre 9, num. 61 & 62, pag. 60 ; mais non des profits ; voyez auſſi Cujas, ſur la loi 8, ff. *de excuſationibus* ; ce qui eſt confirmé par la déclaration du roi du 22 mars 1726, qui leur conſerve même les priviléges attachés à pluſieurs offices lorſqu'ils les ont exercés pendant 25 ans conſécutifs.

XX. La veuve de l'ennobli par ſon office eſt noble ; la qualité de ſon mari refléchiſſant ſur elle, mais elle ne conſerve cette nobleſſe que tant qu'elle reſte veuve : le convol la lui fait perdre.

Loyſeau, traité des offices, liv. 1, ch. 9, num. 68 & 69, pag. 60 : voyez la loi *cum te*, au cod. *de nuptiis*.

XXI. Elle jouit des exemptions attachées à l'office dont ſon mari étoit pourvu ; c'eſt la ſuite du reflet que contient la propoſition précédente.

Voyez dans le livre premier, le chapitre des nobles, & la déclaration du roi du 22 mars 1726.

XXII. Mais ſi ſon mari avoit réſigné avant vingt ans, elle ne jouiroit, ni de la nobleſſe, ni des exemptions ; puiſque ſon mari même n'en auroit pas joui aprés la réſignation ; elle ne peut donc en jouir, en ce cas, puiſqu'elle ne peut avoir qu'une émanation des droits de ſon mari ; ce qui n'influe pas ſur les veuves des grands officiers.

Cela n'auroit lieu par rapport aux grands offices qui donnent la qualité de chevalier, qui eſt un ordre permanent, qui aſſure la nobleſſe à la veuve, dès que ſon mari a poſſédé un tel office, comme cela eſt dit ci-deſſus ; voyez Loyſeau, au nombre cité ſur l'avant-derniere propoſition.

SIXIEME PARTIE DES OFFICES.

DE LA VACANCE DES OFFICES.

CHAPITRE PREMIER.

DE LEUR VACANCE IMPROPRE.

SECTION PREMIERE.

DE CETTE VACANCE PAR SUPPRESSION.

I. PAR la ſuppreſſion, l'office devient improprement vacant : le bien public eſt le motif de la ſuppreſſion.

Voyez Loyſeau, livre dix, num. 25 & 26, pag. 63.

II. Lorſqu'entre pluſieurs officiers de même compagnie, il plaît au roi d'en ſupprimer pluſieurs, la ſuppreſſion tombe ordinairement ſur les derniers reçus, & quelquefois ſur ceux qui poſſèdent les offices qui ont créés les derniers; cela dépend des termes de l'édit.

C'eſt ce que dit Loyſeau, au même chapitre qu'on vient de citer, num. 37, pag. 64.

III. Cela eſt fondé ſur ce que les anciens officiers, comme plus expérimentés que les nouveaux, méritent cette préférence : c'eſt préſomption qui ceſſe lorſqu'il y a diſpoſition contraire.

Cette raiſon fonde principalement le ſentiment de l'auteur qu'on vient de citer.

SECTION II.

De la vacance impropre par l'incompatibilité & par l'abandon total des fonctions.

IV. L'incompatibilité forme encore une vacance impropre; tous les offices de judicature ſont incompatibles, d'où il s'enſuit que nul n'en peut poſſéder deux, s'il n'a lettres de compatibilité ; c'eſt la conſéquence du principe que l'ordre public fonde.

Loyſeau, des offices, livre premier, chapitre dix, num. 59 & 65, num. 47, pag. 65.

V. Dans la théſe générale, les offices de finance, ne ſont pas incompatibles; une même perſonne pouvant remplir les fonctions de deux offices de cette nature : puiſſance qui fait ceſſer l'incompatibilité.

C'eſt ce que dit Loyſeau, au même chapitre, num. 46.

VI. La vacance que produit l'incompatibilité eſt abſolument impropre, car elle ne tend qu'à obliger l'officier de réſigner dans un certain tems l'un des deux offices qu'il poſſéde; d'où il s'enſuit que ni l'un ni l'autre, n'eſt vraiment vacant & qu'il retient celui des deux qu'il juge à propos; c'eſt donc vacance impropre, tant que l'effet n'en n'eſt pas jugé.

Loyſeau, au même chapitre, num, 42.

VII. L'abandon produit une autre vacance impropre, l'officier perd ſon office, faute d'en remplir les fonctions; mais cet abandon n'emporte perte de l'office qu'avec les ménagemens & les preuves ci-après exprimés : voilà le principe général, & il eſt puiſé dans la juſtice.

Loyſeau, des offices, livre premier, chapitre dix, num. 15, pag. 62.

VIII. Approfondiſſons cela : cet abandon n'emporte pas cette perte par lui même, & ne fait qu'une vacance impropre, & ne la fait que lorſqu'elle eſt juridiquement déclarée; en effet, pour que l'officier perde réellement ſon office par l'abandon, il faut qu'il y ait jugement qui déclare l'office vacant; & ce n'eſt que par ce jugement qu'il y a vacance : encore une fois, c'étoit une juſtice qui lui étoit dûe.

Tel eſt l'uſage, il eſt atteſté par Loyſeau, traité des offices, livre premier, chapitre dix.

CHAPITRE SECOND.

DE LA VACANCE ABSOLUE DES OFFICES.

SECTION PREMIERE.

DE LA VACANCE PAR MORT.

DISTINCTION PREMIERE.

QUAND ELLE A LIEU ET QUAND ELLE N'A PAS LIEU.

I. DANS la théſe générale, tout office par la mort de l'officier, retourne dans la main du roi; la tranſmiſſion de l'office étant contraire à la nature d'un office; ce qui reçoit la limitation que contient la propoſition qui ſuit: mais voilà la régle générale.

Loyſeau, des offices, ch. 12, num 1, pag. 72.

II. Par le payement de la paulette, l'officier eſt affranchi de cette vacance, & l'office paſſe à ſes héritiers; c'eſt exemption de la vacance naturelle, que ſa mort devroit produire, mais ſous cette condition, ſous l'accompliſſement de cette charge qu'on a examinée ci-deſſus; c'eſt grace, c'eſt diſpenſe de la régle, qui ne peut avoir lieu ſans ſa charge qui en eſt inſéparable.

Cela eſt établi ci-deſſus, où l'on a examiné la diſpenſe de la ſurvie des 40 jours.

III. Ceſſant ce payement de la part de l'officier, qui néanmoins a vendu ſon office, on ne ſcelle pas les proviſions, dont l'acquéreur d'icelui pourſuit l'obtention, qu'après les quarante jours expirés, à compter depuis la préſentation de la procuration pour réſigner, & qu'il eſt prouvé que le réſignant vit après ce délai.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la premiere propoſition de cette diſtinction, num. 3.

IV. Mais cette vacance par mort n'a pas toujours lieu; les offices des ſecrétaires du roi, qui ont exercé vingt ans, ne deviennent pas vacans par leur mort; c'eſt un privilége attaché à ces offices, qui ne tire pas à conſéquence pour les autres; c'eſt droit particulier.

Ordonnance de Charles-IX, de 1572; Loyſeau, des offices, livre premier, chapitre douze, num. 36, pag. 75.

V. Tous les offices affranchis de la paulette, ne ſont point ſujets à cette vacance; cet affranchiſſement les en met à couvert: il y a plus, ceux des huiſſiers, ſergens & archers, tués en exerçant les fonctions de leurs charges, ſont conſervés à leur veuve & héritiers, en cas qu'ils n'ayent pas payé la paulette; la cauſe de leur mort produit cette juſte exemption.

Cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts, conformément à l'ordonnance de François II, de 1559. Les arrêts ont été ci-deſſus cités dans leur ordre, & tel eſt l'uſage.

DISTINCTION II.

Que la mort du réſignataire ne produit pas vacance d'icelui.

VI. Dans la théſe générale, cette mort ne fait pas vacance de l'office lorſque le réſignataire n'eſt pas reçu, parce que juſqu'à la réception l'office eſt toujours ſur la tête du réſignant, la vacance n'étant que conditionnelle, c'eſt-à-dire, que la réſignation ſera admiſe; ainſi, la condition n'étant pas remplie, il ne peut y avoir vacance d'office: il eſt reſté toujours rempli.

C'eſt ce que dit Loyſeau, des offices, livre premier, chapitre douze, num. 20, pag. 74.

VII. En cas de mort du réſignataire non reçu, ſes héritiers vendent l'office en vertu de la procuration pour réſigner, donnée par le vendeur qui a reçu le prix de ſa réſignation; en effet, c'eſt à ſes héritiers que ce prix appartient; c'eſt exacte juſtice conforme aux principes des offices. Cependant, s'il y avoit négligence affectée de la part du réſignataire à ſe faire recevoir, & s'il avoit différé plus d'un an, en ce cas, ſa mort feroit vacance de l'office, & par conſéquent perte du prix d'icelui pour ſa ſucceſſion.

Loyſeau, au même chapitre douze, num. 30, pag. 74.

SECTION II.

De la vacance de l'Office par la réſignation.

VIII. La réſignation fait inconteſtablement vacance, mais la réſignation doit toujours être faite ès mains du roi; à lui ſeul appartient la collation des offices royaux; c'eſt par cette réſignation qu'ils retournent à leur ſource.

Loyſeau, des offices, livre premier, ch. 11.

IX. Cela a lieu, quoiqu'elle ſoit faite en faveur d'une tierce perſonne; cette perſonne ne pouvant tenir l'office que de la collation du roi.

Sur les réſignations d'offices faites en faveur, voyez le même chapitre, num. 26 & ſuivans, pag. 68, de Loyſeau.

X. La procuration pour réſigner, vaut réſignation & en produit tous les effets, c'eſt un bon uſage; à quoi bon multiplier les actes.

Voyez ci-devant le chapitre de la vente des offices, où l'on a établi par rapport aux offices, que le contrat de vente n'étoit néceſſaire que pour le tems & la maniere dont le payement devoit ſe faire: ce qui fonde la propoſition.

XI. Si la réſignation eſt pure & ſimple, non en faveur d'un tiers, c'eſt démiſſion, non réſignation qui remet l'office entre les mains du collateur pour en diſpoſer à ſon gré: dans la pureté de la régle, toute réſignation devroit opérer vacance abſolue, mais le commerce des offices étant autoriſé, & la réſignation ſe faiſant toujours en faveur d'un tiers, elle n'opere qu'une vacance conditionnelle, pour avoir lieu en cas & lorſque la réſignation ſera admiſe; & par conſéquent n'opere pas vacance abſolue.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 11.

SECTION III.

De la vacance des Offices par forfaiture.

XII. La forfaiture fait auſſi vacance de l'office; la forfaiture eſt le délit commis par l'officier, contre les devoirs eſſentiels de ſa charge, ce qui emporte perte d'icelle: c'eſt condition tacite & légale de la collation, & tout autre délit notable, autre que celui qui concerne l'office, emporte encore vacance de l'office & forfaiture tacite; ce qui fait la matiere de la diſtinction qui ſuit, c'eſt autre condition de la collation qui opere comme la premiere.

Loyſeau, au chapitre cité, num. 37 & 38, pag. 77 & 81.

XIII. Mais cette vacance par la forfaiture expreſſe, ne s'ouvre pas par le ſeul fait: il faut qu'il y ait jugement qui conſtate la forfaiture, & qui juge l'office vacant; ce n'eſt que cette preuve juridique qui fait la vacance.

Par une ordonnance de Louis XI, l'officier ne pouvoit perdre ſon office que par forfaiture; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 5, ſect. 4, num. 16, pag. 524: & Loyſeau des offices, liv. 1, ch. 13, num. 7, pag. 78.

XIV. Il faut même que la ſentence ſoit définitive, & juſqu'à cette ſentence, toutes proviſions obtenues ſur le fondement de la forfaiture ſeroient nulles, elles ſeroient prématurées, & ce par la juſte préſomption de l'innocence.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 28; Lapeyrere, let. O, déciſion 10, pag. 282: ce qui eſt fondé ſur ce que telles proviſions ſeroient plus propres à décorer des intrus, qu'à maintenir le bon ordre; les proviſions ne peuvent donc être demandées qu'après le jugement définitif: article 87 de l'ordonnance d'Orléans.

XV. Le ſeul délit ne lie pas les mains à l'officier & ne l'empêche pas de diſpoſer de ſon office; non-ſeulement le ſeul délit, mais même l'accuſation formée ne lie pas ſur ce les mains à l'officier, lorſqu'il n'eſt pas détenu ou décrété

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 17 & ſuivans, pag. 79; & la propoſition qui ſuit.

XVI. En effet, un accuſé n'eſt pas condamné, mais le ſimple décret d'ajournement perſonnel, emporte interdiction contre l'officier; & ſi par-là on punit plus rigoureuſement les officiers que les autres, c'eſt qu'ils nuiſent encore plus par le mauvais exemple qu'ils donnent, que par le délit même; juſte motif de cette ſévérité.

Loyſeau ſe récrie contre cette rigueur; voyez dans le premier livre, le titre de la mort civile; mais cette rigueur étant conforme au bien public, je ne peux goûter la critique qu'en fait Loyſeau.

XVII. Si par la ſuite l'officier accuſé, détenu & qui a vendu ſon office, eſt condamné, la vente de l'office eſt nulle, & ſa nullité remonte, étant de droit que la ſentence eſt déclarative de ſon impuiſſance; premiere conſéquence du principe, que la détention ou le décret d'ajournement perſonnel emporte interdiction contre l'officier; du même principe, il s'enſuit que ſi l'officier eſt abſous, la vente quoique faite depuis le crime eſt bonne; même raiſon, la ſentence eſt déclarative de ſon innocence; & c'eſt une autre conſéquence qui naît du principe qu'on a poſé.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 18, pag. 79: Lapeyrere, let. D, déciſion 10, pag. 282.

XVIII. Quoique le crime, ni même l'accuſation ne ſuffiſent pas pour lier les mains à l'officier, il n'en eſt pas de même de la ſentence, de contumace rendue contre lui; après cette ſentence l'officier ne peut vendre ſon office, ſon impuiſſance eſt conſtante, tant qu'il ne purge pas la contumace; puiſque le ſimple ajournement perſonnel emporteroit contre lui interdiction, il faut donc à plus forte raiſon, qu'une telle ſentence l'emporte.

Cela

Cela eſt établi ſur le titre de la mort civile ; voyez les propoſitions ſuivantes qui confirment celle-ci.

XIX. Voyons à préſent l'effet de la forfaiture conſtatée par un jugement. La forfaiture jugée contre l'officier, le rend infâme ; c'eſt l'effet que produit naturellement une telle condamnation, ainſi il n'eſt pas borné à la perte de l'office, il emporte encore infamie.

Mais la cour, en ce cas, pour ſauver l'infamie à l'officier, a coutume de ne le condamner qu'à une amende pécuniaire, & par un *retentum* ſecret, elle ordonne qu'il ſe défera de ſon office ; Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 35 & 36, pag. 80 & 81, & num. 64 & 65, pag. 82 & 83 : en ce cas, il n'y a pas infamie publique, mais incapacité qui opere pour la poſſeſſion de tout autre office.

XX. De-là il s'enſuit que lorſque la forfaiture eſt authentiquement jugée & l'office déclaré vacant, qu'il eſt incapable de poſſéder à l'avenir aucun autre office ; cependant s'il eſt réhabilité par le roi, il devient capable de poſſéder d'autres offices ; une telle grace efface tout le paſſé, & lui donne l'habilité.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13.

XXI. Le jugement de forfaiture, n'emporte pas indiſtinctement perte d'office, tel jugement ne l'emporte que lorſque l'office eſt déclaré vacant & impétrable ; c'eſt ce qui réſulte de ce qu'on a déja vu.

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 28 & 30, pag. 80 : ce qui arrive rarement ; voyez la note ſur la huitieme propoſition de cette diſtinction.

XXII. Mais ſi le jugement ordonne ſeulement que l'officier mettra ſon office hors ſes mains dans un certain tems, il eſt maître d'en diſpoſer, & le prix lui appartient, en le vendant dans le tems fixé par le jugement ; cette capacité réſulte d'icelui.

Lapeyrere, let. O, déciſion 10, pag. 282 ; mais par un tel jugement, l'officier eſt infame, comme on l'a vu par la huitieme propoſition : ce qui eſt confirmé par Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 64, pag. 82.

XXIII. Dans ce dernier cas, comme dans le précédent, l'officier eſt incapable de poſſéder aucun office à l'avenir ; c'eſt incapacité abſolue, & lorſque la forfaiture eſt jugée par contumace, elle n'a lieu qu'après les cinq ans ; c'eſt le délai dont jouiſſent tous ceux qui ſont ainſi condamnés.

Voyez ci-devant, le titre de la mort civile ; mais pendant les 5 ans, le condamné ne peut réſigner ſon office : Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. dernier ; autrement il pourroit rendre la condamnation inutile, ce qu'on ne peut admettre.

XXIV. De-là il s'enſuit que juſqu'à ce tems l'office ne peut être valablement conféré ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Voyez Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 90, pag. 84 : il confirme cette propoſition & la précédente.

XXV. Pendant cette ſuſpenſion de l'effet de la forfaiture, l'office eſt exercé par un commiſſaire qui eſt reçu aux termes de droit, & le condamné ne peut le vendre ; l'incapacité de ce dernier rend cela inévitable, & l'ordre public néceſſite l'exercice par une perſonne que la juſtice commet.

Mais après les cinq ans, la forfaiture a lieu par rapport à l'office, ainſi que la confiſcation par rapport aux autres biens ; Loyſeau, au même chapitre 13 : ce qui eſt inconteſtable lorſque la contumace n'eſt pas purgée.

DISTINCTION II.

De la forfaiture tacite.

SUBDIVISION PREMIERE.

Ce que c'eſt que la forfaiture tacite, & quels jugemens l'emportent.

XXVI. Lorſque l'officier eſt noté d'infamie par une cauſe étrangere à ſon office, il eſt réputé avoir forfait contre ſon office : mais cette forfaiture n'emporte qu'incapacité & non perte d'office : de-là, il s'enſuit que quoique la ſentence ne le répute pas incapable de continuer à poſſéder l'office, cette incapacité a lieu tacitement : c'eſt forfaiture tacite qui emporte cette incapacité.

Voyez ci-devant le chapitre de ceux qui ſont capables de poſſéder des offices, & Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 38, pag. 81.

XXVII. Mais cela n'emporte pas perte d'office, l'officier eſt ſeulement obligé de mettre l'offie hors de ſes mains : autrement ce ſeroit aller au-delà de la condamnation, & ce qui fonde cette incapacité, eſt que l'office eſt un titre d'honneur qui ne peut plus demeurer ſur la tête de celui qui l'a perdu.

C'eſt ce que dit Loyſeau, aux nombres cités ſur la propoſition ſuivante, & celui cité ſur la premiere propoſition de la préſente ſubdiviſion, & ce qui eſt inconteſtable.

XXVIII. Voyons quels ſont les jugemens qui produiſent cet effet : tout jugement qui déclare l'officier atteint & convaincu d'un crime le rendant infame, le rend incapable de continuer à poſſéder office : l'improbité étant inaliable avec la poſſeſſion d'un office

Loyſeau, des offices, liv. 1, ch. 13, num. 52, pag. 82.

XXIX. Il n'en eſt pas de même ſi l'officier, ſans être déclaré atteint & convaincu d'un

crime, eſt condamné en une amende pour les cas mentionnés au procès ; telle condamnation ne rend pas incapable de poſſéder office : elle eſt limitée à ſon objet.

C'eſt ce que dit Loyſeau, au nombre qui ſuit celui cité ſur la précédente propoſition.

XXX. La raiſon de différence entre la derniere propoſition & celle qui la précede eſt que par un tel jugement l'officier n'encourt pas infamie, & par conſéquent d'inhabilité à poſſéder un office.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit Loyſeau, au chapitre qu'on vient de citer.

XXXI. A l'égard des actions fameuſes, loin d'emporter forfaiture tacite, elles ne privent pas même celui qui a ſuccombé dans de telles actions de l'entrée des offices ; telles ſont les actions de tutelle, de dépôt & de ſociété ; nous les conſidérons comme des actions ordinaires.

Tel eſt le droit commun, ſauf l'exception qui forme la matiere de la ſubdiviſion qui ſuit.

SUBDIVISION II.

Si l'infamie de fait, ſi l'imprudence du juge, emportent forfaiture tacite.

XXXII. L'infamie de fait, c'eſt-à-dire, celle qui eſt notoire ; mais qui n'eſt pas prouvée par un jugement, ne ſuffit pas pour priver l'officier de l'office qu'il poſſéde ; il faut pour ce condamnation définitive ; c'eſt une juſtice qui eſt due à tout titulaire d'office.

Cela eſt atteſté par Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 1, ch. 13, num. 46, pag. 81.

XXXIII. Mais telle infamie ſuffit pour fermer l'entrée aux offices ; leur exercice ne pouvant être confié à celui qui eſt ſuſpect ; par conſéquent en ce cas telle infamie eſt ſuffiſante.

C'eſt ce que dit Loyſeau, au num. 45, à la page citée ſur la propoſition précédente, & ce que l'uſage confirme, & cela eſt fondé ſur ce qu'on n'y eſt admis qu'avec une réputation entiere ; telle infamie ſuffit donc pour en fermer l'entrée.

XXXIV L'imprudence du juge, c'eſt-à-dire, l'ignorance du droit contraire à la prudence, ou à la juriſprudence, n'emporte pas forfaiture tacite ; il n'eſt pas même garant de la perte que ſouffre la partie par telle imprudence ; la raiſon de ce, eſt la variété des affaires, le nombre infini de loix, & la diverſité des opinions, & autrement qui voudroit ſe charger de juger ; c'eſt donc avec juſtice que l'imprudence du juge n'emporte pas forfaiture.

Loyſeau, au chapitre cité num. 31, pag. 89.

TITRE DOUZIEME.

DES QUALITÉS DES IMMEUBLES RELATIVES AUX PROPRIÉTAIRES.

I. TOUT immeuble eſt propre ou acquêt, qualités qui ſont extrinſéques, mais ces qualités ſont purement relatives aux propriétaires, ſauf leur effet par rapport aux héritiers ; ce qui demande des diſtinctions

Sur l'origine de la qualité des propres, voyez de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 1, num. 3, pag. 4.

II. Suivons ces qualités, elles produiſent différens effets qui ſeront expliqués, tant par rapport aux propriétaires que par rapport à leurs héritiers, à l'égard des premiers par l'indiſponibilité qui profite aux ſeconds, & à l'égard des autres par la ſaiſine l'égale en ſucceſſion & par l'ouverture au retrait lignager.

Voyez les deux titres ſuivans & ceux des ſucceſſions & des retraits.

TITRE TREIZIEME.

DES ACQUETS.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS BIENS SONT ACQUETS.

I. PAR la préſomption de droit, tout bien eſt préſumé acquêt; c'eſt juſte préſomption, puiſque la qualité de propre eſt accidentelle : la ſource & la qualité de l'acquêt s'annoncent d'elles-mêmes; en un mot, tout bien qui n'eſt pas prouvé propre, eſt acquêt; juſte qualité que la propoſition ſuivante fonde.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 111, num. 2, de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 13, num. 3. Voyez le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 522 & 523; & tel eſt l'uſage, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

II. Ce qui fonde cette préſomption, eſt que l'homme naît nud, d'où il réſulte par une conſéquence néceſſaire, que tout ce qu'il poſſéde eſt cenſé par lui acquis, s'il n'y a titre contraire; la qualité de propre étant encore une fois accidentelle, & par conſéquent qui ne peut être adoptée que lorſqu'elle eſt prouvée.

Lapeyrere, let. A, ſous le mot (*Acquêts*) ſoutient l'opinion contraire, ſur le fondement que par la coutume de Bordeaux, conformément à laquelle il a écrit, une ſeule ſucceſſion fait ſouche : raiſon qui ne paroît d'aucun poids, puiſque nonobſtant cette diſpoſition, il faut toujours déterminer ſi le bien a été acquis, ou s'il eſt échu par ſucceſſion, & dans le doute, il faut ſuivre la conjecture la plus raiſonnable, qui eſt que l'héritage a été acquis par le poſſeſſeur, s'il n'y a titre contraire; telle eſt la juriſprudence fondée ſur le ſentiment de Loyſel, liv. 2, tit. 1, régle 14 : de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 4, num. 13, & de le Brun des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, num. 2 : & c'eſt droit commun puiſé dans l'exacte raiſon.

III. Tout meuble & effet mobilier eſt toujours acquêt, encore qu'il fut prouvé que le meuble ou effet mobilier a été recueilli par ſucceſſion; tel effet n'étant pas ſuſceptible de la qualité de propre qui eſt limitée ſur les immeubles; ſeuls biens ſuſceptibles de l'affection des familles & de l'attention que la loi a eu de les y conſerver.

Cela a été établi ci-deſſus au commencement de ce liv. ſecond, & la propoſition qui ſuit la confirme.

IV. En effet, la qualité accidentelle & relative de propre, ne peut s'imprimer que ſur des immeubles fixes & permanens, & non ſur des meubles périſſables, que le luxe a multiplié malgré la vilité de leur poſſeſſion; ces derniers ne peuvent donc être ſuſceptibles de la qualité de propre; c'eſt droit commun, ſauf l'exception du propre fictif que la faveur ſeule d'un contrat de mariage peut ſoutenir, c'eſt juſte exception, c'eſt condition des mariages qu'on ne peut trop faciliter.

Mobilium vilis eſt poſſeſſio, & cette vilité, ainſi que leur peu de durée ont été les motifs de la juriſprudence ci deſſus rapportée.

V. La qualité de conquêts ne différe de la qualité ſimple d'acquêts, qu'en ce que le conquêt eſt un acquêt commun à deux conjoints par mariage, au lieu que l'acquêt appartient à un ſeul; voilà l'unique différence qu'il y a entre un conquêt & un acquêt.

De Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 1, ſect. 2, num. 6 : dit que ces deux termes ſont ſynonymes; voyez l'art. 220 de la coutume.

CHAPITRE SECOND.

QUE PAR LA PRÉSOMPTION DE DROIT, TOUT BIEN EST REPUTÉ CONQUET, LORSQUE LE PROPRIETAIRE EST MARIE.

I. LORSQU'ON ne trouve pas le contrat d'acquisition d'un bien qui n'est pas justifié propre, & que le propriétaire est marié ; tel bien est réputé conquêt ; judicieuse conjecture qui conserve les intérêts des deux conjoints par une juste & favorable présomption.

Telle est l'opinion commune, conforme au sentiment de l'auteur du traité des propres, ch. 1, sect 13, num. 4 ; voyez la proposition qui suit, & l'autorité rapportée sur icelle.

II. Cela est fondé, sur ce que le tems du mariage est ordinairement celui de la force de l'homme, & auquel il se livre plus au travail & aux soucis de l'avenir ; il est donc plus raisonnable de réputer tel bien conquêt que acquêt : telle est la juste base de cette présomption, qui, conforme à la raison, ménagé tout intérêt, la présomption contraire seroit déraisonnable.

C'est le sentiment de le Brun, en son traité des successions, pag. 111, num. 3, qui confirme l'usage qu'on vient d'attester

III. Il y en a autre raison ; faute de preuve on est dans la nécessité de conjecturer, & en matiere de conjecture, la plus équitable & la moins hardie, est toujours la plus sûre ; celle-ci concilie les intérêts de la femme, & l'autre les étoufferoit ; il est donc plus raisonnable en ce cas de présumer pour le conquêt que pour l'acquêt.

Voyez le traité des propres, en la section citée sur la premiere proposition.

CHAPITRE TROISIEME.

DES PRINCIPAUX EFFETS DES QUALITÉS D'ACQUETS ET DE CONQUESTS.

I. ON ne fait ici que poser des principes ; les acquêts & conquêts sont disponibles par testament, & la loi n'en réserve aucune portion aux héritiers ; premier effet de cette qualité qu'on examinera plus à fond sur le titre des testamens.

C'est la disposition de l'article quatre du titre des testamens de la coutume, qui est le 292.

II. Cependant ces biens sont sujets à la légitime des enfans ; nul bien & les meubles mêmes n'en étant exempts ; ce qu'on approfondira sur le titre des successions & celui des donations.

L'article 298 de la coutume fonde la proposition.

III. Ces biens ne sont affectés à aucune ligne en succession légitime, & l'héritier le plus prochain en est saisi ; second effet de la qualité d'acquêt : relativement auquel l'héritier le plus prochain, est incontestablement & par la nature même, le plus favorable.

Voyez le titre des successions, où cela est établi.

IV. Par une suite du même principe la vente de tels biens ne fait pas ouverture au retrait lignager d'iceux, il est limité aux propres ; en effet, le vendeur les ayant acquis, il ne peut y avoir à leur égard aucune affection de famille pour de tels biens, & nul relativement aux parens, ne peut être lignager, puisqu'ils ne proviennent d'ancune ligne ; troisieme effet de cette qualité.

Cela est établi sur le titre des retraits, cette action ne militant que pour les propres.

V. Les biens acquis pendant le mariage, sont de droit, communs entre les deux conjoints, s'il n'y a clause contraire dans le contrat de mariage, & tels biens sont conquêts, c'est-à-dire, acquêts communs à deux : ce qui cesseroit, si il y en avoit donation par contrat de mariage de l'un à l'autre.

Voyez sur ce l'art. 220, de la coutume ; le titre de la communauté & l'auteur du traité des propres, ch. 1, sect. 13, num. 4 : de-là il s'ensuit qu'une donation faite par contrat de mariage par la femme à son mari, des conquêts, embrasse toute la masse d'iceux, c'est-à-dire, tant le mobilier que l'immobilier, le mot de conquêt étant générique, & embrassant l'un comme l'autre ; il me paroît qu'on ne pourroit restraindre une telle donation à l'immobilier, qu'en l'anéantissant pour le tout, puisque ce seroit autrement rendre le mari maître d'augmenter la donation dans un tems prohibé, dont l'effet a dû être fixé

dans un tems libre, le mari étant maître de convertir le mobilier en immobilier ; ainſi il faut que telle donation opere pour le tout, parce qu'elle doit opérer effet : j'ai cependant vu une conſultation contraire d'un ancien avocat ; mais quoique très-éclairé, il a ſur notre coutume des opinions qui lui ſont particulieres : car je ne vois pas qu'on puiſſe dire raiſonnablement que le mot de conquêt n'embraſſe pas le mobilier d'une communauté.

TITRE QUATORZIEME.

DES DROITS RÉELS.

CHAPITRE PREMIER.

DES MOYENS PAR LESQUELS LES BIENS DEVIENNENT PROPRES.

SECTION PREMIERE.

QUE LA LOI SEULE FAIT LES PROPRES, ET QUELS BIENS SONT SUSCEPTIBLES DE CETTE QUALITÉ.

I. LA loi fait les propres réels & non la convention ; propoſition générale dont on va voir l'application : cependant la convention en peut faire de fictifs, c'eſt la matiere du titre ſuivant, mais elle n'en peut faire de réels & d'abſolus ; c'eſt exception qu'il faut renfermer dans ſes limites.

Ainſi les héritages acquis des deniers provenans de l'aliénation d'un propre, avec déclaration que l'acquiſition eſt faite pour tenir lieu du propre aliéné, tels héritages ſont acquêts ; arrêt du 6 avril 1671, rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 301 ; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 10, num. 30 & ſuivans, qui eſtime le contraire ; c'eſt opinion ſinguliere & contraire au principe & à la juriſprudence des arrêts ; cependant, le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 521 paroît l'adopter ; cela eſt étonnant de la part d'un auteur ſi éclairé ; & cela eſt abſolument contraire à l'uſage du châtelet, & à la ſource même de la qualité de propre.

II. La loi qui forme les propres réels eſt impérieuſe, on ne peut y déroger : elle eſt regardée comme faiſant portion du droit public : elle doit donc toujours avoir ſon exécution ; nonobſtant toute dérogation qu'un particulier s'arrogeroit d'y faire.

Voyez de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 1.

III. Les immeubles ſont ſeuls ſuſceptibles de cette qualité, il lui faut une matiere permanente, car on ne parle pas ici des propres fictifs : c'eſt une exception qui ſera traitée ci-après : mais cela emporte les offices & les rentes.

Les rentes conſtituées & les offices ſont ſuſceptibles de la qualité de propres ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 125, num. 61, & cela a déja été établi dans ſon ordre ; voyez Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 3 : arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 41.

SECTION II.

Des immeubles recueillis par ſucceſſion.

DISTINCTION PREMIERE.

De ceux qui ſont propres.

IV. Suivons la ſource des propres : ce qu'on va faire par cette ſection & les quatorze ſuivantes ; dans la théſe générale tout immeuble recueilli par ſucceſſion eſt propre, c'eſt la loi qui l'a donné, & c'eſt là la vraie ſource des propres ; cela reçoit cependant les exceptions qui forment la diſtinction ſuivante ; mais encore une fois, telle eſt la principale ſource des propres.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 111, num. 4 ; de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 5 ; voyez la limitation remarquée ſur la derniere propoſition de cette diſtinction ; Louet & Brodeau, lettre A, chap. 2 ; les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre des propres, art. 1.

V. Cela a lieu pour la ſucceſſion collatérale comme pour la directe, & ce a tel dégré qu'elle ait été recueillie ; il n'y a ſur ce aucune diſtinction à faire, puiſque la loi n'en fait aucune & la diſtinction ſeroit bizarre, on en fait une cependant pour la directe aſcendante.

Dupleſſis, traité quatrieme ; le Brun, des ſucceſſions, page 115, num. 15 ; de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 5, num. 6, page 16 : & cette qualité auroit lieu encore que l'héritage n'eût jamais fait ſouche en directe ; le même auteur, ch. 2, ſect. 13, pag. 199 & ſuivantes : ce qui eſt in-

conteſtable par rapport à la ſucceſſion directe deſcendante ; & ſur la queſtion de ſavoir ſi l'aſcendante forme des propres, voyez ci-après le titre des ſucceſſions, & la diſtinction qui ſuit; par la juriſprudence, elle ne forme que des acquêts ; mais n'eſt-ce pas une inconſéquence au principe ? il faut cependant convenir que par rapport à la ſucceſſion, cette qualité n'eſt nullement intéreſſante, mais elle forme des propres relativement à une communauté.

VI. Cette qualité de propre imprimée par la loi à l'immeuble recueilli par ſucceſſion, ne ceſſeroit pas, encore que tout le prix de l'immeuble fût dû par le défunt, & que ſon héritier l'eût acquité : c'eſt accident qui ne change pas la nature de la choſe, & la qualité que la loi lui a imprimé.

Voyez ci-après le titre des ſucceſſions, & tel eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, page 113, num. 8, & l'uſage fondé ſur la propoſition qui ſuit.

VII. Cela eſt fondé ſur ce que c'eſt toujours la choſe à laquelle l'héritier ſuccéde, qu'il eſt toujours conſtant qu'il la tient du défunt, & que le payement des dettes auquel tout héritier eſt aſſujetti, ne peut affoiblir la qualité que la loi a imprimé ſur la choſe même, toute abſtraction faite des dettes : ce qui influe même ſur une telle propriété, quoique confirmée par la preſcription.

La preſcription de l'héritage qui ſe feroit achevée dans la perſonne de l'héritier, n'empêcheroit pas encore la qualité de propre ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 114, num. 11, l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 13, num. 5 & 6, pag. 97 & 98, ce qui peut ſervir à confirmer la propoſition qui eſt regardée comme inconteſtable

VIII. Les biens immeubles recueillis par ſucceſſion ſont propres naiſſans, ou anciens ; différence qui ſera expliquée dans la ſection ſeptieme de ce chapitre, & qui produit pluſieurs effets.

Cependant la ſucceſſion des aſcendans ne forme que des acquêts dans leurs perſonnes ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 111 & 112, & c'eſt la matiere de la diſtinction qui ſuit ; il faut ajouter à ces héritages qui ſont propres, celui qui eſt retiré par retrait lignager qui eſt propre, mais il n'eſt tel que conformément à l'art. 139 de la coutume.

DISTINCTION II.

De ceux recueillis par ſucceſſion qui ne ſont qu'acquêts.

IX. L'immeuble qui a été donné par un pere à ſon fils, & que le pere recueille enſuite, comme héritier mobiliaire de ſon fils, n'eſt qu'acquêt dans ſa perſonne, s'il étoit tel avant la donation qu'il en avoit fait à ſon fils : telle ſucceſſion ne faiſant autre choſe que de faire rentrer le pere dans ſon ancien droit ; mais ſi lors du don il étoit propre au pere, il lui retourne propre ; en effet, dans l'un & dans l'autre cas, le prédécès du fils avant le pere, fait rentrer les choſes dans leur premier état ; ainſi dans l'un & dans l'autre cas les qualités d'acquêts & de propres ſont très-exactes.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 5, num. 5, pag. 16 : le Maître, tit. 15, ch 3, pag. 511 eſt d'avis contraire, ce qui n'eſt pas ſuivi au châtelet ; en effet en ce cas il y a lieu de dire, *cenſétur magis redditum, quam tranſlatum dominium* ; c'eſt ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 112, à la fin de la premiere colonne, où il dit que la ſucceſſion des aſcendans ne forme pas des propres, ſi elle n'eſt mêlée du droit de réverſion ; ce qu'on ne doit entendre que conformément à la propoſition.

☞ Deniſart, dans ſon recueil de déciſions, eſtime contre le ſentiment de la plûpart des auteurs, que les acquêts comme les propres donnés par les pere & mere à leurs enfans ſont propres, aux pere & mere à qui ils retournent par voie de ſucceſſion, & il prétend que ſon opinion a été adoptée par un arrêt rendu entre le duc de Rochechouart, & le duc de Luxembourg, le premier ſeptembre 1762. Voyez l'eſpece de cet arrêt, verb. propre, aux notes.

X. Les biens que l'un des conjoints recueille comme héritier de l'autre, faute d'héritier du ſang, ſont purs acquêts dans la perſonne du conjoint ſucceſſeur de l'autre ; la qualité de propre ſeroit ſans objet, puiſque n'étant pas du même ſang, on ne peut les affecter à aucune des lignes du conjoint qui a ſuccédé, & que nulle des raiſons ſur leſquelles on a établi les propres ne convient à cette ſucceſſion extraordinaire ; elle ne forme donc que des acquêts ; ſeconde exception au principe de la diſtinction précédente.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 5, num. 17, page 26, & le Maître, ont penſé le contraire, mais ſans moyens ſolides ; voyez ci-après la fin du titre des ſucceſſions, où cela eſt établi.

SECTION III.

Si les donations & legs forment des propres.

XI. Sur ces actes il faut diſtinguer : l'immeuble donné ou légué par un pere à ſon fils, eſt propre dans la perſonne de ce dernier ; c'eſt en directe deſcendante ſucceſſion anticipée par la libéralité du donateur : ſucceſſion anticipée qui forme des propres.

Le Veſt, ch. 75 ; Louet, let. A, num. 2 ; le Prêtre, centurie 2, ch. 34 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 118, num. 26 ; de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 6 : en effet tel don eſt ſucceſſion anticipée dans le cas de la donation en directe ; ce qui n'eſt pas en collatérale, comme on le verra ci après. Voyez les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, titre des propres, art. 21 ; Loyſel, liv. 2, titre premier, régle 16, & liv. 4, tit. 4, régle 2.

XII. Il en eſt de même de l'immeuble donné ou légué par un ayeul à ſon petit-fils, c'eſt toujours ou anticipation ou imitation de ſucceſſion directe deſcendante ; ainſi, même principe, même motif ici que dans la propoſition précédente, & par conſéquent, même réſolution : le donataire donnant pour ſon fils, pere du donataire.

Dupleſſis, en ſon traité, pag. 114 de l'édition de 1709 : & tel eſt l'uſage du châtelet.

XIII. Cela auroit lieu, encore que lors du don ou legs au petit-fils, le pere d'icelui petit-fils fût exiſtant ; c'eſt toujours diſpoſition gratuite faite par un aſcendant au profit d'un deſcendant, & par conſéquent, qui doit toujours faire un propre, puiſque telle donation donne lieu au rapport.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 119, num. 28 ; & tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur l'eſprit de la coutume ; voyez le chapitre des rapports.

XIV. Les biens recueillis en vertu d'un rappel, ſont propres lorſque le rappel a été fait *intra terminos juris*, & non lorſqu'il eſt fait au-delà ; dans le premier, tel rappel eſt conſidéré comme ſucceſſion : dans le deuxieme, c'eſt vraie diſpoſition de l'homme, qui ne peut en collatérale faire que des acquêts.

Arrêt du 9 juin 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 257 ; voyez dans le titre des ſucceſſions le chapitre des rappels, où cela eſt approfondi.

XV. Mais il n'en eſt pas de même de la donation faite en collatérale ou par étranger ; l'immeuble donné ou légué par un collatéral ou par un étranger, n'eſt qu'acquêt, & il n'eſt pas poſſible de lui donner une autre qualité. Cependant, quant à l'immeuble légué à un collatéral, & qui accepteroit la ſucceſſion du teſtateur, tel immeuble lui ſeroit propre, s'il lui échoit dans ſon lot ; parce que par l'acceptation de la ſucceſſion, & l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, le legs ſeroit devenu caduc, & il ne poſſéderoit plus que comme héritier.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 8, pag. 36 & ſuivantes ; la propoſition qui ſuit confirme celle-ci, puiſque cette qualité a même lieu lorſque la donation eſt faite par un collatéral, voyez Louet & Brodeau, lettre A, chap. 2.

XVI. L'immeuble donné par un collatéral eſt tel, ſi le donateur ou le teſtateur n'en ont ordonné autrement ; ce qu'ils peuvent faire, ce qui auroit lieu, même quand l'objet de la donation ſeroit un ancien propre, & que la donation auroit été faite ſucceſſivement.

Voyez le Veſt, ch. 75 ; Louet, let. A, num. 2 ; autre arrêt du 23 février 1643 rapporté, dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 6 ; & par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 58 ; le Maître, pag. 514 ; ce qui eſt fondé ſur ce qu'en ligne collatérale, la donation ne peut être conſidérée comme ouverture de ſucceſſion anticipée, puiſque n'étant pas ſujette à rapport elle ne peut être regardée comme portion héréditaire : ce qui fonde invinciblement en ce cas la qualité d'acquêts ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 1, 6, num. 16.

XVII. Suivons cette qualité : il en eſt de même de celui qui a été légué en collatérale, parce qu'en cette ligne le legs n'eſt pas réputé tenir lieu comme en directe de portion héréditaire, d'autant plus que le collatéral n'a nul droit de légitime, mais les ſimples réſerves coutumieres ; ainſi l'immeuble légué comme celui donné en collatérale eſt acquêt.

Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 9 ; mais ſi le legs ou la donation faite au collatéral, ne lui avoit été fait que ſous la condition expreſſe que l'immeuble à lui donné lui ſeroit propre, en ce cas, il eſt non-ſeulement conſidéré comme propre dans la ſucceſſion du donataire ou du légataire, mais il n'en peut même diſpoſer par teſtament que juſqu'à concurrence de la portion que la coutume lui permet de diſpoſer de ſes propres ; arrêt du 12 mars 1663, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 78 ; en effet, il a été dans la puiſſance du donateur ou du teſtateur d'impoſer à ſa libéralité la condition qu'il a jugé à propos d'y attacher, & l'ayant fait elle en devient inſéparable & doit produire ſon effet : ce qui eſt établi ci-après dans le titre des donations, mais cela auroit-il lieu par rapport au retrait lignager ? j'incline pour l'affirmative.

XVIII. Cependant, & comme on l'a déja obſervé, le rappel *intra terminos juris*, forme des propres ; il en eſt autrement ſi il eſt fait *extra terminos juris*.

Brodeau, ſur Louet, let. R, num. 9 dit, qu'en ce cas c'eſt une maxime conſtante que le rappel n'eſt pas un legs ; de Renuſſon en ſon traité des propres, ch. 2, ſect. 8, num. 25 & ſuivans : arrêt du 9 juin 1687, cité ſur la cinquieme propoſition de cette ſection & rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 257 : il en eſt autrement lorſque le rappel eſt fait, *extra terminos juris* ; en ce cas c'eſt vraie diſpoſition de l'homme, c'eſt legs qui ne peut en collatérale faire que des acquêts. cela eſt prouvé ſur le titre des ſucceſſions, qui eſt le ſiége de la matiere.

XIX. Le legs ou la donation faite par un fils à ſon pere, ou autre aſcendant, ne forment encore que des acquêts, ne pouvant être regardés comme ouverture anticipée de ſucceſſion, puiſque la ſucceſſion des deſcendans aux aſcendans eſt contraire à l'ordre naturel ; ce n'eſt donc pas, en ce cas, imitation de ſucceſſion, c'eſt vraie libéralité, libre & gratuite, qui ne peut former qu'un acquêt ; mais il n'en devroit pas être de même en ſucceſſion.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 113, num. 7, & 118, num. 27 ; de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 7, num. 3.

SECTION IV.

Si la dation en payement du pere au fils, ſi la donation à la charge de payer les dettes, & la rente conſtituée par le pere au fils, forment des propres.

XX. La dation en payement du pere au fils ou autre deſcendant d'un certain immeuble, ne fait pas indiſtinctement un propre, ſi telle dation eſt faite en payement d'une libéralité en deniers; par exemple, d'une dot promiſe, en ce cas, elle fait un propre; c'eſt une libéralité qui a fait paſſer un immeuble à un deſcendant, parce que c'eſt à l'origine qu'il faut remonter pour déterminer la nature d'un tel immeuble, qui par l'événement devient vraiment la matiere de la donation.

Tel eſt l'uſage, conforme au ſentiment de l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 6, num. 7, pag. 30; & cela auroit lieu quand telle dation en payement auroit été faite par les créanciers; le Maitre, tit. 15, pag. 514: ce qui prouve d'autant plus la propoſition qui réſulte même de l'art. 26 de la coutume.

XXI. En effet, il y a lieu de regarder en ce cas, l'immeuble donné en payement, comme ſi d'abord il avoit été donné en dot; preſomption que la coutume a adoptée.

C'eſt ce qui réſulte de la loi 6. ff. *de jure dotium*, *non ſimplex venditio ſed dotis cauſa*; tel eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 119, num. 29; ce qu'il répete à la page 128, num. 77: à quoi il faut joindre les citations ſur la propoſition précédente.

XXII. Mais la dation en payement d'une créance, par exemple, d'un reliquat de compte, faite par un aſcendant en faveur d'un deſcendant, ne fait qu'un acquêt; c'eſt alors vrai payement, & non conſommation d'une libéralité.

En ce cas c'eſt *ſimplex venditio*, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la diſtinction que contient l'art. 26 de la coutume.

XXIII. Lorſqu'un pere conſtitue une rente au profit de ſon fils, même par libéralité, & non pas comme acte de commerce, telle rente eſt ſimple acquêt dans la perſonne du fils créancier d'icelle; c'eſt dans la perſonne de ce dernier qu'elle prend naiſſance, puiſqu'elle n'a jamais ſubſiſté en faveur du pere, qui l'a créé & s'en eſt conſtitué le débiteur.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet, conforme au ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 120, num. 33, de le Maitre, & de l'auteur des notes ſur ſon commentaire, tit. 15, ch. 3, pag. 514 & 515. En effet, par le rapport la rente ſe ſeroit éteinte, elle ne peut donc faire la matiere d'un propre; ce moyen me paroît déciſif & ayant été nommé arbitre avec défunt Me. Cochin, pour décider cette queſtion & s'étant trouvé d'avis contraire, Me. Viſinier nous a départagé & a adopté mon ſentiment ſur le fondement de ce dernier moyen.

☞La propoſition ci-deſſus eſt encore établie par un arrêt du 19 mars 1763, rendu ſur les concluſions de M. l'Avocat-général de ſaint Fargeau, en faveur de Madame Brayer, contre meſſieurs Pajot, pere & fils, qui demandoient la diſtraction des quatre quints d'une rente conſtituée en dot à la teſtatrice, par M. Pajot ſon pere.

XXIV. Mais la charge que le pere a impoſé à la donation d'un immeuble par lui faite à ſon fils ou autre deſcendant, de payer ſes dettes, n'empêche pas que tel immeuble ne ſoit propre au fils ou petit-fils donataire, encore que les dettes équipollent à la valeur de l'immeuble; c'eſt toujours donation en directe deſcendante & acte qui produit cette qualité.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 119, num. 30; le Maitre, tit. 15, ch. 3, pag. 518; voyez ci-deſſus la diſtinction premiere de la ſeconde ſection du preſent chapitre, & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

SECTION V.

Si l'ouverture de ſubſtitution fait des propres.

SUBDIVISION PREMIERE.

Qu'elle en fait indiſtinctement, lorſque la ſubſtitution eſt faite par un aſcendant.

XXV. La ſubſtitution étant faite par un aſcendant, elle fait un propre dans la perſonne du deſcendant qui l'a recueilli, & dans laquelle la ſubſtitution ceſſe; c'eſt un legs qui aboutit à un deſcendant & qui par conſéquent, forme un propre dans ſa perſonne: le legs produiſant cette qualité en directe.

L'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 8, num. 15, pag. 44; à quoi on peut joindre ce qui a été dit ci-deſſus dans la ſection 3 du préſent chapitre, puiſque la ſubſtitution eſt une eſpece de legs ſubordonné; or le legs fait par un aſcendant forme un propre, ce qui fonde la propoſition que l'art. 56, qui eſt le dernier du premier titre de l'édit du mois d'août 1747, met hors de toute difficulté en ce qu'il ordonne relativement aux droits ſeigneuriaux, que l'appellé ſera même regardé comme héritier ou donataire du dernier grevé.

XXVI. De-là il s'enſuit que dans la perſonne du dernier ſubſtitué, & qui recueille l'immeuble ſubſtitué comme libre, tel immeuble lui eſt propre lorſque la ſubſtitution eſt faite par un de ſes aſcendans; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 117, num. 23. Ce que la propoſition qui ſuit confirme encore; en effet, la derniere ordonnance, loin d'avoir changé ſur cela quelque choſe au principe, paroît au contraire y avoir ajouté.

Cela

XXVII. Cela auroit lieu, encore que dans la vocation à la ſubſtitution la ligne directe eût été interrompue, & que le décès d'un oncle, fils du teſtateur, eût fait ouverture en faveur d'un neveu du grevé, & même ſi le teſtateur avoit inſtitué un collatéral, & à lui ſubſtitué un des deſcendans de lui teſtateur; parce que malgré cette interverſion, c'eſt toujours un deſcendant honoré par un aſcendant; c'eſt comme on l'a dit, un legs qui aboutit enfin à un deſcendant du teſtateur ou de l'auteur de la ſubſtitution, & qui le recueille comme libre; juſte application de l'effet de la diſpoſition faite en directe. Application encore une fois, à laquelle la nouvelle ordonnance n'a voulu porter aucune atteinte, mais ſeulement applanir des difficultés au ſujet des droits ſeigneuriaux, auxquels les ouvertures de ſubſtitution pouvoient donner lieu.

On obſerve très-exactement au châtelet la maxime que le ſubſtitué *capit à gravante non à gravato*; voyez la citation ſur l'avant-derniere propoſition de cette ſubdiviſion, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXVIII. La raiſon eſt dans le premier cas, qu'ils ſont tous les deux également deſcendus du teſtateur, & que dans le ſecond, l'appellé l'eſt, & que chaque appellé reçoit du teſtateur & non du grevé, ce qui forme un propre.

Cela réſulte encore de la maxime rapportée ſur la propoſition précédente, *ſubſtitutus capit à gravante non à gravato.*

XXIX. Il y a plus, ſi le teſtateur a ſubſtitué ſes deſcendans ou l'un d'iceux à une perſonne qui lui étoit étrangere, tels biens ſont propres dans la perſonne des appellés; c'eſt une autre conſéquence du principe, que les ſubſtitués reçoivent du fondateur de la ſubſtitution.

Ricard, en ſon traité des ſubſtitutions, part. 1, ch. 3, num. 101, pag. 258; ſentiment qui fonde à plus forte raiſon les deux propoſitions précédentes: le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 118, num. 26, atteſte que le legs, comme la donation en directe deſcendante, forme des propres, ce qui eſt inconteſtable & qu'on a établi ci-deſſus.

SUBDIVISION II.

Qu'elle n'en fait pas indiſtinctement lorſque la ſubſtitution eſt faite par un collatéral.

XXX. Dans la théſe générale, toute ouverture de ſubſtitution en faveur d'un collateral du teſtateur ne forme qu'un acquêt; le legs dans cette ligne ne produiſant pas d'autre qualité; par conſéquent l'immeuble ainſi recueilli ne peut donc être propre dans la perſonne d'un collateral, qui étant le dernier appellé le recueille librement.

C'eſt une juriſprudence conſtante au châtelet, conforme au ſentiment de Ricard, des ſubſtitutions, part. 1, ch. 3, num. 101, pag. 258; & la propoſition paroît confirmée par la diſpoſition de l'édit de 1747, qu'on vient de citer.

XXXI. Cela auroit lieu encore que l'appellé, en faveur duquel ſe fait telle ouverture, fût enfant ou deſcendant du grevé, ce n'eſt pas de lui qu'il reçoit, mais de celui qui a fait la ſubſtitution: ainſi les raiſons de ce, ſont les mêmes que celles qui fondent la ſubdiviſion précédente; l'appellé reçoit, non du grevé, mais du teſtateur, & l'ouverture de ſubſtitution eſt un legs & non ſucceſſion légitime, & le legs en collaterale ne peut former qu'un acquêt, tel doit donc être l'effet d'une telle ſubſtitution.

Cette qualité d'acquêt eſt ci deſſus prouvée & eſt atteſtée par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, au num. 26, pag. 118, déja cité, ce qui fonde la propoſition. Voyez le traité des propres, ch. 1, ſect. 8; & Ricard à la page qu'on vient de citer.

XXXII. Mais quoique la ſubſtitution ſoit faite par un collateral, ſi elle eſt graduelle, & que le ſubſtituant dans la ſubſtitution qu'il a établi, ait ſuivi l'ordre de la ſucceſſion légitime, en ce cas les immeubles ſubſtitués ſont propres dans la perſonne du dernier appellé à la ſubſtitution; c'eſt en ce cas imitation de ſucceſſion légitime & qui en produit les effets; & celui-ci eſt marqué dans l'intention du teſtateur.

Le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 515; Ricard, en ſon traité des ſubſtitutions, part. 1, ch. 3, num. 102 & 103, pag. 258 & 259, n'admet en ce cas la qualité de propre que lorſque le teſtateur l'a ainſi ordonné, ou qu'on peut préſumer que telle a été ſa volonté; ce que je n'admet pas ſuivant la propoſition ſuivante; la préſomption que cet auteur requiert naiſſant de la qualité de la ſubſtitution lorſqu'elle eſt graduelle; ſentiment auquel le dernier article du premier titre de l'édit du mois d'août 1747, ne donne aucune atteinte.

XXXIII. Ce qui établit en ce cas la qualité de propre, eſt que telle ſubſtitution eſt une imitation parfaite de la ſucceſſion légitime, que par conſéquent on doit lui en donner les effets, puiſque c'eſt elle que le teſtateur a pris pour modele de ſa diſpoſition.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 118, num. 24; de de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 1, num. 16 & ſuivans, pag. 45; ce qu'il étend au num. 22, dans le cas que le légataire étoit étranger au teſtateur, & que le teſtateur a fait une ſubſtitution graduelle dans l'ordre d'une ſucceſſion légitime; extenſion que je ne goûte pas, parce que je ne peux appercevoir en ce cas aucune racine de propre, puiſqu'en ce cas tous ceux qui recueillent ſont étrangers au teſtateur.

SECTION VI.

Si la remiſe de la confiſcation au profit de l'héritier du condamné forme des propres.

XXXIV. Lorſque cette remiſe eſt faite à un héritier en ligne directe, elle forme des propres; par la libéralité du roi les choſes ſont remiſes dans leur état naturel; état qui fonde cette qualité.

Voyez le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 31; le quatrieme volume, liv. 6, ch. 4; Dupleſſis en ſon quatrieme traité, pag. 114 de l'édition de 1709 l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 9; le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 16; cependant il y a arrêt contraire dans le quatrieme volume, pag. 462; le Brun, a remarqué que cet arrêt avoit été rendu ſur des circonſtances particulieres; le Maitre, tit. 8, pag. 217, confirme la propoſition, ainſi que les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 5; voyez encore le journal des audiences, tome 5, liv. 7, ch. 6; dans l'ancien droit romain, la confiſcation n'avoit pas lieu, c'étoit une fort mauvaiſe politique.

XXXV. Dans le cas que la confiſcation eſt accordée à un collateral, elle ne forme qu'un acquêt; cependant dans l'un & l'autre cas c'eſt grace, mais dans celui-ci la grace eſt bien plus marquée, c'eſt donation dans la collaterale & dans la directe, c'eſt un déſiſtement, pour ainſi dire, que le roi a la bonté de faire de ſon droit de confiſcation.

Arrêt du 15 juin 1640, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, chap. 31; Dupleſſis, en ſon quatrieme traité; voyez le Maitre, tit. 8, pag. 218, qui eſtime que dans la collaterale comme dans la directe, la libéralité du roi remettant les choſes dans leur cours naturel, il ne devroit pas y avoir de différence dans l'une & l'autre ligne, il répéte la même choſe, tit. 15, ch. 3, page 517; mais c'eſt une opinion qui lui eſt particuliere & qui ne peut faire impreſſion; voyez les notes ſur la propoſition ſuivante: en effet, cette diſtinction que la juriſprudence a établie entre la ligne directe & la ligne collaterale, eſt atteſtée par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 132, num. 87, & à la page 133, & l'uſage y eſt conforme; c'eſt donc à cette diſtinction qu'il faut ſe tenir, & non au ſentiment de le Maitre.

XXXVI. La raiſon de différence, eſt que ceux qui ont des enfans ne ſont, pour ainſi dire, que les uſufruitiers de leurs biens, & que la remiſe de la confiſcation à des enfans a ſa ſource dans le droit naturel, au lieu que celle faite à un collateral héritier par lui-même, toujours incertain, n'a de baſe que la grace du roi; mais la qualité de propre n'a pas lieu ſi c'eſt une donation de la confiſcation qui la remet aux enfans.

Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 11; mais les biens même du condamné, qu'un donataire de la confiſcation a remis aux enfans du condamné, ne ſont dans la perſonne de ces enfans que de ſimples acquêts; arrêt du 13 août 1671; rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 16; voyez l'auteur du traité des propres, qui, nonobſtant l'arrêt du 15 juin 1640, qu'il rapporte, eſtime au ch. 1 de ce traité, ſect. 9, num. 10, page 54 & 55, que la remiſe de la confiſcation dans la ligne collaterale forme des propres, lorſque par la remiſe l'ordre de ſucéder a été obſervé; opinion qu'on a déja remarqué qui étoit rejettée.

SECTION VII.

Quand le propre n'eſt que naiſſant & quand il eſt ancien.

XXXVII. Si l'immeuble recueilli par ſucceſſion directe ou collaterale étoit acquêt au défunt, il n'eſt que propre naiſſant dans la perſonne de l'héritier; & de même s'il étoit acquêt dans la perſonne de l'aſcendant donateur, dans l'un comme dans l'autre cas c'eſt propre naiſſant à l'héritier ou donataire, & ce du côté & ligne de l'acquéreur; & qui n'acquiert cette qualité que dans la perſonne de ces derniers.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 3, num. 8: en effet, dans l'un & l'autre cas il n'acquiert cette qualité de propre que dans le moment que l'héritier recueille, ou que le deſcendant donataire le reçoit; ce ne peut donc être un propre ancien, mais ſeulement un propre naiſſant. Voyez le titre des ſucceſſions, où l'on explique les effets de ces deux différentes qualités.

XXXVIII. L'immeuble eſt propre ancien dans la perſonne de l'héritier, & dans celle du deſcendant donataire, lorſqu'il étoit déja propre dans la perſonne du défunt ou de l'aſcendant donateur; la double tranſmiſſion par ſucceſſion ou donation en directe opére cette qualité, qui produit effet par rapport à la ſucceſſion; effet qui ſera expliqué dans ſon ordre en traitant des ſucceſſions.

De Renuſſon, des propres, chap. 1, ſect. 3, num. 8.

XXXIX. Lorſqu'un immeuble a acquis la qualité de propre ancien, il conſerve toujours cette qualité tant qu'il reſte dans la ligne; c'eſt qualité indélébile tant qu'il y a tranſmiſſion d'icelui, d'héritier en héritier.

Cela eſt établi ſur le chapitre des ſucceſſions collaterales, dans le titre des ſucceſſions.

SECTION VIII.

Quelle ſorte de propre l'ameubliſſement fait par l'un des conjoints forme dans la perſonne de leurs enfans.

XL. Lorſque par le contrat de mariage l'un des conjoints a ameubli un immeuble, cet immeuble, lorſque la communauté eſt acceptée, eſt dans la perſonne des enfans,

moitié propre paternel & moitié propre maternel, quand par le partage de communauté il a été diviſé par moitié entre le ſurvivant & les enfans; c'eſt l'effet de l'ameubliſſement & du partage, qui operent que les enfans tiennent un tel immeuble des deux lignes.

Arrêt du 12 avril 1616, rapporté par Brodeau ſur Louet, let. P, ſommaire 28. Il en eſt de même s'il y a eu communauté de tous biens; le Maître, tit. 15, ch. 3, page 517; à quoi on peut joindre les citations ſur les deux propoſitions ſuivantes.

XLI. Il leur eſt dans ce cas propre naiſſant pour moitié du côté de celui des conjoints qui a profité de l'ameubliſſement, c'eſt pour la premiere fois dans cette ligne qu'il ſe recueille par ſucceſſion. En effet, l'ameubliſſement eſt une voie légitime d'acquérir, par laquelle celui des conjoints auquel l'immeuble appartenoit pour le tout, a été dépouillé de moitié d'icelui; l'autre moitié doit donc être propre naiſſant de l'autre ligne.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, page 360; le Brun, de la communauté, page 50, num. 19 & ſuivans.

XLII. Il leur eſt dans ce même cas, propre ancien pour moitié du côté de celui de leur pere & mere qui a fait l'ameubliſſement; c'eſt l'effet de la double tranſmiſſion d'icelui par la voie de la ſucceſſion; en effet, en ce cas ils la tiennent de celui-là dans la perſonne duquel elle étoit déja propre; ainſi l'ameubliſſement, quant à cette moitié, ne changeant rien ne peut affoiblir une qualité acquiſe.

De Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 24 & 25, page 247 & 248. Obſervez que tout ce que deſſus ne s'applique que dans le cas qu'il y a acceptation de la communauté, ce qui eſt inconteſtable dans ce cas; on examinera ci-après le cas de la renonciation. Voyez les deux auteurs cités ſur la propoſition précédente & celle qui ſuit.

XLIII. Ce qui fonde cette qualité de propre ancien, eſt que les héritiers trouvant cette portion dans la ſucceſſion, les choſes quant à cette portion rentrent dans leur premier état, & ils la prennent dans la qualité qu'elle avoit dans la perſonne de ce conjoint; l'ameubliſſement eſt conſommé ſur l'autre moitié, & n'influe pas ſur celle-ci, qui après cette conſommation reſte dans ſon ordre naturel; la fin de l'ameubliſſement étant limité à la communauté ſans aucun trait à la ſucceſſion.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, conforme à ce que dit le Brun, des ſucceſſions, page 114, num. 15, ſous la limitation qui forme la propoſition ſuivante qu'il ne faut pas détacher.

XLIV. Mais ſi par les opérations du partage de communauté, l'immeuble ameubli tomboit en totalité dans le lot du conjoint ſurvivant, ou des enfans, comme héritiers du prédécédé, en ce cas il leur ſeroit propre en totalité du côté & ligne du conjoint du chef duquel ils le tiendroient; c'eſt en effet de lui qu'ils le tiennent conformément au partage qui eſt ſur ce la loi de la famille, & en ce cas l'héritage dans leur perſonne auroit la qualité qu'on va expliquer. Il ſeroit dans ce cas pour la totalité, propre naiſſant, s'ils le tenoient du chef de celui des conjoints qui a profité de l'ameubliſſement; il ſeroit dans leur perſonne propre ancien dans ſa totalité s'ils le tenoient de celui qui a fait l'ameubliſſement, puiſque dans ce dernier cas les choſes ſeroient remiſes en leur premier état; tel eſt l'effet du partage, au-delà duquel il ne faut plus remonter, l'ameubliſſement ayant été balancé & conſommé par icelui.

Il faut obſerver encore, comme on l'a vu dans les obſervations précédentes, que tout ce que deſſus eſt pour le cas qu'il y a eu acceptation de la communauté & liquidation des droits du ſurvivant & des enfans; mais ſi avant aucune liquidation, l'enfant venoit à mourir, ſa mere dans le cas qu'elle auroit accepté la communauté, trouvant ſon immeuble ameubli en nature, y ſuccéderoit-elle? de Renuſſon, des propres, chap. 6, ſect. 8, num. 19, page 695, tient l'affirmative: ce qui eſt juſte dans le cas que le propre n'eſt pas ameubli dans ſa totalité, mais juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, parce que dans ce cas l'opération ſe réduit à une compenſation avec ſes droits; mais cette opinion n'eſt pas ſuivie au châtelet lorſque l'ameubliſſement eſt total, auquel cas la moitié de tel héritage ameubli en totalité par la femme, eſt regardé avec raiſon comme propre paternel pour moitié, l'ameubliſſement total d'icelui ayant inévitablement produit cet effet.

XLV. Ce que deſſus fait connoître la qualité que l'immeuble ameubli par contrat de mariage, doit avoir dans la perſonne des enfans, lorſqu'il y a acceptation de communauté, mais lorſqu'il y a eu renonciation à icelle, l'héritage ameubli eſt totalement propre du côté & ligne de celui qui a fait l'ameubliſſement s'il y a eu d'icelui repriſe en ſa faveur; cette repriſe remettant les choſes dans leur premier état, & comme elles étoient dans l'origine; on examinera par la ſuite la qualité d'un tel héritage lorſqu'il n'y a pas lieu à cette faculté.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, diſt. 4, num. 17, page 50; de de Renuſſon, traité des propres, ch. 6, ſect. 8, num. 27, page 700; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

XLVI. En effet, dans ce cas les enfans le tiennent entiérement de lui, & l'exercice de la repriſe de l'immeuble ameubli, remet les choſes comme on l'a dit, au mê-

me état qu'elles étoient avant l'ameublissement, lorsqu'il est du chef de la femme, & même étant du chef du mari; en effet, dans ce dernier cas même par la renonciation la masse de la communauté lui reste; il en est donc dans le second cas comme dans le précédent; ainsi c'est de l'ancien propriétaire qu'ils tiennent un tel immeuble nonobstant l'ameublissement; c'est donc du côté & ligne de l'ancien propriétaire, que tel héritage doit être propre dans la personne des enfans.

Le Brun, en son traité des successions, page 114, num. 13.

XLVII. Examinons à présent le cas de renonciation à la communauté, & que l'ameublissement ayant été fait par la femme il n'y eut pas reprise en sa faveur, en ce cas l'immeuble ameubli seroit entiérement propre naissant aux enfans du côté & ligne du pere, c'est de lui de qui ils le tiennent, puisqu'en ce cas toute la masse de la communauté lui reste, ce qui fonde cette qualité.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, sect. 8; & le titre de la communauté sur lequel les autorités qui fondent la proposition sont rapportées.

SECTION IV.

Quelle sorte de propre la donation faite par l'un des conjoints à l'autre, forme dans la personne de leurs enfans.

XLVIII. Si l'un des conjoints a donné par contrat de mariage un de ses immeubles à l'autre, & qu'ils aient des enfans qui aient recueillis cet immeuble donné, il est dans leur personne, propre du côté & ligne du conjoint donataire, & non du côté & ligne du donateur, dans la succession duquel ils ne le trouvent plus; ce qui ne tombe pas sur les gains nuptiaux dans le cas du convoi qui opere substitution légale, qui fait cesser cette régle.

Il n'en est pas de même de celui réservé aux enfans d'un premier lit en vertu de l'édit des secondes nôces, il est propre dans la personne des enfans qui le recueillent du côté & ligne du donateur; de Renusson, des propres, ch. 2, sect. 10; voyez ci après le titre des donations faites par celui ou celle qui a convolé en secondes nôces; à l'égard de la proposition elle a été formée sur l'usage fondé sur la proposition qui suit; & quant à cette qualité de propre du côté du donataire dans le cas du convol, elle est fondée sur ce que cette réserve est un présent salutaire de la loi, qui par le convol a assujetti le conjoint donataire à réserver tel avantage aux enfans de son premier lit; réserve au moyen de laquelle il a été plus juste par rapport à la qualité de propres, de considérer la personne du donateur que le donataire, puisque le convol a dépouillé en quelque façon ce dernier de la propriété.

XLIX. En effet, en examinant le cas du convol, ils le tiennent du donateur qui en a été dépouillé par la donation, mais sous la condition de la réserve en cas de convol, & non du donataire; c'est donc du côté & ligne du premier que tel immeuble doit être propre; mais hors le cas du convol c'est du côté du donataire & non de celui du donateur dépouillé qu'il est propre.

Le Brun, des successions, au num. 13 de la page 114 déja citée.

L. Il en seroit de même de celui donné par l'un des conjoints à l'autre par testament, & qui seroit situé dans une coutume qui permettroit un tel avantage: tel héritage seroit propre aux enfans du côté & ligne du conjoint légataire; c'est suite de ce que dessus, lorsqu'il n'y a pas de convol, mais propre du côté & ligne du donateur lorsqu'il y a convol.

Ce qui fonde la proposition précédente, fonde celle-ci.

SECTION X.

Si la soulte payée par l'héritier fait obstacle à la qualité de propre de l'héritage qui lui est échu par succession

LI. On a vu, dans la section seconde de ce chapitre, que tout immeuble, échu par partage de succession, étoit propre à celui auquel il est échu, ce qui reçoit l'extension qui fait la matiere de la présente section. Cela auroit lieu encore que l'immeuble excédât sa portion héréditaire, & que pour ce il eût payé soulte; c'est toujours un bien héréditaire & l'effet d'une liquidation & acte de famille.

D'Argentré, sur l'article 418 de la coutume de Bretagne, glos. 2, num. 6; de Renusson, des propres, ch. 1, sect. 5, num. 7 & suivans, page 17 & 18: & telle est la jurisprudence du châtelet; par l'ancienne jurisprudence l'héritage n'étoit propre que jusqu'à concurrence de la portion héréditaire; mais cela étoit plus arithmétique que juridique, la nouvelle jurisprudence est attestée par le Brun, des successions, liv. 4, ch. 1, num. 36, ainsi que par les deux auteurs qu'on a déja cités; voyez le journal des audiences, tom. 2, livre 3, ch. 27, & tome 5, liv. 7, ch. 53; voyez aussi les arrêtés faits chez le premier président de Lamoignon, titre des propres, art. 28, & Renusson, au chapitre cité, num. 1, pag. 15.

LII. Cela auroit lieu encore qu'il eût payé la soulte de ses propres deniers, & que dans son lot il n'y eût aucuns deniers ni effets mobiliers pour acquitter la soulte; même raison que ci-dessus, c'est bien patrimonial.

Voyez le Brun, des successions, pag. 126, num. 66, & la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

LIII. Les raiſons qui fondent les deux propoſitions précédentes ſont, que quoiqu'il y ait ſoulte, c'eſt opération, c'eſt ſuite néceſſaire d'un partage & d'une ſaiſine par ſucceſſion, que l'héritier avoit ſa portion virile dans l'immeuble, & que ce qui lui en accroît par le moyen de la ſoulte, ne peut être regardé que comme un acceſſoire, accompagné d'une certaine charge, qui ne peut empêcher que cet acceſſoire ne ſuive la nature de ſon principal : ce qui confirme la qualité de propre & de propre pour le tout.

Ricard, ſur l'art. 221, de la coutume, & telle eſt la juriſprudence du châtelet; voyez l'auteur du traité des propres, à la ſection citée ſur la premiere propoſition de cette ſection ; ſection qui dans ſa totalité ſert encore de preuve à la propoſition.

SECTION XL.

Si l'adjudication par licitation forme des propres.

LIV. Quelquefois la licitation forme un propre, lorſqu'un immeuble indivis eſt adjugé ſur une licitation à l'un des co-propriétaires & qui avoit une portion propre dans icelui, tel immeuble lui eſt propre en totalité, ſi la voie du retrait lignager étoit ouverte pour lui ; mais il faut cette condition pour fonder cette qualité.

La maxime, que le premier acte entre cohéritiers eſt partage, & que tout partage forme des propres, fonde cette propoſition ; elle eſt conforme au ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 133, num. 89; mais pour cette qualité il faut la condition marquée par la propoſition ; voyez encore les dernieres citations, faites ſur la premiere propoſition de la ſection précédente, anciennement la juriſprudence étoit contraire; j'ai vu pluſieurs anciennes liquidations, faites au châtelet & autoriſés par des ſentences, par leſquelles on avoit regardé des portions d'héritage, acquiſes par la voie de la licitation entre cohéritiers comme acquêt; cela étoit contraire au ſentiment de Dumoulin, auquel on eſt venu, il eſt plus judicieux que l'ancienne juriſprudence.

☞ Voyez auſſi les arrêts des 9 mars 1722, & 24 mai 1729, cités par Deniſart, verb. licitation, ils établiſſent le principe contenu dans la propoſition qui a lieu indiſtinctement, même ſans qu'il y ait ouverture au retrait lignager.

LV. Cela auroit lieu, encore qu'il eût payé les portions qu'il s'eſt ainſi fait adjuger de ſes propres deniers, & non de ceux qu'il auroit recueilli de la ſucceſſion, de laquelle provenoit la portion qui lui étoit propre dans ce même immeuble; ce qui ne s'entend toujours que des portions, ſur leſquels le retrait pourroit avoir lieu en ſa faveur.

Voyez la note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, déſignée par la lettre L, liv. 1, ch. 2, pag. 364; tel a été le ſentiment de Dumoulin ; cependant il y a environ cinquante ans on ſuivoit au châtelet l'opinion contraire, & l'on y jugeoit qu'il n'y avoit que la portion virile qui fût propre.

LVI. Cela eſt fondé ſur ce que, s'il n'y a pas eu de partage ou diviſion effective de l'héritage licité, la licitation en tient lieu ; s'il y en a eu un elle le paracheve, puiſque nonobſtant icelui il reſtoit encore un bien en commun : ce qui confirme la qualité de propre tant qu'il y a racine à icelle ; c'eſt-à-dire, tant qu'il y a ouverture au retrait lignager.

Cette queſtion ci-devant ſouffroit difficulté, cela paroît par l'arrêt du 23 juin 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences ; liv. 3, ch. 24 : mais elle n'en ſouffre plus à préſent, ſauf la reſtriction ci-deſſus marquée pour les portions non ſujettes à retrait qui ne peuvent être qu'acquêts.

LVII. Cette qualité de propre auroit lieu encore que tous les collicitans ne fuſſent pas cohéritiers, & que des étrangers euſſent eu portion dans la licitation, mais elle n'a lieu que pour les parts ci-devant expliquées, c'eſt-à-dire, pour celles où le retrait auroit eu lieu.

Voyez ſur ce, le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, des partages, pag. 582 & 583; mais en ce cas la qualité de propre n'influe que ſur les portions dont la vente auroit pu faire ouverture au retrait lignager en faveur de l'adjudicataire, comme on l'a déja dit. En effet, dans ce dernier cas, comme dans le précédent, c'eſt toujours accroiſſement à la portion propre, la licitation y tient lieu de partage, & ce partage eſt devenu néceſſaire; nul ne reſtant en ſociété malgré ſoi ; il a donc été conſéquent aux principes d'admettre la qualité de propre. Telle eſt la juriſprudence du châtelet; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 5, num 11, juſqu'au num. 15 : le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 519, qui eſtime que l'héritage n'eſt propre que juſqu'à concurrence de la portion héréditaire, ce qui n'eſt à préſent nullement ſuivi, & l'on juge que non-ſeulement cette portion eſt propre, mais encore toutes celles dans leſquelles l'adjudicataire auroit pu rentrer par la voie du retrait lignager; enſorte qu'il n'y a que les autres portions, c'eſt-à-dire, celles ſur leſquelles le retrait lignager ne pouvoit avoir lieu en faveur de l'adjudicataire, qui dans ce cas ſoient acquêts ; on pourroit même ſoutenir que ſi quatre freres avoient poſſédé une maiſon par indivis, que l'un d'eux eût fait donation de ſon quart, & qu'enſuite la licitation de cette maiſon fût pourſuivie & adjugée à l'un des trois autres, qu'en ce cas le tout lui ſeroit propre, quoique la donation n'eût pas fait ouverture au retrait, les traces de la qualité de propre étant trop fraîches pour avoir pu être effacées par un fait auquel l'adjudicataire n'a pu parer ; mais il n'en ſeroit pas de même s'il y avoit eu vente faite à un étranger, & que la licitation fût pourſuivie contre cet acquéreur étranger, la portion d'icelui, quoiqu'adjugée comme le reſte à un ancien copropriétaire, ne lui ſeroit pas propre, puiſqu'elle n'étoit de ſa part ſujette à retrait lignager, lequel devoit être intenté ſur la premiere vente ; voyez le Brun des ſucceſſions, l. 4, ch. 1, pag. 582 & 583.

☞ Voyez auſſi les deux arrêts, cités ſur la premiere propoſition de cette ſection, qui ne permettent d'adopter la condition de l'ouverture au

retrait lignager. Enſorte que dans tous les cas la qualité de propre eſt certaine pour le tout.

SECTION XII.

Quels propres ſe forment par le droit de non décroiſſement & par la renonciation de la veuve à la communauté.

LVIII. L'accroiſſement forme encore des propres ; en effet, dans le cas que la veuve renonce à la communauté, & que par cette renonciation, tous les conquêts reſtent aux enfans, la totalité d'iceux leur eſt propre du côté paternel ; c'eſt de la loi de laquelle ils la tiennent, & non de la volonté de l'homme : ſource inconteſtable de la qualité de propre.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 116, num. 18 : voyez ſur cet accroiſſement le titre de la communauté, & tel eſt l'uſage du châtelet.

LIX. Cette qualité, en ce cas, eſt fondée ſur ce que la femme n'a ſur la communauté qu'un droit virtuel, que la ſeule acceptation d'icelle peut réaliſer, & que ſa renonciation a un effet rétroactif au moment de la diſſolution : effet qui laiſſe toute la maſſe dans la ſucceſſion du mari, dans le cas qu'il y a, de la part de ſa femme, renonciation à la communauté.

Cela eſt établi ſur le titre de la communauté, & c'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondé l'uſage qu'on vient d'atteſter.

LX. Delà, il s'enſuit que la totalité des conquêts leur eſt propre du côté paternel ; parce que c'eſt de leur pere qu'ils la tiennent, & que le tout leur reſte de ſon chef par droit de non décroiſſement, puiſqu'au moyen de la renonciation à la communauté, toute la maſſe d'icelle a fait partie de la ſucceſſion du mari.

C'eſt ce que dit le Brun, au nombre cité ſur la premiere propoſition de cette ſection.

SECTION XIII.

Quels propres ſe forment par la dévolution des propres d'une ligne manquante à une autre ligne.

LXI. Lorſqu'il n'y a aucun parent d'une ligne, les propres de cette ligne manquante paſſent à l'héritier le plus prochain du défunt : ce qu'on verra plus au long dans le titre des ſucceſſions ; on ſe borne ici à examiner la qualité de ces biens, qui n'ayant qu'une affectation relative, cette affectation ne peut plus militer lorſqu'elle n'a plus d'objet.

Le Brun, des ſucceſſions, livre 1, chapitre 5, ſection cinq, page 73. Voyez ci-après le titre des ſucceſſions, où cette ſaiſine légale, portée par le texte même de la coutume eſt examinée à fond.

LXII. Ces biens, dans ſa perſonne, ſont propres, comme les acquêts auxquels il ſuccéde, c'eſt toujours ſucceſſion légitime ; droit qui forme inévitablement des propres : en effet, c'eſt une telle ſucceſſion, & la ſucceſſion légitime fait des propres, ſauf en ce cas la limitation qui ſuit à cette qualité.

Dupleſſis, en ſon traité quatrieme, & l'auteur du traité des propres, confirment la propoſition qui a déja été établie ci-deſſus.

LXIII. Mais ces propres ne ſont, dans la perſonne de l'héritier des meubles & acquêts, & qui les recueille comme plus prochain, que propres naiſſans, encore qu'ils euſſent été propres anciens dans celle du défunt ; ils ne peuvent avoir une autre qualité.

Cela a été ainſi jugé dans la ſucceſſion du ſieur de la Place, architecte des bâtimens du roi, par ſentence rendue ſur production des parties, au rapport de M. Barrangues ; j'avois écrit au procès, & ce, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

LXIV. La raiſon de ce, eſt que la qualité de propre ancien ſeroit ſans objet, puiſque tel héritier n'eſt pas de la ligne dont le propre originairement procéde ; mais ils ſont propres dans la perſonne de l'héritier du côté & ligne du défunt, & tels qu'un acquêt que cet héritier auroit recueilli. Je n'y vois pas de différence.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité des ſucceſſions, page 117, num. 20 & 21, & il en doit être de même dans les coutumes ſoucheres, lorſqu'un propre paſſe à l'héritier plus prochain, faute de deſcendant de l'acquéreur.

SECTION XIV.

Des biens ſubrogés aux propres.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand la ſubrogation eſt imparfaite & qu'elle ne forme pas des propres.

LXV. On a vu dans la premiere propoſition de la ſection premiere de ce chapitre, que c'eſt la loi qui forme les propres, & non la convention ; principe général dont on va ici développer les conſéquences ; en approfondiſſant l'effet que la ſubrogation d'un bien à un autre peut produire ; car la ſubrogation parfaite & adoptée par la loi forme des propres, & des propres qui ſont tels à tous égards ; mais non la ſubrogation imparfaite & que la loi n'adopte pas.

Sur la ſubrogation qui peut former des propres, voyez de Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 10, & les propoſitions ſuivantes.

LXVI. Delà, il s'enſuit que l'emploi du propre aliéné, ne forme pas un propre de

ſucceſſion, il n'en peut former un que de communauté; ainſi ſi un propre de la femme a été aliéné pendant la communauté, & qu'enſuite il ait été fait emploi du prix en acquiſition d'un autre héritage, & que la femme ait formellement accepté le nouvel héritage pour remploi, cet héritage eſt bien propre, relativement à la communauté; mais ſimple acquêt dans la ſucceſſion de la femme, ce qui milite pour le mari.

Arrêt du 11 février 1613, rapporté par Bardet, liv. 4, ch. 56 : c'eſt la juriſprudence du châtelet, ſauf le remploi, relativement à la communauté.

LXVII. Cela auroit lieu, comme on l'a déja dit, encore que celui qui a fait l'acquiſition eût déclaré par le contrat même, qu'il vouloit que l'acquêt fût ſubrogé au propre; parce que la volonté de l'homme eſt impuiſſante pour ce, la loi ſeule peut faire les propres; une telle déclaration, pour la vraie formation d'un propre, eſt donc abſolument impuiſſante & inefficace; tel eſt l'eſprit de la loi.

Arrêt du 23 janvier 1625, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 29 : autre du 16 avril 1671, rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 301 ; & encore une fois, telle eſt la juriſprudence du châtelet.

LXVIII. De ce que deſſus, il réſulte à plus forte raiſon, que le prix du propre aliéné n'eſt pas propre, encore qu'il fût conſtant & même dépoſé ès-mains d'un tiers, ſauf l'exception qui ſuit; & c'eſt une ſeconde conſéquence du principe. C'eſt à la choſe ſeule à laquelle la coutume avoit attaché cette qualité.

Voyez l'arrêt, rapporté par Soëfve, tome 2, cent. 2, ch. 12 : le journal des audiences, tome 2, liv. 3, ch. 7.

LXIX. Il faut néanmoins excepter de la propoſition précédente, le prix d'un immeuble vendu pendant la minorité; ce qu'on a déja vu ci-deſſus, & ce qu'on verra ci-après dans la ſection de la repréſentation qui opére des propres; car en ce cas, tel prix ſeroit propre, mais il eſt tel par la loi & non par la volonté de l'homme; c'eſt une ſage prévoyance de la premiere.

Voyez l'article 94 de la coutume, qui établit cette exception : fiction qui néanmoins n'a pas lieu par rapport au partage fait avec le mineur; partage quoique proviſionnel, auquel il faut que ſes héritiers ſe tiennent; ce n'eſt pas là l'aliénation dont parle l'art. 94 : c'eſt acte de néceſſité; voyez le journal du palais, *in*-4°. tome 11, pag. 484, 485 & ſuivantes.

DISTINCTION II.

Quand la ſubrogation eſt parfaite & qu'elle produit des propres.

LXX. L'héritage accepté en échange d'un propre, eſt propre comme étoit ce dernier; c'eſt ſubrogation parfaite.

Le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 125, num. 63, pag. 126 : il dit la même choſe à la pag. 587 : le Maître, tit. 5, ch. 3, pag. 517 & la propoſition qui ſuit.

LXXI. Cette qualité eſt fondée, ſur ce que l'échange produit une parfaite ſubrogation, d'autant plus que cette voie manifeſte que l'intention étoit d'échanger, non d'aliéner; il y a donc en ce cas ſubrogation de propre & tranſmiſſion de cette qualité d'un héritage à un autre.

Cette ſubrogation par l'échange eſt ſi parfaite, que par l'arrêt, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 17, il a été jugé que le legs d'une maiſon, que le teſtateur avoit échangé contre une rente, ſubſiſtoit ſur la rente, priſe en échange de la maiſon originairement léguée; ce qui ſert à établir la propoſition, en fondant la ſubrogation qui en eſt la baſe : en effet, en ce cas ſingulier c'étoit adopter l'effet de la ſubrogation dans des termes bien forts, ce qui prouve d'autant plus la propoſition priſe dans la théſe générale, adoptée par l'article 143 de la coutume; voyez ſur ce, Loyſel, liv. 2, tome 2, régle 17, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art 23.

LXXII. Cette ſubrogation de propres auroit lieu, & pour le tout, encore qu'il y eût ſoulte en deniers, pourvu que la ſoulte n'aille pas à la moitié; parce qu'en ce cas même c'eſt toujours échange, & que cet acte produit cette qualité.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſection 10, num. 9 : il n'y ajoute pas même la limitation, que la ſoulte n'aille pas à la moitié; mais c'eſt le ſentiment de l'auteur, cité ſur la propoſition qui ſuit, & celui qui eſt ſuivi, comme conforme aux principes ſur leſquels on détermine la nature des contrats.

LXXIII. En effet, il faut juger des contrats par la partie prépondérante; ainſi dès que la ſoulte ne va pas à la moitié, c'eſt échange; mais ſi la ſoulte alloit à la moitié, l'héritage pris en échange du propre, ne ſeroit propre que pour moitié; alors c'eſt mêlange de vente & d'échange; ce que deſſus n'a lieu en matiere de meubles.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, conforme aux ſentimens de Dupleſſis. Mais le meuble, pris en échange d'un immeuble, ne peut faire un propre, parce que le meuble n'eſt pas ſuſceptible de cette qualité; le Brun, des ſucceſſions, pag. 126, num. 67; voyez le Maître, pag. 517 : qui confirme la propoſition.

LXXIV. Examinons l'échange qui peut naître d'un partage : ſi par un partage de ſucceſſion de pere & mere, on donnoit à un des enfans un propre paternel pour le remplir de ſa portion héréditaire dans la ſucceſſion de ſa mere; ce propre, originairement paternel, devient maternel à tous égards; c'eſt échange : tel partage doit

donc opérer cet effet, & il ſeroit étrange de dénier à un partage qui eſt un acte favorable & de néceſſité, celui qu'on accorde à des actes volontaires & comme tels, bien moins favorables qu'un partage.

Arrêt du 30 mars 1596, rapporté par Louet, let. P, num. 35. Voyez le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 519, qui confirme la propoſition, ainſi que la ſuivante.

LXXV. En effet, cette opération de partage produit un véritable échange, & l'on vient de voir que l'échange fait un propre: ainſi le propre paternel, donné pour remplir un propre maternel, devient donc propre maternel.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 127, num. 73; voyez les nombres précédens, où il rapporte les raiſons & les autorités contraires; & tel eſt l'uſage qui eſt conforme, non-ſeulement au ſentiment de l'auteur qu'on vient de citer, mais encore à celui de Louet & de Brodeau, let. P, ch. 35, & à celui de le Prêtre, cent. 3, ch. 88.

LXXVI. Cela auroit lieu, encore que cette ſubrogation de propre ne fût pas ſtipulée par le partage; c'eſt la loi qui la fait, abſtraction faite de la volonté des copartageans, elle doit donc opérer, nonobſtant le défaut de ſoumiſſion à icelle.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 10, num. 12, pag. 62: le Brun, des ſucceſſions, pag. 129, num. 79: ils confirment la propoſition. En effet, c'eſt la loi qui décide que *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati.* Maxime indépendante de la volonté des contractans, & qui fonde la propoſition.

LXXVII. Par les mêmes raiſons, ſi par un partage de communauté, le ſurvivant, pour ſe conſerver les conquêts, donnoit à ſes enfans un de ſes propres, tel propre leur ſeroit propre du côté & ligne du prédécédé: c'eſt échange comme ci-deſſus, par conſéquent même réſolution.

Cela réſulte de ce que deſſus, & je l'ai vu ainſi régler, dans un partage fait au châtelet, ſur l'avis de deux anciens avocats; en effet, c'eſt ici encore un véritable échange.

SECTION XV.

Des propres que forme la repréſentation du propre.

DISTINCTION PREMIERE.

Du prix du propre du mineur.

(Art. 94 de la coutume.)

LXXVIII. Le prix du propre du mineur repréſente le propre même dans la ſucceſſion du mineur; c'eſt précaution légale: par cette ſage repréſentation, l'action de remploi, appartenante à un des conjoints mineur & qui décéde en minorité, eſt dans ſa ſucceſſion de la nature de l'immeuble aliéné, quoique le contrat de mariage ne contienne pas la clauſe, que l'action de remploi ſera propre.

Cela a lieu même pour les deniers provenans de la vente d'un office; arrêt du 5 mars 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, livre 3, chap. 30: voyez le Maître, pag. 125: mais non, lorſque le pere retient l'office conquêt; ce qui a été établi ci-deſſus, parce qu'en ce cas, il eſt cenſé que le mineur n'a jamais rien eu dans l'office: régle qui s'applique au partage.

LXXIX. La loi a établi cette repréſentation dans la crainte que les tuteurs, pour leurs propres intérêts, ne changeaſſent de nature les biens des mineurs; tel a été le motif de cette fiction, de cette ſubrogation, elle eſt favorable; il y en a une autre raiſon qui eſt que la minorité étant un obſtacle à l'aliénation, elle empêche par conſéquent que l'immeuble du mineur ſoit converti en meubles.

Mais cette fiction n'a pas lieu par rapport à la rente, rembourſée au curateur d'un imbécille majeur; arrêt du 1 juillet 1686, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 4; autre du 24 mars 1696, dans le même volume, pag 831: troiſieme arrêt du 18 décembre 1702, dans le ſixieme volume, pag. 311: le Maître, pag. 126, eſt d'avis contraire; avis qui ne peut faire impreſſion, quoiqu'il puiſſe trouver ſa racine dans la loi, ne pouvant balancer l'autorité des arrêts.

LXXX. C'eſt une fiction légale qui fait regarder le prix comme la choſe même, mais cette fiction ne ſubſiſte qu'autant que la minorité; telles ſont les limites que la loi y a miſes.

Arrêt du 4 mars 1653, rapporté par Soefve, tom. 1, cent. 4, ch. 17: ce qui a lieu par rapport aux deniers provenans du rembourſement d'une rente conſtituée & fait pendant la minorité; c'eſt la diſpoſition de l'article 94 de la coutume: c'eſt exemple qui explique & qui ne limite pas.

LXXXI. Par cette fiction, l'héritier qui auroit ſuccédé au propre aliéné, prélève ſur le mobilier du mineur décédé, le montant du prix du propre aliéné; tel eſt l'effet de cette fiction, qui deviendroit inutile ſans ce prélévement.

Cependant ſi un mineur, par le partage des biens de la ſucceſſion de ſon pere, avoit eu plus de mobilier qu'il n'en auroit eu, ſi l'on eût, entre lui & ſes cohéritiers, partagé également les immeubles & qu'il mourût pendant ſa minorité, ſon héritier mobiliaire prend tout ce mobilier, & on n'admet pas en ce cas la ſubrogation du mobilier à la portion dans les immeubles que ce mineur auroit dû avoir, parce que l'on prend les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent; voyez la onzieme partie du journal du palais, pag. 484. D'ailleurs un tel acte, qui n'eſt pas l'ouvrage du

tuteur

tuteur ſeul, ne peut être ſuſpect : il doit donc avoir ſon exécution dans la famille : c'eſt ſon propre ouvrage, comme on l'a obſervé ſur la derniere propoſition de la premiere diſtinction de la ſection précédente.

LXXXII. Mais ſi le mineur, dont le propre a été aliéné, mouroit majeur, comme l'effet ceſſe avec ſa cauſe, le prix du propre reſteroit confondu dans la ſucceſſion mobiliaire, & appartiendroit à l'héritier des meubles ; tel eſt l'effet de la limite à cette fiction : il y a un autre cas où la ſimple repréſentation forme un propre ; les matériaux provenans d'une démolition & laiſſés ſur le lieu pour reconſtruire, ſont propres ſi le terrein étoit propre ; la deſtination leur conſerve cette qualité : c'eſt porter loin la fiction qui influe même ſur les dettes.

De cette fiction, il s'enſuit que ſi on a vendu un propre du mineur pour acquitter ſes dettes, on fait revivre ces mêmes dettes juſqu'à concurrence de l'immeuble aliéné pour dédommager l'héritier qui auroit ſuccédé à l'immeuble ; & pour ce, chaque héritier contribue à proportion de ſon émolument, même l'héritier auquel il faut cette indemnité ; puiſque, tant à ſon égard, qu'à l'égard des autres, les dettes acquittées ſont réputées ſubſiſtantes, pour mettre la ſucceſſion du mineur en l'état qu'elle étoit avant l'aliénation ; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 618, num. 28 : ce qu'on a déja vu ci-deſſus, & que l'ordre oblige de reprendre ici ; ſur la derniere partie de la propoſition concernant les matériaux, voyez Chopin, ſur Anjou, liv. 1, ch. 3, tit. 2, num. 10 : les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, de la qualité des biens, art. 15 : & il y a un ancien arrêt qui l'a ainſi jugé, il eſt du 27 octobre 1579. Que dira-t-on de la rente rembourſée, ſi dans la ſucceſſion mobiliaire il n'y a pas de quoi fournir le rembourſement ? prendra-t-on le ſurplus ſur les propres ? je ne le penſe pas, parce que le privilége des mineurs ne peut être rétorqué contre eux, & qu'on ne pourroit mieux faire que de les libérer avec leurs propres deniers ; cependant, dans la rigueur, il eſt plus juridique de faire revivre la vente.

DISTINCTION II.

Que la rente fonciere moyennant laquelle le propre a été aliéné le repréſente, & comme telle eſt propre.

LXXXIII. La rente fonciere, pour laquelle le propre a été aliéné, eſt propre à tous égards, comme le propre même ; c'eſt-à-dire, l'héritage propre donné à rente, parce que telle rente eſt la repréſentation parfaite du propre ; repréſentation qui en ce cas eſt la baſe de cette qualité, qui milite indiſtinctement pour le majeur comme pour le mineur.

Cela eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, pag. 114, num. 10 : & par Renuſſon, traité des propres, ch. 1, ſect. 10, num. 10 : & ce qui eſt inviolablement ſuivi, la repréſentation en ce cas étant parfaite.

LXXXIV. Cette qualité de propre auroit lieu, encore que la rente fonciere eût été ſtipulée rachetable, ou qu'elle fut telle par la loi & le privilége de l'immeuble ſur lequel elle ſeroit à prendre ; elle eſt toujours repréſentative de l'héritage, nonobſtant la faculté du rachat d'icelle ; repréſentation qui fonde cette qualité.

Le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 520 : c'eſt droit commun.

LXXXV. Il n'en ſeroit pas de même ſi le propre avoit été vendu moyennant un certain prix, & que de ce prix, à l'inſtant & par le contrat de vente, l'acquéreur eût conſtitué une rente ; telle rente ſeroit pur acquêt, étant bien plus conſtituée que fonciere, qualité qui efface celle de propre. Les raiſons de ce, ſont que c'eſt vraie vente, & non dation à rente, & que la vente ainſi conſtituée ne peut être que repréſentative d'un prix purement mobilier, & non repréſentative d'un immeuble, & par conſéquent ne peut être propre.

Cela eſt encore établi ci deſſus dans le titre des rentes foncieres, & cela eſt d'autant plus inconteſtable, que cette rente conſtituée prend ſa naiſſance dans la perſonne du créancier.

DISTINCTION III.

Que les matériaux étant ſur la place ſont propres.

LXXXVI. Les matériaux de la maiſon propre, qui a été démolie, étant ſur la place pour ſervir à la conſtruction d'une nouvelle maiſon, ſont propres ; c'eſt leur vraie qualité par leur origine & par leur emploi projetté ; cependant il faut convenir que dans ce cas, la repréſentation n'eſt pas ſi parfaite que dans le cas précédent.

Arrêt du 27 octobre 1579 ; voyez le Maître, tit. 3, ch. 2, pag. 119 ; & l'auteur cité ſur la propoſition qui ſuit, ce qu'on a déja obſervé ſur la derniere propoſition de la diſtinction premiere ci-deſſus, où l'on a rapporté les autres autorités.

LXXXVII. Ils ſont tels en effet, par la repréſentation & la deſtination ; l'un & l'autre moyen concourt en ce cas, & ils ſont des propres.

L'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 11, num. 6, pag. 86, confirme cette propoſition.

LXXXVIII. Les nouveaux matériaux étant ſur la place deſtinés à la conſtruction, ſont pareillement propres, leur deſtination marquée les rend tels ; & telle deſtination ſuffit pour opérer cette qualité, qui d'ailleurs eſt favorable.

Telle eſt la juriſprudence, conforme au ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, & de celui cité ſur la propoſition précédente.

SECTION XVI.

Des propres qui ſe forment par la conſolidation & réunion au propre.

DISTINCTION PREMIERE.

Que les bâtimens conſtruits ſur le terrein propre, ſont propres, mais non les augmentations de terrein.

LXXXIX. Tout bâtiment conſtruit ſur terrein propre, eſt propre; en effet, il ſe conſolide au propre & fait partie d'icelui, & la conſolidation parfaite produit cette qualité: tel eſt le principe général.

Arrêt du 3 août 1688, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 4, chap. 25, page 222: de Renuſſon des propres, ch. 1, ſect. 11, num. 4, pag. 85, & tel eſt l'uſage, qui eſt encore fondé ſur les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 24, & ſur le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, num. 80.

XC. De-là il s'enſuit que tel bâtiment appartient à l'héritier du propre; c'eſt portion d'icelui, il doit donc lui appartenir, & il lui appartiendroit, encore que, lors de l'ouverture de la ſucceſſion, tout le prix du bâtiment conſtruit fût dû par le défunt: il n'en n'eſt pas moins portion du propre, la dette n'eſt qu'accidentelle: il ne faut donc pas conſidérer cet accident, mais l'état & la réalité de la choſe.

Cela eſt établi ſur le titre des ſucceſſions; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci; le Brun en ſon traité des ſucceſſions, pag. 129, num. 80.

XCI. Cela eſt fondé ſur ce que telle dette n'eſt pas charge réelle, mais dette ordinaire, au payement de laquelle, chaque héritier doit contribuer à proportion de ſon émolument, & conformément à la diſpoſition de la coutume qui eſt générale; d'où il s'enſuit qu'en ce cas, l'héritier mobilier n'a aucune récompenſe à prétendre.

Dans le cas que le prix de ces bâtimens a été acquitté par le défunt; l'héritier des meubles & acquêts n'a aucune recompenſe à demander à l'héritier des propres; cela eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, pag. 129, num. 83: le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 521, & 522, eſt d'avis contraire; avis qui eſt oppoſé à ce qui ſe pratique, & pour le ſoutien duquel je ne vois aucun bon moyen; c'eſt opinion ſinguliere & pour laquelle on ne peut trouver aucune baſe dans le droit.

☞ La maxime qu'il n'eſt dû, en ce cas, aucune récompenſe à l'héritier des meubles, eſt d'autans plus certaine, que par un arrêt de réglement du 3 août 1688, rendu ſur le requiſitoire de M. de Lamoignon & rapporté au journal des audiences, la cour a décidé que le bâtiment ſeroit partagé comme propre ſans que le héritiers des meubles puiſſent prétendre aucune récompenſe.

XCII. De ce que deſſus, il réſulte à plus forte raiſon, que les embelliſſemens faits dans une maiſon propre, comme boiſeries, parquets, glaces & tableaux, ſont propres lorſqu'il y a incorporation d'iceux avec la maiſon: c'eſt une conſéquence de ce que deſſus, c'eſt acceſſoire, c'eſt parfaite conſolidation, c'eſt diſpoſition textuelle de la coutume.

De Renuſſon, des propres, ch. 1, ſect. 11, num. 5, pag. 85; ce qui ne s'entend qu'avec la diſtinction qui forme la propoſition qui ſuit, & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 90 de la coutume.

XCIII. Il faut cependant diſtinguer: les boiſeries & les parquets le ſont toujours; les glaces & les tableaux ne le ſont que lorſqu'ils ſont ſcellés en plâtre, ou qu'ils tiennent à fer & à clou, & qu'ils paroiſſent avoir été poſés par le propriétaire pour perpétuelle demeure; parce que dans ce cas, la deſtination du pere de famille les rend tels; mais ceſſante cette deſtination marquée, ils reſtent meubles; c'eſt l'incorporation, c'eſt la conſolidation qui doivent décider; c'eſt le principe adopté par la coutume.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur l'art. 90 de la coutume.

XCIV. Il n'en eſt pas de même de l'augmentation de terrein: l'acquiſition d'un terrein joignant à un propre ne fait pas un propre; elle eſt acquêt: en effet, ce n'eſt pas conſolidation, incorporation au propre; & cela auroit lieu, encore qu'on eût incorporé le terrein acquis au propre. Si, par exemple, on en avoit formé ou agrandi le jardin, dans ce cas même c'eſt toujours un ſimple acquêt; l'uſage auquel il eſt deſtiné, ſa proximité du propre, ne peuvent changer ſa vraie nature: ce qui n'influe pas ſur l'alluvion.

Mais l'augmentation qui ſurvient à un héritage propre par alluſion, eſt propre; le Maître titre 15, chap. 3, pag. 522: ce qui eſt ingénieux pour la théorie, mais aſſez inutile dans la pratique: ſur la régle que contient la propoſition, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 131.

XCV. De même dans le cas de l'acquiſition d'une maiſon voiſine à un propre, & que des deux, le propriétaire n'en eût fait qu'une, la place acquiſe & la portion de bâtiment conſtruite ſur icelle reſte acquêts; c'eſt différente propriété que les titres diſtinguent. Cela eſt fondé ſur ce que dans ces cas, l'union n'y eſt pas réelle, comme celle du bâtiment au fonds; ainſi en ce cas, chaque terrein doit conſerver ſa vraie qualité; tel eſt l'eſprit de la coutume.

C'eſt ce que dit le Brun, au nombre cité ſur la ſixieme propoſition de cette diſtinction, & ce qui ſe pratique au châtelet dans les partages dans leſquels

on distingue la portion acquise, qu'on range dans les acquêts & celle qui étoit patrimoniale qu'on met dans la masse des propres.

DISTINCTION II.

Si la réunion du fief servant au dominant propre, & celle de la censive au fief propre, forment des propres.

XCVI. Sur l'effet de cette réunion, il faut distinguer si le fief servant n'a été aliéné que pour un tems, & que par l'expiration de ce tems, il se réunisse au fief dominant qui est propre; ce fief ainsi réuni est propre, comme celui auquel il se réunit; c'est cause ancienne de réunion, & qui comme telle, produit son effet.

Le Brun, des successions, pag. 132, premiere colonne; & tel est sur ce l'usage.

XCVII. De même si le fief servant retourne & se réunit au fief dominant qui est propre, faute par le vassal de satisfaire aux charges de l'inféodation; le premier est propre comme l'autre, c'est pareillement cause ancienne, & son effet est portion du droit du fief retenu. Dans ces cas, le fief réuni est propre, parce que la réunion s'y fait par une cause résolutive & inhérente à l'inféodation, & que cette résolution remet les choses dans leur premier état, & c'est la consommation d'une action qui étoit propre.

Voyez la note sur Dupleſſis, pag. 76; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 522; & l'auteur du traité des propres, chap. 1, sect. 11.

XCVIII. Il en est de même, si le fief servant est confisqué par félonie, & que par la confiscation il se réunisse à un fief propre; parce que la félonie est une cause tacite de la résolution de l'inféodation, qui produit le même effet que si elle étoit exprimée par l'acte d'inféodation.

Cela résulte de ce que dit le Brun, des successions, pag. 132; c'est le sentiment de d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 418, num. 14 & 15; & de le Maître, pag. 522.

☞ Suivant la doctrine de Dumoulin & de d'Argentré, qui est exactement suivie au barreau, il n'y a que le cas porté par la premiere proposition de cette section, où le fief servant suit la nature du fief dominant, c'est-à-dire, par l'expiration du tems porté par la concession mais il n'en est pas de même du cas de la confiscation pour cause de félonie, & de celui où le vassal n'auroit pas satisfait aux cause de l'inféodation, le fief servant réuni au fief dominant, dans ces deux derniers cas, est seulement acquêt & non propre.

XCIX. Mais lorsque le seigneur acquiert un fief mouvant de celui qui lui est propre, le fief par lui acquis ne peut être propre; c'est pur acquêt, autrement la volonté feroit des propres, ce qui n'est pas; ainsi, ce dernier fief, de même qu'un terrein joignant le propre terrein qu'on auroit acquis, ne peut être qu'un acquêt.

Le Brun, des successions, pag. 131 num. 86, de Renusson, des propres, ch. 1, sect. 11, num. 20, pag. 92; ce qui est regardé au châtelet comme inconteſtable.

C. Cela auroit lieu, encore qu'il n'eût empêché la réunion de l'un à l'autre; elle ne fait plus qu'un fief, mais ses portions sont distinguées par les qualités de propre & d'acquêt: pour le premier cas, c'est la loi des fiefs qui opere; pour le second, c'est celle des successions.

Voyez le Maître, titre 15, chap. 3, pag. 122; & c'est ce qui en ce cas, se pratique au châtelet; en effet, telle réunion n'a trait qu'à la féodalité, & non à la qualité accidentelle du propre que la loi donne, non la volonté. il faut donc que chaque portion conserve sa vraie qualité.

CI. Il en est de même du fief servant que le seigneur auroit acquis par la voie de la confiscation prononcée contre son vassal, ou par la voie de la deshérence ou du retrait féodal; c'est acquisition, c'est profit casuel qui ne peut faire un propre.

Arrêt du 24 janvier 1624, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 109, de Renusson, des propres, ch. 1, sect. 11, num. 15 & suivans, pag. 90; en effet, ce sont profits casuels de justice, & non résolution de l'inféodation pour cause ancienne ou droits & profits de fief, qui ne peuvent par conséquent former que des acquêts; c'est ce que dit le Brun, des successions, pag. 132, premiere colonne.

CHAPITRE SECOND.

DE CERTAINES ACTIONS SUSCEPTIBLES DE LA QUALITÉ DE PROPRES.

SECTION PREMIERE.

DES RENTES CONSTITUÉES, ET DES OFFICES, CONSIDÉRÉS RELATIVEMENT A LA QUALITÉ DE PROPRES.

I. NON-SEULEMENT les immeubles réels, mais encore les rentes constituées & les offices, quoique simples actions, les derniers se réduisans à l'exercice d'une certaine fonction publique, sont susceptibles de la qualité de propres; si la nature leur dénie cette qualité, la loi la leur donne; ainsi, c'est par la disposition de la loi qu'ils sont réputés tels, quoiqu'ils ne le soient pas réellement & par leur nature.

Le Brun, des successions, pag. 125, num. 61: voyez ci-devant le titre des rentes & celui des offices, sur quoi il est à propos d'observer que non-seulement le contrat de constitution de rente est susceptible de la qualité de propre, mais même la simple promesse, quoique sous signature privée, de passer un tel contrat, en est susceptible; arrêt du 24 mars 1661, rapporté dans le second volume du journal des audiences, l. 8, ch. 23: ce qui prouve à plus forte raison, la proposition par rapport aux rentes; quant aux offices, cette qualité est prouvée par l'édit de 1683.

II. De-là il s'ensuit que la rente constituée, est propre à tous égards, lorsqu'elle a acquise cette qualité, & elle est propre non-seulement dans les successions, mais encore par rapport au douaire coutumier, par rapport aux testamens & au retrait lignager; ce qui sera établi dans son ordre en traitant de ces matieres: il suffit ici de poser le principe général qu'on étend peut-être trop loin, en l'étendant au retrait lignager.

Tout cela a été établi ci-dessus, ou le sera dans son ordre.

III. L'office l'est de même à tous les égards, lorsque dans la personne du titulaire il a acquis cette qualité, le retrait & le douaire coutumier excepté, auquel l'office vénal & héréditaire n'est sujet qu'au défaut d'autres biens sujets à ce douaire; mais l'office est tel à l'égard des successions & des testamens.

Voyez le titre des offices & celui du douaire où cela est établi.

SECTION II.

Des cas esquels l'action pour recouvrer un immeuble est propre.

IV. Lorsqu'un propre a été aliéné sous faculté de réméré, l'action de l'exercice du réméré est susceptible de la qualité de propre; c'est limitation à la vente, c'est voie réservée pour rentrer dans la propriété. Ce qui fonde cette qualité, est que cette action est représentative du propre, qui n'a été aliéné qu'avec la réserve de cette action.

Sur cette représentation, voyez Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 1, pag. 138, & la note qui a été ajoutée, désignée par la lettre I; régle confirmée par le Brun, des successions, pag. 114, num. 9.

V. De-là il s'ensuit que dans la succession de celui qui a aliéné son propre sous cette faculté, cette action comme propre, appartient à celui de ses héritiers, qui auroit succédé au propre même, s'il se fût trouvé dans la succession; mais c'est de sa bourse, & non sur la masse de la succession, qu'il doit tirer les deniers nécessaires pour l'exercice de cette action, parce que son droit est limité à cette action, il ne va pas au-delà; c'est donc à lui à en remplir la charge.

Telle est la jurisprudence; voyez l'auteur cité sur la proposition qui suit.

VI. Il en est de même lorsque sur la vente d'un propre, il y a lieu à restitution en entier, contre icelle: l'action pour parvenir à la restitution passe à l'héritier qui auroit succédé au propre, si il n'avoit été aliéné, mais il doit l'exercer à ses dépens; c'est suite de ce que dessus.

Le Brun, des successions, pag. 114, num. 9: ce qui est fondé sur ce que dans ce second cas, comme dans le précédent, telle action est immobilisée, eu égard à son objet & à sa fin, qui est le recouvrement d'un immeuble propre, étant de principe que la nature de l'action se détermine par son objet: principe qui fonde la qualité de propre; c'est ce que dit M. le Maître, tit. 15, chap. 3, pag. 520; en effet, c'est une maxime que, *actio quæ tendit ad immobile immobilis est*; ce qui est attesté par Dupleſſis, traité des meubles.

SECTION III.

Que la rente propre, cédée avec garantie & reprise en conséquence, appartient à l'héritier des propres.

VII. Lorsque le défunt a transporté une

rente propre avec garantie, & que ſes héritiers ſont obligés par l'effet de cette garantie, de la reprendre; telle rente appartient à celui de ſes héritiers, auquel elle auroit appartenu, ſi elle s'étoit trouvée parmi les biens du défunt; la rétroceſſion forcée met les choſes dans leur premier état: qualité qui a lieu, ſi la rétroceſſion s'étoit faite au cédant même, & que la rente fût propre dans ſa perſonne.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 114, num. 12: à quoi il faut joindre les citations ſur la propoſition qui ſuit; en effet, en ces cas, *cenſetur magis redditum quam tranſlatum dominium.*

☞ C'eſt ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Paris, du 3 mars 1658, rapporté par Brillon, *verb.* propre. Voyez auſſi Lalande, ſur l'article 324 de la coutume d'Orléans.

VIII. Cela eſt fondé ſur ce que l'effet de la garantie de fournir & faire valoir, eſt d'anéantir le tranſport & de faire rentrer la rente dans la ſucceſſion du cédant, de même que ſi le tranſport d'icelle n'eût pas été fait; ce qui fonde la qualité de propre.

Dupleſſis, quatrieme traité, pag. 114 de l'édition de 1709: le Maître, tit. 15, chap. 3, pag. 518.

IX. Mais dans ce cas, le rembourſement qui ſe fait au ceſſionnaire de la rente, ſe fait, non pas par l'héritier qui ſuccéde à la rente, mais par tous les héritiers à proportion de leur émolument; c'eſt charge de toute la ſucceſſion du cédant, qui milite contre tous. En effet, l'anéantiſſement du tranſport ouvre une action en répétition du prix d'icelui ſur toute la ſucceſſion, & cette action en eſt une charge qui tombe par conſéquent ſur tous & non ſur un ſeul, quoiqu'un ſeul profite de la rentrée de la rente; parce qu'encore une fois, cela remet les choſes en leur premier état, par rapport à la qualité de la rente; & l'action en garantie ayant frappé tous les biens du cédant, doit par conſéquent ſe repartir entre tous ceux qui les recueillent.

Sur cette déciſion que la rente propre, cédée avec garantie, & repriſe par rétroceſſion pour éviter les effets de la garantie, reprend dans la perſonne du cédant ou de ſes héritiers, ſa nature & ſa qualité primitive, cette rétroceſſion faiſant un entier anéantiſſement du tranſport; voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, l. 6, ch. 9, num. 9, 10 & ſuivans, pag. 173; quant à la répartition ſur tous les héritiers, elle eſt fondée ſur les art. 332, 333 & 334 de la coutume.

SECTION IV.

Des actions paſſives & des deniers procédans de l'éviction d'un propre, qui conſervent la qualité de propres.

X. Dans le cas qu'il ſe trouve dans une ſucceſſion, un immeuble qui a acquis la qualité de propre, & que ce propre eſt ſujet à être réméré, les deniers du réméré & l'action pour en avoir le rembourſement appartiennent à l'héritier qui a été ſaiſi de ce propre; c'eſt ſuite de ſa ſaiſine, & les uns ſe ſubſtituent à l'autre: ſubſtitution qui fonde la qualité de propre; on a examiné par la ſection ſeconde, cette action, lorſque dans une ſucceſſion elle eſt active: on l'examine ici lorſqu'elle eſt paſſive.

Voyez de Renuſſon, traité des propres, ch. 1, ſect. 10, num. 23 & 24, pag. 69.

XI. Il en eſt de même du domaine engagé, & qui a acquis la qualité de propre (car il en eſt ſuſceptible, comme on l'a vu ci-deſſus): les deniers que le roi fait payer pour la rentrée, appartiennent à celui des héritiers qui a été ſaiſi d'un tel propre: c'eſt ſubſtitution, c'eſt ſubrogation de droit qui produit cet effet; la raiſon dans l'un & l'autre cas, eſt que l'action & les deniers qu'elle produit ſont repréſentatifs d'un propre: cette action & les deniers doivent donc appartenir à celui qui a été ſaiſi du propre.

Le Maître, tit, 3, ch. 2, pag. 119; & l'auteur du traité des propres, en la ſection qu'on vient de citer.

XII. Cela auroit lieu encore que l'action de réméré eut été intentée contre le défunt, mais non jugée; parce que nonobſtant l'action, c'eſt toujours la choſe qui ſe trouve dans la ſucceſſion; mais ſi elle étoit jugée & l'éviction confirmée du vivant du défunt, l'action de rembourſement ſeroit confondue dans la ſucceſſion mobiliaire; les ſucceſſions ſe prenant dans l'état qu'elles ſe trouvent lors de leur ouverture: c'eſt un principe qui fonde cette réſolution.

Cette propoſition & la précédente ſont conformes à ce qui ſe pratique au châtelet, où la diſtinction qu'elles contiennent eſt ſuivie; pour moi je n'y vois pas de difficulté.

CHAPITRE TROISIEME.

DES MOTIFS ET DES EFFETS DE LA QUALITÉ DE PROPRE.

SECTION PREMIERE.

DE SON MOTIF.

I. LA qualité de propre eſt une invention du droit françois : les grecs & les romains ne la connoiſſoient pas ; cette qualité affecte les biens par rapport aux ſucceſſions, par rapport aux teſtamens, & par rapport aux retraits : c'eſt prudente & ſalutaire précaution de la loi.

L'Auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 1, num. 3 ; cependant l'année jubilaire des juifs en peut être regardée comme une ancienne racine.

II. Son motif eſt de conſerver les biens dans les familles : motif preſſant & par conſéquent favorable, puiſque par-là on conſerve la ſplendeur de l'état, en conſervant les biens dans les familles qui la compoſent.

Sur cette conſervation, voyez ci-après le titre du retrait, celui des ſucceſſions & celui des teſtamens, où l'on voit ce motif développé, & l'effet ſalutaire qu'il produit.

III. Cette qualité imprime au bien qu'elle frappe une eſpece de ſubſtitution légale, en faveur de certaines perſonnes auxquelles elle le deſtine & le conſerve ; & c'eſt par cette impreſſion que la loi municipale fait paſſer les biens qu'elle frappe à de certains héritiers à l'excluſion des autres.

Voyez le titre des ſucceſſion & la ſections qui ſuit, où l'on voit ſon effet à l'égard des héritiers.

SECTION II.

De ſes effets par rapport aux ſucceſſions légitimes.

DISTINCTION PREMIERE.

Que les propres ne remontent pas, & que dans la théſe générale, c'eſt à l'héritier de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille qu'ils appartiennent.

IV. Dans les ſucceſſions légitimes, les propres appartiennent à ceux des héritiers qui ſont de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille : ſageſſe de la loi, qui conſerve la ſplendeur de l'état, comme on l'a déja obſervé ; & ce qu'on examinera à fond, ſur le titre des ſucceſſions : il ſuffit ici de poſer le principe général.

Voyez l'arrêt du 12 décembre 1674, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 30.

V. Pour recueillir cette ſucceſſion, il n'eſt pas néceſſaire d'être deſcendu de celui qui a mis l'héritage dans la famille, il ſuffit de lui tenir par la ligne collatérale ; la coutume de Paris n'étant pas ſouchere, en quoi elle va plus au but que celles qui le ſont. Cependant dans certains cas, le deſcendu du premier acquéreur eſt préféré, ſur quoi il faut voir les ſections 3 & 4 du troiſieme chapitre de la quatrieme partie des ſucceſſions : c'eſt juſte faveur & ſuite de la diſpoſition générale de la coutume.

Cela eſt établi dans les ſections indiquées.

VI. Dans la théſe générale, les propres ne remontent pas, ils ſortiroient de la ligne ; ce qui iroit contre la fin de la loi : régle générale, qui reçoit bien des exceptions qu'on développera dans leur ordre en traitant des ſucceſſions.

Voyez le titre des ſucceſſions, où l'on explique les ſuites de cette régle ; qui reçoit bien des exceptions.

DISTINCTION II.

Que les quatre quints des propres, ſont réſervés aux héritiers de la ligne.

VII. Par l'effet de cette ſubſtitution légale des propres en faveur des héritiers de la ligne, on ne peut diſpoſer par teſtament que du quint des propres ; ſuite de la même ſageſſe, qui a paré à la ſortie des propres, par la voie de la diſpoſition teſtamentaire, comme par la voie de la ſucceſſion mobiliaire, qui n'embraſſe pas ces biens.

On n'expoſe ici (pour ſuivre l'ordre naturel) que les maximes générales ; elles ſeront développées ſur le titre des téſtamens, qui eſt le vrai ſiége de cette matiere.

VIII. La diſpoſition teſtamentaire qui excéderoit cette portion, ſeroit nulle ; le teſtateur auroit excédé ſon pouvoir : ce qui en entraîne inévitablement la nullité pour la partie excédante la diſponibilité, & même ſans qu'un uſufruit plus ample puiſſe la compenſer. De-là il s'enſuit que les quatre quints doivent être réſervés aux héritiers de la ligne ; cette réſerve eſt impérieuſe, & cette reſtriction légale de ne diſpoſer que de la cinquieme partie des propres, ne s'entend pas de tous les propres généralement pris, mais

du quint des propres de chaque ligne ; chacune a ſes droits, & il faut les conſerver à chacune & dans leur intégrité.

Cela eſt établi ſur le titre des teſtamens.

IX. En effet, la réſerve légale eſt établie pour toutes les lignes, & chacune d'elles doit avoir ſes quatre quints, francs de toutes diſpoſitions teſtamentaires : la réſerve doit donc être efficace pour les propres de chaque ligne : tel eſt le vrai ſens de la coutume.

Voyez, ſur toutes les propoſitions de cette diſtinction, le titre indiqué ſur la propoſition précédente.

SECTION III.

Des effets de la qualité de propre par rapport à la vente & à la donation entre-vifs d'icelui.

X. L'eſpece de ſubſtitution que la loi fait des propres en faveur des héritiers de la ligne, eſt telle que ſi le propre eſt aliéné par vente ou acte équipollent à vente, il eſt ſujet à retrait de la part des parens lignagers : autre ſageſſe de la loi, qui a paré à tout.

Voyez le titre du retrait ; c'eſt le ſiége de la matiere.

XI. Mais nonobſtant cette ſubſtitution, on peut diſpoſer de la totalité de ſon propre par donation entre-vifs, parce que par telle donation, le donateur préfere le donataire à lui-même : préférence qui écarte tout droit des héritiers.

Cela eſt établi ſur le titre des donations, les réſerves coutumieres n'ayant lieu à leur égard ; mais ſeulement par rapport aux teſtamens.

XII. Par la même raiſon, le propre donné entre-vifs, & le quint du propre légué, ne ſont pas ſujets à retrait ; c'eſt une inconſéquence du principe, qu'on pourroit faire ceſſer en l'y établiſſant, puiſque tels actes font ſortir le propre de la famille ; mais c'eſt la choſe même & non le prix qui a été donné ou légué : raiſon qui l'a emporté ſur le retrait.

Sur cela il naît pluſieurs queſtions, on les examinera dans leur ordre, lorſqu'on traitera de la matiere du retrait. Voyez ſur ce, le titre du retrait.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES PROPRES IMPARFAITS ET PUREMENT RELATIFS.

SECTION PREMIERE.

DES IMMEUBLES QUE LES CONJOINTS POSSEDENT LORS DU MARIAGE.

I. LES acquêts immeubles que les conjoints poſſédent lors de leur mariage, ſont propres à chacun d'eux relativement à leur communauté de biens ; cette qualité en ce cas, eſt purement relative à la communauté, & elle n'a pas d'autre effet. De-là il s'enſuit que les biens qui ſont propres relativement à la ſucceſſion, le ſont relativement à la communauté, mais que les biens qui ſont propres relativement à la communauté, ne le ſont pas toujours de ſucceſſion.

L'article 220 les exclut de la communauté ; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci pour la premiere partie ; ſur la ſeconde partie, voyez Renuſſon, des propres, chapitre quatre, ſection premiere ; & c'eſt droit commun.

II. La raiſon de ce, eſt que quoiqu'acquêts, ils ſont immeubles, & les immeubles ne tombent pas en communauté, ſi ce n'eſt par ameubliſſement exprès, porté par contrat de mariage : tel eſt l'eſprit de notre coutume, qui forme la communauté entre conjoints, par la nature des biens & non par la quotité d'iceux.

Voyez le titre de la communauté, où cela eſt établi.

III. Dans ce cas, comme dans ceux de la ſection ſuivante, cette qualité de propre eſt imparfaite, puiſqu'elle eſt limitée à un certain acte, & qu'elle n'a qu'un certain objet au-delà duquel elle n'a pas lieu.

L'auteur du traité des propres, ch. 4, ſection premiere, pag. 385 & ſuivantes.

SECTION II.

De l'immeuble retiré par retrait lignager & de celui qui eſt acquis par un lignager.

IV. L'héritage retiré par retrait lignager, eſt acquêt dans la perſonne du retrayant, ſauf la limitation qui ſuit. Cependant tel héritage eſt propre à un certain égard, & ſous une certaine condition ; en effet, ſi tel héritage ſe trouve dans la ſucceſſion du retrayant, l'héritier de la ligne a droit de le reprendre en rembourſant l'héritier des meubles & acquêts

de ce qu'il en a coûté au défunt pour l'exercice de ſon retrait : c'eſt retrait ſubordonné à un autre précédent retrait lignager; & tel héritage, quoiqu'acquêt, eſt ſujet au retrait ſi le retrayant le vend à un étranger.

Dupleſſis, traité des qualités accidentelles aux immeubles, pag. 114 : le Brun, des ſucceſſions, pag. 122, num. 40 : le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 516, & l'auteur du traité des propres, chapitre premier, ſection douze, pag. 94. Pluſieurs regardent un tel héritage comme propre : ſi il eſt tel, c'eſt un propre bien imparfait ; il me paroît qu'il eſt plus conforme à l'eſprit de la coutume de ne regarder ce droit que comme un retrait ſubordonné & auquel un premier retrait donne lieu ; voyez la ſeconde partie du titre du retrait.

V. L'héritage propre donné ou légué à un lignager, celui acquis par un lignager de ſon lignager, & celui acquis par celui qui a des enfans qui ſont en ligne, ne ſont qu'acquêts; cependant, en cas de vente de leur part, tel héritage eſt ſujet à retrait lignager, & ce n'eſt que quant à ce, qu'il eſt regardé comme propre : c'eſt qualité relative.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 122, num. 38; le Maître, pag. 516; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

VI. En effet, par les qualités de ces propriétaires, le retrait étoit en ſuſpens, & il s'ouvre par la vente : baſe de ce que deſſus.

Tel eſt la pratique du châtelet ; ce qui eſt examiné plus au long ſur le titre du retrait.

TITRE QUINZIEME.

DES PROPRES FICTIFS.

CHAPITRE PREMIER.

SI L'ON PEUT DONNER A UN SIMPLE MOBILIER LA QUALITÉ DE PROPRE, DU MOTIF ET DE L'EFFET PRINCIPAL D'UNE TELLE FICTION.

(Art. 93 de la coutume.)

I. QUOIQUE la loi faſſe les propres, non la convention, il eſt un certain acte par lequel on peut imprimer la qualité de propre à un ſimple mobilier; cet acte eſt un contrat de mariage, tout autre eſt inſuffiſant : on dit que tout autre acte eſt pour ce inſuffiſant, ce qui s'entend par rapport au propriétaire d'un effet mobilier, auquel il ne peut par ſa ſeule volonté, imprimer la qualité de propre; mais tout donateur peut par la donation qu'il fait d'un mobilier, imprimer à ce mobilier qu'il donne, la condition qu'il juge à propos, & l'ayant fait, cette condition eſt inſéparable de ſa libéralité.

Celui même qui ſe dote, *de ſuo*, le peut faire; arrêt du 29 janvier 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 4: il y en a un autre plus récent, il eſt cité ſur la propoſition qui ſuit. Voyez la note ſur Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 2, pag. 140; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondé ſur l'art. 93 de la coutume, & ſur le principe que contient la propoſition qui ſuit : ſur la derniere partie de la propoſition, voyez ci-après les titres des donations & des teſtamens & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 41.

II. En effet, les contrats de mariages ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux bonnes mœurs ni aux loix prohibitives & négatives; or, celle-là ne l'étant pas, doit donc produire ſon effet, & c'eſt comme telle que la coutume l'a adopté : le ſimple uſage a d'abord introduit cette clauſe, la coutume enſuite l'a autoriſée, & le nouvel uſage qui tient lieu de loi, a encore ajouté à la coutume; ce que la ſuite développera.

L'auteur des propres, ch. 6, ſect. 1, num. 5 : mais non-ſeulement celui qui dote peut attacher cette condition à ſa libéralité, mais chacun des conjoints, quoique ſe dotant de ſon propre bien, peut établir une telle fiction & l'étendre juſqu'aux collatéraux ; arrêt du 19 avril 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 16, pag. 391 ; & par Augeard, tom. 1, pag. 366 : ce qui eſt inviolablement ſuivi au châtelet.

III. Une autre raiſon, eſt que le contrat de mariage eſt une acte qui unit deux familles, & qu'il eſt ſouvent expédient de former un mur de ſéparation relatif à certains biens des conjoints, & qui empêche la confuſion & le paſſage de ces biens de l'une à l'autre de ces familles; ces fictions doivent donc être exécutées lorſqu'elles ſont portées par un contrat de mariage, & c'eſt ce juſte motif qui les a introduit, & qui les fait confirmer.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 328, num. 5.

IV. L'effet

IV. L'effet de cette fiction n'eſt pas de changer abſolument l'ordre de ſuccéder, qui eſt de droit public, comme on l'établira ci-après en approfondiſſant cette matiere, & cette fiction ne milite que contre ceux qui l'ont conſenti, ou lorſqu'il y a vocation expreſſe de l'un à l'excluſion de l'autre, ce qui s'éclaircira par les chapitres ſuivans : il ſuffit ici de poſer ce principe général.

Voyez ſur ce le chapitre cinquieme de ce titre.

CHAPITRE SECOND.

DE LA FICTION OU STIPULATION DE PROPRE LIMITÉE A LA COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DE LA CONVENTION QUI L'OPERE.

(Art. 93. de la coutume.)

I. LORSQUE par le contrat de mariage, il eſt dit qu'une certaine ſomme ou qu'un certain effet mobilier ſera propre à l'un des conjoints, telle ſomme ou tel effet ne tombe pas dans la communauté ; c'eſt là tout l'effet de la clauſe, elle n'en n'a pas d'autre, elle eſt bornée à la communauté : l'étendre au-delà ſeroit y ajouter ; ainſi, telle clauſe ne change rien dans les ſucceſſions.

Cela eſt établi ſur le titre de la communauté, qui eſt le vrai ſiége de la matiere.

Dupleſſis, pag. 143 de l'édition de 1709 : le Brun, de la communauté, pag. 326 & ſuivantes : de Renuſſon, des propres, ch. 6, ſection trois, num. 5, pag. 599 : le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 116. : & tel eſt l'uſage, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

II. En effet, ſi la nature d'un tel effet & la loi l'y faiſoient tomber, la convention licite & qui déroge à la loi générale, l'en exclut ; c'eſt donc en ce cas, à la convention qu'il faut s'arrêter, cette convention étant une exception autoriſée par la loi municipale, mais en la limitant à la communauté, puiſque la volonté des contractans ne l'a pas porté plus loin.

Le Brun, de la communauté, pag. 331, num. 15 : le même auteur, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, num. 53 ; & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 43.

III. On dit que la convention licite l'en exclut, parce que les contrats de mariage, comme étant les plus favorables de tous ceux de la ſociété, ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux loix prohibitives & négatives ; & telle eſt la baſe de la validité d'une telle convention : validité ſi inconteſtable qu'on peut même porter cette clauſe beaucoup plus loin, comme on l'établira par la ſuite.

SECTION II.

De ceux qui peuvent faire cette ſtipulation.

IV. Elle eſt licite autant de la part du mari, que de la part de la femme ; il y a même puiſſance de part & d'autre, la coutume n'ayant pas ſur ce diſtingué ; il n'y auroit aucune raiſon d'admettre entr'eux une diſtinction.

Voyez l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit ; le Brun, de la communauté ; & par l'uſage du châtelet, cette ſtipulation produit ſon effet pour le mari comme pour la femme.

V. La femme maîtreſſe de ſes droits & qui ſe dote elle-même, peut faire cette ſtipulation, comme on l'a déja vu ; c'eſt la ſuite du principe qui eſt général.

L'arrêt du 17 avril 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 16, pag. 361, l'a ainſi jugé pour le mari, à plus forte raiſon, cela a-t-il lieu pour la femme ; le même arrêt eſt rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 39, pag. 366 ; il eſt rendu dans la coutume d'Orléans, qui ne contient, ſur ce, aucune diſpoſition différente de celle de la coutume de Paris ; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 1, num. 11 & ſuivans : le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 117. Mais Ricard a été d'avis contraire, il n'eſt pas ſuivi ; en effet, je ne vois nulle raiſon qui puiſſe ſoutenir cette opinion ; car, pour le faire, il faudroit ajouter à la coutume une diſpoſition qui ſeroit contraire à ſon eſprit.

VI. Ceux qui la dotent le peuvent faire pareillement, parce qu'il leur eſt licite d'apoſer à leur libéralité, telle condition qu'ils jugent à propos ; cette puiſſance étant dans la perſonne de tout donateur ; & ce que le tuteur peut faire, à plus forte raiſon, & même ce qu'il doit faire en bien des cas.

Le tuteur peut, pour le mineur, faire une telle ſtipulation; arrêt du 12 décembre 1613; autre du 4 juin 1654: ils ſont rapportés dans les notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 2, pag. 140. L'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 1, num. 11, pag 590 & 591, ſemble douter de la propoſition qui ne fait plus la matiere d'un doute; au contraire, il ſeroit blâmable de ne l'avoir pas fait; en effet, le mineur eſt très-ſouvent reſtituable contre l'omiſſion de cette clauſe; ſur cette reſtitution en entier, voyez Louet & Brodeau, let. M, ch. 20; le journal des audiences, tom. 1, liv. 7, ch. 31, & le Brun, de la communauté, liv. 1, ſect. 1, diſtinct. 3: quant à la puiſſance que le donateur a d'impoſer à ſa libéralité la qualité de propre, voyez ci-après, les tittres des donations & des teſtamens, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 41.

SECTION III.

Des effets de cette ſtipulation.

DISTINCTION PREMIERE.

De ces effets relativement au partage de communauté accepté.

(Art. 93 de la coutume.)

VII. Cette ſtipulation à l'égard du partage de communauté, opére une dépenſe, repriſe ou prélévement de la ſomme ſtipulée propre en faveur de celui des conjoints, au profit duquel elle a été faite, dont il ſe remplit par délibation ou par confuſion; différentes opérations, qui dans la réalité produiſent le même effet, & qu'on va expliquer par les propoſitions ſuivantes: mais voilà d'abord où aboutit une telle ſtipulation.

L'une & l'autre voie eſt uſitée au châtelet; mais la derniere, c'eſt-à-dire, l'opération par la confuſion, l'eſt plus que la premiere; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſection 3, num. 3, pag. 597; on expliquera ci-après ces deux opérations; il ſuffit ici de les annoncer & d'obſerver qu'elles ont une même fin.

VIII. La délibation ſe fait ſur la maſſe de la communauté acceptée, ſoit par le ſurvivant des conjoints, ſoit par les héritiers du prédécédé, en prélevant ſur icelle maſſe, le montant de la ſomme ſtipulée propre: voilà la délibation; par-là le conjoint eſt rempli de ſon propre fictif; mais ſi on opére par confuſion, il faut diſtinguer ſi c'eſt au ſurvivant rendant compte de communauté, que le propre fictif eſt dû, il en fait dépenſe pour moitié, l'autre moitié reſtant confuſe dans ſa perſonne, parce que c'eſt la communauté qui doit ce propre; telle eſt l'opération par confuſion, qui revient au même que l'opération par délibation: on verra par la propoſition qui ſuit l'effet de cette opération, ſi la ſomme étoit dûe au prédécédé; en ce cas, il n'y a que changement de nom, mais même effet dans la réalité.

Tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on ſuit plus communément l'opération par confuſion, que celle par délibation. Pour rendre cela plus ſenſible, il faut ſuppoſer que c'eſt la femme qui eſt ſurvivante, qu'elle a acceptée la communauté, dont toute la maſſe eſt de 40 mille livres, dans laquelle s'eſt fondu ſon propre fictif de 10000 liv. la femme, dans cette hypotheſe, doit avoir 25000 livres; elle compte de toute la maſſe aux héritiers de ſon mari, & après leur avoir fait une recette de 20 mille livres, elle leur fait dépenſe de 5 mille livres, pour la moitié de ſon propre fictif: ce qui la remplit entiérement; ſçavoir, de 15000 liv. pour ſa part dans la maſſe effective, & de 10000 liv. de ſon propre fictif.

IX. Si le propre fictif eſt dû aux héritiers du prédécédé, & qu'il n'ait pas été prélevé ſur la maſſe en leur faveur, le ſurvivant après leur avoir fait recette de la moitié de la maſſe, ſe charge encore en recette envers eux de la moitié de leur propre fictif, l'autre moitié reſtant confuſe dans leur perſonne, ce qui revient toujours au même; c'eſt toujours opération par confuſion, & le ſurvivant ſe charge de cette recette, parce que c'eſt la communauté, dont la maſſe eſt dans ſa main, & dont il rend compte, qui eſt débitrice du montant du propre fictif.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique encore au châtelet, le plus ordinairement, & ce qui s'y appelle opérer par confuſion; la note ſur la propoſition précédente, développe cet uſage.

X. Mais dans le cas de la communauté acceptée, le propre fictif, tant pour l'un que pour l'autre des conjoints, ne ſe peut prendre que ſur la communauté, & en effets d'icelle, parce que c'eſt la communauté qui en eſt débitrice; c'eſt donc ſur ſa maſſe qu'il faut la prendre, ce qui n'eſt pas lorſqu'il y a renonciation à la communauté, & que le propre fictif eſt en faveur de la femme, qui doit toujours être remplie de ſon propre.

S'il y avoit renonciation à la communauté, & que le propre fictif eût été ſtipulé en faveur de la femme en ce cas elle le peut prendre ſur les propres de ſon mari; de Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 3, num. 4, pag. 597: ce qu'on verra plus amplement par la diſtinction qui ſuit, & ce qui auroit lieu même dans le cas de l'acceptation, ſi tous les biens de la communauté avoient été abſorbés; ce qu'on verra plus au long dans le titre de la communauté, les propres de la femme ne pouvant jamais recevoir d'atteinte par le fait du mari; tel eſt l'uſage du châtelet.

XI. Mais dans cette opération, la femme a le choix ſur les effets avant le mari; c'eſt une préférence qui lui eſt dûe, parce qu'elle n'eſt que la ſpectatrice de l'adminiſtration de ſon mari, ſans avoir droit de la critiquer: qualité qui fonde cette préférence.

Cette préférence eſt conſtante au châtelet; la dépendance ſous laquelle elle vit, tant que la communauté ſubſiſte, la fonde; ce qui eſt con-

forme à la doctrine de l'auteur du traité des propres, ch. 4, sect. 4. Voyez le titre de la communauté, où cela est établi : & tel est l'usage du châtelet.

DISTINCTION II.

De ses effets lorsqu'il y a renonciation à la communauté, & si cette stipulation peut opérer dans la succession des enfans.

XII. Dans ce cas, le propre fictif étant stipulé de la part du mari, & étant limité à la communauté, telle stipulation de propre fictif n'opére plus rien, parce que dans ce cas, la masse de la communauté lui reste, & ce propre s'y trouve confondu ; en ce cas, la clause reste donc entiérement sans effet, parce que si cette somme ne se trouve plus dans la masse, c'est par le fait du mari, & quant aux successions, elle n'y a aucun trait.

Cela est d'un usage constant au châtelet, & autrement les propres de la femme deviendroient garans envers le mari de sa propre administration : ce qui ne seroit pas proposable.

XIII. Mais si tel propre fictif est en faveur de la femme renonçante à la communauté, elle en exerce la répétition sur tous les biens & sur les propres mêmes du mari ; c'est le juste effet en ce cas, de cette clause, comme on l'a déja annoncé, qui a mis la somme hors la puissance du mari, qui n'a pas lieu sur les propres de la femme.

Voyez les notes sur la derniere proposition de la distinction précédente, & il est bon d'observer que ces sortes de stipulations ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre, ni d'une personne à une autre ; de Renusson, des propres, ch. 6, sect. 2, pag. 595. Quant à la proposition, le contraire ne seroit pas proposable au châtelet. En effet, en ce cas de reprise d'un propre fictif de la part d'une femme renonçante à la communauté, ce n'est plus balance & opération à faire dans un partage de communauté, mais vraie reprise, dont le droit & l'hypothéque s'étend sur tous les biens du mari, que la clause a rendu le vrai débiteur ; & en ce cas il n'y a pas de compte à rendre, mais simple liquidation des reprises de la femme ; voilà en ce cas ce qui se pratique au châtelet, le compte de communauté ne pouvant avoir lieu que dans le cas de l'acceptation d'icelle.

XIV. Suivons ce qu'on a annoncé ; cette stipulation limitée à la communauté, n'est d'aucune considération & n'opére rien dans la succession des enfans ; elle a été limitée à la communauté, elle ne peut être étendue hors son cas ; autrement ce seroit ajouter à une fiction qui est de rigueur.

Le Prêtre, cent. 1, ch. 42, & cent. 2, ch. 91 : Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 143 & 144 ; & tel est l'usage du châtelet, & autrement ce seroit étendre la clause au-delà de ses limites.

XV. De-là il s'ensuit que si le conjoint, au profit duquel telle stipulation avoit été faite, laisse des enfans, & que ces enfans ou l'un d'eux décédent ensuite, le survivant de ses pere & mere, en qualité d'héritier mobiliaire, succéde à la portion du propre fictif limité à la communauté, & ce à l'exclusion même des freres & sœurs de cet enfant décédé ; telle fiction n'ayant effet que relativement à la communauté, & non sur la succession des enfans, sur laquelle on ne l'a pas étendue.

Arrêt du 13 avril 1627, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 126 ; tel est encore l'usage du châtelet ; & cela auroit lieu, encore que le survivant des pere & mere fût resté débiteur du propre fictif ; encore une fois, la fiction a été bornée à la communauté, & par conséquent ne peut s'étendre à la succession des enfans, quoique l'action soit subsistante. Telle est la jurisprudence du châtelet, l'existence de l'action n'en peut changer la nature, ni étendre la fiction au-delà de ses bornes ; le Maitre, tit. 3, ch. 1, pag. 116.

DISTINCTION III.

Des effets de cette clause dans la succession du conjoint qui l'a stipulé, & si elle gêne sa disposition.

XVI. Suivons encore les limites : lorsque le conjoint qui a stipulé cette clause meurt sans enfans, la somme quoique stipulée lui être propre, appartient à son plus prochain héritier comme un pur mobilier ; autrement ce seroit joindre une seconde fiction à une premiere : ce que la raison ni l'ordre judiciaire n'admettent pas ; quelques anciens praticiens avoient pensé le contraire, c'étoit erreur.

Voyez Henrys, tom. 2, liv. 4, ch. 3 : le Maitre, pag. 116 : & l'on le juge ainsi au châtelet.

XVII. Cela auroit lieu, encore qu'il ne se fût pas doté du sien, mais qu'il eût été doté par une tierce personne ; la qualité du donateur ne pouvant étendre la clause au-delà de ses bornes, qui ont eu la communauté seulement pour objet, & non l'indisponibilité qui est chose de rigueur, & qu'on ne peut suppléer ; & dans ce dernier cas, comme dans le précédent, la somme stipulée propre appartient à son plus prochain héritier, & non aux héritiers du côté & ligne de celui qui a constitué la dot, s'ils ne se trouvent pas les plus prochains.

Note sur Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 144 : telle est, comme on l'a déja dit, la nature de cette action, la fiction ne pouvant encore une fois s'étendre hors son cas. Double raison de ce, la fiction n'est relative qu'à la communauté & ne peut s'étendre à un autre cas, & l'ordre de succéder, qui est de droit public, ne pouvant être dérangé que par rapport à celui qui y a dérogé & à ceux qui le représentent ; cet ordre subsiste, puisqu'il n'y a nulle dérogation à icelui ; & par conséquent la loi municipale saisit de cette somme l'héritier plus prochain.

XVIII. De ce que deſſus, il réſulte que nonobſtant cette clauſe, le conjoint auquel la ſomme eſt propre, en peut diſpoſer en totalité; l'indiſponibilité d'icelle n'ayant jamais été ſa fin; ce qui a lieu, quoiqu'il ne ſe ſoit pas doté lui-même.

Le Maître, tit. 3, chap. 1, pag. 116. Il peut même en diſpoſer au profit de ſon autre conjoint, lorſque la loi de leur domicile leur permet de le faire, ce qui a lieu même lorſque la ſtipulation du propre fictif, s'étend juſqu'aux collatéraux; arrêt du 1 avril 1656, rapporté à la fin du premier volume du journal des audiences, liv. 8, pag. 887: autre précédent arrêt du 9 juillet 1618, qui juge la diſponibilité du propre dans la coutume de Chartres, de la part de la femme en faveur du mari; il eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 34: autre, dans la coutume de la Rochelle, du 4 juillet 1681, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 295; voyez la quatrieme partie du même journal, pag. 81; & l'arrêt du 27 août 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 18, pag. 796; & l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 6: juriſprudence qui eſt regardée au châtelet comme inconteſtable, fondée ſur ce que c'eſt toujours pur acquêt dans ſa perſonne, les fictions ne pouvant s'étendre d'un cas à un autre. Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 141; & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 331, num. 17.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA STIPULATION PORTÉE PAR CONTRAT DE MARIAGE, QU'UNE CERTAINE SOMME APPARTENANTE A L'UN DES CONJOINTS SERA EMPLOYÉE.

SECTION PREMIERE.

DE L'EFFET DE CETTE CLAUSE LORSQUE L'EMPLOI N'EST PAS FAIT.

(Art. 93 de la coutume.)

I. L'EFFET de cette clauſe eſt le même que de celle qu'on vient d'examiner, le défaut d'emploi n'opére rien; en effet, lorſque l'emploi d'une certaine ſomme ſtipulée par un contrat de mariage n'eſt pas fait, la ſtipulation d'icelui produit toujours ſon effet, mais n'opére pas plus, ſoit par rapport au conjoint même qui l'a ſtipulé, ſoit par rapport à ſes héritiers, ſoit par rapport à la communauté, que la ſimple ſtipulation de propre d'une certaine ſomme limitée à la communauté, & qui a fait la matiere du chapitre précédent; ainſi on peut appliquer ici ce qu'on a dit précédemment, puiſque celle-ci, comme l'autre, ſont également limitées à la communauté; mais l'emploi fait, il eſt propre aux enfans, voilà toute la différence.

L'emploi étant fait & accepté, l'héritage eſt propre de ſucceſſion en ſucceſſion; Dupleſſis, pag. 143, au commencement: ce qui ne doit s'entendre que lorſque l'héritage a déja été recueilli à titre d'héritier; car dans la perſonne du conjoint, il ne peut être qu'acquêt, ſuivant lui-même à la page 144: & tel eſt l'uſage du châtelet, d'où il s'enſuit qu'il ne peut diſpoſer en totalité, diſponibilité qui n'empêche pas la qualité de propre dans la perſonne des enfans, lorſqu'ils ont eu l'héritage à titre d'héritiers.

II. De-là il s'enſuit qu'il faut joindre à cette préſente ſection, tout ce qui a été dit dans le chapitre précédent, c'eſt-à-dire, que cette ſtipulation n'opere que contre la communauté, puiſque l'une & l'autre clauſe ſe réduit à ce même effet & n'en n'a point d'autre. De-là il s'enſuit encore, que le mari n'ayant pas fait l'emploi de la ſomme ſtipulée au profit de la femme, & qu'y ayant enfans du mariage, ſi l'un d'eux décéde, le pere ſuccéde à la portion que l'enfant décédé a recueilli dans la ſomme qui devoit être employée, & ce à l'excluſion des autres enfans; encore une fois, tant que l'emploi n'eſt pas fait, la clauſe ne peut avoir trait qu'à la communauté.

Louet, let. R, num. 44: rapporte arrêt contraire, dont la juriſprudence n'eſt plus ſuivie; Brodeau, au même endroit, rapporte un arrêt du dernier juillet 1636, qui a jugé conformément à la propoſition, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, voyez l'arrêt du 21 mai 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 37; celui du 29 mai 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 50; autre arrêt du 29 février 1664, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 8; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 7, num 16 & 17: le Maître, pag. 121, où il rapporte arrêt contraire, dans la déciſion duquel il trouve beaucoup de difficultés, & qui en effet n'eſt pas ſuivi. Voyez les notes ſur la propoſition ſuivante, elles confirment celle-ci, qui ne fait plus de difficulté.

III. Cela eſt fondé, comme on l'a déja dit, ſur ce que les fictions ne s'étendent pas hors leur cas, & qu'on ne doit pas préſumer que le mari ait négligé de faire cet emploi, ſur l'eſpérance du prédécès de ſa femme & de ſes enfans, ou de quelqu'un d'entr'eux;

cette préſomption ſeroit indécente, & c'eſt comme telle qu'elle eſt rejettée ; & dans ce cas du défaut demploi, comme dans le cas de la ſimple ſtipulation de propre, le payement de la ſomme fait à la femme ou aux enfans, anéantit totalement la fiction.

On a long-tems douté de cette propoſition : les arrêts contraires ſont rapportés dans la note ſur la propoſition précédente, & dans celle ſur Dupleſſis, pag. 143. Mais le dernier état de la juriſprudence, rapporté dans cette même note, eſt conforme à la propoſition ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 145. Mais s'il avoit été dit, par le contrat de mariage, qu'au défaut d'emploi, le mari feroit rente ſur tous ſes biens, alors la rente ſubſiſte juſqu'au rachat, & eſt propre maternel, dans la perſonne des enfans ; Dumoulin, ſur l'art. 17, du titre 20 de la coutume de Nivernois ; le Brun, de la communauté, pag. 330, num. 11; de Renuſſon, pag. 681 : ce qui me paroît juſte ; je ne l'ai cependant jamais entendu juger ainſi, mais peut-être n'a-t on pas oſé le conteſter; ſur la derniere partie de la propoſition & l'anéantiſſement de la fiction que le payement opére, voyez les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 69 ; & le journal des audiences, tom. 5, liv. 8, ch. 12 : cela eſt de droit commun, pour cette clauſe comme pour les ſuivantes.

SECTION II.

De l'effet de cette clauſe lorſque l'emploi eſt fait.

DISTINCTION PREMIERE.

De cet effet relativement au conjoint, au profit duquel il eſt ſtipulé.

IV. Quoique l'emploi ſoit fait, l'héritage acquis n'eſt toujours que acquêt dans la perſonne du conjoint, au profit duquel l'emploi a été fait ; la vraie qualité de propre étant un effet de la loi & non de la volonté de l'homme ; de-là il s'enſuit qu'il en peut diſpoſer en totalité, de même que de la ſomme qui lui auroit été ſtipulée propre ; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient de poſer.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; mais dans la perſonne de ſes héritiers un tel héritage leur eſt propre, & propre à tous égards : la raiſon qui fonde cette qualité pour ce cas, eſt la même que pour les cas précédens; les fictions ne s'étendent pas au-delà de leurs cas, & par la lettre même tout l'effet de cette clauſe eſt limité à la communauté ; elle ne peut donc entraîner l'indiſponibilité.

DISTINCTION II.

De l'effet de l'emploi dans la ſucceſſion du conjoint qui l'a ſtipulé lorſqu'il ne laiſſe point d'enfans.

V. L'héritage acquis en exécution d'une telle clauſe, appartient dans la ſucceſſion du conjoint qui l'a ſtipulé à ſon plus prochain héritier ; elle n'avoit que la communauté pour objet & non la ſucceſſion : cela eſt ſuite de ce que deſſus, autrement ce ſeroit porter la clauſe hors de ſes limites.

Sur ce, Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 144, demande ſi l'héritage ainſi acquis, paſſe à l'héritier des propres ? réſolution, que non ; telle eſt ſa réponſe, qui eſt très-juſte & conforme à l'uſage du châtelet.

VI. Par ſa qualité de plus prochain ; cet héritier exclut celui qui eſt du côté & ligne de celui qui a conſtitué la dot & ſtipulé un tel emploi : tel héritage étant un acquêt dans la perſonne du conjoint, pour lequel il a été acquis : qualité qui l'aſſure à ſon héritier mobiliaire.

Le même auteur, cité ſur la précédente propoſition : mais la premiere acquiſition faite par le mari, n'eſt point cenſée cet emploi en faveur de ſa femme, s'il n'y en a déclaration & acceptation expreſſe ; de Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 7, num. 20, 21 & 22, pag. 683 : ce qui eſt inconteſtable, le remploi ne ſe conſommant que par une acceptation formelle ; voyez la propoſition qui ſuit.

VII. Les raiſons ſont, que c'eſt un acquêt dont l'héritier plus prochain doit être ſaiſi ; & que toute l'excluſion que peuvent produire ces ſortes de ſtipulations, ne militent que contre le conjoint qui l'a conſenti & ceux qui le repréſentent, dans le cas (à l'égard de ces derniers) que la ſtipulation s'étend au-delà de la communauté, & non contre les héritiers du conjoint qui a fait la ſtipulation, à l'égard deſquels l'ordre de ſucéder, qui eſt de droit public, ne peut être dérangé ; ce qu'on verra plus amplement ci-après : mais il en ſeroit autrement, ſi on avoit dit que l'héritage qui ſeroit acquis, ſeroit ſubſtitué au profit d'une certaine perſonne, la ſubſtitution étant faite, non au plus prochain, mais à un autre déſigné, il faudroit en ce cas ſuivre la déſignation qui ſeroit diſpoſition.

En ce cas, l'héritage paſſeroit à celui qui ſeroit appellé à la ſubſtitution, ſuivant les principes expliqués dans le titre des ſubſtitutions, auquel titre il faut pour ce recourir ; mais ce ſeroit ſubſtitution & non ſucceſſion légitime : & c'eſt la nature d'un tel propre qu'on examine ici relativement à la ſucceſſion.

DISTINCTION III.

De l'effet de l'emploi dans la ſucceſſion des enfans.

VIII. L'héritage acquis en conſéquence & en exécution de la clauſe, qu'il ſeroit fait emploi d'une certaine ſomme, ſans s'étendre au-delà, paſſant dans la perſonne des enfans, il eſt dans leur perſonne propre naiſſant, du côté & ligne de celui des conjoints, au profit duquel l'emploi avoit été fait & par lui accepté : c'eſt l'effet d'un tel emploi, c'eſt immeuble patrimonial & par conſéquent propre.

Cet emploi ſeroit regardé comme fait pour exclure le pere, comme on l'a déja dit ci-deſſus, ſi par le contrat de mariage il avoit été ſtipulé qu'au défaut d'emploi, le mari en conſtituoit rente ſur tous ſes biens, pour être rembourſée quand il le jugeroit à propos; cela réſulte de l'arrêt du 4 août 1601, rapporté par le Prêtre, cent. 1, num. 42: cet auteur dit la même choſe, cent. 2, ch. 91. Voyez l'art. 17 de la coutume de Nevers, des droits appartenans à gens mariés; mais ceſſant cette clauſe, & l'emploi n'étant pas fait, la ſomme qui devoit être employée, reſte confondue dans la ſucceſſion mobiliaire des enfans, comme on l'a dit par la premiere ſection ci-deſſus.

IX. De la propoſition précédente, c'eſt-à-dire, dans le cas que l'emploi d'une certaine ſomme ſtipulée en acquiſition d'héritages, a été fait au profit de la femme & par elle accepté, il s'enſuit à l'égard de cet héritage, que l'autre conjoint ſurvivant n'y peut ſuccéder en qualité d'héritier mobiliaire de ſes enfans; c'eſt vrai propre maternel, de la ſucceſſion duquel la loi exclut le pere; c'eſt la conſéquence du principe, mais qui ceſſe ſi l'emploi a été fait depuis la mort du conjoint; alors ce ſeroit un acquêt des enfans.

Si les deniers n'ont été employés qu'après le décès du conjoint & au profit des enfans ſeulement, l'héritage eſt acquêt dans leur perſonne; Dupleſſis, pag. 145: d'où il s'enſuit qu'en ce cas, l'autre conjoint y ſuccéde par le décès de ſes enfans; c'eſt une portion de la ſucceſſion des meubles & des acquêts dont la coutume le ſaiſit.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE LA CLAUSE PAR LAQUELLE ON STIPULE QU'UNE CERTAINE SOMME SERA PROPRE A L'UN DES CONJOINTS ET AUX SIENS.

[Même art. 93 de la coutume.]

SECTION PREMIERE.

DE SES EFFETS RELATIVEMENT A LA COMMUNAUTÉ ET A LA DISPONIBILITÉ.

I. CETTE clauſe va plus loin que les deux précédentes qu'on vient d'examiner; en effet, par rapport à la communauté, cette clauſe plus étendue que les deux précédentes, produit à plus forte raiſon les mêmes effets que celle de propre à l'un des conjoints; elle exclut la ſomme ainſi ſtipulée propre de la communauté, mais elle produit encore un autre effet, & qui eſt relatif à la ſucceſſion des enfans: voilà ſon plus d'étendue.

Dupleſſis, pag. 144; & cela eſt inconteſtable, puiſque cette clauſe eſt plus étendue que les autres, qui ont fait la matiere des deux chapitres précédens.

II. Relativement à la communauté, pour la repriſe d'icelle & les opérations à faire, ſoit dans le cas de l'acceptation, ſoit dans celui de la renonciation, il faut regarder, comme répété ici, ce qu'on a dit dans les diſtinctions premiere & ſeconde de la troiſieme ſection du chapitre ſecond de ce titre, à l'égard de la diſponibilité; cette clauſe ne la gêne nullement, comme on l'a dit ſur les deux clauſes précédentes & qu'on a examiné; en effet, elle n'a que la communauté pour objet, & la ſucceſſion des enfans, & non l'indiſponibilité; de cette diſponibilité & de ce que la fiction ceſſe de produire effet par le payement, il s'enſuit que ſi la veuve, au profit de laquelle il avoit été fait une telle ſtipulation, convole en deuxieme nôces ſans réitérer cette même ſtipulation par le contrat de ſon deuxieme mariage; en ce cas & relativement à la deuxieme communauté, & même dans la ſucceſſion de la femme qui a convolé, la ſomme eſt un pur mobilier, puiſque par cette omiſſion de la clauſe, elle a diſpoſé d'icelle: ce qui a même lieu encore que la veuve fût mineure lors de ſon convol, les fictions ne pouvant s'étendre d'un cas à un autre.

Voyez l'arrêt rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 295; & celui rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 18, pag. 796: Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 10, ſect. 1, num. 1429 & ſuivans, pag. 740 & 741. L'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 6, qui y rapporte neuf arrêts ſur cette queſtion; & telle eſt la juriſprudence du châtelet: ſur la derniere partie, voyez la ſection troiſieme ci-après; d'où il s'enſuit que les enfans, ayant l'âge, peuvent diſpoſer de la ſomme.

SECTION II.

De ſes effets dans la ſucceſſion des enfans.

DISTINCTION PREMIERE.

De ſes effets quant au conjoint ſurvivant.

III. Sur cet objet (la ſucceſſion mobiliaire des enfans) cette clauſe a plus d'étendue que les précédentes ; en effet, quant à la ſucceſſion de enfans, & relativement au ſurvivant des conjoints, cette clauſe a de l'efficacité, au lieu que les deux premieres clauſes examinées ci-devant n'en avoient pas à ſon égard ; le conjoint qui l'a faite l'a étendue juſqu'aux ſiens ; étendue qui lui fait produire effet dans la ſucceſſion des enfans, ainſi qu'on le va voir ; tel eſt le principe général qu'il eſt à propos d'abord de poſer.

Voyez ſur cette clauſe & ſes effets, la ſect 4, du chapitre du traité des propres de Renuſſon, pag. 612 & ſuivantes, & les propoſitions ſuivantes, qui développent celle-ci.

IV. En effet, par la clauſe, la ſomme étant ſtipulée propre à la femme & aux ſiens, elle frappe non-ſeulement la communauté, mais encore la ſucceſſion des enfans, parce que par l'étendue de la fiction à cette ſucceſſion, cette fiction y immobiliſe la ſomme.

Voyez l'arrêt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 609; les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 54 & ſuivans : le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, chapitre premier, ſection premiere, num. 24; & Renuſſon, des propres, chapitre 6, ſection 4.

V. Elle y immobiliſe la ſomme, en formant une eſpece de ſubſtitution par rapport à icelle des enfans des uns aux autres; voilà ſon effet, elle n'en n'a pas un plus étendu ; autrement ce ſeroit la confondre avec la clauſe qui embraſſe les collatéraux: ce qu'on ne peut faire, une fiction ne s'étendant pas d'une perſonne à une autre.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 2, pag. 144; de Renuſſon, traité des propres, ch. 6, ſection quatre, num. 7, pag. 615 : le Maître, pag. 122 : mais elle ne va pas au-delà des enfans : tel eſt l'uſage du châtelet, & autrement ce ſeroit étendre la fiction au-delà des termes de la clauſe ; ce qu'on ne peut faire.

VI. De-là il s'enſuit, que ſi l'un des enfans qui a recueilli portion de cette ſomme ainſi ſtipulée propre, vient à décéder mineur, laiſſant des freres & ſœurs, le ſurvivant des conjoints n'y ſuccéde pas, mais bien ſes freres ou ſœurs, ou l'un d'eux, s'il n'y en a qu'un, & ce en vertu de la ſubſtitution réciproque, que la clauſe établit expreſſément en leur faveur, & à l'excluſion de leur pere ſurvivant ; c'eſt l'effet de cette clauſe qui a double objet & qui doit opérer dans ſa ſeconde partie, comme elle opere dans ſa premiere ; c'eſt-à-dire, tant par rapport à la ſucceſſion qu'à la communauté.

Arrêt du 17 avril 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 16, pag. 361. Dans l'eſpece de cet arrêt, le conjoint s'étoit doté de ſes propres biens, ſur partie deſquels il avoit imprimé cette fiction de propre, raiſon pour laquelle on prétendoit faire rejetter l'effet de la clauſe, quoiqu'elle s'étendît même aux collatéraux ; c'étoit un mauvais moyen, je l'ai toujours vu rejetter au châtelet; puiſque, abſtraction faite de la perſonne qui dote, il faut que la clauſe ait ſon effet dans l'étendue qu'on lui a donné. Les citations faites ſur la ſeconde propoſition de cette ſection l'établiſſent; mais auſſi il faut la renfermer dans ſes bornes.

VII. Approfondiſſons cet effet : cette excluſion eſt fondée ſur ce que la fiction tombe ſur cette ſucceſſion, que le ſurvivant des conjoints même, & les ayeuls paternels (dans la ſuppoſition que la clauſe eſt ſtipulée de la part de la femme) l'ont également conſenti en faveur des deſcendans de celui des conjoints qui avoit établi ſur une portion de ſes biens une telle fiction, & que cette fiction doit opérer, & opérer à leur excluſion en faveur de ces mêmes deſcendans, & ce indiſtinctement.

Cela comprend même les enfans d'un premier mariage : de Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 4, num. dernier de cette ſection, pag. 618, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit ; ce qui établit d'autant plus la propoſition pour les enfans nés du mariage.

VIII. Le mot *ſiens* embraſſe tous les deſcendans du conjoint qui a établi la fiction, & par conſéquent les enfans d'un précédent mariage ; ainſi, tant qu'il y a enfant cette clauſe opére, ce mot d'enfant étant générique.

Voyez Dupleſſis, page 145, où il dit que c'eſt une erreur, dans le cas de la mort d'un des enfans, de préférer le ſurvivant des pere & mere aux autres enfans, ſous prétexte qu'ils ne ſont que collatéraux ; mais je ne crois pas qu'on ait jamais ſoutenu cela, dans le cas que le conjoint, qui a ſtipulé la clauſe, l'a étendu aux ſiens : l'auteur du traité des propres, chapitre 6, ſection 4, num. 8, pag. 616; & telle eſt la juriſprudence du châtelet ; ainſi juſqu'au doute du premier auteur, & qui néanmoins n'en a jamais fait un, confirme la propoſition.

☞ L'opinion de Dupleſſis eſt en effet contraire à la juriſprudence & aux diſpoſitions de l'arrêt de 1709, rapporté par Montholon, arrêt 115, qui juge que le mot de ſiens ne comprend pas les collatéraux, mais ſeulement les enfans & deſcendans en ligne directe.

IX. Mais dans le cas qu'il n'y auroit exiſtant aucun enfant d'un précédent mariage, & que tous les enfans nés du mariage,

pour lequel la fiction auroit été établie, viendroient à décéder, le ſurvivant des conjoints, le pere ou la mere de ce dernier enfant ſuccéderoit, quant à cette ſomme ainſi ſtipulée propre, au dernier mourant de ſes enfans; en effet, en ce cas la clauſe a eu ſon entiere exécution, elle n'a donc plus d'effet.

Arrêt du 13 avril 1627, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 105: autre du 16 mai 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 12, pag. 609: le Maître, tit. 3, ch. 1, pag. 116; & en effet, qui dans ce cas là pourroit leur donner l'excluſion? La fiction n'a plus d'objet, & ce ſurvivant à la grande main, c'eſt donc lui qui doit y ſuccéder.

X. Non-ſeulement il ſuccéderoit à la portion virile recueillie par cet enfant dernier mourant, comme héritier de celui de ſes pere & mere qui auroit établi la fiction, mais encore à toutes celles que ce dernier mourant des enfans auroit recueilli comme héritier de ſes freres & ſœurs décédés, parce que la fiction étant bornée à leurs perſonnes, s'éteint avec leurs perſonnes, & ne peut s'étendre au-delà; d'où il s'enſuit qu'en ce cas la ſaiſine du ſurvivant embraſſe la totalité d'un tel propre; il y a plus, la minorité du dernier enfant, le défaut d'emploi de la ſomme ne fait aucun obſtacle au droit ſucceſſif du pere ou de la mere ſurvivant, dans le cas qu'on examine, c'eſt-à-dire, lorſque la fiction n'a plus d'objet.

Arrêt du 26 avril 1674, rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 361: c'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 6, ſect. 4, num. 9, pag. 616 & 617; c'eſt auſſi ce qui ſe pratique au châtelet; en effet, la minorité peut proroger, mais non pas donner à une action une qualité qu'elle n'a jamais eu.

DISTINCTION II.

De ſon effet dans la ſucceſſion du dernier mourant des enfans lorſqu'il ne laiſſe ni pere ni mere.

XI Dans ce cas la ſomme ainſi ſtipulée propre, paſſe comme un pur mobilier à l'héritier le plus prochain du dernier enfant décédé; la fiction étant limitée aux enfans ne peut aller au-delà de celui qui meurt le dernier d'entre eux, & par conſéquent laiſſe la ſomme dans ſon état naturel de mobilier, qui par cette qualité paſſe à ſon héritier le plus prochain.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 333, num. 12. Cela réſulte encore de la diſtinction précédente, puiſque le ſurvivant des pere & mere n'y ſuccéde que comme héritier plus prochain; ce qui fonde, quant à ce, le droit du collatéral le plus prochain.

XII. Il n'eſt pas néceſſaire que cet héritier plus prochain ſoit de la ligne de celui des conjoints qui a établi & ſtipulé la fiction, puiſque l'autre conjoint y peut même ſuccéder au défaut du deſcendant; c'eſt la proximité en ce cas qui détermine, c'eſt cette proximité qui forme la ſaiſine: de-là il s'enſuit que ſi le dernier enfant mourant laiſſoit un ayeul de tel côté qu'il ſoit, à cet aſcendant appartiendroit la ſomme ainſi ſtipulée propre à l'excluſion de tout collatéral, tout aſcendant étant plus prochain qu'un collatéral; le contraire eſt une erreur de praticien, & qui n'a aucune baſe, puiſqu'il ne s'agit pas ici d'un propre; mais d'une ſomme de deniers purement mobiliaire & ſur laquelle aucune fiction de propre ne ſubſiſte plus.

Je l'ai toujours vu rejetter au châtelet, lorſqu'on a haſardé de ſoutenir cette erreur à l'audience; voyez l'auteur du traité des propres, chapitre 6, ſection 4, & la propoſition qui ſuit: ſur la premiere partie de celle-ci, & qui prouve la ſeconde, voyez le Maître, pag. 316.

XIII. Ce droit des ayeuls eſt fondé ſur ce qu'entre les héritiers de ce dernier enfant décédé, ſon pere excepté, & vis-à-vis d'autre enfant ſeulement, l'ordre de ſuccéder n'a point été changé; c'eſt donc quant à ce, cet ordre de ſuccéder qu'il faut ſuivre, & par conſéquent la ſomme appartient à l'héritier le plus prochain; c'eſt la régle générale qui décide non la fiction.

Delà il s'enſuit que n'y ayant point d'enfans le ſurvivant des pere & mere y ſuccéde; c'eſt encore une juriſprudence conſtante au châtelet, c'eſt ce qu'on a vu à la fin de la diſtinction précédente, & ce qui ſert à prouver la propoſition & la précédente, par rapport à un ayeul.

XIV. De ce que l'ordre de ſuccéder à ce dernier enfant mourant qui a recueilli la ſomme ſtipulée propre à l'un des conjoints & aux enfans n'a point été changé, le ſurvivant de ſes pere & mere excepté, & exclu en faveur d'autre enfant ſeulement, ainſi que les ayeuls paternels, dans le cas que la fiction eſt faite de la part de la femme & qu'il y a enfant, il s'enſuit qu'au défaut de frere, le plus prochain collatéral de ce dernier enfant, quoique non de la ligne de celui qui a conſtitué la dot exclut les collatéraux de cette ligne, ſi il n'y a pas d'aſcendant qui prime ce collatéral, la raiſon de ce, eſt que la fiction s'eſt finie dans la perſonne du dernier mourant des enfans, & que la lettre ni le ſens de la clauſe ne s'étend pas au-delà, & qu'on ne peut la porter au-delà, & que par conſéquent il faut ſuivre en ce cas l'ordre légitime de ſuccéder.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 144, vers le milieu; en ce cas les deniers, ainſi ſtipulés propres, paſſent, dit-il, après le décès du dernier mourant, des enfans à ſon héritier mobilier, tel qu'il ſoit; ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable: l'opinion contraire feroit une vraie ſubverſion de principe; voyez l'auteur du traité des propres, chap. 6, ſection 4.

SECTION II.

SECTION III.

Quand la clauſe d'une certaine ſomme propre à l'un des conjoints, & aux ſiens, ceſſe de produire effet.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle ceſſe indiſtinctement par le payement fait au conjoint qui l'a ſtipulé, & ſi elle ceſſe par le défaut de payement de dot.

XV. Lorſque tel propre fictif eſt ſtipulé de la part de la femme, & qu'elle en a reçu ſon payement par l'exercice de ſes repriſes, il ne produit plus aucun effet; la fiction étoit attachée à une action & elle ne peut ſubſiſter ſans elle; ce qui auroit lieu encore même que la femme fût mineure lors de la réception.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 2, page 150 : le Brun, de la communauté, page 332, num. 19 : le Maître, pag. 116; le journal des audiences, tom. 5, liv. 8, ch. 11; les arrêtés, faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre des propres, art. 69.

XVI. De même ſi elle en a été remplie par l'exécution d'une ſentence de ſéparation, c'eſt toujours payement quoique forcé; payement qui a éteint l'action, baſe & matiere de la fiction qui ne peut ſubſiſter ſans l'action.

Dupleſſis, au même endroit; le Brun, page 332, num. 20; telle eſt la juriſprudence du châtelet.

XVII. Mais la clauſe ceſſeroit-elle par le défaut de payement de la part de celui qui a promis la dot? je ne le penſe pas, lorſque le tems a produit quittance de dot; ainſi en ce cas la fiction, la ſtipulation opére même contre le mari, parce que les clauſes d'un contrat de mariage ſont inviolables, ſi le mari étoit affranchi de l'action par le défaut de quittances & de celui du laps de tems pour opérer contre lui preſcription, & en conſéquence une action; la fiction ſubſiſteroit ſur l'action même & contre ceux contre leſquels l'action militeroit; mais non contre le mari.

Voyez Louet, let. D, num. 66. Il réſulte de l'arrêt qu'il rapporte, que la clauſe ceſſe : ne pouvoit-on pas dire que la clauſe a fait un mur de ſéparation entre les deux familles, que c'eſt la condition d'un mariage qui eſt inviolable, & que le défaut de payement, de la part du dotateur, n'a pu effacer la clauſe, puiſque la matiere ſubſiſte, au lieu que le payement fait à la femme l'anéantit? C'eſt l'avis de Dupleſſis, traité des droits incorporels, tit. 3, pag. 142, où il traite d'abſurde l'opinion contraire; mais la fiction me paroît en ce cas ne pouvoir ſubſiſter que ſur l'action en payement de la dot, & contre celui qui l'a promiſe, & non contre le mari, à moins que, par l'effet de la preſcrition, il ne ſoit devenu le débiteur de la dot, quoique non payée : en un mot, les clauſes d'un contrat de mariage ſont inviolables, & leur exécution ne peut pas dépendre d'un événement qui n'eſt pas dans la puiſſance ni de l'un ni de l'autre des conjoints; mais la fiction ne ſubſiſte que ſur l'action même; voilà la vraie régle.

XVIII. Il en eſt de même ſi la femme, devenue maîtreſſe de ſes droits a fait tranſport de ſon propre fictif à un tiers, parce qu'un tel propre n'a de baſe qu'une action, & que le payement éteint l'action, de même que ſi elle n'eût jamais ſubſiſté; le tranſport doit donc produire le même effet que le payement.

Telle eſt ſur ce, la juriſprudence du châtelet, & je ne vois aucune raiſon de différence entre le tranſport & le payement; voyez Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 5.

XIX. Cette extinction auroit lieu encore que la femme qui auroit reçu ce payement fût mineure, ſes deniers étoient mobiliers, & elle n'avoit pour ce qu'une action, & ce qui fait que la minorité n'empêche pas cette extinction, eſt que dans ſa perſonne l'objet de ſon action n'a toujours été qu'un pur mobilier, que la minorité proroge bien une qualité acquiſe, mais ne donne pas celle qui n'a pas eu lieu.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 150. Il faut, ſuivant ce même auteur, excepter le cas que le mari auroit conſtitué rente, ce qui eſt très-exact; car alors la fiction de l'article 94 ſubſiſteroit, ce ſeroit la loi qui opéreroit & qui prorogeroit la nature de l'action qui étoit immobiliaire, & non la convention qui ne ſubſiſteroit plus.

DISTINCTION II.

Qu'il ceſſe par le payement d'icelui fait aux enfans, mais non indiſtinctement.

XX. Continuons d'examiner l'exécution d'une telle ſtipulation & l'extinction qu'en fait le payement; tout l'effet de ce propre fictif ceſſe lorſque le ſurvivant l'a payé à ſes enfans majeurs; la clauſe eſt parvenue à ſon terme, & l'action étant éteinte, la fiction l'eſt pareillement, & l'eſt à tous égards; extinction qui n'auroit pas lieu s'il y avoit minorité, comme on l'expliquera ci-après; en effet, la matiere d'un tel propre qui n'étoit qu'une action, ceſſe avec l'action même que le payement éteint, donc l'extinction de l'une emporte extinction de l'autre; ainſi quant à cette extinction du propre fictif, elle a lieu indiſtinctement, ſoit que le payement ait été fait à la femme, ſoit qu'il ait été fait aux enfans majeurs : dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a plus de baſe à la fiction s'il n'y a minorité dans la perſonne des enfans.

Dupleſſis, pag. 150; ce qu'il y dit dans le cas de la clauſe, qui comprend les collatéraux, s'étend également à celle-ci; ce qu'on verra plus amplement ci-après : quant à l'extinction de la fiction, mentionnée dans la propoſition, voyez le journal des audiences, tom. 5, l. 8, ch. 12 : les

arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 69 ; & le Brun, de la communauté, pag. 333, num. 22.

XXI. Il y a autre raiſon de cette réſolution ; par le payement, ce propre fictif ſe réduit à un pur mobilier confondu dans le ſurplus de la ſucceſſion mobiliaire ; il faudroit donc nouvelle fiction pour faire revivre la premiere, d'où il s'enſuit que l'un des enfans majeurs qui a reçu le payement de ſa portion dans la ſomme ſtipulée propre au prédécédé de ſes pere & mere & aux enfans, venant à décéder, le ſurvivant des pere & mere ſuccéde à ſa portion dans le propre fictif qu'il a reçu, comme éteint par le payement, & confondu dans les autres meubles, & ce à l'excluſion des autres enfans, ſauf la limitation ci-après ; autrement il faudroit ajouter une deuxieme fiction à une premiere ; mais l'effet de la fiction ne ceſſe pas par rapport aux portions dans le propre fictif payé à un mineur ; ſa minorité proroge la fiction tant qu'elle dure : c'eſt prorogation légale, parce que c'eſt comme telle qu'il l'a reçue : ce qui n'influe pas ſur la femme, qui, dans l'origine, n'avoit qu'un mobilier.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet ; Dupleſſis paroît en avoir douté dans ſes premiers manuſcrits, il eſt conforme à la propoſition, pag. 150, à la fin ; propoſition qui réſulte de l'article 94 de la coutume.

XXII. Mais il n'y a que ſur les portions payées à des mineurs que la fiction ſubſiſte & non ſur celles des majeurs qui ont été payées ; le payement a effacé l'action, & par conſéquent la fiction conventionnelle, mais il y a fiction légale lorſqu'il y a minorité ; ce qui fonde la propoſition, eſt que quoique ce ne ſoit qu'un pur mobilier que le mineur a reçu, lorſqu'il l'a reçu il avoit l'impreſſion de propre fictif, & cette qualité quoique fictive, ſubſiſte autant que la minorité pendant laquelle les biens du mineur ne peuvent changer de nature ; c'eſt ſage précaution & prorogation de qualité ordonnée par la loi municipale.

C'eſt ce qui réſulte de l'article 94 de la coutume : le Brun, de la communauté, pag. 333, num. 22, eſtime que l'article 94 n'a pas lieu pour ce cas ; cela eſt juſte lorſque le mineur eſt fils unique, parce qu'en ce cas la fiction ne peut s'étendre au-delà de ſa perſonne ; mais il n'en eſt pas de même lorſqu'il laiſſe des freres ou ſœurs ; en ce cas, ils ſont appellés à ſuccéder à la portion de ce mineur, à l'excluſion du ſurvivant de leur pere & mere, & leur droit ne peut être effacé par un payement fait en minorité ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & il eſt étonnant que le Brun paroiſſe s'écarter de cette diſtinction, qui a le texte de la coutume pour baſe.

XXIII. Mais ſi l'enfant mineur qui a reçu, décédoit majeur, la fiction ceſſeroit, comme elle eſt effacée par rapport aux portions payées à des majeurs ; la fiction relativement au mineur ne pouvant s'étendre au-delà de la minorité, c'eſt elle qui la forme ; où elle ceſſe, elle ne peut plus avoir lieu.

Voyez ci-deſſus le titre des rentes ; ce qui y eſt dit par rapport à une rente rembourſée, appartenante un mineur, s'applique ici.

DISTINCTION III.

Qu'il ceſſe par la confuſion dans la perſonne des enfans majeurs.

XXIV. L'effet de la fiction qu'opere la clauſe d'une ſomme ſtipulée propre à l'un des conjoints & aux ſiens, ceſſe encore par la confuſion qui arrive dans la perſonne des enfans majeurs lorſqu'ils ſont héritiers de celui des conjoints qui étoit débiteur envers eux du propre fictif ; la confuſion étant regardée comme un payement ; mais il faut admettre la même diſtinction qu'on a fait, & dont on va faire l'application : en effet, la confuſion opere un payement légal qui opere autant que le payement de fait ; elle doit donc comme le payement réel & de fait produire cet effet.

Arrêt du 16 février 1666, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, livre 7, ch. 37 : & tel eſt l'uſage ; voyez le Brun, de la communauté, page 335, num. 26 : le Prêtre, cent. 2, ch. 79 ; & Dupleſſis, pag 151 : ce qui eſt encore fondé ſur les mercuriales de 1691 ; ſur les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, ch. des propres, art. 61 ; voyez le journal des audiences, tom. 5, liv. 8, ch. 12 ; & le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, livre 2, chap. 1, ſection 2.

XXV. Venons à la diſtinction qu'on a déja annoncée à l'égard des mineurs : la confuſion n'éteint pas le propre fictif, parce que pendant la minorité les biens ne peuvent changer de nature, comme on l'a déja vu par rapport au payement réel : ce qui s'applique à la confuſion qui eſt payement égal, & dans laquelle par conſéquent le même principe a lieu.

Ricard, ſur l'article 93 de la coutume ; Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 153 ; le Brun, de la communauté, pag. 335, num. 28 ; voyez auſſi la note, ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 151, & les arrêts qui y ſont rapportés ; telle eſt la juriſprudence du châtelet, qui admet ſur ce, la diſpoſition de l'article 94, comme ſur le rembourſement des rentes ; en effet, entre l'un & l'autre cas, il n'y a aucune juſte diſtinction à faire.

XXVI. La déciſion qui naît de là eſt plus philoſophique que réelle, puiſque la clauſe de propre à l'un des conjoints & à ſes enfans, n'opere d'excluſion qu'à l'égard du ſurvivant en faveur des enfans, & que la confuſion ne peut arriver que par la mort de ce ſurvivant, & qu'après cette confuſion arrivée, ſi l'un des enfans décédoit mineur, les freres & ſœurs que la clauſe appelle au propre fictif, & que ſa minorité fait ſubſiſter, nonobſtant la confuſion, ſont ſes héritiers plus prochains, ſi on excepte les ayeuls, ſi aucuns il y avoit ; c'eſt

le ſeul cas dans lequel il me paroît que cette déciſion puiſſe avoir application, comme on le va voir.

On obſervera ſur cette propoſition, que dans le cas que la fiction ne s'étendoit pas plus loin que les enfans, le Brun étoit d'avis que le payement fait à l'enfant, quoique mineur, éteignoit la fiction indiſtinctement dans ſa ſucceſſion : ce qui a été remarqué ſur la ſixieme propoſition de la ſeconde diſtinction ci-deſſus, & par rapport à la confuſion qui n'eſt autre choſe qu'un payement légal ; il dit à la page 335 de ſon traité de la communauté, num. 28, que la minorité efface l'effet de la confuſion, & ce ſans diſtinguer les trois différens degrés de la fiction : ce qui ne paroît pas ſe concilier, & ce qui ſe détruit au contraire mutuellement, la confuſion ne pouvant jamais produire plus d'effet qu'un véritable payement ; on le juge ainſi au châtelet, & tels ſont les principes du droit civil.

XXVII. Cependant le ſoutien de la fiction par l'effet de la minorité ſeroit utile aux freres de l'enfant décédé, ſi dans le cas que la fiction eſt de la part de la femme, il laiſſoit un ayeul maternel qui les excluroit, ſi la fiction ne ſubſiſtoit plus, & qui opere pour les freres, nonobſtant le payement fait en minorité lorſque celui qui a reçu décéde avant ſa majorité.

On juge en ce cas au châtelet, que la portion du propre fictif de l'enfant décédé appartient à ſes freres & ſœurs, à l'excluſion de l'ayeul, fut-il lui-même dotateur, car en dotant il a voulu gratifier, non-ſeulement l'enfant doté, mais encore ceux qui naîtroient du mariage, qu'il a tous préféré à lui-même, puiſqu'il s'eſt dépouillé en leur faveur : l'ayeul ſeroit-il de l'autre côté, c'eſt à-dire, du côté du conjoint, débiteur du propre fictif ? en ce cas, c'eſt contre ce conjoint & ceux de ſon eſtoc & ligne que tombe à plomb, l'effet de la clauſe & de la fiction que la minorité proroge : ainſi dans l'un & dans l'autre cas, les freres & ſœurs ſuccédent à un tel propre fictif, à l'excluſion des ayeuls : c'eſt l'effet de la clauſe & de ſa prérogative par la minorité.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE LA CLAUSE PAR LAQUELLE ON STIPULE QU'UNE CERTAINE SOMME SERA PROPRE A L'UN DES CONJOINTS, AUX SIENS, ET A CEUX DE SON COTÉ ET LIGNE.

(Même article 93 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE LA DIFFÉRENCE DE CETTE CLAUSE AVEC LES TROIS PRÉCÉDENTES.

I. CETTE clauſe différe des trois qu'on a traité dans les trois précédens chapitres, & eſt plus étendue ; ce qui va s'éclaircir par les propoſitions ſuivantes ; ce qu'on va dire ſur cette clauſe peut s'appliquer à celle par laquelle on ſtipule que l'action du remploi du propre réel aliéné, ſera propre à la future épouſe, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne ; l'une & l'autre ſont plus étendues que les précédentes ; en effet, les deux premieres clauſes ne frappent que la communauté, & en excluent la ſomme ſans avoir trait aux enfans, la troiſieme a trait à eux ; ainſi différence entiere : celle-ci comprend non-ſeulement les enfans mais encore les collatéraux : la troiſieme qui eſt celle qu'on a examiné dans le chapitre précédent, l'exclut non-ſeulement de la communauté, mais rend le ſurvivant des conjoints incapable de ſuccéder à cette ſomme, à l'excluſion des autres enfans, en lui laiſſant néanmoins la capacité de ſuccéder quant à ce au dernier mourant des enfans ; celle qu'on examine ici différe donc puiſqu'elle va juſqu'aux collatéraux du côté & ligne du conjoint pour lequel la fiction a été établie, & c'eſt en cette derni re partie qu'on va l'examiner & par conſéquent s'étend encore aux ayeuls maternels à l'excluſion des collatéraux.

La ſtipulation qu'une ſomme ſera propre à l'un des conjoints & aux ſiens, a fait la matiere du chapitre précédent ; ainſi la clauſe qu'on examine ici eſt plus étendue ; puiſque, relativement à celui des conjoints, qui a fait une telle ſtipulation, elle embraſſe non-ſeulement les ſiens, mais encore ceux de ſon côté & ligne ; ce qui comprend tant ſes aſcendans que les collatéraux : ſur l'effet de cette derniere partie, voyez de Renuſſon, en ſon traité des propres, chapitre 6, ſection premiere, page 619 ; cela a bien des branches, on va tâcher de les développer.

II. Par la clauſe qui fait la matiere du préſent chapitre, le ſurvivant des conjoints, tous les parens de ſon côté & ligne ſont exclus de ſuccéder au dernier mourant des enfans, ſoit quant à ſa portion virile, ſoit quant à celles auxquelles ce dernier mourant des enfans a ſuccédé, comme héritier

de ſes freres & ſœurs : il faut à leur excluſion, tant que la fiction ſubſiſte, que la ſomme ainſi ſtipulée propre paſſe au plus prochain héritier du côté & ligne du conjoint qui a ſtipulé un tel propre, puiſqu'elle produit effet dans la ſucceſſion du dernier mourant des enfans en l'affectant à une certaine ligne ; c'eſt l'effet du mur de ſéparation que les deux familles, en s'uniſſant par un mariage, ont élevé entre leurs patrimoines, mais ſans changer l'ordre de ſuccéder entre les parens de la femme.

Ricard, ſur l'article 93 ; Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 146 ; l'auteur du traité des propres, chapitre 6, ſection 5, num. 5, pag. 622 & 623 ; arrêt de réglement du 17 avril 1703, rapporté dans la derniere édition du journal des audiences, & par l'auteur des notes, ſur le Maître, pag. 122 ; voyez auſſi le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, livre 2, chapitre premier, ſection premiere, num. 55 : effet de cette clauſe qu'on va développer par la ſection qui ſuit.

SECTION II.

Des effets de cette clauſe.

DISTINCTION PREMIERE.

De la repriſe de la ſomme ſur la communauté, & ſi le conjoint, au profit duquel la ſtipulation eſt faite, en peut diſpoſer.

III. Examinons par degrés & relativement à ces différentes fins, l'effet de cette fiction étendue juſques au troiſieme degré : d'abord la repriſe de cette ſomme ſur la communauté acceptée, ou ſur les biens du mari, lorſque le propre fictif eſt ſtipulé de la part de la femme & qu'elle renonce à la communauté, ſe fait comme il a été dit dans les deux premieres diſtinctions de la troiſieme ſection du ſecond chapitre de ce titre ; c'eſt le premier effet de cette clauſe, il eſt inconteſtable puiſqu'elle en produit de plus étendus ; ainſi ce qu'on a dit ci-deſſus s'applique ici, inutile de le répéter.

Ou par confuſion, ou par délibération, ſi la communauté eſt acceptée ; par repriſe & par condamnation en faveur de la femme, s'il y a renonciation, & par confuſion dans le même cas de renonciation, ſi le propre eſt ſtipulé de la part du mari, auquel toute la maſſe de la communauté reſte ; ſur quoi l'on peut ici obſerver ce qu'on a déja remarqué ci-deſſus, que cette clauſe, quoique ſtipulée de la part d'un des conjoins qui s'eſt doté *de ſuo*, n'en a pas moins d'exécution que ſi elle avoit été appoſée par un tiers qui auroit doté ; arrêt 17 avril 1703, déja cité & rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, & par Augeard, tom. 1.

IV. A l'égard de la diſponibilité, cette clauſe ne la gêne pas plus que les trois précédentes ; cela eſt traité dans la diſtinction quatrieme de la ſection qu'on vient de citer, & ne peut ſouffrir de difficulté : la clauſe qu'on examine ici, quoique plus étendue que les précédentes qu'on a examiné, n'ayant pas plus d'efficacité qu'elles, quant à la diſponibilité, l'indiſponibilité n'étant pas ſon objet.

Arrêt du premier avril 1656, rapporté à la fin du premier volume du journal des audiences, livre 8, page 887 ; voyez l'arrêt rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 295 ; l'auteur du traité des propres, chapitre 6, ſection 6, num. 3 & ſuivans ; & le Brun, des ſucceſſions, livre 2, chapitre 1, ſection 2, num. 60, & ſection 3, num. 29 ; d'où il s'enſuit qu'à plus forte raiſon, les enfans, ayant acquis l'âge de teſter, peuvent, nonobſtant l'impreſſion d'une telle fiction, diſpoſer librement de la ſomme ſur laquelle cette fiction a été imprimée ; tout l'effet de cette fiction étant d'exclure l'autre conjoint & tous les parens de ſon côté & ligne, de pouvoir en profiter par la voie de la ſucceſſion légitime.

V. Ce qui fonde ce que deſſus, eſt que cette clauſe étant plus étendue que les précédentes, doit du moins, quant à ce, produire les mêmes effets, & qu'à l'égard de la diſponibilité, ſi la fiction par cette clauſe eſt plus étendue que pour les précédentes, c'eſt toujours un propre fictif relatif & non abſolu ; raiſon déciſive qui fonde ſa diſponibilité : ſa relation étant limitée à la communauté & à la ſucceſſion des enfans, ſans avoir trait aux teſtamens.

Dupleſſis, pag. 154 ; Ricard, des donations, troiſieme partie, chap. 10, ſect. 1, num. 1429 & ſuivans, pag. 740 & 741.

DISTINCTION II.

De ſes effets dans la ſucceſſion des enfans.

SUBDIVISION PREMIERE.

Des principes fondamentaux de la ſaiſine de ce propre fictif.

VI. La ſucceſſion à un tel propre eſt tout enſemble légitime & conventionnelle ; en effet, la fiction ſubſiſte juſqu'à ce que la ſomme ait paſſé par le décès du dernier mort des enfans dans la perſonne d'un héritier du côté & ligne du conjoint qui l'a ſtipulé ainſi propre, à moins que la fiction ne ſe ſoit effacée dans la perſonne des enfans par les voies qu'on expliquera dans la ſection ſuivante ; mais ſi la fiction n'eſt pas effacée, il faut qu'elle aille juſques à ſa fin.

Le Prêtre, cent. 2, chap. 91 ; Dupleſſis, des droits incorporels, pag. 146 ; & c'eſt ce qui s'obſerve inviolablement au châtelet, comme l'effet naturel de la clauſe ; en effet, dans la ſucceſſion des enfans, la ſomme ainſi ſtipulée propre à la femme, aux ſiens de ſon côté & ligne, (ces derniers mots de ſon côté & ligne ne peuvent s'entendre indiſtinctement des collatéraux, des enfans) mais ſeulement de ceux qui leur ſont tels du

côté de leur mere, c'eſt mur de ſéparation; cela eſt relatif.

VII. Le principe fondamental de cette ſucceſſion, ſur lequel on a répandu quelqu'obſcurité, eſt que toute l'excluſion qu'elle opere eſt limitée à la perſonne du conjoint contre lequel elle eſt faite & qui l'a conſenti, & aux héritiers de ſon côté & ligne qui le repréſentent: voilà tout ſon effet: vouloir le porter au de-là, eſt erreur; il eſt étrange qu'elle ait ſubſiſté quelque tems.

Hoc eſt indiſtinctè verum contra maritum ſed non reſpectu aliorum: Dumoulin, ſur l'article 17, du titre des droits appartenans à gens mariés, de la coutume de Nivernois: principe très-lumineux, ſur cette matiere, & dont on va voir les ſuites; & la fiction, dans cette ligne même, ne peut ſubſiſter ſans l'action qui en eſt la baſe & la matiere; ainſi l'extinction de l'action emporte anéantiſſement.

VIII. A l'égard des parens du dernier mourant des enfans du côté & ligne du conjoint qui a fait une telle ſtipulation, l'ordre de ſuccéder n'eſt pas changé par la fiction, s'il n'y a à leur égard vocation expreſſe; non-ſeulement à leur égard l'ordre de ſuccéder n'eſt pas changé par une telle clauſe, lorſqu'elle ne marque aucune préférence des uns au préjudice des autres, mais même il ne pourroit l'être que par la voie de la donation ſubordonnée, ou de la ſubſtitution, parce que l'ordre de ſuccéder légitimement eſt de droit public, qui ne peut par conſéquent être interverti, ſi ce n'eſt par une diſpoſition expreſſe, & qui n'eſt telle que relativement au conjoint contre lequel on a établi une telle fiction & qui l'a ſouſcrite, & contre les parens de ſon côté.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 3, ch. 16; par lequel il paroît qu'anciennement la propoſition ſouffroit difficulté, à préſent elle n'en ſouffre plus; je l'ai entendu pendant trente ans juger ainſi au châtelet, & j'en ai remarqué une ſentence du 23 juin 1712, plaidant Raſſicod & défunt Aubry, & par arrêt du 4 juillet 1713, plaidant Macé & Aubry; une autre ſentence du châtelet, qui avoit jugé cette queſtion conformément à celle de 1712, a été confirmée; depuis je l'ai entendu juger plus de vingt fois, ſoit au parc-civil, ſoit au préſidial; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 5, num. 6 & ſuivans; où il traite cette queſtion & la décide, comme ſi un propre fictif & dès-là relatif étoit un propre abſolu & de ligne: ce qui eſt contraire aux principes de cette matiere & aux arrêts récens ſur cela, & qu'on rapportera ci-après; mais anciennement on répandoit beaucoup d'ombres ſur cette matiere, & s'écartant totalement de l'eſprit de la coutume, on s'efforçoit d'aſſimiler à tous égards un propre fictif à un propre réel; c'étoit abuſer de la fiction & l'étendre au-delà de ſa fin.

☞ L'arrêt du 4 juillet 1713, énoncée en la note ci-deſſus, a confirmé une ſentence du châtelet qui avoit jugé que la clauſe de ſtipulation de propre aux ſiens, de ſon côté & ligne, n'étoit que contre le mari dans tous les cas; mais qu'à l'égard des héritiers du conjoint en faveur de qui elle avoit été miſe, c'étoit le plus proche, l'héritier mobiliaire qui devoit ſuccéder, & que l'ayeul devoit être préféré aux autres collatéraux. Dans l'eſpece de cet arrêt, Carpentier & ſa femme avoient eu deux enfans, Marc-Mathurin, mort après ſa mere, & une fille mariée après la mort de ſa mere au nommé Pluteau. Par le contrat de mariage, Carpentier pere, lui avoit donné 6000 liv. en deniers, avec ſtipulation que moitié entreroit en communauté, l'autre moitié ſtipulée propre aux ſiens, de ſon côté & ligne, moyennant laquelle ſomme la femme Pluteau avoit renoncé à tous droits dans la ſucceſſion de ſa mere & de ſon frere; cette fille, mariée mineure, décéda en majorité & laiſſa une fille qui mourut après elle; il fut queſtion, entre les héritiers collatéraux du côté maternel, & Carpentier, pere & ayeul de la mineure, de ſavoir à qui les 3000 liv. ſtipulés propres aux ſiens, de ſon côté & ligne, dans la ſucceſſion de la petite fille, décédée mineure, devoient appartenir. Cette ſomme fut adjugée à l'ayeul, par la raiſon que cette clauſe n'eſt que contre le mari indiſtinctement, & non contre d'autres.

IX. Toute la licence de l'interverſion de cet ordre eſt limitée à la perſonne du conjoint contre lequel la fiction a été établie, & contre tous les parens de ſon côté & ligne, qui tirant leur droit de lui dans la ſucceſſion de ſes enfans, ne peuvent avoir plus de droit que lui-même: excluſion conventionnelle, autoriſée pour faciliter les mariages, par la néceſſité qu'il y a dans certains cas d'élever un mur de ſéparation entre les patrimoines des deux familles que le mariage unit; telle clauſe ne peut avoir d'autre fin: voilà où elle aboutit, il eſt étrange encore une fois que quelques uns, s'écartant totalement des principes de cette matiere, ayent tenté de lui donner plus d'effet.

Arrêt du 18 juin 1634, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 3, ch. 21; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci. Quant à l'ordre légitime de ſuccéder, qui ſubſiſte toujours nonobſtant une telle clauſe, entre les parens du côté & ligne de la femme & de celui des conjoints, pour lequel on a établie une telle fiction; cela ſera prouvé par la ſubdiviſion: troiſieme de la préſente diſtinction.

X. Cette dérogation, cette interverſion au droit de ſuccéder, milite contre le conjoint qui l'a conſenti & contre tous ceux de ſa ligne, parce qu'il a expreſſément conſenti à cette interverſion tant pour lui que pour les ſiens qui ne peuvent avoir plus de droit que lui, & que ce conſentement produit une renonciation de ſa part, autoriſée par la faveur du contrat qui la contient, renonciation qui milite contre les autres comme contre leur tige au droit de ſuccéder à un tel propre, opere une tranſmiſſion de ſon droit & du leur, aux plus prochains parens du côté de celui du conjoint qui a ſtipulé un tel propre; principes fondamentaux de la juriſprudence du châtelet ſur cette ſucceſſion ſinguliere, & qui conſervent les régles que l'opinion contraire confondoit en aſſimilant une fiction relative à une réalité abſolue.

Hoc eſt indiſtinctè verum contra maritum & hæredes ejus; c'eſt ce que dit Dumoulin, ſur Nevers,

ce que dit auſſi Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 148. Il ſeroit, dit-il, abſurde que le pere fût exclu de la ſucceſſion de ſon fils par cette ſtipulation de propre, & que les collatéraux du même côté n'en fuſſent pas exclus, ce n'eſt qu'un même genre d'excluſion pour les uns & pour les autres: ce qui eſt très-juſte, ce qui prouve la propoſition, & ce qui ſuit la prouvera encore davantage.

XI. Mais de la part des parens du côté de celui des conjoints, au profit duquel la fiction a été établie, il n'y a aucune dérogation ni expreſſe ni tacite par la ſimple fiction, s'il n'y a vocation littérale au profit d'une certaine perſonne; nulle dérogation au droit légitime de ſucceder à un tel propre; par conſéquent c'eſt la proximité qui peut ſeule déterminer l'aptitude ou le droit de ſuccéder à un tel propre fictif dans cette ligne; c'eſt la loi qui régle cette proximité; autre principe fondamental de cette juriſprudence par rapport à cette ligne; il eſt étonnant que de vaines idées praticiennes & formées ſans guide ayent pu obſcurcir cette vérité que le principe lumineux de Dumoulin mettoit dans ſon jour.

Ce principe a été tiré de ce qui ſe pratique ſur ce au châtelet; ce qui ſuit contient les fondemens de cette juriſprudence.

XII. Quoique dans le cas de la clauſe de propre à la future épouſe & aux ſiens, comme dans celle-ci, le propre fictif paſſe par le décès d'un des enfans à ſes freres à l'excluſion de ſes ayeuls qui ſont plus prochains; cela n'eſt nullement contraire à la maxime, que l'ordre de ſuccéder entre les parens maternels, dans le cas que la clauſe eſt ſtipulée de la part de la femme, ne peut être changé que par une diſpoſition expreſſe, puiſque cette préférence n'a lieu qu'en vertu d'une eſpece de ſubſtitution, d'une vocation même expreſſe & littérale des freres au préjudice des ayeuls; vocation expreſſe que les ayeuls ont conſenti, outre qu'en dotant leur fille ils ont encore voulu pourvoir à la ſubſiſtance des enfans qui naîtroient du mariage, & qu'ils les ont préférés à eux-mêmes; le changement dans ce cas ſeul à l'ordre de ſuccéder, n'eſt donc pour les autres cas d'aucune conſidération.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la vocation littérale que la clauſe contient en faveur des enfans, ce qui emporte une excluſion expreſſe des ayeux; c'eſt l'effet du mot *ſiens*, qui embraſſe tous les enfans, mot qui doit produire ſon effet comme la premiere partie de la clauſe. Ces principes ſeront rendus plus ſenſibles par l'application qu'on en va faire dans les ſubdiviſions ſuivantes, où l'on expliquera l'ordre entre les parens de la ligne pour ſuccéder à un tel propre. Ici on poſe les principes généraux; leur application les développera, & on fait d'abord cette poſition, parce que quelques-uns les ont obſcurcies. Quoiqu'entre les parens du côté & ligne du conjoint, au profit duquel le propre fictif a été ſtipulé, il n'y ait pas dans la théſe générale de diſtinction des lignes à faire, ſi néanmoins les pere & mere de celui qui a été ainſi doté avoient ſtipulé que les biens par eux donnés ſeroient propres au conjoint doté, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, duquel les biens procédent; en ce cas, & pour un tel propre fictif, il faudroit ſuivre la diſtinction des lignes; Ricard, ſur l'article 93 de la coutume de Paris, c'eſt l'art. 5 des mercuriales qu'il rapporte; c'eſt auſſi le ſentiment de le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 5, diſtinction 3, num. 5; & cela a été ainſi réſolu dans la conſultation de la bibliothéque de Meſſieurs les avocats, qui ſe trouve dans le ſecond tome de Dupleſſis, ſous le titre de conſultation huitieme; ce qu'il eſt à propos d'obſerver ici, c'eſt précaution, c'eſt convention licite, qui va plus loin que la lettre de la clauſe ordinaire, & qui, n'ayant rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives, doit avoir ſon exécution.

SUBDVISION II.

Que l'autre conjoint eſt exclu de ſuccéder à ce propre, non-ſeulement par les autres enfans, mais même par tout autre parent du côté du conjoint qui l'a ſtipulé; & d'abord de la ſaiſine en faveur des freres & ſœurs, de celui des enfans qui prédécede le ſurvivant de ſes pere & mere.

XIII. Pour ſe rendre plus ſenſible, dans cette ſubdiviſion & les deux ſuivantes, on y ſuppoſera que la ſtipulation eſt faite de la part de la femme; mais tout ce qui va être dit à cet égard a lieu pareillement dans le cas que la ſtipulation eſt faite de la part du mari; ainſi les réſolutions ſont communes pour l'un & l'autre cas, & dans l'un comme dans l'autre, le conjoint contre lequel la fiction a été établie, eſt exclu juſques à ce que la femme ſoit parvenue à un collatéral, ſi de certains événemens qu'on examinera ci-après, n'ont effacé l'action; parce que la fiction ne peut ſubſiſter ſans elle.

Cette uniformité dans l'un & l'autre cas, par rapport au droit de ſuccéder au propre fictif, ſtipulé en faveur de l'un des conjoints, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, ainſi que dans le cas des autres clauſes examinées précédemment & moins étendues que celle-ci, cette uniformité, dit-on, eſt atteſtée par Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 154; & ſur ce, le châtelet n'admet aucune différence; en effet, il n'y a aucune bonne raiſon pour en admettre, puiſque l'art. 93 de la coutume eſt général; ainſi il embraſſe tant le mari que la femme.

XIV. Comme on vu dans le chapitre précédent, que la cauſe de propre à l'un des conjoints & aux ſiens, produiſoit une eſpece de ſubſtitution en faveur des enfans & des uns aux autres, à plus forte raiſon, la clauſe qu'on examine à préſent produit-elle cette même ſubſtitution, puiſqu'elle a encore plus d'étendue; cela ne peut ſouffrir aucune difficulté & ſe trouve déja établi. Mais dans le cas de la clauſe de propre à l'un des conjoints & aux ſiens, qui a formé la matiere du chapitre précédent, le pere ſurvivant ſuccéde au dernier mourant de ſes

enfans, à la ſomme ſtipulée ainſi propre par ſa femme ; il n'en eſt pas de même dans le cas de cette clauſe-ci ; en effet, dans le cas que la ſomme ſtipulée propre par la femme eſt ſtipulée propre à elle, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, le pere ſurvivant eſt exclu de ſuccéder, quant à ce propre fictif, au dernier de ſes enfans, & cette même ſomme paſſe à un collatéral, ou a un ayeul maternel, qui lui eſt préférable ; c'eſt le juſte effet de l'étendue qu'on a donné à la fiction licite, & autoriſée d'embraſſer après les enfans un parent du conjoint qui a établi la fiction.

Dumoulin, ſur la premiere queſtion de Galli ; *cùm cautum eſt nedum uxori, ſed etiam hæredibus ejùs, nec ſimpliciter hæredibus, ſed hæredibus lateris dictorum hæredum* ; & l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 4 ; Dupleſſis, page 146 ; & cela eſt de droit commun.

XV. Suivons cet effet : dans le cas de cette ſtipulation, la fiction ne s'éteint pas avec la perſonne du dernier vivant des enfans, par la lettre de la clauſe ; elle ſubſiſte juſqu'à ce que de la perſonne du dernier vivant des enfans elle ait paſſé en celle d'un héritier du conjoint qui a fait la ſtipulation, pourvu qu'elle ne ſe ſoit pas effacée dans la perſonne même des enfans ; d'où il réſulte que le pere eſt exclu de ſuccéder à la ſomme ſtipulée propre à ſa femme, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, tant que la fiction ſubſiſte ; mais il y ſuccéde lorſqu'elle ne ſubſiſte plus. Derniere partie qu'on examinera ci-après : voilà ce qui réſulte des principes qu'on vient d'établir, & des propoſitions précédentes, ſauf l'effet de l'extinction de l'action.

Voyez l'arrêt du 4 mai 1646, rapporté dans le premier volume de journal des audiences, liv. 4, ch. 40 ; ce qui s'éclaircit encore par les propoſitions ſuivantes ; & Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer.

XVI. Il réſulte encore, & à plus forte raiſon, que lorſque l'un des enfans meurt laiſſant des freres & ſœurs, ce ſont ces derniers qui ſont ſaiſis conjointement de la ſomme à l'excluſion de tout autre, & même des ayeux maternels ; le pere s'il vivoit leur donneroit l'excluſion ceſſante la clauſe, & s'il vit, au moyen de la clauſe, les ayeuls ſe la ſont donnée à eux-mêmes, pour l'aſſurer à la deſcendance de l'enfant doté.

L'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 5 ; & cela a été établi ci-deſſus ſur les clauſes qui ont formé la matiere des chapitres précédens, qui produiſent cet effet quoiqu'elles ayent moins d'étendue que celle-ci ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme de plus en plus celle-ci.

XVII. Triple raiſon de ce : 1°. la lettre de la clauſe les appelle d'abord ; 2°. l'excluſion conſentie de la part de leur pere, leur tranſmet le droit du plus prochain ; enfin, à l'égard des ayeux maternels, ils les ont préférés à eux par la lettre de la clauſe, par laquelle leur mere en ſe dotant, ou eux-mêmes en la dotant ont pu imprimer à la dot cette condition marquée de la préférence des freres aux ayeux maternels ; il faut donc que cette préférence ait ſon exécution, & au défaut de freres & de ſœurs de l'enfant dernier décédé, la ſomme ainſi ſtipulée propre paſſe en conſéquence des mêmes principes, à l'héritier le plus prochain de cet enfant décédé du côté & ligne du conjoint qui a fait la ſtipulation, & ce tant que le propre fictif eſt ſubſiſtant dans ſa perſonne ; ce qui regarde les ayeuls maternels, comme on va l'expliquer.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & tout ce que deſſus fonde cette juriſprudence, ainſi que l'art. 93 de la coutume.

XVIII. Mais comme entre les héritiers de ce côté, lorſqu'il n'y a aucun frere ni ſœur de l'enfant décédé, l'ordre de ſuccéder n'eſt pas interverti ; il faut ſuivre l'ordre de la loi, c'eſt-à-dire, celui d'une ſucceſſion légitime : tel eſt le principe général qui demande un examen particulier, & qui commence à fonder le droit des ayeuls maternels.

La preuve de cette propoſition ſe trouve dans la ſubdiviſion qui ſuit, elle veut plus d'étendue qu'une ſimple propoſition.

SUBDIVISION III.

Qu'au défaut de frere ou ſœur du dernier mourant des enfans, le propre fictif paſſe aux ayeux maternels de ces enfans.

XIX. En ſuppoſant toujours que la clauſe ſoit ſtipulée de la part de la femme, & que la ſomme lui ait été ſtipulée propre à elle, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, lors du décès du dernier vivant des enfans nés du mariage, tel propre fictif appartient à ſes ayeux maternels à l'excluſion de tout autre héritier ; ils ſont les plus prochains, c'eſt donc à eux qu'un tel propre appartient comme étant de la ligne ; c'étoit abus, c'étoit ſubverſion de la loi, c'étoit ajouter à la clauſe, & lui donner un effet injuſte, que d'avoir voulu introduire le contraire : c'eſt fiction qu'il faut renfermer dans ſon objet.

Dumoulin, ſur la premiere queſtion de Galli, le fait paſſer aux collatéraux du côté & ligne, ce qui ne s'entend qu'au défaut d'ayeul du même côté, & telle eſt la juriſprudence du châtelet ; les arrêts qu'on rapportera ſur les propoſitions ſuivantes mettent cette juriſprudence au-deſſus de toute conteſtation, d'autant plus qu'elle a ſa racine dans l'eſprit & dans les principes généraux de la coutume.

XX. En effet, la lettre de la clauſe exclut le pere s'il eſt ſurvivant, & les ayeux paternels qui ne peuvent avoir plus de droit que le pere : tels ſont les ayeuls auxquels Dumoulin donne l'excluſion, puiſqu'ils ne peuvent tenir que par lui à la perſonne de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit ; & à l'égard

des collatéraux, toute abſtraction faite de leur côté & ligne, l'ayeul maternel les exclut indépendamment de toute convention, par la raiſon que la ligne directe aſcendante eſt toujours préférée à la collatérale, s'il n'y a vocation expreſſe contraire & qui faſſe obſtacle à cette préférence, que tout aſcendant à ſur les collatéraux, lorſque le premier n'eſt pas littéralement exclu; il eſt étonnant que cette préférence ait pu être conteſtée.

Cela eſt encore d'une juriſprudence conſtante au châtelet, où l'on tient pour maxime qu'entre les parens du côté & ligne de celui du conjoint, qui a établi la fiction, l'ordre de ſuccéder n'eſt point interverti: ce qui a été confirmé par l'arrêt du 4 juillet 1713, & par celui rendu au profit de la dame Dumoulin, qu'on indiquera ci après, & tel eſt le principe lumineux de Dumoulin.

XXI. Entre ces ayeux maternels, il n'y a nulle préférence pour ſuccéder à ce propre fictif; chacun d'eux y ſuccéde également, quoiqu'ils euſſent doté inégalement la mere de l'enfant dont la mort fait ouverture à la ſucceſſion d'un tel propre, s'ils n'ont pas porté leur convention plus loin que la clauſe ordinaire; parce qu'en ce cas, c'eſt la diſpoſition de la loi qui ſeule opére, & non la convention, qui n'influe pas ſur une telle ſucceſſion qu'on n'y a pas compriſe; ainſi, tel ayeul y ſuccéderoit, quoique la fille ſe fût doté *de Suo*.

Il faut convenir qu'on a long-tems douté de cette propoſition au palais, & que de très-ſavans auteurs, & entr'autres Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 147, ont penſé que par rapport à ces propres fictifs, il falloit ſuivre les mêmes régles que par rapport aux propres réels, c'eſt-à-dire, la ligne de ceux qui ont conſtitué la dot; mais c'étoit donner à une fiction, purement relative, tout l'effet d'une réalité abſolue; on a toujours jugé le contraire au châtelet, ainſi que je l'ai appris de Me Barbier, fameux avocat, qui y avoit plaidé avec ſuccès pendant plus de quarante ans: le Maître, page 122 & 123, a été de même avis que Dupleſſis; voyez les notes ſur la propoſition qui ſuit, où l'on verra que le ſentiment de ces deux commentateurs n'eſt pas ſuivi & avec raiſon, puiſque, encore une fois, les deux principes fondamentaux de cette matiere, & qu'on a déja obſervé ci-deſſus, ſont, 1°. que l'excluſion que ces ſortes de fictions opérent, n'a lieu que contre le conjoint qui l'a conſenti, & contre ceux de ſon côté: 2°. que par rapport aux parens de l'autre côté, l'ordre de ſuccéder n'eſt point changé entr'eux s'il n'y a vocation littérale & expreſſe.

XXII. Approfondiſſons ce que deſſus: ſi ce dernier enfant mourant ne laiſſoit qu'un ſeul ayeul maternel (on ſuppoſe toujours que la ſtipulation eſt faite de la part de la femme) à cet ayeul appartiendroit tout le propre fictif, ſans que les collatéraux du côté & ligne de l'ayeul décédé y puſſent rien prétendre, encore que cet ayeul décédé fût codotateur, & c'eſt encore une ſuite des principes ci-deſſus: c'eſt la loi ici, à la diſpoſition de laquelle il n'y a pas de dérogation qui opére, & non la fiction, la ſtipulation qui avoit un objet tout différent: prétendre le contraire, c'eſt l'étendre & entaſſer fiction ſur fiction.

Cela a été ainſi jugé par ſentence du parc-civil, en faveur de la dame Dumoulin, plaidant Cochin, Normand & moi: les ſieur & dame Dumoulin avoient mariés leur fille à M Fieubet, conſeiller en la cour; ils lui avoient donné 400 mille livres en mariage, dont 40 mille en communauté, & les 360 mille livres reſtant, ſtipulés propres à la future épouſe aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne; madame de M. Fieubet mourut laiſſant un enfant, qui mourut peu de tems après elle; cet enfant laiſſa pour héritier Fieubet ſon pere, la dame Dumoulin ſon ayeule, & des parens du côté du ſieur Dumoulin; ces derniers, pour leſquels plaidoient Normand, prétendoient que la dot, ayant été fournie par les ſieur & dame Dumoulin, la moitié du propre fictif devoit leur appartenir; il fut adjugé en entier à la dame Dumoulin, ce qui a été confirmé par arrêt de la grand-chambre: depuis, cette déciſion a été ſuivie en faveur de M. le maréchal d'Aligre, au ſujet de la ſucceſſion de d'Albret ſon petit fils; M. Bargeton & Cochin, avocats, avoient été conſultés, & on m'avoit fait l'honneur de m'appeller à leur conſultation, à laquelle pluſieurs magiſtrats voulurent bien aſſiſter: l'arrêt rendu au ſujet de la ſucceſſion du fils mineur de M. de Fieubet eſt du 16 mars 1733; c'eſt un arrêt de réglement qui a été lu & publié au châtelet, qui a été rendu public par l'impreſſion; il a été ſuivi d'un autre rendu en la ſeconde chambre des enquêtes le 16 mai 1735, contre M. Parent; cet arrêt eſt rapporté dans une note, ſur le Maître, pag. 123; & telle a toujours été la juriſprudence du châtelet; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme encore cette juriſprudence.

XXIII. Ce qui fonde la derniere propoſition, c'eſt que le mur de ſéparation n'a été élevé qu'entre les deux familles qui ſe ſont unies par un mariage, mais non entre les parens du côté & ligne de celui des conjoints qui a établi la fiction, à l'égard deſquels il n'y a nulle dérogation à l'ordre de ſuccéder, les enfans nés du mariage exceptés, au bien deſquels on a pu pourvoir en leur donnant la préférence ſur les ayeuls maternels; mais cette exception remplie, c'eſt le principe général ſur l'ordre de ſuccéder qu'il faut ſuivre en ce cas, & non la convention qui n'y a aucun trait, dont l'effet ne tombe que ſur les parens paternels, & non ſur ceux du côté de la femme, pour laquelle on ſupoſe que la ſtipulation a été faite.

L'ordre de ſuccéder peut néanmoins être changé par la clauſe, & telle clauſe vaut donation ſubordonnée; voyez la note ſur la neuvieme propoſition de la ſubdiviſion premiere de la ſeconde diſtinction de la préſente ſection, où l'on a vu que les codotateurs pouvoient affecter ce qu'ils donnoient à leur ligne, mais il faut pour cela affectation littérale; mais ſi cela n'eſt pas, l'ordre légitime de ſuccéder entre les parens de la femme doit être ſuivi; il eſt bien étrange que, par une confuſion ſenſible, quelques-uns ayent entrepris d'introduire le contraire, il falloit pour cela qu'ils euſſent un violent penchant pour la fiction pour l'étendre

ainſi

ainſi contre l'équité, contre le droit naturel au-delà de ſes bornes.

SUBDIVISION IV.

Qu'au défaut de frere ou ſœur, qu'au défaut d'ayeul maternel, tel propre fictif paſſe à l'héritier collatéral, le plus prochain de la ligne du conjoint, qui a fait la ſtipulation du pere & de tout parent paternel.

XXIV. En ſuppoſant toujours que telle ſtipulation eſt faite de la part de la femme, que le dernier de ſes enfans meurt ſans laiſſer aucun frere, ſœurs, ni neveux, & ſans laiſſer aucun aſcendant maternel, la ſomme ainſi ſtipulée propre paſſe à l'héritier collatéral le plus prochain du côté & ligne maternelle, à l'excluſion du pere, & de tout autre parent paternel, encore que ces derniers fuſſent plus prochains que l'héritier maternel, & même qu'il eût été dit, qu'il ſeroit fait emploi, & qu'il n'eût été fait; c'eſt le juſte effet de la clauſe qui affecte la ſomme à la ligne maternelle; mais dès que cette ſomme a une fois paſſée à un collatéral, la fiction eſt totalement éteinte, encore que ce collatéral fût mineur, autrement ce ſeroit entaſſer fiction ſur fiction; ce qu'on ne peut faire.

Voyez l'arrêt rapporté par de Montholon, ch. 93: le Prêtre, cent. 2, ch. 91; Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 146: ſur la derniere partie de la propoſition eſt à obſerver que ce n'eſt pas le cas d'appliquer l'article 94 de la coutume, qui n'a lieu que par rapport à un immeuble qui a appartenu à un mineur, & qui a changé de nature pendant ſa minorité; en un mot, l'effet de la fiction qu'on examine ici ceſſe entiérement, lorſqu'elle eſt parvenue au dernier objet & au dernier terme de la clauſe qui la contient; voyez Renuſſon, des propres, chap. 6, ſection 5; autrement ce ſeroit ajouter à la clauſe qui eſt de rigueur, & qui ne peut, comme telle, être étendue au-delà de ſa fin & de ſon objet: voilà les principes, je les ai vu cependant conteſter, mais mal-à-propos.

XXV. Cela a lieu indiſtinctement, ſoit que le pere de cet enfant dernier mourant ſoit vivant, ſoit qu'il ſoit mort avant lui, la fiction ſubſiſtant juſqu'à ce qu'elle ait opéré en faveur d'un collatéral; en effet, s'il eſt vivant, l'excluſion que le pere par le contrat de ſon mariage a conſenti de ne pouvoir ſuccéder à cette ſomme, comme héritier du dernier mourant de ſes enfans, eſt une renonciation, quant à ce, en faveur du collatéral le plus prochain du côté maternel, & une vraie ceſſion de ſon droit en faveur de ce même collatéral, qui doit donc en être ſaiſi à ſon excluſion; ainſi, la ſurvie du pere ne peut faire aucun obſtacle au collatéral: on va voir qu'il en eſt de même de ſon prédécès.

C'eſt ainſi que j'ai entendu expliquer ce point de notre juriſprudence par Barbier, & tout ce que deſſus en fait l'établiſſement.

XXVI. Si le pere eſt mort avant ce dernier enfant, le mur de ſéparation élevé entre les patrimoines des deux familles ſubſiſte; la fiction établie doit opérer autant que la vérité, & la renonciation du pere influe ſur tout parent de ſon côté, parce qu'ils ne peuvent avoir plus de droit que lui, que telle a été la condition ſous laquelle les deux familles ſe ſont unies par un mariage; ainſi en ce cas, le collatéral maternel le plus prochain doit donc encore être ſaiſi; c'eſt l'effet de la fiction, qui doit avoir ſon exécution en faveur de ce collatéral, quoique plus éloigné que le collatéral paternel.

Dupleſſis, page 146: cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & réſulte encore de tout ce que deſſus.

XXVII. Suivons cette ſucceſſion: entre les collatéraux du côté maternel, c'eſt le plus prochain qui eſt ſaiſi, encore qu'il ne fût de la ligne de l'ayeul de l'enfant qui a conſtitué la dot, dont portion a été ainſi ſtipulée propre; l'ordre d'une ſucceſſion légitime n'étant pas changé entre ces collatéraux, auxquels en les conſidérant collectivement, la clauſe donne une préférence ſur tous les parens paternels, mais en gardant entr'eux l'ordre légitime de ſuccéder: voilà le principe déciſif.

Dupleſſis eſt d'avis contraire, page 148, où il dit qu'en ce cas la fiction doit avoir effet au profit des collatéraux du donateur; mais la propoſition a été formée ſur la juriſprudence du châtelet; elle réſulte encore de l'arrêt rendu au profit de la dame Dumoulin, & de l'arrêt de Parent, qui ont tous les deux été cités ci-deſſus; en un mot, l'ordre de ſuccéder n'eſt pas encore une fois interverti entr'eux; voyez la propoſition ſuivante qui le prouve.

XXVIII. Triple raiſon de ce, dont quelques-unes ont déja été touchées. 1°. Par cette fiction, vocation générale en faveur de la ligne maternelle, ſans nulle affectation dans la diviſion des branches d'icelle, autrement ce ſeroit entaſſer fiction ſur fiction, ce qu'on n'admet pas; 2°. à ne conſulter que la lettre de la clauſe, l'ordre de ſuccéder entre les héritiers maternels n'eſt point changé, lorſque la clauſe eſt générale; enfin, la faculté de l'interverſion de cet ordre de ſuccéder, eſt limité au conjoint contre lequel la clauſe a été établie, & à tous ceux de ſa race, comme condition licite du mariage, & ne peut militer à l'égard des parens maternels; autrement ce ſeroit ajouter à la clauſe, qui eſt de rigueur.

Les juges du châtelet s'attachent ſi exactement à cette régle, (qu'entre les parens maternels l'ordre de ſuccéder n'eſt point changé par une ſtipulation de propres au profit de la femme,) que dans le cas que la femme s'eſt dotée *de ſuo*, avec la clauſe qu'une certaine ſomme lui ſeroit propre à elle & aux ſiens, de ſon côté & ligne; qu'en ce cas ils jugent que la ſomme, ainſi ſtipulée propre, après le décès en minorité de ſon fils unique, doit appartenir à ſon parent collatéral le plus prochain;

quoiqu'il fût de la ligne du pere qui étoit prédécédé : c'eſt ce qui a été jugé au préſidial ſur les concluſions de M. de Fontanieu, lors avocat du roi, par ſentence du 13 juillet 1715 ; plaidant le Poupet & Sandrier, ſur le fondement que l'ordre de ſuccéder étant de droit public, cette femme, ſe dotant elle-même, n'avoit pu y déroger ; on convenoit qu'il en auroit été autrement ſi elle avoit été dotée par ſes pere & mere, & qu'en ce cas le collatéral maternel excluroit le collatéral paternel, quoique le plus prochain ; il me paroît que cette ſentence eſt abſolument contraire aux principes de cette matiere ; on y a mal appliqué la régle générale, que l'ordre de ſuccéder eſt de droit public, qu'ainſi on n'y peut déroger ; puiſqu'on y déroge efficacement par ces ſtipulations ; ainſi la fiction étant établie & pouſſée juſqu'aux collatéraux, elle devoit opérer en leur faveur, l'excluſion conſentie par le pere devant influer ſur tous ceux de ſa ligne, juſqu'à ce que la ſomme ait paſſé à un collatéral du côté & ligne du conjoint qui a établi la fiction, & c'eſt le parti que je ſuivrois en pareil cas, avec d'autant plus d'aſſurance, que les mots de côté & ligne ne peuvent, & même en ce cas, s'entendre que relativement à la femme qui s'eſt dotée *de ſuo*.

SECTION III.

Quand cette clauſe & cette fiction ne produit plus d'effet.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle ceſſe par le payement fait à la femme & par celui fait aux enfans.

XXIX. L'ordre de ſuccéder à ce propre fictif, expliqué dans les quatre ſubdiviſions de la ſection précédente, n'eſt plus ſuivi ſi la fiction a été effacée avant d'être parvenue juſqu'à ſa fin ; une action étoit ſa matiere, elle ceſſe avec l'action : voilà le principe général.

Voyez les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci ; & les autorités qui y ſont rapportées qui la fondent.

XXX. Le payement fait à la femme l'éteint, parce que la fiction n'eſt attachée qu'à une action, & ne peut ſubſiſter ſans elle ; de-là il s'enſuit que dans ce cas, comme dans celui des clauſes ou fiction de propres, qu'on a ci-devant examinés & qui ont moins d'étendue que celle-ci, que ſi la femme a obtenue ſa ſéparation de biens, qu'en conſéquence elle ait été payée de ce propre, & qu'elle laiſſe des enfans dont l'un décéde, ſon pere ſuccéde à la portion qu'il a recueilli dans le propre fictif, & ce à l'excluſion des autres enfans ; l'action, baſe de la fiction, ne ſubſiſtant plus ; ce qui fait tout rentrer dans le droit commun, la fiction ne pouvant ſubſiſter ſans l'action qui eſt ſa matiere.

Dupleſſis, des droits incorporels, page 150, le Maître, à la page 116 : on a déja établi que le payement produiſoit cet effet par rapport aux fictions qu'on a examinées dans les chapitres précédens ; il le produit pareillement par rapport à cette fiction qui fait la matiere du préſent chapitre ; voyez les arrêtés, faits chez le premier préſident de Lamoignon, ch. des propres, art. 69 ; & le journal des audiences, tome 5, livre 8, ch. 12 ; il en eſt de même du tranſport que la femme feroit de l'action pour la répétition de ſon propre fictif, puiſque la ſection ne peut ſubſiſter ſans l'action ; voyez ſur ce, Renuſſon, des propres, chapitre 6, ſection 5 : c'eſt application du même principe.

XXXI. Cela auroit lieu, encore que cet enfant héritier de la femme ſéparée, ou remplie de ſon propre par une condamnation obtenue contre la ſucceſſion de ſon mari, fût mort mineur, parce que ce mineur en ce cas, n'auroit reçu la ſomme que comme un ſimple mobilier, qui par le payement a ceſſé d'être ſuſceptible de la fiction ; ce payement s'étant fait à ſa mere & non à lui.

C'eſt l'avis de Dupleſſis, à la même page 150 ; & je n'y vois pas de difficulté puiſque l'action eſt éteinte.

XXXII. Non-ſeulement le payement fait à la femme, & même mineure, mais même le payement fait aux enfans, éteignant l'action, efface totalement la fiction, comme le payement fait à la femme, ſauf par rapport aux enfans la reſtriction qui ſuit : tel eſt par rapport au payement à eux fait le principe général ; leur minorité y fait exception.

Dupleſſis, page 150 ; le Maître, page 116 ; & les propoſitions ſuivantes qui limitent celle-ci par rapport aux enfans mineurs ; voyez auſſi les autorités rapportées ſur la ſeconde propoſition de la préſente diſtinction.

XXXIII. Cependant la fiction ſubſiſte par rapport aux portions du propre payées à des mineurs, ce qui ne ſeroit pas ſi le payement en eût été fait à leur mere ; mais en ce cas, la fiction ſubſiſte ſeulement tant que la minorité dure, parce que pendant la minorité les biens du mineur ne peuvent changer de nature, comme on l'a déja vu ; c'eſt une ſage prévoyance de la coutume ; de-là il s'enſuit que ſi l'un des enfans mineurs qui a reçu ſa portion dans le propre fictif, décéde mineur, ſon pere eſt exclu de ſuccéder, non-ſeulement à la portion virile que ce mineur a recueilli de ſon chef dans le propre, mais encore à celles auxquelles il a ſuccédé comme héritier de ſes freres & ſœurs prédécédés mineurs ; ce qu'on a déja vu ſur les fictions précédentes, mais ce qui eſt particulier à celle qu'on examine ici, & qui a plus d'étendue que les autres, c'eſt que dans le cas de cette clauſe ſeulement, cela auroit lieu, encore que cet enfant fût reſté ſeul & le dernier des enfans : la clauſe ici s'étend juſqu'aux collatéraux.

Dupleſſis, page 150, à la fin ; & l'on le juge ainſi au châtelet, & c'eſt le juſte effet de cette clauſe.

XXXIV. Dans ce cas, ces portions paſſent à l'excluſion du pere, d'abord aux freres & ſœurs de cet enfant; à leur défaut, à leurs ayeux maternels, & aux défauts d'aſcendans maternels, à leur plus prochain collatéral du côté maternel; la fiction ſe portant juſques-là, & le payement fait au mineur ne l'effaçant pas; la minorité faiſant ſubſiſter la fiction ſur les deniers payés ou ſur la ſucceſſion mobiliaire du mineur dans laquelle ils ſont confondus, comme elle ſubſiſtoit ſur l'action même.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & réſulte de tout ce que deſſus, parce qu'il ſuffit que l'action ait eu la qualité de propre dans la perſonne du mineur décédé mineur; ce qui ne ſeroit pas ſi la mere eût reçu le payement; voyez l'art. 94 de la coutume.

DISTINCTION III.

Qu'elle ceſſe par la confuſion.

XXXV. Quoique le propre ſoit ſtipulé à la femme, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne, la fiction ceſſe par la confuſion qui ſe fait lorſque les enfans ſont héritiers de leurs pere & mere; on l'a déja vu ſur les autres clauſes, la confuſion opere le même effet dans celle-ci; c'eſt extinction de l'action, c'eſt payement légal qui opere, comme l'exprès & le volontaire.

Note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité des droits incorporels, page 151, voyez les arrêts qui y ſont cités; Ricard, ſur l'art. 93; le Maître, page 116; & cela eſt fondé ſur ce que la confuſion eſt un payement légal; *confuſione tollitur obligatio*; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſection 5, qui traite au long cette queſtion, depuis le num. 20, juſqu'au num. 30, & la réſout contre l'opinion commune, confondant la majorité avec la minorité, qui ſeule, aux termes de l'article 94 de la coutume, peut empêcher l'effet de la confuſion, limitation qu'on va expliquer; quant à l'effet de la confuſion, quand elle ſe fait dans la perſonne d'un enfant majeur; il eſt conforme aux mercuriales de 1691; aux arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 61; voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, ſect. 2; le journal des audiences, tom. 5, liv. 2, ch. 1, ſect. 2; & c'eſt droit commun, dont l'auteur qu'on vient de citer s'écarte.

XXXVI. Cependant par la raiſon que les biens ne peuvent changer de nature pendant la minorité, la confuſion qui ſe fait dans la perſonne d'un enfant mineur, n'eſt quant à ce d'aucun effet, ne pouvant en produire plus que le payement exprès; mais ſi le propre étoit ſtipulé de la part du ſurvivant, par exemple, du pere ſurvivant, la fiction ſubſiſteroit-elle? Il faut diſtinguer, s'il y a renonciation à la communauté, elle ne peut ſubſiſter, le pere s'eſt payé lui-même; mais s'il y a acceptation, en ce cas, s'il n'y a point de partage, ou qu'il y ait minorité, & que le pere ſoit décédé, la fiction ſubſiſte pour moitié dans la perſonne des enfans héritiers de leur pere, qui, loin d'avoir conſommé ſon action, réſultante de la ſtipulation de ſon propre fictif, a laiſſé ſubſiſter ce même propre; la minorité, tant qu'elle dure, le fait donc ſubſiſter.

Dupleſſis, pag. 153, & la note ajoutée à ſon commentaire, pag. 151; Ricard, ſur l'art. 93; le Maître, pag. 124. Par rapport à la derniere partie de la propoſition, m'étant trouvé ſur ce, en qualité d'arbitre, dans une opinion contraire avec M. Boulonnois, M. Viſinier nous a ainſi départagé; c'eſt à-dire, que la fiction s'eſt éteinte pour moitié dans la perſonne du pere qui avoit dans ſa main la maſſe de la communauté, vraie débitrice de ce propre; mais que le pere étant décédé ſans partage de communauté, & laiſſant des enfans mineurs, que la fiction avoit ſubſiſté dans leur perſonne, puiſqu'ils étoient décédés, ſaiſis de l'action encore ſubſiſtante. Cette réſolution concilie tous les principes de cette matiere, mais ne s'entend que dans le cas que l'enfant, héritier de ſon pere, décéde mineur.

XXXVII. Dans le cas de cette clauſe, la queſtion n'eſt pas philoſophique, comme dans le cas de la clauſe qu'on a examiné dans le chapitre précédent, où elle eſt preſque telle; car dans ce cas-ci, l'un des enfans héritier de ſes pere & mere, décédant mineur, il faut que la ſomme paſſe à ſes ayeux maternels à l'excluſion des ayeux paternels, & au défaut d'ayeux maternels au plus prochain collatéral du côté maternel, à l'excluſion de tout héritier paternel; tel eſt en ce cas l'effet de la clauſe, nonobſtant la confuſion dont la minorité efface l'effet, & ce nonobſtant le bénéfice d'inventaire qui a un autre objet.

Le bénéfice d'inventaire, dans la perſonne d'un enfant majeur; empêche-t-il la confuſion? Dupleſſis, pag. 153, dit Réſolution, que non, parce que le bénéfice d'inventaire n'a effet qu'au reſpect des créanciers; & telle eſt ſur ce l'opinion comme.

DISTINCTION IV.

Que cette fiction ne produit aucun effet, lorſque la ſomme a été recueillie par un collatéral, ou un aſcendant.

XXXVIII. Lorſque la ſomme ſtipulée propre de la part de la femme, à elle, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, a été une fois recueillie par un aſcendant maternel, ou par un collatéral maternel, la fiction ne ſubſiſte plus & ne produit plus aucun effet, elle eſt parvenue à ſon terme; elle ne peut donc plus après cela avoir aucun effet: ce qui eſt fondé ſur ce que la fiction s'eſt conſommée par la ſaiſine que la convention a opéré de cette ſomme en faveur de cet héritier, & que la lettre-même de la clauſe qui porte la fiction ne va pas au-delà; elle n'eſt donc plus après d'aucune conſidération, autrement ce ſeroit y ajouter.

Dupleſſis, pag. 153; ce que la propoſition ſuivante confirme encore, ainſi que de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 6, ſect. 6, num. 16, pag. 669.

XXXIX. Cela auroit lieu, encore que l'héritier maternel qui a recueilli ce propre fictif l'eût recueilli & fût mort mineur; ſa qualité peut proroger une qualité acquiſe, mais ne donne pas celle qui n'eſt pas, ainſi on ne peut en ce cas, faire application de l'article 94 de la coutume. J'ai vu cependant ſoutenir le contraire; mais cette opinion n'a aucune baſe dans la loi civile ou municipale; en effet, cet héritier mineur a ſuccédé à ce propre fictif comme à un pur mobilier, & ce mobilier ne peut avoir dans ſa perſonne d'autre qualité que celle d'un pur mobilier, qu'en entaſſant fiction ſur fiction, & en adoptant une ſeconde fiction en conſéquence d'une premiere qui eſt conſommée & qui ne ſubſiſte plus: cumulation de fiction qu'on ne peut admettre; c'eſt ce même principe qui fonde encore la propoſition précédente, & qui éteint la fiction lorſque la ſomme ſtipulée propre a paſſée du dernier décédé des enfans à leur plus prochain parens de la ligne, pour laquelle la fiction a été établie; encore que ce fût un ayeul maternel, duquel ayeul elle ne doit point encore parvenir à un collatéral de la même ligne, la fiction s'eſt conſommée dans la perſonne de l'héritier du dernier mort des enfans; autrement ce ſeroit ſans motif raiſonnable, ajouter un quatrieme degré à la fiction.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, & la régle qui réſulte de la propoſition y paſſe pour inconteſtable; elle eſt atteſtée par Brodeau & par le Maître, en leurs commentaires ſur l'article 94; voyez le Brun, de la communauté, page 333, num. 22: j'ai cependant entendu conteſter cette propoſition, mais je crois que c'étoit ſans raiſon.

CHAPITRE SIXIEME.

DE LA NATURE DE L'ACTION DE REMPLOI DU PROPRE DE L'UN DES CONJOINTS PAR MARIAGE, ALIÉNÉ PENDANT LA COMMUNAUTÉ, ET SI CETTE ACTION EST SUSCEPTIBLE DE LA QUALITÉ DE PROPRE FICTIF.

SECTION PREMIERE.

QUE LÉGALEMENT ELLE EST MOBILIAIRE.

I. L'ACTION de remploi d'un propre aliéné n'eſt pas propre par elle-même, au contraire elle n'eſt que pure mobiliaire, comme ne tendant qu'à recouvrer des deniers, fin de cette action qui la détermine mobiliaire; elle ſeroit cependant réputée immobiliaire, ſi l'aliénation avoit été faite pendant la minorité, & que le conjoint auquel cette action auroit appartenu ſeroit décédé mineur; c'eſt en ce cas exception à la régle générale qui vient de la qualité du propriétaire, & de la diſpoſition de la coutume pour ce cas, & non de la nature de l'action, qui ne tendant qu'à recouvrer des deniers, ne peut être par elle-même que mobiliaire, ſi la convention ne lui donne une qualité qu'elle n'a pas: tel eſt le principe général.

De Renuſſon, traité des propres, chapitre 6, ſection 5, num. 32, pag. 640; le Maître, tit 3, ch. 1, pag. 116; & en effet, telle action ne peut être propre, puiſque le remploi même conſommé & accepté n'en formeroit pas un; arrêt du 11 février 1613, rapporté par Bouchel, liv. 4, ch. 56; Lapeyrere, let. M, déciſion 27, pag. 241; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 6, pag. 413; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, ſauf l'exception portée par l'article 94 de la coutume.

II. De-là il s'enſuit que ſi le propre de la femme a été aliéné pendant la communauté, elle étant majeure, qu'elle laiſſe pluſieurs enfans ſaiſis de cette action, & que l'un d'eux meurt, le pere ſuccéde à la portion que cet enfant décédé a recueilli dans cette action de remploi de propre, cela ne formant qu'un pur mobilier; ſi par le contrat de mariage il n'y a convention contraire; mais ſi il y en a, il faut la ſuivre.

Arrêt du 9 avril 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 20.

III. Cela auroit lieu encore que le pere ne ſe fût pas libéré envers ſes enfans, & que l'enfant décédé fût décédé mineur; c'eſt action mobiliaire à laquelle le pere ſuccéde; la fiction de l'art. 94 ne paſſant pas d'une ſucceſſion à un autre; en effet, c'eſt la mere qui a d'abord été ſaiſie de cette action & non les enfans.

Sur cette qualité mobiliaire de l'action de remploi, voyez Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 139: l'auteur du traité des propres, qui a ſouvent des opinions ſingulieres, a penſé le contraire de la propoſition par rapport à la porion recueillie par un enfant qui décéde en minorité; voyez cet auteur, ch. 4, ſect. 6, num. 6, page

416, opinion qui eſt abſolument rejettée, & qui en effet n'a aucune baſe ; en effet, la minorité fait bien regarder les deniers provenans de l'aliénation du propre du mineur, comme le propre même dans la ſucceſſion du mineur ſeulement, mais ne donne pas cette qualité à des deniers provenans d'une action, qu'elle-même n'a jamais eu ; cela me paroît conſéquent aux vrais principes de cette matiere, & dire le contraire eſt ajouter à la coutume. Cependant, par l'arrêt du 12 août 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 19, il a été jugé dans une coutume qui permet aux conjoints de diſpoſer en faveur l'un de l'autre, que le legs univerſel des meubles, fait par la femme au profit de ſon mari, n'embraſſoit pas l'action de remploi de propre aliéné : ce qui n'a pu ainſi être jugé que ſur des circonſtances particulieres que l'arrêtiſte a négligé de rapporter, ou parce que cette coutume reduiſoit la faculté de diſpoſer ainſi des meubles, & qu'on a regardé l'aliénation de l'immeuble comme une fraude à la limite que cette loi apportoit à une telle diſpoſition : ce qui a apparemment trompé l'auteur du traité des propres, qui, au chapitre 6, ſect. 5, num. 33, de ce traité, eſtime que la ſeule minorité des enfans ſuffit pour faire réputer l'action de remploi immobiliaire & repréſentative du propre aliéné ; ce qui eſt vrai dans la perſonne du conjoint s'il eſt mort mineur, mais non dans celle de ſes enfans qui n'ont jamais été ſaiſis que d'une action mobiliaire ; la minorité faiſant ſubſiſter la qualité primitive du bien du mineur, mais ne pouvant lui donner une qualité qu'il n'a jamais eu, comme on l'a dit.

SECTION II.

Que par la convention, on peut donner à cette action la qualité de propre fictif.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand elle a cette qualité par la convention expreſſe en faveur des enfans, & même en faveur des autres héritiers.

IV. La convention que l'action de remploi ſera propre à la femme ſans pouſſer la clauſe au-delà n'opere rien, car elle n'auroit que la communauté pour objet dans laquelle le propre ne peut tomber ; en effet, le remploi du propre aliéné eſt dû de droit, & c'eſt une action dont la communauté eſt tenue & qui ne peut par conſéquent y tomber ; autrement l'aliénation du propre ſeroit une voie ouverte à l'avantage indirect ; cependant l'ancienne coutume ne donnoit pas cette action ; c'étoit négligence que la nouvelle coutume a fait ceſſer ; il eſt étrange qu'il ait fallu un long-tems pour découvrir une vérité ſi ſenſible.

Autrement ce ſeroit ouvrir la porte aux avantages indirects ; voyez le titre de la communauté où cela eſt établi, & cela eſt par ſoi-même inconteſtable, puiſque c'eſt la diſpoſition de la coutume réformée, auſſi réguliere que l'ancienne étoit ſur cela défectueuſe.

V. Mais s'il eſt dit que l'action de remploi ſera propre à la femme & aux ſiens, en ce cas la clauſe eſt efficace & produit une égale fiction, que la clauſe par laquelle on auroit ſtipulé qu'une certaine ſomme ſeroit propre à la future épouſe & aux ſiens ; c'eſt le juſte effet d'une telle clauſe, effet qui milite dans les ſucceſſions des enfans & reſpectivement entr'eux ; tel eſt ſon objet ; en effet, les conjoints par mariage pouvant imprimer une telle fiction ſur de ſimples deniers, le peuvent à plus forte raiſon ſur une telle action ; c'eſt même principe.

Dupleſſis, pag. 139, l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 6, num. 11, pag. 420. Voyez la propoſition qui ſuit ſur la ſucceſſion des enfans ; en un mot, c'eſt ſection, c'eſt convention licite, prudente & qu'il ne faut pas négliger ; c'eſt mur de ſéparation, ſagement élevé entre les biens des deux familles qui ſe ſont unies par un mariage.

VI. De-là il s'enſuit, que ſi dans le cas de cette clauſe un des propres de la femme a été aliéné, qu'elle laiſſe pluſieurs enfans & que l'un d'eux décéde, l'action étant encore ſubſiſtante, le pere ſurvivant ne ſuccéde pas à la portion de cet enfant décédé dans la portion de cette action de remploi, & ce, ſoit que cet enfant ſoit décédé majeur ou mineur ; elle ſubſiſteroit dans le cas de majorité, parce que l'action ſeroit ſubſiſtante ; à plus forte raiſon, ſubſiſteroit-elle dans le cas de la minorité, puiſqu'en ce cas même, & tant qu'elle dureroit, le payement ne pourroit l'effacer.

Cela ſe régle, dit Dupleſſis, comme la fiction de deniers ſtipulés propres, & cela ſe pratique ainſi au châtelet, & encore une fois, c'eſt la fin & l'objet de cette clauſe qui opére, comme celle qu'on a examinée par les chapitres précédens.

VII. Cela eſt fondé ſur ce que la fiction ſubſiſte avec l'action, & que quant à ce, la clauſe opére une eſpece de ſubſtitution des uns aux autres : c'eſt ſon véritable effet. C'eſt une condition du mariage qui doit avoir ſon exécution, de même que les ſtipulations des deniers propres. Mais ſi le pere avoit rempli ſes enfans de cette action, en ce cas, il ſuccéderoit à la portion de cet enfant décédé majeur, parce que la fiction n'ayant de baſe que l'action, elle s'eſt éteinte avec l'action même, ſauf la reſtriction ci-après dans le cas de minorité, qui proroge une telle fiction. C'eſt exception qui confirme la régle générale.

C'eſt ſur ce, ce qui s'obſerve au châtelet.

VIII. Cependant nonobſtant le payement, ſi l'enfant décédé étoit décédé mineur, le pere ſeroit exclu par ſes autres enfans ; la minorité prorogeant la fiction en

ce cas, comme elle la proroge dans le cas de deniers ſtipulés propres aux enfans, comme on l'a vu ci-deſſus. Dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt même principe.

Ce qui a été dit ci-deſſus au ſujet du propre fictif, s'applique à l'action de remploi, pour laquelle comme pour une ſomme de denier ſtipulés propre, milite l'article 94 de la coutume.

IX. Mais encore que l'action fût ſuffiſante, ſi tous les enfans ſont morts, le pere ſuccéde à toute cette action, comme un pur mobilier, & comme héritier du dernier mort de ſes enfans, encore qu'il fût mort mineur, parce que par la clauſe la fiction ne va pas au-delà des enfans & s'éteint avec eux; il en ſeroit autrement ſi la clauſe avoit plus d'étendue. En effet, on peut par rapport à cette action de remploi d'un propre aliéné, porter la fiction juſqu'au point où on la porte par rapport à une ſomme de deniers ſtipulée propre à la future épouſe, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, & par conſéquent la ſtipuler telle, auquel cas elle a plus d'effet que celui qu'on vient de voir; en effet, lorſque l'action de remploi eſt ſtipulée propre à la future épouſe, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, l'action étant ſubſiſtante lorſque le dernier enfant meurt, le pere ſurvivant ne peut, quant à ce, lui ſuccéder, & cette action paſſe à ſon excluſion au plus proche parent maternel, & ce indiſtinctement de la majorité ou de la minorité du dernier enfant décédé, & cela tant que l'action eſt ſubſiſtante, & que le payement fait en majorité ne l'a pas effacé; c'eſt une excluſion que le pere a conſenti, & qui étant licite, doit avoir ſon exécution comme elle l'a dans les fictions de propres, par rapport à de ſimples deniers.

Sur les différens degrés de ſucceſſion à cette action, il faut appliquer ce qui a été dit ci-deſſus, ſur la clauſe de propre à la future épouſe, à elle & aux ſiens de ſon côté & ligne, tout y eſt commun; voyez de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 6, num. 12: ainſi lorſque par la fiction de propre de l'action de remploi, le conjoint qui l'a ſtipulé y a conſervé non-ſeulement le droit des ſiens, c'eſt-à dire, ceux de ſes enfans, mais encore le droit de ceux de ſon côté & ligne; entre ces derniers l'ordre de ſuccéder n'eſt pas changé & l'on y doit ſuivre les arrêts de Dumoulin & de Parent, ci-deſſus cités, enſorte que, quoique le propre aliéné fut d'une certaine ligne, l'action de remploi appartient au plus prochain de la ligne maternelle, ſi la femme eſt décédée majeure, parce qu'en ce cas ce n'eſt qu'une fiction conventionnelle qui n'opére que contre le mari & ceux de ſa ligne, & non entre les parens maternels; il en ſeroit autrement ſi la femme étoit décédée mineure, parce que en ce cas ſe feroit fiction légale qui opére parfaite ſubrogation.

X. Par le payement fait à l'enfant majeur du remploi, ou plutôt du montant d'icelui, la fiction eſt effacée comme par le payement de la ſomme ſtipulée propre, la fiction ne pouvant ſubſiſter ſans l'action. Delà il s'enſuit que, nonobſtant cette étendue de la fiction attachée à l'action de remploi, le pere ſurvivant, lorſqu'il a ſatisfait ſes enfans de cette action de remploi, ſuccéde à la portion que le décédé de ſes enfans a recueilli dans l'exécution de cette action, & ce à l'excluſion des autres enfans; le payement ayant effacé l'action qui eſt la baſe de la fiction, ſauf & ainſi que ſur la fiction de propre attachée à une ſomme de deniers, l'exception qui ſuit.

Cela eſt établi par ce qui a été dit ci-deſſus, ſur la clauſe de propre fictif: les mêmes principes, les mêmes réſolutions s'appliquent ici.

XI. Mais l'enfant décédant mineur, fut-il même le dernier des enfans, & la fiction attachée à l'action, s'étendant de la femme aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, le pere eſt exclu de ſuccéder à cette action, non-ſeulement à cette portion virile de cet enfant, mais même à celles qu'il auroit recueilli comme héritier des autres, & ce nonobſtant le payement; la minorité prorogeant l'effet de la fiction, & effaçant celui du payement, laiſſe aux héritiers de celui des conjoints qui a établi la fiction, le droit qu'on a expliqué par l'avant-derniere propoſition.

Cela réſulte des précédens chapitres; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur l'art. 94 de la coutume.

DISTINCTION II.

Quand l'action de remploi a la qualité de propre fictif, tant en faveur des enfans que des parens de la ligne du conjoint dont le propre a été aliéné, & ce par conſéquence & convention tacite & ſans convention expreſſe.

XII. L'action de remploi du propre aliéné, eſt quelquefois fictivement propre par la ſimple convention tacite; principe général qu'on va expliquer, & fondé ſur ce que dans un contrat de mariage tout doit opérer; en effet, ſi par le contrat de mariage on a ſtipulé que les immeubles de l'un des conjoints ou portion d'iceux lui ſera propre, à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne; en ce cas, ſi l'un de ces immeubles eſt aliéné, l'action de remploi d'icelui eſt tacitement propre à lui, aux ſiens & à ceux de ſon côté & ligne, encore que par le contrat de mariage on n'eût pas littéralement ſtipulé que l'action de remploi ſeroit ainſi propre, & ſans cela les termes de la clauſe qui doivent avoir effet, n'en n'auroient aucun. Il faut donc leur donner celui-là.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 123, num. 48; ce que la propoſition ſuivante développe.

XIII. En ce cas, elle n'eſt telle que par conſéquence & par une convention tacite qu'il faut ſuppoſer, & à laquelle il eſt juſte de donner efficacité ; & ce qui fonde cette juriſprudence, eſt qu'il faut que la convention produiſe effet, que le ſeul moyen d'exécuter la ſtipulation de propre imprimée ſur des immeubles, c'eſt de faire tomber cette ſtipulation ſur l'action de remploi d'iceux, en cas qu'ils ſe trouvent aliéné ; les immeubles étant relativement à la communauté, dropres par eux-mêmes & ſans ſtipulation ; & ſans cela la ſtipulation ſeroit ſans effet.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 139 & 140 : ce qui me paroît très-juſte, & vraie ſuite de la convention.

Après avoir traité des biens & de leurs différentes qualités, il faut voir comment ils s'acquiérent ; c'eſt la matiere du Livre qui ſuit.

Fin du ſecond Livre.

LIVRE TROISIEME.

COMMENT LES BIENS S'ACQUIÉRENT.

TITRE PREMIER.

DE L'ÉCHANGE.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ORIGINE ET DE LA NATURE DE CE CONTRAT.

I. LES beſoins de la vie ont formé les premieres traces de ce contrat, & y ont conduit les hommes, puiſque par cette voie ſi naturelle, ils trouvoient les moyens de les remplir; c'eſt en effet la voie dont ils ſe ſont d'abord ſervis pour avoir en propre ce qui leur manquoit, en cédant d'autres choſes dont l'abondance leur faiſoit ſentir l'inutilité; ainſi, ce contrat a eu ſa racine dans la nature même, comme dans la raiſon.

Voyez la loi premiere, §. 1, ff. *contrah. emptio.*

II. L'embarras des eſtimations, & celui d'aſſortir les choſes offertes en échange, a enſuite conduit les hommes à l'invention de la monnoie, qui fait le prix des choſes que l'un veut vendre & l'autre acheter; invention que les réflexions ſur cet embarras ont produit.

Voyez la loi citée ſur la propoſition qui ſuit; ſur quoi on obſervera que les métaux qui compoſent la monnoie, ne ſont richeſſes que parce qu'on les a choiſi pour en être les ſignes.

III. Dans l'échange, les contractans ſont tout enſemble acheteurs & vendeurs; qualités qui naiſſent de la conſommation de ce contrat qui opere une double vente.

In permutatione diſcerni non poteſſe uter venditor ſit. Dicta lege 1, §. ff. *de contrah. empt.*

☞ Et les régles de l'échange ſont les mêmes que celle de la vente: voyez le premier tome des loix civiles, liv. 1, tit. 3.

CHAPITRE SECOND.

DES ENGAGEMENS QUI RÉSULTENT DE CE CONTRAT.

I. DES propoſitions du chapitre précédent il réſulte que les contractans ſe doivent une garantie réciproque; leur qualité de vendeur la fonde, cette qualité entraînant la garantie, & la raiſon & l'équité la confirment.

Si eo res quam acceperim vel dederim poſtea evincatur, in factum dandam actionem reſpondetur, liv. 1, ff. *de rerum permut.* Ce qu'on développe par le chap. ſuivant.

II. Mais dans cette garantie, ne ſont compriſes les voies de fait, que celui des copermutans qui en ſouffre doit faire ceſſer; la loi lui donne pour ce les actions néceſſaires; un tel trouble ne peut donc donner lieu à la garantie qui réſulte de l'échange.

Voyez l'ordonnance de 1667, titre de la complainte.

III. Les faits du prince n'y ſont pareillement pas compris, à moins qu'il n'y ait quant à ce ſoumiſſion expreſſe à la garantie; nul n'étant tenu de cette garantie, s'il ne s'eſt expreſſément ſoumis à icelle; c'eſt droit commun & qui influe ſur tous les contrats.

Loi 11, ff. *de evict.* Voyez ci-deſſus le titre des rentes ſur les aides & gabelles.

IV. De l'échange naiſſent deux voies pour l'exercice de la garantie; l'indemnité & la réſolution: examinons d'abord l'indemnité; celui des copermutans qui eſt troublé dans l'immeuble qu'il a pris en échange

ge à l'action d'indemnité contre ſon copermutant. Par exemple, s'il eſt troublé pour une rente qui eſt à prendre ſur l'héritage qu'on lui a donné en échange & qu'on lui a tu, il a l'action pour demander contre ſon copermutant l'indemnité de cette rente, & par conſéquent, que ce dernier ſoit tenu de l'en acquitter & indemniſer; tel eſt l'effet de cette indemnité.

Loi 1, ff. *de rerum permut.* Tel eſt l'uſage, ſauf l'option de la réſiliation, dont il ſera parlé ci-après.

V. Pour l'exercice de cette indemnité, il y a hypothéque privilégiée à toute autre, ſur l'héritage par lui donné en échange, parce que c'eſt ſa choſe, & qu'il ne s'en eſt dépouillé que ſous la condition de la parfaite jouiſſance de l'autre héritage; il a donc ſur ce le privilége du vendeur, & il eſt tel en effet, comme on l'a vu: outre cette premiere voie, il y a lieu à la réſolution de l'échange; en effet, celui des copermutans qui eſt troublé, a la voie, faute par l'autre de faire ceſſer le trouble, de demander la réſolution de l'échange: c'eſt ſuite de ce contrat.

Quoniam permutatio vicina eſt emptioni, l. 2, ff. *de rerum permut.*

VI. Lorſqu'il l'a obtenu, il rentre dans la propriété du bien qu'il avoit donné en échange, comme ſi l'échange n'avoit pas été fait; c'eſt condition tacite de l'acte: de-là il s'enſuit, que cet héritage rentre dans ſa main affranchi de toutes hypothéques venant du chef de ſon copermutant; la réſiliation anéantiſſant l'échange comme s'il n'eût jamais été fait; anéantiſſement qui emporte avec lui-même cet affranchiſſement.

C'eſt une ſuite de la juriſprudence; voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 9, num. 9, 10 & ſuivans, pag. 173; & le même auteur, en ſon traité de la garantie des rentes; & la propoſition qui ſuit.

VII. En effet, une telle réſolution ſe fait par une cauſe ancienne & inhérente au contrat d'échange; toute hypothéque doit donc être effacée par la réſolution de l'échange, qui fait rentrer le copermutant troublé, dans ſon droit primitif; nul créancier ne pouvant avoir plus de droit que ſon débiteur.

Voyez la loi 23, §. 1, ff. *edil. edicto.*

☞ De même, s'il y a léſion d'outre moitié dans la valeur des immeubles échangés, celui qui a été léſé peut ſe faire reſtituer contre le contrat d'échange, & la reſtitution produit même plus d'effet dans ce cas, que ſi elle étoit occaſionnée par une vente, en ce que celui qui eſt léſé dans l'échange, peut obliger l'autre de lui rendre l'héritage échangé, au lieu que dans la vente on ne peut être tenu que de ſuppléer, & de payer juſqu'à concurrence de la véritable valeur: voy. la loi 2, cod. *de reſcind. vendit.* & Deſpeiſſe tom. 2, page 240, nombre 7.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA SUBROGATION QUE L'ÉCHANGE OPERE.

I. L'ÉCHANGE opére ſubrogation, mais non à tous égards; cette ſubrogation a lieu relativement aux qualités extrinſéques, & relatives au propriétaire; ces qualités intéreſſent des tiers dont il eſt juſte de conſerver les droits; ce qui n'influe pas ſur les qualités intrinſéques, parce qu'une telle influence pourroit au contraire nuire à des tiers: de-là il s'enſuit, que ſi l'héritage donné en échange, étoit propre à l'un des copermutans, l'héritage pris en échange lui eſt ſubrogé, & eſt propre dans ſa perſonne, tel qu'étoit l'autre: voilà pour la ſucceſſion.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 125, num. 63 & 64, & tel eſt l'uſage du châtelet.

II. De-là il s'enſuit, que l'héritage pris en échange d'un propre, étant ſubrogé au propre, eſt propre, tant par rapport aux teſtamens, que par rapport au retrait; cette ſubrogation conſidérée en général, eſt un principe adopté par la coutume.

Voyez ci-deſſus le titre des propres réels, & l'arrêt du 8 février 1624, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 17.

III. Cela eſt fondé ſur ce que cette qualité de propre eſt une qualité extrinſéque & relative au propriétaire, & que l'héritage pris en échange eſt repréſentatif de l'autre.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence.

IV. Mais ſi l'héritage pris en échange étoit fief, & que l'héritage donné en échange fût roture, ce dernier conſerveroit toujours ſa qualité de terre en roture, & il ne ſe feroit pas, quant à ce, de ſubrogation; autrement les copermutans donneroient aux objets de l'échange des qualités qui nuiroient à des tiers.

Voyez ci-devant le titre des fiefs & celui des cenſives, où il eſt établi que la qualité de fief eſt relative au ſeigneur; ce qui forme la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

V. En effet, ces qualités de fief & de roture, ſont des qualités intrinſéques & non relatives aux propriétaires, & qui ne peuvent par conſéquent influer de l'un des héritages ſur l'autre, outre que le droit du ſeigneur ne peut être changé ſans ſon fait: ce qui prouve la propoſition précédente.

Cela eſt conforme au ſentiment unanime de tous les commentateurs: ſur les droits dont l'échange fait ouverture en faveur des ſeigneurs, voyez les titres indiqués ſur les propoſitions précédentes.

TITRE SECOND.

DE L'ACHAT DES MEUBLES.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA TRANSMISSION DE PROPRIÉTÉ QUE CET ACHAT PRODUIT, ET S'IL EN FAUT TITRE.

I. LES embarras de l'échange, après l'invention de la monnoie, ont conduit à l'achat; l'effet de l'achat du meuble eſt d'en faire paſſer la propriété dans la perſonne de l'acheteur; c'eſt ſon effet naturel, on va voir comment il s'effectue.

Loi 5, §. 2, ff. *de preſcript. verbis.*

II. Pour la preuve de cet achat, il n'eſt pas néceſſaire de rapporter un titre, il ſuffit de poſſéder le meuble, parce qu'en matiere de meuble, la poſſeſſion vaut titre; il ſuffit donc de la poſſeſſion pour la preuve de la tranſlation de la propriété; l'ordre public l'a exigé ainſi indépendamment du laps de tems.

Dupleſſis, en ſon traité des exécutions, liv. 2, pag. 618, dit que dès qu'un vendeur a mis ſa choſe mobiliaire hors ſa main, l'acheteur d'icelle ne peut plus être inquiété; ce qui confirme la pro-

position, & ce qui souffre cependant la restriction qui suit, & non celle que cet auteur y apporte; car il suppose une certaine prescription pour les meubles, qui, selon lui, est nécessaire pour en acquérir la propriété: ce qui est contraire à la tranquillité & au bien du commerce.

III. Cependant le meuble volé peut être revendiqué, & même des mains de l'acheteur de bonne foi, parce que le furte est un vice qui le suit par-tout; c'est une juste exception à la régle ci-dessus, le droit du spolié devant être conservé; mais pour cela, il faut que le furte soit constaté par une plainte & une information, & sans cela la possession décideroit de la propriété du meuble; le furte en ce cas, base de l'exception, se trouvant sans preuve.

Telle est la base de la jurisprudence du châtelet, sur laquelle la proposition a été formée, & c'est droit commun.

IV. L'exception en reçoit une elle-même; en effet, nonobstant cette preuve du vol, le droit de revendiquer des mains d'un légitime acheteur le meuble volé, n'auroit plus lieu s'il avoit été acheté d'un marchand ayant qualité pour le vendre: la sûreté publique le veut ainsi; c'est exception à l'exception même, que l'ordre public fonde, & que l'usage confirme.

Cette limitation est inviolablement suivie au châtelet; le bien public la fondant.

V. Mais en ce dernier cas, le propriétaire dépouillé par le vol, auroit action pour répéter la valeur du meuble volé contre le voleur, & encore contre le marchand, qui en ce cas l'a induement acheté; ce qui ménage les droits du premier & ceux de l'acheteur.

La qualité publique de ce dernier, fonde l'action qui est donnée contre lui, comme elle met l'acheteur à couvert de toute recherche.

VI. De ce que dessus, il résulte que la vente de la chose d'autrui est valable, sous la limitation expliquée dans le présent chapitre.

Loi 28, ff. *de contrahend. empt.* Mais nonobstant la validité de la vente, cette loi ajoute, *sed res emptori aufferri potest*; ce que nous ne suivons que dans le cas du furte prouvé, comme il est dit ci-dessus: jurisprudence plus exacte, plus salutaire que cette disposition

☞ Il y a deux cas auxquels le maître de la chose volée en doit rendre le prix à l'acheteur; le premier, lorsque l'acheteur ayant reconnu que la chose étoit volée, & que le voleur l'offroit à vil prix, fait une protestation qu'il ne l'a rachetée que pour le maître, qui sans cela l'auroit perdue. Le second cas, lorique la chose dérobée a été achetée en foire ou marché public. Voyez Duplessis, tom. 3, des causes criminelles, part. 1, tit. sect. 2, art. 6, où il rapporte plusieurs arrêts.

CHAPITRE SECOND.

DE CE QUI EST NÉCESSAIRE POUR RENDRE LA VENTE PARFAITE.

I. IL faut le concours de trois choses pour former une vente, même de meubles, & la rendre parfaite; c'est ce concours qui fait sa base: 1°. le consentement réciproque des deux parties: 2°. la certitude de la chose qui fait l'objet de la vente; enfin, le prix unanimement convenu, forment une vente parfaite dans la thése générale; tel est le concours duquel dépend sa perfection, tant pour les meubles que les immeubles.

Emptio & venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nundùm pretium numeratum sit. Inst. *de empt. & vend.* ce qui reçoit l'exception qui suit.

II. Mais dans les ventes des choses qui se livrent au poids, au nombre ou à la mesure, il faut encore pour que la vente soit parfaite, que la chose ait été pesée, nombrée ou mesurée, cela en fait la consommation; c'est la condition tacite d'une telle vente, & qui résulte de la nature de l'objet d'icelle; & jusques à l'accomplissement de cette condition, la vente est imparfaite.

Loi 35, §. 5, *de contrah. empt.* & tel est sur ce l'usage.

II. De-là il s'ensuit, que jusqu'à ce & relativement à ces sortes de choses, la vente n'est pas parfaite, & par conséquent si la chose périssoit avant, elle périroit pour le vendeur; perte qui est la suite de la proposition précédente.

La loi 35 qu'on vient de citer.

CHAPITRE TROISIEME.

DES ENGAGEMENS QUI RÉSULTENT DE LA VENTE PARFAITE.

SECTION PREMIERE.

DES ENGAGEMENS DU VENDEUR.

I. JUSQU'A la délivrance de la choſe vendue, le vendeur eſt obligé à la garde d'icelle ; c'eſt la ſuite d'une telle vente, en conſéquence de laquelle, la délivrance ne s'eſt pas faite ſur le champ ; ce qui ne s'entend que d'un tems convenable, ſauf au vendeur, pour parvenir à ſa décharge, à faire faire offre réelle à l'acheteur de la choſe vendue.

Loi 36, ff. *de act. empt. & vend.*

II. Il doit la conſerver avec autant de ſoin qu'un pere de famille ſoigneux & vigilant en prend pour conſerver ſa propre choſe ; mais il n'eſt pas tenu d'un autre ſoin, ni d'acune dépenſe néceſſaire pour ſa conſervation ; au contraire, ſi il l'a faite, le rembourſement lui eſt dû par l'acheteur, qui par la vente eſt devenu propriétaire de la choſe vendue.

Si pour la garde, le vendeur a été obligé de faire quelques dépenſes, l'acheteur eſt obligé de lui en faire raiſon. Loi 13, §. 22, ff. *ae act. empt. & vend.* cet engagement eſt une ſuite de ſa propriété.

III. La vente étant parfaite, le vendeur doit faire la délivrance de la choſe vendue, ſauf la reſtriction ci-après que le défaut de payement peut produire, & il doit faire cette délivrance, quoique le prix ne ſoit pas payé, ſi pour le payement d'icelui il a accordé terme & délai ; c'eſt condition à laquelle il s'eſt ſoumis, & à laquelle il ne peut ſe ſouſtraire après coup ; c'eſt-à-dire après la perfection de la vente.

Faute de cette délivrance, il eſt tenu des dommages & intérêts. *Si res vendita non tradatur in id, quod intereſt, agitur. Hoc eſt quod rem, habere intereſt emptoris* ; l. 1, ff. *de Act. empt.* ce qui eſt d'un uſage fréquent, & c'eſt droit commun ; ſur la premiere partie de la propoſition, voyez la loi 31, §. 2, du même tit.

IV. Mais ſi le vendeur n'a accordé aucun terme & qu'il ait vendu pour être payé comptant, en ce cas il peut retenir la choſe juſqu'au payement ; c'eſt lui qui doit conſommer la vente, & ſans lui il n'y en a pas ; en effet, en ce cas le payement du prix comptant, eſt la condition tacite de la vente, de l'accompliſſement de laquelle dépend ſa perfection, accompliſſement ſans lequel il faut la regarder comme non faite, & par conſéquent, en ce cas, le vendeur n'eſt plus obligé à la délivrance.

Venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quo ad emptor ſatisfaciat : l. 31, §. 8, ff. *de edilit edict.* diſpoſition dictée par l'équité, & que notre coutume a adopté par ſes art. 176 & 177, qui forment un droit commun dans le royaume.

V. Lors même que le vendeur a livré la choſe, eſpérant en être payé comptant, il peut la revendiquer des mains d'un tiers qui l'auroit acheté, pourvu que cela ſe faſſe dans un tems bref : ce qui eſt traité ci-après dans le chapitre des revendications, qui eſt le vrai ſiége de cette matiere ; c'eſt un droit juſte que cette revendication & qu'une telle vente qui eſt imparfaite (puiſque ſa condition n'a pas été accomplie) fonde.

Voyez les articles 176 & 177 de la coutume.

VI. La léſion ici, c'eſt-à-dire, en vente de meubles ou effets mobiliers n'eſt d'aucune conſidération ; en effet, la vente parfaite du meuble, lie irrévocablement le vendeur. & il n'eſt pas reſtituable contre icelle, même par une léſion d'outre moitié du juſte prix ; cette léſion n'étant d'aucune conſidération en vente de meubles ; en effet, on n'auroit pu l'y admettre ſans troubler le commerce & l'expoſer à des agitations continuelles.

La loi 2 & 8, au Cod. *de reſcind. vend.* eſt limitée aux immeubles : & tel eſt ſur ce l'uſage.

VII. Cette fin de non-recevoir, eſt fondée ſur la variation continuelle du prix des choſes mobiliaires, qui eſt tel que la fantaiſie la régle plus que la réalité ; & par conſéquent la léſion n'y peut être à conſidérer.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & c'eſt droit commun ; de la vente il réſulte un autre engagement contre le vendeur, qui eſt la garantie ; il en ſera traité, après avoir examiné les engagemens de l'acheteur.

SECTION II.

Des engagemens de l'acheteur.

VIII. L'acheteur doit payer le prix dans le tems convenu ; c'eſt ſon principal enga-

gement ; c'eſt ce payement qui perfectionne la vente.

Quod vendidi non aliter fit accipientis quàm ſi aut pretium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, l. 19 & 53, ff. *de contrahend. empt.*

IX. S'il y a pour ce retard de ſa part, il ne doit l'intérêt que du jour de la demande, parce qu'un meuble eſt un effet ſtérile qui ne produit rien par lui-même ; l'intérêt en ce cas ne peut donc courir que par la demande juridiquement conſtatée ; mais ſi l'intérêt du prix étoit ſtipulé, il doit le payer, parce que tel intérêt n'eſt pas uſuraire & fait partie du prix même ; ce qui reçoit une exception à l'égard du marchand public.

Loi 5, au cod. *de pactis inter emptorem & venditorem* : ce qui eſt ſuivi au châtelet, de particulier à particulier ; mais non lorſque la vente a été faite par un marchand, qui par là tireroit double profit

X. La léſion pour celui-ci, c'eſt-à-dire, pour l'acheteur, n'a pas plus d'effet que pour l'autre ; il n'a nulle répétition contre le vendeur, ſur le fondement qu'il a payé un prix exorbitant, & c'eſt à cauſe de cela, qu'on dit que dans les ventes & achats on peut impunément ſe tromper ; cela reçoit cependant exception.

Licet ſe invicem circonvenire : ce qui ne doit s'entendre que dans le ſens ci-après expoſé ; d'ailleurs l'acheteur n'ayant pas cette voie pour les immeubles, comment l'auroit-il pour les meubles.

XI. Suivons la régle précédente ; ce n'eſt pas que la loi approuve de telles injuſtices, mais elle les diſſimule dans la crainte d'un plus grand mal, qui ſeroit de troubler le commerce au maintien duquel la liberté eſt ſalutaire ; c'eſt par ce motif que dans ce cas, comme dans le précédent, c'eſt-à-dire, que tant à l'égard du vendeur que de l'acheteur, la léſion qui peut réſulter de telles ventes, fût-elle même d'outre moitié, ne fait aucune impreſſion.

Tel eſt l'uſage, ſous la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit, & c'eſt droit commun.

XII. Cependant il faut excepter les ventes de choſes dont le prix eſt réglé, parce qu'en ce cas, c'eſt la loi qui régle le prix & non la convention qui ſeroit illicite ſi elle y étoit contraire ; ainſi en ce cas, il y a action en répétition de l'excédent du prix fixé ; ce qui tombe ſur les métaux & ſur toutes les choſes taxées par la police.

Loi 1, §. 11, *de officio præfid.* ce qu'on peut appliquer aux eſtimations faites par les huiſſiers-priſeurs dans les inventaires, c'eſt encore droit commun.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES CHANGEMENS QUI ARRIVENT A LA CHOSE.

I. JUSQU'A ce que la vente ſoit parfaite les changemens qui arrivent à la choſe dont la vente eſt projettée, regardent le vendeur ; c'eſt chez lui que réſide la propriété, & par conſéquent l'effet de ce changement ne peut tomber que ſur lui.

Inſt. de emptio & vend. & la propoſition qui ſuit.

II. En effet, juſqu'à ce, la choſe lui appartient, & la choſe diminue ou augmente pour le maître ; c'eſt donc ſur lui que les changemens doivent tomber ; de-là il s'enſuit, que dans les choſes qui ſe vendent au nombre, au poids & à la meſure, les changemens & les pertes qui peuvent arriver avant qu'on ait compté, peſé ou meſuré, regardent le vendeur, puiſque juſques à ce, la vente eſt imparfaite.

Loi. 1, §. 1, ff. *de Peric. & commodo rei vend.*

III. Mais dès que la vente eſt parfaite, quoique la choſe n'eût pas eté livrée, les changemens, la perte même d'icelle, regardent l'acheteur.

Poſt perfectam venditionem, omne commodum & incommodum, quod rei venditæ contingit, ad emptorem pertinet, l. 1, cod. *de peric. & commod. rei venditæ* : c'eſt chez lui que réſide la propriété.

IV. En effet, c'eſt ſa choſe, & par conſéquent ſi elle diminue, elle périt & diminue pour lui ; mais c'eſt au vendeur à la garder, comme il a été expliqué ci-deſſus.

Res perit domino. C'eſt raiſon écrite, c'eſt droit commun.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES GARANTIES QUI RÉSULTENT DE LA VENTE.

SECTION PREMIERE.

QUAND IL N'Y A PAS LIEU A LA GARANTIE.

I. EN vente de meubles judiciaire, il n'y a aucune garantie; en effet, en ce cas, contre qui la feroit-on valoir ? c'eſt la juſtice qui vend & elle vend la choſe telle qu'elle eſt.

Illud ſciendum eſt, edictum hoc non pertinere ad venditiones fiſcales, l. 1, §. 3, ff. de *edilit edict.* ce qui eſt adopté.

II. Cela eſt fondé, ſur ce que dans ces ventes il n'y a pas de vrai vendeur, l'autorité de la juſtice entient lieu, il ne peut donc en réſulter une garantie.

Cela a été ainſi jugé en la chambre civile, au ſujet d'une bague, ſous la pierre de laquelle ſe trouvoit un onglet; en effet, la juſtice n'adjuge la choſe que telle qu'elle eſt; ce qui écarte toute garantie.

SECTION II.

Quand il y a lieu à la garantie, & même à la réſolution de la vente.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand elles ont lieu contre un vendeur non marchand, & quelles défectuoſités y donnent ouverture.

III. Quoique le vendeur de la choſe mobiliaire, ſoit particulier & non marchand, il y a lieu à la garantie & même à la réſolution de la vente, s'il a vendu une choſe pour une autre; il n'y a pas dans une telle vente de vrai conſentement, le dol y a donné lieu, ce qui la détruit; l'équité, la raiſon, la nature même du contrat, ont conduit à cet anéantiſſement.

Si æs pro auro veneat non valet venditio, loi. 14, ff. *de contra h. empt.*

IV. Par exemple, s'il a vendu une choſe vieille pour une neuve, ou un faux métal pour un vrai, il y a lieu à garantie contre le vendeur & à la réſolution de la vente; c'eſt dol dans l'un & l'autre cas, qui fonde juridiquement la réſolution.

Loi 45, ff. *de contrah. empt.* Elle eſt adoptée

V. En effet, il y a dans ces cas dol perſonnel de la part du vendeur, qui anéantit le contrat; tout dol perſonnel produiſant cet effet, puiſqu'il anéantit le conſentement qui en eſt la baſe: principe général, qui ſera expliqué ci-après, en traitant des reſtitutions en entier, qu'il ſuffit de poſer dans le cas qu'on examine, puiſqu'il y a lieu, comme dans les autres.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 2, num. 8 & 9, pag. 4; c'eſt droit commun.

VI. Il y auroit pareillement lieu à la garantie, & même à la réſolution de la vente, quoique faite par un particulier & non par un marchand, ſi la choſe par lui vendue avoit un défaut qui la rendît inutile à l'uſage pour lequel elle eſt deſtinée dans le commerce; tel défaut effaçant le conſentement ſur une telle vente, la détruit totalement.

Loi 13, ff. *de act. empt. & vend.* Elle eſt adoptée.

VII. Mais à l'égard des autres défectuoſités de la choſe vendue, elles ne ſont d'aucune conſidération & ne donnent ouverture à aucune garantie contre un vendeur non marchand public; l'intérêt général des conci. toyens le veut ainſi: l'exécution des conventions l'exige, d'autant plus que celui qui a acheté a vu ces défectuoſités, ou a dû les voir.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 2, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VIII. Cela eſt fondé ſur ce qu'il ſeroit impoſſible de réprimer ces ſortes d'injuſtices de la part des vendeurs ſans troubler le commerce; pourquoi on fait taire l'intérêt particulier en faveur de l'intérêt public qui eſt la loi ſuprême, & qui doit l'emporter ſur l'autre.

On le juge ainſi, & c'eſt droit commun. Il n'en eſt pas de même lorſque la vente eſt faite par un marchand: ce qui fait la matiere de la diſtinction qui ſuit, où l'on verra qu'en ce cas, cette qualité fonde la garantie qu'on va expliquer.

DISTINCTION II.

De la garantie & de la réſolution qui ont lieu contre un marchand public.

IX. Comme les engagemens du marchand public au ſujet de la garantie, ſont plus étroits que ceux d'un vendeur particulier, il s'enſuit que ce qui donne lieu à la réſolution contre un vendeur particulier, & qu'on a expliqué dans la diſtinction précédente,

donne lieu à plus forte raiſon, à la réſolution de la vente faite par un marchand; cela eſt inconteſtable, mais celui-ci eſt tenu d'une garantie plus étendue; en effet, outre ce, dans la théſe générale, la choſe vendue par un marchand public, doit être bonne, loyale & marchande, ſinon il y a lieu contre lui à la réſolution; c'eſt un engagement que produit ſa qualité, & c'eſt en cela que différe une telle vente de celle faite par un particulier: une exacte police a conduit à cette différence.

Loyſeau, de la garantie des rentes, chap. 2, num. 15, pag. 5: & tel eſt l'uſage du châtelet.

X. A l'égard des défectuoſités qui n'empêchent pas que la choſe ne ſoit bonne, loyale & marchande, quoique ces mêmes défectuoſités en diminuent le prix, le marchand n'en eſt pas tenu; une garantie plus étendue ſeroit contraire à l'ordre public; c'eſt à l'acheteur à examiner ce qu'il achete, & la préſomption juſte eſt qu'il l'a acheté tel qu'il eſt.

Loyſeau, au chapitre cité, num. 8, pag. 4: & tel eſt ſur ce l'uſage.

XI. De ce que le marchand public eſt obligé de garantir ſa marchandiſe bonne, loyale & marchande; il s'enſuit que ſi dans la vente d'une tenture de tapiſſerie faite par un marchand, il y en avoit une piece qui ne fût pas telle, le marchand eſt obligé de reprendre le tout; les diverſes parties d'une telle vente étant relatives, & par conſéquent inſéparables. La raiſon de ce, eſt que l'aſſortiſſement des choſes qui compoſent la vente, la rend indiviſible; indiviſibilité, qui en ce cas, détruit la vente pour le tout.

Voyez Domat, ſur ce titre; il prouve la propoſition.

XII. Il y a deux cas dans leſquels le marchand n'eſt pas obligé de garantir la choſe bonne, loyale & marchande; le premier, s'il a déclaré la défectuoſité qui empêchoit qu'elle fût telle, parce qu'en ce cas, la vente s'eſt faite de la choſe telle qu'elle étoit; premiere exception à la régle qu'on a poſé; la déclaration & la bonne foi du marchand la fondent, & ſa décharge naît également de la nature du contrat & du fait.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 2, num. 17, pag. 5.

XIII. Le ſecond cas, eſt ſi le défaut qui empêche que la choſe ne ſoit bonne, loyale & marchande, a pu être connu par l'acheteur par ſon évidence; par exemple, ſi la vente eſt d'un cheval aveugle, l'acheteur ne peut ſe plaindre de ce défaut, parce qu'il n'a pu l'ignorer; connoiſſance qui fonde cette ſeconde exception, & autrement cet acheteur voudroit ſur la vente agiter une queſtion d'aveugle.

Telle eſt la juriſprudence de la chambre civile; la vente des beſtiaux a ſa garantie particuliere: on va l'expliquer.

SECTION III.

De la garantie particuliere dans la vente des chevaux & beſtiaux, & du tems dans lequel elle doit être exercée.

XIV. La vente des chevaux & beſtiaux a ſes régles particulieres, & dans cette vente le marchand n'eſt pas plus étroitement obligé que le vendeur particulier. Trois vices donnent lieu à la réſolution de la vente des chevaux & à la redhibition du prix; pour quoi ces vices ſont appellés redhibitoires, c'eſt-à-dire, anéantiſſant la vente: l'ordre publiic les a fait admettre pour la réſolution de la vente, & a fait rejetter les autres, ſauf les modifications ajoutées à la vente.

Le vendeur peut s'en décharger en l'exprimant par le marché: Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 2, num. 17, pag. 5.

XV. Ces trois vices ſont, la pouſſe, la morve & la courbature; en l'un ou l'autre de ces trois cas, la vente du cheval eſt nulle, parce qu'ils le rendent incapable de ſervice.

Cela eſt atteſté par tous ceux qui ont écrit ſur ce, & tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on ne diſtingue pas entre le marchand & le particulier.

☞ Brillon, dans ſon dictionnaire des arrêts, *verb.* vente, rapporte un arrêt du grand conſeil, du 7 novembre 1703, rendu dans une eſpece aſſez particuliere. Un maquignon vend un cheval à un mouſquetaire, moyennant 450 liv. en préſence d'un officier de la compagnie: quelques jours après cette vente, le cheval eſt monté par le mouſquetaire & eſt trouvé défectueux. Le mouſquetaire, obligé de remettre un autre cheval dans la compagnie, fait aſſigner le maquignon à l'effet de reprendre ſon cheval & de lui rendre ſon argent. Sentence en la prévôté de l'hôtel en faveur du mouſquetaire.

Il avoit fait dreſſer un rapport où il étoit dit que le cheval étoit foible du pied de devant, & que cela provenoit d'une fourbure. Le marchand de ſon côté avoit auſſi fait faire un rapport, ſuivant lequel le cheval n'avoit aucun défaut, dont la garantie étoit de droit. Appel de la ſentence au grand conſeil par le Marchand; comme les rapports étoient contraires, le grand conſeil ordonna un troiſieme rapport, portant que le cheval étoit froid du pied de devant; & ſur ce troiſieme rapport, la ſentence de la prévôté de l'hôtel a été confirmée. On obſerve ſur l'eſpece de cet arrêt, que le défaut du cheval n'étoit cependant pas de ceux qui doivent donner lieu à l'action redhibitoire; mais il paroît que le motif de la déciſion a été qu'un cheval deſtiné pour le ſervice de la maiſon du roi doit être parfait de toute maniere, & qu'il ne faut pas alors reſtraindre les cas redhibitoires à la pouſſe, à la morve & à la courbature.

XVI. L'action pour la réſolution de la vente doit être intentée dans les neuf jours, à compter du jour de la vente; paſſé ce tems, il y a fin de non-recevoir, fondée ſur une juſte préſomption que le vice a pu ſurvenir depuis la vente.

C'eſt la juriſprudence du châtelet.

XVII. Tout autre défaut du cheval, autre que les trois ci-deſſus, ne ſont d'aucune conſidération, & nonobſtant iceux la vente ſubſiſte. Dans la venſe des bœufs pour la proviſion de Paris, la mort de l'animal dans les huit jours donne lieu à la répétition du prix, & cette répétition du prix a lieu, toute abſtraction faite de la cauſe de la mort de l'animal; c'eſt encore l'avantage public qui a conduit là.

On le juge ainſi au châtelet.

☞ Le parlement de Paris, par un arrêt du 14 juin 1721, rendu ſur les concluſions de M. le procureur général, a ordonné que le tems de l'action en garantie des cas redhibitoires des vaches laitieres & arnouillantes, demeurera fixé à 40 jours & que les cas redhibitoires ſeront le mal caduc & la pomeliere.

XVIII. Pour conſtater la mort du bœuf, le boucher n'a beſoin que d'un ſimple procès-verbal; il fait de ce, preuve juridique.

Cela ſe juge ainſi en la chambre de police à laquelle la connoiſſance de cette matiere eſt attribuée, ſauf la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit.

XIX. Mais en recevant la reſtitution de ſon prix, le boucher doit rendre le cuir de l'animal; ſi la mort de l'animal ne doit pas lui être nuiſible, elle ne doit être pour lui une occaſion de gain; c'eſt ainſi que cette juriſprudence conſerve tout intérêt.

Telle eſt la juriſprudence de la chambre de police.

XX. Le vendeur d'un troupeau de moutons infecté d'un mal contagieux, eſt obligé de rendre le prix de la vente; c'eſt vice qui annulle la vente; c'eſt dol perſonnel qui détruit la convention.

Cela a été ainſi jugé au préſidial, aux cauſes d'appel, moi plaidant.

XXI. Cette reſtitution auroit lieu encore qu'il l'eût ignoré, & qu'il eût vendu de bonne foi; mais en ce cas, il ne doit aucun dommage & intérêt; mais s'il a ſçu le vice, non-ſeulement il doit rendre le prix, mais encore dédommager l'acheteur de la perte de ſon autre bétail que le mal contagieux auroit infecté; c'eſt dol marqué en ce cas, & qui juſtement porte ſon engagement plus loin, que dans le cas qu'il a ignoré le vice; c'eſt-à-dire, au dédommagement.

Voyez Domat, ſur ce titre, & cela a été ainſi jugé au préſidial, moi plaidant.

TITRE TROISIEME.

DE LA VENTE DES CHOSES INCORPORELLES.

SECTION PREMIERE.

COMMENT ON LES ACQUIERT, ET QUI LES PEUT VENDRE.

(Article 108 de la coutume.)

I. LES droits incorporels peuvent s'acquérir comme les autres biens, puiſqu'ils ſont comme eux dans le commerce; cependant la ceſſion de droits litigieux au profit de certaines perſonnes, eſt prohibée; c'eſt juſte exception à cette régle générale, & que le bon ordre fonde.

Voyez les titres du code & du digeſte, *de hæreditate vel actione venditâ*; il faut en excepter les droits litigieux à l'égard de certains; le Prêtre, cent. 1, ch. 94: ce qui exclut *pactum de quota l tis*, ſi ce n'eſt entre cohéritiers; le Prêtre, au même endroit. Les juges mêmes ne peuvent accepter des tranſports de droits litigieux & ſur leſquels les conteſtations ſont pendantes en leur ſiége. Arrêt du grand conſeil, du 12 mars 1701, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 26, pag. 293: c'eſt exception qui s'étend aux procureurs, comme on l'établira par la note ſur la propoſition qui ſuit; la raiſon eſt la même pour les uns & pour les autres.

II. Suivons cette voie d'acquérir: on acquiert les droits incorporels par la voie du tranſport qu'en fait le légitime propriétaire; tel acte opere vente d'iceux, & c'eſt vraie vente qu'un tel tranſport, qui, comme les autres, doit avoir ſon exécution, s'il n'y a exception.

Ceux qui par état, comme les procureurs, ſont chargé de ſuivre en juſtice les actions & intérêts des autres, ne peuvent par la voie du tranſport acquérir les droits des autres: cependant *pactum de quota litis*, entre cohétitiers eſt licite; Loüet, let. L, num. 2: non-ſeulement les procureurs ne peuvent accepter les tranſports de droits litigieux, mais même les parties n'en peuvent accepter de tels à prendre ſur les juges devant leſquels elles ſont en inſtance; déclaration du roi, du 27 mai 1705: incapacité par rapport aux droits litigieux qui a pareillement lieu pour les juges; ſur ces incapacités, voyez l'ordonnance d'Orléans, art. 54; celle de 1629, art. 92; le Prêtre, cent. 1, chap.

93; les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, tit. des tranſports, art. 26; & Augeard, tom. 1, art. 26.

III. On dit qu'on les acquiert par la voie du tranſport fait par le légitime propriétaire; parce que par rapport aux droits incorporels, la ſimple poſſeſſion du titre ne ſuffit pas, il faut droit & qualité pour pouvoir les céder, & qu'il y ait réellement tranſport pour opérer tranſlation; fauf l'exception du billet à ordre.

Cependant à l'égard d'un billet payable à ordre, la remiſe du billet avec l'ordre au bas ſuffit, & en ce cas le débiteur du billet ne peut alléguer la compenſation ſur le fondement qu'il eſt créancier de celui qui a paſſé l'ordre; arrêt du 3 ſeptembre 1700, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 1081; en effet, un tel billet eſt regardé dans le commerce comme une piece ne monnoie.

IV. Le tuteur peut céder une obligation appartenant à ſon pupille; étant en ſa puiſſance de diſpoſer du mobilier de ce dernier; puiſſance qui fonde cette capacité qu'il n'a pas par lui-même ſur l'immobilier.

Telle eſt la juriſprudence, elle eſt établie ſur le titre des tuteurs; c'eſt droit commun.

V. Comme on peut acquérir par la voie du tranſport un droit liquide & déterminé, on peut par cette même voie acquérir des droits non liquides & indéterminés, tels que ſont les droits d'un héritier dans une ſucceſſion; cette derniere ceſſion n'ayant rien de contraire aux loix ni aux bonnes mœurs, & les uns comme les autres droits étant également dans le commerce.

Voyez les titres du digeſte & du cod. *de hæreditate vendita*: mais, *quid* des tranſports des droits litigieux faits à d'autres qu'à des procureurs, ſont-ils bons, & le débiteur de la dette cédée eſt-il recevable à offrir au ceſſionnaire ce qui lui en a coûté pour acquérir ce tranſport? Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, chapitre 2, queſt. 5 & 6; Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 20, ch. 1, & les notes ſur la propoſition ſuivante, où la négative eſt établie.

VI. Lorſqu'il y a tranſport, le débiteur de la dette ne peut ſe libérer en offrant ſeulement ce que le ceſſionnaire a payé pour le tranſport; tout le droit du cédant a paſſé dans la perſonne du ceſſionnaire; ainſi, le prix du tranſport eſt indifférent au débiteur.

Les loix *ab Anaſtaſio & per diverſos*, qui admettoient ce rembourſement, n'ont lieu en France; ce qui eſt atteſté par Bouguier, let. C, num. 2, Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 70; Bretonnier, déciſion alphabétiques, pag. 147; à moins que le tranſport n'ait été acquis *vexandi animo*: reſtriction dont l'aplication eſt difficile a faire; j'ai cependant vu adopter dans une contribution dans laquelle il y avoit à perdre, la diſpoſition de ces loix contre un ceſſionnaire, qui à la vérité étoit moins favorable que les autres créanciers; mais elles ont lieu entre cohéritiers, dont l'un d'eux auroit traité avec un créancier de la ſucceſſion; Loüet, let. C, num. 5, & let. L, num. 13; Lapeyrere, let C, pag. 38; le Maître, pag. 130: elles ont lieu pareillement lorſque le tuteur a acquis un tranſport ſur ſon pupille; mais le tranſport n'eſt pas nul pour le tout; voyez ſur ce le titre des tutelles où cela eſt établi, & fondé ſur un arrêt rapporté par Augeard: ſur ce que les loix citées ont lieu entre cohéritiers, voyez encore le Prêtre, cent. 3, chap. 96; & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des tranſports, art. 17 & ſuivantes.

SECTION II.

Comment on entre en poſſeſſion des droits incorporels cédés.

(Art. 108 de la coutume.)

VII. La nature de ces effets rendant la délivrance réelle impraticable, la loi y a pourvu par une certaine miſe en poſſeſſion: néceſſité de miſe en poſſeſſion qui milite tant pour les rentes que pour les dettes exigibles, & ſans laquelle le tranſport reſte ſans effet relativement à des tiers.

La loi définit ces effets: *Quæ tangit non poſſunt qualia ſunt, ea quæ in jure conſiſtunt, ſicut hæreditas, uſusfructus, uſus, obligationes & quoquomodo contractæ.* Inſt. *de rebus corp. & incorp.* Voyez les propoſitions ſuivantes, elles développent celle-ci, en expliquant la poſſeſſion légale qu'on en peut prendre; ſur cette formalité par rapport aux tranſports de rentes, voyez les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des tranſports, art. 5 & 6.

VIII. On entre en poſſeſſion de ces droits par la ſignification du tranſport, & cette ſignification doit ſe faire au débiteur de l'effet cédé; telle miſe en poſſeſſion produit tous les effets d'une poſſeſſion corporelle.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 288, pag. 193: la coutume dit, que tranſport ne ſaiſit s'il n'eſt ſignifié; voyez le titre des ſaiſies où l'effet de cette ſignification eſt approfondi, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre des tranſports, art. 1.

IX. Telle ſignification ne vaut pas ſimplement ſaiſie & arrêt, comme le penſent quelques praticiens, mais ſaiſine & poſſeſſion de l'effet cédé, & poſſeſſion légitime: ce qui eſt bien plus fort qu'une ſimple ſaiſie & arrêt.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, que les propoſitions ſuivantes développent: de cette juriſprudence, de la néceſſité de la ſignification du tranſport, & de l'effet de cette ſignification, il réſulte que ſi le débiteur avoit payé au cédant depuis le tranſport, mais avant la ſignification d'icelui, il ſeroit par un tel payement valablement libéré; voyez les arrêtés, au tit. qu'on vient de citer, art. 3.

X. Juſqu'à la ſignification du tranſport la propriété de la dette cédée eſt toujours préſumée réſider dans la perſonne du cédant;

préſomption dont on va expliquer l'effet, mais qui ne donne pas atteinte aux quittances légitimes.

Nonobſtant la ſignification du tranſport, c'eſt-à-dire, dans le cas même que le tranſport à été ſignifié, les quittances que le débiteur a du cédant, quoique ſous ſignature privée, peuvent être oppoſées au ceſſionnaire, pourvu que cela ſe faſſe incontinent après; de même le débiteur peut lui oppoſer la compenſation, ce qu'il ne pourroit faire s'il avoit reconnu le tranſport purement & ſimplement; voyez Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 20, ch. 3: les quittances dont on vient de parler s'entendent même des quittances ſous ſignature privée, car ſur les authentiques nulle difficulté.

XI. Cette préſomption de propriété dans la perſonne du cédant, nonobſtant le tranſport, lorſqu'il n'a pas été ſignifié, n'a lieu que relativement au débiteur de la dette cédée & aux créanciers du cédant, & non par rapport au cédant même, qui eſt ſuffiſamment dépouillé par le tranſport; tel eſt l'eſprit de la coutume, & il en eſt de même entre deux ceſſionnaires d'une même dette; celui dont le tranſport a été le premier ſignifié, eſt préférable à l'autre; abſtraction faite de la date du tranſport, & ce, comme ayant été le premier ſaiſi de la dette cédée: ce qui n'influe pas ſur le billet à ordre.

Lorſqu'il s'agit du billet à ordre, le ſimple ordre mis au dos milite, comme on l'a déja vu ci-deſſus, non-ſeulement contre celui qui l'a donné, mais même contre ſes créanciers; voyez l'arrêt du 3 ſeptembre 1700, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 1081, dont la déciſion peut s'appliquer à ce que deſſus: ſur la derniere partie de la propoſition, voyez la loi *quot. duo*, cod. *de rei. vendic.* Louet & Brodeau, lettre V, chap 1, & les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, au tit. déja cité, art. 4.

XII. La contre-lettre ou déclaration contraire que le débiteur auroit de la part du cédant, ne vaut contre le ceſſionnaire, ſi elle n'eſt incontinent notifiée au ceſſionnaire de la part du débiteur; ſans cela le ceſſionnaire ſeroit trompé.

Voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 118.

SECTION III.

De la garantie réſultante d'un tranſport.

DISTINCTION PREMIERE.

Des principes généraux de cette garantie, & de l'effet de la ſtipulation que le tranſport eſt fait ſans garantie.

XIII. Du tranſport réſulte toujours une garantie légale qui a lieu indépendamment de toute convention, & cette garantie eſt la réalité de la dette cédée: voilà où aboutit la garantie légale d'un tranſport; elle ne va pas plus loin.

Voyez Bacquet, en ſon traité du tranſport des rentes ſur particuliers, ch. 16 & 17, pag. 22: cette garantie eſt que la dette ſubſiſte, qu'elle appartient au cédant, & qu'il ne l'a pas hypothéquée; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 3, num. 2: en effet on ne pourroit écarter une telle garantie ſans injuſtice; elle a donc lieu de droit.

XIV. Outre cette garantie, on en peut ſtipuler une plus étendue, les effets de cette derniere dépendent des bornes qu'on lui a donné par la convention, ce qui fera la matiere de la diſtinction qui ſuit; ainſi, dans un tranſport, il y a deux garanties à diſtinguer, l'une de droit, & l'autre de fait; la premiere fait l'objet de cette diſtinction, l'autre fait l'objet de la diſtinction ſuivante.

Cette convention a été par ſucceſſion de tems fort étendue, d'abord on la limitoit à garantir de tout trouble, on l'a étendue à fournir & faire valoir la rente; enfin, on l'a pouſſée à ſoumettre le cédant à payer faute de payement; Loyſeau, de la garantie des rentes, dans ſon avant-propos, num. 12 & ſuivans, pag. 2: différentes ſtipulations qui ont chacune leur effet, & dont on fera l'examen par la ſuite; ſur cette premiere diſtinction de la garantie de droit & de celle de fait, voyez Loyſeau, au traité qu'on vient de citer, chap. 1 & 2.

XV. Si par l'effet de la garantie la rente cédée & tranſportée rentre dans la main du cédant, elle eſt propre dans ſa perſonne, ſi elle lui étoit telle avant le tranſport, parce que en effet, la conſommation de la garantie anéantit le tranſport, comme on l'a déja dit ſur le titre des propres; c'eſt remiſe des choſes dans leur premier état: remiſe qui fonde la qualité de propre.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 9, num. 9, 10 & ſuivans, pag. 173.

XVI. Le cédant n'eſt point tenu de la garantie de fait, s'il ne l'a promis, c'eſt-à-dire, que la dette cédée étoit bonne; mais il eſt légalement tenu de celle de droit, c'eſt-à-dire, que la créance lui étoit dûe.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 2, num. 9, pag. 4: on va voir par les propoſitions ſuivantes, qu'il n'en eſt pas de même de la garantie de droit; ce qui établira la diſtinction contenue dans la propoſition.

XVII. Approfondiſſons la garantie de droit: par l'effet de la garantie légale, tout cédant eſt obligé (encore qu'on n'eût parlé d'aucune garantie par le tranſport) de garantir que la dette cédée étoit dûe & ſubſiſtante au jour du tranſport; mais il n'eſt tenu d'aucune autre garantie: tel eſt le véritable effet de la premiere propoſition de cette diſtinction; propoſition générale qui ſe développe par celle-ci.

Loi 4, ff. *de hæred. vel. act. vend.* Basset, tom. 2, liv. 5, tit. 7, ch. 1; le Maitre, tit. 5, part. 2, ch. 4, pag. 149.

XVIII. Si la dette n'étoit pas dûe le cédant en doit payer la valeur au cessionnaire; c'est le juste effet de la garantie de droit dont il est légalement tenu; il a cédé une dette, il en faut donc l'existance, dans la supposition de laquelle il en a reçu le prix.

Telle est la jurisprudence, conforme à ce que dit Loyseau, en son traité de la garantie des rentes, ch. 1, num. 10 & 11, & fondée sur les autorités rapportées sur la précédente proposition.

XIX. Cela a lieu, non-seulement dans le cas que le transport ne fait mention d'aucune garantie, mais même dans le cas que le transport porteroit qu'il est fait sans garantie, autrement le cédant jouiroit impunément de son dol; ainsi la garantie de droit & qui a lieu par le seul effet du transport, abstraction faite de toute stipulation, emporte contre le cédant, non-seulement la nécessité de prouver que la dette cédée subsistoit lors du transport, mais encore qu'il en étoit propriétaire, & d'affranchir le cessionnaire des hypothéques qu'il pourroit y avoir sur la rente cédée; telle est la garantie de droit, qui, encore une fois, ne va pas plus loin.

Dans ce cas le cédant n'est pas obligé à garantir que le débiteur étoit solvable lors de la cession; Lapeyrere, sur le mot (*cession*) pag. 37, à la fin, mais il est tenu de justifier que la dette étoit dûe: voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci: sur la derniere partie de la proposition, c'est-à-dire, sur l'étendue de la garantie de droit, voyez la loi 74, ff. *de evict.* la loi 45, ff. *de hered. vel. act. vend.* le Prêtre, cent. 2, chap. 28, & Loyseau, de la garantie des rentes, chap. 3, num. 2.

XX. Les raisons qui fondent la proposition précédente, c'est-à-dire, qu'il résulte toujours une certaine garantie d'un transport, quoique la lettre d'icelui semble l'en exclure; sont 1°. qu'il y auroit dol de la part d'un cédant qui exigeroit un prix d'une dette non existante, dol qui anéantiroit le contrat; 2°. que la décharge de garantie ne tombe que sur la solvabilité du débiteur, non sur le fait du cédant, fait dont il est toujours garant; la non-existance de la dette cédée étant son fait personnel, il est toujours garant de son fait ainsi que du défaut de propriété dans sa personne & des hypothéques précédentes de son chef, qu'il doit faire cesser.

Bacquet, en son traité des transports de rente sur particulier, ch. 17, num. 3, pag. 23: la loi 1, §. 7, ff. *de pactis*, & le journal des audiences, tom. 3, liv. 1, chap. 9.

DISTINCTION II.

Des effets de la garantie conventionnelle & de ses différens degrés.

SUBDIVISION PREMIERE.

Du premier degré de cette garantie, & de l'effet de la clause que le transport est fait avec garantie.

XXI. Lorsque le transport porte qu'il est fait avec garantie, sans que la clause s'étende plus loin, la garantie en ce cas est plus étendue que celle de fait, qui se réduit à l'éxistance de la dette lors du transport; cependant le cédant par cette garantie n'est tenu que de prouver que le débiteur étoit solvable au tems du transport; voilà tout l'effet d'une telle garantie; elle n'en n'a pas d'autre, autrement ce seroit confondre ce premier degrés de garantie avec les autres.

Bacquet, traité des transports des rentes sur particuliers, ch. 17, num. 6, pag. 24; & c'est ce qui se pratique, conformément aux arrêtés faits chez le président de Lamoignon, tit. des transports, art. 10; & au sentiment de Loyseau, de la garantie des rentes, chap. 2, num. 15, & chap. 3, num. 13.

XXII. En ce même cas il n'est pas garant de l'insolvabilité du débiteur qui survient depuis le transport, sa garantie n'embrassant pas ce qui lui est postérieur; la dette court alors aux risques du cessionnaire.

Telle est la jurisprudence, conforme à la doctrine de Loyseau, traité de la garantie des rentes, ch. 3, num. 14, jusques à la fin du chap. pag. 7 & 8: voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci, il y a plus, cette garantie ne se supplée pas, cependant si le tranport est fait avec garantie cette expression générale emporte engagement de la part du cédant de prouver que le débiteur étoit solvable au tems du transport, & faute de cette preuve, il seroit garant: voyez les arrêtés faits chez le président de Lamoignon, tit. des transports, art. 10.

XXIII. La soumission à une telle garantie n'est pas un cautionnement du débiteur de la dette cédée, mais une simple déclaration de la part du cédant de la solvabilité du débiteur, qui ne doit s'entendre que dans le tems qu'il la fait, c'est-à-dire, au tems du transport & non pas pour l'avenir.

Bacquet, au nombre cité sur l'avant-derniere proposition; Loyseau, de la garantie des rentes, pag. 7 & 8.

SUBDIVISION II.

Du deuxieme degré de cette garantie, & de l'effet de la clause par laquelle le cédant se soumet de fournir & faire valoir, ou de payer, faute de payement de la part du débiteur.

XXIV. Dans le cas de cette clause de

fournir & faire valoir, & de payer faute de payement, la garantie dûe par le cédant eſt bien plus étendue que dans le cas de la clauſe précédente; les propoſitions ſuivantes développent cette étendue & prouvent que cette clauſe-ci a trait à l'avenir; ainſi elle entraîne la garantie de la ſolvabilité future.

De même dans celui de payer, faute de payement de la part du débiteur, comme dans celui de la clauſe de fournir & faire valoir, l'une & l'autre ont trait à l'avenir & ſubſiſtent juſqu'au rachat de la rente; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 4, num. 7, pag. 9: c'eſt ce qu'il confirme par les chapitres 5 & 6; & tel eſt l'uſage du châtelet, conforme aux arrêtés faits chez M. de Lamoignon, art. 11.

XXV. Cependant nonobſtant la ſoumiſſion à cette garantie, de payer faute de payement, le cedant n'eſt pas obligé de payer incontinent, encore que par le tranſport il ſe fut obligé à fournir & faire valoir la rente; il a en ce cas l'exception qu'on va expliquer; mais elle n'eſt que dilatoire; en effet, il n'eſt tenu de payer, nonobſtant cette clauſe, qu'après que le ceſſionnaire a diſcuté le débiteur ſur lequel le tranſport eſt à prendre, mais en établiſſant la réalité de cette exception par l'indication des biens.

Bouguier, let. F, num. 4, & le même, let. G, num. 1; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 4, num. dernier, pag. 10: la raiſon de ce, eſt que telle clauſe de fournir & faire valoir la rente, ou celle de payer faute de payement, ou dans le cas même que les deux clauſes ſeroient réunies, & que le cédant ſe ſeroit ſoumis à l'une & à l'autre, telle clauſe ne produit qu'un cautionnement, & dans la théſe générale, la caution peut invoquer l'exception de la diſcuſſion du principal obligé, & ne peut être pourſuivie qu'après cette diſcuſſion, puiſque ſa garantie ſe réduit à l'effet d'un cautionnement: cela eſt de droit commun, & s'applique au cédant ainſi qu'à la caution. Bacquet, en ſon traité du tranſport des rentes ſur particulier, ch. 17, pag. 23; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 6, ch. 8, num. 10 & 11, pag. 18, & num. 17, page ſuivante.

XXVI. Pour cette diſcuſſion, le cédant eſt obligé d'indiquer les biens du débiteur ſur lequel le tranſport eſt à prendre, & de fournir deniers ſuffiſans pour la diſcuſſion, ſans cela l'exception de ſa part ſeroit vaine, ſans objet & comme telle ne ſeroit pas écoutée; parce qu'elle ne tendroit à rien & ſe réduiroit à une fin de non-payer; mais la garantie ceſſe ſi le cédant s'eſt laiſſé enlever ſon gage.

Bacquet, à la page citée ſur la propoſition précédente; la diſcuſſion ſe fait à ſes frais & à ſes riſques: Loyſeau, de la garantie des rentes ch. 9, num. 5, pag. 20; c'eſt la juriſprudence, & droit commun: en effet, faute dindiquer des biens. & de fournir deniers ſuffiſans, le cédant peut être pourſuivi pour le payement du contenu au tranſport; c'eſt alors le juſte effet & l'ouverture à la garantie à laquelle il s'eſt ſoumis, garantie qui entraîne ce payement de ſa part, lorſque le débiteur ne peut le faire.

On le juge ainſi au châtelet, & le tranſport d'une rente eſt regardé comme conſtitution de rente de la part du cédant qui s'eſt obligé à la fournir & faire valoir, & l'on ne doit pas même en ce cas s'arrêter beaucoup à la diſcuſſion, & ſuſpendre l'action contre le cédant; cependant l'effet de cette garantie n'eſt pas ſi prompt que celle qu'on va expliquer; mais ſi le tranſport s'eſt fait par une échange, il y a lieu à la réſolution d'icelui; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 7, pag. 16 & 17: réſolution qui con omme exactement toute garantie; ſur toute cette ſubdiviſion il faut obſerver que l'effet de la garantie qui en a fait la matiere ceſſe entiérement ſi le ceſſionnaire, par ſa négligence, s'eſt laiſſé enlever ſon gage; par exemple, s'il a négligé de s'oppoſer au décret des biens du débiteur; cela eſt fondé ſur la ſouveraine équité, eſt atteſté par Loyſeau, de la garantie des rentes, chap. 11, num. 6 & 7; par le Prêtre, cent. 1, ch. 76; par Louet & Brodeau: voyez auſſi les arrêtés faits chez le préſident de Lamoignon, tit. des tranſports, art. 15.

SUBDIVISION III.

Du troiſieme degré de cette garantie, de l'effet de la clauſe par laquelle le cédant s'eſt obligé de payer faute de payement de la part du débiteur, & ſans que le ceſſionnaire ſoit obligé de faire aucune pourſuite.

XXVII. Lorſque le tranſport porte cette clauſe, le cédant peut être pourſuivi incontinent après le tranſport, c'eſt le juſte effet d'icelle, & le tranſport n'eſt regardé en ce cas que comme une facilité de payement, pour laquelle le ceſſionnaire a deux débiteurs au lieu d'un.

On le juge ainſi au châtelet; mais il en ſeroit autrement, ſi par la clauſe de garantie le cédant s'étoit ſimplement obligé de fournir & faire valoir la rente; en ce cas, ainſi qu'on vient de le voir, il ne pourroit agir contre le cédant qu'après avoir fait diſcuſſion: Bacquet, traité des tranſports des rentes ſur particulier, ch. 16, pag. 26; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 4, num. dernier, pag. 10: mais ici la garantie eſt plus prompte; voyez ſur cela l'auteur qu'on vient de citer, ch. 8, num. 19 & 21.

XXVIII. Il y a même dans ce cas, exécution parée contre lui, & c'eſt le vrai cas dans lequel on doit le regarder comme vrai codébiteur de la rente par lui cédée; c'eſt l'effet de cette garantie; tel eſt ſon eſprit & la lettre le manifeſte, dès que le refus du débiteur eſt conſtaté.

Loyſeau, en ſon traité de la garantie des rentes, ch. 12, num. 13, pag. 27: pourvu que le refus du débiteur de payer, ſoit conſtaté par un commandement; ce qui ne ſeroit pas ſi le ceſſionnaire ne s'étoit ſoumis qu'à fournir & faire valoir la rente; le même auteur. Ce qui eſt fondé ſur ce que cette derniere clauſe emporte avec elle la néceſſité de la diſcuſſion, comme on l'a vu par la ſubdiviſion précédente; diſcuſſion qui ceſſe dans le cas de la clauſe qu'on examine dans la préſente ſubdiviſion, comme on va l'expliquer par la propoſition qui ſuit.

XXIX. En effet, au moyen d'une telle clauſe le cédant eſt vrai débiteur perſonnel, & le tranſport ne vaut que comme une délégation propre à faciliter le payement, il ne produit pas d'autre effet; il laiſſe donc contre lui la pleine action directe & perſonnelle.

Unde facilius poſſit accipere; mais ſi la garantie ne s'entendoit de la part du cédent qu'à payer lui-même faute par le débiteur de payer, en ce cas, comme on l'a vu dans la ſubdiviſion précédente, il faudroit diſcuſſion des biens du débiteur; Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 8, num. 17, pag. 19; c'eſt une diſtinction qu'il faut toujours faire ſur cela, & ſuite de la différence des divers degrés de la garantie.

XXX. Si le tranſport portoit que le cédant ne ſeroit pourſuivi qu'après un commandement fait au débiteur, le ceſſionnaire doit ſatisfaire à cette condition avant de pourſuivre le cédant; c'eſt l'événement de cette condition attachée à la garantie qui lui eſt dûe, qui fait ouverture à icelle.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 8, num. 21, pag. 19: mais en ce cas il ne faut pas de diſcuſſion des biens du débiteur: Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 155, pag. 187; & cela réſulte des termes mêmes de la clauſe qui doit avoir ſon exécution.

XXXI. Mais cette clauſe n'induit pas réſolution du tranſport d'une rente & exigibilité du prix contenu en icelui, mais vraie dette de la part du cédant & par conſéquent création de rente de ſa part comme débiteur ſolidaire, ſi l'objet du tranſport eſt une rente; ainſi il n'y a pas en ce cas exigibilité du capital.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 8, num. 24, pag. 19, & l'on le juge ainſi au châtelet.

XXXII. L'effet de cette garantie qui eſt la plus efficace en matiere de tranſport, & à plus forte raiſon, ce même effet dans les garanties précédentes, c'eſt-à-dire, l'action contre le garant, ceſſe ſi le ceſſionnaire ſouffre affoibliſſement ou même perte de la rente par ſa négligence, laquelle ne pouvant tomber ſur un autre que lui, efface ſa garantie.

Loyſeau, de la garantie des rentes, ch. 11, num. 6 & 7, pag. 24; & je l'ai entendu juger ainſi au châtelet: voyez les autres autorités rapportés ſur la derniere propoſition de la ſubdiviſion précédente.

SECTION IV.

S'il y a lieu à la garantie en vente de droits ſucceſſifs, & ſi la léſion y eſt à conſidérer.

XXXIII. Dans le tranſport de droits ſucceſſifs, le cédant n'eſt tenu que de la garantie de droit, qu'on a précédemment expliquée, & dont on va voir l'effet, & non d'aucune autre garantie, ſi elle n'eſt ſtipulée expreſſément, c'eſt un coup de filet. Nature de ceſſion qui exclut toute garantie; ſi ce n'eſt celle de la qualité, & le tranſport ne comprend que la portion cédée, telle qu'elle puiſſe être.

La part du renonçant n'accroît pas à l'acquéreur des droits ſucceſſifs, ſi le vendeur n'a vendu que ſa part & portion, parce que cette vente ne comprend que ſa portion virile; mais s'il a vendu tous ſes droits indiſtinctement dans la ſucceſſion, la vente embraſſe la part qui doit accroître au vendeur dans la portion du renonçant; Lapeyrere, let. A, pag. 5, à la fin de l'édition de 1725; ce qui me paroît une juſte limitation à la ceſſion de tels droits qu'on ne doit pas étendre contre le cédant.

XXXIV. Par-là, c'eſt-à-dire, par l'effet de cette ſimple garantie de droit, celui qui a cédé des droits ſucceſſifs eſt obligé de garantir, qu'il eſt héritier pour la portion qu'il s'eſt dit l'être par le tranſport, & qu'il n'y a point de teſtament contenant legs univerſel; voilà l'effet de cette garantie, elle n'en n'a point d'autre par le droit, ſi la convention n'y a ajouté.

Loi 1 & 7, ff. *de hæred. vel actio vendita*: il eſt encore garant qu'il n'a fait antérieurement une pareille ceſſion; elle ſeroit ſon fait, & par conſéquent une ſuite de la garantie de droit.

XXXV. Faute de ce, il eſt obligé de rendre le prix du tranſport, il ne peut ſubſiſter ſans cette qualité, c'eſt ſa baſe, & ceſſante, le prix ne peut plus lui appartenir, puiſqu'il eſt celui d'une qualité réelle, & non celui d'une qualité fauſſement uſurpée.

Tel eſt ſur ce l'uſage; voyez le Brun, des ſucceſſions: c'eſt droit commun.

XXXVI. La léſion, même celle d'outre moitié, n'eſt de part ni d'autre d'aucune conſidération dans une telle ceſſion, c'eſt le produit indéterminé d'une certaine qualité; ce qui reçoit une exception; tel eſt le principe général, que la qualité de cohéritier fait ceſſer, ainſi que le dol qui ſeroit manifeſte.

Louet, let. H, num. 7 & 8: voyez ci-après le titre des reſtitutions en entier, & la loi 2, ff. *de hæred. vel actione vend.* & la propoſition qui ſuit, fonde celle-ci.

XXXVII. Cela eſt fondé ſur ce que l'incertitude égale fait la légitimité d'un tel traité, d'un tel tranſport, toute abſtraction faite de ce qu'il produit, & ſemblable à la vente d'un coup de filet (définition exacte d'un tel tranſport) tout ce qu'une telle ceſſion peut produire appartient légitimement au ceſſionnaire, & ſi elle ne produit rien il n'en doit pas moins le prix; incertitude qui fonde ce mutuel & reſpectife engagement,

n'a cependant pas lieu, par rapport à une perſonne qui ſeroit parfaitement inſtruite des forces de la ſucceſſion.

Il faut excepter de cette propoſition la vente des droits ſucceſſifs, que des héritiers auroient faite au profit de l'exécuteur teſtamentaire du défunt, par rapport à laquelle la léſion d'outre moitié ſeroit un moyen de reſtitution, même pour un héritier majeur, ſuivant l'arrêt du 7 décembre 1666, rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 85: ſur quoi il eſt bon d'obſerver que le dol fonde cette reſtitution plus que la léſion; voyez ſur ce le titre des reſtitutions en entier. L'exécuteur teſtamentaire & ceſſionnaire de tels droits étant inſtruit, a trompé des héritiers non inſtruits, ce qui eſt dol: dol qui fonde la reſtitution en entier, dans le cas même d'une telle ceſſion.

☞ Lorſque des droits ſucceſſifs ont été tranſportés à un étranger, les cohéritiers du cédant peuvent forcer le ceſſionnaire de lui faire une rétro-ceſſion des mêmes droits, en lui rembourſant le prix de ſon tranſport; c'eſt une eſpece de retrait admis dans notre juriſprudence: voyez Bretonnier ſur Henrys, Louet & Brodeau, & c'eſt ce qui a été jugé par arrêt rendu au rapport de Rolland de Challerange, le 13 août 1750.

TITRE QUATRIEME.

DE L'ACQUISITION DES IMMEUBLES.

CHAPITRE PREMIER.

DE CE QUI EST NÉCESSAIRE POUR FORMER LE CONTRAT, ET DE LA NÉCESSITÉ D'UN ACTE QUI LE CONSTATE.

I. DANS ce contrat, comme dans le ſimple achat de meubles, il faut, comme on l'a vu dans le chapitre ſecond du titre deuxieme de ce livre, le conſentement réciproque, la certitude de l'immeuble qui eſt l'objet de l'acquiſition, & la fixation du prix entre les parties; c'eſt le concours de ces trois choſes qui rend le contrat parfait; tels ſont quant à cet acte important, les principes généraux.

Inſt. *de empt. & vendit. res, pretium & conſenſus*; ce qui doit être conſtaté par un titre, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit; autre condition que notre uſage a ajouté avec prudence aux diſpoſitions du droit civil.

II. Pour les acquiſitions d'immeubles, il faut un acte qui conſtate la vente, au lieu que dans l'achat des meubles, la délivrance & la poſſeſſion vaut titre; mais ici le défaut d'écrit réduit la vente dans les termes d'un projet qui ne lie pas les parties: en effet, juſqu'à la perfection de l'écrit, la vente de l'immeuble, quoique réciproquement conſentie, ſe réduit à un ſimple projet qui ne lie ni l'acquéreur, ni le vendeur; juſques-là même, que l'un ne ſeroit pas recevable à demander le ſerment de l'autre: il y auroit eu trop d'inconvéniens à admettre la néceſſité de tels ſermens.

On le juge ainſi au châtelet, conformément à la loi citée ſur la propoſition qui ſuit, & cela réſulte de l'ordonnance de 1667.

III. Cela eſt fondé ſur ce que, juſqu'à la perfection de l'écrit, ce n'eſt qu'un projet conditionnel, & la condition eſt qu'il y en aura un écrit, juſqu'à l'accompliſſement de laquelle condition & la formation parfaite de l'acte, le contrat n'eſt pas parfait, & par conſéquent ne peut produire d'action; ce qui ne doit pas s'étendre ſur le défaut de ſignature des notaires, auquel il n'eſt pas toujours dans la puiſſance des parties de parer.

Cependant ſi le contrat de vente étoit ſigné de toutes les parties, & qu'il parût que par oubli les notaires ne l'euſſent pas ſigné, en ce cas nonobſtant la diſpoſition de la loi *contractus*, au code *de fide inſtrumentorum*, telle vente eſt valable; il y a de ce arrêt dans le journal des audiences pour un contrat de mariage, ainſi ſigné par les parties & non par le notaire, par lequel la cour ordonna l'exécution de ce contrat, pour tout ce qui étoit de convention ordinaire: ce qui me paroit influer ſur un contrat de vente, qui eſt un contrat du droit des gens; autrement les notaires ſeroient les maîtres de la fortune des particuliers; c'eſt ce que dit Lapeyrere, let. S, déciſion 25, pag. 412.

IV. Quoique le conſentement doive être la baſe de ce contrat, cependant ſi l'héritage devient néceſſaire au public, l'aliénation en devient forcée; c'eſt une juſte exception à la régle générale qu'on vient de poſer, & que l'avantage public fonde.

Voyez l'ordonnance de Philippe-le Bel, de 1303; Louet, let. A, num. 6; Dumoulin, ſur le quarante-unieme article de l'ancienne coutume, num. 98.

CHAPITRE SECOND.

DE LA NATURE ET DE LA FORME DE CE CONTRAT, ET SI LA SIMPLE PROMESSE DE VENDRE EST OBLIGATOIRE.

I. CE contrat eſt de ſa nature obligatoire de part & d'autre; il n'eſt bon qu'autant qu'il eſt tel, & que par icelui les parties ſont réciproquement obligées : principe général qu'on va développer, & duquel il réſulte, que ſi il n'y en a qu'une ſeule qui ſoit obligée, il eſt nul pour le tout; la réciprocité des engagemens étant de ſon eſſence.

Ce principe eſt inviolablement ſuivi au châtelet; il réſulte de la nature de ce contrat, qui eſt ſynalagmatique, & de la loi *contractus*, au code *de fide inſtrumentorum* déja citée, qui eſt très-juſte en cette partie : ainſi il y auroit nullité ſi il n'y avoit réciprocité d'engagement; c'eſt cette réciprocité qui le fonde.

II. La forme la plus ſûre eſt de le faire par acte authentique & avec minute; cependant étant formé par un acte en brevet, il eſt bon; mais il faut qu'il ſoit double, & contienne la mention qu'il a été fait double; ſans cela, il y auroit nullité, faute de réciprocité : réciprocité qui, encore une fois, eſt la baſe; l'engagement d'un côté étant la balance de celui de l'autre.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet, fondée ſur les obſervations faites ſur la propoſition précédente.

III. Il peut être fait par une acte ſous ſignature privée; mais il faut dans ce cas-là, comme dans le précédent, & à peine de nullité, qu'il ſoit fait double; parce que ſans cela, dans ce cas, comme dans le précédent, il n'y auroit aucun vrai lien de droit réciproque : défaut de lien, de droit réciproque, qu'on établit par la propoſition qui ſuit, & qui eſt une ſuite des deux propoſitions précédentes.

Sur la validité de la promeſſe de vendre, voyez Bardet, tom. 1, liv. 2, chap. 100 : l'arrêt du 28 mai 1658, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, chap. 45, & celui du 19 juillet 1697, rapporté dans le cinquieme volume, liv. 13, chap. 3, Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 12, chap. 1; & la propoſition ſuivante confirme encore celle ci, ainſi que la précédente.

IV. En effet, dans l'un & dans l'autre cas des deux précédentes propoſitions, ſans la duplicité de l'acte & la mention qu'il a été fait double, la réciprocité de l'engagement qui eſt l'ame de ce contrat ceſſeroit, parce que ſans cette duplicité & la mention d'icelle, aucune des parties ne pourroit prouver qu'elles étoient engagées également & réciproquement l'une envers l'autre; mais cela étant obſervé, la vente quoique ſous ſignature privée, eſt valable entre les contractans, ſauf le droit acquis à des tiers.

Il eſt à propos d'obſerver qu'un acte ſous ſignature privée, n'a de date contre un tiers que du jour qu'il paroît en juſtice, loi *ſcriptorum*, au cod. *qui pot. in pign. habeantur*; d'Argentré, ſur l'art. 96; Mornac, ſur la loi *repetita*, ff. *fide inſtrumentor*; ce qui eſt adopté par l'uſage : quant à la néceſſité de la réciprocité, elle eſt regardée au châtelet comme inconteſtable.

V. Lorſque les parties ont choiſi pour conſtater la vente, la voie de l'acte authentique, juſqu'à la perfection de l'acte, c'eſt-à-dire, juſqu'à la ſignature des parties & des notaires, chacune des parties peut refuſer & arrêter la conſommation de la vente, la perfection de l'acte étant la condition tacite d'icelle, mais l'omiſſion de la part des notaires de ſigner la vente que les parties ont cru parfaite, ne doit pas faire une grande impreſſion, comme on l'a déja obſervé.

Cela n'empêche pas que la ſimple promeſſe de vendre, lorſqu'elle eſt faite double, ne ſoit obligatoire, comme on le verra par la propoſition qui ſuit, & comme il a été jugé par les arrêts ci-deſſus cités; ſur cela voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, chap. 6, queſt. 39; juſqu'à la ſignature, tant des parties que des notaires, chacune des parties peut impunément ſe répentir : voyez l'ordonnance de Blois, la loi *contractus*, au cod. *de fide inſtrumentorum*, & Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 14, chap. 1; cependant ſur le défaut de ſignature des notaires, voyez les notes ſur l'avant-derniere propoſition du chapitre précédent; elle ne doit pas être conſidérée, lorſque les contractans ont été dans l'opinion que les notaires avoient ſigné l'acte, & lorſqu'aucun d'eux, auſſi-tôt la rédaction de l'acte, ne s'eſt pas oppoſé à la perfection d'icelui.

VI. Ce principe eſt commun à tous les contrats authentiques, mais l'exacte probité après la parole donnée & reçue, en doit empêcher l'uſage; ce qui eſt de bienſéance, & non de droit.

Loi *contractus*, au cod. *de fide inſtrumentorum*.

VII. La ſimple promeſſe de vendre, comme on l'a déja vu dans les notes ſur les précédentes propoſitions, ſoit authentique, ſoit ſous ſignature privée, eſt auſſi bonne que la vente même, & vaut réellement vente; mais entre deux acquéreurs l'authenticité du titre l'emporte; c'eſt droit acquis à l'un, que le droit de l'autre n'a pu affoiblir.

S'il y avoit deux acquéreurs, l'autorité du titre, lorſqu'il eſt authentique, doit entr'eux l'empor-

cer sur la prise de possession ; mais si ni l'un ni l'autre des acquéreurs n'avoit titre authentique, la possession entr'eux décideroit : loi, 9, §. 4, ff. *de public. in rem act.* loi *quoties* 15, au cod. *de rei vindic.* Disposition que nous avons adoptée pour la validité d'une telle promesse ; elle est établie sur la proposition qui suit, & on l'a déja touché ci-dessus.

☞ Si la vente a été faite à deux personnes, il faut distinguer entre les fiefs & biens en simple roture. A l'égard des fiefs, c'est celui qui s'est le premier mis en possession à qui la préférence est dûe ; & par rapport aux rotures, elle est dûe à celui qui a reçu le premier l'investiture du seigneur direct. Voyez Maynard, liv. 2 de ses questions, ch. 60 & 61 ; Papon, liv. 11, tit. 6, nomb. 9 ; & Guy pape, quest. 22, 87, 105, 112 & 509.

VIII. Mais pour cela il faut que la promesse de vendre contienne les trois choses nécessaires à la perfection de la vente, & que par la forme de la promesse les parties soient réciproquement engagées ; d'où il s'ensuit qu'il faut qu'elle ait été faite double avec mention de sa duplicité, autrement il y auroit nullité.

Quoique la simple promesse de vendre soit obligatoire, lorsqu'elle est dans la forme ci-dessus, ainsi qu'il a été jugé par l'arrêt de Bosc, & les autres arrêts ci-dessus cité, néanmoins la convention par laquelle l'un prête à l'autre une certaine somme sur un certain fonds, à condition que l'argent lui sera rendu un certain jour, sinon que le fonds lui appartiendra, est nulle, encore que la somme prêtée fût le juste prix de la chose ; & si en ce cas le créancier s'est mis en possession de la chose, il ne peut, par tel laps de tems que ce soit, en acquérir la prescription ; la convention ne formant qu'un prêt auquel on a ajouté une condition, à laquelle le débiteur n'a souscrit que par la nécessité de ses affaires, & non une vraie vente, ni vraie promesse de vendre ; voyez Basset, tom. 1, liv. 4, tit. 13, ch. 1. Ce qui me paroît très-juste & qu'il convient d'observer sur la validité d'une promesse de vendre.

CHAPITRE TROISIEME.

DE CEUX QUI PEUVENT VENDRE LES IMMEUBLES, ET DE LA NULLITÉ DE LEUR VENTE PAR LE DÉFAUT DE QUALITÉ.

I. Il n'en est pas de la vente des immeubles comme de celle des meubles ; tout possesseur de meubles le vend valablement pourvu qu'il ne soit pas furtif : il n'en est pas de même des immeubles, la faculté de les vendre n'appartient qu'aux propriétaires ; dans les uns la possession décide, dans les autres c'est la propriété.

Voyez les deux sections suivantes, où cette proposition est établie.

II. Le propriétaire même ne peut le faire en fraude de ses créanciers, la fraude faisant naître une action en faveur de ces derniers pour faire cesser celle que leur débiteur a voulu faire à leur préjudice, & par conséquent le droit de demander la nullité d'une telle vente.

Loi 1, au cod. *de revocandis his quæ in fraud. credit. alienata sunt.* Mais pour cette révocation, il faut *concilium fraudis & eventus* : il faut encore dans le cas de vente, qui est un acte de commerce, que l'acquéreur ait participé à la fraude, & dans ce cas même on ne doit évincer l'acquéreur qu'après avoir discuté les autres biens du vendeur, suivant la loi ci-dessus citée, qui n'ordonne la révocation que *bonis debitoris priùs excussis* ; Basset, tom. 2, liv. 4, tit. 16, ch. 7. On va expliquer par les trois sections suivantes, les ventes nulles par le défaut de propriété dans la personne du vendeur ; cela demandant une explication détaillée.

SECTION PREMIERE.

De la vente du propre de la femme faite par le mari seul.

(Art. 226 de la coutume.)

III. La vente d'un propre de la femme faite par le mari seul est nulle, parce que le mari n'est maître que des actions mobiliaires & possessoires de sa femme, & non de ses propres ; telle vente par lui faite est donc nulle, & même tout acte qui donneroit atteinte à la propriété des biens immeubles de la femme, si ce n'est qu'elle les eût ameubli.

Cela est établi sur le titre de la communauté, & c'est la disposition de la coutume, art. 226, qui limite le pouvoir du mari à ces actions ; limitation qui rend cette nullité incontestable.

IV. Cette nullité auroit lieu encore que la femme eût accepté la communauté, sauf à répéter le prix & les dommages & intérêts contre la communauté ; les droits résultans de sa qualité de commune, & de celle de propriétaire ne pouvant se confondre ; tel est l'esprit de la coutume.

C'est la jurisprudence du châtelet : voyez le titre de la communauté où cela est établi, & la proposition qui suit le confirme.

V. En

V. En effet, la femme n'eſt tenue des engagemens paſſifs de la communauté, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle amende d'icelle, ſans que l'engagement qui réſulte de ſon acceptation puiſſe affoiblir ſon propre, d'où il réſulte que ſa qualité de commune ne peut donner atteinte à la nullité de la vente; principe ſubordonné qui fonde la propoſition précédente.

Voyez ſur ce le titre de la communauté, où cela eſt établi, & tel eſt l'uſage du châtelet, ſauf le droit & l'action contre la femme en ſa qualité de commune.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 10 décembre 1640, rapporté par Brodeau, ſur Louet, let. A, ſom. 13; dans l'eſpece de cet arrêt, un mari avoit vendu une maiſon propre de ſa femme, ſans elle & ſans ſon conſentement, avec promeſſe de faire ratifier par ſa femme: l'acquéreur ayant été évincé, le mari fut condamné par arrêt en 200 liv. de dommages-intérêts, réſultans de l'éviction, outre la reſtitution du prix; quoique l'acquéreur fut parent de la femme, & ſçut bien que la maiſon lui appartenoit de ſon propre.

SECTION II.

De la vente faite par un grevé de ſubſtitution.

VI. Sur la nullité de la vente faite par un grevé de ſubſtitution, il faut diſtinguer; la vente eſt nulle lorſque le grevé meurt avant l'appellé, ſauf le recours de l'acquéreur ſur les biens libres du grevé, parce qu'en ce cas, ce dernier n'a jamais eu la propriété.

Loi 7, au cod. *de rebus al. non alien.* ſur la queſtion de ſavoir ſi en ce cas le vendeur peut être pourſuivi en garantie incontinent apres la vente, voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 28. Il me paroit que cette garantie eſt ſuſpendue, puiſque la vente peut valider, comme on le va voir.

VII. Mais ſi le grevé ſurvit l'appellé, la vente eſt bonne à tous égards; il y a plus, l'acquéreur n'en peut même demander la nullité ſur le fondement de la découverte de la ſubſtitution, & tant que le grevé vit telle vente eſt valable.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, qui eſt confirmée par un arrêt du 15 février 1703, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 37, pag. 360.

VIII. Les raiſons qui fondent cette juriſprudence, & qui font valider une telle vente, ſont que toute ſubſtitution emporte la condition tacite que l'appellé ſurvivra, & s'il prédécéde la ſubſtitution s'évanouit de plein droit, d'où il réſulte que par ce prédécès la vente faite par le grevé eſt bonne.

Voyez ci-après le titre des ſubſtitutions, où cela eſt établi.

SECTION III.

De la vente de l'immeuble appartenant à un pupille.

IX. Celle faite par le pupille impubere eſt nulle de plein droit, parce qu'il n'a aucune capacité pour contracter; défaut de capacité qui entraîne néceſſairement cette nullité, qui a lieu par rapport à celle faite par un interdit.

De même celle faite par un interdit & par toute autre perſonne qui n'a pas la diſpoſition de ſon bien: *Si ſciens emam ad eo cui bonis interdictum ſit & dominus non ero*, l. 26, ff. *de contrah. empt.* diſpoſition adoptée & conforme à nos mœurs & à la raiſon.

X. Mais celle faite par un pubere n'eſt pas nulle de droit, mais annullable s'il y échet; & s'il eſt léſé, il eſt capable de contracter, reſtituable par la léſion: il n'y a donc pas nullité en ce cas, mais ſeulement ouverture à reſtitution en entier, ſi il y a léſion.

Voyez ci-après le titre de la reſtitution en entier, où cela eſt établi.

XI. Si le tuteur vend l'immeuble du mineur ſans formalité, la vente eſt nulle de plein droit, ſa capacité pour ce ne pouvant naître que de ces mêmes formalités; & par conſéquent dans la vente où elles ſont négligées, il y a nullité par le défaut de qualité.

Voyez Louet, let. A, num. 5; & ſur les formalités d'une telle vente, Henrys, tom. 1, l. 4, ch. 6, queſt. 22; & dans le livre premier ci-deſſus, le titre des tuteurs; c'eſt le vrai ſiége de la matiere: voyez auſſi la propoſition qui ſuit, qui éclaircit celle-ci.

XII. En effet, le pouvoir que lui donne ſa qualité, eſt borné aux actes d'adminiſtration, & vendre un immeuble eſt aliéner & non adminiſtrer, d'où il réſulte que la vente d'un immeuble qui ſeroit par lui faite ſans formalités ſeroit nulle; c'eſt pour le pupille une ſalutaire impuiſſance; mais la vente faite par le tuteur, ayant une cauſe légitime pour baſe, & cette cauſe étant adoptée par les parens & par le juge; & la vente ayant été précédée de publication & d'affiches, eſt bonne, ſauf la limitation que contient la propoſition qui ſuit.

Sur les formalités de ces ventes, voyez au livre 1, le titre des tutelles, & les autorités qui y ſont rapportées, qui établiſſent cette propoſition qui eſt regardée au châtelet comme inconteſtable; elle eſt fondée ſur les diſpoſitions du digeſte, & du cod. *de rebus vel prediis minorum, ſine decreto non alienandis*: voyez le Veſt, chap. 113; Coquille, queſt. 210; Louet & Brodeau, let. A, chap. 5, & let. M, chap. 15 & 19; & le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 71; ſur quoi on obſervera, comme on l'a déja fait ſur le titre des tuteurs, que ce ſeroit abuſer de ces diſpoſi-

tions & s'écarter entiérement de leur ſageſſe, que de prétendre qu'au défaut des dettes à acquiter, le tuteur ne peut vendre lorſqu'il y eſt autoriſé; faire une vente utile pour ſon mineur, d'un immeuble qui lui eſt infructueux, c'eſt bien adminiſtrer.

XIII. Mais ſi le tuteur a fait la vente avec les formalités requiſes, elle eſt bonne, ſauf la reſtitution du mineur, s'il y a lieu à icelle par la léſion; cependant le tuteur ne peut être l'acquéreur du bien de ſon pupille; c'eſt une juſte limite à ſa puiſſance.

Le tuteur ne peut accepter le bien de ſon pupille, loi 34, §. *ult.* ff. *de contrahen. empt.* ce qui eſt adopté; cependant le tranſport qu'il auroit accepté à prendre ſur ſon pupille, n'eſt pas nul de plein droit, tel qu'il étoit ſuivant le droit civil, mais le pupille eſt reçu en ce cas à ne payer à ſon tuteur, que ce qu'il a payé pour l'acquiſition du tranſport, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus, & comme il a été jugé par un arrêt rapporté par Augeard; quant à la reſtitution en entier, à laquelle les formalités obſervées dans la vente, ne font aucun obſtacle: voyez la loi 27, ff. *de minoribus*; Mornac, ſur cette même loi; le Prêtre, cent. 3, chap. 45; & Louet & Brodeau, let. M, chap. 19.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES EFFETS DE LA VENTE PARFAITE D'UN IMMEUBLE.

SECTION PREMIERE.

DE LA TRANSLATION DE PROPRIÉTÉ ET DE LA DÉLIVRANCE.

I. LE principal effet de la vente d'un immeuble, eſt de faire paſſer la propriété & la jouiſſance d'icelui dans la perſonne de l'acquéreur; cette tranſlation eſt la fin à laquelle les deux contractans ont tendu, l'un en préférant le prix à la choſe, & l'autre la choſe au prix.

Loi 11, ff. *de act. empt. & vend.*

II. A cet effet, le vendeur doit faire la délivrance incontinent après la vente, s'il n'y a terme, ou à l'expiration du délai, s'il y a pour ce délai ſtipulé; c'eſt le premier engagement du vendeur: on les examinera tous par la ſuite; délivrance qui entraîne les fruits.

Tous les fruits qui ſe trouvent pendans ſur l'héritage au jour du contrat de vente appartiennent à l'acquéreur; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 54, pag. 80. C'eſt acceſſoire qui ſuit la nature de ſon principal.

SECTION II.

Des changemens & de la perte de l'immeuble depuis la vente.

III. De ce qui a été dit dans le chapitre premier de ce titre, au ſujet de la vente des meubles, il réſulte évidemment que la perte ou les changemens qui arrivent à l'immeuble, juſqu'à la perfection de la vente tombent ſur le vendeur; c'eſt ſa perfection qui fait la tranſlation de la propriété, juſqu'à cette perfection la perte regarde donc le vendeur; puiſque juſqu'à ce tems, la propriété réſide dans ſa perſonne.

Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſinè pœnâ recedere ab emptione & venditione, Inſt. *de empt. & vendit.* ce qui fonde la propoſition.

IV. Mais auſſi-tôt la vente parfaite, les changemens, la perte même totale de l'immeuble regardent l'acquéreur; ce qui auroit lieu encore qu'il ne fût pas en poſſeſſion, parce qu'alors la choſe vendue eſt ſienne, & par conſéquent diminue ou périt pour lui; c'eſt dans l'un comme dans l'autre cas, le même principe qui décide, la perte ſuit la propriété.

Periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tum & ſi adhuc ea res emptori tradita non ſit. §. 3. Inſt. *de empt. & vend.* ce qui eſt adopté.

V. De-là il s'enſuit que ſi à l'inſtant de la perfection de la vente, la maiſon vendue périſſoit, ſoit par caducité, ſoit par force majeure, l'acheteur n'en devroit pas moins le prix, parce que la propriété réſide dans ſa perſonne, & que la choſe périt pour le maître: cela reçoit une exception; ſi le vendeur étoit en retard de délaiſſer à l'acquéreur la libre poſſeſſion de la maiſon vendue, & qu'elle vînt à périr par une incendie: en ce cas nonobſtant la perfection de la vente elle périroit pour le vendeur: ſon retard ſur la délivrance & la conſervation d'icelle juſqu'à la délivrance, l'aſſujettiſſent à cette perte, avec d'autant plus de raiſon qu'elle eſt préſumée, provenir de ſon fait, ou de celui de ceux dont il eſt le garant.

Loi 12 & 14, ff. *de peric. & comm. rei vend.*

VI. De-là il s'enſuit dans ce cas, que ſi l'acquéreur n'a pas payé ſon prix il en eſt déchargé, & s'il l'a payé il en a la répétition; il a même l'action contre le vendeur, pour lui faire réparer la perte qu'il ſouffre

par l'incendie : tout cela eſt ſuite des engagemens du vendeur : en effet, & comme on l'a déja dit, en ce cas, la perte arrive par le fait du vendeur, ou par le fait de ceux dont il eſt garant ; ce qui fonde les deux propoſitions précédentes.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence ; voyez le titre des baux ſur la garantie que fait naître l'incendie, & les deux loix citées ſur la propoſition précédente.

VII. Voyons à préſent ſur cela l'effet de la condition : dans le cas que la vente eſt conditionnelle, la perte de la choſe juſqu'à l'accompliſſement de la condition regarde le vendeur, nonobſtant la perfection du contrat, parce que juſqu'à cet accompliſſement il n'y a pas de vente, & que c'eſt cet accompliſſement qui lui donne l'être ; juſqu'à ce l'objet de la vente ne peut donc être aux riſques de l'acquéreur, puiſqu'il n'en eſt pas vraiment propriétaire.

Si ſub conditione res venierit, ſi quidem defecerit conditio venditio nulla eſt, l. 8, ff. *de per. & com. rei vend.*

VIII. Mais il n'en eſt pas de même des ſimples changemens, ou diminutions qui arrivent à l'immeuble vendu conditionnellement ; juſqu'à l'accompliſſement de la condition, ils tombent ſur l'acquéreur, ſans que pour ce il puiſſe demander aucune diminution de prix, c'eſt l'effet naturel d'une telle vente ; cela eſt fondé ſur ce que telle eſt la condition des contractans, de vendre & d'acquérir la maiſon dans l'état qu'elle ſe trouvera lors de l'accompliſſement de la condition qu'ils ont attaché à leur contrat, & par conſéquent dans le cas de cette accompliſſement, les changemens ne ſont d'aucune conſidération ; ce qui n'eſt pas de la perte totale de la choſe, parce qu'en ce cas, la vente n'a plus d'objet.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence, ſauf la limitation qui ſuit ; voyez Domat, qui prouve cette propoſition, qui s'établit d'elle-même.

IX. Cependant ſi les changemens étoient arrivés par le fait ou la négligence du vendeur, il en eſt tenu, quoique ces changemens ſoient arrivés avant l'accompliſſement de la condition ; il eſt garant de ſon fait, & par conſéquent de faire ceſſer, ou de réparer l'effet de tels changemens.

On le juge ainſi, parce qu'en ce cas, c'eſt le fait qui décide.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES CONDITIONS ATTACHÉES AU CONTRAT DE VENTE, ET DE LA STIPULATION DE L'INTERPOSITION D'UN DÉCRET.

I. DE ce que deſſus, il réſulte aſſez qu'on peut faire la vente & l'acquiſition d'un immeuble conditionnellement ; cela dépend de la volonté des contractans, & c'eſt l'accompliſſement qui forme la vente ; en effet, rien de plus naturel, de plus légitime que de ſuivre exactement les conventions, lorſqu'elles n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives.

Loi 8, ff. *de peric. & com. rei vend.* déja citée.

II. Il réſulte encore comme dans tous les autres contrats, que lorſque la vente eſt conditionnelle, c'eſt l'accompliſſement de la condition qui lui donne l'être, & que ſans cet accompliſſement il n'y a pas de vente ; telle a été la volonté des contractans qui eſt indiviſible, & qui doit avoir ſon exécution.

Conditionales venditiones tunc perficiuntur, cùm impleta fuerit conditio, liv. 7, ff. *de contrah. empt.*

III. La ſtipulation de l'interpoſition d'un décret volontaire, ne rend pas la vente conditionnelle, mais tend à la rendre notoire : voilà tout l'effet d'une telle ſtipulation.

Voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

IV. Tout l'effet de cette clauſe eſt de ſuſpendre l'exigibilité du prix, juſqu'à l'expiration du tems accordé pour faire le décret volontaire ; & ſans cela cette faculté ſeroit inutile.

Telle eſt ſur ce, la juriſprudence du châtelet ; on n'y donne pas à cette clauſe une autre effet, ſi ce n'eſt que par indulgence on y proroge le tems.

V. Le décret volontaire parfait, ne donne pas à l'acquéreur plus de droit qu'il en a par le contrat de vente, parce que cet acte n'eſt que confirmatif du contrat ; il procure la ſûreté de ſon exécution ſans y rien ajouter ; il n'a pas d'autre effet.

Il n'en eſt pas de même de la vraie condition, n'arrivant pas, la vente eſt nulle ; loi 8, ff. *de peric. & commodo* : cet effet du décret volontaire, eſt établi dans ſon ordre dans le dernier livre.

CHAPITRE SIXIEME.

DES ACCESSOIRES DE L'IMMEUBLE VENDU, ET CONTRE QUI S'INTERPRETE L'OBSCURITÉ DE LA VENTE.

I. LES dépendances de la maiſon vendue ſont partie de la vente, encore qu'elles ne ſoient pas exprimées par le contrat; c'eſt ſuite néceſſaire de la vente, lorſqu'elle n'excepte rien; ce qui embraſſe à plus forte raiſon les fruits pendans par les racines, à moins qu'il n'y ait un bail connu de l'acquéreur.

Loi 13, §. *ult.* ff. *de act. empt. & vend.*

II. De-là il s'enſuit, que les ornemens qui y ont été incorporés en ſont partie; cela eſt inconteſtable, c'eſt portion de la choſe vendue; cette portion eſt donc compriſe dans la vente.

Il en eſt de même, à plus forte raiſon, des fruits qui ſont pendans, leſquels appartiennent à l'acquéreur, à moins qu'il n'y ait bail, auquel dernier cas, ils appartiendroient au fermier; Peregrinus, art. 49, num. 92; Lapeyrere, let. F, déciſion 68, pag. 146; mais l'acquéreur nonobſtant le bail (à moins qu'il n'ait acquis à la charge d'icelui) auroit répétition du montant des fruits pendans, contre le vendeur, ſuivant la juriſprudence des ſentences du châtelet; en effet, la vente n'exceptant rien, doit comprendre ces acceſſoires, abſtraction faite du bail.

III. Il en eſt de même des acceſſoires de la maiſon vendue; d'où il s'enſuit, que tous les tuyaux qui conduiſent de l'eau à la maiſon vendue, ſont partie de la vente d'icelle, quoique non exprimés dans le contrat; c'eſt dépendance de la choſe vendue, & par conſéquent ſuite de la vente.

On le juge ainſi au châtelet; en effet, tout acceſſoire doit ſuivre la nature de ſon principal, & ces tuyaux ſont les acceſſoires de la maiſon, ils ſont donc juſtement réputés faire partie de la vente. Loi 17, §. 7, ff. *de act. empt. & vend.* à laquelle on peut ajouter la propoſition qui ſuit.

IV. Une autre raiſon eſt, que toutes les obſcurités qui ſe trouvent dans le contrat de vente, doivent s'interpréter contre le vendeur, parce que connoiſſant ſa choſe beaucoup mieux que l'acquéreur, c'eſt à lui à s'expliquer ſi clairement, qu'il n'y ait aucun doute ſur l'étendue de la vente & ſur l'effet d'icelle; régle qui confirme les propoſitions précédentes: régle puiſée dans l'équité & dans la raiſon écrite adoptée.

Quia debuit aperitus legem dicere; c'eſt la diſpoſition de la loi 39, ff. *de pactis*: voyez l'arrêt du 11 janvier 1708, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences: mais s'il y avoit des clauſes contradictoires, & que l'une détruiſit l'autre, telles clauſes ſeroient cenſées nulles & non écrites: Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 1, chap. 4; ce qui me paroît très-juſte & néceſſaire à obſerver ſur la propoſition.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES ENGAGEMENS RÉSULTANS DU CONTRAT DE VENTE.

SECTION PREMIERE.

DES ENGAGEMENS DE L'ACQUÉREUR.

DISTINCTION PREMIERE.

DU PAYEMENT DU PRIX ET DES INTÉRETS D'ICELUI.

I. L'ACQUEREUR eſt obligé de payer le prix de ſon acquiſition dans le tems convenu; c'eſt ſon unique engagement, ſauf l'exception ci-après; c'eſt du moins le principal, dans lequel ſe concentrent ordinairement tous ſes autres engagemens.

Loi 53, ff. *de contrah. empt.*

II. S'il n'y a pas de terme pour ce, il doit le payer incontinent; c'eſt la condition qu'il s'eſt fait à lui-même, & ce qui réſulte du contrat de ſon acquiſition; qui ne lui donnant aucun terme, l'oblige à payer ſans délai.

In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, preſenti die debetur: liv. 14, ff. *de Reg. Juris*; & l'on le juge ainſi au châtelet.

III. Lorſqu'il y a terme, il ne doit le payement du prix que du jour de l'expiration du terme; mais il doit l'intérêt du jour du contrat, ſi il n'en n'eſt déchargé, & non

pas ſeulement à compter du jour de l'expiration du terme; autrement il gagneroit injuſtement ſur le vendeur, puiſqu'il fait les fruits ſiens.

On juge même au châtelet qu'il ne peut l'anticiper, quand telle eſt la clauſe du contrat de vente, quoique dans la thèſe générale le terme ſoit en faveur du débiteur. Sur les intérêts, voyez la propoſition qui ſuit.

IV. Dans l'un & dans l'autre cas, il doit l'intérêt du jour qu'il commence à jouir & même dans le cas qu'il auroit terme & délai, à moins qu'il n'en ſoit expreſſément déchargé; car du ſeul délai, il ne s'enſuit pas de plein droit une décharge d'intérêt; il faut qu'elle ſoit expreſſe, puiſque la nature du contrat & de l'engagement, fait de plein droit courir les intérêts, qu'on doit regarder comme le juſte prix des fruits que l'acquéreur fait ſiens.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur ce que les intérêts ſont la balance des fruits; cependant pluſieurs prétendent que du ſeul délai naît l'affranchiſſement des intérêts; la rigueur du principe eſt contraire à cette opinion.

V. Quand il y auroit décharge d'intérêt pendant un certain tems, l'intérêt court auſſitôt l'expiration de ce tems; ce cours naît d'un tel contrat; parce que, après l'expiration du tems de cette décharge, le principe qu'on vient d'établir doit s'appliquer.

Il court *ex naturâ rei*: voyez ci-après le titre des intérêts, & la loi citée ſur la derniere propoſition de la préſente diſtinction.

VI. Lorſque le payement eſt morcelé, & eſt ſtipulé payable en différens tems & avec décharge d'intérêt, l'intérêt de chaque portion du prix échu court du jour de chacune échéance; la grace ou la décharge ne doit s'étendre au-delà; c'eſt encore une ſuite de ce que deſſus, & dans tous ces cas où l'intérêt du prix de la vente eſt dû, il court de plein droit, & ſans qu'il ſoit beſoin de demande en juſtice, parce que c'eſt la balance des fruits que l'immeuble produit, & un intérêt que la loi même fait courir; autrement, encore une fois, l'acquéreur gagneroit injuſtement ſur le vendeur.

Loi 5, au cod. *de act. empt. & vend.* & c'eſt ſur cela qu'eſt fondée la juriſprudence.

DISTINCTION II.

Si les ſaiſies & arrêts ſur le prix, empêchent le cours des intérêts d'icelui.

VII. Quoique l'acquéreur ait les mains liées par des ſaiſies & arrêts, il ne doit pas moins l'intérêt de ſon prix, parce qu'il ne jouit pas moins des fruits de l'immeuble vendu: jouiſſance qui l'aſſujettit à ces intérêts, & à laquelle les ſaiſies & arrêts en ſes mains, ne donnent aucune atteinte; c'eſt à lui à agir, pour faire ceſſer le cours de ces injuſtes intérêts; en effet, lorſqu'il a ſes deniers prêts, il peut arrêter le cours de ces intérêts en faiſant faire des offres réelles à ſon vendeur, tant du capital que des intérêts, à la charge de lui apporter mainlevée, & faiſant réaliſer ſes offres à l'audience, tant avec ſon vendeur, qu'avec les ſaiſiſſans, après leur avoir dénoncé les offres; telle diligence le met à couvert des intérêts.

Telle eſt l'uſage du châtelet, où la réaliſation de telles offres & ainſi faites, arrête le cours des intérêts contre l'acquéreur d'un immeuble, & le décharge à l'avenir du cours des intérêts de ſon prix; la réaliſation à l'audience, eſt un uſage dans ce tribunal, qui n'eſt pas de néceſſité, lorſqu'après les offres il y a dépôt de la ſomme offerte.

VIII. Il ſe décharge par cette voie du cours des intérêts, parce qu'il ne ſeroit pas juſte qu'ayant ſes deniers prêts, il en payât l'intéret, & ſouffrit par le fait de ſon vendeur, lorſqu'il a fait tout ce qui étoit en lui pour ſa libération.

On dit par ſon fait, parce que les ſaiſies & arrêts ne peuvent être imputés qu'au vendeur; ce qui fonde cette réſolution en faveur de l'acquéreur qui s'eſt conformé à ce que deſſus, & qui par ſes offres, a mis tous les intéreſſés en état de s'arranger ſur la réception.

IX. Il peut même après un certain tems ſe débarraſſer de la garde de ſon prix, en ſe faiſant autoriſer à le conſigner, & le conſignant réellement; la conſignation autoriſée tenant lieu de payement effectif.

Tout ce que deſſus eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet; & cet effet de la conſignation, eſt conforme à la diſpoſition du droit civil.

DISTINCTION III.

Si le péril d'éviction ſuſpend en faveur de l'acquéreur l'exigibilité du prix.

X. Lorſqu'il y a péril d'éviction, & que le péril eſt juridiquement prouvé, le prix quoiqu'échu, ne peut être exigé de l'acquéreur; ce qu'on va développer par les propoſitions ſuivantes: cette ſuſpenſion de payement en ce cas, eſt fondée ſur une ſouveraine équité.

Ante pretium ſolutum, dominii quæſtione motâ, pretium emptor ſolvere non cogitur; niſi fidejuſſores idonei à venditore ejus evictionis offerantur; liv. 18, §. 1, ff. *de peric. & comm. rei vend.* diſpoſition judicieuſe, & qui comme telle, a été adoptée au châtelet, moi plaidant.

XI. De la propoſition précédente, il s'enſuit que ſi l'acquéreur eſt pourſuivi par un tiers, ſe prétendant propriétaire de la

maiſon par lui acquiſe; par une telle pourſuite ſon prix ceſſe d'être exigible; autrement il coureroit le riſque de le payer deux fois; & telle eſt la véritable application de la maxime qu'on vient d'établir.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; & cela encore une fois, y a été ainſi jugé, moi plaidant, ſur le fondement de la loi, citée ſur la propoſition précédente, qui s'étend même au de-là, comme on le va voir par ce qui ſuit.

XII. La découverte faite par l'acquéreur, que l'héritage par lui acquis, eſt ſujet à un douaire, forme un péril d'éviction, mais ce péril ne ſuſpend pas indiſtinctement le payement du prix de l'acquiſition; lorſque le douaire eſt coutumier, il ſuſpend l'exigibilité de la moitié du prix de l'acquiſition; la vente ne pouvant alors valoir que pour moitié; il n'en n'eſt pas de même du préfix: c'eſt ſimple hypothéque, & non propriété.

Cela a été ainſi jugé au préſidial du châtelet, moi plaidant; c'eſt vente de la choſe d'autrui, ce qui eſt bien ſuffiſant pour fonder la propoſition; dans le cas d'un douaire coutumier.

XIII. Cette ſuſpenſion dans ce cas, a lieu, ſoit que l'acquéreur ait acquis par contrat volontaire, ſoit qu'il ait acquis en juſtice, parce que le douaire coutumier étant un droit réel & une portion de l'immeuble vendu, il ſe trouve que le vendeur a vendu la totalité d'une choſe qui ne lui appartenoit plus que pour partie; ce qui influe néceſſairement ſur le prix qui ne peut lui être payable que relativement à ſa propriété.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet, & pour moi je n'y vois aucune difficulté; ce qui n'eſt pas par rapport au douaire préfix, comme on le verra ci-après.

XIV. De ce que deſſus, il réſulte que dans le cas du douaire coutumier, l'acquéreur eſt bien fondé à garder moitié de ſon prix, en offrant de payer les intérêts de cette moitié, & que s'il ne veut le garder, il eſt bien fondé à demander qu'il en ſoit fait emploi pour ſa ſureté; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus; il lui faut ſes ſûretés & l'on ne peut contre une propriété les lui procurer que par l'une ou l'autre voie.

Voyez ci-après le titre du douaire; & la propoſition eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet.

XV. Dans le cas que le douaire eſt préfix, il ne ſuſpend pas indiſtinctement l'exigibilité du prix, & en ce cas il faut diſtinguer ſi l'acquéreur à acquis par contrat volontaire; tel douaire n'empêche pas l'exigibilité du prix, parce que l'acquéreur a dû connoître l'état & la condition de ſon vendeur; tel douaire ſur ce ne peut donc être d'aucune conſidération; & l'acquéreur ne pourroit en exciper pour ſuſpendre le payement qu'en ſe repliant ſur lui-même, & allant contre ſon propre fait.

Cela a encore été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant contre Langlois, ſur le fondement de la maxime, que *nemo debet eſſe ignarus conditionis ejus cum quo contrahit.*

XVI. Mais s'il a acquis en juſtice, par exemple, par la voie d'une adjudication ſur une licitation, en ce cas, il peut retenir le capital du douaire, quoique préfix, en offrant d'en payer l'intérêt, parce qu'en ce cas, il ne connoît que la juſtice, & que par le genre de ſon acquiſition, il n'a pu parer à l'éviction qui eſt pour lui à craindre.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, plaidant Langlois contre Sandrier, & cette diſtinction me paroît très-juſte.

XVII. A l'égard de la découverte qu'un acquéreur auroit fait, des créances hypothéquées ſur l'immeuble par lui acquis, elles ne ſuſpendent pas l'exigibilité du prix, encore qu'il fut adjudicataire ſur une licitation; en effet, elles ne tendent pas à une éviction éminente & inévitable, & l'acquéreur en a volontairement couru les riſques, en ne ſtipulant pas l'interpoſition d'un décret volontaire.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet, qu'on y fonde encore, mais aſſez indirectement, ſur la maxime, *nemo debet eſſe ignarus conditionis ejus cum quo contrahit*, qui ne s'applique exactement que dans le cas du contrat volontaire, & non dans celui de la licitation.

XVIII. Mais s'il a ſtipulé un décret volontaire & qu'il ait découvert des hypothéques, le prix n'eſt pas abſolument exigible, encore que le délai accordé pour faire le décret ſoit expiré, & en ce cas on lui accorde nouveau délai d'autant plus juſte que les oppoſitions retardent le décret.

Cela eſt fondé, ſur ce que l'on doit ſe prêter avec indulgence, pour procurer les ſûretés à un acquéreur qui n'a voulu acquérir que ſous la condition de l'interpoſition d'un décret, & tel eſt l'uſage du châtelet.

SECTION II.

Des engagemens du vendeur d'un immeuble.

DISTINCTION PREMIERE.

De la délivrance ou miſe en poſſeſſion & de la remiſe des titres.

XIX. Le vendeur doit laiſſer à l'acquéreur la libre jouiſſance de l'immeuble par lui vendu, du jour que l'acquéreur en doit jouir aux termes du contrat de vente d'icelui; c'eſt ſon premier engagement & le

juſte effet du contrat qui doit faire paſſer la jouiſſance comme la propriété de la choſe, de l'un à l'autre.

Imprimis ipſam rem præſtare venditorem oportet, id eſt tradere, l. 11, §. 1, ff. *de act. empt. & vend.*

XX. S'il n'y a pas pour de ce tems marqué par le contrat de vente, le vendeur le doit faire incontinent après la vente : c'eſt ce qui réſulte en ce cas du contrat dont l'effet doit être préſent ; puiſque les contrats n'y ont attaché aucun délai.

Loi 41, §. 1, ff. *de verb. obligat* & tel eſt l'uſage, lorſqu'il n'y a pas de bail. On verra dans le chapitre qui ſuit, ſi le bail de la maiſon vendue fait obſtacle à cette jouiſſance, & s'il refléchit contre l'acquéreur ; c'eſt un objet qui demande un examen particulier.

XXI. Il doit remettre à l'acquéreur les titres de propriété & notamment ceux à la remiſe deſquels il s'eſt ſoumis par le contrat de vente, & faute de cette remiſe l'acquéreur peut ſuſpendre le payement de ſon prix ; il peut même demander la réſolution de la vente ; le défaut de titre l'expoſant à l'éviction.

Loi 18, §. 1, ff. *de peric. & commod. rei vend.* c'eſt la juriſprudence, & droit commun.

☞ Le vendeur étant obligé à la garantie envers l'acquéreur ne peut être forcé de ſe deſſaiſir des titres de propriété ; il ſuffit qu'il en donne un état avec promeſſe d'en aider l'acquéreur au beſoin, ou qu'il les lui exhibe pour en prendre des extraits. Arrêt du 11 novembre 1550, Pap. liv. 11, titre 4, art. 1, & Deſpeiſſe, page 53.

DISTINCTION II.

Des garanties dûes par le vendeur.

SUBDIVISION PREMIERE.

Des cauſes les plus ordinaires de cette garantie, & ſi le vendeur en peut ſtipuler ſa décharge.

XXII. La premiere cauſe de garantie dûe par le vendeur d'un immeuble, eſt le défaut de propriété dans ſa perſonne, c'eſt à lui à la garantir à l'acquéreur, & à le garantir des troubles qu'il ſouffriroit dans ſa poſſeſſion.

Sive tota res evincatur, ſive pars, habet regreſſum emptor in venditorem. l. 1, ff. *de evict.* Voyez auſſi la loi 10 du même titre, & la ſixieme au cod. au même titre *de evict.*

XXIII. De-là il s'enſuit, qu'il doit mettre l'acquéreur à couvert de toutes prétentions de propriété de la part de ceux qui ſe prétendroient propriétaires de l'immeuble par lui vendu ; cela eſt une ſuite inconteſtable du principe qu'on vient de poſer ; c'eſt à lui à faire jouir l'acquéreur & à remplir par cette jouiſſance ſon engagement.

La garantie de celui qui acquiert ſciemment d'un vendeur non propriétaire a-t-elle lieu contre ce vendeur ? elle n'a lieu que pour la reſtitution du prix qu'il en a reçu : Loüet, let. A, num. 13 ; Lapeyrere, let. G, addition à la déciſion premiere, pag. 149 : ce qui me paroît bien juſte, puiſqu'il a ainſi acquis ſciemment ; il eſt donc juſte en ce cas de réduire à cette reſtitution l'effet de la garantie.

XXIV. Il doit garantir ſon acquéreur de toutes demandes en déclaration d'hypothéques ; ces demandes tendantes à l'éviction, la ceſſation d'icelles eſt ſuite de ſa garantie, & ſans cela la propriété qu'il doit garantir ſeroit énervée, & l'acquéreur contraint de payer une ſeconde fois ſon prix.

Ainſi que de tous droits réels ſur la choſe ; arrêt du 18 juillet 1681, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 116, par lequel le vendeur a été condamné d'acquitter l'acquéreur de la taxe du huitieme denier, impoſé pour l'aliénation des biens d'égliſe : ce qui établit la propoſition, qui d'ailleurs s'eſt inconteſtable ; elle eſt fondée ſur les 3 loix citées ſur la premiere propoſition de la preſente diſtinction.

XXV. Il doit le garantir même des demandes en déclaration d'hypothéque qui ne viendroient pas de ſon chef, mais du chef de ſes auteurs ; ſa qualité de vendeur l'aſſujettit à cette garantie, & cela auroit lieu, encore qu'il ne fût ſucceſſeur de ſes auteurs qu'à titre ſingulier ; c'eſt de ſa main qu'eſt ſorti l'héritage & qu'il en doit ſortir libre ; du moins c'eſt à lui à le vendre tel, puiſqu'il en a reçu le prix.

Mais ſi l'acquéreur avoit compoſé avec le demandeur originaire, le vendeur ne lui doit que la reſtitution de ſa compoſition ; Papon, liv. 11, tit. 4, num. 11 ; ce qui eſt très-juſte.

XXVI. De-là il s'enſuit, que quoique la demande en déclaration d'hypothéque vienne du chef d'un premier vendeur, le ſecond vendeur eſt obligé d'en garantir celui qui a acquis de lui, parce que l'immeuble ayant paſſé par ſa main & ayant profité du prix, il doit garantir de tout trouble celui qui a contracté avec lui, & qui n'eſt obligé ſur ce, à reconnoître autre que lui pour garant.

Il doit même garantir l'acquéreur de la taxe du huitieme denier impoſé pour aliénation de biens d'égliſe, quoique cette charge impoſée avant la vente n'eût été notifiée que depuis ; parce que lorſqu'on dit que pour les faits du prince, il n'y a pas de garantie, cela ne s'entend que des droits qui ſont incertains, & non de ceux qui ſont réglés & arrêtés lors de la vente ; arrêt du 18 juillet 1681, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 116 qu'on a déja cité ; ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

XXVII. Il doit le garantir de toute ouverture de douaire & de ſubſtitutions, l'un

& l'autre faiſant trouble à la propriété ſont objets de ſa garantie.

Cela eſt même de ſtyle dans les contrats de vente : ce qui n'auroit pas moins lieu quand cela auroit été omis, cela étant de droit, comme on le verra par la ſuite & réſultant des trois loix déja citées.

XXVIII. Il doit pareillement le garantir de toute rente fonciere & de toutes ſervitudes non déclarées par le contrat, & les héritiers du vendeur ſont tenus de toutes les garanties ci-deſſus, puiſque par leur qualité ils repréſentent le vendeur, & que par cette repréſentation, ils ſont tenus de toutes les actions dont le défunt qu'ils repréſentent étoit tenue garantie, qui rend l'héritier non-recevable à revendiquer la choſe vendue.

L'héritier du vendeur ne peut de ſon chef revendiquer l'héritage que ſon auteur auroit indument vendu, par la maxime, *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellet exceptio.* Voyez Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 16, ch. 9 : & c'eſt ce qui réſulte de la propoſition.

XXIX. Les garanties qu'on vient d'expliquer, ont lieu de plein droit contre le vendeur, d'où il s'enſuit qu'il en eſt tenu, encore qu'elles ne ſoient pas exprimées dans le contrat de vente, ſa ſeule qualité de vendeur ſuffit pour les fonder.

Non dubitatur etſi ſpecialem venditor evictionem non promiſerit, re evicta ex empto competere actionem, l. 6. Cod. *de evict.*

XXX. La ſtipulation que le vendeur ne ſeroit pas garant du défaut de propriété dans ſa perſonne, ni des demandes en déclaration d'hypotéque qui viendroient de ſon chef, ſeroit vicieuſe & de nul effet, parce qu'il ſeroit contre les bonnes mœurs qu'il pût impunément manquer de foi, & rendre ſon dol impuni & efficace.

La garantie a lieu en ce cas pour la reſtitution du prix, *ne emptor & re & prætio careat* ; ſauf l'exception qui ſuit.

XXXI. Mais la clauſe par laquelle un vendeur ſtipuleroit qu'il ne ſeroit pas garant des demandes en déclaration d'hypothéque qui ſeroient formées de chef de ſes auteurs ſeroit valable ; c'eſt ceſſion de ſon droit tel qu'il peut être, & ceſſion qui n'opére rien que de judicieux ; c'eſt convention licite ſur laquelle le prix a été fixé & qui doit comme telle avoir ſon exécution.

Loi 11, §. 1, ff. *de act. empt. & vend. Nihil magis bonæ fidei congruit quàm id præſtari quod inter contrahentes actum eſt.* Voyez la propoſition qui ſuit.

XXXII. En effet, cette clauſe n'eſt pas contraire aux bonnes mœurs, & la vente n'eſt en ce cas qu'une ceſſion que le vendeur a fait de ſon droit de propriété tel qu'il étoit, l'acquéreur a pris ce même droit à ſes riſques ; cette clauſe doit donc avoir ſon exécution ; c'eſt une convention très-légitime.

Il en ſeroit de même ſi un premier acquéreur avoit cédé à un ſecond acquéreur, le droit réſultant de ſon contrat d'acquiſition, & qu'il eût limité la garantie à ſes faits & promeſſes ; en ce cas, le premier acquéreur n'eſt pas garant des troubles qui procéderoient du fait de ſon vendeur ; Dumoulin, conſeil 49. Lapeyrere, pag. 150 : ce qui fonde la propoſition ainſi que la précédente.

XXXIII. Mais le vendeur ne doit aucune garantie pour les voies de fait, les cas fortuits & les faits du prince ; c'eſt à l'acquéreur à ſe mettre à l'abri des premieres, & les autres ſont à ſes riſques ; nul n'en étant garant, ſi il n'y a à cette garantie, ſoumiſſion littérale & expreſſe.

Loi 11, ff. *de evict.* & tel eſt le droit commun du royaume : ce qui ne s'entend que des faits ſurvenus depuis le contrat de vente.

SUBDIVISION II.

De la déclaration que le vendeur doit faire des charges & des ſervitudes, & des actions qui ont lieu contre lui faute d'avoir fait cette déclaration.

XXXIV. Le vendeur eſt obligé de déclarer les charges impoſées ſur l'héritage par lui vendu ; ſon ſilence ſur ce, ſeroit un dol qui ſeroit une baſe à garantie contre lui ; cependant l'omiſſion de la déclaration par le contrat, du cens & de la redevance ſeigneuriale dont l'héritage vendu eſt chargé, ne donne aucune ouverture à la garantie contre le vendeur, lorſque le cens & la redevance, ſont le cens & la redevance ordinaire qui ſe payent au ſeigneur, & dont il jouit dans le canton où l'héritage vendu eſt ſitué ; le droit commun ſuppléant à l'omiſſion d'une telle déclaration ; par la maxime, nulle terre ſans ſeigneur, nul francaleu ſans titre.

L'uſage conſtant fonde cette propoſition ; les ordonnances portent cependant qu'il ſera fait mention de cette charge ; ſur la premiere partie de la propoſition, voyez la loi premiere, §. 1, ff. *de edil. edict.*

XXXV. En effet, la maxime conſtante, nulle terre ſans ſeigneur, ſupplée à l'omiſſion de la déclaration d'une telle charge ; mais ſi la redevance, quoique ſeigneuriale, eſt inuſitée dans le canton où l'héritage vendu eſt ſitué, c'eſt-à-dire, non générale, & qu'elle ſoit fondée ſur un titre particulier à l'héritage vendu, l'omiſſion de la déclaration d'une telle charge fait ouverture à garantie contre le vendeur ; & c'eſt le cas d'appliquer la premiere propoſition de cette ſubdiviſion ; c'eſt dol de la part du vendeur

deur dont il eſt de toute juſtice de faire ceſſer l'effet.

Voyez la propoſition qui ſuit, qui explique celle-ci.

XXXVI. Dans ce cas l'acquéreur a l'option, il peut demander une diminution ſur le prix de la vente, ou la réſolution d'icelle, parce que ſi telle charge eût été connue, il auroit acheté moins ou refuſé l'acquiſition; cependant pour demander la réſolution, il faut que la charge ſoit notable, ſans cela ſimple diminution; parce que quand la charge n'eſt pas conſidérable cette diminution concilie tous les intérêts.

Je l'ai entendu juger ainſi au parc-civil, plaidant Sandrier, & les autorités rapportées ſur la propoſition ſuivante fondent celle-ci.

XXXVII. Il en eſt de même, ſi l'héritage vendu eſt chargé d'une rente fonciere non rachetable & non déclarée par le contrat de vente; dans ce cas, comme dans le précédent, l'acquéreur peut demander ou la diminution ou la réſolution, ſuivant la diſtinction qu'on vient de faire.

Lorſqu'il y a par la vente déclaration d'une certaine rente, & que la rente dûe ſe trouve plus forte que celle qui a été déclarée, mais de la nature qui a été déclarée, en ce cas, l'acquéreur n'a que l'action, *Quanti minoris*; mais s'il y a par le contrat déguiſement de la nature de la rente ou de la charge auxquelles l'héritage eſt aſſujetti, en ce cas, il a l'action en réſolution; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 5, num. 11; Lapeyrere, let. G, déciſ. 13, pag. 151; il ſeroit cependant équitable de n'admettre la réſolution du contrat que dans le cas que la rente fonciere ſeroit conſidérable.

XXXVIII. Ce qu'on vient de dire ſur les rentes, s'applique aux ſervitudes paſſives; en effet, le vendeur doit déclarer les ſervitudes dont l'héritage par lui vendu eſt chargé, ſans cela il a action contre lui; en effet, ceſſante la déclaration, s'il ſe trouve droit de ſervitude ſur la maiſon vendue, l'acquéreur peut demander ou diminution de prix, ou réſolution de contrat, & la ſervitude, telle qu'elle ſoit, donne lieu à ce dernier droit dès qu'elle eſt onéreuſe.

Loi 62, ff. *de edil. edict.* elle ne porte que la diminution; mais ſuivant nos uſages, la ſervante lorſqu'elle eſt onéreuſe, donne lieu à la réſolution du contrat de vente; à quoi il faut joindre les autorités ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction; elles ſont communes à celle-ci; & notamment, Loyſeau & Lapeyrere.

XXXIX. Cela a lieu même pour les ſervitudes viſibles dont la maiſon vendue ſe trouveroit chargée; ce qui eſt fondé ſur ce que malgré leur apparence, l'acquéreur a eu juſte ſujet de penſer que ce n'étoit que tolérance, puiſqu'on lui vendoit la maiſon comme libre, outre que toute obſcurité dans la vente s'interprête contre le vendeur, comme on l'a établi précédemment.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant. Voyez la loi 39, ff. *de pactis.*

SUBDIVISION III.

Si l'expreſſion, que la vente eſt faite comme la maiſon ſe pourſuit & comporte, & ſi la remiſe à l'acquéreur du titre de la ſervitude ſuppléent à la déclaration, & ſi cette déclaration doit embraſſer les vices apparens.

XL. L'expreſſion inſérée dans le contrat de vente, que la maiſon eſt vendue comme elle ſe pourſuit & comporte, n'empêche pas que le vendeur ne ſoit garant des ſervitudes non exprimées dans le contrat de vente; encore que la ſervitude fut viſible; il eſt tenu d'expliquer les charges & ſans cette expreſſion il eſt juſtement réputé avoir vendu l'immeuble comme libre.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que c'eſt au vendeur à s'expliquer nettement. Voyez la loi citée ſur la propoſition précédente, elle fonde celle-ci.

XLI. En effet, telle expreſſion ne s'entend & ne tombe que ſur ce qui eſt réel & actif, & ne s'entend ni ne tombe ſur ce qui eſt paſſif; ſur quoi le vendeur a dû s'expliquer clairement, & toute obſcurité dans le contrat s'interprête contre lui, comme on l'a déja dit, ce qui fonde la propoſition précédente: ainſi tout concourt à donner à cette expreſſion une telle interprétation.

Loi derniere, §. dernier, ff. *de contrah. empt.* & la coutume rejette toute conſtitution générale de ſervitudes.

XLII. La remiſe que le vendeur auroit faite par le contrat à l'acquéreur du titre conſtitutif de la ſervitude, dont la maiſon vendue étoit tenue, mais l'ayant vendue comme libre, ne ſupplée point au défaut de la déclaration d'icelle, & ne fait aucun obſtacle à la garantie contre le vendeur, ſoit que la ſervitude ſoit viſible ou non; l'acquéreur ayant nonobſtant cette remiſe, la préſomption pour lui, ſauf le droit de celui auquel la ſervitude eſt dûe. La raiſon de ce, eſt que l'énonciation que la maiſon eſt vendue comme libre, doit prédominer à cette connoiſſance ou indication imparfaite & indirecte, d'autant plus que l'acquéreur n'en étant pas chargé par ſon contrat, a eu juſte ſujet de penſer que la ſervitude avoit été effacée par un acte contraire, ou n'étoit que tolérance: tout conduit encore ici à une telle interprétation, les termes du contrat, la faveur que mérite l'acquéreur & l'eſprit de la coutume.

C'eſt l'opinion commune, fondée encore ſur ce que la coutume rejette toute conſtitution géné-

rale de ſervitudes, & ſur la loi citée ci après : & cela a été ainſi jugé comme on l'expliquera ſur la propoſition qui ſuit.

XLIII. Cependant par rapport à la ſervitude inviſible, qui eſt celle que le décret peut purger, l'acquéreur auquel le titre d'icelle auroit été remis, ne pourroit la purger par cette voie, par rapport à celui auquel une telle ſervitude ſeroit dûe, ſauf ſon recours pour ce contre ſon vendeur.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, pour le ſieur Perault, contre le ſieur Baron de Prangin. J'avois écrit au procès pour le premier; ce dernier prétendoit que par ſon décret volontaire, auquel le premier ne s'étoit pas oppoſé, il avoit purgé le droit de ſervitude non apparente, auquel ſa maiſon avoit été aſſujettie; mais le ſieur Perault prouvoit, par le contrat même du ſieur Prangin, que par icelui on lui avoit remis le titre conſtitutif de la ſervitude, ce qui l'en avoit inſtruit; connoiſſance qui effaçoit ſur ce tout l'effet de ſon décret volontaire, puiſque le décret ne purge pas une ſervitude viſible.

XLIV. Ce droit qui eſt plus de la matiere des ſervitudes, que de celle-ci, eſt traité dans le titre des ſervitudes; c'eſt un droit ſingulier au voiſin, qui n'empêche pas la garantie contre le vendeur qui a dû s'expliquer clairement, & contre lequel il faut interprêrer l'obſcurité du contrat de vente; ce qui fonde la garantie.

Veteribus placuit, pactionem obſcuram vel ambiguam venditori & cui locavit nocere, in quorum fuit poteſtate, legem apertiùs conſcribere, l. 39, ff. *de pactis*.

XLV. Quant à la déclaration ſur les vices apparens, le vendeur n'eſt pas garant, ni tenu de déclarer les vices apparens de l'immeuble qu'il vend, l'acquéreur a dû les connoître : de-là il s'enſuit, qu'il n'eſt pas obligé de déclarer que la maiſon eſt vieille, & que l'héritage eſt ſujet à être inondé; on pourroit dire que demander le contraire, ſeroit une queſtion d'aveugle.

C'eſt la diſpoſition de droit qui eſt adoptée; en effet, l'immeuble eſt vendu & acheté comme tel, & l'apparence de ces défauts vaut déclaration & affranchit le vendeur de la néceſſité de la faire. On le juge ainſi, & cela ne peut ſouffrir de difficulté; il n'en eſt pas de même des vices cachés, dont la diſſimulation de la part du vendeur fait ouverture à la garantie contre lui.

XLVI. Mais il eſt tenu de déclarer les vices cachés de l'immeuble qu'il vend, ſans cela il y a lieu à la garantie contre lui : de-là il s'enſuit, que ſi l'héritage qu'il vend exhale des vapeurs ſi malignes, que ſa poſſeſſion ſoit pernicieuſe, l'omiſſion de la déclaration d'un tel defaut, donne lieu à la réſolution de la vente; ce qui tombe dans l'arbitraire des conjectures ſur la ſuffiſance de la malignité, & par-là, eſt plus philoſophique que réel.

Voyez Domat, titre de la vente, & l'arrêt du 11 janvier 1708, rapporté dans la deuxieme partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, chap. 2, pag. 104.

SUBDIVISION IV.

De la garantie de la meſure dûe par le vendeur

XLVII. Le défaut de meſure donne lieu à une juſte garantie, ſur quoi il faut diſtinguer, lorſque la vente eſt d'une maiſon ou d'un jardin, ou de l'un & l'autre enſemble, que le contrat de vente porte à qui tiennent ces corps certains des quatre côtés, & que par le contrat il eſt ajouté que le tout contient tant d'arpens; en ce cas le vendeur n'eſt pas obligé de garantir cette meſure; c'eſt corps certain vendu, limité par lui-même, abſtraction faite de la meſure, ce qui écarte toute garantie par rapport à la meſure; les tenans déſignés devant décider.

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 83; Lapeyrere, let. V, déciſ. 51, pag. 528 Voyez les propoſitions ſuivantes, qui développent celle-ci.

XLVIII. En effet, en ce cas la vente ſe réduit à une maiſon, à un jardin, ainſi qu'ils ſe pourſuivent & comportent, & les confins expliqués qui forment les limites de l'objet de la vente prédominent à l'énonciation de la meſure, qui dans ce cas n'eſt que ſurabondante; & par conſéquent ſur cette meſure il ne doit pas y avoir de garantie, ſi le corps certain eſt entier; c'eſt ce corps qui eſt acquis tel qu'il eſt, abſtraction faite de meſure dont on n'a fait une mention imparfaite, que par ſurabondance.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant; & c'eſt ce que dit Henrys, en la queſtion qu'on vient de citer ſur la propoſition précédente.

XLIX. Dans le cas que la vente eſt faite à la meſure, par exemple, ſi elle eſt faite de trente arpens de terre, le vendeur eſt tenu de garantir cette meſure; ce n'eſt plus un corps certain, mais une quantité marquée qui forme l'objet de la vente; quantité qu'il doit garantir, puiſque c'eſt cette quantité qu'il a réellement, & que l'acquéreur a voulu acquérir.

Voyez Henrys, à l'endroit qu'on vient de citer tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 83, & Lapeyrere, à l'endroit cité ſur la premiere propoſition de cette ſubdiviſion, & la propoſition qui ſuit.

L. Cette garantie auroit lieu, encore que le contrat de vente contînt les confins, & les tenans & aboutiſſans des trente arpens vendus; c'eſt toujours certaine quantité vendue & qui doit être garantie par le vendeur : la délivrance de cette quantité étant l'objet & la fin d'un tel contrat; cette juriſprudence

eſt fondée, ſur ce que dans le cas que la vente eſt faite à la meſure, l'énonciation des confins eſt ſurabondante, & comme telle, c'eſt la quantité, c'eſt la meſure marquée qui prédomine ſur icelle : ſi cette meſure manque, il y a donc lieu à la garantie contre le vendeur : ſecond cas qui ſe décide tout différemment de celui qu'on a examiné, c'eſt-à-dire, celui d'une vente d'un corps certain & cependant par le même principe, c'eſt-à-dire, par le vrai ſens des termes du contrat.

Dans le cas que la vente eſt faite à la meſure, les frais de l'arpentage ſont à la charge du vendeur : ils ſont au contraire à la charge de l'acquéreur, ſi la vente eſt faite d'un corps certain : c'eſt ce que dit Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 16, ch. 6. Il faut diſtinguer, dit-il, *an venditio incipit à menſurâ aut à corpore, primo caſu ſumptibus venditoris hæc menſuratio eſt facienda, ſecundo caſu emptoris* ; ce qui me paroît juſte pour le premier cas, mais inutile pour le ſecond, où la meſure, ou plutôt l'énonciation d'icelle, ainſi qu'on vient de le voir, eſt totalement ſurabondante, puiſqu'en ce cas le vendeur ne garantit que le corps certain & non la meſure.

LI. Si la vente eſt faite à la meſure, mais avec la reſtriction, ou environ, cette reſtriction ne décharge pas abſolument le vendeur de garantir la meſure du terrein par lui vendu : mais la reſtriction produit l'effet qu'on va expliquer : au moyen de cette reſtriction, le vendeur n'eſt plus aſſujetti à une garantie arithmétique, & il ne doit fournir qu'environ la quantité déſignée par le contrat ; c'eſt tout ſon engagement, ainſi ſur cela, la difficulté ſe réduit à déterminer l'effet que le mot (environ) doit produire : par cette reſtriction, le vendeur doit fournir à un trentieme près, la quantité marquée par le contrat de vente & non moins : tel eſt ſur ce, l'uſage fondé ſur ce qu'il a fallu faire produire un effet balancé à ce mot indéterminé d'environ, & cet effet qu'on lui donne eſt un effet juſte & naturel.

Voyez ſur cela la diſſertation que fait Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 83.

LII. De-là il s'enſuit que s'il a vendu trente arpens de terre ou environ, & qu'il s'en trouve vingt-neuf, il n'eſt tenu d'aucune garantie ; mais s'il ne s'en trouvoit que vingt-huit, l'acquéreur a garantie, pour laquelle diminution doit lui être faite du vingt-neuvieme du prix ſeulement ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

Cela a été ainſi jugé au préſidial, moi plaidant.

DISTINCTION III.

De la reſtitution que le vendeur doit faire du prix, en cas que l'acquéreur ſoit évincé.

LIII. L'éviction donne lieu à la reſtitution du prix & de ſes acceſſoires : en effet, l'acquéreur évincé doit être pleinement dédommagé par ſon vendeur ; dédommagement qui entraîne néceſſairement la reſtitution du prix que l'acquéreur ne peut perdre, n'ayant pas la choſe ; les propoſitions ſuivantes contiennent l'effet de ce dédommagement.

Evicta re, ex empto actio, non ad pretium duntaxat recipiendum, ſed ad id quod intereſt competit, l. 70, *de evict.*

☞ L'éviction eſt tellement de l'eſſence & de la nature de la choſe vendue, que quoiqu'elle ne ſoit réſervée ni exprimée, elle eſt toujours entendue ; & quand même il ſeroit dit dans le contrat que le vendeur ne ſera tenu d'aucune éviction, & qu'il vend aux riſques, périls & fortunes de l'acquéreur, il n'eſt pas moins tenu de la reſtitution du prix par lui reçu : leg. *evict. dict.* tit. *de actionibus empt.*

LIV. Pour conſerver l'action qui naît en faveur de l'acquéreur par l'éviction, il doit dénoncer le trouble à ſon vendeur & ne ſe déſiſter de la propriété & poſſeſſion de la choſe à lui vendue, qu'après cette dénonciation : ſans cela il affoibliroit ſa garantie : mais il ne la détruiroit pas totalement.

Mais il n'eſt tenu que de cette dénonciation : dès qu'elle eſt faite, tout eſt aux riſques du vendeur ; cela réſulte de l'ordonnance de 1667.

LV. Dans ce cas le vendeur doit rendre le vrai prix de l'immeuble au tems de l'éviction : c'eſt ce prix que l'acquéreur perd, puiſqu'il n'a plus la choſe, c'eſt donc d'abord ce prix qu'il faut lui rendre au moyen de l'éviction qu'il a ſouffert.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, parce que ſans cela l'acquéreur ne ſeroit pas vraiment dédommagé ; ce qui emporte le rembourſement des impenſes, comme on le verra ci-après ; mais eu égard à leur valeur, au tems de l'éviction : c'eſt ce tems qu'il faut conſidérer, parce qu'elle étoit ſa choſe & que ce n'eſt qu'à ce moment qu'elle ceſſe de l'être.

LVI. Par le même principe, ſi au tems de l'éviction l'immeuble étoit diminué de prix, le vendeur ne rendroit que le prix au tems de l'éviction, parce qu'il ne doit que la réparation de la perte ſoufferte par l'éviction : mais il doit cette réparation totale par la perte que l'acquéreur fait de la choſe, eu égard à ſa valeur au moment de l'éviction.

Si minus eſſe cœperit damnum emptoris erit dicta lege 70, de evict. ce qui fonde la propoſition.

LVII. Lorſque l'acquéreur eſt forcé de déguerpir par des demandes en déclaration d'hypothéque, il a pareille répétition contre le vendeur, que celle-ci deſſus ; c'eſt toujours éviction que le vendeur a dû faire ceſſer, ou dont il doit réparer l'effet.

Voyez les autorités ci-deſſus, qui fondent cette propoſition générale, en expliquant ſes ſuites & les conſéquences.

LVIII. Dans ce cas, comme dans le précédent, il doit dénoncer à ſon vendeur avant de déguerpir, parce qu'il peut avoir des moyens pour le mettre à l'abri du déguerpiſſement : ſource de la néceſſité de cette dénonciation.

Voyez le titre du déguerpiſſement, où la néceſſité de cette dénonciation eſt plus approfondie, & la derniere propoſition de cette diſtinction.

LIX. Dans ce même cas, comme dans le précédent, l'acquéreur répéte contre ſon vendeur le montant des impenſes & améliorations par lui faites, & ce comme le prix principal, c'eſt-à-dire, eu égard à la valeur de ces améliorations au tems de l'éviction, ſauf la limitation qui ſuit, qui concerne la mauvaiſe foi du vendeur qui étend l'effet de ſa garantie.

Loi 9, au code *de evict.* en ſorte que pour ce, il ne recouvre que ce qu'il y a d'augmentation réelle par ſes impenſes : loi 38, ff. *de rei vend.*

LX. Cependant, ſi le vendeur avoit vendu de mauvaiſe foi la choſe d'autrui ; il ſeroit tenu indiſtinctement, c'eſt-à-dire, de payer tout ce l'acquéreur auroit dépenſé : ſa mauvaiſe foi eſt punie par cette rigueur.

In omnibus caſibus, ſi ſciens alienam vendidit, omninò teneri debet, l. 45, §. 1, ff. *de act. empt. & vend.* mais en ce cas ſa mauvaiſe foi prévient plus contre lui qu'elle n'établit cette réſolution ; car enfin, l'acquéreur eſt pleinement dédommagé en recevant de ſon vendeur le vrai prix de l'immeuble au tems de l'éviction ; ainſi on eſt plus entraîné là par l'autorité que par l'équité & par la raiſon.

LXI. Si l'acquéreur ſe déſiſte ou déguerpit à l'inſçu de ſon vendeur, & que le vendeur juſtifie qu'il avoit de bons moyens pour le mettre à couvert du trouble, ſa garantie contre le vendeur ceſſe, & il n'y a plus lieu à aucune reſtitution de prix, parce qu'alors l'acquéreur ne ſouffre que par ſa négligence ; ce qui a conduit néceſſairement en ce cas à faire tomber toute la perte ſur lui, puiſqu'elle vient de ſon propre fait.

Loi 55, ff. *de evict.* & voyez ci-après le chapitre du déguerpiſſement.

LXII. De même l'acquéreur efface ſa garantie s'il tranſige ſur le trouble à l'inſçu de ſon vendeur ; c'eſt précipitation qu'il doit s'imputer lorſque le vendeur juſtifie de bons moyens de décharge.

Loi 56, §. 1, ff. *de evict.* ce qui s'entend toujours lorſque ce dernier avoit de bons moyens pour le mettre à couvert de l'éviction ; voyez la propoſition qui ſuit qui éclaircit celle-ci.

LXIII. En effet, dans ces deux cas l'acquéreur doit s'imputer à lui-même ſa précipitation & le vendeur n'en peut être la victime, & dans ces mêmes deux cas de déſiſtement ou de tranſaction, l'acquéreur n'a plus que la voie d'agir à ſes riſques, pour rentrer en poſſeſſion de l'immeuble qu'il a abandonné indiſcrettement ſur le fondement des décharges & des moyens déciſifs que ſon vendeur lui a adminiſtré ; c'eſt en ce cas ſa ſeule reſſource, le vendeur ne pouvant ſouffrir de ſon fait.

Telle eſt ſur ce, l'opinion commune, ſous la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit, & avec laquelle celle-ci doit être entendue.

LXIV. Mais pour que le vendeur jouiſſe de cette décharge, il faut qu'il ait de bons moyens, ſinon malgré la précipitation du déſiſtement ou du déguerpiſſement de la part de l'acquéreur, le vendeur reſte garant formel, & tout ce qu'opére le défaut de dénonciation, eſt de l'affranchir des dépens qui ne commencent à tomber ſur lui que du jour qu'il eſt pourſuivi en dénonciation & en garantie ; mais cela n'affoiblit en rien la garantie ſur le fonds.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & c'eſt ce qui réſulte de l'ordonnance de 1667, qui nonobſtant le défaut de dénonciation, laiſſe aux moyens du fonds toute l'efficacité qu'ils peuvent avoir.

CHAPITRE HUITIEME.

DU BAIL DE L'IMMEUBLE VENDU ET S'IL ENGAGE L'ACQUÉREUR.

I. ON ne fera ici que poſer les principes, on les approfondira ſur le titre des baux ; l'acquéreur d'une maiſon ou d'une terre, n'eſt pas obligé d'exécuter le bail que le vendeur en avoit fait, & qui ſe trouve ſubſiſtant lors de la vente ; cela eſt fondé, ſur ce que le bail n'eſt qu'une ceſſion de jouiſſance à tems, n'eſt qu'un acte d'adminiſtration qui doit céder à la vente qui emporte aliénation abſolue du fonds ; la foi & la ſalutaire exécution des contrats ſembleroit exiger le contraire, mais l'exécution d'un bail auroit gêné le propriétaire dans la vente ; derniere, raiſon qui l'a emporté ſur la premiere qui n'eſt pas moins forte ; mais elle a l'autorité que l'autre n'a pas.

Quid ? de la vente faite avec faculté de réméré ; l'acquéreur en ce cas, peut-il faire réſoudre le bail ? voyez l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 320 : quant au principe général il eſt tiré de la loi 9, cod. *loc. emptorem quidem fundi non tenetur ſtare colono, cui prior dominus locavit* ; c'eſt diſpoſition adoptée quoique contraire à la foi des contrats.

II. Il en ſeroit autrement ſi l'acquéreur avoit été chargé par la vente de l'exécution du bail ; ce ſeroit alors la condition de la vente & elle en ſeroit inſéparable ; par conſéquent en ce cas il ne pourroit faire valoir ce privilége, qui par lui-même eſt peu favorable & peut être même peu juridique lorſque le bail eſt authentique & qu'il a une date certaine & antérieure à la vente.

Niſi eâ lege emit. l. 9, cod. *locat.* ci-deſſus citée ; ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

III. Cette matiere étant encore plus dépendante de celle des baux que de la vente, eſt traitée ci-après dans le titre des baux, dans l'étendue qu'elle doit avoir ; encore une fois, on ne fait ici que poſer les principes généraux de cette réſolution en ce qu'ils ont trait à la vente.

L'exercice de ce droit donne lieu à des dommages & intérêts contre le vendeur ; cela eſt inconteſtable au châtelet, & la conteſtation ſur ce, s'eſt toujours réduit ſur le plus ou ſur le moins : ce qui eſt examiné ci-après ſur le titre qu'on a indiqué ; autre principe général qu'il eſt à propos d'annoncer ici.

CHAPITRE NEUVIEME.

DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT DE VENTE.

SECTION PREMIERE.

DES RÉSOLUTIONS D'ICELUI, QUI ONT LIEU EN FAVEUR DU VENDEUR.

DISTINCTION PREMIERE.

DE LA RÉSOLUTION EN SA FAVEUR FAUTE DE PAYEMENT DU PRIX.

I. FAUTE par l'acquéreur de payer le prix & de ſatisfaire aux charges de ſon acquiſition, le vendeur a la voie ouverte pour demander la réſolution du contrat ; le payement étant légalement la condition de la vente, faute d'accompliſſement de laqu'elle elle doit être anéantie.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant, quoique le prix de la vente eût été une rente viagere dont le vendeur avoit été ſervi pendant les premieres années de ſa création ; ce qui établit d'autant plus la propoſition qui eſt dans le cas d'un prix certain.

☞ Le principe établi par la propoſition ci-deſſus, eſt ſi certain même par rapport à une rente viagere qui formeroit le prix du contrat, que par arrêt du parlement de Paris, du 22 mai 1762, un vendeur a été autoriſé à rentrer dans les biens par lui vendus moyennant une rente viagere ; quoiqu'il y eut cette circonſtance que les héritages vendus avoient été plus que payés par la preſtation de la rente pendant dix-huit années ſur un pied plus fort que le denier dix & ſans aucune retenue d'impoſitions : voyez Deniſart, *verb.* vente ; il rapporte cet arrêt ainſi que l'eſpece.

II. Le vendeur nonobſtant cette ouverture à réſolution, ne peut agir par voie de

fait & ſe mettre en poſſeſſion de ſon autorité privée de l'immeuble par lui vendu, faute par l'acquéreur d'avoir payé le prix, dans le cas même que le contrat contiendroit clauſe réſolutive ; telle clauſe n'étant que comminatoire : de-là il s'enſuit que pour cette réſolution du contrat de vente, il faut entence ou conſentement de l'acquéreur ; c'eſt à la juſtice à régler le droit réſultant d'une telle clauſe, & non au vendeur à ſe la rendre à lui-même par des voies de fait, qui ſont contraires à l'ordre public, & qui ſont comme telles toujours prohibées.

Lorſqu'il y a pacte réſolutoire, c'eſt-à-dire, convention que la vente ſera nulle, ſi le prix n'eſt payé dans un certain tems, par la loi 2, ff. *de lege commiſſ.* le défaut de payement dans le tems, opére réſolution ; mais parmi nous, on accorde nouveau délai : je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet ; uſage équitable & préférable à la rigueur de la loi citée, & qui étoit peu politique.

III. Cette réſolution, mais ſous la limitation marquée, eſt fondée ſur ce que c'eſt une condition tacite du contrat, qu'il ne ſubſiſtera qu'autant que les deux contractans exécuteront réciproquement leur engagement ; c'eſt ſouveraine équité : mais le vendeur non payé de ſon prix, peut s'il veut, pourſuivre l'exécution du contrat, & non ſa réſolution, ce qui eſt à ſon choix : dans ce cas & dans l'exécution de ce dernier parti, c'eſt-à-dire, l'exécution du contrat, le vendeur exerce ſes actions ſur l'acquéreur & ſur ſes biens, & peut même demander à rentrer en poſſeſſion de l'héritage par lui vendu, ſuivant l'eſtimation d'icelui, au tems de ſa rentrée ; tous ſes droits réſultent des engagemens du vendeur qu'il n'a pu affoiblir par ſon fait ; cette alternative eſt donc peu juridique.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence, & c'eſt droit commun.

IV. Dans ce dernier cas, il reſte créancier du vendeur pour l'excédent du prix porté par le contrat de vente au par-deſſus de l'eſtimation qui en a été faite ; en effet, l'acquéreur ne peut (en ne payant pas le prix de ſon acquiſition) préjudicier au vendeur, & anéantir l'engagement qu'il a contracté par le contrat de vente, qui ſubſiſte toujours juſqu'à ce qu'il l'ait rempli ; la juſte exécution des contrats légitimes a néceſſairement conduit là.

Sur la queſtion de ſavoir ſi pour la rentrée en poſſeſſion de l'héritage de la part du vendeur d'icelui, & ce pour l'eſtimation, il eſt dû un droit au ſeigneur, voyez le titre des cenſives, où cela eſt examiné.

DISTINCTION II.

De la réſolution en ſa faveur par l'exercice du réméré ſtipulé.

V. Par l'exercice du réméré ſtipulé en faveur du vendeur, le contrat de vente eſt anéanti ; c'eſt l'effet de cette modification attachée à la vente, elle eſt inſéparable ; ce qui a lieu quand la faculté ſeroit ſtipulée par un acte ſéparé ; le conſentement à icelle aſſure ſon exécution.

Par arrêt du 4 août 1676, il a été jugé que la faculté de réméré ſtipulée par un acte ſéparé du contrat de vente, étoit valable comme celle ſtipulée par le contrat même ; cet arrêt eſt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 28 : ce qui prouve l'efficacité & la faveur de cette faculté, qui, étant ſtipulée, ne peut être diviſée de la vente.

VI. Le tems pour l'exercice du réméré varie aſſez ſinguliérement ; il eſt plus long dans le cas qu'il ſembleroit devoir être plus court ; il ſeroit à ſouhaiter qu'il fût uniforme & que cette variation fût rejettée, comme on le va voir par les notes ſuivantes ; cette variété produit des inconſéquences qu'il ſeroit à propos de faire ceſſer.

Louet, let. D, num. 21 ; & Brodeau, au même endroit ; Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 9, atteſtent que lorſqu'il eſt à tems, il ſubſiſte après ce tems juſqu'à ce qu'il y ait ſentence de purification, & que le nouveau délai porté par cette ſentence ſoit expiré ; & s'il n'y a pas de ſentence, l'opinion commune en ce cas eſt que la faculté dure 30 ans après l'expiration du délai convenu ; cependant, comme le dit Henrys, tom. 2, liv. 3, queſt. 11, il ſeroit plus juſte de fixer la faculté à 30 ans, d'autant plus que la faculté convenue à perpétuité ne dure que ce tems, & qu'il ne paroît ni juſte ni conſéquent, que la faculté que la lettre du contrat a limité, ait plus de durée que celle qu'on a ſtipulé perpétuelle ; voyez Lapeyrere, let. P, déciſ. 64, pag. 317 ; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag 326 ; il y a apparence qu'on viendra quelque jour à ce ſentiment auſſi raiſonnable que judicieux.

VII. La loi commiſſaire ou paction réſolutive, n'a lieu qu'en faveur du vendeur & non de l'acquéreur ; encore pour ce premier n'eſt-elle regardée que comme comminatoire.

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 40. Sur la queſtion de ſavoir ſi telle vente donne lieu à des droits ſeigeuriaux, voyez le titre des cenſives ; & ſur celle de ſavoir ſi un tel acquéreur peut expulſer le locataire, voyez le titre des baux ; on a vu par les notes ſur la troiſieme propoſition du préſent chapitre quel étoit parmi nous l'effet de la loi commiſſaire.

DSTINCTION III.

De la réſolution de la vente en faveur du vendeur par la léſion d'outre moitié.

VIII. Lorſque le vendeur par la vente, eſt léſé d'outre moitié, il y a lieu à la réſolution de la vente ; c'eſt le droit qu'une telle léſion ouvre à l'acquéreur, c'eſt droit commun: & ſi il y a faculté de réméré, les dix années de la reſtitution en entier ne commencent à courir que du jour de l'expiration du délai pour cette faculté ; cette reſtitution a une ſouveraine équité pour baſe.

Les dix années pour la reſtitution contre une vente qui emporte léſion d'outre moitié & qui contient la faculté de réméré, ne commence à courir que du jour de l'expiration de la faculté; le Prêtre, cent. 1, ch. 34; Louet, let. R, num. 16; Lapeyrere, let. P, déciſion 72, pag. 323 : ce qui eſt bien juſte.

IX. Cette reſtitution en entier, eſt fondée ſur la faveur que mérite le vendeur, qui n'a vendu avec telle perte, que contraint de le faire par la néceſſité de ſes affaires : néceſſité dont l'acquéreur a voulu injuſtement profiter; tels ſont les fondemens de cette reſtitution ; elle a donc une ſouveraine équité pour baſe.

Cette reſtitution eſt inviolablement ſuivie, ſuivant la diſpoſition de la loi citée ſur la propoſition qui ſuit ; elle eſt adoptée par les ordonnances ; ainſi c'eſt droit commun.

X. Cette réſolution doit être demandée dans les dix ans; après lequel tems il y a quant à ce, fin de non-recevoir contre un vendeur majeur; ce qui ſe verra plus amplement ci-après ſur le titre des reſtitutions : il ſuffit ici de poſer le principe général.

Loi 1, au cod. *de reſcind. vend.* Voyez le titre des reſtitutions en entier, où cela eſt établi par la diſpoſition des ordonnances.

XI. Cette même réſolution n'a pas lieu en ventes d'offices, la variété ſur le prix l'exclut ; ainſi en ce cas la léſion d'outre moitié n'eſt d'aucune conſidération.

Cela eſt établi ſur le titre des offices ; tel eſt l'uſage, & c'eſt droit commun.

☞ Le juſte prix ſur lequel la léſion doit être reconnue, eſt la valeur de l'immeuble au tems de la vente, & non au tems de la demande en reſtitution ; voyez Bouvet, tom. 2, verb. vente, queſt. 71.

SECTION II.

Des réſolutions d'icelui en faveur de l'acquéreur, & s'il eſt reſtituable par la léſion d'outre moitié.

XII. L'éviction totale emporte réſolution, mais réſolution relative ſeulement au tiers qui a fait juger contre l'acquéreur, que c'étoit lui qui étoit propriétaire, & non relativement au vendeur, contre lequel tout le droit réſultant de la vente ſubſiſte : en effet, dans ce cas le contrat de vente & l'hypothéque qui en réſulte, ſubſiſtent en faveur de l'acquéreur contre le vendeur, pour la répétition du prix & des dommages & intérêts ; ce n'eſt que réſolution relative qui ne peut donner atteinte à ſes droits & à ſes actions contre ſon vendeur.

Tel eſt l'uſage, il eſt inconteſtable.

XIII. Lorſque l'éviction n'eſt que d'une portion de l'immeuble vendu, elle n'emporte pas indiſtinctement réſolution du contrat de vente en faveur de l'acquéreur ; mais elle l'emporte quelquefois : ſi l'éviction eſt notable, & qu'influant ſur ce qui reſte de l'immeuble vendu, il y ait lieu de préſumer que l'acquéreur n'eût pas acquis ce reſte ſeul, en ce cas il y a lieu à la réſolution totale de la vente, & à la répétition du prix, & aux dommages & intérêts.

Je l'ai entendu ainſi juger au parc-civil, plaidant Sandrier.

XIV. Mais ſi l'éviction n'eſt pas telle, l'acquéreur ne peut demander qu'une ſimple diminution de prix, qui ſe fait eu égard au prix total & à la répartition d'icelui ſur la portion dont l'acquéreur a été évincé ; judicieuſe diſtinction puiſqu'elle ménage tous les intérêts légitimes.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet.

XV. Il en eſt de même du trouble ſur le fondement d'une ſervitude ou d'une rente fonciere non déclarée : réſolution ſi cela eſt notable ; ſimple diminution ſi cela ne l'eſt pas ; le même principe décide.

Cela a été ainſi établi ci-deſſus.

XVI. Si les charges ſont tellement onéreuſes qu'il y ait lieu de préſumer que l'acquéreur n'eût pas acquis s'il les eût connu, il y a lieu à la réſolution totale de la vente, mais ſi elles ne ſont pas telles, il n'y a lieu qu'à une ſimple diminution du prix : ce qu'on a dit ſur l'éviction s'appliquant ici.

Cela réſulte de ce que deſſus, & on le pratique ainſi au châtelet.

XVII. L'acquéreur n'eſt pas reſtituable, encore qu'il eût acquis le double de la valeur de l'héritage ; c'eſt droit commun, parce que ç'auroit été abuſer de cette reſtitution, que de la faire militer en ſa faveur ; en effet, il eſt bien moins favorable que le vendeur ; la fixation du prix eſt l'effet de ſon affection, non celui de la néceſſité, ni de la contrainte ; en quoi il eſt fort différent du vendeur, & ce qui rend à ſon égard le moyen de léſion impuiſſant, & laiſſe ſubſiſter tout l'effet obligatoire du contrat.

Voyez le titre des reſtitutions en entier où cela eſt établi, c'eſt le vrai ſiége de cette réſolution ;

& la loi premiere, au cod. *de rescind. vend.* qui, n'ouvrant cette voie que pour le vendeur, l'exclut donc pour l'autre.

SECTION III.

Des résolutions communes à l'acquéreur & au vendeur.

XVIII. La vente, comme tous les autres contrats, s'anéantit par les vices qui détruisent le consentement qui est la base de toute convention; ainsi, s'il y a défaut de consentement la vente est nulle. De-là il suit que si l'une ou l'autre des parties l'a passé par le dol, ou par contrainte, il y a lieu à la résolution, soit en faveur du vendeur, soit en faveur de l'acquéreur; le dol & la contrainte effaçant le consentement qui n'a pu s'allier avec eux.

Cela est établi sur le chapitre des restitutions en entier, c'est droit commun; & il suffit ici de poser les principes généraux.

XIX. De même, si l'un ou l'autre étoit mineur & qu'il fût lésé, la lésion étant un moyen de restitution pour le mineur.

Voyez le même titre indiqué, où il est établi que la lésion telle qu'elle soit, est un moyen de restitution en entier en faveur des mineurs.

XX. L'inéxécution de la condition fait résolution commune; en effet, lorsque la vente a été faite conditionnellement, c'est-à-dire, pour n'avoir point lieu, si un certain fait arrivoit, l'événement de cette condition résout la vente, ou plutôt le contrat qui ne devoit avoir lieu que par l'accomplissement de la condition; c'est légitime convention.

Loi 8, ff. *de pericul. & commod. rei vend.* & telle résolution est réciproque, c'est la loi commune de contractans; sur la résolution qu'opére le défaut d'accomplissement de la condition attachée à un contrat ou à une disposition, voyez les premiers chapitres du traité des dispositions conditionnelles de Ricard.

SECTION IV.

De la résolution imparfaite qu'opere le retrait.

XXI. L'exercice du retrait, soit lignager, soit seigneurial, n'opére pas une vraie résolution, mais la dépossession de l'acquéreur & la transmission de son droit, de sa personne à celle du retrayant: voilà l'effet du retrait; c'est subrogation légale, c'est transmission, par cette transmission, par cette subrogation, toutes les actions du vendeur résultantes du contrat de vente militent contre le retrayant, plus cependant par la force de l'hypothéque que par l'action personnelle.

Cette subrogation est établie sur le titre du retrait lignager.

XXII. Outre ce le vendeur conserve toutes ses actions contre l'acquéreur, sauf à l'acquéreur à se faire rendre indemne par le retrayant, comme il en a le droit; c'est l'exécution du retrait qui le regarde, c'est à lui à la faire valoir.

Cela est encore établi sur le titre cité sur la proposition précédente, & tel est sur ce l'usage du châtelet.

SECTION V.

Des effets de la résolution de la vente à l'égard des tiers.

XXIII. Quand la vente a été annullée par la voie de la restitution en entier, la vente est détruite jusques dans sa source, & les contractans mis dans l'état qu'ils étoient avant la vente: on va voir les suites de ce principe général, auquel il est à propos de se fixer.

Ut uterque resolutâ emptione, nihil amplus consequatur, quam non haberet si venditio facta non esset, l. 23, §. 1, ff. *de edil. edict.* Disposition adoptée.

XXIV. De-là il s'ensuit que les hypothéques du chef de l'acquéreur sont toutes effacées: ses créanciers ne pouvant avoir plus de droit que lui; c'est la conséquence du principe qu'on vient de poser.

Omnia in integrum restituantur perinde ac si neque emptio neque venditio intercesserit, loi 60, ff. *de edil. edict.*

XXV. Il en est de même si la vente a été résiliée, faute par l'acquéreur d'avoir payé son prix ou satisfait aux charges du contrat; en ce cas, comme dans l'autre, les hypothéques de l'acquéreur sont effacées; ses créanciers dans ce cas, comme dans le précédent, ne pouvant avoir plus de droit que lui.

Telle est la jurisprudence, les loix ci-dessus citées la fondent; en effet, c'est résolution par une cause ancienne & inhérente au contrat même, & les créanciers de l'aquéreur ne peuvent avoir plus de droit que lui; c'est ce que dit Loyseau, en son traité du déguerpissement.

XXVI. Dans ce même cas le vendeur, qui rentre en possession de l'immeuble par lui vendu, ne doit aucun droit au seigneur, mais il retient celui dû par l'acquéreur évincé. Cela est fondé sur ce qu'il ne s'étoit dépouillé que sous la condition d'être payé du prix, & que le défaut de l'accomplissement de cette condition fait cesser son dépouillement, qui n'étoit que conditionnel; ainsi, lui censitaire

cenſitaire enſaiſiné & reconnu, rentre dans ſon droit primitif, pourvu qu'il le faſſe purement & ſimplement, & non en laiſſant ſubſiſter le contrat de vente.

Mais pour cela il faut qu'il rentre purement & ſimplement en vertu de la ſentence qui réſout le contrat; car s'il ne reprenoit ſon héritage que ſuivant l'eſtimation d'icelui, & qu'il ſe réſervât par ce moyen les actions réſultantes de ſon contrat, il ne jouiroit plus de cet affranchiſſement; c'eſt de ſa part réacquiſition puiſqu'il laiſſe ſubſiſter le contrat de vente qu'il en avoit fait; cependant c'eſt réacquiſition forcée, ce qui me fait trouver dur de l'aſſujettir au payement de ce droit; mais telle eſt la rigueur du principe & de la diſpoſition de la coutume, qui étant générale rejette toute diſtinction.

XXVII. Si la vente n'étoit reſiliée que par une convention contraire, non-ſeulement les hypothéques du chef du vendeur ſubſiſteroient, mais encore le vendeur devroit nouveau droit au ſeigneur; c'eſt réacquiſition & non réſolution par cauſe ancienne, laquelle laiſſe ſubſiſter tout ce qui réſultoit de la mutation.

Par la loi 2, au cod. *de reſcind. vend.* les contractans réſiliant la vente avant qu'elle fût conſommée, elle étoit cenſée non faite; & par la loi 1, au cod. *quando lic. ab. empti. diſced.* la réſiliation ſe faiſant après la conſommation de la vente, les hypothéques du chef de l'acquéreur ſubſiſtoient toujours. Parmi nous, dès que le contrat a été parfait & qu'il n'eſt réſilié que par une nouvelle volonté, & non par une cauſe ancienne & inhérente au contrat même, les hypothéques du chef du vendeur ſubſiſtent toujours, nonobſtant la réſiliation de la vente, parce que le premier vendeur ne reprend pas une choſe qui fût à lui, puiſque la vente l'en avoit dépouillé, mais il achete la choſe d'un autre, qui ne peut paſſer en ſes mains qu'avec les charges que celui à qui elle appartenoit y avoit impoſé; telle eſt la juriſprudence du châtelet, & en ce cas le droit de lods & ventes eſt inconteſtablement dû de ſa part; ainſi en ce cas il y a double droit.

XXVIII. Il en eſt de même que dans le cas de la premiere propoſition de cette ſection, de l'exercice du reméré lorſque le vendeur a ſtipulé cette faculté par le contrat, & qu'il l'exerce, toute hypothéque du chef de l'acquéreur eſt effacé, & il n'eſt pas dû nouveau droit au ſeigneur; c'eſt réſolution par une cauſe inhérente au contrat même qui le détruit dans ſa ſource, & qui fait rentrer le vendeur dans ſon droit ancien; mais pour cela, il faut que ce droit ſoit acquis au vendeur par l'acte même, ou par une convention, quoique diſtincte, qui faſſe néanmoins partie de l'acte; car ſi cette faculté étoit accordée par un nouvel acte, nouveau droit ſeroit dû au ſeigneur par l'exercice de cette faculté, & les hypotheques du chef de l'acquéreur reſteroient ſubſiſtantes; ce n'eſt plus cauſe ancienne, mais convention nouvelle, ſi l'acte par ſa poſtériorité ne peut plus être regardé comme convention de la vente.

Telle eſt la juriſprudence; mais quoique la faculté de reméré ſoit accordée par un acte ſéparé de la vente, elle eſt auſſi efficace que ſi elle étoit compriſe dans la vente même, pourvu qu'il n'y ait pas d'intervalle notable entre les deux actes; voyez l'arrêt du 4 août 1676, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 28, & que cette faculté puiſſe être regardée comme *pactum incontinenti appoſitum*. Voilà ſur cela le vrai guide.

TITRE CINQUIEME.

DU PRET SIMPLE.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OBJET DE CE CONTRAT, ET COMMENT IL SE FORME.

I. L'ESPRIT compatiſſant pour autrui qui n'eſt qu'une juſtice pour nous-même, par l'eſpérance du retour que nous attendons, ont conduit naturellement les hommes à cet acte. Les choſes qui ſe donnent au nombre, au poids & à la meſure, forment l'objet de ce contrat, ſa fin eſt de les rendre telles qu'on les a reçus ; c'eſt ſa condition, ſans laquelle ce ſeroit donation, parce que, quoique la charité lui ait donné l'être, la juſtice ſur la volonté des contractans en régle la fin.

Voyez la propoſition ſuivante, qui fourniſſant un exemple, éclaircit ce principe général.

II. Tels ſont les grains, l'huile & le vin, & autres choſes ſemblables, dont on ne peut jouir qu'en les conſumant ; ainſi ce contrat fait tranſmiſſion de la propriété de ces choſes, mais ſous la condition d'en rendre autant.

Inſt. *quib. modis re contrah.*

III. Ce contrat differe de la vente en ce que dans la vente c'eſt un prix fixe qu'il faut payer : ici c'eſt la choſe qu'il faut rendre en même quantité, par poids, nombre & meſure ; telle eſt la nature de ce contrat.

Voyez Domat, ſur ce titre.

IV. La délivrance de la choſe empruntée rend ce contrat parfait, c'eſt ſa conſommation ; juſqu'à la délivrance il eſt imparfait, relativement aux deux parties, il eſt abſolument conſommé par la délivrance & la reſtitution.

Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Inſt. *quibus modis re contrah.*

CHAPITRE SECOND.

DE L'EFFET PRINCIPAL DE CE CONTRAT, ET DES ENGAGEMENS DE CELUI QUI EMPRUNTE.

SECTION PREMIERE.

DE CE QU'IL DOIT RENDRE.

I. PAR l'effet de ce contrat la propriété de la choſe paſſe dans la perſonne de celui qui a emprunté, comme on l'a déja annoncé ; en effet, en vain le feroit-on ſans cela ; de-là il s'enſuit que depuis la livraiſon de la choſe tous les changemens qui lui ſurviennent regardent l'emprunteur, c'eſt lui qui eſt propriétaire ; de-là il s'enſuit que toute abſtraction faite du prix, il doit rendre en même nature, par poids, nombre & meſure ; c'eſt le principal de ſes engagemens qui forment la matiere des propoſitions ſuivantes.

Cette propoſition eſt inviolablement ſuivie ; voyez la loi 2, ff. *de rebus cred. Cùm quid mutuum dederimus & ſi non cavimus ut æque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere ſit reddere, veluti vinum novum pro vetere*, l. 3, ff. *de reb. cred.* Diſpoſition dictée par l'équité, & dont il ſeroit impoſſible de s'écarter.

II. Il doit rendre le poids, le nombre ou la meſure qui lui a été prêté ; voilà ſes engagemens, & ils réſultent de ce que deſſus ; c'eſt de ſa part, la conſommation totale de l'acte & ſa pleine libération.

Aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis redduntur. Inſt. *quibus modis re contrah. oblig.*

III. Cette reſtitution eſt par lui dûe, nonobſtant que le prix de la choſe ſoit différent au tems qu'il doit la rendre ; cet engagement réel réſulte de la nature du contrat. De-là il s'enſuit que celui qui a paſſé une obligation ou fait un billet par leſquels il

s'eſt engagé de payer une certaine ſomme, doit reſtituer la même ſomme par livres, ſols & deniers, nonobſtant le changement arrivé ſur les eſpeces pendant le tems intermédiaire entre l'emprunt & la reſtitution ; c'eſt ce qui réſulte d'un tel engagement.

Loi 2, §. 1, ff. *de reb. cred.* & troiſieme à la fin du même titre, & la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

IV. En effet, un tel engagement eſt un prêt réel différent du ſimple prêt à uſage ou du commodat, par l'effet duquel la propriété des eſpeces empruntées a paſſé dans la perſonne du débiteur ; au lieu que dans l'autre, la propriété réſide toujours dans la perſonne de celui qui a prêté à uſage.

Loi 2, ff. *de reb. cred.*

V. De-là il s'enſuit que ſi depuis l'emprunt les eſpeces étoient augmentées, le débiteur ne devroit toujours que la ſomme, & l'augmentation ſeroit pour lui ; c'eſt une ſuite du principe ci-deſſus ; c'eſt ici la ſomme qu'il faut rendre & non la choſe même ; au lieu que dans le prêt à uſage, la propriété n'ayant pas changée, il faut que la choſe ſoit rendue à ſon maître.

Loi 2 & 3, ff. *de reb. cred.*

VI. De même ſi les eſpeces étoient diminuées, la diminution ſeroit à ſes riſques & n'affoibliroit pas ſon engagement, parce que comme on l'a déja dit, par le prêt & la délivrance les eſpeces ſont devenues ſiennes, & la choſe augmente ou diminue pour le maître ; c'eſt une ſomme certaine qu'il doit & non un certain poids de métal ; dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt toujours le même principe qui décide.

Ita à me tibi datur ut ex meo tuum fiat. Inſt. *quibus modis re contrah. oblig.*

VII. Dans le cas du prêt en deniers, comme dans les autres prêts, lorſqu'il n'y a aucun écrit, c'eſt la foi du débiteur qui décide, c'eſt à lui à qui le ſerment doit être déféré ; c'eſt la condition que le prêteur s'eſt fait à lui-même, puiſqu'il n'a exigé d'autre lien de droit que cette foi ; c'eſt donc à cette foi qu'on doit s'arrêter.

Voyez ci-après le titre des actions, c'eſt le vrai ſiége de cette matiere, & tel eſt l'uſage du châtelet.

SECTION II.

Quand & où il doit rendre.

VIII. Si par l'écrit ou par la convention verbale il n'y a point eu de tems marqué pour la reſtitution, elle doit ſe faire à la volonté de celui qui a prêté ; cet engagement réſulte du ſilence ſur ce, mais lorſqu'il y a tems marqué, le créancier ne peut anticiper ce tems ; il eſt lié par le délai qu'il a accordé, mais il ne l'eſt pas ſur le retard, lorſqu'il n'en n'a pas accordé.

Dies ſolutionis ſicut ſumma pars eſt ſtipulationis, l. 1, §. 2, ff. *de edendo.*

IX. Le débiteur en retard de rendre ne doit pas de plein droit l'intérêt à compter du jour de l'expiration du terme, il ne le doit que du jour de la demande qui a été formée contre lui ; c'eſt elle ſeule qui en fait le cours ; l'intérêt étant un choſe de rigueur qui ne peut avoir lieu, qu'autant que la juſte formalité que la loi a attaché à ſon cours a été rempli.

Voyez ci-après le titre des intérêts, où cela eſt établi.

X. A l'égard du lieu où la reſtitution doit ſe faire, elle doit ſe faire dans le lieu convenu s'il y en a eu de convenu, & ſi par la convention écrite ou verbale, il n'a été fait aucune mention du lieu, où la choſe devoit être rendue, elle doit l'être au lieu où elle a été délivrée ; c'eſt l'engagement tacite qui vaut autant que l'exprès.

Interrogavi cujus loci pretium ſequi debeat, reſpondit ſi conveniſſet ut certo loco redderetur, quanti eo loco eſſet ; ſi dictum non eſſet, quanti ubi eſſet petitum, l. 22, ff. *de reb. cred.*

XI. Ce qu'on a dit ſur le lieu de la reſtitution s'applique au prêt en deniers ; delà il s'enſuit que ſi le prêt en deniers a été fait dans une certaine ville, & qu'il n'y ait nulle convention ſur le lieu de la reſtitution, c'eſt dans le lieu où la ſomme a été prêtée qu'elle doit être rendue.

Ubi eſſet petitum, ſauf l'exception qui ſuit.

XII. Cependant ſi le prêt s'étoit fait en pays & en monnoie étrangere, ſans déſignation du lieu de la reſtitution, elle peut lorſque le débiteur eſt pourſuivi ici, ſe faire ici, mais par évaluation, & dans cette évaluation on doit comprendre les frais du tranſport & les riſques d'icelui ; cela concilie les intérêts & les principes.

L'uſage juſtifie cette propoſition.

SECTION III.

De l'eſtimation à faire lorſque le débiteur eſt en retard de rendre, & des intérêts en ce cas.

XIII. La mauvaiſe volonté, l'impuiſſance même de l'emprunteur de rendre en tems & lieu convenu, la quantité de la choſe qui lui a été prêtée, ne peut préjudicier au créancier d'icelle ; & dans ce cas, il faut

néceſſairement en fixer la valeur, ce qui ne ſe peut faire que par une eſtimation adoptée, tant par les ordonnances que par le droit civil; c'eſt par cette eſtimation que l'un recouvre ce qui lui appartient, & que l'autre ne paye que ce qu'il doit.

S'il eſt queſtion de gros fruits de la valeur deſquels on tient état, on ſuit pour ce cet état; voyez l'ordonnance de 1667. S'il eſt queſtion d'autres choſes, il en faut eſtimation, en quoi l'ordonnance a porté ſa prévoyance plus loin que le droit civil.

XIV. Cette eſtimation ſe fait, eu égard au tems & au lieu où la choſe devoit être rendue; c'eſt ſuite de l'engagement, & le payement ſuivant cette eſtimation le conſomme.

Vinum quod mutuum datum erat per judicem petitum, quæſitum eſt, cujus temporis æſtimatio fieret, utrum eum datum eſſet an cùm litem conteſtatam feciſſet, an cum res judicaretur. Sabinus reſpondit ſi dictum eſſet quo tempore redderetur, quanti fuiſſet, ſi non quanti tunc petitum eſſet. l. 22, ff. *de reb. cred.*

XV. Le rapport qui contient cette eſtimation étant régulier eſt entériné, & en conſéquence de cet entérinement le débiteur eſt condamné à payer la ſomme contenue en icelui, avec les intérêts, à compter du jour de la demande en entérinement du rapport; c'eſt à quoi tend une telle procédure que le retard du débiteur rend inévitable.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet.

XVI. Le débiteur en ce cas ne doit l'intérêt que de ce jour, parce que c'eſt le rapport qui a fixé & liquidé, ce qui avant n'étoit pas liquidé, ſauf ſur ce la limitation qui ſuit. En effet, l'intérêt étant (comme on l'a déja obſervé) un droit de rigueur, il ne peut courir que du jour que le débiteur a pu payer.

Telle eſt encore la juriſprudence du châtelet, ſous la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit.

XVII. Cependant ſi par la premiere demande le créancier, faute de lui rendre la choſe en nature, avoit conclu à la condamnation d'une certaine ſomme, & que cette ſomme n'excédât pas celle portée par le rapport, en ce cas le débiteur devroit l'intéret du jour de la premiere demande. Cela eſt fondé ſur ce que le créancier n'ayant rien demandé de trop, le débiteur ne doit pas profiter de ſa mauvaiſe foi ou de ſa témérité à conteſter une demande juſte, & le créancier qui par ſa propre demande s'eſt rendu à lui-même une exacte juſtice, n'en doit pas ſouffrir; baſes ſolides du cours des intérêts à partir de la premiere demande.

Sur les intérêts voyez ci-après le livre des actions; mais les intérêts n'en peuvent jamais produire d'autres: *Nullo modo uſuræ uſurarum à debitoribus exiguntur*, l. 28. Cod. *de uſur.* Ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition.

TITRE SIXIEME.

DU PRET A USAGE.

SECTION PREMIERE.

DE L'OBJET DE CE CONTRAT, COMMENT IL SE FORME.

I. LES motifs qui ont conduit au ſimple prêt, ont conduit à celui-ci. Ce contrat, qu'il faut diſtinguer du précédent, ne fait pas paſſer la propriété de la choſe empruntée dans la perſonne de l'emprunteur, mais le ſimple uſage d'icelle; c'eſt en quoi il differe du précédent, ce qui s'explique par les propoſitions ſuivantes.

Loi 8, ff. *Commodati.* Voyez les propoſitions ſuivantes.

II. Ce contrat eſt celui par lequel l'un prête gratuitement à l'autre un certain individu, comme un cheval, une tapiſſerie; tel eſt le prêt à uſage. Les liaiſons de l'amitié, de la ſociété, & l'eſpérance du retours de tels ſours, en pareils cas, l'ont fait naître.

Res aliqua utenda datur, §. 2. Inſt. *quib. mod. re contr. obl.*

III. Il eſt parfait par la remiſe de la choſe empruntée, & dès-lors elle eſt aux riſques de l'emprunteur, & tous les engagemens que ce contrat produit naiſſent de cette remiſe.

Is cui res aliena datur, id eſt, commodatur, res obligatur, §. 2, cité ſur la propoſition précédente.

IV. Si celui qui prête tiroit un bénéfice,

ce ne ſeroit plus un prêt, mais un louage, ce qui eſt fort différent du prêt à uſage.

Voyez Domat, ſur ce titre.

V. On ne peut prêter à uſage les choſes qui ſe conſument & qui ceſſent d'être dès qu'on en uſe, ces choſes forment l'objet du ſimple prêt examiné dans le titre précédent, & non l'objet de celui-ci. C'eſt individu certain qui fait ſa matiere ; c'eſt ce même individu qu'il faut rendre.

Le même auteur cité ſur la propoſition précédente.

SECTION II.

Des engagemens de l'emprunteur.

VI. Par une ſuite de la nature de ce contrat, l'emprunteur ne doit uſer de la choſe & ne l'employer qu'à ſon ſervice naturel & ordinaire, autrement il ſeroit tenu de ſa diminution. C'eſt raiſon écrite & adoptée, parce que ſe ſeroit contravention au contrat.

La Loi 18. ff. *commodati*, fonde ce principe général.

VII. Celui qui a emprunté doit rendre la choſe au tems marqué & ne peut oppoſer la compenſation, pour éviter ou retarder la reſtitution qu'il en doit faire. Ce ſeroit infidélité que la juſtice proſcrit.

Loi 5. ff. *commodati*, *pretextu debiti reſtitutio commodati non probabiliter recuſatur*, loi derniere, cod. *de commodato*. Ce qui eſt conforme à nos uſages.

☞ A l'égard de la compenſation, celui qui a emprunté à uſage peut l'oppoſer ; voyez Dupleſſis, tom. premier, part. premiere, tit. 7, nomb. 4, verſ. 7.

VIII. Pendant tout le tems qu'il en jouit elle court à ſes riſques ; c'eſt le juſte effet de la jouiſſance qu'il en a ; mais le cas fortuit & les forces majeures qui pourroient la faire périr, exceptés, leſquels regardent le propriétaire, par une juſte ſuite de ſa propriété, comme les autres accidens regardent l'emprunteur, par le ſervice qu'il tire de la choſe.

Si incendio vel ruina aliquid contingit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, niſi forte eum poſſet res commodatas ſalvas facere, l. 5. ff. *commod.*

☞ Mais il ſeroit tenu des cas fortuits, ſi il s'y étoit expreſſément obligé, ou ſi la choſe avoit été eſtimée, & qu'il ſe fut obligé de rendre l'eſtimation, de même s'il avoit laiſſé perdre la choſe pour ſauver les ſiennes, ou s'il avoit uſé de la choſe autrement qu'il ne devoit ; l. 2. ff. *commodati. leg.* 5. §. 4, *ead. l.* §. 7, *& leg.* 1, §. 3, *de oblig. & act. &* §. 2, Inſt. *quib. mod. re contrah. oblig.*

IX. Il ne répond pas de la choſe ſi elle périt par ſa nature, parce que dans ce cas on ne peut rien lui imputer, & telle perte tombe entiérement ſur le propriétaire ; & c'eſt encore une ſuite de ſa propriété.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence de la chambre civile, & c'eſt ſuite de la diſpoſition du droit civil.

X. Mais il répond de toutes les fautes ou négligences, même des plus légeres, qui auroient fait périr la choſe, s'il l'a emprunté pour ſon propre intérêt ou même pour un intérêt commun ; ſa jouiſſance ne devant être nuiſible au propriétaire.

L. 1, §. 4, ff. *de obligat. & act.*

XI. Lorſque le prêt eſt fait pour le ſeul intérêt du maître, celui qui a emprunté ne répond que des fautes qui approchent du dol & de la mauvaiſe foi ; autrement le ſervice de ce dernier lui ſeroit nuiſible.

Voyez Domat, ſur ce titre.

XII. Dans tous les cas, l'emprunteur eſt obligé de faire les dépenſes néceſſaires pour la conſervation de la choſe ; c'eſt ſuite de ſa jouiſſance & de l'uſage qu'il fait de la choſe.

L. 18, §. 2. ff. *commod.* ce qui eſt adopté.

TITRE SEPTIEME.

DE LA SOCIÉTÉ POUR UN CERTAIN COMMERCE.

CHAPITRE PREMIER.

COMMENT LA SOCIÉTÉ SE CONTRACTE, ET DE SES EFFETS.

SECTION PREMIERE.

DU CHOIX RÉCIPROQUE DES ASSOCIÉS, ET DU MOTIF DE LA SOCIÉTÉ.

I. LA ſociété eſt une des voies légitimes pour acquérir ; l'intérêt, c'eſt-à-dire, l'eſpérance du gain en eſt l'origine, mais la bonne foi des aſſociés en doit être la baſe.

Quæ coëuntium ſunt, continuò communicantur, loi 1, à la fin. ff. *pro ſocio.*

II. L'étendue de certains commerces, de certaines entrepriſes, dans leſquelles un ſeul homme ne pourroit ſuffire, en eſt le motif ; l'union & la bonne foi entr'eux en eſt l'ame.

In ſocietatis contractibus fides exuberet, loi 3, au cod. *pro ſocio.*

III. Comme cette union & cette bonne foi ne peuvent gueres ſe trouver ſi les aſſociés ne ſe choiſiſſent eux-mêmes, c'eſt ce choix réciproque qui doit faire les aſſociés, & non le haſard ou la néceſſité ; c'eſt donc ce choix qui la forme ; cela reçoit cependant exception, qu'on verra ci-après ; mais cette exception même confirme cette régle générale.

Societas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet, l. 93, ff. *pro ſocio.*

IV. De-là il s'enſuit que l'héritier d'un aſſocié n'eſt point aſſocié, ſauf la tranſmiſſion qu'on va expliquer, & par laquelle on a conſervé ſon juſte intérêt.

Nec hæres ſocii ſuccedit, l. 65, §. 9, ff. *pro ſocio.*

V. Cependant cet héritier entre quant à cela même dans les engagemens du défunt, tant activement que paſſivement ; mais le droit d'adminiſtrer ne lui appartient pas ; ce droit porteroit le trouble ; il ſuffit de lui aſſurer ce qui lui appartient.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet ; quant à la charge, elle eſt fondée ſur les articles 332 & 334 de la coutume.

VI. Par une ſuite de cette réflexion d'engagement qui milite à l'égard de cet héritier, tant activement que paſſivement, les autres ſont obligés de lui rendre compte, & à cet effet de lui repréſenter les livres ; reddition de compte qui conſerve ſes droits actifs. Mais malgré cela il n'a point voix délibérative ; il ne peut même agir dans les affaires de la ſociété ; c'eſt un participe & non un aſſocié ; voilà ſa qualité, qui lui interdit l'adminiſtration, mais ſans affoiblir ſes intérêts.

Tel eſt l'uſage. Voyez Domat, ſur ce titre.

VII. Il en eſt de même de l'aſſocié de l'aſſocié, il n'eſt point aſſocié, mais participant à la portion d'un des aſſociés, & en ce cas ce n'eſt que ce dernier qui eſt tenu de l'inſtruire, & non les autres, ſur la conduite deſquels il n'a pas la critique ; il eſt à leur égard étranger.

L. 19, ff. *pro ſocio.*

VIII. On a déja vu ci-deſſus ce qui fonde ces propoſitions ; c'eſt le choix, & non le haſard ni la néceſſité qui forme les aſſociés ; principe qui fonde les propoſitions précédentes qui ne ſont que des conſéquences de ce principe.

Conſenſu fiunt obligationes in ſocietatibus, inſtitutions au titre, *de obligationib. ex conſenſu.*

SECTION II.

Sur quoi on peut former la ſociété, quelles conventions elle peut contenir, par quelle preuve on doit l'établir, & de ſes effets.

IX. On ne reconnoît aucune ſociété ſi elle n'eſt prouvée par écrit, & elle doit être publique par l'enregiſtrement au greffe des conſuls, ſi elle eſt contractée entre marchands ;

cependant dans les foires & marchés l'association est valable sans écrit, & engage ceux qui l'ont formée pour le lotissement ; la nécessité, la loi, & le bien public la fondent.

L'usage fonde cette proposition ; voyez Bornier, en son commentaire sur l'ordonnance du commerce, & la proposition qui suit.

X. La bonne foi & la promptitude de ces marchés conformes au bien public, fondent cette dispense à la régle ; en effet cette association se forme pour éviter les encheres l'un sur l'autre, & se consomme par l'adjudication qui se fait à l'un d'eux pour tous ; il est donc juste de donner effet à une telle association, c'est exception qui confirme la régle générale.

La loi 29, ff. *communi divid.* peut servir de preuve à cet usage.

XI. Hors ces cas singuliers il faut un acte qui autorise la société, & sans écrit il n'en est pas qui puisse être admise, parce qu'on n'auroit pu le faire sans troubler le commerce & l'ordre public.

L'ordonnance de 1673 rejette toute société qui n'a pas été rédigée par écrit.

☞ Par un arrêt du 21 juillet 1681, il a été jugé contre la disposition précise de l'article 6 du titre des sociétés de l'ordonnance de 1673, que nonobstant le défaut d'enregistrement, les sociétés qui sont d'ailleurs constantes, doivent être exécutés, tant à l'égard des associés, leurs veuves & ayant causes, que de leurs héritiers.

Mais par un autre arrêt rendu en la cinquieme chambre des enquêtes, le 7 mai 1705, on a jugé qu'une société entre un marchand de Lyon & des marchands forains n'est valable lorsqu'il n'y a point d'acte par écrit & enregistré suivant l'ordonnance de 1673. Recueil de Augeard, tom. 3, chap. 14.

En conformité de ce dernier arrêt ; il en est intervenu un autre au rapport de Charlet, en la premiere chambre des enquêtes, le 23 mars 1746, qui a jugé, nonobstant de fortes présomptions, qu'il n'y avoit point de société dans une espece où on ne rapportoit aucun écrit. Voyez Denisart ; verb. société : il cite cet arrêt, & un autre, du 23 février 1763 qui semble avoir jugé le contraire ; mais dans l'espece de ce dernier, il s'agissoit d'une lettre de change souscrite par un des associés qui avoit ajouté à sa signature, & compagnie.

XII. Toute convention insérée dans cet acte doit être suivie, pourvu qu'elle ne soit contraire aux bonnes mœurs ; celle qui seroit telle seroit rejettée, mais sans donner atteinte au surplus de l'acte qui dans sa partie légitime doit avoir son entiere exécution.

Voyez les instituts *de obligat. ex consensu.*

XIII. Aucune société ne peut être contractée pour choses ou commerces illicites ; telle société seroit & contre les bonnes mœurs & contre les loix prohibitives, & tout ce qui tend à cette contrariété, est rejetté.

Generaliter traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem, l. 57, ff. *pro socio*

XIV. Passons aux effets de ce contrat : le principal effet de la société est que tout ce que les associés acquiérent dans le genre de commerce pour lequel ils se sont associés est commun entr'eux ; c'est la fin principale de cet acte, l'intérêt comme on l'a dit, la fait naître, c'est cet intérêt qu'il s'y agit de conserver.

Continuo communicantur, l. 1, ff. *pro socio*

XV. Par une juste balance de l'actif & du passif, tout engagement contracté par l'un des associés, pour raison de la société, réfléchit contre les autres ; la société embrassant quant à ce légalement l'actif & le passif, diviser l'un d'avec l'autre, seroit injustice diamétralement opposée à l'esprit de la société ; qui s'entend pour la thése générale.

Omne es alienum quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, l. 27, ff. *pro socio.*

CHAPITRE SECOND.

DES INTÉRETS DES ASSOCIÉS DANS LE FONDS DE LA SOCIÉTÉ, ET COMMENT LE GAIN ET LA PERTE SE PARTAGENT ENTR'EUX.

SECTION PREMIERE.

DE CETTE DIVISION LORSQUE LA SOCIÉTÉ NE CONTIENT SUR CE AUCUNE CONVENTION.

I. LORSQUE les miſes au fonds en ſociété ſont égaux, & que l'acte de ſociété ne contient aucune convention ſur le partage ou la diviſion du gain ou de la perte, les parts dans le gain ou la perte ſont abſolument égales entre tous les aſſociés, & ce partage naît néceſſairement du défaut de fixation expreſſe, qui ſeule pouvoit varier les intérêts, & où cette fixation n'eſt pas, & qu'au contraire il y a par l'acte de ſociété, uniformité de qualité & de miſe, il ne peut y avoir entre les aſſociés inégalité dans l'intérêt & le partage de la ſociété.

Si non fuerint partes ſocietatis adjectæ, æquas eas eſſe conſtat, l. 29, ff. *pro ſocio.*

II. De-là il s'enſuit que l'un & l'autre ſe diviſe en autant de parts qu'il y a d'aſſociés; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente; ainſi le nomdre des aſſociés régle celui des parts dans la diviſion de la maſſe.

Sicuti lucrum ita damnum quoque commune eſſe oportet, l. 54. §. 4, ff. *pro ſocio.* Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

III. En effet, leur qualité étant égale, leur condition doit l'être, puiſqu'ils n'ont pas dérogé à cette égalité déterminante que leur ſeule qualité faiſoit naître; mais cette égalité de partage n'a pas lieu dans le cas que par l'acte de ſociété, les miſes ſont inégales, quoique cet acte ne s'explique pas ſur le partage du gain ou de la perte; ils ſe partagent entre les aſſociés à proportion de leurs miſes, ces miſes formant le fonds de la ſociété & étant le vrai guide qu'on doit prendre ſur ce partage; en effet, dans cet acte, c'eſt à la réalité des fonds qu'il faut s'attacher, & qui prédomine ſur le nombre, lorſqu'on n'a rien ſtipulé de contraire, mais la ſtipulation contraire a lieu.

Voyez les §. 3, Inſt. *de ſocietate*, & la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

IV. De-là il s'enſuit, que s'il n'y a que deux aſſociés, & que l'un ait fourni les deux tiers des fonds, & l'autre un tiers ſeulement, le premier a les deux tiers dans le bénéfice, & doit acquiter les deux tiers des dettes, & le ſecond n'a que le tiers actif, & n'eſt tenu paſſivement que du tiers des dettes, encore que cela ne ſoit pas exprimé dans l'acte de ſociété; c'eſt ce qui réſulte naturellement d'une telle ſociété: cette juriſprudence eſt fondée ſur ce que telle eſt la condition que les parties ont voulu ſe faire à elles-mêmes, puiſque les miſes ou fonds forment la baſe de la ſociété, & déterminent de plein droit les intérêt de chacun, s'ils n'y ont dérogé; mais ils peuvent y déroger, faculté qui fait la matiere de la ſection qui ſuit.

C'eſt une ſuite du paragraphe cité, ſur la troiſieme propoſition de cette ſection, mais la convention contraire eſt licite, & c'eſt ce qui fait la matiere de la ſection qui ſuit.

SECTION II.

De cette diviſion lorſque l'acte de ſociété la régle, & de la faculté de rendre la condition des aſſociés inégale.

V. On a vu ci-deſſus que toute convention inſérée dans l'acte de ſociété, doit être exécutée pourvu qu'elle ne ſoit contraire aux bonnes mœurs; la fixation des parts n'y étant pas contraire doit donc être ſuivie lorſqu'elle eſt faite par l'acte de ſociété; c'eſt la loi des aſſociés, ils ne peuvent s'y ſouſtraire, parce qu'elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni aux loix prohibitives; ainſi de cette faculté, il s'enſuit que quoique les miſes ſoient égales, on peut ſtipuler que l'un des aſſociés aura dans le gain, c'eſt-à-dire, dans ce qui reſtera de net & d'effectif de la maſſe, une portion plus conſidérable que les autres; telle convention eſt très-licite, & comme telle, doit avoir ſon entiere exécution.

La loi 29. ff. *pro ſocio*, fonde la propoſition. Voyez le titre des inſtituts, *de oblig. ex conſ.*

VI. On peut plus; on peut ſtipuler que les parts & portions dans le gain & dans la perte ne ſeront pas uniformes; cette derniere convention eſt encore licite; c'eſt encore un autre principe général en cette matiere, & qui eſt ſuite du précédent.

Quia

Quia sæpè quorumdam ita pretiosa est opera in societate ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti, §. 2, Inst. *de societate*. Raison satisfaisante sur la validité d'une telle stipulation, & que nous avons comme telle adopté.

VII. De-là il s'ensuit, qu'on peut valablement stipuler, dans le cas que la société n'est composée que de deux associés, que l'un aura les deux tiers dans le gain, & ne supportera cependant qu'un tiers dans la perte, & que l'autre n'aura qu'un tiers dans le gain, & supportera les deux tiers dans la perte, si perte il y a; mais en ce cas même le montant du gain ne se fixe qu'après le prélévement des dettes; ce n'est qu'après ce prélévement qu'on peut le déterminer, & cette résolution est encore une suite des deux principes précédens.

Voyez Domat, sur ce titre & la proposition qui suit, qui ajoûte à celle-ci.

VIII. Suivons encore ces principes; on peut pareillement stipuler, qu'un des associés ne fournira aucun fonds, & qu'il aura néanmoins sa portion virile dans le bénéfice; son industrie reconnue, lui a tenu lieu de fonds.

L'auteur cité sur la proposition précédente; & le §. 2, Inst. *de societate*.

IX. On peut plus, on peut stipuler outre son affranchissement de mise, qu'il sera déchargé de toutes pertes, quoiqu'il ait sa part dans le bénéfice, s'il y en avoit; cela est encore licite.

Le §. ci-dessus cité aux instituts *de societate*.

X. Cela est fondé sur ce que l'industrie d'un tel associé, lui tient lieu de fonds & dédommage les autres de la perte, à laquelle ils ont voulu s'exposer pour lui; telle est la base des cinq propositions précédentes.

Le même paragraphe qu'on vient de citer: une autre raison qui rend les conventions ci-dessus détaillées valables, est qu'elles n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs; voyez les loix 76, 77, 78, 79 & 80, ff. *pro socio*.

XI. Mais la convention que l'un profiteroit seul du gain, & que l'autre supporteroit seul les pertes, seroit illicite, comme contraire aux bonnes mœurs, ce seroit un dol manifeste; dol qui fait rejetter une telle société.

Loi 29, §. 2, ff. *pro socio*; ce seroit société léonine; & tel est sur ce le droit commun du royaume.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA FOURNITURE DES MISES ET DES INTÉRETS D'ICELLES.

I. LES mises ou fournitures de fonds, faisant la base de la société; chaque associé doit fournir à la caisse commune la somme dont il s'est obligé de faire fonds, & ce au tems marqué, sinon il doit l'intérêt; tel est l'engagement qu'il doit remplir; & faute de le faire, le cours de l'intérêt est juste & légitime.

Voyez la loi 67, ff. *pro socio*.

II. Cet intérêt est dû comme le dédommagement de la perte que souffre la société par son fait, mais s'il y avoit impuissance, il faut que les associés usent de commisération, parce que la société produit une espece de fraternité; ensorte qu'il ne doivent pas réduire l'un d'eux à la misere; c'est juste & favorable limitation à la régle, qui a pour base cet esprit de fraternité qui doit régner entre les associés.

In id quod facere possunt, & cùm societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat, liv. 63, ff. *pro socio*.

II. Les intérêts des sommes mises en caisse ou des fonds fournis, ne sont point dûs par la société à ceux qui les ont fournis, s'ils ne sont stipulés; le silence sur ce est vrai désistement de la perception des intérêts, qui étant de rigueur, ne peuvent jamais se suppléer.

Tel est sur ce l'usage: voyez les deux propositions suivantes qui confirment celle-ci.

IV. Cela auroit lieu, encore que les fournitures de fonds fussent inégales; parce que le défaut de stipulation de ces intérêts vaut remise expresse; laquelle s'est balancée par d'autres avantages: c'est la présomption qui naît d'un tel silence, mais lorsque ces intérêts sont stipulés, la stipulation en est licite & non usuraire, parce que si les mises sont égales, la condition des associés, quant à ce, est égale, & l'inégalité des mises ne peut rien changer sur ce, comme on le va voir; c'est justice dans l'un & dans l'autre cas, que les associés ont jugé à propos de se rendre.

Loi 1, au cod. *de societat.*

V. Si les mises sont inégales, c'est justice que celui qui a plus contribué au fonds de la société, sans avoir plus de part dans le gain, en tire l'intérêt, puisque c'est avec ce fonds que la société a bénéficié, & si elles sont égales, cet intérêt se réduit à un partage anticipé, partiaire, mais égal; il est donc vrai de dire que dans l'un comme dans l'autre cas, c'est justice.

Cela s'entend lorsqu'il est stipulé, la stipulation en étant licite, comme on vient de le voir.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE LA RÉGIE DE LA SOCIÉTÉ.

I. L'UNANIMITÉ, l'union & la concorde, ſont, comme on l'a dit, l'ame de cette régie; ainſi c'eſt en s'y conformant que toute adminiſtration doit s'y faire; c'eſt avec ces qualités que les aſſociés doivent adminiſtrer; elles ſont les ſuites de la bonne foi & de l'eſprit de fraternité qui doivent régner entre eux.

Venit autem in hoc judicium pro ſocio bona fides, liv. 52, §. 1, ff. *pro ſocio.*

II. La bonne foi & la vigilance réciproque doivent être la baſe de cette régie; autrement les aſſociés manqueroient à leur principal engagement, & leur exactitude, leur attention dans les affaires de la ſociété, doivent être les mêmes que celles qu'ils employent dans leurs propres affaires.

Sufficit talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium qualem ſuis rebus adhibere ſolet, paragraphe dernier aux inſtituts *de ſocietate.*

III. Le défaut marqué d'adminiſtration emporteroit réſolution de la ſociété; c'eſt une condition légale & tacite de l'acte qui la contient.

Juſques-là même que l'héritier eſt obligé d'achever ce que le défunt avoit commencé, loi 40, ff. *pro ſocio*; ce qui fonde la propoſition.

IV. Lorſque par l'acte de ſocieté, un ſeul eſt choiſi pour adminiſtrer ou la totalité ou une certaine partie, lui ſeul doit régir ce qui lui eſt confié; c'eſt ſon engagement, il doit donc y ſatisfaire: l'acte de ſociété étant la loi commune des aſſociés.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet.

V. Pour cette régie il faut ſuivre les conventions portées par l'acte de ſociété; c'eſt la loi que les aſſociés ſe ſont preſcrit; mais ſi l'acte ne régle rien ſur cette adminiſtration, elle doit ſe faire conjointement & unanimement; c'eſt ce qui réſulte du ſilence que les aſſociés ont gardé ſur ce.

Loi 28, ff. *Communi divid.*

VI. Pour cela il faut délibération qui doit ſe former par la pluralité des voix des aſſociés, leur intérêt ſur ce étant commun; les uns ne peuvent prédominer ſur les autres: c'eſt donc la pluralité des voix qui doit faire ceſſer la contradiction.

Voyez l'ordonnance du commerce, elle fonde la propoſition.

VII. A l'égard des engagemens paſſifs contractés par l'un des aſſociés, ils ne devroient dans la rigueur de la régle, tomber que ſur la portion de celui qui les a contractés; mais le bien public qui eſt la loi ſuprême, le veut autrement, dans les cas expliqués dans la ſeconde ſection du chapitre ſuivant, c'eſt à-dire, lorſque l'engagement eſt relatif à la ſociété, dans lequel cas il milite contre tous les aſſociés; cette réflexion étant une ſuite naturelle de la ſociété.

Voyez l'ordonnance qu'on vient de citer, & la ſection indiquée.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES ENGAGEMENS DES ASSOCIÉS.

SECTION PREMIERE.

DE LEURS ENGAGEMENS RECIPROQUES, ET DES FAUTES DONT ILS SONT TENUS LES UNS ENVERS LES AUTRES.

I. OUTRE la fourniture des miſes qui a fait la matiere du troiſieme chapitre, les aſſociés ſont tenus de pluſieurs engagemens reſpectifs les uns envers les autres; ce ſont ces autres engagemens qu'on va expliquer par ce chapitre: premiérement ils doivent agir l'un pour l'autre, comme chacun d'eux feroit dans ſa propre affaire; lorſque l'un d'eux ne peut agir, c'eſt la ſuite de l'eſprit de fraternité qui doit régner entre eux, & qu'on a établi précédemment.

Le paragraphe dernier aux inſtituts *de ſociet. Societas jus quodammodo fraternitatis in ſe habet*; voyez encore la loi 63, ff. *pro ſocio.*

II. Chacun d'eux doit réparer à la ſociété

les pertes qu'il lui feroit ſouffrir par dol ou faute groſſiere, l'un & l'autre produiſant action contre eux ; action qui eſt une ſuite des engagemens qui réſultent de la ſociété & dont cette réparation eſt la fin.

Loi 52, §. 2, ff. *pro ſocio* ; & c'eſt un engagement qui naît par le ſeul fait.

III. Mais ils ne ſont pas tenus de réparer les pertes arrivées dans leur adminiſtration par cas fortuits ou par faute légéres, perſonne ne répondant de tels événemens ; c'eſt un principe général dicté par l'équité & nulle raiſon ne tire la ſociété de ce principe.

Loi 52, §. 3, ff. *pro ſocio* ; le paragraphe dernier aux inſtituts *de ſocietate.*

IV. Si l'un des aſſociés a fait des avances pour la ſociété, les autres doivent lui rembourſer leur portion ; cette action, cette réparation eſt une ſuite néceſſaire de la ſociété, dès que les avances ont été employées à l'affaire commune.

Si tecum ſocietas mihi ſit, & res ex ſocietate communes quam impenſam in eas fecero & me conſecuturum, liv. 38, §. 1, ff. *pro ſocio.*

V. Si l'un d'eux étoit par inſolvabilité, dans l'impuiſſance de rembourſer ſa portion, cette portion ſe répartit ſur tous les autres, & celui qui a fait cette avance en confond ſa portion, parce que l'avance a été faite pour le bien commun & que la perte & le gain doivent ſe partager ; cela eſt encore une ſuite de l'eſprit de fraternité qui doit régner entre eux ; c'eſt équité, c'eſt raiſon écrite.

Voyez la loi 63, ff. *pro ſocio.*

VI. Chaque aſſocié doit reprendre ſur le fonds commun, les juſtes dépenſes qu'il a fait pour le bien commun, n'y ayant de bénéfice qu'après le prélévement des dépenſes ; juſte fixation du bénéfice qui néceſſite le prélévement.

Loi 52, §. 15, ff. *pro ſocio.*

VII. Ce ſeroit vol, ſi un des aſſociés s'approprioit un bien ou profit commun à la ſociété ; cependant la pourſuite s'en doit faire par la voie ordinaire & non l'extraordinaire ; l'eſprit de fraternité qui doit régner entre les aſſociés, a encore réduit l'exercice de l'action à cette voie.

Rei communis nomine cum ſocio furti agere poteſt, ſi per fallaciam dolovè amovet, vel rem communem celandi animo contrectet, l. 45, ff. *pro ſocio.*

SECTION II.

De leurs engagemens à l'égard des créanciers.

VIII. Les engagemens que l'un des aſſociés contracte & qu'il ſouſcrit pour lui & compagnie, réfléchiſſent contre tous les autres, & ils ſont tenus ſolidairement, à l'exception de l'aſſocié en commendite, dont il ſera parlé ci-après ; c'eſt exception qui confirme cette régle générale, & cela a lieu principalement pour tout emprunt d'argent & pour billets ainſi conçus ; tout cela étant préſumé fondu dans la ſociété ; pourvu que le billet ſoit ſouſcrit, comme on l'a dit au commencement de la propoſition.

Omne æs alienum quod manente ſocietate contractum eſt, de communi ſolvendum eſt, liv. 27, ff. *pro ſocio* ; ce qui eſt adopté par l'ordonnance.

☞ Ce que l'on nomme dans le commerce ſociété en *commandite*, eſt une ſociété où l'un des aſſociés fournit l'argent, & les autres, ſous le nom deſquels le commerce ſe fait, leur induſtrie, à la charge de partager entr'eux le profit : voy. Fanchin, liv. 1, *contraverſiarum.*

IX. Cela auroit lieu principalement pour les achats & marchés qui ont trait à la ſociété, lorſqu'ils ſont ainſi ſouſcrits ; dans ce cas, la préſomption eſt inconteſtable, & militeroit même ſans la mention ; en effet, cet engagement ſolidaire a lieu même pour les engagemens qui ne ſeroient pas ainſi ſouſcrits ; mais qui manifeſteroient par eux-mêmes qu'ils ſont pour la ſociété ; par exemple, pour un bail de quelques bâtimens néceſſaires au commerce, pour lequel la ſociété a été contractée ; ſi les autres ont approuvé tacitement cet engagement, en ne réclamant pas contre icelui auſſi-tôt qu'ils l'ont connu ; lorſqu'il y a cette approbation tacite, l'engagement devient commun.

Telle eſt encore la juriſprudence, mais il faut pour cela la circonſtance exprimée dans la propoſition.

X. Mais s'ils réclamoient, n'y ayant pas pour ce une délibération, tel engagement, quoique viſiblement contracté pour la ſociété, ne réfléchiroit pas contr'eux, & ſeroit aux riſques de celui qui l'auroit paſſé ; autrement ce ſeroit confier la fortune de tous à l'indiſcretion d'un ſeul.

Loi 82, ff. *pro ſocio.*

XI. A l'égard des autres engagemens étrangers à la ſociété, que l'un des aſſociés peut contracter, ils ne réfléchiſſent pas contre les autres : ce ſont actes étrangers à la ſociété, & par conſéquent ils ne peuvent les engager.

Loi 81, §. 1. ff. *pro ſocio.*

XII. Cette réflexion d'engagement ceſſe en certain cas ; l'aſſocié en commendite ne peut être engagé par le fait des autres au-delà du fonds qu'il a mis dans la ſociété ; c'eſt la nature d'une telle ſociété limitée à ce fonds ; ainſi, ce qu'on a dit juſques ici par

cette ſection, ne milite plus en ce cas; de-là il s'enſuit qu'abandonnant ce fonds ſur lequel la pourſuite des créanciers de la ſociété eſt limitée à ſon égard, il ne peut être actionné de leur part; c'eſt la conſéquence qui naît de la propoſition précédente.

Voyez l'ordonnance du commerce; cette décharge réſulte de ſa diſpoſition.

XIII. Cette reſtriction de la réflexion contre lui, des engagemens contractés par les autres a lieu, quoique telle ſociété n'eût pas été rendue publique par l'enregiſtrement d'icelle; parce que tel aſſocié eſt moins aſſocié que participe ou croupier.

On le juge ainſi au châtelet: cela eſt équitable; ce ſeroit rigueur outrée & confuſion de deux ſociétés fort différentes, d'admettre le contraire.

CHAPITRE SIXIEME.

DE LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ.

SECTION PREMIERE.

DE LA DISSOLUTION PAR UN ACTE CONTRAIRE, PAR LA FIN DE L'AFFAIRE COMMUNE, ET PAR LA MORT.

I. COMME tout acte peut ſe diſſoudre par un acte contraire, rien n'empêche les aſſociés de diſſoudre la ſociété, avant le tems marqué pour icelle; leur volonté a donné l'être à la ſociété, leur volonté contraire la détruit; diſſolution unanime fort différente de la renonciation frauduleuſe ou à contre-tems qui ſeroit faite par un ſeul aſſocié.

Tandiu ſocietas durat quandiu conſenſûs partium integer perſeverat, liv. 5, cod. *pro ſocio*; ſur la rupture de la ſociété, voyez Henrys, tom. 1, liv. 1, chap. 6, queſt. 93.

II. La fin de l'affaire produit diſſolution; en effet, le commerce ou l'entrepriſe, pour leſquels la ſociété avoit été faite étant finis, la ſociété ceſſe; la fin de l'un entraîne néceſſairement la fin de l'autre; puiſque cette derniere par la fin de la premiere, n'a plus de matiere ni d'objet.

Si alicujus rei ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus, finitur ſocietas, liv. 65, §. 10, ff. *pro ſocio*.

III. De-là il s'enſuit que par cette fin, il ne reſte plus aux aſſociés qu'à partager; c'eſt le ſeul acte qui reſte à faire: venons à la diſſolution par mort; la mort de l'un des aſſociés diſſout ſa ſociété, ſauf la limitation ci-après; diſſolution que la mort civile opére comme la mort naturelle, l'un imitant l'autre.

Loi 65, §. 9, ff. *pro ſocio*; mais il faut qu'elle ſoit connue: *Si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat ſocietas, ſi nota non valeat*, l. 65, §. 10, ff. *pro ſocio*; ſur la derniere partie de la propoſition concernant la mort civile, voyez la loi 65, §. 10, ff. *pro ſocio*.

IV. Cette diſſolution a lieu, non-ſeulement à l'égard des héritiers du décédé, mais encore à l'égard de tous les autres aſſociés; cette diſſolution eſt indiviſible, & cette indiviſibité eſt fondée ſur ce qu'il faut préſumer, que chaque aſſocié étoit néceſſaire pour la régie, & que ce n'eſt que par ce concours & ſur ce fondement, que la ſociété s'eſt formée; la mort de l'un la diſſout donc pour tous, ſauf la limitation ci-après; c'eſt raiſon écrite pour la théſe générale.

Loi 59, ff. *pro ſocio*: voyez les reſtrictions ci-après.

V. Cependant la clauſe que la mort de de l'un des aſſociés n'emportera pas diſſolution, & que la ſociété ſubſiſtera entre les ſurvivans, doit avoir ſon exécution, parce qu'elle n'a rien de contraire aux loix & aux bonnes mœurs, & par conſéquent comme licite elle doit avoir ſon exécution.

Niſi in coëunda ſocietate aliter convenerit, liv. 65, §. 9, ff. *pro ſocio*; ce qui eſt adopté par l'uſage.

VI. Cette même diſſolution reçoit une autre exception, mais elle ne milite que par rapport à des tiers, quand la ſociété intéreſſe un tiers; par exemple, ſi pluſieurs avoient pris un bail en commun, ou ſi pluſieurs ſe ſont chargés d'une entrepriſe, la mort de l'un des aſſociés ne donne aucune atteinte à une telle ſociété par rapport à ce tiers, parce que cette mort ne peût préjudicier au tiers, & elle n'y donne même aucune atteinte entre eux; leur engagement envers le premier, fait ſubſiſter les leurs entre eux.

In ſocietate vectigalium nihilominus manet ſocietas, & poſt mortem alicujus, liv. 59, ff. *pro ſocio*.

VII. De-là il s'enſuit que dans ce cas,

tous les associés restent associés, même les héritiers de l'associé décédé; telle est la nature d'une telle société, que l'intérêt d'un tiers fait nécessairement subsister entre les survivans des associés.

C'est la jurisprudence, fondée sur la loi citée sur la proposition précédente.

SECTION II.

De la dissolution par le défaut de fournir les fonds & d'agir.

VIII. L'associé qui ne fournit pas les fonds, qu'il doit fournir aux termes de l'acte de société, doit être rejetté de la société; c'étoit la condition d'icelle, c'est dissolution ou plutôt ouverture à dissolution; dès qu'on y manque, c'est condition non remplie.

§. 8, Inst. *de societate;* mais cela ne s'entend que sous la restriction ci-après.

IX. L'action pour le faire rejetter appartient à tous les autres, mais conjointement; c'est une action indivisible en dissolution.

Tel est sur ce l'usage fondé sur la disposition de droit qu'on vient de citer.

X. Le seul retard ne produit pas l'expulsion, il faut sentence qui l'ordonne; & la convention contraire ne seroit que comminatoire; mais ce même retard quoiqu'il ne soit que de la part d'un seul, donne lieu à chacun des autres de demander la dissolution, chacun ayant compté sur le concours de tous; ainsi que sur le fournissement total des fonds promis & stipulés. Par conséquent le manquement de l'un doit donc l'anéantir dans sa totalité, sauf le droit des tiers, si aucun leur étoit acquis.

Voyez la loi 59, ff. *pro socio.*

XI. Le défaut d'administrer emporte résolution, comme on l'a vu dans le quatrieme chapitre; mais pour ce, il faut sentence, & cette resolution, non-seulement a lieu contre celui qui refuse d'administrer pour la raison expliquée, mais encore chacun des associés peut la demander contre les autres; encore une fois pour sa véritable exécution, il faut le concours de tous, & l'acte dans toutes ses parties, est indivisible entre eux.

Voyez la loi 59, ff. *pro scio*; & la loi 40, du même titre; c'est raison écrite & adoptée.

XII. Il en est de même de l'impuissance d'agir par la perte de la raison; elle emporte dissolution contre l'imbécille, & donne lieu à tous les autres de la demander: parce qu'on peut appliquer ici les principes qu'on vient de poser.

La loi derniere au cod. *pro socio.*

XIII. Comme l'imbécille peut être exclus de la société par les autres, de même le curateur de l'imbécille peut demander la résolution de la société à l'égard de l'imbécille; leur condition doit être égale: égalité qui fonde le droit d'un tel curateur, droit qui résulte de ce que dessus.

Loi derniere au cod. *pro socio.*

SECTION III.

De la dissolution de la société par la renonciation à icelle de la part de l'un des associés.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand la renonciation est valable, de quel jour elle a effet, & de ce qu'elle opére à l'égard des autres.

XIV. Chacun des associés peut renoncer à la société, sauf l'action contre lui, & qu'on verra ci-après, s'il renonce à contretems ou frauduleusement; tel est le principe général, ainsi cessante la fraude, la voie de la renonciation est ouverte.

Voyez les loix 14, 15 & 16, ff. *pro socio.*

XV. De-là il s'ensuit que chacun d'eux peut la dissoudre avant le terme stipulé; c'est la conséquence du principe qu'on vient de poser.

Loi 63, à la fin, ff. *pro socio.* Voyez les propositions suivantes qui établissent la raison, ou le moyen de cette dissolution, qui est puisée dans l'ordre & dans la raison.

XVI Cette dissolution par l'effet de la renonciation a lieu encore que la société fût portée par un contrat de mariage, qui est de tous les actes le plus favorable; parce que la société, telle qu'elle soit, ne peut subsister sans unanimité; raison qui fonde la dissolution, nonobstant la faveur de l'acte qui contient la société.

Cela a été ainsi jugé au parc-civil, plaidant Chevalier, pour la demoiselle Morand, marchande, contre le sieur Camus son gendre.

☞ La veuve Morand, en mariant sa fille, avoit associé avec elle son gendre pendant douze années: le gendre ne sympathisant pas avec elle, la veuve demanda la résolution de la société; ce qui lui fut accordé par la sentence. Sur l'appel interjetté par le gendre, la sentence fût confirmée, néanmoins on fit droit sur les dommages intérêts demandés par le gendre, & par l'arrêt il fut dit que les parties se retireroient pardevant des marchands pour fixer les dommages intérêts, lesquels ne se payeroient qu'année par année, jusqu'au tems que la société auroit duré.

XVII. Cela eſt fondé ſur ce que la concorde eſt l'ame de toute ſociété, que par conſéquent nul ne doit reſter aſſocié malgré lui, parce qu'autrement l'union qui eſt le premier reſſort de la ſociété, ſeroit ſans force, & par conſéquent la faveur du contrat ne peut faire obſtacle à une telle diſſolution.

Nemo invitus remanet in ſocietate.

XVIII. La renonciation à la ſociété ne vaut que du jour qu'elle eſt notifiée aux autres; c'eſt cette notification qui lui donne ſon efficacité; autrement ce ſeroit fraude.

Loi 17, §. 1, ff. *pro ſocio.*

XIX. La renonciation de l'un des aſſociés à la ſociété, donne ouverture à tous les autres d'en demander la réſolution, parce que comme on l'a déja dit, ils ont jugé le concours de tous néceſſaire; concours qui ceſſant par là, ouvre la voie à la diſſolution totale.

Il en eſt de même de la renonciation, comme de la mort ou de l'impuiſſance de l'un des aſſociés, de contribuer, & de ſes fonds & de ſon induſtrie, ce qu'on a déja vu ſur ces cas; celui-ci ſe régle par le même même principe: *Solvitur ſocietas ſed hoc caſu, ſi adhuc conſentiunt in ſocietatem, nova videtur incipere ſocietas, inſt. de ſocietate;* voyez la propoſition ſuivante.

XX. Cependant tous les autres reſtent aſſociés, s'ils continuent d'agir comme tels, nonobſtant la renonciation d'un d'entr'eux, ce qui a lieu pour les autres cas ci-deſſus; c'eſt ſociété nouvelle, c'eſt du moins renonciation au droit de la diſſolution.

Nova videtur incipere ſocietas, inſt. de ſocietat.

DISTINCTION II.

De la renonciation frauduleuſe & à contre-tems, & du dédommagement auquel elle donne lieu.

XXI. La renonciation frauduleuſe, produit comme celle qui eſt légitime, la diſſolution; mais elle oblige le renonçant à dédommager les autres; dédommagement qu'on va ici examiner, & ſans lequel les autres ſeroient les victimes d'un frauduleux procédé.

Nemo invitus remanet in ſocictate; voyez la loi citée ſur la propoſition qui ſuit, par rapport au dédommagement que l'équité comme la loi fondent.

XXII. Telle eſt la renonciation au moyen de laquelle le renonçant tireroit à ſon profit l'avantage qui devroit être commun; telle renonciation eſt frauduleuſe, & il faut par un dédommagement en faire ceſſer l'injuſte effet.

Si impeſtive renoncietur ſocietati, eſſe pro ſocio actionem, liv. 14, ff. *pro ſocio.*

XXIII. De-là il s'enſuit, qu'un marchand ayant le bail d'une boutique achalandée, & s'aſſociant avec un autre pour faire le commerce en commun dans cette même maiſon; renonçant à la ſociété, pour profiter ſeul du bail & l'exploiter, doit dans ce cas un dédommagement à l'autre; c'eſt vraie fraude à la ſociété: c'eſt vraie application de la loi qu'on vient de citer.

C'eſt ce qui a été jugé au châtelet, contre la demoiſelle Morand; elle avoit le bail de la maiſon, & ce bail étoit la premiere ſource du gain de la ſociété.

XXIV. Ce dédommagement ſe régle ſur le gain déja fait & ſur l'eſpérance des gains à faire, eu égard à la durée du bail que la ſociété rendoit commun.

C'eſt ce qui fut réglé ainſi en conſéquence de la ſentence citée ſur la propoſition précédente.

XXV. Non-ſeulement la renonciation frauduleuſe donne lieu à ce dédommagement, mais même celle faite à contre-tems; la renonciation de l'un des aſſociés & la repriſe de ſes fonds qu'elle entraîne, eſt cenſée faite à contre-tems, ſi elle eſt faite dans le fort des affaires de la ſociété, & lorſque les fonds de chacun lui ſont le plus néceſſaires, comme le renouvellement des marchandiſes; en ce cas le renonçant doit un dédommagement; parce que c'eſt vraie fraude que ſon procédé.

C'eſt ce qui ſe pratique ſuivant la diſpoſition de la loi 65, ff. *pro ſocio.*

XXVI. Elle eſt encore cenſée faite à contre-tems, ſi l'aſſocié l'a fait dans le cours de la pourſuite d'une affaire commune dont il étoit ſeul chargé; cette charge l'aſſujettit à un dédommagement; mais celui-là eſt fort arbitraire.

Proculus, hoc ita verum eſſe ſi ſocietatis non intereſt dirimi ſocietatem, liv. 65, §. 5, ff. *pro ſocio.*

CHAPITRE SEPTIEME.

DU PARTAGE DE LA SOCIÉTÉ APRÈS SA DISSOLUTION.

SECTION PREMIERE.

SI AVANT LA DISSOLUTION, L'UN DES ASSOCIÉS PEUT DEMANDER SA PART DANS LE GAIN, ET DU COMPTE DES REGISSEURS PRÉALABLE AU PARTAGE.

L'AVANTAGE commun étant la fin de la ſociété, nul des aſſociés ne peut demander ſa part dans le gain avant la diſſolution de la ſociété ; il faut pour ce délibération : ſans elle il n'y a pas d'ouverture au partage, tant que dure le tems de la ſociété.

Quod ſi tempus finitum liberum eſt recedere, liv. 65, §. 6, ff. *pro ſocio.*

II. De-là il s'enſuit, qu'on ne doit admettre de répartition, que du conſentement unanime de tous les aſſociés, ou du moins lorſque la répartition eſt fondée ſur le plus grand nombre des voix ; les raiſons ſont, que la ſociété qui a réuſſi au commencement, peut par la ſuite ſouffrir des pertes : que ces fonds & les gains qui s'y trouvent doivent la ſoutenir ; que la ſociété augmentera d'autant moins qu'on l'aura diminuée, & qu'il faut préférer l'avantage commun à celui d'un ſeul.

Voyez Domat, ſur ce titre.

III. Avant de procéder au partage, il faut liquider le compte des caiſſiers ; c'eſt le préalable au partage.

L'uſage fonde ce préalable.

IV. Tout aſſocié qui a régi, doit pareillement rendre compte ; ſon adminiſtration l'y aſſujettit.

Cela eſt établi ci-deſſus, & eſt par ſoi-même inconteſtable, & ce ſont ces comptes qui dirigent le partage.

SECTION II.

Du partage & diviſion de la maſſe, & ſi l'on fait ſur icelle le prélévement de miſes ou apports.

V. Après la diſſolution de la ſociété & les comptes rendus, on doit procéder au partage de la maſſe, ainſi & de la maniere qu'on va l'expliquer, & ce ſans aucune conſidération ſur les miſes faites par les aſſociés, ſi le contraire n'a été ſtipulé.

Nam etſi diſtracta eſſet ſocietas nihilominus diviſio rerum ſupereſt, l. 65, §. 5, ff. *pro ſocio.*

VI. Elle doit être diviſée ainſi qu'il a été convenu entre les aſſociés. De-là il s'enſuit que ſi de deux aſſociés, l'un doit avoir les deux tiers & l'autre un tiers, ce qui reſte d'effectif, défalcation faite des dettes & charges, ſe partage en trois parts, dont deux pour le premier & une ſeule pour le ſecond ; telle a été la loi de la ſociété, par l'exécution de laquelle le premier ſupporte les deux tiers du paſſif.

§. 2 Inſtit. *de ſocietate*, l. 30, ff. *pro ſocio* ; *voluntates legitimæ contrahentium conſervandæ ſunt*, l. 6, cod. *pro ſocio.*

VII. Si l'acte de ſociété ne contient ſur cela aucune convention, toute la maſſe ſe partage en autant de parts qu'il y a d'aſſociés, ce qu'on a déja vu ci-deſſus dans le chapitre ſecond, en examinant comment la ſociété ſe forme, & que l'ordre veut qu'on reprenne ici, en examinant ſon partage ; en effet, où les parts ne ſont pas fixées elles ſont juſtement réputées égales ; autrement ce ſeroit ajouter à l'acte ; ainſi en ce cas le nombre des aſſociés régle celui des parts qui ſont à faire.

Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat, l. 29, §. 1, ff. *pro ſocio.*

VIII. Cela auroit lieu encore que les miſes fuſſent inégales, parce que, comme on l'a dit ci-deſſus, les parts ſont de droit égales, lorſqu'il n'y a pas convention contraire ; c'eſt l'uniformité des qualités qui détermine & non les miſes.

Loi 29, ci-deſſus citée.

IX. Sur cette maſſe il ne ſe fait pas de prélévement des miſes, comme on l'a déja annoncé, ſi ce prélévement n'eſt ſtipulé ; la raiſon eſt, que dès que l'apport eſt fait, il perd ſon nom & eſt noyé dans la maſſe, & fait partie d'icelle, ſi il n'y a clauſe contraire.

Quæ coëuntium ſunt communicantur, l. 1, ff. *pro ſocio.*

X. Cela a lieu indiſtinctement, c'eſt-à-dire, ſoit que le partage ſe faſſe également ou inégalement; en effet, nonobſtant l'inégalité des miſes, ſi ſur le partage il n'y a pas d'inégalité ſtipulée, c'eſt le cas où l'induſtrie de l'un a balancé l'apport plus fort de l'autre, & où par conſéquent il faut partage égal ſans délibation de maſſe; autrement ce ſeroit ajouter à l'acte.

Voyez la loi citée ſur la propoſition qui ſuit.

XI. S'il y a ſtipulation, que celui qui a plus mis auroit plus grande part, ſon apport eſt balancé par ſon lot, mais reſte toujours noyé dans la maſſe, n'y ayant pas de ſtipulation contraire; ſtipulation qu'on ne peut ſuppléer; mais qu'il faut ſuivre lorſqu'elle eſt faite comme étant très-licite.

Quæ coëuntium ſunt communicantur.

☞ Les aſſociés pour la facilité du compte, doivent avoir un livre de raiſon; & ce livre, lorſqu'il eſt tenu par quelqu'un qui a pouvoir d'eux à cet effet, fait foi entre tous les aſſociés: Mornac, *ad leg.* 5, cod. *de edendo.*

TITRE HUITIEME.

DE LA SOCIÉTÉ DE TOUS BIENS.

I. CELLES-CI ſont plus rares que les autres, & peuvent être indiſcrettes; cependant, comme elles n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs, elles ſont licites; & c'eſt comme telles qu'on les examine ici.

Societates contrahuntur ſivè univerſorum bonorum, ſivè negociationis alicujus, ſivè vectigalis, ſivè rei alicujus, l. 5, ff. *pro ſocio.* Voyez les notes ſur Dupleſſis, page 425, & le Brun, à la fin de ſon traité de la communauté.

II. Nulle ſociété n'eſt cenſée de tous biens, ſi elle n'eſt pour ce expreſſe, parce que toute ſociété ne comprend que ce qu'on y met.

Loi 52, §. 6, ff. *pro ſocio.* Diſpoſition conforme à nos uſages.

III. Par une telle ſociété, tous les biens deviennent communs entre les aſſociés; telle a été la volonté des contractans; mais dans la théſe générale, la ſociété de tous biens ne comprend que les biens que les aſſociés avoient, lorſqu'ils l'ont contracté, & ceux qui proviennent de leur travail, & non ceux qui proviennent de ſucceſſion, legs ou donation depuis la formation d'une telle ſociété

Loi 13, ff. *pro ſocio*; & la loi 23, du même titre.

IV. Cependant, ſi par la maniere dont les aſſociés ont exécuté leur convention, ils ont compris dans la ſociété les biens échus à l'un d'eux depuis la ſociété, tous les biens qui leur écherront juſqu'à la diſſolution y ſeront compris; le fait ſur ce manifeſte leur volonté.

Voyez Domat, ſur ce titre.

V. En effet, il n'y a pas pour ce, de plus ſûre voie pour interpréter, que de ſuivre l'interprétation que les aſſociés ont eux-mêmes donné à leur convention; mais quoique la ſociété ſoit de tous biens, les deniers emprunté par l'un des aſſociés ne ſont pas dûs par la ſociété, ſi ces deniers n'ont pas tourné au profit de la ſociété.

Loi 59 & 81, ff. *pro ſocio.*

VI. Chaque aſſocié ne peut prendre ſur la ſociété, que ce qui eſt néceſſaire pour la nourriture & entretien de lui & de ſa famille, & non au-delà. De-là il s'enſuit, qu'il ne peut pas doter ſes filles aux dépens de la ſociété, quoiqu'univerſelle, cette charge étrangere ne peut tomber ſur elle; la raiſon eſt qu'une dot n'eſt pas une dépenſe annuelle, mais un capital qui doit ſe prendre ſur la portion de celui qui veut la fournir.

Voyez la loi 81, ff. *pro ſocio*; & Domat ſur ce titre.

☞ Henrys tom. 1, liv. 4, chap. 6, queſt. 51, établit qu'entre les perſonnes aſſociées en tous biens, ſi la fille d'un des aſſociés, eſt mariée pendant la ſociété, la dot de cette fille doit être priſe ſur tous les biens de la ſociété, & non pas en particulier ſur la part du pere de la fille; il ajoute une exception à cette régle: pourvu, dit-il que la dot ait été payée pendant la durée de la ſociété; car ſi après la diſſolution elle ſe trouve encore dûe, elle doit être ſupportée par le pere ſeul.

VII. Cette ſociété ſe diſſout & ſe partage comme la précédente; ainſi on peut appliquer ici ce qu'on a dit ci-deſſus.

Les autorités rapportées ſur le titre précédent, ſur la diſſolution & le partage de la ſociété, s'appliquent au partage de celle-ci.

TITRE NEUVIEME.

DE LA SOCIÉTÉ TACITE, ET DE LA COMMUNION DE BIENS.

I. LA prohibition d'admettre la preuve teſtimoniale, pour conſtater une convention excédant cent livres, exclut toute ſociété tacite, ſauf l'effet des aſſociations dans les foires & marchés publics ; cette régle ne reçoit que cette exception.

Voyez l'ordonnance du commerce, & celle de 1667.

II. Lorſque par quelque cas fortuit, de certains effets appartenans à différentes perſonnes ſe trouvent confondus, c'eſt communion de biens qui oblige à partager ſuivant le droit de chacun, & non vraie ſociété ; mais cela oblige à partager ; la confuſion n'ayant que couvert & non anéanti la propriété qu'on aſſure par le partage.

Voyez le livre des actions, le chapitre des actions qui naiſſent de cas fortuits, où cela eſt expliqué : c'eſt le ſiége de la matiere.

☞ Sur cette eſpece de ſociété tacite, voyez auſſi le traité particulier de le Brun, inſéré dans ſon traité de la communauté.

III. Il en eſt de même lorqu'un immeuble eſt acquis par deux, ou légué à deux ; c'eſt bien indivis & non ſociété, & la poſſeſſion indiviſe ayant de grands inconvéniens, chacun des copropriétaires la peut faire ceſſer en demandant la licitation ; perſonne ne reſtant en ſociété malgré ſoi.

Voyez le titre de l'action en licitation dans le 6 liv. de ce commentaire.

IV. Le mineur ne peut provoquer une licitation, mais il peut y défendre ; c'eſt plus uſage que vraie conſéquence du principe ; car une telle demande eſt bien plutôt une bonne adminiſtration, qu'une aliénation.

Voyez le titre de la licitation : c'eſt le ſiége de cette matiere.

V. Lorſque deux perſonnes ont enſemble le bail d'une maiſon, & qu'ils vivent enſemble, cela les oblige à payer en commun, non-ſeulement les loyers, mais encore les autres dépenſes communes de la maiſon ; mais ne forme d'ailleurs aucune ſociété entr'eux.

On le juge ainſi au châtelet.

VI. Dans le cas que deux freres vivent & jouiſſent en commun de la ſucceſſion de leur pere, l'eſpece de ſociété, ou plutôt leur poſſeſſion commune eſt bornée aux biens de cette ſucceſſion ; & par-là ſi ces biens augmentent ou diminuent de valeur, l'augmentation ou la perte eſt commune à ces deux freres, quoique non aſſociés, & le ſurplus de tous biens reſte particulier à celui qui en a acquis la propriété.

Res perit domino, & le partage peut ſeul fixer la propriété de chacun par rapport aux biens dépendans de la ſucceſſion commune.

TITRE DIXIEME.

DE LA SOCIE'TE' LE'GALE, OU DE LA COMMUNAUTE' DE BIENS ENTRE CONJOINTS PAR MARIAGE.

DIVISÉ EN SIX PARTIES.

LA PREMIERE, *Quelle Loi la régit, quelle convention contraire y peut déroger.*
LA SECONDE, *Des Biens qui y entrent.*
LA TROISIEME, *De ſes Charges.*
LA QUATRIEME, *De l'Adminiſtration des Biens qui y entrent.*
LA CINQUIEME, *De la diſſolution & du Partage de la Communauté.*
LA SIXIEME, *Des droits des Conjoints dans le cas de la renonciation.*

PREMIERE PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ,

QUELLE LOI LA RÉGIT, QUELLE CONVENTION Y DÉROGE.

CHAPITRE PREMIER.

QUE LA LOI DE LA SITUATION DES CONQUETS CÉDE A CELLE SOUS LAQUELLE LES CONJOINTS SE SONT MARIÉS, ET CÉDE ENCORE A CELLE DU DOMICILE.

SECTION PREMIERE.

QUE LES CONJOINTS PEUVENT, QUANT A CE, SE SOUMETTRE A UNE COUTUME A LEUR CHOIX, ET DE L'EFFET DE CETTE SOUMISSION.

I. LA coutume connoiſſant le cœur de l'homme, a prudemment reſſerré les nœuds du mariage par ceux de l'intérêt, en établiſſant une communauté de certains biens entre les conjoints par mariage; mais elle ne leur a pas prohibé de déroger à cet établiſſement, ou de le modifier à leur gré. En effet, comme les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires ni aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives & négatives, les conjoints peuvent ſoumettre la régie de leur communauté à une certaine coutume; telle convention eſt en leur puiſſance, puiſqu'ils pouvoient même ſtipuler une excluſion de communauté, & elle a ſa pleine exécution; ainſi le contrat de mariage contenant que la communauté ſera régie par une certaine coutume, la diſpoſition de cette coutume prévaut ſur celle de la ſituation des conquêts, ainſi que ſur celle du domicile. C'eſt l'effet de la convention licite.

Sur toute cette ſection & les ſuivantes de ce chapitre, voyez le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 2. De-là il s'enſuit, que ſi un homme domicilié en Normandie contracte mariage à Paris, avec ſoumiſſion à la coutume de Paris, non-ſeulement il y a communauté de biens, nonobſtant la diſpoſition de la coutume de Normandie, comme on le verra ci-après plus au long, par la ſeconde diſtinction de la ſection quatrieme, ci-après; mais encore cette même communauté ne peut ſe diſſoudre que ſuivant & conformément à la coutume de Paris; ainſi jugé par arrêt du 19 août 1655, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, qui juge ce dernier point, & qui juge à plus forte raiſon le précédent, ſur la maxime que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes non contraires au droit public & aux bonnes mœurs. Voyez Renuſſon en ſon traité de la communauté, part. 1, chap. 4, num. 1; & le Brun, même traité, chap. 3, num. 4. Il eſt étrange qu'on s'écarte en Normandie d'une juriſprudence ſi ſage, ſi conforme au bien public, & ſi propre à faciliter les mariages. C'eſt plus précaution que raiſon.

II. Lorſqu'ils ont fait une telle ſtipulation, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils ſe ſont ſoumis à une certaine coutume, c'eſt cette

coutume à laquelle ils ſe ſont ſoumis, qui régit les droits qu'ils ont comme communs en biens, toute abſtraction faite de la coutume du domicile, & de la coutume dans l'étendue de laquelle ils ont acquis; c'eſt le juſte effet de cette ſoumiſſion. Tenter de faire le contraire, ſeroit une fraude manifeſte qui ſeroit rejettée, les clauſes d'un contrat de mariage étant inviolables.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 1. Cette note déſignée par la lettre D, pag. 356 : autrement le mari ſeroit le maître de s'approprier le bénéfice de la communauté, ce qu'on ne peut admettre; ce ſeroit une fraude intolérable.

III. Dans ce cas, c'eſt cette même coutume qui régit le partage de leur communauté; c'eſt une ſuite néceſſaire des deux propoſitions précédentes, & c'eſt même où cette clauſe aboutit.

Voyez l'arrêt rapporté par Louet, lettre C, num. 16.

SECTION II.

Quelle loi régit la communauté lorſqu'il n'y a pas ſoumiſſion par écrit à une certaine Coutume, mais qu'il y a contrat de mariage.

IV. En ce cas c'eſt la coutume du lieu où le contrat de mariage a été paſſé, qui régit la communauté, ſi le mari n'a aucun domicile; s'il en a un, celle de ſon domicile prédomine; mais pour cela il faut cette premiere condition, c'eſt-à-dire, que pour s'attacher à la loi du lieu où le contrat de mariage a été paſſé, il faut que le mari n'ait aucun domicile : c'eſt la premiere condition. Il y en a encore une autre qui forme la propoſition ſuivante; ainſi ſi ce lieu n'étoit ni le domicile du mari ni celui de la femme, & que cependant le mari eût un domicile, en ce cas ce ſeroit le lieu de ce dernier domicile qui régiroit la communauté, & non le lieu de la paſſation du contrat. En effet, en ce cas on ne peut pas penſer que les contractans ayent eu en vue d'autre loi que celle du domicile du mari lors du mariage.

Voyez de Montholon, arrêt 81, & Louet, let. C, num. 16; note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 1, pag. 353; & la note ſur le même auteur, déſignée par la lettre D, pag. 356 & 357 : ce qui s'entend avec la reſtriction ci-après.

V. Outre cette premiere condition, que le mari n'ait aucun domicile pour rendre la coutume du lieu du contrat la loi des parties, il faut que ce lieu ſoit celui du domicile de la femme; ſans cela toute préſomption ceſſant ſur la ſoumiſſion à la coutume ou loi de ce lieu, ſon effet doit auſſi ceſſer; mais ſi c'eſt celui de la femme, il décide en ce cas, & il prévaut même nonobſtant le domicile du mari, à la loi duquel le mari en ce cas eſt préſumé avoir renoncé; mais ſi ni l'un ni l'autre des conjoints n'avoit de domicile, on ne peut plus ſuivre d'autre loi que celle du lieu de la paſſation du contrat.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 66, pag. 132; le Maître, en ſon commentaire, pag. 235, & les deux propoſitions ſuivantes.

VI. Suivons le domicile du mari. En effet, ſi ce même lieu où le contrat de mariage a été paſſé, eſt celui du domicile du mari, la loi de ce lieu eſt celle à laquelle il faut préſumer que les conjoints ſe ſont ſoumis, puiſque par leur mariage ce lieu devient le ſiége commun de leur fortune; on parle toujours du cas où il y a contrat de mariage, ce qui n'influe pas ſur des étrangers qui ne peuvent invoquer la loi de la nation.

Mais il n'y a pas de communauté de biens entre étrangers mariés en France, à moins qu'ils ne l'ayent ſtipulé; Bardet, tom. 2, liv. 1, ch. 1. C'eſt une exception à la propoſition qui ſert à la confirmer.

VII. Suivons à préſent celui de la femme. Dans le cas que le lieu du contrat eſt le lieu du domicile de la femme & non celui du domicile du mari, la préſomption eſt que le mari y ayant contracté mariage, ſans faire mention de la loi de ſon domicile, ſans déroger à la coutume du lieu où il a contracté, s'eſt ſoumis à cette coutume; préſomption plus juſte que tout autre, qui vaut convention expreſſe, & qui en produit tout l'effet.

Cela réſulte de la note ſur Dupleſſis, à la page 353 qu'on vient de citer : les auteurs de cette note vont beaucoup plus loin; leur ſentiment eſt que dès qu'il y a contrat de mariage ſans ſoumiſſion par icelui à aucune coutume, la loi ou les ſtatuts du lieu où le contrat de mariage a été paſſé, régle toujours la communauté ou le droit à icelle, toute abſtraction faite du domicile de l'un & de l'autre des conjoints; mais c'eſt ſe déterminer par une préſomption bien foible, & je penſe que quand ce lieu n'eſt celui du domicile d'aucun des conjoints, & que le contrat eſt fait ſans ſoumiſſion à aucune coutume, qu'en ce cas ſi le mari a un domicile, c'eſt la loi de ce domicile qui doit régler la communauté : ce qui forme la propoſition qui ſuit.

VIII. Mais dans le cas que le contrat de mariage a été paſſé hors le lieu des domiciles des deux futurs époux, & que le mari a un domicile, c'eſt la loi du domicile du mari qui détermine s'il y a entr'eux communauté de biens, & qui la régit ſi elle l'établit; c'eſt ſoumiſſion tacite à cette loi, c'eſt légitime préſomption que la propoſition ſuivante développe.

Domicilium mariti eſt domicilium matrimonii; voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 74, pag. 134, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

IX. En effet, les conjoints ne s'étant pas expliqués là-dessus, ils sont présumés s'être soumis à la loi du domicile du mari, qui par le mariage devient la loi du siége principal de leur fortune.

Le Brun, en son traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, num. 32, 33 & 34, pag. 12 & 13, est d'avis que dans le cas qu'il y a un contrat de mariage imparfait, c'est-à-dire, qui ne s'explique pas assez clairement sur la communauté, c'est la loi du domicile du mari qui en doit régir le droit; ce qui établit la proposition.

SECTION III.

De la loi qui la régit lorsqu'il n'y a point de contrat, ou que le mari n'a aucun domicile.

X. Lorsqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage, & que le mari a un domicile, c'est la loi de son domicile qui régit la communauté & qui détermine s'il y a ou non communauté de biens entre les conjoints, abstraction faite du lieu de la célébration; & ce contrat tacite, que la coutume du domicile du mari forme entre les conjoints par mariage, est aussi inviolable qu'un contrat exprès.

Notes sur Dupleſſis, pag. 353 & 354; pour cela il faut s'arrêter au domicile du mari lors du mariage, & non au domicile qu'il a lors de la dissolution; *tunc de primo domicilio non de posteriori*, dit Dumoulin, sur la loi 1, au code *de summâ Trinitate*; ainsi le Normand, ayant domicile en Normandie, qui se marie à Paris sans contrat & qui retourne en sa province, n'est pas en communauté avec sa femme; le Brun, de la communauté, pag. 12, num. 30; le Maitre, pag. 236, & ch. 21, num. 66 & suivans; Louet, let. C, ch. 15; le journal des audiences, tom 1; 5, ch. 61

XI. Cela est fondé sur ce que la femme étant obligée de suivre son mari dans son domicile, elle ni ses parens n'ayant pas stipulé une soumission à une autre coutume, sont présumés s'être soumis à celle qui régit le lieu où les conjoints vont poser le siége de leur fortune; ce qui n'influe pas néanmoins sur le mariage contracté en pays étranger par un étranger naturalisé, & contracté d'après l'obtention des lettres de naturalité, quoique l'étranger soit revenu en France.

L'étranger naturalisé en france, qui depuis ses lettres de naturalité s'est marié en pays étranger, & est revenu ensuite en France avec sa femme, n'est pas réputé commun en bien avec elle; voyez l'arrêt du 29 mars 1640, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 30. Mais il faut observer que par le contrat de mariage il étoit fait mention de gain de survie, ce qui excluoit toute communauté; outre que pour fonder le droit de communauté, il faudroit que par le contrat de son mariage la qualité de françois d'adoption fût connue.

XII. Dans le cas que le mari lors du mariage n'a aucun domicile, & qu'il n'y a pas eu entre les conjoints de contrat de mariage, quoique le lieu de la célébration ne soit pas celui du domicile de la femme; c'est la loi du lieu où le mariage a été célébré qui est la loi des conjoints relativement à la communauté; mais s'il y a contrat de mariage, c'est la loi du lieu de sa passation qui prédomine sur l'autre.

Le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 2. Note sur Dupleſſis, pag. 353. En effet, en ce cas, quelle autre coutume pourroit-on prendre pour se déterminer.

SECTION IV.

Que la loi qui régit les droits des conjoints lors du mariage est inviolable, & que les conjoints n'y peuvent plus déroger.

DISTINCTION PREMIERE.

Que cette loi régit les biens que les conjoints ont acquis, quoique situés dans d'autres coutumes, & que ce changement de domicile n'y peut donner atteinte.

XIII. Cette loi régit toujours ces biens dans tous les cas où elle les régit dans l'origine, c'est-à-dire, que jusqu'à la dissolution & au partage de la communauté, c'est elle qu'il faut suivre; autrement ce seroit se prêter à des fraudes, ce seroit les autoriser.

Voyez Bacquet, des droits de justice, ch. 15, num. 67, pag. 132.

XIV. De-là il s'ensuit que, soit que ce soit la loi du domicile du mari, soit celle du domicile de la femme, soit celle du lieu où le mariage a été célébré qui ait réglé les droits des conjoints dans le commencement de leur union, cette loi les régit toujours jusqu'au partage; autrement ce seroit ouvrir la porte aux avantages indirects que la coutume prohibe.

Ensorte que cette loi régit tous les biens acquis pendant le mariage dans le cas d'une communauté purement légale; c'est ce que dit le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 6, num. 6, pag. 8 & suivantes; ce qui établit la proposition.

XV. C'est cette même loi qui régit tous les biens, même ceux acquis dans d'autres coutumes; autrement le mari seroit maître de frauder les droits de sa femme. Le droit lui est acquis, & un fait postérieur & étranger ne peut l'en dépouiller.

Telle est la jurisprudence du châtelet; c'est le sentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 8, num. 5. Les auteurs des notes sur Dupleſſis, apportent sur cette proposition & sur celle qui suit une distinction; ils estiment que lorsque la communauté a lieu *vi stipulationis*, les biens acquis dans l'étendue d'une coutume qui rejette la communauté, ne laissent pas d'être communs, mais que si elle n'a lieu que *vi consuetudinis*, alors les biens acquis dans l'étendue

d'une coutume qui n'admet pas la communauté, ne sont pas communs ; mais seroit-il juste qu'un mari pût s'approprier le bénéfice d'une communauté que la loi a établie pour la femme, & sur la disposition de laquelle elle a contracté mariage ? ainsi il faut rejetter cette distinction, je n'y vois aucune solidité ; je vois, au contraire, qu'elle tend à autoriser des fraudes.

XVI. Les conjoints par mariage ne peuvent plus déroger à la loi qui a régi leur communauté ou leurs droits dans le tems de leur mariage, & ce, soit expressément, soit tacitement ; parce que l'état des conjoints doit être certain, & la loi sous laquelle ils se sont conjoints, inviolable, sans que leurs droits acquis puissent être changés par des acquisitions qu'un mari est maître de faire dans d'autres coutumes, ou par un changement de domicile ; ce qui fait la matiere des propositions suivantes, mais tel est le principe général.

Voyez le Maitre, tit. 10, ch. 2, pag. 234.

XVII. La loi qui régit les droits des conjoints, soit par soumission expresse à icelle, soit par la détermination des domiciles, suivant la distinction qu'on a fait ci-dessus, ne peut recevoir aucune atteinte par le changement de domicile des conjoints, comme elle n'en peut recevoir par des acquisitions en coutumes contraires. Ainsi, il n'y a sur cela aucune distinction à admettre.

Auzanet, sur l'article 220 de la coutume ; notes sur Duplessis, pag. 357 : d'où il s'ensuit que celui qui s'est marié à Lyon où il avoit son domicile, & qui depuis s'est établi à Paris, n'est pas par ce changement en communauté à Paris avec sa femme ; c'est ce que dit le Brun, au nombre qu'on cite sur la proposition qui suit, & ce que la proposition suivante confirme.

☞ La maxime établie par la proposition ci-dessus, est encore consacrée par un arrêt du 8 janvier 1632, rapporté au journal des audiences, liv. 1, num. 101. Dans l'espece de cet arrêt, un opérateur, italien d'origine, étoit venu s'établir à Paris avec sa femme, aussi italienne : le mari décéda le premier, laissant plusieurs enfans nés en france. La veuve n'ayant pas faite d'inventaire, les enfans venus à l'âge de majorité, demanderent la continuation de la communauté : l'affaire portée au bailliage du palais, la mere soutint qu'il n'y avoit point de communauté entre elle & son mari, & conséquemment qu'il ne pouvoit y avoir lieu à continuation. Le bailli du palais jugea qu'il y avoit eu communauté ; la sentence fut infirmée par l'arrêt, qui a jugé qu'il n'y avoit point eu de communauté entre l'italien & sa femme, par la raison que le droit de communauté s'acquiert à l'instant du mariage.

XVIII. En effet, un mari ne peut par une translation de domicile faire perdre à sa femme un droit qu'elle a acquis par la célébration de son mariage, ou lui en donner un qu'elle n'avoit pas ; autrement il dépendroit du mari, par une translation de domicile, ou par des acquisitions en pays où la communauté n'est point admise, de s'approprier la masse d'une communauté, dans laquelle il ne doit avoir que moitié, ce iquoi on ne sçauroit tolérable, ou d'avantager sa femme pendant le mariage, ce qui ne l'est pas moins.

Bacquet, des droits de justice, ch. 15, pag. 132 & 133 ; le Brun, traité de la communauté, pag. 14, num. 39 ; & je m'étonne que cela ait été mis en question.

XIX. Le consentement de la femme à la translation de domicile ne changeroit rien à ce que dessus, ce seroit avantage indirect ; les conjoints ne peuvent déroger à leurs droits acquis, ils sont de droit public, & par conséquent la volonté des particuliers n'y peut donner atteinte.

Celà se suit inviolablement au châtelet.

DISTINCTION II.

S'il y a communauté de biens avec un Normand qui s'est soumis à la coutume de Paris.

XX. Lorsqu'un homme domicilié dans la coutume de Normandie s'est soumis par le contrat de son mariage à la coutume de Paris, sa femme a droit de communauté sur les biens qu'il acquiert en sa province ; quoique la coutume de Normandie rejette la communauté entre conjoints ; cette soumission est inviolable & doit avoir son entiere exécution, & ce, abstraction faite de la disposition de la prohibition même de la loi municipale, ou de la coutume, dans l'étendue de laquelle les biens ont été acquis pendant le mariage.

Arrêt du 15 Août 1655, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 8, ch. 23 ; le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 2, depuis le num. 19 jusqu'au num. 29 ; le Maître, pag. 236. Voyez les deux propositions suivantes.

XXI. La raison qui fonde cette proposition a déja été exposée ; le mari ne peut par son fait faire perdre à sa femme un droit que la loi sous laquelle elle s'est mariée lui donne & ce droit lui ayant été acquis au moment du mariage est inviolable pendant icelui, & comme tel ne peut recevoir la moindre atteinte : ce qui s'applique en retournant la médaille.

Par la même raison, lorsqu'un homme domicilié dans la province de Normandie s'est marié en cette province, mais sans déroger à la coutume de son domicile, il ne peut en acquérant pendant son mariage des biens situés à Paris, les rendre communs entre lui & sa femme ; Bélut, en son traité imprimé à la suite des œuvres de Bacquet, ch. 10, pag. 19 ; ce qui me paroit incontestable, comme étant une suite des principes ci-dessus.

XXII. Le parlement de Normandie juge le contraire de la premiere proposition de cette distinction ; ce qui est préjudiciable

aux gens de la province, qui ſont par une telle juriſdiction réduits à trouver pour toute dot dans une fille de leur province un mariage avenant; étrange juriſprudence, par laquelle on préfere un vain préjugé à l'avantage commun de ceux mêmes qui ſont ſoumis à cette loi.

Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 359; & dans le liv. 1 de ce commentaire, le ch. de la diſtinction du ſtatut perſonnel & du ſtatut réel, où l'on a vu que dans la province de Normandie un ſimple uſage y avoit fait adopter la diſpoſition du *Senatus conſulte*, Veilleien: diſpoſition que dans cette province on s'efforçoit d'ériger en ſtatut perſonnel, quoique cette diſpoſition n'ait que les biens pour objet, & qu'elle ſoit limitée ſur un acte ſingulier: ce qui eſt confondre les principes les plus certains ſur cette matiere, ſuivant leſquels il n'y a de vrais ſtatuts perſonnels que ceux qui affectent univerſellement la perſonne. Mais l'opinion qu'on a dans cette province de la ſageſſe de ſa coutume, qu'on y veut même étendre ſur ſes ſimples uſages, y fait penſer que leurs loix écrites ou non écrites, doivent prédominer ſur toutes les autres. C'eſt une prévention bien étrange.

CHAPITRE SECOND.

DES CONVENTIONS DÉROGEANTES AU DROIT DE COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DE L'EXCLUSION DE COMMUNAUTÉ.

DISTINCTION PREMIERE.

DE CE QU'ELLE OPERE RELATIVEMENT A LA FEMME ET A SES HÉRITIERS.

I. QUOIQUE la coutume établiſſe communauté de certains biens, cette loi n'eſt pas ſi impérieuſe, comme on l'a déja annoncé, que les conjoints n'y puiſſent déroger par le contrat de leur mariage: c'eſt cette dérogation licite qu'on va examiner. En effet, ils y dérogent en ſtipulant excluſion de communauté; par cette ſtipulation chacun des conjoints jouit à part de ſes biens: c'eſt convention licite autoriſée.

Tronçon, ſur l'art. 220, en rapporte pluſieurs arrêts; le Brun, de la communauté, pag. 19, nº. 1 & 2: cependant pour dépouiller le mari de la jouiſſance des biens de ſa femme, il faut ſéparation contractuelle, comme on le va voir. Mais le principe contenu dans la propoſition eſt de droit commun. Voyez l'art. 8 de la coutume de Berry, autrement ce ſeroit confondre l'excluſion de communauté avec la ſéparation contractuelle.

II. Ils y dérogent pareillement en ſtipulant une ſéparation de biens; ſéparation de biens qui eſt différente de l'excluſion de communauté, comme on vient de l'annoncer, & qui a plus d'effet.

Cette différence fait la matiere de la diſtinction qui ſuit; ils y dérogent encore, mais en partie & relativement à un certain bien, en ſtipulant que la femme en jouira pendant le mariage; ces biens ſont paraphernaux, c'eſt-à-dire, qu'ils ſont hors la dot; voyez les ſavantes obſervations de Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, pag. 188 & ſuivantes; toutes ces différentes clauſes ont leur exécution, parce qu'elles ne ſont pas contraires aux loix prohibitives & négatives.

III. Dans le cas qu'il y a excluſion de communauté, la femme ni ſes héritiers n'ont rien à prendre dans les biens que le mari a acquis pendant le mariage, ils ſont tous ſiens: c'eſt l'effet de l'excluſion de communauté, effet qui eſt commun à la ſéparation contractuelle.

Voyez d'Argentré, ſur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, gloſ. 1, num. 5; Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 423: ce qui eſt exactement obſervé au châtelet comme l'effet d'une convention licite.

IV. Cette inhabilité, cette impuiſſance en ce cas, dans leſquelles eſt la femme de prendre part dans les biens acquis pendant le mariage, a lieu pareillement à l'égard des enfans, & de tout autre héritier qui ne peuvent avoir plus de droit que la femme.

Le Brun, de la communauté, pag. 20, num. 7: voyez les notes ſur la premiere propoſition de la diſtinction qui ſuit; & telle eſt la juriſprudence.

V. La femme mineure qui a conſenti une telle excluſion n'eſt pas reſtituable contre icelle; c'eſt la condition du mariage pour la célébration duquel elle a eu capacité, & par conſéquent, pour conſentir à ſa condition.

Le Brun, de la communauté, pag. 22, num. 16 & 17.

DISTINCTION II.

Des revenus de la femme, dont le mari jouit nonobſtant l'excluſion de communauté, & de la différence entre l'excluſion de communauté & la ſéparation contractuelle.

VI. Cette excluſion de communauté n'empêche pas que la femme ne ſoit toujours ſous la puiſſance du mari; elle n'a trait qu'aux biens & non aux perſonnes qui reſtent dans leur état naturel & civil.

Voyez Soëfve, cent. 1, chap. 54, & cent. 1, chap. 84, tom. 2; & tel eſt l'uſage du châtelet. Voyez Pocquet de Lalivoniere, régles du droit françois, page 42: tel eſt le principe dont on va expliquer la conſéquence qui concerne la juſte jouiſſance du mari.

VII. Le mari nonobſtant cette excluſion jouit de tous les revenus de ſa femme, & fait les fruits ſiens; tout l'effet de cette clauſe étant d'exclure la femme du bénéfice de la communauté: lui en donner un autre, ce ſeroit l'étendre au-delà de ſes limites.

C'eſt ce qui eſt dit dans une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 424; & tel eſt l'uſage du châtelet; c'eſt encore ce qui eſt atteſté par le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 573, num. 1; & ce que la propoſition ſuivante confirme.

VIII. En effet, ces fruits lui ſont deſtinés pour les charges du mariage; mais il n'en ſeroit pas de même s'il y avoit ſéparation contractuelle; la femme en ce cas, jouit de ſes revenus, c'eſt le juſte effet de cette autre clauſe, qui frappe la capacité perſonnelle, comme les biens.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, conforme à la doctrine de le Brun.

DISTINCTION III.

De l'irrévocabilité de l'excluſion de communauté, & des dettes dont le mari eſt tenu.

IX. L'excluſion de communauté ſtipulée par un contrat de mariage, eſt irrévocable, toutes les clauſes d'un contrat de mariage ſont telles; on ne peut donc plus par la ſuite la faire ceſſer, ſous le ſpécieux prétexte que c'eſt retour au droit commun. Impuiſſance, qui non-ſeulement tombe ſur la communauté, mais ſur toutes les conventions matrimoniales, auxquelles les actes poſtérieurs à la célébration du mariage (tels ſolemnels qui ſoient) ne peuvent apporter le moindre changement; ce qui entraîne la nullité des contre-lettres contraires aux ſtipulations portées par le contrat du mariage; l'un eſt ſuite de l'autre.

C'eſt ce que dit le Brun, au nombre cité ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction; ſur quoi on peut obſerver que la ſtipulation que la femme ni ſes héritiers ne pourront rien prétendre dans la communauté, embraſſe les enfans du mariage précédent. Arrêt du 28 mars 1625, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, & dans le premier tome de Bardet, liv. 2, ch. 33. Le mot d'héritier eſt générique, la faveur des enfans avoit fait apparemment ſoutenir la conteſtation. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez Louet & Brodeau, let. M, chap. 4; le Prêtre, cent. premiere, chap. 98; le journal des audiences, tome 4, liv. 8, chap. 30; & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. de la communauté, art. 5: ſur la nullité des contre-lettres qu'on examinera plus à fond dans ſon ordre, voyez Loyſel, tit. du mariage, régle 4; Louet & Brodeau, lettre C, chap. 28, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre de la communauté, article 5 & 6.

X. De la propoſition précédente, il s'enſuit que les conjoints ne peuvent rétablir la communauté, ſous prétexte que c'eſt un retour au droit commun; cette raiſon eſt impuiſſante contre un acte inviolable: ce ſeroit abuſer de la loi que de s'y arrêter.

Lapeyrere, let. M, déciſion 1, pag. 228; le Brun, traité de la communauté, liv. 1, chap. 2, num. 44, pag. 15, dit le contraire; mais cette opinion n'eſt pas ſuivie, & je l'ai vu pendant trente ans conſtamment rejetter au châtelet; auſſi, par rapport à Paris, atteſte-t-il le contraire au num. 47, & c'eſt à cette déciſion qu'il faut ſe fixer; voyez la propoſition qui ſuit.

XI. En effet, ce retour dégénéreroit en un avantage indirect, dans un tems prohibé; & parmi nous, tout avantage entre conjoins eſt rejetté; diſpoſition ſalutaire, diſpoſition impérieuſe à laquelle il n'eſt pas poſſible de donner la moindre atteinte, en abuſant d'une diſpoſition au préjudice d'une autre qui en eſt inſéparable.

Charondas avoit ſoutenu le contraire, mais ſon opinion a été rejettée; cependant le Maître, pag. 234, ſemble l'approuver, ainſi que le Brun, comme on l'a déja obſervé; mais le contraire eſt établi par la note ſur Dupleſſis, pag. 423. Il y a plus, ſi après la ſtipulation de l'excluſion de communauté, le mari s'étoit par le même contrat de mariage réſervé la faculté d'y rappeller ſa femme, cette clauſe ſeroit nulle & ne pourroit autoriſer un tel rappel; c'eſt ce que dit Dumoulin, *paria ſunt enim aliquid fieri tempore prohibito, vel conferri in tempus prohibitum*; ce qui prouve d'autant plus la certitude de la propoſition; c'eſt auſſi ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 21, num. 9, quoique dans un autre endroit il diſe le contraire, comme on l'a vu dans les notes ſur la propoſition précédente; pour moi je ne vois pas que la propoſition ni la précédente puiſſent ſouffrir difficulté: tous les principes y conduiſent.

XII. Mais l'excluſion de communauté ne tombe pas ſur les dettes; en effet, nonobſtant cette excluſion, ſi le mari a pris la femme avec ſes droits, ſans faire inventaire, il eſt tenu de payer les dettes de ſa femme antérieures au mariage: ce qui ne s'entend que des mobiliaires; c'étoit à lui à parer à cet inconvé-

nient, ne l'ayant pas fait c'eſt ſur lui qu'il doit tomber; cela eſt fondé ſur l'effet naturel de la confuſion des biens de la femme avec ceux du mari, ſur ce que les biens ne s'entendent que déduction faite des dettes, & que c'eſt au mari à s'imputer de n'avoir pas fait conſtater le montant des biens de ſa femme, par un état ou inventaire.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet, fondée ſur l'art. 221 de la coutume.

SECTION II.

De la ſéparation contractuelle.

XIII. La ſéparation contractuelle eſt celle qui eſt ſtipulée par contrat de mariage, elle a plus d'effet que la ſimple excluſion de communauté; en effet, en ce cas, le mari ne fait pas ſiens les fruits des biens de ſa femme; & au contraire, dans ce cas la femme touche ſeule & jouit par elle-même de ſes revenus; c'eſt l'effet de la ſéparation contractuelle qui n'a pas moins de force que la judiciaire, qui produit cet effet; d'ailleurs, comme on l'a déja obſervé, cette ſéparation tombe ſur la perſonne & les biens, au lieu que l'excluſion de communauté ne tombe que ſur les derniers.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & l'on diſtingue cette ſéparation d'avec la ſimple excluſion de communauté, dans le cas de laquelle la femme ne touche pas ſes revenus, mais bien ſon mari, comme on l'a vu dans la diſtinction ſeconde de la ſection précédente; voyez le Brun, de la communauté, liv. 1, chap. 3, num. 1 & 2.

XIV. Cette ſéparation l'habilite à tout acte d'adminiſtration, mais nonobſtant icelle elle ne peut aliéner ſans l'autoriſation de ſon mari; cette ſéparation n'ayant trait à ces actes, & ne produiſant que l'effet de l'émancipation; il y auroit trop d'inconvénient à lui en donner un plus étendu.

C'eſt ce qui eſt obſervé par Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, pag. 424 & 425; & tel eſt l'uſage du châtelet.

☞ La femme ainſi ſéparée, peut aliéner avec l'autoriſation de ſon mari; mais une autoriſation générale & portée par le contrat de mariage ne ſuffit pas, il faut une autoriſation ſpéciale, ſans quoi l'aliénation ſeroit nulle: tel eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté. Voyez auſſi l'arrêt du 9 mars 1713, rapporté au journal des audiences, liv. 3, chap. 10, tom. 5.

XV. Dans ce cas, la femme eſt tenue de fournir à ſon mari ſur ſes revenus, une penſion convenable, devant contribuer aux charges du mariage; ſa qualité, ſa co-habitation, l'aſſujettiſſent à cet engagement, qui néanmoins n'affoiblit pas ſa jouiſſance d'un bien paraphernal.

Cela a été jugé au parc-civil, moi plaidant, contre la dame Langlois, pour le ſieur Langlois ſon mari, receveur des tailles de Clamecy.

XIV. Par la ſéparation contractuelle la femme eſt privée de tout droit de communauté, comme on l'a déja vu par rapport à la ſimple excluſion: privation qui n'a pas lieu par la ſimple ſtipulation d'un bien paraphernal, qui ne donne aucune atteinte au droit de ſa femme ſur la communauté.

Il n'en eſt pas de même lorſque par le contrat de mariage elle ſtipule la jouiſſance d'un certain bien & ſur ſes quittances; en ce cas, elle a toujours droit de communauté; mais en ce cas-là, le revenu ou produit de ce bien paraphernal eſt-il ſaiſiſſable de la part d'un créancier de la communauté? Par ſentence du châtelet du 14 octobre 1712, rendu en la chambre des vacations, il a été jugé qu'il étoit ſaiſiſſable; M. Gaillard, l'un des conſeillers, me dit que les juges s'étoient déterminés à le juger ainſi par les conſéquences: ce qui ne me paroît pas ſans difficulté, parce que c'eſt rendre le mari maître d'anéantir une clauſe du contrat de mariage; car il eſt en ſa puiſſance de faire paroître & agir un de ſes créanciers.

SECTION III.

Des modifications & des limites que les conjoints peuvent donner par la convention au droit de communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

De la reſtriction à une certaine portion, ou à une certaine ſomme.

XVII. Le droit de communauté peut être par les conjoints affoibli ou modifié par la convention, c'eſt une ſuite de la maxime que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe; ce qu'on va développer.

Sur cette diſtinction & la ſuivante, voyez le traité de la communauté de le Brun, chap. 3, pag. 19 & ſuivantes, où il examine les modifications & les clauſes qu'on peut inſérer ſur ce dans un contrat de mariage; il faut excepter celles qui ſeroient contraires aux bonnes mœurs, au droit naturel, à un intérêt public, & aux loix prohibitives & négatives. Voyez le Brun, de la communauté, pag. 20, num. 5 & 6.

XVIII. Comme il eſt loiſible d'exclure la femme de la communauté, on peut à plus forte raiſon reſtraindre ſon droit par la convention, & le reſtraindre au-deſſous de la moitié que la coutume lui donneroit, ceſſante la convention: voilà le principe général; & telle convention étant faite, elle a ſon exécution.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, chap. 1, ſect. 1, pag. 425. Voyez le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 18.

☞ Telle eſt auſſi l'opinion de Faber, *in leg. de fidei cum cod. de tranſact.* & de Tronçon, coutume de Paris, art. 220, *verbo* communs. Opinions adoptées par la juriſprudence des arrêts, voyez celui

celui du premier février 1745, rapporté par Lacombe, *verbo* communauté.

XIX. De-là il s'enſuit qu'on peut reſtraindre le droit de la femme dans la communauté à un tiers, à un quart, ou à une autre portion; telle reſtriction eſt licite, autoriſée & établie, elle eſt irrévocable.

Lorſque le contrat de mariage contient une telle réduction, le mari ne peut rappeller ſa femme au droit entier de communauté, ſous prétexte que c'eſt retour au droit commun, comme on l'a déja dit ci-deſſus dans le cas de l'excluſion totale, ce ſeroit avantage prohibé; Loüet, lettre M, num. 4; Lapeyrere, auſſi let. M, déciſion 1, pag. 228. Notes ſur Dupleſſis, pag. 423 & 424, & c'eſt la juriſprudence du châtelet; le Brun a varié ſur la queſtion; mais ni cette variation, ni l'opinion de ceux qui regardent le rappel comme valable, en le regardant comme retour au droit commun, ne peut faire impreſſion; ce retour étant abſolument contraire à la coutume.

XX. Dans le cas de cette reſtriction, la femme n'eſt tenue des dettes qu'à proportion, c'eſt-à-dire, que pour un tiers, ſi ſon droit dans la communauté eſt réduit à un tiers, & pour un quart ſi ſon droit eſt réduit à un quart; le paſſif devant toujours ſe balancer par l'actif.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 425; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXI. Cette reſtriction n'influe pas ſur ce qui doit tomber en communauté du chef de la femme, c'eſt la loi qui régle ce qui y tombe de ſon chef; ce qui eſt fort à conſidérer; ainſi, nonobſtant une telle réduction, tout ſon mobilier y tombe s'il n'en eſt exclus par une clauſe de propre; autrement ce ſeroit ajouter à la convention.

Cette reſtriction du droit de la femme à un tiers, à un quart, fait ſi peu cet obſtacle, que la reſtriction de ſon droit à une ſomme fixe ne le feroit pas; le Brun, de la communauté, pag 478, num 10 & 11; voyez auſſi les deux propoſitions ſuivantes.

XXII. De-là il s'enſuit que nonobſtant cette reſtriction, non-ſeulement tout le mobilier qu'elle poſſédoit lors de ſon mariage, mais tout celui qui lui échoit pendant icelui, tombe dans la communauté, ſi le contraire n'eſt ſtipulé par le contrat de mariage; c'eſt ſuite du principe, il y a reſtriction conſentie pour le partage; il n'y en a pas pour l'apport.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 425, auquel il faut joindre celui de le Brun, cité ſur la propoſition précédente.

XXIII. En effet, cette reſtriction ne frappe que ſon gain dans la communauté & non l'apport qui s'y fait de ſon chef, auquel apport réglé par la loi, il n'y a nulle dérogation; la loi ſur ce, reſte donc dans toute ſa vigueur; & par conſéquent, ſuivant ſa diſpoſition, tel bien tombe dans la communauté.

Tel eſt l'uſage du châtelet, conforme à la doctrine de le Brun, de la communauté, pages 577 & 578.

XXIV. De ce que deſſus, il s'enſuit à plus forte raiſon, que nonobſtant cette reſtriction, les fruits & revenus des biens de la femme échus pendant ſa communauté tombent dans icelle; c'eſt le ſort de tous les fruits des biens des conjoints, de tomber dans leur communauté.

Cela réſulte de ce que deſſus, & eſt regardé au châtelet comme inconteſtable, & auroit lieu même quand elle ſeroit réduite à une certaine ſomme; le Brun, pag. 578, num. 10 & 11; ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

XXV. Lorſque la femme pour droit de communauté eſt réduite à une ſomme fixe, il la lui faut fournir franche & quitte de dettes de la communauté; c'eſt l'effet d'une telle réduction, autrement elle ne ſeroit pas remplie de la ſomme; & elle le doit être conformément à la convention.

Dupleſſis, pag. 425; le Brun, de la communauté, pag. 577, num. 3, & l'on le régle ainſi au châtelet, dans les comptes & partages; c'eſt un forfait de la part de la femme, & une compoſition fixe de ſon droit; compoſition qui doit avoir ſon entiere exécution.

XXVI. L'excluſion de communauté ainſi que la reſtriction du droit de l'un des conjoints, quoiqu'avantageux à l'autre, ſont valables ſans inſinuation; ce n'eſt point donation, mais convention très-licite & même très-favorable pour le mari, puiſqu'elle ne tend qu'à lui aſſurer le fruit de ſon travail. Ce qu'on doit étendre à la clauſe, par laquelle il auroit été ſtipulé qu'en cas de ſurvie la maſſe de la communauté reſteroit au mari, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit; parce que ce n'eſt que ſous cette condition qu'il a admis ſa femme à la communauté.

C'eſt le ſentiment de Auzanet, ſur l'art. 220 de la coutume, & celui des auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 429; ce qui n'a lieu néanmoins par rapport à l'excluſion, à l'égard des marchands & négocians pour leſquels il faut publicité; les engagemens fréquens & réitérés auxquels leur état les expoſe a conduit-là pour la ſûreté plus entiere du commerce; ce qui ne peut influer ſur d'autres.

DISTINCTION II.

De la clauſe par laquelle les héritiers de la femme ſont exclus de la communauté, & de celle par laquelle il eſt permis au mari d'exclure ou d'admettre les héritiers de la femme au partage de la communauté.

XXVII. Il eſt loiſible par le contrat de mariage de ſtipuler, que la femme ſeule, & en cas de ſurvie, ſera admiſe au partage de communauté, & qu'en cas de ſon prédécès

ſes héritiers ſeront exclus de ce partage, & que toute la maſſe de la communauté reſtera au mari; telle clauſe eſt non-ſeulement licite, mais encore favorable, & comme telle doit avoir ſon exécution.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, chap. 1, ſect. 1, pag. 425; au moyen de cette clauſe les enfans mêmes communs ſont exclus; le Brun, de la communauté, pag. 20, num. 8; ce qui prouve d'autant plus la propoſition, & telle convention eſt valable ſans inſinuation, de même que l'excluſion abſolue de communauté; c'eſt le ſentiment de Auzanet, & des auteurs des notes ſur Dupleſſis, citées ſur la derniere propoſition de la ſection précédente.

XXVIII. On peut pareillement modifier cette excluſion des héritiers de la femme, en ſtipulant qu'ils ne ſeront exclus qu'en leur donnant par le mari une certaine ſomme, ou qu'il ſera permis au mari, pour ſe décharger de cette ſomme, de les admettre au partage de la communauté.

Ce qui eſt permis à l'égard des héritiers de la femme, puiſque par rapport à elle-même, on peut réduire tout ſon droit en la communauté à une certaine ſomme; le Brun, de la communauté, page 27, num. 35: & ce qui réſulte toujours du principe que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe.

XXIX. Dans ce dernier cas, cette ſomme doit être fournie aux héritiers de la femme, franche & quitte de toute dette de communauté; c'eſt fixation certaine, qui doit militer à leur égard, comme elle milite par rapport à la femme, & toutes les dettes ſont à la charge du mari.

Au cas de l'exécution de cette clauſe, toutes les dettes tombent ſur le mari, dit Dupleſſis, à la page 425 qu'on vient de citer; ce qui prouve la propoſition.

XXX. Dans le cas du premier article de cette diſtinction, tout ce qui eſt tombé du chef de la femme dans la communauté reſte au mari; c'eſt une ſuite de la réduction de ſon droit à une ſomme fixe: réduction qui n'a pas empêché l'exécution de la loi à la diſpoſition de laquelle on n'a pas dérogé.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; ſi par le contrat il a été ſtipulé que dans le cas du prédécès de la femme, ſes héritiers n'auront rien à prétendre dans la communauté, cela comprend les enfans comme les collatéraux; le Maître, page 265: on l'a déja vu ci-deſſus par rapport à l'excluſion.

XXXI. Tout ce que deſſus eſt fondé ſur le principe que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives & négatives; c'eſt toujours ſuite ou conſéquence de cette maxime, ſur le fondement de laquelle une communauté de tous biens entre conjoints par mariage eſt autoriſée.

Par le même principe les conjoints par mariage peuvent ſtipuler par le contrat d'icelui une communauté de tous biens; voyez ſur l'effet d'une telle ſtipulation, la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par un double T, pag. 428.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA PRIVATION ET DE LA PERTE DU DROIT DE COMMUNAUTÉ QUE LA FEMME ENCOURT POUR LE CRIME D'ADULTERE.

I. LA femme convaincue d'adultere eſt renfermée, & comme telle perd ſon droit de communauté; c'eſt une des peines dont ce crime eſt puni, comme étant le violement d'une condition tacite & légale, ſous laquelle le droit de communauté lui étoit accordé.

Arrêt du 5 octobre 1637, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20. Cependant elle ne perd pas par une telle condamnation les droits de citoyen; elle continue à porter l'habit ſéculier, elle peut teſter, même ſe remarier après la mort de ſon mari. Arrêt du 29 janvier 1684, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 7, chap. 3; voyez ſur ce, le Brun, de la communauté, p. 471; mais comme ce crime lui fait perdre ſon douaire, qu'on regarde comme des alimens, à plus forte raiſon, doit-il la rendre indigne de partager les fruits du travail de ſon mari: cet effet de l'adultere par rapport au douaire, eſt atteſté par Loyſel, du douaire, régle 39; par Coquille, queſt. 147; & par les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art. 43; ce qui prouve d'autant plus ſa juſte privation du droit dans la communauté.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 29 mars 1718, dont le diſpoſitif eſt rapporté tout au long par Deniſart, *verbo* adultere; il juge que la femme convaincue d'adultere, perd tous ſes droits de communauté, ſon douaire, ſon préciput & autres avantages à elle faits par ſon contrat de mariage; il juge même qu'en ce cas, ſa dot appartient à ſon mari, pour par lui en jouir en propriété.

II. Elle recouvre ſon droit dans la communauté, ainſi que celui de ſes autres conventions ſi ſon mari la reprend dans le tems que le jugement lui permet de la reprendre; c'eſt reconciliation qui efface tout ce qui la précéde.

Sur cette privation, voyez la note ſur Dupleſſis, page 429.

III. Celle qui quitte ſon mari ſans cauſe, perd ſon droit de communauté du jour qu'elle a abandonné ſon mari ; ce qui reçoit cependant l'exception qu'on va expliquer, & qui ſe réduit à une légéreté de femme qu'on ne doit pas ſi rigoureuſement punir ; ce qu'on approfondira par le chapitre qui ſuit.

Arrêt du 27 janvier 1672, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 1 ; il eſt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, page 289, ſous la date du 20 janvier. Voyez auſſi l'arrêt du 29 décembre 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 330 ; & le Maître, pag. 272. Voyez le chapitre 4, ci-après ; elle n'encourt pas cette perte, ſi elle n'a agi que par légéreté ; la foibleſſe de ce ſexe mérite cette indulgence, comme on le verra dans le chapitre ſuivant. Voyez ſur ce les art. 376 & 377 de la coutume de Normandie, l'art. 430 de celle de Bretagne, le 314 de celle d'Anjou, & le 327 de celle du Maine, leſquelles pour un tel fait, privent la femme de ſon douaire.

IV. Cette action ou ce droit de faire exclure la femme du bénéfice de la communauté pour le crime d'adultere, n'appartient qu'au mari ſeul & non à aucun autre ; il eſt le ſeul vengeur de ce crime : il auroit été indécent & contre le bon ordre d'en confier la pourſuite à tout autre.

Solus vindex genialis thori ; voyez les notes ſur les deux propoſitions ſuivantes, elles fondent la propoſition.

V. De-là il s'enſuit que les héritiers du mari ne peuvent intenter cette action, ſauf l'exception ci-après : tel eſt le principe général, qui influe ſur l'action en ſuppoſition de part.

De même l'action de ſuppoſition de part n'eſt point permiſe aux collatéraux, le mari étant encore vivant. Arrêt du 18 juin 1638, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 3 ; ce qui prouve la propoſition.

VI. Néanmoins ſi le mari avoit commencé la pourſuite, ſes héritiers après ſa mort pourroient la continuer pour faire décheoir la veuve de ſon droit de communauté & autres conventions ; cette action formée par lui-même fait alors partie de ſa ſucceſſion, & le mari gagne la dot de ſa femme lorſque c'eſt lui qui la fait condamner.

Le mari gagne la dot par l'adultere de ſa femme, ſi ce n'eſt qu'elle l'eût commis de ſon conſentement. Voyez Lapeyrere, pag. 8 & 9 de l'édition de 1725 ; le titre ci-après du douaire ; & le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 4 : ce qu'il eſt à propos d'obſerver ſur tout ce chapitre. Voyez ſur cette propoſition & la précédente, le titre ci-après du douaire dans la ſection, quand la femme eſt privée de ſon douaire.

CHAPITRE QUATRIEME.

QUE LE DÉFAUT DE PAYEMENT DE DOT, NI LA RETRAITE DE LA FEMME DE LA MAISON DE SON MARI, NE DÉPOUILLENT PAS LA FEMME DE SON DROIT DE COMMUNAUTÉ.

I. LE défaut de payement de dot ne fait pas perdre à la femme ſon droit de communauté ; le mari n'a pour ce que l'action en recouvrement d'icelle : ce ſont deux droits indépendans l'un de l'autre.

Cela eſt atteſté par le Brun, pag. 477, num. 34 ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

II. Cela auroit lieu encore qu'elle fût lors du mariage uſante de ſes droits, & qu'elle ſe fût dotée ſur ſon propre bien.

On le juge ainſi au châtelet ; mais elle doit à la communauté indemnité de la miſe par elle promiſe, tant en principal qu'en intérêts, & l'intérêt même de la portion de ſa dot par elle ſtipulée propre, & pour ce ſur ſa part dans la maſſe, elle doit aux héritiers du mari la moitié du montant de cette indemnité, tant en principal qu'en intérêts.

III. Si la femme par une légéreté d'eſprit & par l'inconſtance qui lui eſt aſſez naturelle a quitté la maiſon de ſon mari pour vivre ſéparément, elle ne perd pas pour cela & dans la théſe générale, ſon droit dans la communauté ; c'eſt une juſte indulgence accordée à ſa foibleſſe : ce qu'on a déja obſervé, & qu'il eſt à propos de reprendre ici pour l'examiner plus à fond.

Le Brun, de la communauté, pag 476, num. 29.

IV. Cela a lieu à plus forte raiſon s'il y a ſéparation d'habitation reſpectivement volontaire & faite de concert ; en ce cas le droit de la femme dans la communauté reſte dans toute ſa force ; telle ſéparation qui n'a de baſe que la volonté des parties, non la loi ni l'autorité de la juſtice, ne pouvant donner atteinte au droit de communauté qui eſt un droit acquis à la femme.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, où on l'admet en ce cas au partage de communauté ; je l'y ai toujours vu ainſi pratiquer.

V. Mais ſi telle ſéparation ne s'eſt pas faite par la ſeule légéreté d'eſprit de la femme, & qu'elle ait ajouté à cette légéreté une eſpece d'indignité en abandonnant tellement ſon mari, qu'elle ne l'ait pas aſſiſté à la mort, en ce cas elle doit être privée de

ſon droit dans la communauté du jour de ſa ſéparation de fait; ce n'eſt plus légéreté, c'eſt indignité qui doit produire cet effet.

Arrêt du 20 janvier 1672, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 64; voyez ci-deſſus la premiere ſection du précédent chapitre.

CHAPITRE CINQUIEME.

QUAND LE DROIT DE COMMUNAUTÉ N'A LIEU PAR LA NULLITÉ DU MARIAGE.

I. SUR l'anéantiſſement du droit de communauté que la nullité du mariage produit, il faut diſtinguer ſi la nullité du mariage étoit telle que par la bonne foi de l'un des conjoints, les enfans qui ſeroient nés d'un tel mariage ſeroient légitimes; tel mariage nonobſtant ſa nullité produit un droit de communauté au profit du conjoint qui étoit dans la bonne foi; tel eſt le mariage d'une fille qui ſeroit dans la bonne foi, avec un homme engagé dans les ordres ſacrés; autrement ce ſeroit punir cette derniere du crime de l'autre; ainſi en ce cas, comme les enfans qui ſont nés d'un tel mariage ſont légitimes, pareillement la femme a tous ſes droits, comme une légitime épouſe, & par conſéquent celui de communauté.

Voyez au livre premier le titre des mariages, où cela eſt établi.

II. Il en ſeroit de même de celui contracté par un impuiſſant, c'eſt un juſte dédommagement dû à l'autre conjoint qu'il a trompé; ainſi en ce cas le droit de communauté a lieu en faveur de la femme, nonobſtant le vice corporel du mari qui entraîne la nullité du mariage.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 4, num. 28, pag. 37, dénie en ce cas, droit de communauté à la femme; & au num. 30, il le lui accorde par forme de dédommagement; en effet, cette perte doit néceſſairement entrer dans les dommages & intérêts; il eſt donc plus expédient de lui accorder droit de communauté, puiſque pour la dédommager de ce, il faudroit toujours fixer ce qu'elle auroit amendé à ce titre, & c'eſt ce qu'il dit au même traité, pag. 283, num. 21 & 22. L'admiſſion au partage de communauté me paroît un parti plus ſimple, puiſqu'il liquide quant à ce & très-exactement le dédommagement dû à la femme, dont cet auteur convient, & c'eſt vraiment à quoi aboutit le principe qu'il adopte.

III. A l'égard de la nullité du mariage, fondée ſur la parenté qui étoit entre ceux que le mariage a unis, mais qu'ils ignoroient, la bonne foi, quoique difficile en ce cas à préſumer, ſoutient les effets civils de leur mariage, & par conſéquent le droit de communauté; c'eſt porter bien loin l'effet de la bonne foi; mais lorſqu'elle eſt conſtante, il faut appliquer à cette eſpece ce qu'on vient de dire ſur les deux précédentes.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 36, num. 24.

IV. Quant au mariage contracté par celui qui par une condamnation a encouru mort civile, il ne produit pas droit de communauté; tel mariage ne pouvant produire aucun effet civil; c'eſt incapacité publique, c'eſt vice notoire & par rapport auquel il ne peut y avoir de préſomption de bonne foi.

Art. 6 de l'ordonnance de 1639; voyez dans le livre premier le titre des mariages, où cela eſt établi.

V. Par rapport au mariage clandeſtin, & celui fait *in extremis*, il ne produiſent point droit de communauté; l'un & l'autre ne produiſant pareillement aucun effet civil, & le droit de communauté en étant un, tel mariage ne peut donc le produire.

Dumoulin, ſur l'art. 94 de la coutume de Valois, avoit penſé que le premier en pouvoit produire *in vim clauſæ expreſſæ & non in vim conſuetudinis*. Mais l'art. 5 de l'ordonnance de 1639, rendant les enfans qui naiſſent de tels mariages incapables de ſuccéder, établit que les mariages clandeſtins ne peuvent produire de communauté, & tel eſt ſur l'un & l'autre de ces mariages le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 35, num. 20 & 21; ſentiment auquel il faut s'arrêter; ainſi, lorſque le mariage eſt nul, & qu'il ne peut ſe ſoutenir par la bonne foi, il n'y a pas droit de communauté. C'eſt juſte ſuite de cette nullité relative, qui excluant tout effet civil, n'en excepte aucun.

SECONDE PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

QUELS BIENS Y ENTRENT.

CHAPITRE PREMIER.

QUAND COMMENCE LA COMMUNAUTÉ, ET CE QUI LA FORME.

(Art. 220 de la coutume.)

I. ON a déja remarqué que par une ſage politique, la plus grande partie des coutumes ont ſerré le lien du mariage par ceux de l'intérêt, en établiſſant une ſociété de biens entre conjoints par mariage ; ſociété dont on va examiner les effets & les ſuites, & qui naiſſant du mariage ne peut commencer qu'avec lui.

Sur tout ce chapitre voyez le traité de la communauté de le Brun, ch. 4.

II. La loi ſeule eſt ſuffiſante pour former cette ſociété entre-eux deux, d'où il s'enſuit que lorſqu'il n'y a pas de contrat de mariage, il n'y a pas moins communauté entre les conjoints, ſi la loi qui les régit l'établit ; en effet, en ce cas, la célébration du mariage la produit par la diſpoſition de la coutume qui tient lieu de contrat.

Le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 2, num. 1, pag. 7, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur le texte même de la coutume.

III. De même, lorſqu'il y a contrat ſans ſtipulation de communauté, pourvu qu'il n'y ait pas ſtipulation contraire, lorſque la loi qui régit les droits des conjoints l'admet & l'établit. C'eſt droit légal, par l'établiſſement duquel notre coutume a mieux connu le cœur humain que celle de Normandie, qui l'exclut, & comme droit légal il milite lorſqu'on n'y a pas dérogé.

C'eſt un effet civil du ſacrement, dit Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 1, pag. 352; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, comme on vient de l'obſerver, comme ſuite du texte. Une diſpoſition contraire affoiblit l'union entre les conjoints ; voyez l'art. 389 de la coutume de Normandie.

IV. De-là il s'enſuit que le mariage qui eſt nul quant aux effets civils ne produit pas de communauté, comme on l'a dit par le chapitre précédent. C'eſt encore ſuite du texte qui n'établit ce droit que comme une dépendance du mariage.

Note ſur Dupleſſis, pag. 353 & 354, & c'eſt ce qu'on a vu dans le chapitre précédent.

V. Cette ſociété de biens ne commence que du jour de la célébration du mariage, puiſque c'eſt le mariage qui la produit ; ainſi le temps ni la date du contrat ne ſont ſur cela d'aucune conſidération.

Note ſur Dupleſſis, déſignée par la let. C, pag. 355; Renuſſon, de la communauté, part. premiere, chapitre 3 ; le Brun, même traité, chap. 4.

VI. Cela a lieu encore qu'il y eut un contrat antérieur contenant ſtipulation de communauté, parce que cette ſtipulation, comme toutes les autres, eſt toujours conditionnelle & relative à la célébration, qui ſeule peut donner l'effet au contrat.

Le Brun, de la communauté, liv. 1, chap. 4, num. 5, pag. 32; voyez ci-après le titre de l'action réſultante de la conſtitution de dot, où ce principe eſt plus développé. C'eſt droit commun; c'eſt raiſon écrite & adoptée.

CHAPITRE SECOND.

SI LES CHANGEMENS QUI ARRIVENT DANS LES BIENS PENDANT LE TEMS INTERMÉDIAIRE ENTRE LE CONTRAT ET LA CÉLÉBRATION SONT A CONSIDÉRER.

I. CES changemens peuvent donner atteinte aux droits légaux des conjoints, mais non aux droits réſultans des conventions qui ſont inviolables ; c'eſt ce qu'on va développer, c'eſt principe général, auquel il eſt bon d'abord de s'arrêter.

Le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 4, num. 9, pag. 32, rapporte arrêt qui a donné in-

demnité à une femme à cauſe de la converſion que ſon mari avoit faite depuis le contrat & avant la célébration, de ſon mobilier en immeuble; indemnité qui eſt rejettée par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 355, conformément aux termes de la coutume; ce que j'adopte, parce que cela a dû être prévu, & que ſi l'on vouloit une miſe fixe, il falloit la ſtipuler; voyez la propoſition qui ſuit.

II. En effet, les droits légaux que le mariage peut faire naître, ſe réduiſent à des eſpérances que la ſeule célébration peut réaliſer, au lieu que les droits réſultans de la convention ſont inviolables; ainſi, quant aux premiers, on ne peut conſidérer les biens qu'au moment de la célébration; tel eſt le vrai principe, & quant aux autres, c'eſt la convention qu'il faut ſuivre.

Cela eſt doctement établi par la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 355, & me paroit conſtant par lui-même.

III. Mais les changemens qui ſurviennent dans les biens des futurs époux, pendant le tems intermédiaire, entre le contrat & la célébration, ne donnent aucune atteinte, ni à la miſe en communauté ſtipulée par le contrat, ni à la ſtipulation du propre fictif; l'une & l'autre doivent néceſſairement avoir leur exécution; c'eſt convention expreſſe que le fait de l'un des contractans n'a pu effacer.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet, & c'eſt droit commun, parce que la convention par elle-même inviolable, doit toujours avoir ſon exécution.

IV. Si un mari a pris une femme avec ſes droits ſans ſtipulation de miſe de la part de la femme en communauté, & que pendant le tems intermédiaire entre le contrat & la célébration, la femme eût converti ſon mobilier en immeuble, le mari pour cette converſion qui prive ſa communauté du mobilier que la femme avoit lors de la ſignature du contrat, n'a aucune indemnité; c'étoit à lui à parer à cela par une miſe fixe, par une convention qui auroit été inviolable, ne l'ayant pas fait il s'eſt tenu à l'effet que la diſpoſition de la loi opéroit au moment la célébration du mariage; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, mais qui ne peut s'appliquer au douaire.

Le Brun, de la communauté, pag. 32, num. 4, eſt d'avis contraire, comme on l'a déja vu ſur la premiere propoſition de ce chapitre, *ne illudatur alterutri conjugum*; du moins veut-il que cela donne lieu à un dédommagement; il ſe fonde ſur l'hypothéque du douaire qui remonte au jour du contrat; raiſon qui ne me paroit pas balancer celle qui ſuit & celles qui ont déja été remarquées ci-deſſus. Le douaire eſt un engagement conventionnel qui ne peut être affoibli par le ſeul fait de l'un des contractans, au lieu que la miſe en communauté, n'étant pas réglée par la convention, c'eſt la loi ſeule qui peut la régler; cela me paroit un point fixe dont on ne peut s'écarter ſans ajouter à un tel contrat ce qui n'y eſt pas.

V. En effet, le mari a dû prévoir qu'il ne tomberoit dans ſa communauté du chef de ſa femme, que le mobilier qu'elle auroit lors de la célébration de leur mariage; la converſion de ſon mobilier en immobilier, ne peut donc donner lieu à un dédommagement; tel eſt le véritable eſprit de la loi municipale, & aller au-delà c'eſt y ajouter, ou ajouter à la convention.

Cela réſulte encore de la note ſur Dupleſſis, pag. 355, où il eſt bien établi que toutes ces ſortes de clauſes ſont relatives au jour de la célébration.

VI. Il n'en ſeroit pas de même en retournant la médaille, c'eſt-à-dire, que ſi dans le cas qu'il n'y a point de miſe fixe, un des futurs conjoints avoit aliéné un de ſes propres; par cette voie ſa miſe ou apport légal en communauté n'en peut être gonflée, & il lui eſt dû pour ce indemnité, parce que telle aliénation eſt une eſpece de contre-lettre au contrat de mariage, ou du moins un acte dérogeant à icelui; ce que la loi rejette, ce qui manifeſte la différence qu'il y a entre l'un & l'autre cas.

Telle eſt ſur cela la juriſprudence du châtelet. Ne pourroit-on pas alléguer le même moyen dans l'eſpece de la propoſition & celle ci deſſus examinée, c'eſt-à-dire, que d'un mobilier extant lors de la paſſation du contrat, ſi on en fait emploi en rente avant la célébration, il n'y a pas pour ce d'indemnité? Non, il me paroit qu'il y a différence; un immeuble eſt choſe conſtante; le mobilier n'eſt pas de même, l'un eſt adminiſtration, l'autre me paroit contre-lettre formelle au contrat de mariage. Diſtinction qui détermine, & qui m'attache à la propoſition.

VII. Ce dernier inconvénient, comme le précédent, ceſſent lorſqu'il y a une miſe fixe ſtipulée par le contrat, ce qu'il eſt prudent de faire, puiſqu'une telle miſe prévient ſur cela toute conteſtation; & par conſéquent rend relativement à la communauté toute aliénation intermédiaire des immeubles inutile.

Dans ce cas, telle miſe s'obſerve inviolablement au châtelet, dans les liquidations & partages de communautés, nonobſtant tous changemens ſur les biens arrivés pendant le tems intermédiaire entre le contrat & la célébration; on en a déja vu la raiſon, les clauſes des contrats de mariage ſont inviolables, & ni l'un ni l'autre des conjoints ne peut y donner la moindre atteinte; celle concernant une miſe fixe doit donc comme les autres avoir avoir ſon exécution.

VIII. Concluons donc que dans ce cas, les changemens intermédiaires n'operent rien contre la miſe fixe, & que la ſtipulation de la miſe déterminée, doit toujours avoir exécution.

Cette propoſition & la précédente, ſont fondées ſur la maxime rapportée ſur la propoſition précédente, & ſur la diſtinction faite ci-deſſus, des droits légaux qui réſultent du mariage & de ceux qui réſultent de la convention ; les premiers ne deviennent fixes que du jour du mariage, les autres le ſont par l'acte qui eſt inviolable ; tel eſt l'uſage du châtelet.

PREMIERE CLASSE

DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE TROISIEME.

QUE LES MEUBLES QUE LES CONJOINTS POSSÉDENT LORS DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE, TOMBENT DANS LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 220 de la coutume.)

(*Communs en biens meubles.*)

I. DE tous les biens que les conjoints poſſédent, lors de la célébration de leur mariage, il n'y a que les meubles & effets mobiliers qui tombent de droit dans leur communauté ; ainſi, ce n'eſt pas ici une répartition, mais la nature des biens qui décident : telle eſt la diſpoſition de la coutume, diſpoſition plus ſimple, plus ſalutaire qu'une répartition, qu'une formation de communauté par quote de biens ; de-là il s'enſuit, que du jour de la célébration du mariage, tous les effets de cette nature que chacun des conjoints poſſédoit, leur deviennent communs, & ſe confondent dans la ſociété que la loi établit entr'eux ; ſi par le contrat de mariage il n'y a convention contraire, ſauf l'effet de la reſtitution en entier en faveur du mineur ; & les immeubles n'y tombent pas.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv, 1, ch. 1, pag. 361 ; de Renuſſon, traité des propres, ch. 6, ſect. 3, num. 13 & 14, pag. 603 & 604, il n'y a que la femme mariée mineure, qui ſoit reſtituable contre l'omiſſion de la ſtipulation des propres, comme on le verra dans ſon ordre ; c'eſt une juſte exception à la régle générale, fondée ſur le privilége de la minorité : voyez auſſi le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, pag. 39 & ſuivantes.

II. Approfondiſſons les immeubles : tous les immeubles que l'un & l'autre poſſédoit lors du mariage, & mêmes les offices, leur reſtent propres relativement à leur communauté ; l'incluſion des uns eſt l'excluſion des autres : tel eſt l'eſprit de la coutume, les meubles ſe confondent par eux-mêmes, les immeubles ſont toujours diſtingués par leur titre.

Dupleſſis, traité de la communauté, à la même page 361 : cela comprend les offices & les rentes ; le Brun, de la communauté, ch. 5, ſect. 1, diſtinction 5, pag. 59 : leur qualité d'immeuble eſt établie ci-deſſus, & tel eſt ſur ce l'uſage que cette qualité fonde inconteſtablement.

III. On verra par la ſuite, que ces propres relatifs à la communauté, peuvent faire partie d'icelle, non par la loi qui les en exclut, mais par la convention contraire que la faveur du contrat de mariage autoriſe ; auquel cas ſeulement de convention contraire, ces ſortes de biens tombent en communauté, non en vertu de la loi, mais en vertu de la convention licite qui les fait, relativement à la communauté, conſidérer comme meubles.

Voyez le chapitre de l'ameubliſſement ci-après, où cela eſt prouvé.

IV. Du principe que tout ce qui eſt mobilier, tombe dans la communauté de biens que la loi établit entre conjoints, il s'enſuit que de droit toutes les actions mobiliaires appartenantes aux conjoints lors de leur mariage, tombent de droit dans leur communauté, ſi la convention contraire ne les en exclut ; c'eſt la ſuite du principe qu'on a poſé : le mobilier indiſtinctement tombe en communauté ; ce qui embraſſeroit même un reliquat de compte de tutelle.

Juſques-là qu'un reliquat de compte de tutelle y tomberoit : le Brun, de la communautée, pag. 40, num. 6 & 7 ; ce qu'il limite à ce que le reliquat peut repréſenter de mobilier : limitation qu'on ne peut admettre que lorſque le conjoint auquel le reliquat auroit été dû, auroit été mineur lors de ſon mariage ; tel eſt mon ſentiment, que je fonde ſur les art. 94 & 220 de la coutume, ce qui n'eſt pas même ſans difficulté, cette fiction étant relative aux héritiers ; ainſi c'eſt l'étendre que de la faire militer contre un mari.

V. Les pratiques des procureurs & des notaires tombent dans la communauté comme étant un pur mobilier, & de ce principe que tout le mobilier y tombe, il s'enſuit dans la théſe générale, que les deniers provenans du rachat d'une rente appartenante à l'un des conjoints, & à lui rembourſée incontinent avant le mariage, tombent dans la commu-

nauté; c'eſt une autre ſuite du même principe, ces deniers étant un pur mobilier, s'ils n'appartiennent pas à un mineur, la minorité fondant ſur cela une exception.

De même que la pratique d'un procureur, ou celle qui appartient à un notaire, lorſqu'ils ſe marient, tombent dans leur communauté; notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2; cette note déſignée dar la lettre G, pag. 362; ſauf l'exception remarquée ſur la propoſition qui ſuit, & la propoſition eſt conforme à l'uſage du châtelet.

VI. En effet, la nature de ces deniers les y fait tomber, & leur origine n'eſt d'aucune conſidération, ſauf la ſtipulation contraire & la fixation d'une miſe, qui ont leur effet lorſqu'elles ſont portées par le contrat de mariage, & la reſtitution en faveur du mineur s'il eſt léſé.

Cependant par rapport à un mineur qui auroit un mobilier conſidérable, l'omiſſion de ſtipulation de propre, le rendroit reſtituable; voyez le Maître, pag. 235, & ci-après le titre des reſtitutions en entier; outre que l'origine à ſon égard entre en conſidération, comme on l'a vu ci-deſſus.

VII. Par le même principe, l'action de remploi de propre aliéné appartenante à une veuve qui convole, tombe dans ſeconde communauté, ſi par le contrat du ſecond mariage, il n'y a convention contraire; c'eſt une autre ſuite du même principe dont la minorité même ne pourroit empêcher l'effet, ſauf en ce cas l'exécution de l'édit des ſecondes noces, par la diſpoſition duquel, la veuve convolante en ſecondes noces, ne peut & même par une miſe en communauté, quoique toute compoſée d'effets mobiliers, avantager ſon ſecond mari au-delà d'une portion d'enfant: principe qui milite par rapport à la ſoulte de partage qui tombe en communauté.

De même la ſoulte de partage fait avant le mariage: note ſur le Maître, pag. 237; & cela eſt fondé ſur la qualité mobiliaire de cette action, qualité qui fonde la propoſition; ce qui eſt établi ſur le titre des propres fictifs, & ſur celui de la nature des actions, & il eſt de principe, que *actio quæ tendit ad mobile, mobilis eſt*; c'eſt toujours l'objet & la fin de l'action qui en détermine la nature, ſauf l'effet de la minorité, qui proroge tant qu'elle dure la qualité d'immeuble, mais relativement aux héritiers du mineur ſeulement.

☞ Mais ſi le partage a été fait durant le mariage, la ſoulte qui en eſt dûe n'entre pas en communauté, quoiqu'elle ait été payée durant le mariage; elle eſt conſidérée en la perſonne de celui auquel elle eſt dûe, de même que le prix d'un héritage propre appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints.

VIII. Ce qui fonde la derniere propoſition & la précédente, eſt que dans ces cas, non-ſeulement il ne faut pas conſidérer l'origine & la cauſe productive de l'action, lorſqu'elle eſt mobiliaire, mais encore c'eſt qu'il y a lieu de préſumer que le conjoint, auquel de tels deniers ou une telle action appartenoit, a voulu laiſſer agir la loi, puiſque connoiſſant la nature de ſon bien, il n'a pas empêché l'effet de la diſpoſition de la loi, qui faiſoit tomber un bien en communauté, & ce par une ſtipulation contraire qui lui étoit permiſe; c'eſt donc ſur la nature de l'effet lors du mariage qu'il faut ſe déterminer, & non ſur la nature qu'il pouvoit avoir avant; nature qui ne ſubſiſte plus, & qui par conſéquent ne peut être d'aucune conſidération par rapport à la communauté.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, num. 9, pag. 41, eſt d'avis contraire, parce que relativement à la communauté, on examine, dit-il, l'origine des dettes; ce qu'il convient n'avoir lieu en matiere de ſucceſſion; mais il n'établit pas ſon principe, ni ſa diſtinction par rapport à la communauté, & outre qu'on ne voit aucune raiſon de différence de l'un à l'autre cas; il eſt évident que le conjoint auquel une telle action appartenoit, ne faiſant ſur ce aucune ſtipulation, a voulu le contraire, & que par rapport à l'autre conjoint, il ſeroit viſiblement trompé, parce qu'il n'a pu ſe fixer que ſur l'état actuel des biens de ſon autre conjoint, lors du mariage, ſans approfondir leur nature primitive, qu'on auroit pu aiſément lui rendre impénétrable; on en doit dire de même de la ſoulte de partage appartenant à l'un des conjoints, lors du mariage; le Maître, comme on l'a vu ſur la propoſition précédente, eſtime avec raiſon, qu'elle tombe en communauté, ce qui influe pareillement ſur les deniers provenans du rachat d'une rente fait à l'un des conjoints avant le mariage; je trouve ce ſentiment bien plus régulier que celui de le Brun, qui s'écarte totalement de la loi.

CHAPITRE QUATRIEME.

QUE TOUT LE MOBILIER DANS LE CAS DE CONVOL NE TOMBE PAS DANS LA SECONDE COMMUNAUTÉ.

I. CE que deſſus reçoit une exception; en effet, ce qui a été dit dans le chapitre précédent, n'a pas lieu indiſtinctement dans le cas du convol. Dans ce cas, ſi celui qui convole a des enfans de ſon premier mariage, il ne doit mettre en communauté qu'autant que celui avec lequel il convole y met; autrement ſa miſe ſeroit ſujette au retranchement, en effet, ſi le conjoint qui convole y met davantage, les enfans de ſon premier

mier lit ont droit de retirer ſa miſe en communauté, en ce qu'elle a excédé celle de l'autre; mais ce n'eſt qu'en ce qu'elle excéde, le ſurplus reſte, & ils n'ont ce droit que ſous une condition qu'on verra ci-après; réduction & condition par leſquelles on réduit l'avantage dans les bornes preſcrites par la loi.

Cela eſt d'uſage conſtant au châtelet; on y pratique ordinairement le prélévement reſpectifs des miſes, ce qui ſimplifie les opérations, mais cela n'a d'autre fin, que le prélévement de l'excédent fait par le convolant, & la réduction de l'avantage à une portion d'enfant, qu'il faut en ce cas donner au nonveau conjoint; voyez l'édit des ſecondes noces, & le Brun de la communauté, pag. 29, num. 45, & ci-après le titre des donations faites par un convolant.

II. Cela auroit lieu, encore que les biens du conjoint convolant duſſent par leur nature mobiliare, tomber dans la ſeconde communauté; encore une fois, le convol fait ſur ce exception, parce que par telle voie que ce ſoit, le convolant ne peut avantager ſon nouveau conjoint que d'une portion d'enfant; & ſans cette juriſprudence, qui eſt une ſuite inconteſtable de la loi, il auroit été facile au convolant, par la voie de la miſe en communauté, de dépouiller totalement les enfans de ſon premier lit.

Voyez ci-après le titre des donations faites par ceux qui ont convolés en ſecondes noces, & l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 5, num. 23 & 24, pag. 608 & 609; & Dupleſſis ſur l'art. 279 de la coutume.

III. Mais les enfans du convolant ne peuvent faire ce prélévement de l'excédent de la miſe faite en communauté par celui des conjoints qui a convolé, qu'en donnant à l'autre conjoint une portion d'enfant dans les biens libres; ce n'eſt que ſous cette condition que ce droit leur appartient; c'eſt l'eſprit de l'édit.

Cela eſt établi ſur le titre indiqué de la propoſition précédente, & eſt d'un uſage conſtant au châtelet; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, en expliquant l'avantage que le nouveau conjoint peut recevoir.

IV. Cet obſtacle de la chûte du mobilier dans une ſeconde communauté de la part d'un convolant, eſt fondé ſur ce que le convolant ne peut par telle voie que ce ſoit, avantager ſon nouveau conjoint plus que le moins prenant de ſes enfans; telle eſt la limite que la loi met aux avantages de ſa part, mais il peut l'avantager juſqu'à cette concurrence, ce qui fonde la propoſition précédente; mais ſon avantage ne peut excéder cette portion, ce qui fonde tout le ſurplus de ce chapitre, parce que c'eſt à cette portion que la loi a réduit tous les avantages que le convolant pouvoit lui faire.

C'eſt ſur cette prohibition qu'on jûge toujours au châtelet, que celui ou celle qui convole en ſecondes noces, ne peut mettre dans ſa ſeconde communauté plus que ſon nouveau conjoint y a mis, & que s'il l'a fait, il y a lieu de faire le prélévement reſpectif des miſes, en donnant au nouveau conjoint pour ce une portion d'enfant dans les biens libres du convolant, laquelle par conſéquent ne peut tomber ſur les conquêts de premiere communauté que la coutume a réſervé: derniere partie qui ſera ci-après traitée dans ſon ordre; c'eſt réſerve particuliere à la coutume de Paris.

CHAPITRE CINQUIEME.

QUE DANS TOUS LES CAS LES ACTIONS IMMOBILIAIRES NE TOMBENT PAS EN COMMUNAUTÉ, S'IL N'Y A CONVENTION CONTRAIRE.

[Même art. 220 de la coutume.]

I. COMME les immeubles appartenans aux conjoints ne tombent pas dans leur communauté, & que la nature des actions ſe détermine par la nature de l'objet auquel elles tendent, il y a de certaines actions qui ne tombent pas en communauté; telles ſont les actions immobiliaires; tel eſt le principe général, c'eſt le droit commun du royaume.

Sur tout ce chapitre, voyez le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 3, pag. 125. Les propoſitions ſuivantes expliquent celles-ci.

II. Telle eſt l'action qui appartient à l'un des conjoints, lors du mariage, & qui tend à recouvrer en ſa faveur la propriété d'un immeuble; cette action ne tombe pas en communauté, puiſqu'elle eſt immobiliaire; elle eſt telle par l'objet & la fin à laquelle elle tend, & par conſéquent ne tombe pas en communauté.

Actio quæ tendit ad immobile, immobilis eſt; le Brun de la communauté, pag. 70, num. 3. Auſſi l'héritage recouvré en vertu d'un réméré, ou par la voie de la reſtitution en entier contre la vente d'icelui, antérieure au mariage, ne tombe point en communauté; le Maître, titre 10, pag. 237: joignez à ce, la citation ſur la propoſition qui ſuit; tout cela fonde la propoſition.

III. En effet, cette action eſt immobiliaire, comme l'immeuble qui en peut provenir;

elle ne peut donc tomber en communauté ; ce qui influe ſur l'effet d'une reſtitution en entier.

Il en eſt de même des deniers que l'un des conjoints recevroit pendant le mariage, du prix d'un immeuble qu'il auroit acquis avant icelui, par l'effet de la reſtitution en entier que le vendeur auroit obtenu contre la vente ; tels deniers lui ſont propres relativement à la communauté, comme repréſentatifs de l'immeuble ; note ſur Dupleſſis, déſignée par la lettre G, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 362 ; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur le juſte effet de la repréſentation.

IV. Cependant la promeſſe ſous ſignature privée, de paſſer contrat de conſtitution au profit d'un des conjoints, quoiqu'antérieure au mariage, ſeroit conquêt de communauté & ſeroit partie d'icelle, ſi telle promeſſe n'étoit pas conſtatée par le contrat de mariage ; autrement ce ſeroit une ouverture à fraude, & cela eſt fondé ſur ce qu'une telle promeſſe ne peut avoir de date que du jour qu'elle paroît en juſtice, & qu'autrement ce ſeroit ouvrir aux conjoints, une voie aux avantages indirects, & qui ſont prohibés comme les directs : inconvénient qui n'a pas permis d'appliquer à la communauté le principe que la promeſſe de paſſer contrat de conſtitution, quoique ſous ſignature privée, eſt immeuble.

C'eſt une opinion commune au châtelet ; elle eſt conforme au ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 94, num. 68 & 69. Pour moi je n'y vois pas de difficulté, vu la générale & impérieuſe prohibition portée par la coutume.

CHAPITRE SIXIEME.

QUE LE MOBILIER QUE LA LOI FAIT TOMBER DANS LA COMMUNAUTÉ EN PEUT ÊTRE EXCLUS PAR UNE CONVENTION CONTRAIRE.

(Art. 93 de la coutume.)

I. PAR le principe qu'on a déja expoſé, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient pas contraires aux bonnes mœurs & aux loix prohibitives, il s'enſuit qu'il eſt permis aux conjoints par leur contrat de mariage, de ſtipuler que leur mobilier extant lors du mariage ou partie d'icelui, leur ſera propre, & par-là exclus de la communaué, & l'ayant fait, telle convention a ſa pleine exécution ; ainſi cette clauſe licite fait exception à ce qu'on a dit par le troiſieme chapitre ci-deſſus, & cette exception eſt de droit commun, on l'a déja vu ci-deſſus en traitant des propres fictifs.

L'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 1, num. 5, pag. 587. Voyez au livre 2 le titre des propres fictifs. Le mineur, qui lors de ſon mariage n'auroit eu que du mobilier, ſeroit même reſtituable contre le défaut de réaliſation & de ſtipulation de propre : ce qu'on verra plus amplement ci-après dans le préſent titre ; & ſur celui des reſtitutions en entier, voyez ſur cela le Brun, de la communauté, pag. 56, num. 12 ; & tel eſt ſur ce dernier cas, l'uſage du châtelet.

II. Cette ſtipulation, cette fiction immobiliſe le mobilier, relativement à la communauté ſeulement, & opére autant que la vérité, mais relativement à la communauté ſeulement : tel eſt l'effet de cette fiction, de cette ſtipulation lorſqu'elle eſt limitée à la communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, chap. 2, pag. 361, & le titre indiqué ſur la propoſition qui ſuit.

III. Ils peuvent même faire militer cette fiction dans les ſucceſſions de leurs enfans, auquel cas elle opére, comme elle opére par rapport à la communauté ; c'eſt convention licite tant pour l'une que pour l'autre ; convention qui a bien des branches & qu'on a diſtingué ci-devant en traitant des propres fictifs.

Voyez ci-devant le titre des propres fictifs, où cela eſt établi.

IV. Si par le contrat de mariage les conjoints ſtipuloient qu'ils ne ſeroient communs que dans les biens qu'ils acquerreroient pendant leur mariage, tout le mobilier extant lors du mariage leur eſt propre, puiſqu'ils l'excluent expreſſément de leur communauté ; & c'eſt ce qui réſulte de la formation d'une telle communauté, cette convention étant reſtrictive. En effet, cette ſtipulation eſt telle de ſa nature, & opére par ce moyen autant qu'une ſtipulation expreſſe de propre de ce mobilier extant ; ſauf la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit ; en effet, c'eſt convention licite que cette reſtriction ; il faut donc qu'elle ait ſon effet, ſon exécution.

Je l'ai vu auſſi régler au châtelet, dans un compte de communauté qui s'y rendoit ; ce qui eſt conforme à un ancien arrêt du 19 Janvier 1572 ; il eſt cité en la premiere note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 362 ; Dumoulin, ſur l'art. 27 de la coutume de Bourgogne, avoit été d'avis contraire ; il ne me paroît

pas que cette opinion ſoit ſuivie : elle s'écarte de l'eſprit de la loi & de celui de la convention.

V. Mais dans ce cas, c'eſt au conjoint qui veut faire valoir une telle ſtipulation reſtrictive à prouver quel étoit le montant de ſon mobilier extant lors de ſon mariage ; ce n'eſt que ſur cette preuve qu'il peut fonder une repriſe de propre.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la coutume, qui n'admet de propre que celui qui eſt conſtaté.

VI. Comme les conjoints peuvent empêcher que leur mobilier ne tombe dans la communauté ; par la même raiſon ils peuvent par la ſtipulation, y faire tomber leurs immeubles que la loi n'y fait point tomber ; c'eſt ce qu'on va voir ; & telle ſtipulation eſt encore du droit commun, & forme par la convention une ſeconde claſſe de biens de communauté.

Cela eſt établi dans le chapitre qui ſuit, qui concerne l'ameubliſſement.

SECONDE CLASSE

DES BIENS DE LA COMMUNAUTE.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES IMMEUBLES AMEUBLIS PAR CONTRAT DE MARIAGE.

SECTION PREMIERE.

DE L'EFFET DE L'AMEUBLISSEMENT, ET QUE L'AMEUBLISSEMENT DOIT ETRE EXPRE'S.

I. L'IMMEUBLE ameubli par contrat de mariage, entre par la convention dans la communauté & fait partie d'icelle ; la fiction ſur ce licite opérant autant que la vérité ; principe général qu'on va développer par les propoſitions qui ſuivent, ſauf le droit particulier de celui des conjoints qui a fait l'ameubliſſement ; droit qui forme la propoſition qui ſuit.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 363. Comme les clauſes des contrats de mariage ſont inviolables, l'ameubliſſement du propre doit toujours avoir lieu, quoique depuis le mariage le conjoint qui l'a fait eût recueilli un grosmobilier ; arrêt du 19 décembre 1627, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 75, & tel eſt l'uſage du châtelet : ſur l'ameubliſſement, voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 8, pag. 687 & ſuivantes ; & le même auteur, & le Brun, en leurs traités de la communauté.

II. Cependant ſi l'immeuble ameubli n'a pas été vendu, celui qui a fait l'ameubliſſement peut le reprendre en faiſant raiſon à la communauté du montant de l'ameubliſſement ; cette raiſon conſerve tous les droits des conjoints & ceux de la communauté ; & c'eſt à cette balance, à cette raiſon, que l'effet de l'ameubliſſement ſe réduit.

Renuſſon, des propres, ch. 6, ſect. 8, num. 24 & 25, pag. 698 & 699, & tel héritage lui eſt propre s'il lui étoit tel ; Bacquet, des droits de juſtice, pag. 214. En effet, la repriſe qu'il en fait remet les choſes dans leur premier état ; il doit donc lui reſter propre ſi il lui étoit tel avant l'ameubliſſement.

III. De ce que l'immeuble ameubli devient par la convention licite conquêt de communauté, il s'enſuit que le mari peut diſpoſer de l'immeuble que ſa femme a ameubli, comme d'un conquêt de communauté, étant le maître des biens qui la compoſent, comme on le verra ci-après dans ſon ordre ; cela eſt ſuite du principe & de la qualité d'un tel immeuble, que la convention licite a rendu un vrai conquêt de communauté, ſauf le cas de l'ameubliſſement fait par un mineur, & qui avoit la faculté de reprendre ; c'eſt cas ſingulier, qui n'empêche pas que la régle générale ne ſoit telle.

L'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 8, num. 23, pag. 697, & num. 35. Il faut excepter le cas que l'ameubliſſement auroit été fait par une femme mineure, & que le contrat de mariage contiendroit la faculté de reprendre. Sentence du châtelet du 19 décembre 1699 ; auquel cas le mari ne pourroit plus vendre un tel immeuble : c'eſt exception qui confirme la régle qu'on vient de poſer, & qui n'eſt pas ſans difficulté.

IV. Cette puiſſance du mari de vendre un tel immeuble auroit lieu, encore que la femme fût mineure lors du mariage, pourvu que le contrat de mariage ne contînt pas en

ſa faveur la faculté de reprendre, ſauf la reſtitution en entier, s'il y a lieu à icelle contre l'ameubliſſement ; mais hors ce cas la puiſſance du mari eſt entiere ſur un tel immeuble que la convention a rendu conquêt.

Cet effet de l'ameubliſſement eſt purement relatif à la communauté ; de-là il s'enſuit, que ſi l'héritage ameubli retourne au conjoint qui a fait l'ameubliſſement, & que cet héritage lui fût propre, il n'en peut diſpoſer par teſtament, que comme d'un propre ; Louet, let. D, num. 40 ; Dumoulin, ſur l'art. 78 de la coutume, gloſ. 1, num. 103. *Illa enim qualitas non cenſetur appoſita, niſi pro commodo & intereſſe mariti.* C'eſt auſſi le ſentiment de Lapeyrere, let. P, déciſion 145, pag. 344. J'ai toujours vu pratiquer au châtelet que l'ameubliſſement étoit valable ſans inſinuation ; voyez Brodeau ſur Louet, let. D, ſom. 64, num. 4. Renuſſon, des propres, pag. 692, num. 12 & 13 ; & ſans cela, le mari en ne faiſant pas inſinuer, ſe rendroit maître d'avantager ſa femme ou de s'avantager lui-même, ce qu'on ne peut admettre ; en un mot, c'eſt une convention judicieuſe & non une donation, & par conſéquent l'ameubliſſement eſt valable ſans inſinuation.

☞ A l'égard de l'inſinuation, voyez auſſi Bacquet, des droits de juſtice, chap. 21, num. 385, où il dit que l'ameubliſſement faiſant partie du contrat de mariage, ne peut paſſer pour une libéralité, ni pour une donation, & qu'il n'eſt conſéquemment point ſujet à l'inſinuation.

V. Cette convention, ſi l'on excepte le mineur, n'eſt ſujette à aucune forme ; cependant l'ameubliſſement, de même que la ſtipulation de propre, ne peut s'admettre ſans ſtipulation expreſſe ; l'un & l'autre ſont de rigueur, & par conſéquent ne peuvent ſe ſuppléer ſi il n'y en a convention formelle. De-là il s'enſuit, que lorſque les conjoints ont ſtipulé qu'ils ſeront communs en meubles, acquêts & conquêts immeubles, cette clauſe n'emporte pas ameubliſſement des acquêts, que les conjoints poſſédoient lors de leur mariage ; l'ameubliſſement tacite n'étant pas admis ; & cette clauſe ne devant s'entendre que conformément au droit commun, c'eſt-à-dire, des conquêts faits pendant le mariage, qui ſont des acquêts communs aux deux conjoints ; c'eſt ſur de tels acquêts que tombe la clauſe, & non ſur ceux faits avant le mariage, ſi il n'y a ameubliſſement exprès.

Le Brun, de la communauté, pag. 41, num. 22 & 23, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

VI. En effet, par une telle clauſe, l'ameubliſſement n'eſt pas ſuffiſamment marqué, & ne produit qu'une ſtipulation de communauté conforme à la coutume ; les conjoints n'ayant employé que les termes même de la coutume.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet, fondée ſur le véritable eſprit de la coutume & le vrai ſens de la convention.

☞ L'ameubliſſement s'opére de quatre manieres ; 1°. En ameubliſſant ſes immeubles juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme ; 2°. Quand il eſt convenu que le mari pourra vendre des propres de la femme, juſqu'à concurrence d'une certaine ſomme, qui entrera en communauté ; 3°. Quand on ameublit un héritage pour entrer en communauté, ou qu'il eſt dit qu'un tel héritage entrera en communauté ; 4°. Quand on ſtipule une communauté de biens, même des propres. Voy. Auzannet, ſur l'art. 93 de la coutume de Paris ; les arrêtés faits chez M. le préſident de Lamoignon ; le Brun, traité de la communauté, liv. 1, chap. 5, ſect. 1, diſtinct. 2 ; de Renuſſon, traité des propres, chap. 6, ſect. 8 ; & Louet, lett. P, num. 40.

SECTION II.

Si le mineur peut ameublir, s'il eſt quant à ce reſtituable, & que la reſtitution n'affoiblit pas ſon droit ſur la communauté.

VII. Le conjoint mineur peut ameublir ſes immeubles juſqu'à concurrence du tiers ; capable de contracter mariage, il l'eſt de tous les actes licites qui y ont trait ; la prohibition de le faire auroit été contraire à ſes intérêts.

Dumoulin, ſur l'art. 105 de la coutume ; le Brun, de la communauté, pag. 48, num. 4.

VIII. Lorſque ſon ameubliſſement eſt ainſi limité, il n'eſt pas reſtituable, étant fait avec les formalités requiſes, & qu'on va expliquer par la note ; formalités qui aſſurent le principe, mais ſur leſquelles il n'y a pas entiere uniformité de ſentiment.

Il faut pour le rendre valable, que quatre circonſtances concourent ; la modération convenable, le conſentement du tuteur, l'avis des parens, l'homologation en juſtice ; note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 1, pag. 359. Au châtelet l'homologation en juſtice n'eſt pas regardée comme néceſſaire, & le contrat de mariage, lorſqu'il eſt ſigné des principaux parens, tient lieu d'avis de parens ; voyez Bacquet, des droits de juſtice, pag. 222 ; le Maître, pag. 234.

IX. Mais lorſque l'ameubliſſement fait par le mineur excéde le tiers, il eſt reſtituable ; ce n'eſt que juſques à cette concurrence qu'il eſt licite ; l'excéder de ſa part eſt léſion, & la léſion lui ouvre la voie de la reſtitution en entier.

Arrêt du 29 avril 1585, rapporté par Louet, let. M, ſom. 9, par lequel un tel ameubliſſement n'a pas été anéanti, mais réduit *ad legitimum modum* ; c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 48, num. 5, à la fin ; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

X. Cependant ſi l'ameubliſſement excédant le tiers, étoit autoriſé par avis de parens homologué, la reſtitution ceſſeroit; la juſtice, en ce cas, l'ayant adopté.

Sur la reſtitution des mineurs contre ces clauſes de leurs contrats de mariage, voyez de Renuſſon, des propres, chap. 5, ſect. 3, num. 15, 16 & ſuivans; ch. 6, ſect. 8, num. 8, & ci-après le titre des reſtitutions en entier.

XI. Cela eſt fondé, ſur ce qu'en ce cas, il y a lieu de penſer que l'ameubliſſement a été balancé par d'autres avantages que le mariage a procuré au mineur; l'ameubliſſement, en ce cas, doit donc avoir ſon exécution.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 8.

XII. Le mineur reſtitué contre un ameubliſſement trop fort, ne perd rien de ſon droit de communauté; ce ſont deux droits différens. En effet, l'âge & le bénéfice de celui qui avoit fait un pareil ameubliſſement, devoient faire prévoir à l'autre qu'il pourroit être affoibli; ſon affoibliſſement ne doit donc pas donner atteinte au droit de communauté.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet. C'eſt le ſentiment de l'auteur du traité des propres, ch. 6, ſect. 8, num. 7 & ſuivans; & le Brun, de la communauté, pag. 29.

XIII. Par la reſtitution on ne détruit pas l'ameubliſſement dans ſa totalité, comme on l'a déja vu dans les notes précédentes; mais par la reſtitution on le réduit ſeulement au tiers; voilà le ſeul effet que produit ſur ce la reſtitution en entier, parce que ce n'eſt qu'en cette partie qu'il y a léſion; l'ameubliſſement juſqu'au tiers étant d'uſage.

C'eſt ce que la cour a jugé par l'arrêt du 29 avril 1585, ci-deſſus cité: & tel eſt l'uſage du châtelet.

TROISIEME CLASSE
DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE HUITIEME.
DES MEUBLES QUE LES CONJOINTS RECUEILLENT PAR SUCCESSION PENDANT LE MARIAGE.

SECTION PREMIERE.
QUAND CES BIENS TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.

(Art. 220 de la coutume.)

I. CES biens y tombent de droit, ſi les conjoints ne l'ont empêché par une convention contraire; leur nature de mobilier ſuffit pour cela, ſi la convention n'y fait obſtacle: la coutume rendant les conjoints par mariage communs indiſtinctement en tous biens meubles, & en conquêts immeubles, faits durant & conſtant le mariage; diſpoſition générale & qui n'excepte rien.

Ainſi l'univerſalité de meubles qui échoit à l'un des conjoints en qualité d'héritier, tombe dans la communauté, dit le Brun, de la communauté, pag. 70, num. 3, & pag. 112, num. 5: ce qui eſt ſans difficulté, puiſque c'eſt le texte même de la coutume.

II. De là il s'enſuit, que tout ce que les conjoints recueillent de mobilier pendant le mariage, à titre d'héritiers, même par ſucceſſion directe, fait partie de leur communauté, s'il n'y a convention contraire, portée par le contrat de mariage; les ſucceſſions contraires n'étant pas plus exceptées que les collatérales, puiſque la diſpoſition de la coutume eſt générale.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 363. A l'égard du conquêt que des pere & mere auroient donné à un enfant, & auquel ils ſuccéderoient enſuite; tel conquêt rentre dans leur communauté, dans ſa qualité primitive; le Brun, de la communauté, pag. 121; en effet, cette ſaiſine de ſucceſſion remet les choſes dans leur premier état, circonſtance qui ne permet plus d'appliquer la régle contenue dans la propoſition, c'eſt-à-dire, de regarder ce bien comme un ſimple mobilier; mais il ne rentre pas moins dans la communauté.

III. A l'égard des immeubles que les conjoints recueillent pendant le mariage à titre d'héritiers, ils ne tombent pas dans la communauté ; la loi ne les rend communs qu'en biens meubles & conquêts immeubles, ce qui exclut les précédens ; régle qui influe même ſur les ſucceſſions directes aſcendantes, mais qui ne milite pas dans le cas de la note précédente.

Cela a lieu même pour les immeubles qui échoient aux aſcendans par la ſucceſſion de leurs enfans, & qui étoient acquêts dans la perſonne de ces derniers ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 374. Quant à la ſoulte qui échoit au conjoint pendant le mariage, quoique mobiliaire, elle ne tombe pas en communauté, en tant qu'elle eſt repréſentative d'un meuble ; ſuivant le Brun, de la communauté, pag. 77, num. 34. Voyez ci-après la derniere diſtinction de la ſection 4 du remploi ; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere : cela demande un examen, & eſt une dépendance de l'action de remploi.

SECTION II.

Quand la convention empêche que ces effets qui échoient aux conjoints pendant le mariage, tombent en communauté.

IV. Lorſque par le contrat de mariage il eſt ſtipulé que ce qui échoira aux conjoints par ſucceſſion, leur ſera propre, cette ſtipulation diſtrait de la communauté les effets mobiliers qu'ils recueillent par cette voie ; c'eſt ſtipulation du propre, relative à la communauté, & qui doit avoir ſon exécution comme très-licite ; mais cette clauſe ne ſe ſupplée pas, & ne s'étend pas au bénéfice qui réſulte d'une continuation de communauté.

Cette clauſe eſt de rigueur, & ne s'étend pas d'un cas à un autre ; le Brun, de la communauté, pag. 336, num. 33 & ſuivans ; mais cette clauſe ne rend pas propre, ce que l'un des conjoints recueille par le droit de continuation de communauté dans laquelle il auroit été avec le ſurvivant de ſes pere & mere ; car quant à ce, ce n'eſt pas un bien échu par ſucceſſion, ni droit héréditaire ; c'eſt ce même conjoint qui eſt cenſé coacquéreur avec le ſurvivant de ſes pere & mere, avec lequel il a été en continuation de communauté ; mais pour cela il faut qu'il ſoit bien conſtant que le bien a été acquis pendant la continuation ; autrement il faut le regarder comme propre à l'enfant, relativement à ſa communauté, parce que pour conſerver le bien à la communauté de l'enfant qui a été en continuation, il ne faut pas énerver ſon propre, ni donner atteinte à la clauſe de ſon contrat de mariage, par laquelle il eſt ſtipulé que ce qui lui échoira par ſucceſſion lui ſera propre, & attendu que ce qui ſe trouve dans la continuation eſt repréſentatif de ce qu'il y avoit lors de la mort du prédécédé des pere & mere, & que cela doit être propre à l'enfant ; dans le doute, il vaut mieux regarder tout comme propre, que d'énerver le propre du conjoint, & augmenter la communauté aux dépens d'icelui ; il y auroit encore moins de difficulté ſi l'enfant avoit été marié ſous la condition de ne demander au ſurvivant, ni compte, ni partage, comme on le verra en traitant de cette clauſe.

V. Cette clauſe de propre, de ce qui échoira par ſucceſſion, doit ſe ſtipuler reciproquement ; le contraire, s'il n'eſt expliqué & convenu, eſt une inattention blâmable de la part des notaires, car c'eſt avantage ſouvent non entendu ; inconvénient cependant dans lequel ils tombent ſouvent par rapport au mari ; mais la clauſe ou fiction du propre, imprimé par les conjoints, ſur le mobilier qui peut leur échoir par ſucceſſion, donation, legs ou ouverture de ſubſtitution, eſt auſſi valable, auſſi efficace que celle qu'ils attachent à un mobilier extant lors du mariage.

J'ai entendu pluſieurs fois qu'on s'eſt recrié au châtelet contre cet abus ; Dupleſſis, pag. 364, propoſe cela comme un expédient ; cependant cette ſtipulation eſt d'un uſage fréquent en faveur de la femme, & on l'oublie ſouvent pour le mari : ſur l'efficacité de cette clauſe, pour les biens futurs, voyez le titre des propres ; les principes qu'on y a établi s'y appliquent également.

VI. Par le principe déja répété pluſieurs fois, que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes ; on peut ſtipuler que les immeubles qui échoiront aux conjoints pendant le mariage, tomberont dans la communauté ; ſans cela ils ſont de droit propres ; mais la clauſe étant inſérée dans le contrat de mariage a ſon exécution, comme on l'a établi ci-deſſus.

C'eſt ameubliſſement caſuel & indéterminé, & ſur lequel on peut appliquer ce qui a été dit par le chapitre ſeptieme ci-deſſus.

QUATRIEME CLASSE
DES BIENS QUI TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE NEUVIEME.

DES BIENS DONNÉS OU LEGUÉS AUX CONJOINTS PENDANT LE MARIAGE; QUAND CES BIENS TOMBENT EN COMMUNAUTÉ, ET QUAND ILS N'Y TOMBENT PAS.

(Art. 246 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE TOUT CE QUI EST DONNÉ OU LEGUÉ AUX CONJOINTS PAR AUTRES QUE PAR ASCENDANS, TOMBE DE DROIT EN COMMUNAUTÉ.

I. TOUT ce qui eſt donné ou légué par autres que par aſcendans, aux conjoints pendant le mariage, ou à l'un d'eux, tombe de droit dans la communauté; c'eſt conquérir que recevoir par donation; tels biens, abſtraction faite de leur qualité de meubles ou d'immeubles ſont donc conquêts, ſi il n'y a clauſe contraire dans le contrat de mariage; ce qui s'applique au legs fait par autres que par aſcendans, & par conſéquent au legs fait par un parent collatéral, ſauf l'exception qu'on explique ſur la troiſieme propoſition de la ſection qui ſuit.

Arrêt du 3 décembre 1657, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 74; & dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 26; Louet & Brodeau, lett. A, ch. 2: ſur quoi l'on obſervera que Pocquet de Livoniere, en ſes régles du droit, pag. 369, s'eſt trompé lorſqu'il a dit que le don teſtamentaire fait par un collatéral étoit propre, & comme tel exclu de la communauté. L'immeuble légué par un collatéral n'eſt pas plus propre que celui par lui donné; mais l'immeuble légué, & qui tomberoit dans le lot du légataire qui ſe ſeroit porté héritier du teſtateur, lui ſeroit propre, parce que l'acceptation de la ſucceſſion rendroit le legs caduc, & qu'en ce cas le conjoint poſſéderoit un tel immeuble comme héritier.

II. Cela a lieu, encore que le legs ou que le don fût d'un immeuble & fait par un parent; c'eſt toujours conquêt, ſi il n'y a clauſe contraire, c'eſt-à-dire, clauſe de propre; car où la loi n'admet qu'une ſeule diſtinction, il ne faut pas l'étendre d'un cas à un autre, autrement ce ſeroit y ajouter.

Arrêt du 18 mai 1646, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 38; Dupleſſis, de la communauté, pag. 375; le Brun, de la communauté, pag. 114, num. 14. *Quid*, de la donation faite par le Roi d'un office, telle donation tombe-t-elle en communauté? La raiſon de douter étoit priſe de ce que le Roi eſt le pere commun de ſes ſujets; cependant c'eſt libéralité; voyez Lapeyrere, let. D, num. 15, pag. 44; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 54, pag. 130; le Maître, pag. 243, eſtime que tel office tombe en communauté, ce que je penſe devoir être limité aux autres donations faites par le Roi, qui tombent en communauté, mais non l'office ainſi donné, qui par ſa nature eſt propre au mari; voyez Renuſſon, de la communauté, ch. 3; le Brun, même traité, pag. 114; en effet, le mari a été ſeul capable de poſſéder un tel effet; c'eſt donc lui qui a été l'objet d'une telle libéralité.

III. Le profit réſultant d'une ouverture de ſubſtitution, y tombe pareillement, quoiqu'il ſoit immobilier, ſi la ſubſtitution eſt faite depuis le mariage, & non autrement, pourvu que la ſubſtitution n'ait pas été faite par un aſcendant d'un des conjoints, auquel cas elle eſt propre, encore que l'auteur de la ſubſtitution ſoit mort depuis le mariage, & à plus forte raiſon, le profit mobilier y tombe-t-il, & ce indiſtinctement, c'eſt-à-dire, quoique la ſubſtitution ait été faite par un aſcendant ou par un autre; ce qui ſe verra par la ſuite, mais qui ne s'entend que lorſqu'il n'y a pas clauſe contraire; car y en ayant une, elle forme une fiction qui opére autant que la vérité; en effet, ce que deſſus s'entend d'une communauté entiérement conforme à la loi, & non modifiée par la convention, par laquelle il eſt permis de ſtipuler, que ce qui échoira aux conjoints par donation ou legs, leur ſera propre, & telle ſtipulation étant portée par le contrat du mariage, elle a ſon exécution; ce qu'on établira par la ſection cinquieme de ce chapitre.

Cela auroit-il lieu relativement à une communauté ſtipulée entre conjoints qui ont contracté mariage dans une ville où la communauté de biens n'a pas lieu légalement entre conjoints par mariage? voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 92, où il explique l'art. 246 de notre coutume.

IV. A l'égard du mobilier provenant d'une donation faite en directe, ou d'une ſubſtitution faite par un aſcendant, il tombe en communauté par la force de la loi, dès qu'il n'y a clauſe contraire; la loi ayant limité ſa diſpoſition ſur cela aux immeubles.

Le Brun, de la communauté, pag. 112, num. 2 & 3; cela eſt d'un uſage inviolable au châtelet, lorſque le contrat de mariage ne contient pas clauſe contraire, & cela réſulte de l'article 220 de la coutume.

SECTION II.

Des choſes données ou léguées aux conjoints & qui ſont légalement propres.

(Art. 246 de la coutume.)

V. Ce qui leur eſt donné ou légué par pere & mere & autres aſcendans, leur eſt propre, encore que cela ne fût pas ſtipulé par le contrat de leur mariage; ce qui ne s'entend que des immeubles, car les meubles donnés en directe, tombent en communauté, comme on vient de le voir; mais l'immeuble ainſi donné, eſt propre au donataire à tous égards; la coutume lui donnant cette qualité, relativement à la ſucceſſion, au teſtament, au retrait, à plus forte raiſon la donne-t-elle relativement a la communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 372; la citation ſur la derniere propoſition de la ſection précédente; mais il n'en eſt pas de même de ce qui eſt donné ou légué par un fils à ſon pere; ce don conſiſta-t-il en immeubles, il tombe en communauté, s'il n'y a clauſe qui l'en exclut; ce qu'il ne faut pas confondre avec la ſucceſſion d'un deſcendant, receuillie par un aſcendant; le même auteur, pag. 374; le Brun, de la communauté, pag. 114, num. 13; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme la derniere partie de cette note.

VI. En effet, un tel avantage fait par un aſcendant à un deſcendant, ce qui n'eſt pas en retournant la médaille, eſt plutôt une eſpece d'ouverture de ſucceſſion directe anticipée, qu'un don caſuel & inopiné; mais la donation du fils au pere, eſt vraie donation, vraie libéralité & comme telle elle doit tomber en communauté.

Cela eſt établi ſur le titre des ſucceſſions, & eſt atteſté par le Brun, traité de la communauté, pag. 112, num. 3; par le Maître, pag. 242, & par Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 1, ſect. 6.

☞ Sur la queſtion de ſavoir ſi la donation du fils au pere tombe en communauté, de Renuſſon n'eſt point du tout de l'avis de le Brun, & il eſtime au contraire qu'elle doit être regardée comme un propre: voyez ce qu'il dit à cet égard en ſon traité des propres, ch. 1, ſect. 7 num. 3, de la derniere édition.

VII. Par rapport à l'ouverture d'une ſubſtitution faite depuis le mariage, c'eſt-à-dire, dont le fondateur n'eſt décédé que depuis le mariage, il faut diſtinguer, pour déterminer ſi le produit tombe en communauté, ſi la ſubſtitution a été faite par un collatéral ou un étranger, ou par un aſcendant; dans le premier cas l'immeuble recueilli par l'un des conjoints a ce titre, eſt acquêt & tombe en ſa communauté, le fondateur n'étant pas décédé avant le mariage, ſi ce n'eſt que le collatéral fondateur de la ſubſtitution ait ſuivi l'ordre légitime de ſuccéder, auquel cas elle ſeroit propre; ſi elle a été faite par un aſcendant, l'immeuble eſt toujours & indiſtinctement propre au conjoint qui l'a recueilli à ce titre, & par conſéquent ne tombe pas en communauté, c'eſt eſpece de ſucceſſion; mais ſi elle a été faite par un étranger, le produit d'icelle y tombe en ce cas, c'eſt-à-dire, ſi il eſt décédé pendant le mariage, mais non ſi il eſt décédé avant & qu'il ſoit queſtion d'immeuble; auquel cas c'eſt droit à un immeuble antérieur au mariage & par conſéquent propre relativement à la communauté.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 116 & 117. La qualité de propre auroit lieu, encore que la ſubſtitution fût faite par un collatéral, ſi le fondateur de la ſubſtitution eſt mort avant le mariage; c'eſt un droit à un immeuble acquis à l'un des conjoints avant ſon mariage, ainſi qu'on le verra par la ſeconde ſection du chapitre 10 ci-après; c'eſt le ſentiment des auteurs des notes, ſur Dupleſſis, pag. 368; ce qu'on a déja vu ſur la nature des actions, & l'héritage ſeroit propre, ſi les degrés de la ſubſtitution étoient conformes à l'ordre d'une ſucceſſion légitime, ſuivant le ſentiment de Ricard, traité des ſubſtitutions, num. 100, & ſuivans; encore que le teſtateur fût mort depuis le mariage, ainſi qu'on l'a dit par la propoſition, ce qui l'établit dans toutes ſes parties: ſur ce que deſſus, il faut cependant obſerver qu'un certain legs fait par un collatéral, peut faire un propre de communauté; c'eſt lorſqu'un homme créancier d'une rente d'un de ſes héritiers préſomptifs la lui légue, & que cet héritier pour ſe tenir à ce legs, renonce à la ſucceſſion, legs qui n'eſt dans ſa perſonne qu'un legs de libération; tel legs, quoique fait par un collatéral, lui eſt propre, quoique le teſtament ni le contrat de mariage n'en contiennent la clauſe, parce qu'il ne peut ſe trouver un ſeul moment pendant lequel la rente ait ſubſiſté au profit de la communauté.

VIII. L'office donné par le roi à un homme marié, ne tombe pas en communauté, & de droit lui eſt propre; il lui eſt donné pour

pour le ſervir en cette qualité; raiſon qui me paroît déciſive, mais qui ne me paroît pas tomber ſur un autre bien que ſa majeſté auroit donné, comme on l'a obſervé ſur la deuxieme propoſition de la ſection précédente.

Bouchel, ch. 60; le Prêtre, cent. 2, ch. 86. Cela s'entend du don d'un office fait auſſi par un ſimple particulier à un mari, parce que tel don n'eſt communicable à la femme, comme on l'a vu dans le titre des offices; le Maître, pag. 243, a penſé le contraire même à l'égard de l'office donné par le roi: ce que je ne goûte pas; & les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 372, limitent la propoſition & prétendent que ſi le mari pendant le mariage avoit vendu un tel office à lui donné par le roi, il ne lui en ſeroit pas dû remploi; mais ce ſeroit par-là ouvrir une porte à l'avantage indirect & laiſſer le mari le maître d'avantager ſa femme, s'il le juge à propos, ce qui doit faire rejetter cette opinion; voyez de Renuſſon, des propres, pag. 538, num. 41 & 42; le Brun, de la communauté, pag. 120, num. 31; ainſi je ne penſe pas que ſur cela on puiſſe s'arrêter au ſentiment des notes ſur Dupleſſis & de le Maître; celui de ce dernier eſt contraire à l'objet & à la fin d'un tel don, & celui des autres, qui admettent la qualité de propre tant que le mari garde l'office, heurte de front la coutume.

IX. Développons ce que deſſus, il n'en eſt pas de même des autres dons faits par le roi, ils tombent en communauté, ſi le contraire n'eſt dit par le contrat de mariage ou par le don, ou qu'il ne paroiſſe que l'intention de ſa majeſté étoit contraire; ceſſante cette intention & la matiere de la donation ne faiſant aucun obſtacle à l'application de la coutume, ſa diſpoſition doit militer.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 371 & 372. On a prétendu qu'il y avoit une ordonnance contraire de Charles IX, du mois de juin 1571; mais cette ordonnance ne ſe trouve pas; le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 157, num. 30, eſt d'avis conforme à la propoſition, & qui au nombre ſuivant déniant même la qualité de propre à l'office donné par le roi à un mari, ne fait aucune mention de cette prétendue ordonnance; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 1, num. 8, pag. 389, confirme encore la propoſition & la précédente.

☞ Le Prêtre, cent. 1, pag. 91, dit que les duchés, marquiſats & comtés donnés par le roi, n'entrent point en communauté.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 55, tient que tout ce qui eſt donné par le roi entre en communauté, ſuivant l'article 246 de la coutume de Paris; & Bouchel, verb. donation, rapporte un arrêt du parlement de Paris du mois de mars 1601, qui a jugé qu'un don fait par le roi, provenant de confiſcation accordée, tombe dans la communauté.

Sur quoi on obſerve que le ſtyle des brevets du roi, quand il lui plaît de rendre ſa grace parfaite, ſuivant la conſidération des perſonnes, eſt d'y inſérer une clauſe de perſonnalité.

X. Mais la donation faite par contrat de mariage par l'un des conjoints à l'autre, ne tombe pas en communauté; autrement ce ſeroit la réduire à la moitié contre l'intention des contractans; réduction qu'on ne peut admettre.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. D, num. 13.

SECTION III.

Des donations faites aux conjoints, ou à l'un d'eux de penſions viageres, & quand elles leur ſont propres.

XI. Les arrérages d'une penſion viagere léguée à l'un des conjoints, tombent dans la communauté, pour ce qui eſt échu pendant qu'elle a ſubſiſté, & non pour l'avenir, ce qu'on va expliquer; telle diſpoſition emportant avec elle-même, & pour l'avenir, la qualité de propre; autrement on s'écarteroit de l'intention du teſtateur que le genre de ſa diſpoſition a manifeſté; mais pour les arrérages reçus, ils ſe ſont, comme tous les autres revenus, noyés dans la communauté.

On le juge ainſi au châtelet, & je l'ai toujours vu pratiquer ainſi dans les comptes de communauté, parce que pour cela, il ſuffit que les propres de l'un des conjoints ne ſoient pas diminués, & ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 102, num. 14, fonde cet uſage: on parle des arrérages échus pendant la communauté, on va examiner les autres; c'eſt-à-dire, ceux qui échoient depuis la diſſolution de la communauté, leſquels par la nature de la diſpoſition, n'en ſont pas partie.

XII Mais les arrérages de cette même penſion, à compter du jour de la diſſolution de communauté, ſont de plein droit propres à celui des conjoints auquel elle a été léguée, encore que le teſtament ni le contrat de mariage n'en contiennent pas la clauſe; c'eſt à ſa perſonne à laquelle une telle rente eſt attachée, & comme telle, elle doit la ſuivre en totalité; en effet, la qualité d'un tel legs manifeſte ſuffiſamment l'intention du teſtateur, & emporte, par ſa nature & la juſte interprétation à laquelle il eſt ſujet, une ſtipulation tacite de propre en faveur du conjoint gratifié, auquel le teſtateur a voulu donner de quoi l'aider à ſubſiſter; motif qui lui donne cette qualité.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet; & ſur cette opinion commune, je l'ai vu ainſi régler dans pluſieurs comptes de communauté, avec la diſtinction qui forme la propoſition qui ſuit, & dans laquelle cette préſomption ne peut plus avoir lieu.

XIII. Il n'en ſeroit pas de même, ſi la rente viagere avoit été donnée à l'un des

conjoints par donation entre-vifs ; en ce cas, les arrérages de la rente ſeroient toujours cenſés faire partie de la communauté, nonobſtant la diſſolution, enſorte qu'ils ſe partageroient entre le conjoint donataire & les héritiers du conjoint prédécédé, le contrat de mariage, ni la donation ne contenant ſur ce aucune clauſe de propre ; cela eſt fondé, ſur ce que les actes entre-vifs n'étant pas ſujets à interprétation, & n'y ayant dans la donation ni dans le contrat de mariage, aucune clauſe qui rende propre au conjoint gratifié, le produit d'une telle libéralité, tout ce produit doit reſter dans la communauté dans laquelle il eſt originairement tombé, puiſque ni les conjoints, ni le donateur n'ont pas voulu qu'il en fût autrement, ce qu'on ne peut dire d'un teſtament qui eſt toujours ſujet à interprétation ; diſtinction adoptée & qui fonde la propoſition qui n'eſt cependant pas ſans difficulté, l'équité s'élevant contre elle.

La rigueur du principe fonde cette propoſition ; l'équité & la ſeconde propoſition de cette ſection ſembleroit conduire à une déciſion contraire ; je préférerois volontiers l'équité à cette rigueur, ſi il n'y a lieu à préſumer que le donateur a voulu gratifier les deux conjoints.

SECTION IV.

Des donations d'immeubles faites aux conjoints ou au mari ſeul par l'un des aſcendans de la femme dans le cas que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe de propre.

XIV. Dans la théſe générale, lorſqu'un pere ou autre aſcendant fait donation à ſa fille mariée & à ſon gendre, d'un immeuble, l'immeuble quoique donné en apparence aux deux conjoints, eſt propre pour le tout à la fille du donateur ; c'eſt elle qui eſt juſtement préſumée le ſeul objet de ſa libéralité ; préſomption juſte autant qu'elle eſt favorable, l'un eſt adminiſtrateur, l'autre eſt vraiment l'objet de la libéralité.

Præſumitur datum ſoli perſonæ conjunctæ, dit le Prêtre, cent. 2, ch. 34 ; c'eſt ce que dit auſſi Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 173 ; le Brun, de la communauté, pag. 120, num. 32, le décide ainſi du legs qui ſeroit fait par un beau-pere à ſon gendre ; déciſion qui doit avoir encore plus lieu par rapport à la donation entre-vifs, dans laquelle par la néceſſité de l'acceptation, on peut regarder le mari comme ſimple adminiſtrateur ; néceſſité qui ceſſant à l'égard du legs, pourroit faire regarder le légataire comme la vraie perſonne gratifiée ; auſſi la déciſion de le Brun me paroît-elle ſouffrir beaucoup de difficulté, ſi quelque terme du teſtament faiſoit préſumer que le beau-pere a voulu gratifier ſon gendre ; voyez la diſtinction troiſieme de la ſection ſixieme ; mais ceſſante cette préſomption qui doit naître des termes du teſtament, le legs même eſt préſumé fait à la fille du teſtateur.

XV. Il en ſeroit de même, ſi la donation étoit faite au gendre ſeul ; en ce cas même, l'immeuble ainſi donné ſeroit propre pour le tout à la fille du donateur ; le mari repréſente ſa femme, ce qui fonde ſon droit ; ſi ce n'eſt que le contraire ſe manifeſtât par la donation ; autrement il n'eſt préſumé avoir été que le mandataire de ſa femme.

Art. 345 de la coutume du Maine, art. 333 de celle d'Anjou, art. 172 de celle de Blois ; ainſi, cela peut être regardé comme un droit commun ; & telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la propoſition qui ſuit.

XVI. En effet, le mari eſt l'adminiſtrateur des droits de ſa femme, & dans le premier cas, comme dans le ſecond, dans leſquels on ſuppoſe toujours que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe de propre de ce qui ſera donné, il eſt cenſé accepter la donation pour ſa femme, & n'avoir agi qu'en qualité d'adminiſtrateur ; ainſi dans l'un & l'autre cas, l'immeuble donné doit donc être propre à la femme, fille du donateur : voilà le principe, venons à l'exception ; ſi par la donation faite conjointement à la fille & au gendre, & à plus forte raiſon, ſi par celle faite au gendre ſeul, il étoit expreſſément dit que le beau-pere vouloit gratifier ſon gendre perſonnellement ; en ce cas, l'immeuble donné ne ſeroit propre à la fille que pour moitié, & la fille n'en doit de ſon chef le rapport à la ſucceſſion que pour moitié ; l'un & l'autre en ce cas, étant également gratifiés ; mais il faut pour cela que cette gratification ſoit certaine, auquel cas il faut ſe tenir à l'acte : le gendre n'étant pas une perſonne prohibée ; ainſi, ſi la donation lui étoit faite à lui ſeul perſonnellement, l'objet donné lui ſeroit propre en totalité, lorſque le contrat de mariege contient que ce qui ſera donné aux conjoints pendant le cours d'icelui leur ſera propre ; la matiere d'une telle donation ſeroit donc propre pour le tout au mari en ce cas.

Dumoulin, ſur l'art. 141 de la coutume de Troyes ; lorſque cela réſulte de la donation *diſcrete & explicate* : ſur quoi Dupleſſis, à la page citée, dit que cela doit ſe décider *ex variis cauſarum figuris*. Le ſentiment abſolu de Dumoulin, me paroît bien ſûr ; en effet, c'eſt la volonté du donateur qui doit décider ſur cela.

XVII. A l'égard de l'autre moitié, qui eſt celle donnée au gendre, elle eſt conquêt de communauté & en fait partie, ſi le contrat de mariage ne contient pas, que ce qui ſera donné aux conjoints leur ſera propre ; ce qui peut aſſujettir la femme à un rapport plus étendu, rapport qu'on va expliquer ; mais ſi le contrat de mariage contient cette clauſe, cette moitié eſt propre au gendre, par la force de la ſtipulation, comme l'autre moitié de l'immeuble donné l'eſt à la fille, par la diſpoſition de la loi.

Cela réſulte évidemment de la ſection premiere du préſent chapitre, où l'on a vu que dans la théſe générale la donation fait un conquêt, celle de l'immeuble faite par un aſcendant exceptée.

XVIII. Suivons toujours le cas d'une donation faite au gendre, pour l'en gratifier perſonnellement pour moitié, & que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe que ce qui ſera donné ſera propre : de ce que deſſus, il s'enſuit que ſi la fille du donateur a acceptée la communauté, elle doit rapport à la ſucceſſion des trois quarts de l'immeuble ainſi donné par ſon aſcendant ; c'eſt de ſa diſpoſition qu'elle les tient ; elle doit donc les rapporter à ſa ſucceſſion.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet ; & en effet, c'eſt à la libéralité de ſon pere qu'elle doit les trois quarts de l'immeuble qu'il a ainſi donné : tel doit donc être ſon rapport, moitié comme gratifié, un quart à cauſe de la communauté.

XIX. Il en eſt de même ſi la donation eſt faite au gendre ſeul & expreſſément pour l'en gratifier ; en ce cas, l'immeuble eſt en totalité conquêt de communauté, ſi le contrat de mariage ni la donation ne contiennent pas, quant à ce, la clauſe de propre, & la fille du donateur n'en doit le rapport que comme commune, & pour moitié ſeulement, & nul rapport, ſi elle a renoncée à la communauté, ne pouvant profiter d'une telle diſpoſition, que par ſon acceptation de la communauté.

Voyez le titre des ſucceſſions, chapitre des rapports, où cela eſt établi.

SECTION V.

Qu'il eſt loiſible au donateur d'empêcher que ſa libéralité ne tombe en communauté.

XX. Quoique le contrat de mariage ne contienne pas la clauſe, que ce qui échoira aux conjoints par legs ou par donation leur ſera propre, le donateur peut y ſuppléer par ſa volonté ; & le faiſant, cette volonté eſt inſéparable de la diſpoſition, parce que cette volonté lui ayant donné l'être, elle eſt indiviſible dans ſes parties.

Voyez le titre des diſpoſitions conditionnelles ; ainſi le donateur ordonnant que le bien par lui donné ſeroit propre à ſes donataires, cette qualité & cette condition qu'il a été maître d'impoſer à ſa libéralité, auroit lieu dans le cas même que la communauté auroit été ſtipulée de tous biens ; le Brun, de la communauté, pag. 118, num. 27 ; ce qui fonde d'autant plus la propoſition.

XXI. De-là il s'enſuit que ſi le donateur ou le teſtateur a déclaré qu'il vouloit que la choſe fût propre à ſon donataire ou légataire ; en ce cas, nonobſtant le défaut de la clauſe de propre par le contrat de mariage, la choſe ainſi donnée ou léguée ne tombe pas en communauté, parce qu'on ne peut diviſer ſa diſpoſition d'avec la condition ; & il faut que cette derniere opére ſon effet comme la premiere, pourvu qu'elle ſoit expreſſe.

Mais cette clauſe doit être expreſſe & ne ſe ſuppléepas par interprétation ; par exemple, ſi la donation eſt faite au mari ſeul & à ſes héritiers, cela n'induit pas une ſtipulation de propre ; Dumoulin, ſur l'art. 110, num. 2, avoit penſé le contraire, mais ſon ſentiment n'a pas été ſuivi ; voyez l'arrêt cité dans la note ſur Dupleſſis, pag. 373.

XXII. Du même principe, il s'enſuit que ſi un pere ou autre aſcendant donnant un ſimple mobilier, qui de ſa nature tomberoit en communauté, a ordonné que ce mobilier ſeroit propre à ſon deſcendant donataire ou légataire ; en ce cas, il ne tombe pas en communauté, toute abſtraction faite des clauſes contenues dans le contrat de mariage ; c'eſt la loi de la diſpoſition, qui doit ſubſiſter avec elle ; & qui encore fois, en eſt inſéparable.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet dans les comptes de communauté, où tel avantage fait toujours une des repriſes du conjoint gratifié ; j'y ai cependant vu une fois ſoutenir que cette clauſe appoſée ſur du mobilier à une donation faite par un aſcendant à un deſcendant, devoit être rejettée comme une fraude faite au contrat de mariage, lorſque ſuivant icelui, tel mobilier devoit tomber en communauté ; mais cette opinion me paroît injuſte, indiſcrette, même contre le donateur, & nullement juridique, puiſque nonobſtant le contrat de mariage l'aſcendant donateur auroit pu donner le mobilier à un étranger ; & il me paroît déraiſonnable de vouloir taxer un aſcendant d'un deſſein de fraude par un dépouillement réel auquel il s'eſt livré ; auſſi cette opinion n'eût-elle pas de ſuccès en juſtice, elle y fût rejettée. J'avois écrit dans le procès ; ce ſont de vaines tentatives que l'intérêt fait riſquer, & que la raiſon déſavoue comme la loi.

XXIII. La propoſition précédente eſt fondée ſur ce qu'il a été permis au donateur ou teſtateur d'appoſer cette loi à ſa libéralité, l'ayant fait, elle en eſt inſéparable ; & par conſéquent, elle doit avoir ſon entiere exécution ; c'eſt principe général, c'eſt raiſon écrite, c'eſt droit commun.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 86, num. 54, & pag. 116, num. 26 ; de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 1, num. 4, pag. 387.

SECTION VI.

Des biens donnés ou légués aux conjoints dans le cas que leur contrat de mariage contient la clauſe, que ce qui leur ſera donné leur ſera propre.

DISTINCTION PREMIERE.

De cette clauſe conſidérée en général, & de ſon effet.

XXIV. Comme les contrats de mariage

ſont ſuſceptibles de toutes clauſes non contraires aux bonnes mœurs & aux loix prohibitives & négatives, il eſt licite de ſtipuler que ce qui échoira aux conjoints leur ſera propre; cela eſt inconteſtable. Dans le cas de cette clauſe, tout ce qui eſt donné ou legué aux conjoints, même le ſimple mobilier, & toute abſtraction faite de la perſonne du donateur, leur eſt propre; c'eſt le juſte effet d'une telle clauſe qui doit avoir ſon exécution.

Il eſt en ce cas d'un uſage conſtant au châtelet, dans les comptes de communauté, de faire repriſe ſur la maſſe d'icelle du montant de ce mobilier, en faveur du conjoint auquel il a été donné, ou de faire dépenſe de la moitié du montant d'icelui à l'autre conjoint, ce qui revient au même: la derniere opération eſt celle qu'on y appelle confuſion, l'autre eſt celle qu'on appelle délibation; la premiere y eſt la plus ſuivie, l'une comme l'autre produit le même effet; ce qu'on expliquera par la ſuite: le principe que contient la propoſition eſt atteſté par Dupleſſis, de la communauté, page 377; & c'eſt droit commun.

XXV. Si la clauſe n'eſt pas réciproque & que cette ſtipulation de propre ne ſoit faite qu'en faveur d'un des conjoints, ce qui eſt donné ou légué à celui-là, ne tombe pas en communauté, mais ce qui eſt donné ou légué à l'autre y tombe; c'eſt l'effet de la différence, mais qui n'eſt équitable que lorqu'elle a été connue par les parties.

Telle eſt la loi réſultante du contrat de mariage; on a obſervé que le défaut de réciprocité de la clauſe étant un avantage ſouvent non entendu des parties, & ſouvent un effet de la négligence du rédacteur du contrat de mariage eſt très-blamâble.

XXVI. De-là il s'enſuit que ſi un étranger fait une donation au mari ſeul acceptant, les choſes données ſont propres à lui dans le cas que la clauſe de propre eſt ſtipulée en ſa faveur par le contrat de mariage; c'eſt l'exécution de cette clauſe qui diſtrait le bien donné de la maſſe de la communauté.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 118, num. 18; & tel eſt l'uſage au châtelet, ſur quoi on obſervera qu'il en eſt de même ſi la donation a été faite par un collatéral.

XXVII. Si l'étranger dans le même cas de cette clauſe a fait la donation ou legs aux deux conjoints, & que la clauſe ſoit réciproque, les choſes données ſont propres aux deux conjoints & à chacun pour moitié; il en eſt de même ſi la donation a été ainſi faite par un collatéral de l'un d'eux, la clauſe réciproque devant opérer pour chacun d'eux, ſi ce n'eſt qu'il réſulte de la donation; & ce que l'on doit preſque toujours préſumer, que le donateur n'a voulu gratifier que la femme qui étoit ſa parente; ce qu'on approfondira par la diſtinction qui ſuit.

Tel eſt encore en ce cas, la loi réſultante du contrat de mariage; & cela ſe pratique ainſi au châtelet.

DISTINCTION II.

Des rentes viageres données ou léguées aux conjoints dans le cas de cette clauſe.

XXVIII. La clauſe portée par le contrat de mariage ne frappe que les arrérages de la penſion viagere qui échoient depuis la diſſolution de la communauté, & non ceux échus pendant & conſtant le mariage, qui de droit & par leur nature tombent dans la communauté.

On a vu dans la ſection troiſieme ci-deſſus, dans le cas qu'il n'y a pas de ſtipulation de propre, que les arrérages d'une telle rente échues pendant la communauté tombent dans icelle; voyez la propoſition qui ſuit, qui fonde celle-ci pour le cas de la clauſe.

XXIX. En effet, ces arrérages ſont des fruits, & par conſéquent, deſtinés à ſupporter les charges du mariage, & par conſéquent, la clauſe de propre ne peut les frapper, puiſqu'elle ne frappe pas même les fruits des propres réels.

Cela eſt établi par le chapitre 11 ci-après, qui concerne les fruits.

XXX. Mais ſi le donateur avoit ordonné que la rente viagere ſeroit propre; en ce cas, tous les arrérages d'icelle, même ceux échus pendant la communauté ſeroient propres au conjoint gratifié; c'eſt la loi attachée à la libéralité, elle en eſt inſéparable; & cela eſt fondé ſur ce que telle libéralité n'a d'autre fonds que les arrérages, & que la condition que le donateur a attaché à ſa libéralité, doit produire effet ſur ce qui la compoſe; & par conſéquent, ſur les arrérages: il eſt vrai que cela paroît dur; mais cela eſt juridique & régulier.

Je l'ai entendu ſur cette raiſon décider ainſi au châtelet par deux anciens avocats; mais cela m'a paru bien rigoureux.

DISTINCTION III.

A qui la donation ou legs eſt propre, dans le cas de la clauſe de propre portée par le contrat de mariage, & que la donation eſt faite aux deux conjoints par un parent de l'un d'eux, ou faite à celui qui eſt étranger au donateur.

XXXI. Dans le cas de la clauſe ſtipulée par le contrat de mariage, que ce qui ſera donné aux conjoints leur ſera propre, la choſe donnée par un parent collatéral d'un des conjoints, eſt propre en totalité au parent du donateur, encore que la donation eût été acceptée par les deux conjoints, & qu'elle ne contînt que du mobilier; c'eſt le parent qui eſt préſumé l'objet de la libéralité; c'eſt donc au parent

du donateur auquel la ſomme donné doit être propre en totalité.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 373; le Prêtre, cent. 2, ch. 34. Obſervez que par la ſection 4 ci-deſſus, on n'a examiné cela, que dans le cas que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe; ce qui ſera donné aux conjoints leur ſera propre: ici on l'examine dans le cas de cette clauſe; dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſque le contrat de mariage ne contient pas la clauſe, que ce qui ſera donné leur ſera propre, la donation faite par un collatéral tombe dans la communauté, & par conſéquent, eſt de droit commune au conjoint qui eſt étranger au donateur.

XXXII. Il en ſeroit autrement ſi le donateur avoit expreſſément marqué qu'il vouloit gratifier pour moitié celui des conjoints qui lui étoit étranger; en ce cas, la choſe donnée ſeroit propre à chacun des conjoints pour moitié; mais il faut pour cela que ſon intention ſoit clairement marquée, & l'étant, elle a ſon exécution, de même qu'elle l'auroit ſi c'étoit à lui ſeul qu'il eût réellement donné.

Dumoulin, ſur l'art. 141 de la coutume de Troyes.

XXXIII. Si la donation eſt faite par un parent collatéral de la femme & acceptée par le mari; en ce cas, comme dans le précédent, le tout eſt propre à la femme au moyen de la clauſe portée par le contrat de mariage, parce que le mari, quoique ſeul acceptant, n'eſt cenſé accepter que comme adminiſtrateur légal des droits de ſa femme, ſi le donateur n'a manifeſté le contraire.

Cela eſt prouvé ſur la ſection 4 du préſent chapitre au ſujet de la donation d'immeubles faite par un aſcendant de la femme à ſon mari, dans le cas que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe de propre; il en eſt de même lorſque la donation eſt faite par un collatéral de la femme au mari ſeul, dans le cas de la clauſe portée par le contrat de mariage, que ce qui échoira par ſucceſſion ou donation ſera propre; la convention, en ce cas, faiſant pour la ligne collatérale ce que la loi fait pour la ligne directe, & la préſomption dans l'un & l'autre cas eſt toujours la même, que le mari ne fait qu'adminiſtrer pour ſa femme, & que c'eſt cette derniere qui eſt gratifiée.

XXXIV. Mais ſi la donation étoit faite par un parent du mari à la femme ſeule, & par elle ſeule acceptee de l'autoriſation de ſon mari; en ce cas, au moyen de la clauſe portée par le contrat de mariage, la donation eſt propre pour le tout à la femme, quoique faite par un parent du mari; c'eſt ce qui réſulte d'un tel acte & du contrat de mariage. En effet, en ce cas, l'acceptation détermine la perſonne gratifiée, parce qu'on donne bien au mari pour gratifier la femme, dont il adminiſtre les droits, mais on ne donne pas à la femme pour gratifier le mari; la donation en ce cas, doit donc être propre en totalité à la femme; mais ce cas étant ſingulier doit arriver rarement, quoiqu'il en ſoit de ſon peu de fréquence, la diſtinction eſt totale entre l'un & l'autre cas.

C'eſt l'opinion de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 120, num. 31.

XXXV. Les legs faits par étrangers, quoique compoſés de ſimples effets mobiliers dans le cas de la clauſe, ſe déterminent par les mêmes principes que les donations dans le cas de la clauſe; ſi le legs eſt fait par un étranger à l'un des conjoints, il lui eſt propre; s'il eſt fait aux deux conjoints, il eſt propre à chacun d'eux pour moitié; mais non s'il eſt fait par un collatéral; en effet, lorſqu'il eſt fait par un parent de l'un d'eux, il eſt propre pour le tout au conjoint parent, quoique fait aux deux, ſi le contraire ne paroît évidemment par le teſtament; la clauſe de propre portée par le contrat de mariage produit cet effet.

Le Brun, de la communauté, pag. 120, num. 32.

XXXVI. Il y a plus, s'il eſt fait au mari ſeul par un parent de la femme, on prétend qu'il eſt propre pour le tout à la femme dans la théſe générale; c'eſt préſomption au moyen de la clauſe qu'il ſoit réputé tel; mais la conjecture en ce cas me paroît un peu hardie, & j'ai beaucoup de peine à me rendre à ce ſentiment, parce qu'ici, comme dans la donation, on ne peut pas dire que le mari adminiſtre & gere pour ſa femme.

Le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente; ce qui n'eſt pas ſans difficulté, la perſonne ſeule nommée par le teſtateur paroiſſant devoir être ſeule la perſonne qu'il a voulu gratifier: lorſque le legs eſt fait aux deux conjoints, on peut bien interpréter qu'il n'eſt fait à l'un d'eux que par honneur; mais lorſqu'il n'eſt fait qu'à un ſeul, comment par interprétation effacer ſon nom pour en ſubſtituer un autre: je ne goûte nullement cette ſubſtitution; c'eſt changer la diſpoſition, & non en chercher le ſens.

XXXVII. Mais s'il étoit fait par un collatéral du mari, à la femme ſeule, il ſeroit propre à cette derniere pour le tout, parce que comme on l'a déja dit, la femme n'eſt pas l'adminiſtratrice des droits de ſon mari, comme le mari l'eſt des ſiens, & l'on ne peut plus abuſer de cette idée d'adminiſtration; & par conſéquent, en ce cas, le legs eſt propre à celui des conjoints, qui eſt ſeul nommé par le teſtament.

Le Brun, au même nombre qu'on vient de citer.

SECTION VII.

Si les biens donnés aux conjoints, ou à l'un d'eux par le contrat de leur mariage, tombent en communauté.

XXXVIII. Les deniers comptans & tout autre effet mobilier donnés aux conjoints, ou à l'un d'eux, par leur contrat de mariage, tombent indistinctement dans leur communauté, si une clause contraire ne les en distrait; ce qui a lieu même pour les donations en directe, la nature de ces biens produit cet effet, & leur origine n'est pas à considérer si le donateur n'a pas empêché cet effet; parce que justement présumé avoir connu la loi, il a voulu son exécution, dès qu'il n'y a pas dérogé; & par conséquent, que ce qu'il donnoit en cette nature fût commun aux deux conjoints.

Cette proposition résulte de l'art. 220 de la coutume; & de ce que dit le Brun, en son traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, sect. 1, distinct. 5, pag. 66; & suivantes.

XXXIX. Il n'en est pas de même des donations d'immeubles faites aux conjoints ou à l'un d'eux par le contrat de leur mariage; celles-ci ne se réglent pas entiérement par les principes expliqués dans la section précédente, mais par ceux ci-après. Si la donation d'un immeuble est faite par un étranger à l'un des conjoints, elle lui est propre pour le tout, quoique le contrat de mariage ne contienne pas la clause, que ce qui sera donné aux conjoints leur sera propre; c'est une propriété d'immeuble constante avant le mariage, & la coutume ne fait tomber en communauté que le mobilier extant lors du mariage.

Cela résulte de la note de Dumoulin, sur l'art. 30 de la coutume de Paris, num. 187. *Unde si domus fuerit donata alterutri ante contractum matrimonium, traditio verò post contractum matrimonium fiat, non tamen efficitur communio, sed proprio illi cui erat debita*; c'est le sentiment de le Maître, pag. 242; voyez la proposition qui suit, qui confirme celle-ci; Bacquet, des droits de justice, ch. 15, num. 53, pag. 131; & le Brun, de la communauté, pag. 60, num. 1.

XL. En effet, le droit d'une telle donation est antérieur au mariage, ayant précédée la bénédition nuptiale, & quoique l'accomplissement du mariage soit la condition tacite d'une telle donation, l'événement de cette condition tacite a un effet rétroactif; c'étoit droit, & droit immobilier antérieur au mariage; & par conséquent, un propre au conjoint, gratifié relativement à sa communauté, quoiqu'acquêt à tous autres égards dans sa personne.

Cela est établi sur le titre des dispositions conditionnelles; la condition tacite est *si subsequantur nuptiæ*; mais arrivant elle a effet rétoactif: effet qui fonde la proposition.

XLI. Du deuxieme article de cette section, il s'ensuit que si l'immeuble est donné aux deux futurs conjoints par un étranger, il est propre à chacun d'eux pour moitié; cela est suite de ce que dessus.

L'art. 220 ne fait tomber dans la communauté que les meubles que les conjoints possédent lors de leur mariage, & les conquêts qu'ils font pendant icelui, ce qui établit la proposition; voyez de Renusson, des propres, ch. 4, sect. 1, num. 6, pag. 388; & les autres auteurs, sur la deuxieme proposition de cette section.

XLII. Du même principe, il s'enfuit à plus forte raison que si la donation est faite par un collatéral de l'un des futurs conjoints, elle est propre pour le tout au conjoint qui est parent du donateur, quoique par la lettre elle parût faite conjointement aux deux; c'est le conjoint parent du donateur qui est censé l'objet de sa libéralité dans la thése générale, si le donateur n'a dit le contraire: ce principe s'applique dans tous les cas.

A moins que le contraire ne soit distinctement expliqué, comme le dit Dumoulin, sur l'art. 141 de la coutume, *id est diserte & explicate, alias in dubio præsumitur datum soli parti conjunctæ*: ce qui doit s'entendre de la collatérale comme de la directe, & c'est par rapport à la collatérale que cela doit principalement s'entendre; ce que dit le Brun, traité de la communauté, pag. 67, num. 5.

XLIII. De la section précédente, il s'ensuit que si la donation d'un immeuble par le contrat de mariage est faite par un parent de la femme au mari seul, elle est propre pour le tout à la femme; mais cela me paroît souffrir beaucoup de difficulté, hors la directe; & dans l'un & l'autre cas, c'est singularité, c'est bizarrerie; & par conséquent, cas très-rare, & qu'on expose ici que parce que d'autres l'ont examiné.

C'est le sentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 67, num. 7. J'y trouve de la difficulté, parce qu'il ne me paroît pas qu'avant le mariage on puisse dire que le futur mari a été le légitime administrateur des droits de la femme, & que c'est en cette qualité que la donation lui a été faite.

XLIV. Cela est fondé, cependant sur ce que cette donation doit être regardée comme un supplément de dot, & que le mari ne l'a accepté que comme le chef de la future communauté; mais c'est une obscurité qu'il est prudent d'éviter par une clause expresse, & si l'on ne l'a pas fait, on ne peut adopter une telle résolution que par une conjecture bien hardie.

Cela est inconteſtable si le donateur est un ascendant: note sur Duplessis, traité de la communauté, liv. 1, chap. 2, pag. 371; ce qui souffre

difficulté lorſque la donation eſt faite par le collatéral, s'il n'eſt évident que telle a été l'intention du donateur.

XLV. Mais ſi la donation étoit faite par un parent du mari à la femme ſeule, telle donation ſeroit propre pour le tout à la femme, quoique faite par le contrat de leur mariage: la lettre de l'acte conduit sûrement là en ce ce cas.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, diſtinct. 5, num. 8, pag. 68.

XLVI. En effet, en ce cas il eſt manifeſte que c'eſt la femme ſeule que le donateur a voulu gratifier, celle-là ne pouvant être l'adminiſtratrice des biens & droits de l'autre; telle donation en immeuble doit donc être propre à la femme; c'eſt ce qui réſulte de l'acte, autrement il faudroit le dénaturer.

Cela eſt établi ſur la ſection précédente.

CINQUIEME CLASSE

DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE DIXIEME.

DES CONQUETS.

(Art. 220 de la coutume.)

(*Et conquêts immeubles faits pendant ledit mariage.*)

SECTION PREMIERE.

DES BIENS QUI SONT VRAIMENT CONQUETS.

I. TOUS les biens meubles ou immeubles que les conjoints acquiérent pendant le mariage ſont conquêts de communauté; ce ſont les fruits de leur collaboration, qui, par conſéquent, doivent être communs entr'eux; prudente diſpoſition de notre coutume, qui ſerre les liens de l'union conjugale par l'intérêt.

Voyez Louet, let. C, num. 16; Dupleſſis, de la communauté, pag. 364; le Brun, en ſon même traité, pag. 107.

II. La loi pour ce ſe réunit au fait qui les rendoit déja communs; mais l'immeuble acquis avant le mariage, & payé depuis icelui n'eſt pas conquêt, ſauf la recompenſe à laquelle un tel payement peut donner lieu; recompenſe qu'on examinera dans ſon ordre, qui conſerve les intérêts de l'autre conjoint, ſans donner atteinte à la propriété de celui d'entr'eux qui a acquis l'immeuble avant le mariage.

Voyez Louet, let. A, num. 3, & ci-après le chapitre des dettes de la communauté.

☞ La propoſition eſt encore fondée ſur le ſentiment de Dumoulin, §. 19, num. 2, & ſur celui de Chopin ſur Anjou, liv. 3, chap. 2, num. 9; & ſur la recompenſe, voyez Dupleſſis.

III. Tout immeuble, dont on ne voit pas l'origine, eſt préſumé conquêt; préſomption fondée ſur ce que le tems du mariage eſt celui du plus fort travail; ainſi la préſomption, dans le cas qu'il ne paroît aucun titre, étant que le bien qu'un célibataire poſſéde eſt acquêt, lorſque le poſſeſſeur eſt marié, la juſte préſomption eſt de le réputer conquêt. Cette préſomption très-raiſonnable conſerve les intérêts des deux conjoints.

Le Brun, de la communauté, pag. 105, num. 23; & cela a été établi ci-deſſus ſur le tit. 12 du ſecond livre, & tel eſt l'uſage du châtelet.

IV. Celui acquis des deniers dotaux de la femme, & avec cette déclaration, eſt toujours conquêt de communauté, & par conſéquent augmente ou diminue pour elle, c'eſt-à-dire, pour la communauté, à moins que la femme n'ait accepté l'emploi duement pour ce autoriſée de ſon mari; auquel cas d'acceptation formelle, l'héritage acquis ſeroit ſien, non à la communauté; mais il faut cette circonſtance pour le rendre tel.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 370 au commencement, & pag. 447, & les notes ſur ſon

commentaire à la page suivante 448 : voyez ci-après le chapitre du remploi, où cela est expliqué plus au long.

V. Il en est de même des déclarations que le mari feroit des remplois des propres de son épouse aliénés pendant la communauté; telles acquisitions sont toujours conquêts si la femme n'a pas accepté le remploi, son acceptation pouvant seule le consommer. Cette proposition est une suite de la précédente.

Le Brun, de la communauté, pag. 318, num. 68; Dupleſſis, pag, 448, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VI. Cela est fondé sur ce qu'il faut que la condition de la femme soit fixe, & qu'il ne dépende pas d'elle, lors de la dissolution de la communauté, d'accepter ou de rejetter l'emploi; tout emploi accepté reste donc conquêt. Mais si le mari, après la vente d'un de ses propres, avoit acquis un immeuble, avec déclaration que l'immeuble acquis lui tiendroit lieu de remploi, en ce cas, cet immeuble n'est pas conquêt de communauté, mais propre au mari; la déclaration de sa part valant acceptation formelle, puisque la loi le constitue seul chef & maître de la communauté : telle déclaration doit donc produire cet effet.

C'est le sentiment de Dupleſſis, de la communauté, pag. 446; de le Brun, au même traité, pag. 316, num. 62. Sentiment qui me paroît très-juridique par la raiſon contenue dans la propoſition qui ſuit.

VII. En effet, maître absolu de ses actions, au lieu qu'il ne l'est que des mobiliaires & poſſeſſoires de sa femme; il a consommé son action de remploi par une telle déclaration, sauf la fraude, s'il avoit par là augmenté son propre aux dépens de la communauté; ce qu'il ne peut faire par quelque voie que ce soit, auquel cas il faudroit faire cesser la fraude, mais laiſſer subsiſter le remploi en ce qu'il a de légitime, & ne regarder que le surplus comme conquêt.

Tel est l'usage du châtelet, cependant il y a des biens acquis pendant la communauté qui ne sont point conquêts; c'est ce qui forme la matiere de la section qui suit. Cela demande un examen particulier.

SECTION II.

Des biens acquis pendant la communauté, qui ne sont pas conquêts.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'échange & du bail à rente.

VIII. Si pendant le mariage le propre d'un des conjoints a été échangé contre un autre immeuble, cet immeuble lui est propre & non conquêt de communauté; l'un représente l'autre, fondement certain de la qualité de propre, qui n'affoiblit en rien la vraie masse de la communauté, puisque si tel héritage n'en fait partie, elle n'est tenue aussi d'aucune action de remploi.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 369; le Brun, même traité, pag. 148, num. 7, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

IX. La parfaite subrogation que produit l'échange fonde la précédente propoſition, le dernier immeuble est subrogé au lieu & place du premier; il n'est donc point conquêt, mais propre, sauf la limitation qu'on va expliquer au sujet de la soulte.

Subrogatum ſapit naturam ſubrogati, mais s'il y avoit soulte, l'héritage pris en échange, sera-t-il propre pour le tout ou pour partie seulement? d'Argentré, sur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, gl. 2, num. 3, dit qu'en ce cas que, *à parte proponderanti natura contractus judicatur*; les Auteurs des notes sur Dupleſſis, pag. 376, estiment que nonobstant la soulte l'héritage est propre pour le tout au conjoint dont le propre a été échangé, en indemnisant la communauté; & telle est l'opinion commune qui me paroît bonne, puisque l'acquisition d'une portion de l'immeuble par la voie de la licitation, feroit un propre comme on le va voir ci-après; c'est aussi celle de le Brun, de la communauté, pag. 109, num. 8; cependant si la soulte excédoit la valeur du propre, ce seroit le cas de limiter cette qualité sur le nouvel héritage. Sur lequel la maxime *ſubrogatum ſapit naturam ſubrogati*, ne pourroit avoir lieu, & militer que jusques à cette concurrence: voyez d'Argentré, en la gloſe qu'on vient de citer, n. 1.

X. Par le même principe, si l'un des conjoints a aliéné son propre, moyennant une rente fonciere, elle représente l'héritage aliéné à ce titre, elle lui en tient lieu, elle lui est donc propre, & par conséquent ne peut être conquêt de communauté : il en est de même si l'héritage a été acquis des deniers stipulés propres à l'un des conjoints, & qu'il ait accepté l'emploi; tel immeuble n'est point conquêt de communauté, mais propre, relativement à la communauté, à celui des conjoints qui a accepté un tel emploi, comme on l'a déja annoncé; c'est consommation d'une action passive à la décharge de la communauté.

Cette représentation est établie sur le titre des rentes, & en ce cas elle est au moins aussi sensible que dans le cas de l'échange, elle doit donc produire effet. Voilà pour la premiere partie de la propoſition : quant à la seconde, voyez ci-après la sixieme partie de ce titre, chap. 2, sect. 4, distinction seconde.

DISTINCTION.

DISTINCTION II.

De l'immeuble adjugé par licitation, & de celui que les conjoints acquièrent en vertu d'un droit appartenant à l'un d'eux antérieurement au mariage.

XI. Lorsque les conjoints se rendent adjudicataires par licitation, d'un immeuble dans lequel l'un d'eux avoit portion indivise, tel immeuble n'est pas conquêt, mais propre pour le tout à celui qui avoit une portion indivise dans l'héritage; c'est accroissement de propriété, sauf la recompense; accroissement sensible & qui n'est pas dans le cas de l'échange lorsque la soulte excéde la moitié.

Cela est d'une jurisprudence constante au châtelet, fondée sur ce que la licitation est un vrai partage, & que l'immeuble échu par un partage à l'un des conjoints pendant le mariage lui est propre pour le tout, quoiqu'il ait été payé une soulte considérable, en indemnisant la communauté de la soulte; Dumoulin, avoit été d'avis contraire, mais son opinion n'a pas été suivie; note sur Dupleſſis, pag. 364, à la fin, & 365 au commencement; Ricard, sur l'art. 221 de la coutume; voyez aussi le titre des propres, sur lequel cette qualité de propre est établie sous une limitation relativement à la succession, mais cette qualité est absolue relativement à la communauté.

XII. Le conjoint qui avoit portion indivise dans l'immeuble de la totalité duquel il s'est rendu adjudicataire par licitation, doit recompense à la communauté jusqu'à concurrence de ce qui a été tiré pour ce du coffre commun; ce qui sera traité en son ordre, & sans cela son propre seroit augmenté aux dépens de la communauté, ce qui ne doit être.

Le Brun, en son traité de la communauté, pag. 110, num. 10.

XIII. Il ne peut se dispenser de payer cette indemnité en offrant de laisser en communauté les portions ainsi acquises; le droit des conjoints doit être fixé & non incertain, ce qui ne seroit pas si il avoit ce droit d'option: ce qu'on ne doit pas néanmoins admettre par rapport à la femme renonçante à la communauté lorsqu'elle n'a pas concouru à la licitation; autrement il arriveroit, contre la disposition de la coutume, que le fait de son mari auroit donné atteinte à ses propres.

C'est ce que j'ai toujours vu pratiquer au châtelet, & la femme même renonçante à la communauté, ne peut par sa renonciation s'affranchir de la recompense qu'elle doit pour ce à la communauté; c'est encore ce que j'ai toujours vu pratiquer au châtelet, & ce qui est arrêté par le Brun, au nombre cité sur la proposition précédente; cependant dans le cas de la renonciation j'y trouve de la difficulté lorsque la femme ne paroît pas avoir acquiescé à l'adjudication; en effet, suivant le texte même de la coutume, son mari n'a pu donner atteinte à ses propres & admettre qu'elle ne peut s'affranchir de la recompense; c'est autoriser le mari à donner atteinte à ses propres.

XIV. Si l'un des conjoints a un droit de propriété antérieur à son mariage, mais contesté, & que pendant le mariage la justice lui adjuge l'héritage sur la propriété duquel rouloit la contestation, tel héritage lui est propre & non conquêt; de même si l'héritage est cédé par transaction, c'est droit immobilier antérieur au mariage & qui est propre; en effet on ne tire rien du coffre commun pour faire une telle acquisition; c'est le droit d'un seul des conjoints qui se réalise.

Louet & Brodeau, let. T, num. 50. Il en est de même si l'héritage lui est abandonné par une transaction; Dumoulin, sur l'art. 45 de la coutume de Paris, gloſe 1, num. 187; le Brun, de la communauté, p. 109, num. 9: voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci, & qui prouve que tel héritage ne peut être conquêt.

XV. En effet, tel jugement ou telle transaction ne sont que déclaratifs d'un droit antérieur au mariage; ils ne forment donc pas un conquêt, mais fixent, déterminent & assurent un propre relatif à la communauté; il doit donc par conséquent être considéré comme tel, & il est tel en effet, dans la personne du conjoint qui avoit droit à l'immeuble.

Non omnis acquisitio, dit Dumoulin, *communicatur inter virum & uxorem, solum ea quæ fit constante matrimonio & quæ non pendet à jure alterutri eorum ante matrimonium quæsito.* Voyez la note sur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 369; ce qui fonde cette proposition & la précédente.

XVI. Par les mêmes principes, si l'un des conjoints lors du mariage avoit une promesse de lui vendre un certain immeuble, & que cette vente n'eût été consommée que depuis le mariage, l'immeuble aussi acquis eût propre au conjoint, sauf l'indemnité du prix à la communauté, pour ce qui en a été payé pendant icelle, pourvu que la promesse de vendre eût une date constante; en ce cas, c'est droit antérieur au mariage & droit immobilier, & qui ne doit par conséquent tomber en communauté.

Le Brun, de la communauté, pag. 127, num. 10; les auteurs des notes sur Dupleſſis, traité de la communauté, l. 1, ch. 2, p. 365; après avoir examiné plusieurs cas dans lesquels un immeuble échoit à un conjoint par un droit au mariage, posent pour maxime constante que les biens acquis aux conjoints par une concession antérieure au mariage, forment des propres & non des conquêts; ce qui ne s'entend que des immeubles; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, sect. 11, num. 8, pag. 489.

XVII. Par les mêmes principes, s'il avoit été fait avant le mariage, une donation conditionnelle à l'un des conjoints, & que la condition devint accomplie pendant le mariage, l'immeuble ainſi donné ſeroit propre au conjoint donataire & non conquêt de communauté, toute abſtraction de clauſe de propre de ce qui échoiroit aux conjoints pendant le mariage; c'eſt droit antérieur & non conquêt. Ce qui fonde cette propoſition a déja été expoſé; c'eſt un droit antérieur au mariage & l'accompliſſement de la condition a un effet rétroactif; effet qui aſſure la qualité de propre au donataire, relativement à la communauté, lorſque c'eſt un immeuble qui eſt la matiere de la donation.

D'Argentré, ſur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, gl. 3, num. 19; cependant il en ſeroit autrement ſi la condition étoit poteſtative ſuivant Duval, tit. 13, *de rebus creditis*: ce qui me paroît inutile parce qu'une telle condition vicieroit la donation par le défaut de dépouillement réel de la part du donateur; ſur le principe que contient la propoſition, voyez le Brun, de la communauté, pag. 136, n°. 50, & pag. 228, n°. 12.

XVIII. Il en eſt de même ſi une ſubſtitution antérieure au mariage s'ouvre pendant icelui; l'immeuble recueilli par cette voie eſt propre au conjoint, en faveur duquel la ſubſtitution s'eſt ouverte, toute abſtraction faite de la perſonne du fondateur de la ſubſtitution, c'eſt-à-dire, ſoit qu'il ſoit parent, ſoit qu'il ſoit étranger; c'eſt droit antérieur au mariage, & par conſéquent propre relativement à la communauté.

Note ſur Dupleſſis, ci-deſſus citée, à la pag. 368: voyez la ſection ſeconde du chapitre 9 ci-deſſus.

XIX. Si un des conjoints preſcrit un héritage pendant le mariage, & que la preſcription ait commencé avant icelui, tel héritage eſt propre; c'eſt toujours droit antérieur au mariage, & que le tems n'a fait que confirmer; confirmation qui fait un propre, puiſqu'il n'en coûte rien pour cela à la communauté, & qu'il faut remonter à l'origine.

D'Argentré, ſur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, gloſe 3, num. 13.

XX. Par le même principe, ſi l'un des conjoints avoit vendu un immeuble avant le mariage ſous faculté de réméré, & que cette faculté fût exercée pendant le mariage, tel immeuble ne ſeroit pas conquêt de communauté, mais propre au conjoint vendeur: ſauf l'indemnité de ce qui auroit été payé pour ce par la communauté: voyez la diſtinction qui ſuit par rapport au propre ainſi vendu pendant le mariage & retiré pendant icelui.

Cela réſulte encore de la note citée ſur la propoſition précédente; & tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 128, num. 13; de Renuſſon, traité de propres, ch. 4, ſect. 11, num. 12, pag. 492; ce qui eſt ſans difficulté, puiſque cette action faiſoit partie des biens & droits du conjoint vendeur lors de ſon mariage; & que la nature des actions ſe détermine par celle de leur fin, & de l'objet auquel elles tendent.

XXI. Il en eſt de même ſi l'un des conjoints ſe fait reſtituer contre une vente par lui faite avant le mariage; l'héritage dans lequel il rentre par cette voie lui eſt propre, ſauf l'indemnité; c'eſt toujours droit immobilier antérieur au mariage, & par conſéquent le même principe qui doit décider ces différens cas, qui le confirme en développant ſes ſuites.

Les principes de l'arrêt rapporté par Louet, let. T, num. 5, peuvent s'appliquer à toutes les propoſitions de cette diſtinction; à l'égard de cette derniere propoſition elle eſt atteſtée par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, pag. 368: par le Brun, même traité, pag. 128, num. 14, & par de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 11, num. 10, pag. 490; & je n'y vois pas plus de difficulté que ſur les précédentes.

XXII. Mais ſi pendant le mariage l'uſufruit ſe réunit au propre de l'un des conjoints par un droit antérieur au mariage, cet uſufruit lui eſt bien propre pour l'avenir, mais le produit d'icelui tombe en communauté tant qu'elle dure; tout fruit, tout revenu devant tomber dans la communauté, & ce indiſtinctement; tel eſt l'eſprit de la coutume.

Le Brun, de la communauté, pag. 133, num. 35, où il n'examine que la premiere partie de la propoſition, mais la ſeconde réſulte des principes qu'il a adopté, & c'eſt toujours fruit qui tombe de droit dans la communauté, comme on l'établira par le chapitre 11, ci-après.

DISTINCTION III.

De l'immeuble retiré par retrait lignager, & du propre vendu & retiré par faculté de réméré pendant le mariage.

XXIII. L'héritage retiré par l'un des conjoints par retrait lignager, eſt propre au conjoint retrayant relativement à la communauté; autrement le retrait lignager inventé pour conſerver les propres dans les familles, ſerviroit à les en faire ſortir; tel héritage doit donc être propre au conjoint lignager; autrement ce ſeroit rendre la loi municipale inconſéquente, mais il ne lui eſt propre que relativement à la communauté

Dumoulin, ſur l'art. 184, num. 1; d'Argentré, ſur l'art. 418 de la coutume de Bretagne, gl. 2, num. 8; notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 370; le Brun, de la commu-

mauté, pag. 131, num. 30 & 31, & tel eſt l'uſage; mais en ce cas cette qualité de propre eſt relative & non abſolue ; elle n'a trait qu'à la communauté, ſauf dans la ſucceſſion l'effet de l'art. 139 de la coutume ; voyez Poquet du Livoniere, en ſon traité des fiefs, tit. du retrait féodal, art. 139, dont on examinera l'effet dans ſon ordre.

XXIV. Il doit pour ce indemnité du prix principal & des loyaux-coûts à la communauté ; ce n'eſt qu'avec cette charge que cet héritage lui eſt propre relativement à la communauté ; autrement il s'enrichiroit à ſes dépens, ce qu'il ne peut faire.

Le Brun, de la communauté, pag. 129, num. 30 & ſuivans, atteſte qu'il en eſt de même du retrait féodal, & qu'en ce cas la communauté ne peut prétendre le droit de quint qui auroit été payé, ſi le retrait n'avoit été exercé ; mais j'inclinerois pour l'opinion contraire, parce que autrement le bénéfice perſonnel à l'un des conjoints préjudicieroit à la communauté ; ou du moins faut-il que la communauté ſoit indemniſée du droit qui ſeroit tombé dans icelle, ſi le retrait féodal n'avoit pas été exercé ; je le penſe ainſi ; & l'opinion contraire s'écarte de l'eſprit de la coutume, opérant un avantage au profit de l'un des conjoints.

XXV. Si le propre d'un des conjoints a été vendu pendant la communauté, ſous faculté de réméré, & que cette faculté ait été exercée pendant la communauté, l'héritage ainſi retiré eſt propre à celui à qui il appartient ; c'eſt réſolution de la vente du propre, qui remet les choſes dans leur premier état ; pour ce, il ne doit aucune recompenſe à la communauté, l'action de remploi balance & compenſe celle de recompenſe ; ainſi en ce cas l'une s'efface par l'autre, & le propre & la communauté ſont par là remis dans leur premier état.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, & toute l'opération ſe réduit à une compenſation de l'une & l'autre action, ou de ne parler dans le compte de communauté de l'une & de l'autre que par forme de mémoire.

DISTINCTION IV.

Des offices acquis pendant la communauté.

XXVI. Le mari étant ſurvivant peut retenir l'office par lui acquis pendant la communauté, en recompenſant la communauté ; c'eſt un droit particulier qu'il a ſur les offices dont on va expliquer les effets & les charges ; l'ordre public, la nature d'un tel bien fondent ce droit.

Voyez au livre 2, le titre des offices, & le chapitre ci-après du partage de la communauté, où ce droit du mari eſt établi ; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

XXVII. Mais l'office donné au mari par le Roi lui eſt propre, & comme tel lui reſte ſans recompenſe ; c'eſt lui qui a été l'objet d'une telle libéralité ; c'eſt donc à lui à en profiter, puiſque lui & non ſa femme, eſt capable d'exercer l'office ; ce qu'on peut même étendre à une telle donation de particulier à particulier.

Bouchel, ch. 60 ; à plus forte raiſon celui qu'il poſſédoit lors du mariage ; arrêt rapporté par de Montholon, ch. 111 ; ce qui eſt inconteſtable.

XXVIII. Pour l'office acquis, le mari doit faire ſa déclaration dans les trois mois, à compter du jour de la confection de l'inventaire, ne devant pas y avoir ſur ce une plus longue incertitude ; & lorſqu'il déclare qu'il retient l'office, il eſt débiteur envers la communauté, du prix moyennant lequel il l'a acquis, & le prix, non l'office, eſt quant à ce le conquêt de communauté ; tel eſt l'effet de ſa déclaration.

Dans le rembourſement, n'entre pas le demi-denier du marc d'or, ni les frais de proviſions & de réception, ni même des taxes payées à cauſe de l'office pendant la communauté, qu'autant qu'elles ont augmenté le prix de l'office ; le Brun, de la communauté, pag. 84, num. 49 ; ainſi la recompenſe que le mari doit pour ce, n'eſt que du prix capital & du fonds des augmentations de gages, s'il y en a eu ; le ſurplus a été une charge des fruits qui ſont tombés dans la communauté.

XXIX. Mais ſi le mari ſurvivant a déclaré qu'il ne vouloit pas retenir l'office, il eſt en ce cas vraiment conquêt, & il ne peut plus varier ; il a conſommé ſon droit d'option, & l'office reſte conquêt de communauté.

Le Brun, de la communauté, pag. 83, num. 43.

XXX. Faute de déclaration l'office court aux riſques & périls du mari ; c'eſt ſur lui que ſon ſilence doit tomber ; autrement le droit qui lui eſt accordé dégénéreroit en une ſource de fraude.

Telle eſt la juriſprudence, & elle eſt fondée ſur ce que deſſus.

SECTION III.

Si les biens acquis par la femme ſeule ſont conquêts.

XXXI. Ce que la femme marchande publique acquiert ſeule, tombe dans la communauté ; elle doit ſes ſoins à la communauté comme le mari : ce qu'elle acquiert eſt donc pour la communauté ; la loi étant générale, & ne diſtinguant pas en effet la communauté, rend chacun des conjoints participant au produit du travail de l'autre ; c'eſt l'effet de la ſociété que la loi établit entr'eux, & qui embraſſe le profit du travail des deux, & non celui du travail d'un ſeul.

Arrêt du 26 juillet 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv.

5, ch. 29, pag. 314 ; quoique le bien acquis par la femme fût ſitué en pays où la communauté n'avoit pas lieu, à plus forte raiſon tel bien eſt-il commun lorſqu'il eſt ſitué dans une coutume qui admet la communauté ; & il l'eſt également dans le premier cas, parce que ſans cela ce ſeroit une fraude au droit acquis aux conjoints au moment de la célébration du mariage : droit qui eſt inviolable, & qui dans le cours d'icelui ne peut par telles voies que ce ſoit ſouffrir la moindre atteinte.

XXXII. Cela auroit lieu encore que la femme ne fût pas marchande publique, & que par une ſéparation de fait & volontaire elle eût domicile ſéparé de celui de ſon mari, parce que telle ſéparation n'altere point la communauté de biens établie par la loi, & que cette communauté ſubſiſte toujours nonobſtant une telle ſéparation ; à plus forte raiſon, l'argent qu'une femme auroit amaſſé appartient-il à la communauté ; c'eſt un argent détourné de ſa ſource & qui doit y rentrer.

Cela a lieu à plus forte raiſon lorſqu'ils ont un même domicile ; telles acquiſitions, dit Dupleſſis, de la communauté, pag. 377, ſont pour le mari *eo ipſo* qu'elles ſont de ſes fonds ; ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

SIXIEME CLASSE

DES BIENS QUI TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE ONZIEME.

DES FRUITS DES IMMEUBLES APPARTENANS AUX CONJOINTS.

SECTION PREMIERE.

QUELS SONT LES FRUITS QUI TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.

DISTINCTION PREMIERE.

DE CEUX ÉCHUS PENDANT LE MARIAGE.

I. TOUS les fruits des propres échus pendant le mariage tombent indiſtinctement & irrévocablement dans la communauté, ſoit fruits civils, ſoit fruits naturels, ils ſont le ſoutien des charges du mariage ; jouiſſance qui ceſſe par la mort & même par la mort civile, mais qui ſubſiſte tant que la communauté ſubſiſte.

Par la mort civile de la femme, le mari eſt dépouillé de la jouiſſance des propres de ſa femme, & il ne peut les prétendre que pendant la vie naturelle de ſa femme ; mais il a droit de prétendre en cas de mort civile de ſa femme la jouiſſance des conquêts ; c'eſt un droit que la loi lui donne ſur ces biens acquis par ſon travail ; arrêt du 14 mai 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20, pag. 371. Voyez ci-après le chapitre de la diſſolution : quant aux fruits civils, ils n'y tombent qu'à compter du jour de la célébration du mariage, & les uns & les autres ceſſent d'y tomber par la diſſolution, ſauf la jouiſſance du mari par rapport aux conquêts, ſi la diſſolution a pour cauſe la mort civile de la femme.

II. Cela a lieu, c'eſt-à-dire, que les fruits tombent en communauté, encore que le contrat de mariage contienne, que ce qui échoira aux conjoints leur ſera propre ; cette clauſe ne tombe que ſur les capitaux & non ſur les fruits toujours objet de communauté ; il y auroit de l'injuſtice & du ridicule à vouloir lui donner un autre ſens.

Sur les fruits des propres tombans en communauté, voyez le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 97 ; cela comprend ce qui advient à l'un & à l'autre des conjoints à cauſe de la haute juſtice attachée au fief à eux appartenant, les droits de déshérence & de bâtardiſe ; note ſur Dupleſſis, pag. 365 ; mais par rapport à la commiſe, elle ne forme pas un conquêt de communauté, mais un propre au conjoint auquel le fief appartient ; Dupleſſis, traité des fiefs, pag. 76 ; c'eſt cauſe ancienne, qui fait réunion au fief & non profit d'icelui : qualité qui empêche qu'un tel fief tombe en communauté.

DISTINCTION II.

Des fruits civils échus & des naturels pendans, lors de la célébration du mariage.

III. Non-ſeulement les fruits civils échus pendant le mariage, mais tous les fruits civils échus lors de la célébration d'icelui, tombent de droit dans la communauté, s'ils n'en ſont diſtraits par une clauſe de propre, ou la fixation d'une miſe en communauté, qui

exclut d'icelle tout le ſurplus du mobilier, parce que tout le mobilier y tombe de droit & que ces fruits échus ſont mobiliers; ainſi tels fruits tombent donc de droit dans la communauté, puiſque la coutume dit que les conjoints ſont communs en tous biens meubles; mais cela ceſſe, s'il y a miſe fixe, une telle fixation rend tout le ſurplus propre relativement à la communauté.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & l'article 220 de la coutume la fonde.

IV. Les fruits naturels pendans par les racines lors de la célébration du mariage, tombent pareillement en communauté; les conjoints ſont par la loi, communs en tous meubles, & tels fruits relativement à la communauté ſont réputés tels par une juſte balance & compenſation qu'on expliquera ci-après; en effet, s'ils ſont encore partie du fonds, c'eſt une union bien momentané & qui ſe réduit à l'eſpérance de la récolte qui eſt un droit purement mobilier, & qui par cette nature doit faire partie de la communauté, avec d'autant plus de raiſon que les fruits qui ſe trouvent ainſi pendans, lors de la diſſolution de la communauté, ne ſont point partie d'icelle.

Art. 220 de la coutume; le Brun, de la communauté, pag 97, num. 1; & c'eſt une ſuite de la précédente propoſition.

V. La communauté pour ce, ne doit même aucun rembourſement des labours & ſemences, parce que l'action de ce rembourſement eſt mobiliaire & tombe elle-même en communauté: ce qui l'efface.

C'eſt le ſentiment de le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, ſauf l'effet de la miſe fixe.

VI. Cela a lieu pour la coupe d'un bois tallis & la pêche d'un étang qui ſe trouveroient à faire incontinent après le mariage; auſſi par une juſte balance, les fruits pendans ſur le propre, lors de la diſſolution, appartiennent au propriétaire du propre; c'eſt cette compenſation qui écarte ſur ce la régle, c'eſt-à-dire, la recompenſe.

Cela eſt traité ci-après ſur le chapitre des droits des conjoints, dans le cas qu'il y a renonciation à la communauté; auſſi lorſque le bois taillis n'eſt pas fort éloigné de ſa coupe au moment de la diſſolution de la communauté, celui à qui il appartient, l'a tout entier, ſans que la communauté puiſſe y prétendre part; le Brun, de la communauté, pag. 100 & 101; Bacquet, des droits de juſtice, pag. 81; voyez les propoſitions ſuivantes.

VII. Mais ces fruits pendans ne tomberoient pas en communauté, s'ils en avoient été diſtraits par une clauſe de propre; telle clauſe devant avoir ſon exécution, comme étant très-licite, ainſi qu'on l'a établi ci-deſſus; il y a plus, il ſuffit même pour ce, que la miſe en communauté ſoit fixe, comme on l'a déja obſervé, & le ſurplus ſtipulé propre; en ce cas cette portion de fruits pendans par les racines, eſt propre, & la communauté n'y a part qu'à proportion du tems, parce qu'en ce cas, tout ce que la femme apporte en communauté ſe réduit à ſa miſe fixée & déterminée; c'eſt l'effet de la convention qui a dérogé à la coutume.

C'eſt ce qui s'obſerve ſcrupuleuſement au châtelet.

VIII. A l'égard des bois de haute-futaie, ils ne tombent point en communauté, & ce indiſtinctement; ils ſont réputés faire partie du fonds; ils ſont immeubles, & par conſéquent ne tombent pas en communauté, étant tels à tous égards.

C'eſt ce qui eſt atteſté par le Brun, traité de la communauté, pag. 98, num. 2: auſſi la coupe d'un tel bois donne-t-elle lieu à l'action de remploi, ce qui ſe verra ci-après dans ſon ordre; voyez la ſection 3 ci-après.

DISTINCTION III.

De ces mêmes fruits conſidérés lors de la diſſolution de la communauté.

IX. Comme les fruits civils échoient de jour à jour, & la communauté ceſſant par ſa diſſolution; du jour de ſa diſſolution, les loyers ou arrérages appartiennent au conjoint auquel la maiſon ou la rente appartient, & ce à compter du jour de la diſſolution; ce partage conduit à une parfaite égalité.

Tel eſt l'uſage du châtelet; il n'en eſt pas de même des fruits naturels: c'eſt ce qui va être expliqué par les propoſitions ſuivantes; ainſi, quant aux fruits civils, ils ſe comptent de jour à jour, tant pour le commencement de la jouiſſance de la communauté, que pour ſa ceſſation: ce qui n'eſt pas des fruits naturels.

X. A l'égard des fruits pendans par les racines lors de la diſſolution de la communauté, ils appartiennent au conjoint auquel le fonds appartient, comme ceux ainſi pendans au moment du mariage appartiennent à la communauté; ce qui ſe compenſe, ſauf la recompenſe dont on va parler; compenſation, recompenſe qui concilient tous les intérêts, tant de la communauté que du conjoint propriétaire.

Cela a lieu même pour les bois taillis, ſans que la communauté y puiſſe prétendre part à proportion du tems; le Brun, de la communauté, pag. 100 & 101; ce qui forme la derniere propoſition de cette ſection.

☞ Par arrêt prononcé en robes rouges, le 7 ſeptembre 1569, jugé que la coupe des bois taillis appartient au mari après le décès de ſa femme, *prorata temporis* que le mariage a duré, & pendant le tems & les années qui attendent la coupe: la difficulté étoit que la coupe ne s'étoit

point faite durant le mariage, & que le bois étant encore ſur pied, elle ſembloit devoir appartenir à l'héritier de la femme, & non au mari, à cauſe de ſa communauté. Voyez Bouchel, *verb.* bois.

XI. Mais en ce cas, ce même conjoint qui prend comme l'acceſſoire de ſon propre les fruits qui ſont ſur icelui, doit rembourſer à la communauté les labours & ſemences ; c'eſt une action qui appartient à la communauté, parce que le propre ne peut être augmenté aux dépens de la communauté ; raiſon qui fonde ce rembourſement.

Le Brun, de la communauté, pag. 99, num. 5 ; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

XII. Cette repriſe a lieu pour les coupes de bois & pour les pêches d'étangs ; d'où il s'enſuit, que le mariage peut avoir ſubſiſté pluſieurs années, ſans que la communauté ait profité de rien de ces ſortes de fruits [des bois taillis, des pêches d'étangs] ce qu'il ſeroit équitable de tempérer ; la jouiſſance du mari des propres de ſa femme étant à titre fort onéreux ; mais l'uſage eſt tel ; & il eſt fondé ſur une exacte, mais rigoureuſe interprétation de la loi que l'équité devroit faire ceſſer.

Le Brun, aux pages 100 & 101 déja citées ; Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 15 ; addition au num. 62, pag. 82. Mais ne ſeroit-il pas plus juſte de faire une répartition de ces fruits à proportion du tems ? pour moi, j'inclinerois beaucoup pour cette répartition ; elle n'a aucun inconvénient, & l'autre en a beaucoup dans de certaines circonſtances.

SECTION II.

Quels ſont les fruits qui ne tombent pas en communauté.

XIII. Comme les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe, il eſt permis aux conjoints de ſtipuler, que les fruits civils échus & les fruits naturels pendans, lors de la célébration du mariage leur ſeront propres, & le contrat de mariage contenant cette ſtipulation, elle a tout ſon effet ; c'eſt ſtipulation de propre autoriſée, & par conſéquent efficace.

Cela eſt uſité & autoriſé, & la convention tacite ſur ce eſt même ſuffiſante. comme on le va voir par la propoſition qui ſuit : ce qui prouve d'autant plus celle-ci, qui eſt par elle-même inconteſtable.

XIV. Il n'eſt pas même néceſſaire, que cette ſtipulation de propre tombe ſpécifiquement ſur cette portion de fruits ; & pour la rendre propre, il ſuffit que la miſe en communauté ſoit fixe & le ſurplus ſtipulé propre, auquel cas tout le ſurplus eſt tel, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus.

En ce cas, on juge au châtelet qu'après l'acquittement ou le fourniſſement de la miſe, tout le ſurplus, même les fruits échus lors du mariage, ſont propres ; mais ce qui ne peut jamais tomber ſur les fruits échus pendant le mariage, ſauf l'exception qui ſuit.

XV. Il eſt permis à la femme de ſtipuler qu'elle aura pendant le mariage & ſur ſes propres quittances, la jouiſſance d'un certain bien, auquel cas les revenus de ce bien ne ſont pas conquêt, & la femme en diſpoſe à ſon gré, ſauf leur chûte dans la communauté, dans le cas qu'on expliquera ci-après ; cela eſt fondé ſur la régle, qui peut le plus peut le moins ; ainſi pouvant ſtipuler une ſéparation contractuelle qui influeroit ſur tous les biens, la femme a pu ſtipuler cette jouiſſance par rapport à un certain bien ; ainſi l'ayant fait, cette clauſe doit avoir ſon exécution.

Sur les biens paraphernaux, voyez les ſavantes obſervations de Bretonnier dans ſes déciſions alphabétiques, pag. 188 ; elles fondent cette propoſition que l'uſage confirme, uſage ſuivant lequel il faut donner l'exécution à toute convention licite.

XVI. Cependant les épargnes que la femme laiſſeroit des revenus de bien paraphernal ſeroient conquêts de communauté ; elles s'y noyent, les acquiſitions de la femme, ainſi que celle du mari tombantes en communauté.

En pays de droit écrit, les fruits des biens paraphernaux, forment une queſtion difficile & parfaitement bien traitée par Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, depuis la page 199, juſqu'à la page 208 ; mais ici le partage de ces mêmes fruits ne ſouffre pas de difficulté ; cela réſulte de l'article 220 de la coutume qui rend commun tout profit, toute épargne faits par les conjoints.

SECTION III.

Des coupes de bois de haute futaie ; ſi elles tombent en communauté.

XVII. Le produit des coupes de bois de haute-futaie, ne tombent pas de part & d'autre en communauté ; on a déja vu que ces bois ſont réputés faire partie du fonds, & par cette qualité exclus de la communauté qui n'embraſſe pas les immeubles que les conjoints poſſédent lors du mariage.

Voyez le Brun, traité de la communauté, pag. 98, num. 2 : & tel eſt l'uſage conforme à la loi, *ſed ſi grandes*, ff. *de uſufructu* ; c'eſt la loi onzieme de ce titre.

XVIII. De-là il s'enſuit, que dans tous les cas, ſoit que la communauté ſoit acceptée ou non, le conjoint à qui le bois de haute-futaie appartenoit, & qui a été vendu pendant le mariage, en doit prélever le prix ſur la maſſe de la communauté, telle coupe

donnant lieu à l'action du remploi, comme étant aliénation d'un fonds ou de portion d'un fonds ; aliénation qui fonde cette action, la communauté ne pouvant être augmentée par les propres.

Cela ſe ſuit indiſtinctement au châtelet, où je n'ai jamais vu adopter la limitation que le Brun, à la pag. 98, num. 2, veut apporter à un tel remploi, qui eſt que ſi d'ancienneté, le bois de haute-futaie a été mis en coupe, comme de 100 ans en 100 ans, qu'il n'eſt point dû remploi lorſqu'il eſt coupé dans ce tems ; c'eſt ſingularité que cette opinion ; car outre que tel produit ne peut paſſer pour un fruit ordinaire, puiſque la vie d'un homme n'eſt pas ſuffiſante pour le recueillir, en adoptant même ſon opinion, il ne pourroit donc tomber dans la communauté de ce même produit, qu'a proportion du tems ; ce que je ne goûte pas encore, parce tel bois eſt un vrai fonds, & non un fruit ; qualité qui l'exclut de la communauté.

XIX. De-là il s'enſuit, que ſi le bois appartenoit à la femme & qu'elle fut renonçante, elle a droit de répéter le prix ſur les propres de ſon mari, ſa renonciation lui donnant ce droit pour toutes ſes repriſes & aliénations de propres.

Ainſi que tout autre remploi : ce qui eſt établi ci-après ſur le titre des remplois, au lieu que dans le cas de l'acceptation elle ne peut l'exercer que ſur la communauté & prendre des effets d'icelle, ſuivant l'uſage du châtelet ; la communauté en ce cas, étant ſa débitrice, & l'acceptant, ſon action eſt limitée ſur ſa maſſe.

XX. Le bois qui a acquis trois âges, c'eſt-à-dire, 27 ans, eſt réputé bois de haute-futaie, s'il eſt tel lors du mariage, mais non-autrement, & en ce cas il eſt réputé un propre, relativement à la communauté qui a été formée ſur ce pied.

Mais il faut qu'il ſoit tel lors de la célébration de mariage, ſinon il eſt regardé comme bois taillis dont la coupe a été retardée ; autrement ce ſeroit une porte à l'avantage indirect ; porte qu'on ne peut ouvrir.

XXI. De-là il s'enſuit, que lorſqu'il a acquis ces trois âges au moment de la célébration du mariage, il ne peut plus être coupé ſans donner lieu à l'indemnité ou plutôt au remploi, puiſqu'en ce cas c'eſt l'aliénation d'un fonds ; aliénation qui fait ouverture à l'action de remploi, & ſans cela & contre la prohibition de la coutume qui rejette tout avantage entre conjoints, on augmenteroit la maſſe de la communauté aux dépens du propre de l'un d'eux ; il y a plus, non-ſeulement la premiere coupe du bois de haute-futaie propre à l'un des conjoints donne lieu à l'indemnité ou plutôt au remploi, mais même toutes les coupes de ce même bois faites pendant la communauté, dans le cas même qu'elles auroient été miſes par la ſuite en coupe réglée de bois taillis, parce que c'eſt convertir en fruits ce qui devroit être fonds, & ce que l'on a dû regarder comme tel lors du mariage ; cela eſt cependant bien rigoureux, mais régulier, parce qu'autrement on s'écarteroit de l'eſprit de la coutume.

Voyez les notes ſur la propoſition qui ſuit ; elles fondent celle-ci.

XXII. En effet, il faut remonter à l'origine, & à l'état de ce bois lors du mariage, qui de ſa nature ne devoit rien produire au profit de la communauté, qui n'a pu s'augmenter par une diminution de propre ; & par conſéquent les coupes ſubſéquentes, doivent comme la premiere, donner lieu au remploi ; c'eſt le droit tel qu'il étoit lors du mariage qu'il faut conſidérer, & le fait poſtérieur des conjoints n'a pu le faire changer de nature.

Si l'on réduiſoit l'action de remploi au montant de la premiere coupe, il y auroit avantage indirect ; tel bien par la nature où il étoit lors du mariage, n'ayant pu pendant la communauté être rendu fructueux pour icelle, ſans diminuer le propre de celui des conjoints auquel tel bois appartenoit ; ce qui eſt fort différent des coupes de bois qui ſont la matiere de la ſection qui ſuit ; encore une fois, cela eſt rigoureux, mais ſuite & conſéquence exacte des diſpoſitions de la coutume.

SECTION IV.

Des coupes de bois taillis, devenus bois de haute-futaie pendant la communauté.

XXIII. Le produit de telles coupes tombent en communauté, encore que pendant icelle on eût différé de la faire, & qu'on ne l'eût fait qu'après que le bois auroit acquis 27 ans ; l'on ne peut les juger autrement ſans autoriſer un avantage indirect, le retard de la coupe ne pouvant préjudicier à la communauté.

L'obſervation ſur la derniere propoſition de la ſection précédente, ſert de preuve à cette propoſition, & le fait des conjoints pendant le mariage, ne peut changer leurs vrais droits, ſoit en faveur, ſoit au préjudice de l'un des conjoints ; leurs droits ſont inviolables : voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXIV. En effet ſi d'un bois taillis qui auroit pu être coupé pendant la communauté, le mari lui laiſſoit acquérir les trois âges, ce ſeroit augmenter le propre de ſa femme aux dépens de la communauté, ce qui eſt auſſi défendu que l'augmentation de la communauté au dépens du propre ; on ne peut donc avoir aucun égard à un tel retardement.

Voyez Ricard, traité du don mutuel, dans les additions qui ont été faites au huitieme chapitre de ce traité : & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXV. De-là il réſulte, que ſi le bois taillis, devenu de haute-futaie, n'a pas été coupé pendant la communauté, celui des conjoints qui le reprend, comme faiſant partie de ſon propre, doit indemniſer la communauté de ce dont elle auroit profité ſi le bois avoit été coupé, comme bois taillis & dans le tems qu'il auroit dû l'être; voilà la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Mais ſi le bois taillis n'eſt pas parvenu à ſa coupe ordinaire pendant le mariage, la communauté n'a aucune part dans le produit de la coupe qui ſe fait après ſa diſſolution, comme on l'a déja vu ci-deſſus: le Brun, de la communauté, pag. 100 & 101; ce qui me paroît bien rigoureux; la répartition ſeroit plus judicieuſe & j'eſpere qu'on y viendra.

XXVI. Cette indemnité exprimée dans les précédentes propoſitions, a lieu indiſtinctement, ſoit de la part du mari, ſoit de la part de la femme, & de la part de cette derniere, ſoit qu'elle ait accepté la communauté, ſoit qu'elle y ait renoncé; c'eſt un droit acquis à la communauté que la régie ne peut affoiblir.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet.

SECTION V.

Des fouilles de carrieres & ſi leur produit tombe en communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

Des carrieres ouvertes lors de la célébration du mariage.

XXVII. Le produit des carrieres ouvertes lors du mariage, tombe en communauté, ſans qu'il ſoit dû pour ce aucune indemnité, non pas par l'idée de quelques naturaliſtes, que les pierres ſe reproduiſent; mais parce que ces ſortes de terres ne peuvent preſque donner que ce produit; il eſt donc juſte que ce produit tombe en communauté, lorſqu'il ſe faiſoit au moment de la célébration du mariage.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 105, num. 20: voyez Ricard du don mutuel, ch. 8, num. 350, pag. 90, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci; en effet, en ce cas c'eſt fruit.

☞ Les pierres & les marbres qu'on tire d'une carriere, ne peuvent paſſer pour fruits, que par la raiſon que ces objet renaiſſent & ſe reproduiſent; *nec in fructu eſt marmor, niſi tale ſit ut lapis ibi renaſcatur, quales ſunt in Gallia & in Aſia:* voyez Godefroy, ſur la loi 7, §. *ſi vir* 13, *ſolut. matrim.*

XXVIII. Ce produit tombe en ce cas, en communauté parce que la communauté n'a rien innové, & qu'elle n'a fait que continuer à jouir, comme le conjoint propriétaire avoit joui avant ſon mariage; ce produit naturel ne doit donc pas lui être ôté, puiſque c'eſt fruit naturel, & tel que le conjoint propriétaire le tiroit lui-même du fonds avant ſon mariage.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 44, & ci-après le chapitre du remploi, ainſi que la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci & la précédente.

XXIX. Une ſeconde raiſon, c'eſt que tel produit doit être en ce cas regardé comme les arrérages d'une rente viagere conſtituée au profit de l'un des conjoints avant le mariage, leſquels tombent en communauté, comme on le verra par la ſection ſuivante; en un mot, avant le mariage c'étoit un fruit que tel profit; le mariage ne l'a pas changé de nature.

Cela a été ainſi réglé dans le compte de communauté, rendu par M. Boëte, aux héritiers Dubuts, dont le jugement des débats avoit été renvoyé par arrêt à M. de Lorme, mon confrere, & à moi; réglement que la cour a homologué, réglement par lequel nous avions unanimement aviſé que le produit d'une telle carriere étoit tombé en communauté.

DISTINCTION II.

Des carrieres ouvertes ſur le propre d'un des conjoints depuis la célébration du mariage.

XXX. Mais il n'en eſt pas ici comme dans le cas précédent; en ce cas, il eſt dû indemnité au conjoint dont le propre a été fouillé, parce que ſans cette indemnité la communauté ſe trouveroit augmentée aux dépens du propre, par un fait contraire à la maniere dont le conjoint propriétaire jouiſſoit de cet héritage avant ſon mariage; baſe d'une juſte indemnité: il faut cependant convenir que cela eſt rigoureux.

C'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag, 105, num. 20; ce qui reçoit la limitation qui ſuit.

XXXI. Cependant ſi l'on n'avoit ouvert la carriere & tiré d'icelle que la pierre néceſſaire pour réparer ou améliorer un des propres du conjoint auquel la carriere appartenoit, en ce cas l'indemnité ceſſeroit; parce qu'il ſe fait en ce cas compenſation d'une recompenſe avec une autre recompenſe, ce qui les efface l'une & l'autre, juſqu'à dûe concurrence: même cela ne change rien; c'eſt compenſation qui confirme la propoſition précédente.

Le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XXXII. La raiſon de ce, eſt qu'en ce dernier cas, c'eſt le propre même qui eſt augmenté, non la communauté, & que c'eſt une maniere de jouir pour mettre ſon propre bien en valeur; ce qui fait compenſation inévitable de recompenſe.

Mais

Mais l'action de recompenſe dont eſt tenu le conjoint envers la communauté pour l'amélioration de ſon propre en eſt d'autant diminué, ce qui revient au même & n'opére que compenſation de l'actif avec le paſſif, & ce juſqu'à concurrence de l'exercice de la recompenſe, ſi il n'y avoit entiere extinction par la compenſation.

☞ Le produit d'une ardoiſiere, tombe auſſi dans la communauté; voyez Mornac, ſur la loi *item ſi fundi* 9, ff. *de uſus*. Il rapporte un arrêt du 30 juin 1615, par lequel il a été jugé qu'une veuve qui jouit par uſufruit de tous les biens de la communauté, ſuivant l'art. 283 de la coutume d'Anjou, a droit de jouir des profits des ardoiſieres; le même arrêt eſt rapporté par Auzanet, liv. 2 de ſes arrêts, chapitre 22.

SECTION VI.

Des arrérages des rentes viageres appartenantes à l'un des conjoints, & s'ils tombent en communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

Des arrérages de ces rentes conſtituées avant le mariage.

XXXIII. Les arrérages de telles rentes antérieures au mariage tombent irrévocablement dans la communauté; il en eſt de même des arrérages d'un douaire appartenant à une veuve qui convole, ni les uns ni les autres ne donnent lieu à repriſe ou indemnité en faveur de celui des conjoints, du chef duquel tels arrérages ſont tombés en communauté; ils s'y ſont noyés irrévocablement, ce ſont ſimples fruits que la coutume fait indiſtinctement tomber en communauté; ceux-là y tombent donc comme les autres, ſi par le contrat de mariage il n'y a ſtipulation contraire.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 2, diſtinct. 2, pag. 102, num. 14; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

XXXIV. Cela eſt fondé, ſur ce que le capital ou l'immeuble aliéné à fonds perdu, n'appartenoit plus au conjoint lors de ſon mariage, mais bien la rente viagere dont la communauté a continué la jouiſſance, comme fruits, & ſans diminuer les propres, ce qui écarte ſur ce tout remploi.

Il en eſt de même, ſi pendant le mariage il échoit un certain viage à l'un des conjoints; le Brun, à la même page 102; parce qu'au même cas, il n'y a ni crainte d'avantage indirect, ni de diminution de propres de l'un des conjoints pour augmenter la communauté, ce qui prouve évidemment ce que deſſus, puiſqu'en ce cas même, il n'a jamais appartenu au conjoint propriétaire qu'un ſimple viage.

DSTINCTION II.

Des arrérages de ces rentes conſtituées depuis le mariage, & qui échoient pendant icelui.

XXXV. Si pendant le mariage, un des conjoints vend un de ſes propres, moyennant une rente viagere, les arrérages de cette rente échus pendant la communauté ne tombent pas en icelle en totalité, mais ſeulement juſqu'à concurrence du produit naturel & ordinaire de l'immeuble qui a été ainſi aliéné; autrement ce ſeroit avantage indirect & diminution du propre, pour augmenter la maſſe de la communauté que les conjoints ne peuvent faire: réduction qui en conſervant le propre, conſerve les intérêts légitimes de la communauté.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, dans les comptes de communauté; voyez les propoſitions ſuivantes, explicatives de celle-ci & qui la confirment.

XXXVI. De-là il s'enſuit que celui des conjoints auquel l'immeuble ainſi vendu appartenoit, a indemnité pour le montant de ces arrérages, déduction faite ſur iceux de ſon produit ordinaire; car je penſe que ce ſeroit ſophiſtiquer que de prétendre que le double produit qu'une telle aliénation fait tomber dans la communauté, tient lieu au propriétaire du produit ordinaire & du prix capital, attendu l'incertitude de la durée de ce produit extraordinaire; en effet, tous ces arrérages forment le prix du propre, au dépens duquel la communauté ne peut être augmentée; il faut donc en faire raiſon au propriétaire, non en totalité, mais de façon que la communauté profite du produit qui y ſeroit tombé, ceſſante une telle aliénation.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, ſuivant laquelle on laiſſe à la communauté le produit ordinaire; c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 103, num. 13.

XXXVII. Après la diſſolution de la communauté, ſi la rente viagere a été aſſiſe ſur la tête de celui dont le propre a été ainſi aliéné, il jouit ſeul de cette rente viagere, ſans que les héritiers du prédécédé y puiſſent rien prétendre; elle eſt repréſentative de ſon fonds, & ſauf en outre ſa recompenſe qui ſe réduit à retirer de la communauté l'excédent des arrérages qu'elle a perçu au par-deſſus de ce qu'elle auroit touché, ſi telle aliénation n'eut pas été faite, & qu'on eut conſervé le propre en nature.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, dans les comptes & partages de communautés, pendant leſquelles telles rentes ont été créées; mais il y a l'action de remploi, telle qu'elle eſt expliquée par la premiere propoſition; le montant de laquelle action ſera ſenſible en poſant une eſpece, par exemple, ſi l'objet vendu à ce titre étoit une maiſon produiſant 1000 liv. de loyers, le conjoint propriétaire d'icelle, la vend moyennant 2000 liv. de rente viagere, & la communauté ſubſiſte 10 ans, depuis cette vente & pendant ces 10 années elle touche 20000 liv. des arrérages de cette rente; en ce cas l'action du remploi eſt de 10000 liv. ce qui met la communauté dans

l'état qu'elle auroit été ſi telle aliénation n'eût pas été faite, & le vendeur eſt rempli, tant par cette action, que par la rente qui ſubſiſtera à ſon profit.

XXXVIII. Si la rente viagere avoit été miſe ſur la tête de l'autre conjoint, & qu'il ſurvive, les héritiers du prédécédé en jouiſſent ſeuls ſur la tête de ce ſurvivant; c'eſt le prix de leur propre, prix par conſéquent qui ne peut faire partie de la communauté, & qui reſte à celui auquel il appartient.

Cela eſt fondé ſur ce qu'il eſt permis de s'acquérir une rente viagere ſur la tête de qui on le juge à propos, & cela a été ainſi jugé par ſentence rendue au châtelet, ſur production des parties pour la dame de Montgorge, fille de M. Auſanet, avocat, contre M. le Feron, ſon beau-frere; j'avois écrit au procès pour elle; le propre de la femme avoit formé le fonds de la rente, elle étoit aſſiſe ſur la tête de ſon mari; on a jugé que l'héritier de la femme en jouiroit.

XXXIX. Lorſque pendant le mariage, il échoit à l'un des conjoints la jouiſſance d'un immeuble, acquiſe pour pluſieurs années fixes, par un parent auquel il ſuccéde, ou lorſqu'il lui échoit une rente viagere qui avoit été miſe ſur ſa tête, il n'en eſt pas de même en ce cas, que dans celui des propoſitions précédentes; en ce cas, le produit de ce fonds, comme les arrérages de la rente viagere tombent dans la communauté; c'eſt ſimple viage, & le conjoint n'a eu que ce droit, & cela auroit lieu, encore qu'il fut ſtipulé par le contrat de mariage, que tout ce qui échoiroit aux conjoints lui ſeroit propre; cette clauſe n'ayant trait qu'aux capitaux & non aux fruits qui échoient pendant la communauté, leſquels indiſtinctement tombent en icelle

Voyez la propoſition ſuivante, qui confirme cela, & tel eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 102.

XL. En effet, cette clauſe ne frappe que les principaux & non la jouiſſance, & dans celle-ci, il n'y a ni affoibliſſement de propre, ni avantage indirect à craindre, puiſqu'elle vient du chef d'un des auteurs de l'un des conjoints, qui la tranſmet de même à la communauté; ce qui écarte toute action de remploi.

C'eſt l'opinion commune au châtelet, fondée ſur ce que tout fruit tombe en communauté, ſi ce n'eſt celui qui affoibliroit le fonds.

DISTINCTION III.

Du rachat d'un douaire préfix fait à une veuve qui a convolé, & s'il tombe en communauté.

XLI. Quoique les arrérages du douaire d'une veuve qui a convolé, tombent dans ſa communauté comme étant un fruit ordinaire, il n'en eſt pas de même du rachat du douaire, ſi la veuve qui a convolé en accepte le rachat; ce qui provient d'un tel rachat, eſt un capital qui ouvre en ſa faveur une action en recompenſe; autrement il y auroit avantage indirect.

Il eſt prouvé ſur la premiere diſtinction de la préſente ſection, que tels arrérages tombent en communauté; mais ſur le capital du rachat: voyez ce qui ſuit, qui confirme la propoſition; on y verra que c'eſt une eſpece de capital, qualité qui fonde la recompenſe.

XLII. Les deniers de ce rachat lui ſont propres, & elle a droit de les reprendre ſur la communauté; autrement elle augmenteroit ſa maſſe à ſes dépens, ce qu'elle ne peut faire.

Je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet, dans les comptes de communauté; autrement ce ſeroit autoriſer l'avantage indirect & affoiblir, anéantir même un droit & une action propre à la femme pour augmenter la maſſe de la communauté; ce que la coutume rejette.

XLIII. Cela a lieu indépendamment de toute clauſe de repriſe, ſoit qu'elle accepte la communauté, ſoit qu'elle y renonce; c'eſt une véritable aliénation de propre qui doit être remplacé.

Le Brun, de la communauté, pag. 104, num. 16, & la propoſition qui ſuit; cela eſt fondé, ſur ce que les deniers de ce rachat ne ſont pas la jouiſſance du viage, mais l'extinction d'un droit qui étoit propre à cette veuve; ce qui néceſſite abſolument le remploi ou l'indemnité.

XLIV. Ce remploi ceſſeroit, ſi la communauté étoit de tous les biens, parce qu'alors ce viage en auroit fait partie, & par conſéquent, le rachat ou extinction d'icelui auroit été portion d'une telle communauté; ce qui s'applique à toute autre aliénation de propre qui ſeroit faite en ce cas: pour raiſon de laquelle il n'y a pas d'action de remploi de propre, le propre même faiſant partie d'une telle communauté.

Le Brun, de la communauté, page 104, num. 17.

TROISIEME PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

DE SES CHARGES.

CHAPITRE PREMIER.

DES DETTES IMMOBILIAIRES ANTÉRIEURES AU MARIAGE.

(Art. 221 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUIL N'Y A QUE LES ARRÉRAGES DE CES DETTES QUI TOMBENT EN COMMUNAUTÉ.

I. LES capitaux des rentes dûes par les conjoints avant leur mariage, ne tombent pas sur la communauté, parce que c'eſt la charge naturelle des immeubles qui n'y tombent pas; il n'en eſt pas de même des arrérages d'icelles, ce qu'on va examiner; dans l'un comme dans l'autre cas c'eſt une juſte balance de l'actif avec le paſſif.

Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 5, ſect. 2, pag. 403, & les propoſitions ſuivantes; Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 11; le même en ſon traité de la communauté, partie 1, ch. 10; & le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, pag. 244.

II. Mais les arrérages de ces rentes échues pendant la communauté, ſont à la charge d'icelle, encore que le contrat de mariage contînt la ſéparation de dettes; telle ſéparation ne frappant que des capitaux & non ces arrérages qui ſont charge des fruits que la communauté fait ſiens.

Le Brun, de la communauté, pag. 239, num. 13; le Maitre, tit. 10, pag. 247, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

III. On a déja dit que cette charge eſt une juſte balance de l'actif & du paſſif; en effet, comme les fruits des immeubles tombent en communauté, il eſt bien juſte que cette charge y tombe, étant une délibation à faire ſur ces fruits; tels arrérages ſont donc charge de la communauté, & cela eſt de droit commun.

Dupleſſis, à la même page 403: on peut même pour les arrérages de telles rentes dûes par la femme, décréter les propres du mari; le Maître, pag. 247: cela ſe pratique auſſi au châtelet; c'eſt droit commun pour tous pays où la communauté de biens a lieu entre conjoints; ce qui fonde évidemment la propoſition.

☞ La propoſition ci-deſſus, eſt encore fondée ſur un arrêt du 9 août 1604, qui juge qu'un mari ne peut ſe diſpenſer du payement des arrérages d'une rente dûe par la femme conſtant le mariage; quoique le contrat portât que les conjoints ne ſeroient point tenus des dettes créées avant le mariage; voyez Bouvot, tom. 2, verb. ſociété, queſt. 8.

SECTION II.

De l'effet du titre nouvel de ces dettes & des arrérages antérieurs au mariage.

IV. Lorſque le mari a paſſé titre nouvel de la rente dûe par ſa femme avant le mariage, cet acte ou titre nouvel ne l'engage que pour les arrérages qui échoiront juſqu'au jour de la diſſolution de la communauté; c'eſt l'objet & la limite de ſon engagement relatif, & cette limite eſt de droit.

Tel eſt l'uſage du châtelet, conforme au ſentiment de Dumoulin; de le Maître, pag. 249; de Tronçon, ſur l'art. 221, où il eſt rapporté un arrêt du 6 mars 1602, qui l'a ainſi jugé; ainſi un tel titre n'opére plus après la diſſolution de la communauté.

V. Cela a lieu de droit, encore que cela n'eût été ſtipulé par le titre nouvel, parce que c'eſt le ſeul objet de ſon engagement, qui de ſa part n'a de trait qu'à la communauté, & qui ceſſe par conſéquent avec icelle.

C'eſt le ſentiment de Coquille, queſt. 109; de le Brun, de la communauté, pag. 244, num. 24; de Loyſeau, du déguerpiſſement.

VI. Les arrérages de ces rentes antérieurs au mariage, ſont à la charge de la communauté, parce que ces arrérages forment une dette mobiliaire, & que les dettes mobiliaires ſont à la charge de la com-

munauté, comme on le verra par le chapitre qui ſuit.

Dupleſſis, pag. 403 ; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, à moins qu'il n'y ait clauſe contraire.

VII. De-là il s'enſuit, que s'ils étoient dûs du chef de la femme, & qu'elle eût renoncé à la communauté, elle en doit être acquittée en totalité par la ſucceſſion de ſon mari ; parce que ne prenant rien dans l'actif de la communauté, au moyen de ſa renonciation à icelle, elle ne doit rien ſupporter de ſes charges ; cependant comme le fait du débiteur ne peut affoiblir les actions du créancier, le créancier d'une telle rente peut nonobſtant la renonciation, & pour être payé de ces arrérages, pourſuivre la femme ; mais en ce cas, elle a une garantie contre la ſucceſſion de ſon mari.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 235, num. 3 : ce qui ne s'entend que lorſque le contrat de mariage ne contient pas la clauſe de ſéparation de dettes ; telle clauſe affranchiroit la communauté d'une telle dette, comme on le verra dans le chapitre troiſieme ; mais ſans cette clauſe, tels arrérages ſont à ſa charge ; le premier cas ſe réglant par la loi qui eſt telle, & l'autre par la convention qui y déroge.

CHAPITRE SECOND.

DES DETTES MOBILIAIRES DES CONJOINTS ANTÉRIEURES AU MARIAGE.

SECTION PREMIERE.

QUE CES DETTES TOMBENT SUR LA COMMUNAUTÉ DANS LA THÈSE GÉNÉRALE.

(Article 221 de la coutume.)

LES dettes mobiliaires des conjoints antérieures au mariage, tombent ſur la communauté, & ce de droit ; leur ſociété mobiliaire ſe formant tant activement que paſſivement.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 3, ſect. 3, num. 1, pag. 234 : voyez les trois propoſitions ſuivantes, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 221 de la coutume.

II. Cela eſt fondé, ſur ce que tout le mobilier qu'ils poſſédent y tombe, comme on l'a vu précédemment ; ainſi cette charge eſt une balance de l'actif avec le paſſif ; telle eſt la baſe de la diſpoſition de la coutume.

Ce qui embraſſe le mobilier que l'un des conjoints peut devoir à des enfans d'un premier lit, comme tuteur ; Charondas, ſur l'art. 221, en rapporte arrêt ; & je n'y vois pas de difficulté, parce que où la loi ne diſtingue pas, on ne doit pas diſtinguer.

III. De-là il s'enſuit, que le mari peut être pourſuivi & même ſur ſes propres pour l'acquittement des dettes mobiliaires de ſa femme antérieures au mariage, comme on vient de voir qu'il pouvoit l'être pour les arrérages dûs par ſa femme, antérieurement au mariage ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, & la ſuite de cette charge établie par la coutume.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 404 au commencement.

IV. Il s'enſuit pareillement de ce que deſſus, que la femme en renonçant à la communauté, doit être acquittée par la ſucceſſion du mari de toutes ſes propres dettes mobiliaires antérieures au mariage, & des arrérages des rentes par elle dûs & échus pendant la communauté ; ce qui auroit lieu, encore qu'elle exerçât la repriſe de ſa miſe, qui n'a rien de commun avec cette charge que ſon mobilier extant lors du mariage, & les fruits de ſes propres ont balancé ; c'eſt ſuite de la loi ; auſſi eſt-elle tenue des dettes mobiliaires de ſon mari, antérieures au mariage lorſqu'elle a accepté la communauté, & même aſſujettie au payement de la totalité d'icelle hipothécairement ; cela eſt ſuite de leur ſociété.

Le Brun, de la communauté, pag. 235, num. 3 : mais la femme acceptant la communauté, peut-elle être après la diſſolution d'icelle, pourſuivie hypothécairement pour la totalité des dettes mobiliaires de ſon mari, antérieures au mariage, & ce à cauſe des conquêts qu'elle poſſéde ? il paroît que le créancier ayant acquis cette hypothéque, ne peut la perdre par la ſuite ; l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 246, tient la négative ; c'eſt au premier ſentiment auquel je crois qu'il faut ſe tenir, parce que la femme eſt conquérante avec ſon mari, & que le partage ne peut effacer l'hypothéque acquiſe ; ce principe me paroît auſſi sûr qu'il a ici une parfaite application.

SECTION II.

Des billets & engagemens de la femme datés antérieurement au mariage.

V. Ce qu'on vient de voir au ſujet des dettes mobiliaires, reçoit une exception; en effet, les dettes dont il eſt parlé dans la ſection précédente, ne s'entendent relativement à la femme, que de celles dont la date eſt conſtante; autrement elles ne ſeroient plus charge de la communauté, & ſans cela on rendroit la femme maîtreſſe de s'approprier le bénéfice de la communauté; ce qui ſeroit intolérable.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant pour le ſieur d'Herbouville; je l'avois entendu avant juger de même au préſidial, au profit de Lombreuil, ancien avocat au parlement; voyez les propoſitions ſuivantes, explicatives de celle-ci.

VI. Tout engagement fait par une femme en puiſſance de mari, ſous ſignature privée, eſt nul à l'égard du mari ſeulement, quoique daté antérieurement au mariage, ſi la date n'eſt juridiquement conſtatée; au moyen de laquelle nullité, tel engagement n'eſt charge de communauté.

C'eſt par cette néceſſité de date conſtante, que le Brun, traité de la communauté, pag. 94, num. 68 & 69, décide que la promeſſe ſous ſignature privée, de paſſer au mari contrat de conſtitution, eſt conquêt de communauté, quoiqu'antérieur au mariage, à moins que ſa date ne ſoit conſtante; ce qui me paroît conforme à l'équité & à la rigueur des principes, parce que ſans cela, le mari pourroit ſe former un préciput à lui-même; ce qu'on ne peut admettre tant de ſa part que de la part de la femme.

VII. En effet, ceſſant la nullité exprimée dans la précédente propoſition, la femme maîtreſſe de ſa main, rendroit inutile la loi qui la rend inhabile à contracter ſans autoriſation; raiſon qui me paroît déciſive pour affranchir le mari & la communauté d'un tel engagement, & trop intéreſſante, trop conforme au bon ordre pour être rejettée.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant, comme on l'a vu ſur la premiere propoſition, & tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 5, num. 16, pag. 165; & cela eſt regardé au châtelet, comme juriſprudence conſtante, ſauf la limitation qui ſuit; hors le cas de cette limitation, tel eſt le véritable eſprit de la coutume.

VIII. Cependant tel billet n'eſt pas nul relativement à la femme, mais la condamnation contre elle, ne peut s'exécuter que ſur la nue propriété de ſes propres, tant que le mariage ſubſiſte; tel eſt le ſeul effet que produit un tel engagement; mais ſi il y avoit violent ſoupçon d'antidate, il ſeroit nul, même par rapport à la femme; je le penſe ainſi, & cette nullité réſulte de ſon inhabilité à contracter ſans autoriſation; cela ménage toute équité & tout légitime intérêt.

C'eſt ce qui fut décidé par rapport à la premiere partie de la propoſition, dans la cauſe du ſieur d'Herbouville; on réſerva l'action des créanciers ſur les biens de la femme, & pour être exercée après la diſſolution.

☞ Pareille choſe a été jugée en faveur du marquis de Melun, par deux arrêts, l'un du 11 décembre 1743, l'autre du 3 décembre 1744 qui ont déclaré nuls deux billets de la dame marquiſe de Melun ſon épouſe, d'une date antérieure au mariage.

SECTION III.

De certaines dettes ſingulieres, & de l'effet de la communauté de dettes, relativement à celles qui ſont dûes par l'un des conjoints à l'autre.

IX. Quoique le contrat de mariage ne contienne pas la clauſe de ſéparation de dettes qu'on examinera ci-après, ſi l'un des conjoints lors de ſon mariage, doit le prix d'un immeuble par lui acquis, telle dette n'eſt pas à la charge de la communauté; l'équité a fait adopter cette propoſition contre la rigueur du principe qui me paroît contraire; mais il faut préférer cette équité à la rigueur, elle eſt en effet bien préférable.

C'eſt le ſentiment de Auzanet, ſur l'art. 221 de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, pag 406; de le Brun, de la communauté, pag. 244, num. 26; de le Maître, tit. 10 ch. 2, ſect. 2, pag. 245 & 246, qui affranchiſſent la communauté d'une telle dette; mais c'eſt plus faveur que principe: Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 11, & le même auteur: en ſon traité de la communauté, partie premiere, ch. 10, adopte cette faveur, cette équité; ainſi tous les bons auteurs ſont ſur cela unanimes: il faut donc ſe tenir à cette équité, autrement on abuſeroit de la lettre de la loi municipale.

X. En effet, par rapport à ce, il faut plus conſidérer l'origine de la dette, que ſa nature & l'équité le veut ainſi, contre la rigueur de la régle, qui étant générale, ſembleroit ne pas admettre cette diſtinction; mais il eſt équitable de s'y tenir: c'eſt à l'eſprit plus qu'à la lettre qu'il faut s'attacher, ſauf le droit du créancier.

Auſſi les créanciers pour ce, ont-ils leur action ſur la communauté, c'eſt-à-dire, ſur les biens qui la compoſent, & ce tant qu'elle dure ſeulement, ſauf l'indemnité, comme le dit Dupleſſis, à la même pag. 406.

XI. Par un effet de la communauté de dettes mobiliaires, ſi le mari devoit à ſa

femme avant le mariage, le contenu en une obligation; cette obligation ſe confond & s'éteint dans la communauté, dont elle devient chargée; c'eſt la communauté qui doit & à laquelle il eſt dû; ainſi c'eſt une extinction par la voie de la confuſion, qui ſe conſomme dans la communauté & par la formation d'icelle, & extinction totale, ſi il n'y a miſe fixe de la part de la femme & faculté de reprendre le ſurplus de ſon mobilier.

Le Brun, de la communauté, pag. 243, num. 21; ce qui ne s'entend que lorſqu'il n'y a clauſe contraire.

☞ La rente conſtituée, dûe par l'un des conjoints à l'autre, s'éteint par la confuſion en la perſonne des enfans majeurs des deux conjoints; mais la confuſion ne s'opére point ſi les enfans décédent mineurs; l'on diſtingue alors les dettes qui viennent du côté du pere ou de la mere; telle eſt l'opinion de le Brun.

XII. De-là il s'enſuit, que ſi la femme renonce à la communauté & qu'il n'y ait pas clauſe de repriſe en ſa faveur, l'obligation dont ſon mari lui devoit le contenu avant leur mariage étant noyée dans la communauté, ne ſubſiſte plus, & elle s'éteint totalement dans la perſonne du mari, qui eſt débiteur & créancier, comme chef de la communauté.

C'eſt une juriſprudence conſtante au châtelet, comme ſuite de la propoſition précédente qui y eſt adoptée, & c'eſt ſuite des principes.

XIII. Si elle accepte, telle obligation eſt pareillement effacée pour le tout, elle en confond ſa moitié comme commune, puiſque la communauté eſt devenue débitrice du contenu en une telle obligation, & l'autre moitié s'éteint dans la perſonne des héritiers du mari, leur appartenant moitié de tout le mobilier de la femme extant lors du mariage: c'eſt toujours ſuite du même principe, & ce qui s'entend lorſqu'il n'y a pas de ſtipulation de propre.

Cela réſulte de l'article 220; il en ſeroit autrement ſi il y avoit clauſe de ſéparation de dette; voyez ſur ce la propoſition qui ſuit.

XIV. Mais s'il y a clauſe de ſéparation de dettes, & que la femme accepte la communauté, en ce cas il appartient à la femme, comme commune, moitié du contenu en telle obligation, que la communauté a droit de prendre ſur les propres du mari; & en ce même cas d'acceptation de communauté, tout le contenu en une telle obligation lui appartiendroit ſi ſa miſe en communauté étoit fixé & qu'elle ne comprît pas cette obligation; la miſe étant remplie par d'autres effets.

Cette obligation en ce qu'elle a d'actif eſt commune, lorſque rien ne l'a empêché de tomber en communauté, mais elle tombe toute ſur le mari au moyen de la clauſe, en la conſidérant comme paſſive, c'eſt-à-dire, de la clauſe de ſéparation de dettes; & ſi elle renonce dans le même cas de cette clauſe & qu'il y ait repriſe en ſa faveur, elle la reprend en totalité.

XV. De tout ce que deſſus, il réſulte qu'une telle obligation ne peut valider en totalité au profit de la femme, que par une renonciation à la communauté, & l'exercice d'une repriſe lorſqu'elle lui eſt accordée par contrat de mariage, & que cette repriſe embraſſe cette obligation ou une miſe fixe de ſa part en communauté, avec une ſtipulation de propre à ſon profit du ſurplus de ſon mobilier.

Voyez les notes ſur la propoſition précédente, elles fondent celle-ci.

XVI. De la premiere propoſition, il réſulte que la ſoulte de partage, quoiqu'antérieure au mariage n'eſt pas dette de communauté; c'eſt le prix d'un immeuble qui n'eſt pas charge d'icelle; cela eſt encore d'une ſouveraine équité, qui doit l'emporter ſur la rigueur de la lettre qui eſt contraire.

Le Brun, de la communauté, pag. 244, num. 27; c'eſt encore l'équité qui ſoutient cette propoſition plus que le principe qui me paroît contraire.

SECTION IV.

Que l'excluſion de communauté emporte ſéparation de dettes de plein droit.

XVII. Lorſqu'il n'y a pas communauté de biens entre conjoints, il ne peut y avoir entr'eux communauté de dettes: celle-ci eſt ſuite de l'autre, ainſi dans le cas de l'excluſion de communauté, il n'y a plus de dettes communes; c'eſt la ſociété de certains biens qui emporte la ſociété de certaines dettes.

Cela réſulte de l'art. 221, qui dit, (à cauſe de laquelle communauté le mari eſt tenu) c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 406; & il dit encore la même choſe au même traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 423; ce qui ne peut ſouffrir difficulté; voyez la propoſition qui ſuit qui le manifeſte.

XVIII. En effet, cette derniere communauté paſſive, c'eſt-à-dire, celle des dettes, n'eſt qu'une ſuite de la communauté de l'actif, & par conſéquent elle ne peut avoir lieu ſans l'autre; ainſi où il y a excluſion de communauté de biens, plus de communauté de dettes.

Le Brun, de la communauté, pag. 254, num. 1; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XIX. Cela a lieu, c'eſt-à-dire, que cet affranchiſſement de dettes milite, ſoit que

par le conttat de mariage, il y ait ſéparation de bien, ſoit qu'il n'y ait que ſimple excluſion de communauté; cette derniere eſt pour ce ſuffiſante & produit le même effet que l'autre, quoique par rapport à la jouiſſance du mari, ces deux clauſes ſoient différentes, comme on l'a vu ci-deſſus, l'excluſion ne faiſant point obſtacle à la jouiſſance du mari.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet: cependant dans le ſimple cas d'excluſion de communauté, & tant que le mariage dure, les créanciers du mari peuvent faire ſaiſir les revenus des biens de la femme, puiſque pendant ce tems le mari les fait ſiens, comme on l'a établi ci-deſſus; il y a plus, ils pourroient même agir contre le mari & ſur ſes propres biens pour les dettes de la femme, ſi faute d'état ou de fixation de ceux de ſa femme, il s'en eſt fait confuſion avec les ſiens; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 423, qui ne me paroît pas pouvoir être juſtement conteſté; cela étant l'effet inévitable de la confuſion, qui donne ce droit aux créanciers de la femme contre le mari.

XX. Dans le cas de la ſéparation de biens, le défaut d'inventaire n'eſt d'aucune conſidération; la ſéparation écarte toute confuſion & affranchit le mari de toute pourſuite quant à ce; on parle ici de la ſéparation contractuelle, & non de la ſimple excluſion de communauté.

Le Brun, de la communauté, pag. 258, num. 12; ce qui n'eſt pas dans le cas de la ſimple excluſion de la communauté: la premiere écarte la confuſion, l'autre la laiſſe entiere, ſi il n'y a état des biens.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DE DETTES RELATIVEMENT AUX CONJOINTS.

(Art. 222 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE SON EFFET CONTRE LES CONJOINTS, ET QU'ELLE EST SUFFISANTE A LEUR ÉGARD, MAIS NON A L'ÉGARD DES CRÉANCIERS PENDANT LE MARIAGE S'IL N'Y A ÉTAT.

I. IL eſt loiſible aux conjoints de ſtipuler que chacun d'eux payera ſes dettes antérieures au mariage; & cette ſtipulation eſt ſuffiſante & produit ſon effet entr'eux, mais non pas toujours à l'égard des créanciers; en effet, elle eſt abſolue par rapport aux conjoints; mais elle n'eſt que conditionnelle relativement aux créanciers: ainſi elle milite à l'égard des premiers, quoiqu'il n'y ait pas état des biens.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1 ch. 5, ſect 2, pag. 404, à la fin, & 406, verſe le milieu; le Brun de la communauté, liv. 2, ch. 3, ſect. 4, num. 11, pag. 257; & tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur le texte de la coutume qu'on peut regarder ſur cela comme un droit commun par la maxime généralement adoptée que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe pourvu qu'elles ne ſoient contraires au droit public ni aux bonnes mœurs: ſur la faculté de cette clauſe & ſes effets, voyez Renuſſon, en ſon traité de la communauté, partie premiere, ch. 11; & les auteurs ci-après cités; c'eſt convention non-ſeulement licite, mais encore prudente.

II. Au moyen de cette clauſe le conjoint débiteur doit indemnité à la communauté du montant de ſa dette, même mobiliaire, antérieure au mariage, dès que telle dette a été acquittée aux dépens de la communauté; c'eſt l'effet de la clauſe & de la convention autoriſée, ſauf l'effet de la confuſion que l'acceptation de la communauté produit.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, dans les comptes de communauté; on dit à la communauté, ainſi il en confond moitié s'il y a acceptation d'icelle; en effet, elle s'eſt acquittée avec des deniers communs, ainſi en ce cas l'indemnité n'eſt que de moitié; autrement on dépouilleroit le conjoint débiteur de ſa choſe, où l'on lui feroit payer deux fois la même dette.

III. Pour donner lieu à cette indemnité, il ſuffit de prouver l'acquittement de la dette & ſon antériorité au mariage: après cette preuve l'indemnité eſt inconteſtable; & ſi la dette eſt dûe, elle reſte à la charge du conjoint débiteur; c'eſt encore l'effet de la clauſe.

Si telle dette ſe trouve encore dûe au moment de la diſſolution de la communauté, elle reſte entiérement à la charge du conjoint qui en étoit débiteur lors du mariage; Dupleſſis, pag. 406; ſi elle a été acquittée aux dépens de la communauté, la communauté eſt ſubrogée de plein droit à l'hypothéque du créancier rembourſé; le Maître, tit. 10, pag. 242; & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 244 de la coutume, par rapport à la ſubrogation; en effet, quoique cet article & le ſuivant ne parlent que d'une rente, ils doivent s'appliquer à

toute autre créance; c'eſt l'eſprit de la coutume qui donne une exemple pour expliquer, & non pour limiter.

IV. Cette indemnité ceſſeroit ſi la dette s'étoit acquittée au dépens du propre du conjoint, débiteur de la dette, par exemple, en déléguant ſur le prix d'un propre vendu, ce qui d'un autre côté diminueroit l'action du remploi, & ainſi l'action en cela ne ceſſe que par la compenſation avec l'action de remploi & juſqu'à dûe concurrence, ce qui ne change rien au principe; c'eſt compenſation des deux droits liquides, qui efface la double action juſques à dûe concurrence.

Il faut cependant dans le compte expliquer cette compenſation; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & ce pour inſtruire & liquider tous les droits reſpectifs.

V. Venons à l'effet de cette clauſe contre les créanciers, lorſqu'il n'y a pas état des des biens de la femme; cette clauſe n'affoiblit en rien l'action des créanciers, & cette action reſte la même que la coutume la donne aux créanciers, à moins qu'on ait conſtaté les biens du conjoint débiteur; tel eſt le principe général dont on va voir les ſuites & ſans lequel les créanciers ſeroient trompés.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 404; le Maître pag. 249 & 251; ſur ce qu'il faut faire pour la rendre efficace contre les créanciers; voyez les propoſitions ſuivantes; elle opére même contre les créanciers ſans état, dans le cas du chapitre qui ſuit; ce ſont exceptions à la régle qui ſervent à la confirmer; parce qu'en ces cas, la conſtitution de dette renferme état.

VI. De-là il s'enſuit que nonobſtant cette clauſe les créanciers de la femme, antérieurs au mariage, peuvent en ce cas & dans la théſe générale, ſauf l'exception ci-après, contraindre le mari à payer leur créance; c'eſt ce que produit le défaut d'état; état qui ſeul peut la rendre efficace à leur égard, & éviter la confuſion qui fonde très-juſtement cette action contre lui; c'étoit à lui à l'éviter; c'eſt ſur lui que ſon effet doit tomber.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la propoſition qui ſuit.

VII. Cela eſt fondé ſur ce que le mari n'ayant pas fait conſtater les biens de ſa femme eſt juſtement préſumé avoir dequoi les acquitter, ſauf ſon indemnité contre ſa femme; la juſtification qu'il repréſente des biens de ſa femme pouvant ſeule opérer ſa libération.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 404; mais la clauſe opére toujours contre la femme, comme on le verra plus amplement ci-après, & comme on l'a déja annoncé.

VIII. Ces créanciers peuvent même ſe pourvoir ſur les propres du mari; c'eſt la ſuite de l'action perſonnelle qui milite contre lui faute d'état; leur action en ce cas ayant toute ſon étendue contre lui, milite par conſéquent ſur ſes biens perſonnels; mais les créanciers du mari, antérieurs comme les poſtérieurs au mariage, ne peuvent ſe pourvoir ſur les propres de la femme, parce que la femme n'eſt jamais tenue des dettes de la communauté & de celles qui deviennent telles, que juſqu'à concurrence de ce qu'elle en amende & jamais ſur ſes propres; ce qui affranchit ces derniers biens de toute action de la part des créanciers de la communauté, & par conſéquent de ceux du mari qui le ſont devenus de la communauté.

Ce privilége de la femme de n'être tenue des dettes de la communauté, que juſqu'à concurence de ce qu'elle y amende, eſt établi ci-après dans ſon ordre, ainſi que l'incapacité du mari à donner atteinte aux propres de ſa femme; ce ſont deux principes inconteſtables, & qui fondent la propoſition.

SECTION II.

De l'effet de cette clauſe relativement aux arrérages de rente, au don mutuel & aux dettes dûes à cauſe d'un fonds de commerce.

IX. Quoique cette convention ſoit efficace par rapport aux conjoints, jamais cette clauſe ne frappe les arrérages de rente, & nonobſtant icelle ils ſont charges de la communauté indiſtinctement; c'eſt délibation à faire ſur les fruits, leſquels tombant en communauté entraînent avec eux cette charge nonobſtant la clauſe, autrement on en abuſeroit.

Cela eſt d'un uſage conſtant au châtelet, fondé ſur ce que ces arrérages forment un prélévement à faire ſur les fruits & revenus des propres; Dupleſſis propoſe la difficulté qu'il dit être ardue, pag. 405 & 406, ſans la décider: l'uſage du châtelet ſur lequel la propoſition a été formée eſt conforme au ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 256, num. 6; de Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 103; je n'y vois pas de difficulté, & ne pénétre pas celle que Dupleſſis y a trouvé; c'eſt l'eſprit de la coutume, & il faudroit heurter de front l'équité pour s'en écarter.

X. La clauſe excluſive de dettes ne fait aucun obſtacle au don mutuel, & tel don ne fait aucun préjudice aux créanciers; ainſi la clauſe & le don mutuel ont conjointement leur exécution; celui qui jouit en vertu d'un tel don peut être pourſuivi; mais l'étant, il a indemnité ſur les propres du conjoint débiteur; c'eſt le juſte effet de la clauſe & il l'a pour le tout; telle dette ne devant affoiblir ni ſa propriété ni ſa jouiſſance.

Cette indemnité eſt établie ci-deſſus, par rapport

port à l'intérêt des conjoints considérés comme communs, & le don mutuel ayant cet intérêt pour objet, n'y peut donner atteinte.

XI. La raison de ce est l'égalité qu'il doit y avoir dans le don, & que si la séparation de dettes avoit pour objet primitif la communauté, cette séparation influe sur le don mutuel qui embrasse ce qui est de communauté; ainsi c'est cette derniere qui doit fixer le produit de l'autre.

Le Brun, de la communauté, pag. 152, num. 55; voyez ci-après le titre du don mutuel, où cela est plus approfondi.

XII. La clause de séparation de dettes n'influe pas sur celles dûes par un marchand à cause de son commerce; lorsque par le contrat de mariage il n'a pas stipulé que le fonds de son commerce lui seroit propre; en effet, il ne peut entrer de ce fonds dans la communauté que ce qui reste après l'acquittement de ce qui en est dû; ce qui doit s'appliquer à la pratique d'un procureur & d'un notaire, lorsque par la convention ils n'ont point empêché que ces pratiques tombassent dans leur communauté.

La premiere partie de la proposition est d'usage au châtelet, & cet usage a une souveraine équité pour base, & me paroit devoir dans le cas qu'on examine, influer sur une pratique de procureur, & ce avec d'autant plus de raison que le prix d'un immeuble acquis avant le mariage, n'est point à la charge de la communauté: ici la raison est la même; j'ai cependant vu une sentence arbitrale contraire, mais cette sentence me paroît injuste & irréguliere, d'autant plus que dans l'espece, le mari qui avoit laissé tomber sa pratique dans sa communauté, avoit déclaré ce qu'il avoit payé dessus & ce qu'il en redevoit.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE LA CLAUSE DE SÉPARATION DE DETTES RELATIVEMENT AUX CRÉANCIERS.

(Art. 222 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE CETTE CLAUSE OPERE CONTR'EUX APRÈS LA DISSOLUTION, QUOIQU'IL N'Y AIT PAS D'ÉTAT DE BIEN, MAIS QU'ELLE N'OPERE PENDANT LE MARIAGE QU'EN CAS D'ÉTAT, ET DES CAS ESQUELS L'ÉTAT N'EST PAS NÉCESSAIRE.

L'ÉTAT des biens est nécessaire pour faire militer cette clause contre les créanciers pendant le mariage; cependant quoiqu'il n'y ait pas d'état des biens des conjoints, la clause opére contre les créanciers après la dissolution de la communauté, parce qu'alors il n'y a plus de confusion de biens, & que les créanciers peuvent se pourvoir sur ceux du débiteur; la dissolution de la communauté ayant fait cesser toute confusion, laisse à la clause exclusive tout l'effet de sa lettre, même contre les créanciers.

Telle est la jurisprudence du châtelet, sauf aux créanciers à exercer les droits du conjoint leur débiteur contre l'autre conjoint; par exemple, les reprises de la femme, si c'étoit la femme qui étoit leur débitrice.

II. De-là il s'ensuit que le survivant des conjoints soit le mari, soit la femme, ne peut plus être poursuivi par les créanciers de l'autre, antérieurs au mariage, & que sur les biens de la communauté, l'action des créanciers est réservée sur la part en icelle échue à leur débiteur: ce qui s'entend toujours lorsque le contrat de mariage contient la clause exclusive de dettes, & ce quoiqu'il n'y ait pas d'état; cela conserve les droits tant des créanciers que des conjoints; les premiers connoissent les biens de leurs débiteurs, qui ne sont plus confondus, & les seconds se conforment à leur convention.

On le juge ainsi au châtelet; l'autre conjoint n'est pas même sujet à l'action hypothécaire sur sa portion dans les conquêts; il en est le coacquéreur & n'est pas débiteur; qualités qui l'affranchissent de cette action.

III. Mais la clause opére contre les créanciers, & même pendant la communauté, lorsque par le contrat de mariage on a évité toute confusion de biens; principe général qui reste sur ce à examiner, & qui fait l'objet de ce chapitre; confusion qu'on évite par un état des biens compris dans le contrat de mariage, ou annexé à icelui.

Voyez Bacquet, des droits de justice, ch. 21, num. 104, pag. 146; c'est la confusion qui fonde l'action des créanciers de la femme antérieurs au mariage, sur les biens de la communauté; or où la confusion cesse leur action doit donc cesser; c'est

ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, ch. 5, ſect. 2, pag. 405; ce qui va être éclairci par les ſections ſuivantes; ainſi lorſqu'il y a état, la clauſe eſt généralement efficace, & par conſéquent milite contre les créanciers, ainſi que contre les conjoints.

IV. Venons donc à cette efficacité abſolue : un état des biens des conjoints par contrat de mariage évite toute confuſion & fait ceſſer l'action des créanciers de la femme antérieurs au mariage, ſur les biens de la communauté, & même pendant icelle; mais cet état n'eſt pas toujours néceſſaire; & il eſt des cas dans leſquels la ſeule clauſe de ſéparation de dettes eſt efficace ſans état de biens contre les créanciers; en effet, il n'eſt pas néceſſaire lorſque c'eſt une fille dotée par pere & mere, ou par l'un d'eux, & dont tout le bien conſiſte dans la dot qu'elle a apporté en mariage; ſon contrat vaut état, & en ce cas la clauſe milite même contre les créanciers; parce que tout ſon bien, tous ſes droits préſens ſe trouvent renfermés dans ſa dot, & par conſéquent la fixation de la dot vaut & produit état des biens de la femme.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 405 : il ajoute & avec raiſon, qu'il en eſt de même lorſque c'eſt un tuteur qui la dote; en effet, dans ce cas, quand le mari l'auroit pris avec ſes droits, & ſans autre fixation de dot, il eſt toujours conſtant que les biens & droits de ſa femme ſe réduiſent au compte de tutelle qui en fixera juridiquement le montant; ainſi dans ce dernier cas, les créanciers ne peuvent demander au mari que le reliquat du compte de tutelle. Voyez la note ſur le Maître, tit. 10, pag. 249; & il me paroît que ce dernier cas eſt tout ſemblable à l'autre; c'eſt fixation qu'on ne pourroit faire autrement, & que le compte de tutelle conſtate & conſomme.

SECTION II.

Quand l'état eſt néceſſaire pour faire produire à la clauſe l'effet contre les créanciers, & du compte que le mari doit pour ce aux créanciers.

(Art. 222 de la coutume.)

V. Approfondiſſons cette juriſprudence: pour rendre la clauſe de ſéparation de dettes efficace contre les créanciers de la femme, l'état de ſes biens eſt néceſſaire lorſque le mari a pris la femme avec ſes droits, & au défaut d'icelui, il peut être pourſuivi par les créanciers pour la totalité : cela réſulte du principe ci-deſſus poſé; faute d'état, il y a confuſion, & la confuſion aſſujettit le mari.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 404 à la fin, & ce qui réſulte de l'article 222 de la coutume.

VI. Dans ce cas, faute d'état qui conſtate le montant des biens de la femme, le mari nonobſtant la clauſe de ſéparation de dettes peut donc être pourſuivi pour la totalité des dettes de la femme, antérieures au mariage, ſauf l'indemnité contre elle, & qu'on a vu ci-deſſus; c'eſt en ce cas le ſeul droit qu'elle procure au mari, mais nulle décharge envers les créanciers, tant que le mariage dure; la confuſion à laquelle il s'eſt livré, & dont il n'a pas voulu ſe tirer par un état, fonde invinciblement cette action contre lui, & l'état fait depuis le mariage ſeroit même inſuffiſant.

L'état fait depuis le mariage ne le mettroit pas même à couvert de cette action; tel eſt l'uſage du châtelet, conforme au ſentiment de Dupleſſis, pag. 405 au commencement, & 406 vers le milieu. Voyez le Maître, pag. 251 : ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

VII. De la part du mari l'état de ſes biens n'ajoute rien à la clauſe de ſéparation des dettes; elle a quant à lui, toujours le même effet & ſe réduit à l'indemnité, attendu ſa qualité de chef de la communauté, qui laiſſe à ſes créanciers le droit de ſe pourvoir ſur les biens de la communauté.

Voyez Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit, & cette propoſition fonde celle-ci.

VIII. Cela eſt fondé ſur ce que maître de la communauté, il eſt toujours en ſon pouvoir d'acquitter ſes créanciers antérieurs à ſon mariage, & le faiſant il doit l'indemnité; c'eſt donc à l'indemnité que la clauſe ſe réduit à ſon égard.

Dupleſſis, p. 404; & tel eſt l'uſage du châtelet.

IX. Mais cette précaution n'efface pas l'action des créanciers de la femme; en effet, lorſqu'il y a état de biens, ou que la fixation de la dot qui renferme tous les biens de la femme vaut état, le mari en ce cas, n'eſt pas pour cela affranchi de toute action envers les créanciers de ſa femme antérieurs au mariage, mais il jouit contre les créanciers de ſa femme du bénéfice d'inventaire; c'eſt à cela que ſe réduit leur action : voilà le principe général, il n'eſt tenu que d'un compte envers eux.

Le Brun, de la communauté, pag. 260, num. 14, dit que dans l'état il faut comprendre la dot; ce qui eſt ſans difficulté, mais d'où il réſulte que c'eſt de ce dont il eſt comptable.

X. Par le compte qu'il leur doit, il eſt tenu ſeulement de leur repréſenter les biens de ſa femme; de-là il s'enſuit que leur repréſentant tout ce que ſa femme a apporté, il eſt quitte envers eux & affranchi de leur action, mais qui ſubſiſte ſur les biens de la femme; cela réſulte des principes qu'on vient de poſer, & conſerve tout juſte intérêt.

Telle eſt la pratique du châtelet, ce qui renferme même la dot; voyez le Brun, & les autres citations ſur la propoſition qui ſuit, & je ne ſçai ſur quoi quelques-uns avoient voulu en affranchir la dot, c'étoit dépouiller des créanciers par le ſeul fait de leur débiteur : ce qui me paroît auſſi inſoutenable dans le droit qu'injuſte dans le fait.

XI. Mais il leur doit cette repréſentation de tous les biens de ſa femme, & dont il eſt chargé par le contrat de mariage, ſans pouvoir en retenir rien pour les charges du mariage, même le mobilier échu à la femme pendant le mariage; tous ces biens généralement, formant les gages des créanciers qui n'ont pu ſouffrir d'altération dans leurs droits, par la précaution que le mari a priſe d'éviter la confuſion; précaution qui n'a effet & qui n'eſt relative qu'à lui & à ſes biens, mais qui ne peut influer ſur ceux du bébiteur.

Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, pag. 404, a penſé que le mobilier n'ayant ſuite par hypothéque, & la conſtitution de dot étant un contrat parfait qui a ſaiſi le mari de ce qui la compoſoit, il devoit en jouir au préjudice des créanciers, ſauf à exercer leurs droits après la diſſolution de la communauté; cette opinion contraire à ce qui ſe pratique au châtelet, m'a toujours paru ſinguliere, d'autant plus que le même auteur, à la pag. 407, donne en ce cas, aux créanciers de la femme leur action en entier ſur ſes propres; ce qui réfléchiroit contre le mari, puiſqu'il en doit jouir: d'ailleurs le fait d'un débiteur peut-il jamais affoiblir ou ſuſpendre les droits acquis à ſes créanciers, & cet état ou inventaire auquel la coutume aſſujettit le mari pour s'affranchir de l'action des créanciers de ſa femme n'eſt pas une vaine formalité, mais doit être effectif à leur égard, c'eſt-à-dire, qu'il doit leur repréſenter le contenu en icelui, & jamais elle ne fut établie pour lui en procurer la jouiſſance à leur préjudice; c'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 3, ſect. 4, pag. 160, num. 16 & 17; & je n'y vois pas l'ombre de difficulté dans le droit, & l'opinion contraire révolte même, étant manifeſtement injuſte: on ne peut donc pas s'y arrêter.

XII. Cette repréſentation s'entend du mobilier de la femme, car à l'égard de l'immobilier, les créanciers de la femme n'en peuvent dépoſſéder le mari, que par la ſaiſie réelle; & à l'égard des fruits le mari les fait ſiens juſqu'à ce que les créanciers les ſaiſiſſent; mais ces voies leur ſont ouvertes pour l'en dépouiller, tous leurs droits ſubſiſtant nonobſtant la clauſe & l'état ſur les biens de leur débitrice, ſur leſquels abſtraction faite de leur qualité de mobiliers ou d'immobiliers, ils conſervent tous leurs droits.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & il n'eſt pas obligé de leur compter des fruits qu'il a perçus, il les a fait ſiens tant que les créanciers de ſa femme n'ont point agi; c'eſt le juſte effet de ſa bonne foi, & de la maxime que le mobilier n'eſt pas ſujet à ſuite.

XIII. De-là il s'enſuit qu'au moyen de la clauſe ſéparative des dettes, & de l'état des biens de la femme, le mari ne peut prétendre la jouiſſance des biens de ſa femme au préjudice des créanciers d'icelle, pas même de ceux ſinguliérement conſtitués en dot, ni pour ce concurrence avec eux ſur le mobilier; c'eſt ce qui réſulte du principe qu'on a établi ci-deſſus.

Voyez la note ſur la ſixieme & ſeptieme propoſition de cette ſection.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE L'AFFRANCHISSEMENT DE DETTES ANTÉRIEURES AU MARIAGE EN FAVEUR DE LA COMMUNAUTÉ, ET DE L'AUTRE CONJOINT, PAR LA DÉCLARATION FAITE PAR LES PERE ET MERE DE L'UN DES CONJOINTS, QU'IL EST FRANC ET QUITTE DE DETTES.

SECTION PREMIERE.

DE L'EFFET DE CETTE CLAUSE LORSQUE CE SONT LES PERE ET MERE DU FUTUR EPOUX QUI S'Y SONT SOUMIS.

I. LA déclaration qu'on examine ici, ne ſupplée que imparfaitement à la clauſe ſéparative des dettes des conjoints antérieures au mariage; en effet, cette ſoumiſſion de leur part n'embraſſe pas les dettes chirographaires, il y auroit trop d'inconvénient à la faire tomber ſur icelles: ce que la ſuite développe; ainſi, l'effet de cette clauſe eſt limitée aux dettes qui ont une date certaine, & n'influe pas ſur les autres.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet. Sur l'effet de cette clauſe, voyez le Brun, traité de la communauté, pag. 248, num. 39 & ſuivans.

II. Cela eſt fondé non-ſeulement ſur la crainte de l'antidate, mais encore ſur ce que telles dettes n'affoibliſſent pas les hypothéques de la femme; ainſi ces dettes-là ne ſont donc, quant à ce, d'aucune conſidération.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 248, num. 46.

III. Il y a plus encore: par cette ſoumiſſion, par cette déclaration les pere & mere ne ſont pas indiſtinctement aſſujettis à payer les dettes de leur fils qui ont une date conſtante & antérieure au mariage; ils ont l'option

ou d'acquitter toutes ces dettes, ou de garantir les repriſes & conventions matrimoniales de leur bru ; tel eſt l'effet de cette ſoumiſſion, ſauf la limitation ci-après : la porter plus loin ſeroit en abuſer, & la faire militer pour des tiers pour leſquels elle n'a pas été faite.

C'eſt ce que la cour a jugé par l'arrêt du commiſſaire Baudelot, du 1 avril 1667 ; il eſt rapporté dans le journal des audiences ; & tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 248, num. 41, 42 & 43. Voyez la propoſition qui ſuit, qui indique, que prudemment il faut étendre la clauſe plus loin.

☞ En effet, la clauſe de franc & quitte de la part des pere & mere, n'eſt que pour la ſûreté des conventions de la femme, & non pour les créanciers du fils ; c'eſt ce que l'arrêt ci-deſſus a jugé : & il y a deux autres arrêts conformes ; le premier rendu en la troiſieme chambre des enquêtes, le 24 mars 1694 ; le deuxieme en la grand chambre, ſur les concluſions de M. le procureur général, le 3 juin 1745.

IV. En effet, leur engagement n'eſt pas en faveur des créanciers de leur fils, mais uniquement relatif à leur bru ; ce qui fonde leur option & le droit qu'ils ont, ou de garantir les repriſes, ou d'acquitter les créances antérieures au mariage de leur fils ; ainſi, ſi la femme veut conſerver tous ſes droits, relativement à la communauté, elle doit ajouter à la ſoumiſſion de la part des pere & mere de ſon mari, la clauſe ſéparative des dettes antérieures au mariage ; en effet, cette garantie envers leur bru n'embraſſe que les repriſes & les avantages portés par ſon contrat de mariage, non l'indemnité des dettes qu'elle contracte avec ſon mari ; c'eſt à elle à s'imputer ces dernieres, ainſi la garantie n'y peut tomber ; ſa ſeule volonté poſtérieure au mariage, les ayant fait naître, & n'ayant pas porté ſes vues ſur ſon droit dans la communauté, par rapport aux dettes ſans date certaine.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 1, ſect. 4, pag. 431 ; le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 2, diſtinct. 6, num. 19 : ce qu'il répete encore, pag. 459, num. 19. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

V. Cette reſtriction de la garantie eſt fondée ſur ce que ces dettes contractées par le mari & par la femme, ſont poſtérieures au mariage, & que d'ailleurs la femme & le mari peuvent les multiplier à leur gré, & que ſans cette reſtriction un tel engagement deviendroit ſans bornes, & ſon effet dépendroit de tierces perſonnes ; ce qui milite en faveur de la caution des repriſes, ſi elle ne s'eſt expreſſément ſoumiſe à l'indemnité des dettes ; autrement ce ſeroit étendre ſon engagement au-delà de ſes limites.

Celui qui s'eſt rendu caution des repriſes & conventions de la femme, eſt ſelon le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 460, addition au num. 19, tenu de garantir à la femme l'exécution de la clauſe d'indemnité ; d'où il s'enſuit que ſi le contrat de mariage ne contenoit pas cette clauſe, il ne ſeroit point tenu de cette indemnité ; je le penſe ainſi, parce qu'il faut à ce, ſoumiſſion expreſſe de la part de la caution ; mais lorſqu'elle eſt, il faut lui donner exécution : diſtinction qui me paroît juſte déciſive, & qui naît néceſſairement de l'étendue ou des limites qu'on a donné au cautionnement.

VI. Lorſque les pere & mere du futur époux ſe ſont ſoumis à cette clauſe, c'eſt-à-dire, lorſqu'ils ont déclaré leur fils franc & quitte de dettes, ils ſont obligés lors de la diſſolution de la communauté d'acquitter les dettes mobiliaires de leur fils, antérieures au mariage, ſi la future accepte la communauté ; & ce indiſtinctement, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas ils n'en ſeroient pas quittes, en offrant de remplir les repriſes & conventions ; ces repriſes étant diſtinctes & ſéparées des droits qu'elle a comme commune, pourvu que les dettes ſoient authentiques ; c'eſt le juſte effet du droit de la femme, comme commune ; ainſi, quant à ces dettes, la clauſe ſupplée à celle ſéparative de dettes.

Mais cela n'embraſſe pas les dettes chyrographaires, & dont le titre n'a pas de date conſtante, comme il eſt dit dans la premiere propoſition de cette ſection ; & c'eſt ce qui eſt atteſté par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, à la pag. 431 qu'on vient de citer. Cependant, par-là le droit de la femme ſur la communauté ſe trouve affoibli ; mais expoſera-t-on les pere & mere à une ruine totale, & ne vaut-il pas mieux, y ayant inconvénient de part & d'autre obliger la bru, de renoncer à une communauté que ſon mari a été maître de ruiner, que d'expoſer les pere & mere du mari à cette ruine totale pour les obliger à garantir un gain originairement incertain, je ne le penſe pas ; ainſi je me tiens à ce ſentiment, mais avec la limite que contient la propoſition, c'eſt-à-dire, que cette garantie abſolue ne tombe que ſur les dettes, qui par l'authenticité de leur titre ſont conſtatées être antérieures au mariage ; l'équité m'entraîne pour ce ſentiment, d'autant plus que c'étoit à la femme à porter ſes vues ſur ſon droit de communauté.

VII. De ce que deſſus il réſulte que cette déclaration de la part des pere & mere eſt quelquefois moins avantageuſe à la femme que la ſéparation de dettes ; en effet, s'il n'y a pas la ſéparation de dettes & que le mari renonce à la ſucceſſion de ſes pere & mere qui l'ont déclaré franc & quitte ; en ce cas, la femme n'a que l'action contre les ſucceſſions de ſes beau-pere & belle-mere, mais nulle indemnité contre ſon mari pour les dettes antérieures à ſon mariage qu'il a acquitté aux dépens de ſa communauté ; de-là il s'enſuit que pour la ſûreté de la femme, il eſt prudent de faire concourir les deux clauſes ; & ce n'eſt que par ce concours qu'on va ſûrement à ſa fin, d'autant plus que la clauſe de franc & quitte n'em-

braſſe que les dettes qui ont une date certaine.

C'eſt ce qui eſt obſervé par le Brun, de la communauté. pag. 248.

VIII. Lorſqu'une veuve marie ſon fils franc & quitte, elle eſt cenſée lui remettre la portion de douaire qu'elle lui doit, parce qu'elle eſt la garante de l'action qu'elle pouvoit exercer pour ce ; cet affranchiſſement eſt une ſuite d'une telle déclaration, & il en eſt un juſte effet ; parce que ſans cela on affoibliroit ſon engagement, ſa garantie qui ſont générales.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant, contre défunt M. le Roi, dont on ne peut trop regretter la perte, fils de le Roi, doyen de l'ordre des avocats. Voyez le Brun, de la communauté, pag. 250, num. 52.

SECTION II.

De l'effet de cette clauſe de la part des pere & mere de la future épouſe.

IX. Les pere & mere de la future épouſe s'étant ſoumis à cette clauſe, ne ſont obligés qu'à garantir la communauté des dettes antérieures au mariage ; ce qui embraſſe les arrérages des dettes immobiliaires, pour tout le tems que la communauté ſubſiſtera. Voilà quant à eux tout ſon effet, qui ne tombe pas ſur les dettes chirographaires de la femme, contre leſquelles le mari a perſonnellement un moyen péremptoire, qui eſt que quant à lui, elles n'ont de date que du jour qu'elles ont parues en juſtice.

Le Brun, de la communauté, pag. 249, num. 49 & 50 ; & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

X. La veuve qui marie ſa fille franche & quitte, lui remet par-là la portion de douaire dont elle eſt tenue ; nulle différence à faire ſur cela par rapport au ſexe ; ainſi l'affranchiſſement qu'on a vu en ce cas pour le fils, milite pareillement pour la fille ; c'eſt le même principe qui décide.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 250, num. 52. On a obſervé ſur la derniere propoſition de la ſection précédente, que cela avoit été ainſi jugé au parc-civil en faveur d'un fils : cela doit également s'appliquer à la fille.

CHAPITRE SIXIEME.

DES DETTES PASSIVES DES SUCCESSIONS ÉCHUES AUX CONJOINTS PENDANT LE MARIAGE, ET DES CHARGES DES DONATIONS A EUX FAITES.

SECTION PREMIERE.

DE CES DETTES CONSIDÉRÉES DANS LE CAS QUE LE CONTRAT DE MARIAGE NE PORTE PAS, QUE CE QUI LEUR ÉCHOIRA SERA PROPRE.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'en ce cas les dettes mobiliaires ſont charge de la communauté pour le tout, par rapport aux ſucceſſions échues à la femme, & juſqu'à concurrence de l'émolument, par rapport à celles échues au mari, & que la clauſe de ſéparation de dettes n'apporte ſur ce aucune différence ; cette clauſe ne frappant que les dettes antérieures au mariage, & n'emportant pas une ſtipulation de propre.

I. DANS ce cas, les dettes des ſucceſſions échues à la femme ſont dettes de communauté ; ce qui ne s'entend que des dettes mobiliaires ; mais elles ſont telles pour le tout, dès que le mari a concouru pour l'acceptation de la ſucceſſion ; c'eſt une juſte balance entre l'actif & le paſſif, & une exacte conſéquence de la coutume : ce qui n'a pas lieu néanmoins indiſtinctement, par rapport aux ſucceſſions échues au mari, ſa qualité de ſouverain adminiſtrateur faiſant une différence totale.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet ; le Brun, de la communauté, pag. 228 & 229, eſt de même avis ; mais il eſtime qu'elles ne ſont dettes de communauté qu'à proportion du mobilier ; & ce, dans la crainte de l'avantage indirect : mais il en faut un marqué, ainſi la raiſon alléguée par cet auteur n'eſt pas déciſive ; ce n'eſt que la force des circonſtances qui peut la rendre telle : cet auteur rejette la répartition des dettes ſur tous les biens ; en effet, l'art. 334 de la coutume n'a lieu qu'entre héritiers, & n'a point pour objet la communauté : queſtion qu'on examinera ci-après dans ſon ordre.

II. Approfondiſſons ce que deſſus : cette charge ſur la communauté eſt fondée ſur ce qu'elle profite du mobilier de ces mêmes ſucceſſions ; ainſi c'eſt exacte balance, &

cela auroit lieu encore que l'actif provenant de ces ſucceſſions ne balançât pas le paſſif; c'eſt la nature de mobilier qui décide ici & non la quotité ; tel eſt le principe de la coutume qui ſe détermine par la nature des choſes, & qui n'adopte pas une répartition arithmétique ; on ne peut la ſoutenir ſans s'écarter de ſa lettre & même de ſon eſprit.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 3, ſect. 3, pag. 410, où il propoſe les expédiens que le mari a pour mettre ſa communauté à couvert de cette charge ; ainſi, ſelon cet auteur & ceſſant ces expédiens, la propoſition doit donc avoir lieu ; quelques-uns ont prétendu qu'il falloit répartir les dettes ſur tous les biens; le Brun rejette cette repartition, ainſi que Dupleſſis ; mais il ſemble que le Maître veuille l'admettre ; opinion qui me paroît contraire au principe fondamental de la communauté que la coutume établit ; elle compoſe cette ſociété de biens non par quote de biens, mais par la nature d'iceux ; elle veut que tout le mobilier que les conjoints poſſédent lors du mariage leur ſoit commun, ainſi que toutes leurs dettes mobiliaires, abſtraction faite de leur montant ; ainſi toutes les dettes ne ſe répartiſſent pas ſur tous les biens ; c'eſt donc la nature qui régle, tant activement que paſſivement, ce qui eſt commun : or, cette communauté ainſi formée ne me paroît pas pouvoir changer dans ſon cours & dans ſon progrès ; ainſi par rapport aux ſucceſſions recueillies par les conjoints, c'eſt la nature des biens & celle des dettes, & non la répartition qui doit déterminer, tant activement que paſſivement, ce qui regarde la communauté : voilà le véritable eſprit de la coutume, c'eſt s'en écarter abſolument que de propoſer le contraire.

III. Cependant ſi le paſſif excédoit l'actif ſi notablement qu'il produiſît un avantage indirect, en ce cas il y auroit lieu à l'indemnité, quoiqu'il fût queſtion d'une ſucceſſion échue à la femme, parce qu'en ce cas ce ſeroit fraude, ce ſeroit avantage indirect que la coutume rejette ; mais il faut pour cela que cet avantage ſoit marqué, ſans cela c'eſt au principe qu'on vient d'expliquer qu'il faut ſe tenir.

Il faut pour cela qu'on apperçoive une intention formelle d'avantage indirect ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 229, num. 4, qui donne indiſtinctement l'indemnité, laquelle hors ce cas, doit être rejettée.

IV. Il n'en eſt pas de même à l'égard du mari; en effet, les dettes mobiliaires des ſucceſſions échues au mari ne ſont à la charge de la communauté que juſqu'à concurrence du mobilier provenant de ces mêmes ſucceſſions, & dont la communauté profite ; la différence eſt ſenſible, le mari agit en maître & la femme n'eſt que la ſpectatrice de ſon adminiſtration : raiſon déciſive de cette différence ; autrement la puiſſance que la coutume donne au mari, iroit contre l'intention de la coutume à le rendre maître d'augmenter ſes propres, & les affranchir aux dépens de la communauté ; ce qu'on doit rejetter.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 411 & 412 ; le Brun, traité de la communauté, pag. 225, num. 1, & pag. 227, num. 9 ; voyez le Maître, tit. 10, pag. 340, qui n'admet aucune diſtinction entre la ſucceſſion échue au mari & celle échue à la femme, & qui eſtime qu'il y a lieu à l'indemnité dès que le paſſif excéde l'actif relativement à la communauté; les embarras de cette opinion me la font abſolument rejetter : embarras qui s'augmentent encore par la répartition qu'elle admet & que la coutume rejette ; ainſi, admettant cette répartition ne ſeroit pas éclaircir & commenter la coutume, mais ajouter à ſa lettre, ce qui ſeroit contraire à ſon eſprit.

V. Cette limitation relative aux conjoints dans le cas que la ſucceſſion a été recueillie par le mari, n'empêche pas que les créanciers de cette même ſucceſſion ne puiſſent ſe pourvoir ſur tous les biens de la communauté tant qu'elle dure; mais ſi la communauté a plus payé qu'elle n'a profité, il y a lieu à l'indemnité en faveur de la femme, parce que ſans cela le mari ſeroit maître de s'avantager lui-même; ce que l'on doit toujours rejetter.

Dupleſſis, pag. 412, vers le milieu ; je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet, & l'eſprit de la loi ainſi que l'équité, ſoutiennent cet uſage.

VI. A l'égard des arrérages de rentes dûes par les ſucceſſions échues aux conjoints, ils ſont indiſtinctement dettes de communauté ſous la limitation portée par l'article dernier de la ſeconde diſtinction de cette ſection ; en effet, tous les fruits des propres des conjoints tombant indiſtinctement dans la communauté, il eſt juſte que les arrérages des rentes dûes par les conjoints, & ce indiſtinctement ſoient acquittés par la communauté ; ces arrérages étant la charge des fruits qu'elle fait ſiens.

Voyez le Maître, tit. 10, pag. 247 : ce qui prouve encore que par rapport à la communauté, il faut rejetter la répartition de toutes les dettes tant mobiliaires qu'immobiliaires ſur tous les biens; en effet, comment la communauté, ſupportant tous les arrérages des rentes, ſupporteroit-elle encore par répartition une partie du capital de ces mêmes rentes?

VII. Ce que deſſus a lieu nonobſtant la clauſe de ſéparation de dettes ſtipulée par le contrat de mariage ; cette clauſe ne pouvant avoir trait à ces arrérages, mais ſeulement aux dettes créées lors du mariage ; vouloir la porter au-delà, ſeroit y ajouter.

Je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet, mais il n'en ſeroit pas de même ſi le contrat de mariage contenoit la clauſe, que ce qui leur échoira pendant le mariage leur ſera propre,

ce qui fait la matiere de la ſection 2, du préſent chapitre ; c'eſt alors exception qu'on approfondira, & qui tombe principalement ſur les capitaux des dettes mobiliaires ; exception fondée ſur ce que les propres de l'un des conjoints ne doit pas être augmenté aux dépens de la communauté.

DISTINCTION II.

Comment le mari affranchit ſa communauté des dettes des ſucceſſions échus à ſa femme, quoique le contrat de mariage ne porte pas que ce qui échoira ſera propre.

VIII. Il affranchit ſa communauté en n'acceptant avec ſa femme que ſous bénéfice d'inventaire, la ſucceſſion à elle échue ; en ce cas il eſt quitte en rendant compte ; c'eſt l'effet de ces lettres qui influent ſur la communauté, qui n'a qu'une émanation du droit du conjoint héritier.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 5, ſect. 3, pag. 410 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

IX. Il l'affranchit pareillement lorſqu'il refuſe d'autoriſer ſa femme pour accepter, & que ſa femme n'a accepté la ſucceſſion à elle échue qu'autoriſée par la juſtice au refus de ſon mari ; mais il faut dans ce dernier cas, que le mari faſſe inventaire & qu'il en repréſente le contenu aux créanciers ; ſans cela la confuſion des biens lui rendroit une telle acceptation perſonnelle, & par conſéquent le rendroit ſujet à l'action totale des créanciers ; auſſi nonobſtant une telle autoriſation, a-t-il droit & qualité pour ce faire.

C'eſt l'opinion commune au châtelet, que faute d'inventaire, le mari ſeroit tenu de l'action des créanciers ; c'eſt ce que dit Dumoulin, ſur l'art. 114 de la coutume, num. 5. *Viro recuſante autoriſare, in lite in ſucceſſiones dici debet quod fiet ſeparatio illorum bonorum* ; & le Brun, de la communauté, pag. 230 ; & cela me paroît inconteſtable, comme l'effet de la confuſion qu'on ne peut imputer qu'au mari.

X. Dans ce dernier cas, c'eſt-à-dire, lorſque le mari a fait faire inventaire de la ſucceſſion échue à ſa femme & par elle acceptée, autoriſée à le faire par la juſtice, les créanciers de la ſucceſſion recueillie par la femme, ne peuvent ſe pourvoir que ſur la nue propriété des propres de la femme, à l'exception des immeubles à elle échus par la ſucceſſion même, qui ne peuvent ceſſer d'être leur gage, & ſur leſquels ils peuvent pleinement ſe pourvoir, mais non ſur les autres, de la jouiſſance deſquels le mari ne peut être dépouillé par le ſeul fait de ſa femme ; cela eſt fondé ſur ce que le fait de ſa femme, poſtérieur au mariage, ne peut faire perdre au mari le droit de jouiſſance des propres & de la dot mobiliaire de ſa femme ; droit qui lui eſt acquis avant l'ouverture de la ſucceſſion, dont l'acceptation de la part de ſa femme, ne peut lui nuire, ni à ſa communauté.

Dupleſſis, pag. 410, fait voir que tel eſt ſon ſentiment, en diſant que ce parti eſt plus ſûr pour le mari, que de faire accepter la ſucceſſion par ſa femme par bénéfice d'inventaire, & la propoſition eſt conforme à l'uſage du châtelet, dont la ſuivante explique la baſe.

XI. Dans les deux cas, le premier du bénéfice d'inventaire, le ſecond de l'autoriſation de juſtice, mais avec inventaire, le mari s'exempte même des arrérages des rentes dûes par les ſucceſſions recueillies par ſa femme, en remettant aux créanciers non-ſeulement le mobilier mais encore les revenus des immeubles des ſucceſſions recueillies par ſa femme, & ce depuis l'ouverture ; mais il faut pour cela qu'il compte de tous les fruits, ne pouvant pas profiter au préjudice des créanciers, comme il ne ſeroit pas juſte qu'il perdît par le ſeul fait de ſa femme.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 411, où il explique que dans l'un & l'autre de ces cas, la communauté ne profite des fruits qu'après les dettes payées, limitation qui aſſujettit donc le mari à compter de ces mêmes fruits, lorſqu'il veut s'affranchir de l'action des créanciers des mêmes ſucceſſions échues à ſa femme ; & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 230, num. 8 & 9 ; autrement la communauté s'augmenteroit à leur préjudice, ce qui ſeroit contraire à l'équité.

DISTINCTION III.

Que la communauté profite du mobilier & des fruits de ces mêmes ſucceſſions, quoique le mari n'ait pas autoriſé ſa femme pour l'acceptation.

XII. Nonobſtant le refus du mari d'autoriſer ſa femme pour accepter une ſucceſſion, la communauté profite du mobilier de cette ſucceſſion & des revenus des immeubles, lorſque pour le mobilier, le contrat de mariage ne contient pas la clauſe que ce qui échoira à la femme lui ſera propre ; ſauf les limitations ci-après, qui formant des exceptions, confirment la régle générale que contient la coutume, qui, indiſtinctement fait tomber tout le mobilier & les fruits des immeubles dans la communauté.

Voyez la note ſur la derniere propoſition de la diſtinction précédente ; par rapport au revenu des immeubles, elle en profiteroit, encore qu'il y en eût eu un vendu pour acquitter les dettes de la ſucceſſion ; le Brun, de la communauté, pag. 231, num. 17 : mais elle ne profite pas du capital mobilier, qu'après l'acquittement des dettes, ni même des fruits, tant qu'il reſte des dettes a acquitter ; ce qui embraſſe même les arrérages des rentes.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 26 mai 1651, rapporté par Lalande, ſur l'article 201 de la coutume d'Orléans, par lequel il a été jugé qu'en-

core qu'un mari n'eût point autorisé sa femme pour accepter une succession qui lui étoit échue pendant le mariage, & que la femme se fût fait autoriser par justice au refus de son mari, néanmoins les effets mobiliers de la succession ne laissoient pas d'entrer en communauté.

XIII. La communauté ne fait ce profit qu'en représentant le contenu en l'inventaire, & si le mari n'en avoit pas fait faire à sa femme, & qu'il eût laissé confondre les biens de cette succession avec ceux de sa communauté, nonobstant son refus d'autoriser sa femme, il pourroit être poursuivi pour le tout de la part des créanciers de la succession recueillie par sa femme seule; la confusion est une juste base de leur action, & si il y avoit insuffisance de biens il rendroit les fruits aux créanciers nonobstant l'inventaire; la communauté ne pouvant profiter à leur préjudice.

C'est ce que j'ai vu en ce cas pratiquer au châtelet, & ce qui résulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 229, num. 6, par rapport à l'effet que produit la confusion, & cela est fondé sur une souveraine équité.

XIV. La communauté profiteroit de ces fruits après l'acquittement des dettes, encore que le contrat de mariage portât la clause, que ce qui échoiroit aux conjoints, leur seroit propre, parce que, comme on l'a déja dit, cette clause ne frappe que les capitaux & non les fruits; quant à la femme, elle ne doit pour ce indemnité que déduction faite des fruits; la communauté ne pouvant profiter que de ce qui reste d'effectif.

C'est ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 230, num. 12. Il charge le mari de compter des fruits; ce qui est bon pour compenser une indemnité avec les héritiers de la femme; mais par rapport aux créanciers de la succession, ils n'ont ce droit qu'en cas d'insuffisance, mais indistinctement en ce cas; sur quoi il faut observer que la communauté ne profite des fruits que déduction faite des arrérages des rentes; ce sont charges naturelles de ces mêmes fruits, pour le surplus des fruits, la communauté en profite; en un mot la communauté ne peut en ce cas profiter que lorsqu'il reste quelque chose de net & d'effectif après l'acquittement total des dettes à l'exception des capitaux de rente qui restent sur les fonds, & qui ne sont jamais à sa charge.

SECTION II.

Des dettes des successions échues aux conjoints considérées dans le cas que le contrat de mariage contient la clause, que ce qui échoira aux conjoints par successions leur sera propre.

XV. Ce que dessus n'a plus lieu dans le cas de cette clause, les dettes des successions ne sont pas à la charge de la communauté & doivent être acquittées sur les biens mêmes de la succession, & cela a lieu, soit que la succession soit recueillie par la femme, soit qu'elle ait été recueillie par le mari; c'est le juste effet d'une telle clause de propre qui doit opérer relativement à la communauté, tant par rapport aux biens & à l'actif, que par rapport aux dettes & au passif; le contraire feroit une injustice manifeste qui romproit toute balance.

L'opinion commune au châtelet, est que la séparation qu'on a faite par le contrat de mariage de ces biens d'avec ceux de la communauté, embrasse tant l'actif que le passif; ce qui me paroît incontestable & suite de la coutume & du double effet de la clause.

XVI. Cela a lieu, soit que la femme ait accepté la succession a elle échue, autorisée par son mari, soit autorisée par la justice; cela ne change rien à la règle ni à la clause; en effet, dans tous ces cas & au moyen de la clause de propre, la communauté doit être indemnisée, si elle a payé des dettes de la succession recueillie par l'un des conjoints au-delà du mobilier provenant de la succession, parce que la fiction de propre ne peut embrasser que ce qui reste de net; ainsi il se fait sur ce une compensation juste, puisqu'elle conserve tous les intérêts & l'effet légitime de la clause.

C'est ce que j'ai vu pratiquer au châtelet, dans les comptes de communauté, par cette raison que la fiction de propre ne peut embrasser que ce qui reste de net; autrement ce seroit augmenter le propre aux dépens de la communauté, ce qu'on doit toujours rejetter

XVII. Nonobstant la clause, la communauté profite des revenus des immeubles de la succession, tout revenu y tombe, & la clause n'embrasse que les capitaux & non les fruits dont un mari ne peut être comptable qu'envers des créanciers; mais non envers l'autre conjoint à l'égard duquel tous les revenus de ses propres indistinctement tombent en communauté.

Voyez Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 411.

XVIII. Par ce même principe, nonobstant la clause de propre, les arrérages des rentes dûes par la succession & échus pendant la communauté, sont charges d'icelle; c'est délibation sur les fruits qui tombent en communauté; ces arrérages doivent donc être à sa charge, sauf à compter des fruits si la succession est échue à la femme & qu'elle l'ait acceptée, autorisé en justice, ou l'indemnité de la femme si la succession est échue au mari.

La justice de cette délibation est regardée au châtelet, comme étant inconteſtable; elle me paroît telle.

XIX. Les cinq propositions ci-dessus sont

ſont relatives aux conjoints, c'eſt-à-dire, qu'elles ont lieu entr'eux, abſtraction faite des créanciers, dont on va examiner le droit; à l'égard des créanciers des ſucceſſions échues au mari, ils peuvent pour leurs créanciers mobiliaires & exigibles, nonobſtant la clauſe de propre, ſe pourvoir ſur tous les biens de la communauté, tant qu'elle dure, ſauf l'indemnité de la femme; ſa maſſe eſt dans ſa diſpoſition; la qualité de leur débiteur leur donne ce droit.

Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 407 & 408; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XX. Quant à ceux des ſucceſſions échues à la femme, ils ne peuvent ſe pourvoir que ſur les biens de la ſucceſſion, ſi le mari n'a pas autoriſé ſa femme, cette derniere ne pouvant engager la communauté; & cela eſt ſuite d'une telle autoriſation, d'une telle acceptation qui ne peuvent nuire au mari; mais s'il l'a autoriſée & qu'elle ait négligé de faire faire inventaire, le mari nonobſtant la clauſe de propre peut être pourſuivi pour le tout, & dans ce cas la communauté & le chef d'icelle ſont indiſtinctement chargés; c'eſt au mari ſeul qu'on peut imputer une telle négligence, cette charge en eſt la ſuite, la confuſion ne permettant pas de diſtinguer les biens.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet; c'eſt le juſte effet de la confuſion.

SECTION III.

Des charges attachées aux donations ou legs faits aux conjoints pendant le mariage.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand elles tombent ſur la communauté, & quand elles n'y tombent pas.

XXI. Si la choſe donnée ou léguée à l'un des conjoints lui eſt propre, la charge attachée à la libéralité, ne tombe pas ſur la communauté, le paſſif devant ſuivre l'actif; l'un eſt ſuite de l'autre: voilà le principe général.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 5, ſect. 3, pag. 412; & tel eſt l'uſage du châtelet, que les principes & l'équité fondent; on dit les principes, car cela eſt ſuite de la coutume.

XXII. De-là il s'enſuit, que le conjoint honoré doit l'acquitter ſur ſes biens, pour ce qui eſt du capital, mais non pour les intérêts; & ſi c'eſt la communauté qui l'a acquittée, il lui en doit indemnité; les intérêts tombent de droit ſur la communauté parce qu'elle profite des fruits; le capital n'eſt pas à ſa charge, parce que le fonds donné ou légué, n'eſt pas à ſon profit, & cela a lieu, ſoit que la choſe donnée ou léguée ſoit propre par la clauſe du contrat de mariage, ſoit par la volonté du donateur ou teſtateur qui auroit par ſa prévoyance ſuppléé à l'omiſſion de la clauſe du contrat de mariage, ſoit par ſa qualité d'aſcendant; en effet, il ſuffit pour cela que la choſe donnée ou léguée ſoit propre pour que la communauté ne ſoit pas tenue du capital de la charge; cela conſervant l'effet de la loi des conventions ou conditions, conſerve tout intérêt.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, dans les comptes de communauté, & ce qui eſt conforme aux principes de la coutume.

XXIII. Si la charge impoſée à la libéralité étoit annuelle, elle tomberoit ſur la communauté, encore que la choſe donnée fût propre au conjoint gratifié, parce qu'en ce cas, telle charge eſt une délibation à faire ſur les fruits qui tombent en communauté, nonobſtant la clauſe de propre; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente.

Cela s'entend juſqu'à concurrence des fruits d'icelle & non au-delà; le propre de l'un des conjoints ne pouvant être augmenté aux dépens de la communauté; je le penſe ainſi, parce qu'autrement cela dégénéroit en un avantage indirect.

XXIV. Le capital d'une telle charge peut tomber ſur la communauté; en effet, lorſque la choſe donnée ou léguée n'eſt pas propre au conjoint honoré, la charge impoſée à la libéralité, tombe ſur la communauté, ſi la donation eſt faite au mari, ou qu'étant faite à la femme, elle l'ait acceptée avec l'autoriſation de ſon mari; c'eſt en ce cas, juſte balance du paſſif avec l'actif, ce dernier en ce même cas, ne pouvant être détaché de l'autre, puiſque l'un comme l'autre en ce même cas, ſe noyent & ſe confondent dans la maſſe de la communauté.

Ce qui a été dit ci-deſſus au ſujet des ſucceſſions mobiliaires, recueillies par les conjoints pendant la communauté, & qui tombent en icelle par le défaut de la clauſe de propre, s'applique ici & fonde la propoſition; c'eſt même principe.

XXV. En effet, en ce cas, la charge eſt inſéparable du don qui tombe en communauté, & par conſéquent la charge y doit donc tomber, cela eſt indiviſible; ſauf l'effet de l'avantage indirect qu'on auroit voulu pratiquer par cette voie, & qu'il faudroit rejetter.

Cela s'entend ici, tant en capital, qu'en intérêts; telle eſt l'opinion commune au châtelet, les donations d'immeubles faites par aſcendans exceptées: cela étant toujours de droit propre au conjoint donataire, non-ſeulement relativement à la communauté, mais relativement à ſa ſucceſſion; d'où il s'enſuit, que la charge capitale impoſée à une telle libéralité, ne peut tomber ſur la communauté; tout y eſt propre au conjoint honoré & propre, tant activement que paſſivement.

XXVI. Cela a lieu, c'eſt-à-dire, que la charge tombe toujours ſur la communauté,

lorſque la donation ou le legs ne ſont pas faits par aſcendans, & que le contrat de mariage, la donation, ni le teſtament, ne contiennent pas la clauſe de propre; parce qu'en ce cas, la libéralité profite à la communauté; c'eſt en ce cas juſte & exacte balance de l'actif avec le paſſif.

Sur les donations faites par aſcendans, voyez l'art. 246 de la coutume, qui forme une juſte exception ſur cela.

XXVII. Cependant relativement à la communauté, comme à l'égard du donataire, la charge ne peut jamais excéder l'émolument, parce que tout donataire jouit de cette exception; en effet, il ſeroit contre la nature du bienfait, qu'il devînt onéreux & nuiſible à la perſonne gratifiée; ainſi la communauté ne peut pour ce, être plus chargée qu'elle eſt gratifiée, puiſque ſon droit n'eſt autre choſe qu'une émanation du droit d'une donation; & que la donation même ne peut pas être chargé au-delà: droit qui milite à plus forte raiſon en faveur de la communauté.

Cela eſt établi dans ſon ordre ſur le titre des donations.

DISTINCTION II.

Que le refus du mari d'autoriſer ſa femme pour accepter une donation, affranchit ſa communauté.

XXVIII. Quoique les choſes données aux conjoints ne leur ſoient pas propres par la lettre de leur contrat de mariage ou celle du don, ſi le mari n'autoriſe pas ſa femme pour accepter, en ce cas, il affranchit ſa communauté de la charge attachée à la libéralité ou donation qui auroit été faite à ſa femme; la charge ne pouvant être que la ſuite de la donation qui en ce cas eſt étrangere au mari.

Voyez Dupleſſis, pag. 410; ce qu'il y dit à ce ſujet d'une ſucceſſion échue à la femme, & pour l'acceptation de laquelle ſon mari a refuſé de l'autoriſer, s'applique également ici; le mari ne pouvant être engagé par le fait de ſa femme.

XXIX. Dans ce cas, la charge n'eſt plus à prendre que ſur les choſes données, & non ſur la communauté ou ſur les autres propres de la femme, ſur leſquels le droit acquis au mari ne peut être affoibli par le fait de ſa femme; ainſi ce dernier reſte dans toute ſa force, ſauf les droits des créanciers ſur la nue propriété des propres de la femme, & leurs droits en plein ſur tous ſes biens après la diſſolution de la communauté.

Mais la nue propriété de ſes propres y eſt affectée, on peut pour ce la décreter; on le juge ainſi au châtelet, cela n'intéreſſant plus la communauté; cela eſt ſuite de l'engagement efficace de la femme, mais qui n'eſt pas tel par rapport à ſon mari.

XXX. Cependant dans ce même cas, ce qui reſte de bénéfice & d'effectif de la donation tombe en communauté; c'eſt toujours acquérir de la part de la femme, quoiqu'elle l'ait fait ſans la participation de ſon mari, & elle ne peut acquérir ſans acquérir pour la communauté; la loi ſur cela étant générale, écarte toute diſtinction.

Dupleſſis, pag. 411; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, qui a ſa racine dans l'article 220 de la coutume.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES DETTES CONTRACTÉES PENDANT LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 221 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES ENGAGEMENS DU MARI.

I. TOUTES dettes contractées par le mari pendant la communauté, ſont dettes d'icelle, & réfléchiſſent contre la femme ſi elle l'accepte, la ſociété étant tant active que paſſive; c'eſt droit commun, c'eſt exacte balance, autrement ce ſeroit ſociété léonine.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5; mais la femme lorſqu'elle n'y a pas parlé, n'en peut être tenue que par ſon acceptation; le Brun, de la communauté, pag. 214, num. 8; c'eſt ſon acceptation ſeule qui peut lui rendre une telle dette perſonnelle, la loi lui ayant ouvert la voie de la renonciation à la communauté; renonciation qui l'affranchit des dettes auxquelles elle ne s'eſt pas obligée, ſon mari ne pouvant affoiblir ſes propres.

II. Cela embraſſe tout engagement; contrats de conſtitutions, obligations, billets & emprunts, ou crédit; il n'y a ſur ce nulle exception, tout cela influe ſur la communauté; ainſi tous ces engagemens influent ſur la femme dès qu'elle eſt commune.

Même les rentes dont les héritages acquis pendant la communauté ſe trouvent chargées, parce

qu'il n'y ont paſſé qu'avec cette charge ; Dupleſſis, à l'endroit cité, pag. 402 ; ainſi en acceptant, la femme en eſt tenue ; c'eſt ſuite de ſon acceptation.

III. Cela embraſſe même le cautionnement contracté par le mari ; cela réſulte de ſa qualité d'adminiſtrateur, elle eſt indéfinie ; on ne pourroit ſoutenir le contraire qu'en faiſant une addition à la coutume qui ſeroit oppoſée à ſon eſprit.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 220, num. 28 ; & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

IV. En effet, le produit de tous ces engagemens s'eſt fondu dans la communauté, même celui du cautionnement contracté par le mari, dans lequel il entre preſque toujours un motif d'intérêt ; intérêt qui doit faire tomber l'effet du cautionnement ſur la communauté.

Voyez le Maître, pag. 247 & 248.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 28 février 1595, rapporté par Bouchel, *verbo* communauté, il établit la propoſition ſur l'objet du cautionnement contracté par le mari.

V. De-là il s'enſuit, que la femme comme commune, en eſt tenue pour moitié ; à plus forte raiſon, l'eſt-elle des cautionnemens qu'elle a contractée avec ſon mari ; c'eſt toujours engagement de communauté, & par conſéquent engagement qui réfléchit contre elle.

Dans le premier cas, c'eſt-à-dire, par rapport aux dettes auxquelles elle n'a pas parlé, les créanciers ne peuvent ſe pourvoir ſur le fonds de ſes propres ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 416 : mais ils peuvent les ſaiſir réellement, ſi elle y étoit engagée ; Ricard, ſur l'art. 221 : Brodeau ſur Louet, let. F, num. 17 ; dans le dernier cas c'eſt ſa dette, mais dans le premier, ſon mari n'a pu engager ſes propres ; limitation qu'on examinera dans ſon ordre, parce que la coutume ne la charge des dettes de la communauté, qu'à proportion de ſon amendement.

SECTION II.

Des actions des créanciers, réſultantes des engagemens du mari.

VI. Malgré cette diviſion des dettes de la communauté, le mari peut être pourſuivi pour le tout, même après la diſſolution de la communauté, ſauf ſon recours contre les héritiers de la femme ; ſa qualité de chef influant ſur ce après la diſſolution de la communauté, les créanciers l'ayant eu principalement pour objet, c'eſt-à-dire, pour obligé.

Jugé par arrêt du 3 mars 1606, rapporté par le Prêtre, cent. 2, ch. 68 : voyez les notes ſur la propoſition qui ſuit, qui fondent encore celle-ci.

VII. Cela eſt fondé, ſur ce que les créanciers ont ſuivi ſa ſolvabilité par le titre, ou ſa foi, s'ils n'ont pas exigé de titre de lui ; ce qui fonde contre lui la ſolidité, & par conſéquent la pourſuite pour le tout, nonobſtant la diſſolution de la communauté ; c'eſt ſolidité tacite & légale, & qui opére autant que l'expreſſe.

J'ai entendu pluſieurs fois des praticiens du châtelet, rejetter cette propoſition, quoique très-juſte & très-autoriſée ; elle eſt conforme au ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, l. 2, ch. 3, ſect. 1, num. 3, pag. 213 ; pour moi je ne penſe pas qu'on puiſſe rejetter cette ſolidité, elle a ſa racine dans l'eſprit de la loi & dans l'équité ; ces baſes ſont inébranlables.

VIII. De-là il s'enſuit, que par rapport aux engagemens dans leſquels le mari & la femme ont parlé ; le mari peut toujours être pourſuivi ſolidairement, même après la diſſolution de la communauté, encore que la ſolidité ne fut pas portée par l'engagement, puiſqu'elle naît de ſa ſeule qualité de mari ; ainſi, à plus forte raiſon, la ſolidité doit-elle avoir lieu contre le mari après la diſſolution, lorſque le créancier a exigé de lui un titre. Cela eſt ſuite de ce que deſſus ; ainſi il y a ſolidité contre lui indiſtinctement.

Voyez le Prêtre, ci-deſſus cité ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21 ; num. 45 ; Dupleſſis, pag. 402, à la fin, & le Brun, de la communauté, pag. 216, num. 14 : tous confirment la propoſition.

IX. A l'égard des ſimples dettes de communauté, la femme après ſa diſſolution, peut être pourſuivie hypothécairement pour le tout, ſi telles dettes ſont munies d'hypotheque, parce que le mari, chef de la communauté a eu indubitablement qualité pour en charger les conquêts de la communauté, & que ſa mort n'a pu faire perdre au créancier un droit qui lui étoit acquis ; droit en vertu duquel le créancier peut exercer cette action hypothécaire contre la femme.

Note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 47, 48 & 49 ; le Brun, de la communauté, pag. 218, num. 24. L'auteur des notes ſur le Maître, pag. 246, eſt d'avis contraire, à l'égard des dettes contractées par le mari avant le mariage, pour lequel cas il décharge la femme de l'action hypothécaire ; mais un créancier peut-il par la mort de ſon débiteur, perdre un droit qui lui étoit acquis ? car ce droit lui étoit acquis avant la mort. Je crois cependant ce ſentiment très-bon, parce que la femme, au moyen de ſon acceptation de la communauté, eſt cenſée avoir acquis avec ſon mari ſans la décharge des dettes antérieures au mariage, lorſque le contrat de mariage contient cette décharge ; mais s'il ne la contient pas, & qu'au moyen de ce, la femme ſe trouve chargée par ſon acceptation des dettes de ſon mari antérieures au mariage ; c'eſt le cas où je trouve difficulté & dans lequel je l'aſſujettirois pour ce à l'action hypothécaire : telles dettes

étant en ce cas de communauté, & qui étant hypothécaires produiſent cette action contre elle.

SECTION III.

Des engagemens de la femme ſeule, & s'ils chargent la communauté.

(Art. 223 de la coutume.)

X. Tels engagemens ſont nuls abſolument, la femme étant incapable de s'engager ſans autoriſation, autrement la communauté auroit été une ſociété bien confondue ; nullité, incapacité, qu'on examinera ci-après plus à fonds ; il ſuffit ici de poſer le principe duquel il s'enſuit, qu'ils ne ſont pas à la charge de la communauté ; ce qui va même plus loin, comme on va le voir : c'eſt nullité, non-ſimplement rélative, mais abſolue, & qui par conſéquent a lieu à tous égards.

C'eſt une conſéquence de leur nullité abſolue portée par l'art. 223 de la coutume.

XI. Ils ſont même nuls par rapport à la femme & à ſes héritiers ; c'eſt ce qu'on verra par la ſuite plus amplement : encore une fois, c'eſt nullité abſolue, fondée ſur une incapacité abſolue.

C'eſt la diſpoſition de la coutume ; ces principes généraux ſuffiſent par rapport aux charges de la communauté qu'on examine ici. On approfondira ci-après l'incapacité à contracter de la femme en puiſſance de mari.

CHAPITRE HUITIEME.

DES DÉPENSES QUI SONT A LA CHARGE DE LA COMMUNAUTÉ.

I. LA femme doit être nourrie & entretenue, tant en ſanté qu'en maladie, aux dépens de la communauté ; c'eſt charge principale d'icelle, puiſque la femme eſt aſſociée. Voila une premiere charge, qui eſt tout enſemble naturelle & civile.

Juſques-là que les frais de la maladie de la femme dont elle eſt décédée, ne ſont point à la charge de ſa ſucceſſion, ſi les héritiers renoncent à la communauté. Notes ſur Dupleſſis, pag. 413 ; cela eſt d'un uſage conſtant au châtelet ; en effet, c'eſt dépenſe faite pendant la communauté ; telle dépenſe eſt donc à ſa charge.

II. L'établiſſement des enfans eſt charge de communauté, puiſque c'eſt une obligation commune aux deux conjoints ; ce qui la rend telle à tous égards, ſans néanmoins qu'une conſtitution de dot, en faveur d'un enfant, puiſſe influer ſur les propres de la femme, ſi elle ne s'eſt engagée à cette conſtitution ; mais nonobſtant le défaut d'engagement de ſa part telle conſtitution milite toujours ſur la communauté, ſans indemnité en faveur de la femme ; l'opinion contraire eſt une ſubverſion du principe.

Le pere dotant ſeul, cela n'influe pas ſur les propres de ſa femme ; le Brun, de la communauté, pag. 220, num. 24 ; mais ſur la communauté, comme on le va voir par la ſuite ; le mari eſt maître de ſa maſſe & non des propres de ſa femme.

III. De-là il s'enſuit, que le mari étant chef de cette communauté, peut les établir aux dépens d'icelle, ſans la participation de ſa femme, & ſans que ſa femme puiſſe quereller cet établiſſement ; c'eſt de ſa part acte d'adminiſtration, ſauf la limitation qui ſuit ; & acte de juſte & favorable adminiſtration, & qui eſt comme tel au-deſſus de la critique de la femme.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, où l'on a rejetté l'opinion de le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, pag. 207, num. 15, où il prétend qu'une telle donation fait ouverture à indemnité en faveur de la femme ; ce qui eſt contraire à l'arrêt de Tribouleau, qu'on cite ci-après, & qui eſt rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 513 ; mais telle donation, ſi la femme accepte la communauté, eſt rapportable pour moitié à chacune des ſucceſſions des pere & mere, quoique faite par le premier ſeulement, à moins que le contrat de mariage du fils ne porte expreſſément le contraire, puiſqu'elle eſt cenſée faite, tant par la mere, que par le pere. Tel eſt le principe adopté par Renuſſon, de la communauté, chap. 13, pag. 214 : il en rapporte pluſieurs arrêts ; ainſi la femme pour cela n'a nulle indemnité à prétendre. Mais y auroit-il lieu à l'indemnité, ſi, par telle conſtitution de dot faite par le mari ſeul, il étoit dit vaguement que cela ſe faiſoit en avancement d'hoirie de ſa ſucceſſion ? Renuſſon cite un jugement arbitral qui en ce cas a adjugé à la femme l'indemnité. Je reſpecte fort les préjugés, mais je reſpecte encore plus les vrais principes, & je m'étonne que cet auteur allégue ce préjugé contraire au principe qu'il adopte. Je ne penſe donc pas qu'on puiſſe s'arrêter à ce prétendu préjugé par les raiſons ſuivantes : 1°. c'eſt qu'en paſſant le pouvoir du mari, il faut néceſſairement paſſer que cette imputation vague n'y donne aucune atteinte ; 2°. parce que cette imputation ou énonciation ſont de droit lorſque le mari dote ſeul, le droit de la femme ſur la communauté tant qu'elle dure n'étant que virtuel, & que cette imputation n'opére qu'aux termes de droit dans le cas que la femme accepte la communauté, qu'elle ne peut diviſer, & qu'elle doit prendre, tant activement que paſſivement, dans l'état que ſon mari l'a adminiſtrée ; enfin c'eſt que c'eſt ici la loi ſupérieure à la volonté de l'homme qui agit, & qu'on ne pourroit admettre le con-

traire qu'en laiſſant le mari maître d'avantager ſa femme indirectement, en la déchargeant d'une charge de la communauté qu'elle accepte.

IV. Ce qui fonde ce pouvoir du mari, c'eſt que non-ſeulement, c'eſt acte d'adminiſtration, mais par cet établiſſement, il décharge ſa communauté de la nourriture & entretien de l'enfant établi; cet acte eſt donc dans ſa puiſſance, attendu ſa qualité d'adminiſtrateur abſolu, puiſque renfermé dans de juſtes limites, cet acte eſt ſimple adminiſtration.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 19 mars 1708, rapporté dans la note marginale ſur Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, page 375, & déja indiqué ſur la propoſition précédente; cependant cela ne s'entend qu'avec la limitation ci-après, qui ménage le juſte intérêt des deux conjoints.

V. Il faut cependant que cet établiſſement fait par le mari ſeul, ſoit conforme à ſon état & à ſa fortune, & qu'il n'embraſſe pas une quotité de la communauté; en l'embraſſant il excéderoit ſon pouvoir, & donneroit lieu à une indemnité en faveur de la femme.

Cela eſt regardé au châtelet comme inconteſtable, & réſulte de l'arrêt cité ſur la propoſition précédente; voyez les notes ſur la premiere propoſition de la ſection qui ſuit, & Augeard, tom. 2, pag. 413; telle eſt la limitation annoncée.

VI. L'inventaire qui ſe fait après la diſſolution de la communauté, eſt charge d'icelle; c'eſt cet acte qui conſtate le montant de ſa maſſe, il doit donc être pris ſur icelle; c'eſt juſte délibation ſur ſon actif.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, où le rendant compte de communauté, couche en dépenſe à l'oyant la moitié du coût de l'inventaire; delà il s'enſuit, que dans le cas de renonciation à la communauté de la part de la veuve, le coût de l'inventaire n'eſt point à ſa charge, même pour moitié; tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on ne ſuit pas l'opinion de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 418, num. 48, où il dit que l'inventaire eſt à la charge de la veuve renonçante, & il ne tombe pas en partie ſur la veuve, qu'en cas d'inſuffiſance; cas auquel elle en rapporte indirectement une partie, puiſque le coût d'icelui ſe prend par privilége ſur le mobilier; c'eſt accident & non droit.

VII. Il eſt de même du compte de communauté que le ſurvivant rend aux héritiers du prédécédé, il ſe paye par moitié; c'eſt charge de communauté, mais ils ne peuvent demander ce compte qu'en acceptant la communauté; l'inventaire étant ſuffiſant pour les déterminer ſur l'acceptation ou la renonciation: j'ai cependant vu ſoutenir le contraire, mais c'étoit s'écarter de la coutume.

Les frais de ce compte forment la matiere du chapitre qu'on appelle au châtelet, celui de dépenſe commune; & quand la veuve renonce depuis le compte, il ſeroit juſte de lui faire payer la moitié des frais.

VIII. Cependant, ſi ce compte étoit en même tems de tutelle, par exemple, ſi c'étoit un ſurvivant des conjoints qui rendit compte à ſes enfans, dont il auroit été le tuteur, en ce cas, les oyans ſupportent les trois quarts des frais d'un tel compte, parce qu'ils doivent ceux de la tutelle en entier, ce qui peut varier ſi la tutelle a été très-courte.

Cela eſt encore d'un uſage conſtant au châtelet.

IX. A l'égard des frais funéraires du conjoint prédécédé, ils ne ſont point charge de communauté, mais de la ſucceſſion de ce conjoint; ils ne ſont formés que depuis la diſſolution de la communauté, ils ne peuvent donc être à ſa charge, mais de la ſucceſſion du prédécédé ſur laquelle il ſe prennent en entier.

On en fait au châtelet dépenſe en entier aux oyans; ce qui eſt conforme à la diſpoſition de l'article 241 de la coutume de Bourbonnois, qu'on peut regarder comme un droit commun; en effet, encore une fois, c'eſt charge de la ſucceſſion du prédécédé, & non une charge de la communauté.

QUATRIEME PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ,

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS QUI LA COMPOSENT.

CHAPITRE PREMIER.

DU POUVOIR ABSOLU DU MARI SUR CES BIENS.

(Art. 225 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES ACTES DE COMMERCE AU SUJET DES CONQUETS.

I. PAR une prudente diſpoſition de la coutume, le mari eſt maître de diſpoſer à ſon gré des conquêts de communauté, il eſt le chef de la ſociété que la coutume établit entre conjoints par mariage; ce qui s'entend des actes de commerce, ceux de libéralité recevant limitation qu'on expliquera ci-après, mais tout autre acte, non-ſeulement ceux d'adminiſtration, mais même tous ceux de commerce, ſont indiſtinctement dans ſa puiſſance, ſans que la femme puiſſe y faire aucun obſtacle, puiſqu'elle & ſes actions mobiliaires & poſeſſoires ſont en la puiſſance de ſon mari, ſauf néanmoins ſur les actes d'adminiſtration, la limitation qu'on explique par les remarques ſur cette propoſition, tirée du texte de la coutume.

Mais il n'en peut diſpoſer univerſellement, & même au profit des enfans communs; ce ſeroit diſpoſer en fraude, ce que la coutume lui défend & la dipoſition, lorſqu'elle eſt univerſelle, eſt reputée frauduleuſe; Dumoulin, en ſa note ſur l'art. 17 de la coutume de S. Quentin; note ſur Dupleſſis, déſigné par la lettre X, traité de la communauté, pag. 376; mais je penſe que la fraude ne doit l'anéantir que pour moitié: c'eſt dans cette moitié ſeulement qu'elle réſide, cette nullité étant purement relative à la femme & à ſes héritiers; autrement ce ſeroit autoriſer le mari à aller contre ſon fait, & faire militer une fraude de ſa part, comme étant un moyen en ſa faveur, ce qui ne peut être admis; ainſi la nullité n'a lieu que par rapport à la moitié d'une telle donation, à quoi ſe borne l'intérêt de la femme & celui de ſes héritiers.

II. Double raiſon de ce pouvoir que la loi donne au mari, il eſt chef de la communauté, & la juſte dépendance ſous laquelle la loi a mis la femme pendant le mariage, la rend non-ſeulement incapable de contracter aucun engagement ſans l'autoriſation de ſon mari, mais même de critiquer ſon adminiſtration ſur les biens de la communauté; impuiſſance qui fonde ce pouvoir du mari, qui n'eſt qu'une conſéquence des diſpoſitions capitales de la coutume; pouvoir qui entraîne celui de doter convenablement les enfans communs avec les biens de la communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 3, au commencement, pag. 374: le Maître, tit. 10, ch. 2, ſect. 3, pag. 252.

III. De-là il s'enſuit, qu'il peut diſpoſer à ſon gré de l'immeuble ameubli par ſa femme, puiſque tel immeuble fait partie de la communauté des biens entr'eux, de laquelle la coutume lui permet de diſpoſer: ce que la propoſition ſuivante développe, ſauf la limitation qu'on explique dans les notes ſur celle-ci, ſur l'ameubliſſement; exception qui n'eſt pas ſans difficulté.

Chopin ſur Paris, liv. 2, tit. 1, num. 23: Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 393 & 395; le Maître, tit. 10, pag. 253. Il faut cependant excepter le cas où l'ameubliſſement auroit été fait par un mineur qui auroit par le contrat de mariage la faculté de reprendre; ce qu'on a déja vu ci-deſſus en traitant de l'ameubliſſement, parce qu'en ce cas, il ſe trouveroit que le mari diſpoſeroit du propre de ſa femme ſans ſon conſentement, ainſi qu'il a été jugé par ſentence du châtelet, du 19 décembre 1679; cette ſentence eſt citée par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 360, mais hors ce cas le mari eſt tellement maître du propre ameubli par ſa femme, que ſi ce propre eſt un fief & qu'il dénie le fief, pour être tenu du ſeigneur duquel il reléve, il confiſque le fief en totalité: Dumoulin, ſur l'art. 43, de la coutume, gloſ. 1, num. 89; ce qui prouve évidemment la propoſition qui devroit même influer ſur l'ameubliſſement, tant qu'il n'eſt pas anéanti par la voie de la reſtitution en entier.

☞ Par rapport à l'ameublissement, Bacquet, *loco citato*, rapporte un arrêt du 14 août 1589, qui a jugé que le mari ne peut disposer de l'immeuble ameubli; mais le même auteur observe que nonobstant cet arrêt, l'opinion contraire a toujours été suivie; en effet, l'article 225 de la coutume, portant que le mari est seigneur des meubles & conquêts immeubles, cela ne s'entend pas seulement des immeubles que le mari aura acquis lui-même personnellement pendant son mariage des deniers communs, mais encore de tous les immeubles qui entrent en communauté; l'ameublissement se fait pour suppléer au défaut d'effets mobiliers, lorsque les conjoints n'en ont pas; il se fait pour faire entrer l'héritage ameubli dans la communauté, & lui donner le même effet qu'à un meuble de communauté; le mari en est donc maître & en peut disposer comme des autres biens de la communauté.

IV. Cela est fondé, sur ce qu'il est devenu conquêt par l'ameublissement, & que tout conquêt est à sa disposition; le mari peut donc hors le cas excepté, disposer de l'immeuble ameubli, puisque la coutume sur ce pouvoir n'apporte aucune limitation.

Le Brun, de la communauté, liv. 2, chap. 3, num. 3 & suiv. pag. 170 & 171; & tel est sur ce l'usage.

V. Par une suite du même principe, il peut placer à fonds perdu les deniers de la communauté, & il peut vendre un conquêt, moyennant une rente viagere, & asseoir la rente sur sa tête ou sur celle de sa femme, ou sur celle du survivant des deux; tout cela est suite du même pouvoir qui est sans bornes sur tout acte de commerce.

Telle est la jurisprudence des sentences du châtelet, qui s'observe dans les comptes de communauté dans lesquelles il se trouve de telles rentes. Il en est autrement dans la coutume du Maine, parce qu'elle porte une disposition particuliere, qui limite sur ce le pouvoir du mari; limitation qui n'a lieu à Paris, où le pouvoir du mari sur les conquêts ne reçoit de limitation que la donation qu'il en feroit au profit de ses présomptifs héritiers. Voyez l'arrêt du premier août 1708, rapporté par Augeard, tome 2, pag. 550. Cette limitation est de droit commun, ainsi que le pouvoir du mari.

VI. Dans tous ces cas la rente viagere est conquêt de communauté, & de cette qualité, il s'ensuit qu'après la dissolution de la communauté, les arrérages de cette rente se partagent entre le survivant & les héritiers du prédécédé; ce partage étant une suite de cette qualité; tel est l'usage, qui, sans donner atteinte au pouvoir du mari, conserve les droits légitimes des deux conjoints sur une telle rente.

Cela se pratique ainsi au châtelet, & dans les partages de communauté, parce que telle rente est vrai conquêt.

SECTION II.

Des libéralités que le mari peut faire aux dépens de la communauté.

VII. Non-seulement le mari a les actes de commerce, mais il peut encore donner aux dépens de la communauté, ainsi & de la maniere qu'on va l'expliquer, pouvoir légitime; juste suite de l'état des deux conjoints par mariage, & qu'on critiqueroit très-mal-à-propos sur le fondement de la disposition de la coutume du Maine, qui prohibe au mari les actes de pure dissipation, puisque cette disposition n'est nullement conséquente aux principes capitaux du droit coutumier, & n'est exacte que par rapport aux dispositions universelles.

Voyez l'arrêt rapporté par le Vest, chap. 113; Louet, let. D, num. 48; mais une donation universelle de la masse de la communauté seroit nulle; le Maître, pag. 243, comme on l'a déja vu ci-dessus, & elle seroit telle par rapport à un enfant commun qui en seroit donataire, encore qu'elle ne fût que de quotité; la fraude qui est manifeste en tel cas au droit de la femme sur la communauté, détruit une telle disposition, du moins pour la part afférante à la femme; la coutume apportant à cette juste puissance qu'elle donne au mari, cette exacte limitation, (pourvu qu'il agisse sans fraude); ce qu'on ne peut diviser de cette puissance; mais ce qui ne tombe pas sur les constitutions des dots faites convenablement par le mari seul au profit d'enfans communs; en ce cas c'est de sa part légitime administration.

VIII. Le mari peut même donner à ses parens, sous la limitation qui va être expliquée par la douzieme proposition de cette section; c'est-à-dire, que s'ils sont ses héritiers, telle donation donne lieu à l'indemnité, laquelle a lieu même lorsqu'il y a fraude visible.

Il ne le peut faire au profit de ses pere & mere, encore qu'ils ne fussent ses héritiers, ni au profit de ses enfans d'un autre lit, ni au profit de ses collatéraux qui seroient ses héritiers présomptifs: Dupleſſis, pag. 375; c'est ce qui forme la proposition qui suit, du moins dans tous ces cas il y a lieu à l'indemnité & même à la nullité, s'il n'y a pas de quoi remplir l'indemnité; c'est ainsi que Dumoulin explique la limitation au pouvoir du mari, de disposer par donation des biens de la communauté; limitation dans laquelle il comprend avec raison un bâtard & une concubine; ce qui est juste, & qui s'étend même aux collatéraux qui ne seroient pas ses héritiers présomptifs, mais en cette derniere partie il me paroît que c'est aller au-delà de l'esprit & même de la lettre de la coutume, qui n'exclut que les dispositions frauduleuses; fraude qui ne paroît que lorsque la libéralité est faite au profit d'un parent collatéral, héritier présomptif du mari, & non à un collatéral éloigné, & non héritier présomptif.

IX. Mais il ne peut donner à ses héritiers présomptifs; dans ce cas il y a incapacité, si la femme n'a de quoi se remplir

de ſon indemnité, au lieu que lorſque la donation eſt faite à des parens non héritiers, la donation eſt valable; incapacité qui n'eſt même que relative & non abſolue.

Dumoulin, ſur l'art. 107 de la coutume, num. 2; le Brun, de la communauté, pag. 172, num. 135 il faut obſerver que la donation n'eſt nulle que pour moitié: nullité même qui n'eſt que relative, & qui ne donne lieu qu'à l'indemnité, comme on le verra encore ci-après; c'eſt ce que dit Dupleſſis, p. 370. Voyez la propoſition cinquieme de cette ſection.

X. Cependant il peut donner aux enfans communs, pourvu que la donation ſoit proportionnée à ſon état & à ſa fortune, comme on l'a vu par les ſeconde & troiſieme propoſitions du huitieme chapitre de la troiſieme partie de ce titre; c'eſt en ce cas, plutôt adminiſtration que diſpoſition.

Arrêt du 19 Mars 1708; il eſt rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 513; il juge la validité d'une donation d'un conquêt fait par un mari à un enfant, quoique la femme en dût avoir la jouiſſance ſuivant le contrat de mariage de ſon fils, mais ſans préjudice de cette jouiſſance. Voyez cependant le Brun, qui eſt d'opinion contraire, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, num. 15, pag. 173; c'eſt opinion ſinguliere; le Maître pag. 253, confirme la propoſition: ſentiment auquel il faut ſe tenir; ſentiment adopté par Renuſſon, en ſon traité de la communauté, part. 1, ch. 13, num. 3, p. 214; & qu'il fonde ſur pluſieurs arrêts qu'il rapporte enſuite. Il eſt vrai qu'à la fin de ce chapitre il rapporte un jugement arbitral qui ſemble croiſer ce principe général, qui eſt bon; mais en cela cet auteur s'eſt écarté de la préciſion & du principe.

XI. Les donations que le mari fait aux dépens de la communauté, au profit de ſes héritiers, ne ſont pas nulles dans leur principe, mais elles donnent lieu à l'indemnité en faveur de la femme, ſi elle accepte la communauté; voilà quant à ce, le ſeul effet d'incapacité relative du mari, on l'a déja annoncé.

Le Brun, de la communauté, pag. 180, num. 38, paroît d'avis contraire, & dénie même toute action en garantie au donataire, ſur le fondement, dit-il, que la donation eſt nulle; mais je penſe que la diſpoſition de la coutume ne pouvant être tirée hors ſon objet, telle donation n'eſt telle que relativement & non abſolument, c'eſt-à dire, qu'elle n'eſt telle qu'à l'égard de la femme commune, qui a été ici le ſeul objet de la loi, & non le mari.

XII. Pour ſe remplir de cette indemnité; la femme a droit de prélever ſur la maſſe de la communauté, autant que ſon mari a donné à ſon parent héritier; ou ſi elle rend compte, elle fait pour ce par icelui, dépenſe de moitié, ce qui revient au-même; mais ce qui ne s'applique pas, comme on l'a dit ci-deſſus, à une dot que le mari ſeul auroit conſtitué au profit d'un enfant commun; c'eſt bonne adminiſtration.

Je l'ai entendu décider ainſi au châtelet par les anciens avocats, ſous la limitation expliquée par la derniere propoſition de cette ſection. Voyez Dupleſſis qui y eſt cité: elle a une autre voie pour ſe remplir, c'eſt de faire dépenſe aux héritiers du mari par le compte de communauté de la moitié du montant d'une telle donation, ou ſi elle prédécéde, il faut pour ce à ſes héritiers recette pour moitié; ce qui revient au même, n'y ayant différence que d'expreſſion, qui vient de celle des différentes qualités d'oyant ou de rendant compte.

XIII. Si ce qui reſte en maſſe n'eſt pas ſuffiſant, elle a l'action révocatoire pour faire annuller la donation, juſqu'à concurrence de ce qui lui manque pour la remplir; la donation ne pouvant lui nuire; ce n'eſt que dans cette partie qu'il y a nullité dans la donation & non dans l'autre.

C'eſt en ce cas qu'on peut appliquer comme bon le ſentiment de le Brun ci-deſſus rapporté.

XIV. Il y a plus ſi la donation faite à un parent du mari, eſt d'un conquêt (nonobſtant la ſuffiſance des biens pour l'indemniſer) elle peut en ce cas faire révoquer la donation pour moitié, ſauf le recours du donataire ſur les biens du mari; mais il faut pour cela qu'il y ait de ſa part intérêt ſenſible, & il ne paroît pas qu'il puiſſe y en avoir un tel, lorſqu'elle a de quoi ſe remplir de ſa moitié; autrement ce ſeroit multiplier inutillement les actions & les frais.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 3, pag. 376, au commencement.

SECTION III.

Si les diſpoſitions teſtamentaires du mari, peuvent nuire à la femme.

(Art. 296 de la coutume.)

XV. Le mari ne peut par teſtament, diſpoſer des conquêts de communauté au préjudice de ſa femme, tout ſon pouvoir ceſſe avec ſa vie.

Cette diſpoſition de notre coutume a paru ſi juſte, qu'elle a été étendue dans les autres coutumes qui n'ont pas de diſpoſition contraire. Note ſur Dupleſſis, p. 379; en effet, elle ne fait qu'exprimer une ſouveraine équité; ainſi c'eſt droit commun dans le royaume pour le pays coutumier.

XVI. Il ne peut même le faire au profit des enfans communs, & les diſpoſitions qu'il feroit ſe reſſerrent ſur ſa moitié, ſa mort le dépouillant de toute ſa puiſſance ſur ce limitée à ſa vie, pendant laquelle il peut diſpoſer à leur profit pour un établiſſement convenable; telle diſpoſition étant en ce cas vraie & légitime adminiſtration, mais n'étant plus telle lorſqu'elle n'a lieu qu'après ſa mort.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, inviolablement,

ment, comme ſuite de la coutume par rapport aux diſpoſitions teſtamentaires; & à l'égard de celles entrevifs, voyez ci-deſſus, & Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 3, pag. 378 & 379; le Brun, même traité, liv. 2, ch. 2, num. 1, pag. 169; le Maître, pag. 253.

XVII. Si la femme fait révoquer le legs pour moitié, le légataire a indemnité ſur les autres biens du mari, parce qu'on peut léguer la choſe d'autrui; puiſſance qui fonde cette indemnité en faveur du légataire.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 379. *Quia res aliena legari poteſt*; ce qui eſt adopté par le Brun, de la communauté, pag. 170, num. 23; & cela a été ainſi réglé à mon profit, par Me Vaillant de Quelis, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats.

XVIII. Si la femme ne fait pas révoquer le legs, elle a droit de prélever ſur la maſſe de la communauté & avant le partage d'icelle, la valeur de ce legs, ce qui eſt a ſon choix, & ſuite de ce que deſſus; & dans l'un & dans l'autre cas, elle eſt remplie de ſon droit ſur la communauté.

C'eſt en ce cas, ce qui ſe pratique au châtelet, dans les comptes de communauté, ou bien elle fait dépenſe de la moitié du montant du legs, ce qui revient au même.

XIX. Par l'une ou l'autre de ces opérations les droits des conjoints ſur la communauté, ſont réunis dans l'équilibre; en effet, par le prélévement, par la délibation ſur la maſſe avant le partage d'icelle, la femme ſe remplit d'autant que ſon mari avoit diſpoſé, ou après avoir eu moitié dans toute la maſſe & faiſant enſuite dépenſe aux héritiers de ſon mari du montant de la moitié de la diſpoſition, elle ſe remplit pareillement puiſque cette moitié ſe paye par les héritiers du mari, qui pour moitié a diſpoſé du ſien.

On a déja vu que l'opération par délibation, ou la dépenſe pour moitié produiſent ſur ce le même effet; mais en ce cas, & ſi la communauté étoit inſuffiſante pour remplir la femme, elle a le droit particulier de faire révoquer le legs pour moitié.

XX. La diſpoſition que le mari feroit par ſon teſtament par forme de reſtitution, ne peut affoiblir les droits de la femme comme commune; c'eſt droit acquis qui ne peut être affoibli par le fait d'un tiers.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, num. 43, pag. 180.

SECTION IV.

Si la confiſcation, ſi la condamnation de dommages & intérêts nuiſent à la communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'effet d'une telle condamnation prononcée contre le mari.

XXI. La confiſcation de biens prononcée contre le mari, n'emporte confiſcation que de ſa moitié dans la communauté, non de la moitié appartenante à la femme; ainſi telle confiſcation ne nuit pas à cette derniere; le pouvoir du mari ne pouvant tendre qu'à adminiſtrer, mais non à dépouiller totalement ſa femme: cela eſt de droit commun.

Dupleſſis, traité des fiefs, liv. 8, ch. 1, pag. 65; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 84, p. 92; le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 3, num. 1 & 2, pag. 85; Dumoulin, ſur le trentieme article de la coutume, num. 74, a été d'avis contraire, mais ſon avis n'a pas été ſuivi; arrêt du 5 mars 1605, rapporté par Louet, let. C, num. 52: voyez le même auteur, lettre D, numero 31; Chopin, du domaine, titre 7, num. 13, où il rapporte l'ordonnance faite par Henri VI, roi d'Angleterre, qui tenoit lors, mais par uſurpation, la ville de Paris, en faveur des habitans d'icelle, regiſtrée en parlement, le 23 décembre 1434, mais qui n'eſt citée ici, & qui ne peut valoir, que parce qu'elle eſt conforme au droit commun du royaume, par laquelle il donne ce privilége aux femmes, de ne point perdre leur part dans la communauté: ce qui eſt conforme au ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 379; arrêt du 24 mai 1633, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 2, ch. 30: voyez encore l'arrêt du 30 décembre 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 17, où cette queſtion eſt doctement traitée; toutes ces autorités rendent la propoſition inconteſtable, ce que la ſuivante confirme encore, & il eſt étrange que cela ait pu former la matiere d'un doute qui tendoit à punir la femme du crime de ſon mari.

XXII. On a déja vu ce qui fonde cette propoſition; ſi le mari vit comme maître, il meurt comme aſſocié, & par la diſſolution de la communauté que ſa mort civile entraîne, la femme eſt ſaiſie de ſa moitié dans la communauté; ce qui confirme que la confiſcation de ſes biens ne nuit pas à la femme: ainſi les principes comme l'équité fondant la propoſition, il eſt étrange qu'elle ſoit contredite.

Voyez Bardet, tom. 2, liv. 1, ch. 9; les citations ſur la propoſition précédente; Bacquet, des droits de juſtice, chap. 15, num 90; le Prêtre, cent. 2, ch. 98; le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 2, ſect. 3, & Renuſſon, même traité, partie premiere, ch. 6, num. 46 & 51.

XXIII. Dans le cas de confiſcation des biens du mari, l'immeuble ameubli par la

femme n'entre pas même pour moitié dans la confiſcation, parce que cet ameubliſſement n'a pas été fait pour le fiſc, ce qui ſe ſoutient plus par équité que par principe; car enfin il eſt devenu conquêt & la confication doit rembourſer la moitié des conquêts, mais c'eſt une favorable & reſtrictive, interprétation qu'on donne à la clauſe d'ameubliſſement.

C'eſt l'opinion commune, & le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 186, num. 4.

XXIV. De-là il s'enſuit que la femme après une telle confiſcation reprend dans tous les cas la totalité de ſon propre ameubli, & ce qui auroit lieu dans le cas même qu'elle renonceroit à la communauté, & qu'il n'y auroit pas clauſe de repriſe en ſa faveur, & c'eſt en ce dernier cas où je trouve l'équité plus ſagement appliquée que dans celui de l'acceptation de la communauté; mais dans l'un & dans l'autre cas c'eſt plus équité que principe.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, pag. 186, num. 4, ci-deſſus cité.

XXV. A l'égard des dommages & intérêts, ou intérêts civils adjugés contre le mari, ils ſont à la charge de la communauté; ſa qualité d'adminiſtrateur les rends tels. Cela eſt rigoureux contre la femme mais inévitable de ſa part puiſque telles condamnations n'emportent pas diſſolution de la communauté, que la femme eſt obligé de prendre dans l'état que ſon mari la laiſſe au moment de ſa diſſolution, la premiere étant obligée de ſuivre la bonne ou mauvaiſe fortune de l'autre.

Arrêt du 7 ſeptembre 1624, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 27: voyez Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 87, pag. 92, & le Maître, pag. 253. Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 380; le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, pag. 186, num. 2; & telle eſt ſur ce la juriſprudence fondée non-ſeulement ſur les autorités précédentes, mais encore ſur les quatre dernieres citations faites ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction qui confirment celle-ci.

☞ Mais la femme peut ſe mettre à couvert de ces condamnations, en provoquant ſa ſéparation, & renonçant à la communauté: ce qui lui donne une hypothéque, du jour de ſon contrat de mariage & la rend préférable aux condamnations depuis intervenues.

DISTINCTION II.

De l'effet de ces condamnations contre la femme.

XXVI. La condamnation prononcée contre la femme qui emporte mort civile, emporte confiſcation de la moitié dans la communauté; ſauf la limitation ci-après en faveur du mari, qui ne peut être dépouillé de ſes droits par le fait de ſa femme, qui l'eſt ſeule des ſiens par ſon crime, mais ſans la moindre atteinte à ceux de l'autre.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 3, pag. 380; mais cela ne s'entend qu'avec la reſtriction ci-après: voyez la propoſition qui ſuit, qui limite celle-ci.

XXVII. Dans le cas de cette confiſcation tant que le mari vit il jouit de toute la maſſe de la communauté, nonobſtant la mort civile de la femme & la confiſcation de biens contre elle prononcée, parce que le fait de ſa femme ne peut lui faire perdre cette jouiſſance que la loi lui donne, autrement ce ſeroit le punir du crime d'autrui; ainſi telle confiſcation n'a ſon effet qu'après la mort de la femme, cela eſt de droit commun & ſoutient l'effet de la confiſcation comme les droits du mari.

Arrêt du 14 mai 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20, pag. 317: voyez le Maître, tit. 8, pag. 218; le Brun, traité de la communauté, pag. 188, mais on peut faire décréter les propres de la femme; le Maître, tit. 10 pag. 247; ainſi le mari en ce cas en perd la jouiſſance, ce qu'on verra ci-après, & ce pour des dettes qui ſont perſonnelles à la femme, ou pour des condamnations qui emportent mort civile.

XXVIII. De-là il s'enſuit que tant que mari vit, telle confiſcation n'embraſſe que la nue propriété de la part de la femme en la communauté, & non le fruit ou produit qui reſte au mari; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 3, pag. 415; avoit traité ce ſentiment d'abſurde, & vouloit auſſi que le crime de la femme réfléchît ſur le mari, ce qui étoit injuſte, ainſi que la cour l'a décidé par l'arrêt du 14 mai 1703: ce qui eſt encore conforme au ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 3, du ch. 5 de la coutume du Maine, où il va même plus loin, prétendant en ce cas que toute la maſſe de la communauté reſte au mari, *jure non decreſcendi*; ce qui ne me paroît pas conforme aux principes qui ſont tous conſervés en lui laiſſant ſa jouiſſance, mais non la propriété.

XXIX. A l'égard des dommages & intérêts adjugés contre la femme, en matiere criminelle, ils ne tombent point ſur la communauté, ils ſont reſſerrés ſur la nue propriété de ſes propres, tant que la communauté ſubſiſte, & le mari continue d'en jouir; ce qui n'eſt pas dans le cas de la mort civile de la femme qui emporte diſſolution de la communauté, & dépouille par conſéquent le mari de la jouiſſance des propres de ſa femme; jouiſſance qu'il n'avoit qu'à cauſe

de la communauté ; ce qui a été jugé par arrêt qu'on citera ci après.

C'eſt ce qui s'obſerve conformément au ſentiment de Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 92, & des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 4, pag. 393, qui rapportent pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé ; mais ſi le mari avoit autoriſé ſa femme, ſoit en agiſſant, ſoit en ſe défendant, la communauté ſeroit tenue des dommages & intérêts, & des dépens ; c'eſt ce qu'on juge au châtelet ; en effet, en ce cas la condamnation devient indirectement perſonnelle au mari.

XXX. Cela eſt fondé ſur ce que la femme par ſon fait ne peut engager la communauté, & que ſon droit ſur icelle n'eſt que virtuel & ne devient actuel que par la diſſolution & l'acceptation d'icelle ; ainſi ſon droit ſur la communauté eſt bien différent de celui qu'elle a ſur ſes propres qui eſt une pleine & actuelle propriété, que la confiſcation de biens prononcé contre elle embraſſe incontinent le mari, n'ayant droit d'en jouir qu'autant que ſa femme a celui de les poſſéder.

Mais par rapport à la jouiſſance des propres de la femme, la mort civile de la femme en dépouille le mari comme la mort naturelle ; ainſi jugé par l'arrêt du 14 mai 1703, ci-deſſus cité ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 188, num. 13 & ſuivans, où il examine cette queſtion : c'eſt au nombre 17 où il réſout, que dans le cas que la femme a encouru mort civile, le mari eſt privé de la jouiſſance de ſes propres, & c'eſt au num. 8, pag. 187, qu'il réſout que dans le cas que la condamnation prononcée contre la femme n'emporte pas mort civile, & par conſéquent diſſolution de communauté, que le mari continue pendant icelle communauté à jouir des propres de ſa femme : ce qui me paroît également juſte ; voyez Bacquet, des droits de juſtice, pag. 93.

XXXI. Il en eſt de même lorſque la femme autoriſée en juſtice a ſuccombé dans une inſtance au civil, les dépens, les dommages & intérêts contre elle adjugés ne tombent pas pareillement ſur la communauté, toujours par le même principe qu'elle ne peut engager ſon mari ni la communauté ; ce qui eſt abſolu & qui a lieu comme tel indépendemment de la nature de la pourſuite dans laquelle la femme auroit ſuccombée étant indiſtinctement certain que cette derniere, ne peut par ſon fait préjudicier à la communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 415, paroît faire difficulté ſur ce, & même incliner pour le parti contraire ſur le fondement que c'eſt le mari, qui, ſous le voile de l'autoriſation en juſtice, eſt l'auteur de ces ſortes d'inſtances ; mais c'eſt ſe livrer à l'arbitraire des conjectures ; & ſi le mari n'y a eu aucune part, ſeroit-il juſte d'en faire retomber le poids ſur la communauté ? auſſi en ce cas-là au châtelet on juge que de tels dépens ne tombent jamais ſur la communauté, ni même ſur les fruits des propres de la femme, tant que la communauté dure, mais ſeulement ſur la nue propriété d'iceux ; en effet, lorſque la femme eſt accuſée d'un crime, elle a eu en ce cas capacité pour eſter en jugement ſans autoriſation, même en juſtice ; cependant en ce cas les dépens adjugés contr'elle ne peuvent nuire à ſon mari ; c'eſt encore ce qui ſe ſuit au châtelet, conformément à l'art 220 de la coutume d'Orléans, & au ſentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 142, num. 26 ; de le Maître, pag. 264 : ce qui confirme encore la propoſition bien plus conforme aux principes que l'opinion ſinguliere de Dupleſſis qui eſt contraire à la lettre & à l'eſprit de la coutume.

SECTION V.

Comment la loi balance en faveur de la femme le pouvoir qu'elle accorde au mari ſur la communauté.

(Art. 227 & 228 de la coutume.)

XXXII. La loi tempere le pouvoir du mari de diſpoſer à ſon gré des conquêts de communauté, par deux priviléges qu'elle accorde à la femme ; priviléges que l'ordre veut qu'on poſe ici & qu'on approfondira par le chapitre 8 ci-après. Voilà ſur ces droits l'idée générale de la coutume.

Voyez les deux propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci, réduite à la régle générale.

XXXIII. Le premier eſt la faculté que la loi accorde à la femme contre la régle ordinaire des ſociétés de renoncer à la communauté, & cette faculté lui eſt bien juſtement accordée, puiſqu'elle doit ſuivre aveuglément l'adminiſtration de ſon mari, & n'a aucun pouvoir pour la critiquer ; impuiſſance qui a très-juſtement fondé la faculté quelle a de renoncer.

Cela eſt établi par le chapitre, où l'on traite de la diſſolution, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 237 de la coutume.

XXXIV. La femme n'eſt donc commune que pour profiter & non pas pour perdre, ſi ce n'eſt ſa miſe, qu'elle peut encore ſe conſerver en ſtipulant la faculté de la reprendre.

Sur cette faculté, voyez ci-après, on examine ſes effets.

XXXV. Le ſecond privilége qu'elle a, eſt qu'en acceptant, elle n'eſt tenue des dettes que juſqu'à concurrence de ſon émolument en icelle ; ce qui eſt traité ci-après dans ſon ordre, ainſi que l'effet du premier privilége qu'il ſuffit ici d'annoncer.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 228 de la coutume : voyez le ch. 8 de cette partie du préſent titre.

CHAPITRE SECOND.

DE LA RÉGIE DU MARI DES PROPRES DE SA FEMME.

SECTION PREMIERE.

QUELS ACTES D'ADMINISTRATION DES PROPRES DE SA FEMME SONT EN SA PUISSANCE, ET QUELS BAUX IL PEUT FAIRE.

(Art. 227 de la coutume.)

I. LE mari peut faire tous les actes d'adminiſtration concernans les propres de ſa femme, d'où il s'enſuit qu'il peut en faire les baux ſans la participation de ſa femme ; ce pouvoir a cependant des bornes qu'on expliquera, & ce pouvoir eſt une ſuite de la communauté qui embraſſe les fruits des propres & de la qualité du mari d'être ſeul adminiſtrateur.

Dupleſſis, traité de la communauté, l. 1, ch. 3, pag. 381 : voyez ſur toute cette ſection le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 4 ; ſur la puiſſance du mari relativement aux propres de ſa femme, voyez auſſi Loyſeau, liv. 5, ch. 2, depuis le num. 25 juſqu'au num. 35, pag. 286 & 287.

II. Venons à la limitation : ce pouvoir de faire les baux n'eſt pas indéfini, ceux des maiſons de Paris ne doivent être que de ſix années, & ceux des fermes & terres de neuf années ſeulement ; ſi le mari les faiſoit plus longs il excéderoit ſon pouvoir ; telles ſont les bornes que la coutume y a miſes.

C'eſt la prudente diſpoſition de l'art. 227 de la coutume : voyez le Brun, de la communauté, pag. 205, num. 30 & ſuivans ; & cela forme une eſpece de droit commun.

III. Il ne peut les faire par anticipation, à l'égard des maiſons, que d'une année, & à l'égard des fermes, que de trois ans ; autre limite à ſa puiſſance, mais les baux des propres de la femme étant ainſi faits, militent contre la femme, encore qu'elle eût renoncée à la communauté ; cela eſt une ſuite du pouvoir que la coutume donne au mari, pouvoir qui eſt abſolu & non conditionnel.

Cette propoſition & la précédente, ſont conformes à la pratique du châtelet, & eſt une ſuite néceſſaire du pouvoir que la coutume donne au mari.

IV. Si le mari les a fait pour plus longue durée, la femme ou ſes héritiers après la diſſolution de la communauté, peuvent en demander la réſolution pour ce qui en reſte à expirer ; ce qui ne ſeroit pas même ſi lors de la diſſolution il ne reſtoit du bail que la durée qu'il devoit avoir ; le tems l'a confirmé.

Je l'ai entendu pluſieurs fois juger ainſi au parc civil, & c'eſt le ſentiment de le Maître, pag. 256 : mais pour exciper de la nullité, je crois qu'il faut que la femme ſoit renonçante à la communauté ; car lorſqu'elle l'a acceptée les engagemens du mari réfléchiſſent contr'elle : ainſi dans le cas de l'acceptation, elle ſeroit la garante de ſa demande.

V. Le mari n'eſt pas garant de cette inexécution s'il n'a paſſé les baux qu'en qualité de mari ; dans ce cas la préſomption eſt, que le locataire a pris le bail à ſes riſques ; c'eſt droit connu, que ce dernier n'a pas dû ignorer.

C'eſt le ſentiment de Pontanus, en ſon traité des mariages ; celui de le Brun, de la communauté, pag. 205, addition au num. 30.

VI. A l'égard de l'anticipation elle n'eſt d'aucune conſidération lorſque le bail du propre de la femme a commencé à être exploité conſtant la communauté, parce qu'alors il y a approbation du bail dans un tems qu'il étoit permis au mari d'en faire un ; ce qui écarte entiérement la nullité qui n'étoit que relative au tems, & non abſolue.

Telle eſt la juriſprudence des ſentences du châtelet, qui eſt conforme au ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 25, num. 30, à la fin ; ainſi ce n'eſt pas le cas d'appliquer la régle, *quod ab initio vicioſum eſt tractu temporis convaleſcere non poteſt.*

SECTION II.

Que le mari eſt maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme, & de ſa dot mobiliaire.

VII. Le mari eſt maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme ; c'eſt une ſuite néceſſaire de ſa qualité de chef de la communauté ; en effet, l'objet de ces actions fait partie de la communauté dont la maſſe eſt confiée à l'adminiſtration du

mari ; l'exercice de ces actions eſt donc dans ſa puiſſance par la juſte qualité qu'il a de chef de la communauté.

Cela a lieu nonobſtant la minorité du mari ; le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 1, num. 44, pag. 181 : ce qui prouve d'autant plus la propoſition atteſtée par Dupleſſis, de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 382; & par le Maître, pag. 254: c'eſt droit commun.

VIII. Des deux propoſitions précédentes il réſulte que le mari eſt maître de toute la dot mobiliaire de la femme, & cela eſt ſans difficulté lorſque les effets mobiliers qui compoſent cette dot ſont eſtimés, & non ſtipulés propres ; ſtipulation même qui ſeroit quant à la limite à cette puiſſance ſans aucun effet, à moins que par la lettre de la clauſe telle ſtipulation ne tombât à plomb ſur la choſe même & ſur la réalité d'icelle, ce qui ſeroit bizarre entre les conjoints & ſans efficacité par rapport à des tiers.

In quibus dominium & periculum mariti eſt. Notes ſur Dupleſſis, pag. 388 : voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

IX. Cela eſt fondé ſur ce qu'en ce cas le mari n'eſt débiteur que du prix non de la choſe ; ce qui auroit encore lieu lorſqu'ils ont été ſtipulés propres & eſtimés ; car l'eſtimation, l'appréciation opére une eſpece de vente, & réduit la ſtipulation de propre ſur le montant du prix, & non ſur la choſe même ; mais ſi les effets mobiliers étant ſtipulés propres n'ont pas été eſtimés, ce qui ſeroit ſingulier, en ce cas le mari relativement à des tiers en diſpoſe valablement, parce qu'en matiere de meubles la poſſeſſion vaut titre, mais en ce cas il doit à ſa femme la reſtitution du prix de ces choſes au dire de ceux qui les ont vu ; la ſtipulation de propre devant toujours entre eux produire ſon effet.

In fundo autem non æſtimato dotalis propriè nuncupatur. Mais l'eſtimation de l'immeuble de la femme ne le met pas dans la diſpoſition du mari, comme on le verra par la ſection 4 ci-après ; cette eſtimation n'efface pas la qualité d'immeuble qui exclut tel bien de la communauté & de la diſpoſition du mari ; c'eſt la diſpoſition de la coutume qu'on développe par la ſection qui ſuit, & qui écarte toute application qu'on voudroit faire de quelques diſpoſitions du droit civil.

SECTION III.

Que le mari ne peut pas diſpoſer des propres de ſa femme.

(Art. 226 de la coutume).

X. La vente du propre de la femme faite par le mari ſeul eſt nulle, il n'a pour la faire ni pouvoir ni qualité, il ne fait pas partie de la communauté, & ſa puiſſance eſt limitée & ne s'étend que ſur les effets qui la compoſent ; ſage & prudente limite que la coutume met à ce pouvoir, qui conſerve à la femme une propriété que ſon état n'a pas tranſmis à l'autre.

Notes ſur Dupleſſis, de la communauté, pag. 394. Ce que le texte de la coutume rend inconteſtable.

XI. Par le même principe, la charge, l'hypothéque, la ſervitude qu'il a impoſée ſur le propre de la femme s'évanouiſſent de plein droit ; c'eſt la ſuite de ſon défaut de pouvoir ſur un tel bien, c'eſt la ſuite de la diſpoſition de la coutume.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, part. 2, du chapitre 4, pag. 394, & qui eſt de droit commun dans le pays coutumier.

XII. Cette nullité a lieu encore que la femme ou ſes héritiers euſſent accepté la commnnauté, ſauf les dommages & intérêts dont ils ſont tenus à cauſe de la communauté ; le droit qu'ils ont ſur icelle ne ſe confondant pas avec l'autre droit qui eſt diſtinct & ſéparé ; mais l'acceptation de la communauté fait tomber pour moitié les dommages & intérêts contre la femme, parce qu'ils ſont charge de la communauté qu'elle accepte.

Cela eſt conforme à la juriſprudence du châtelet, au ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 397, qui décharge même la femme des dommages & intérêts nonobſtant ſon acceptation de la communauté ; mais les auteurs des notes ajoûtées à ſon commentaire, pag. 395, font avec raiſon retomber ſur elle la moitié des dommages & intérêts ſi elle a accepté la communauté ; c'eſt auſſi le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 220, num. 32 ; dernier ſentiment qui me paroît bien meilleur que le précédent, n'y ayant que la renonciation à la communauté qui puiſſe décharger la femme des ſuites d'un acte qui eſt abſolument aux riſques de la communauté, & qui doit néceſſairement réfléchir contre elle par ſon acceptation ; voila les principes de la coutume dont on ne peut s'écarter.

XIII. On ne peut même quant à ce oppoſer à la femme ni à ſes héritiers valablement, ni décret ni preſcription qui n'a pu courir pendant la communauté ; c'eſt nullité légale, que le tems ne peut purifier, tout droit qui vient de la loi étant impreſcriptible.

Art. 28 du titre des preſcriptions de la coutume du Bourbonnois, art. 160 de celle de Reims ; le Brun, de la communauté, pag. 199, num. 19 ; & c'eſt un droit commun.

XIV. Cette nullité de la vente du propre de la femme ou de l'impoſition d'un droit

ſur icelui de la part du mari ſeul, réſulte du défaut de pouvoir de la part du mari; qui eſt le plus grand de tous les défauts, & qui anéantit ce qu'il a fait ſans droit ni qualité, ainſi que ſes ſuites: ce qui confirme tout ce que deſſus.

De cette incapacité abſolue du mari à donner atteinte aux propres de ſa femme ſans ſon conſentement, il s'enſuit que pour les dettes auxquelles la femme n'a pas parlé, les propres à elle appartenans ne peuvent pendant la communauté être ſaiſis réellement; le Brun, de la communauté, pag. 206, ſuite du num. 19; Dupleſſis, de la communauté, pag. 416, mais les fruits d'iceux peuvent être ſaiſis mobiliairement, tant qu'il n'y a pas de ſéparation de biens; tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que les fruits tombent en communauté, & que le mari eſt maître de tout ce qui la compoſe, comme on l'a déja établi, mais qui ne peut influer ſur le fonds qui n'eſt pas de la communauté, mais propre à la femme, propre dont elle ne peut être dépouillé ſans ſon conſentement.

SECTION IV.

Des propres de la femme dont le mari diſpoſe valablement, & du rembourſement qu'il peut recevoir des rentes de ſa femme.

XV. La vente du propre de la femme faite par le mari & par la femme, elle de lui autoriſée, eſt valable; mais le conſentement de la femme en eſt la vraie baſe, & ce conſentement de la vraie propriétaire joint à l'autoriſation qui leve ſon incapacité, la fait entiérement valider, ainſi différence entiere; ici capacité, & dans le cas de la ſection précédente, abſolue incapacité de la part du mari.

Cela eſt d'un uſage conſtant dans le pays coutumier & notamment à Paris; Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 4, pag. 397; le Brun, de la communauté, pag. 194, num. 15, & la propoſition ſuivante qui confirme encore celle ci.

XVI. Cela eſt fondé ſur ce que parmi nous la dot de la femme ni ſes propres ne ſont pas inaliénables; le concours des deux volontés fait donc ſur ce une vente parfaite, l'inaliabilité a plus d'inconvénient que de ſage politique, & le préjugé la ſoutient peut-être plus que la raiſon.

Voyez les ordonnances & les arrêts rapportés ſur l'autoriſation & les effets que l'autoriſation produit, ils contiennent la preuve de cette propoſition qu'il a fallu poſer ici, ſauf à l'établir dans ſon ordre.

XVII. L'impuiſſance ci-deſſus reçoit une exception: lorſque l'un des propres de la femme a été ameubli, le mari ſeul en diſpoſe valablement, parce que l'ameubliſſement le rend conquêt de communauté, comme on l'a déja vu en examinant le droit du mari ſur les conquêts, ce qu'il faut néceſſairement reprendre en examinant ſon droit ſur les propres de la femme; qualité de conquêt qui fonde la capacité du mari qui ſouffre une exception, mais qui eſt peut-être plus favorable que juridique; elle attire mon reſpect, ma ſoumiſſion, non ma perſuaſion.

Il faut excepter, comme on l'a déja dit, le cas que l'ameubliſſement auroit été fait par une femme mineure, & que le contrat de mariage contiendroit en ſa faveur la clauſe de repriſe, parce qu'en ce cas il ſe trouveroit que le mari auroit diſpoſé d'un propre de ſa femme ſans ſon conſentement: cela a été ainſi jugé par ſentence rendue au parc-civil du châtelet, du 19 décembre 1699, elle a été déja ci-deſſus citée; juriſprudence qui eſt peut-être plus prévoyante pour les intérêts du mineur que juridique; car elle tend à dénaturer un certain bien qui par la convention légitime eſt devenu conquêt de communauté, & qui en cette qualité doit être dans la diſpoſition du mari.

XVIII. Quoique le mari ne puiſſe diſpoſer du propre de ſa femme, il peut lorſqu'il eſt majeur recevoir ſeul le rembourſement d'une rente conſtituée au profit de ſa femme; un tel acte eſt plutôt de ſa part adminiſtration qu'aliénation; qualité qui fonde une telle réception, & ſans ce pouvoir un refus ſouvent capricieux de la part de ſa femme nuiroit à ſa communauté, mais pour cela il faut qu'il ſoit majeur, parce que cette qualité fonde irrévocablement le remploi.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 4, pag. 195, num. 16; de Tronçon, ſur l'art. 226 de la coutume, où il atteſte l'uſage du châtelet, qui n'eſt pas abſolument tel; cependant je crois que c'eſt le bon parti, mais par l'abus qu'on fait du principe, que le mari n'eſt pas maître des propres de ſa femme, je conſeillerai toujours de lui faire ſigner la quittance; en effet, Dupleſſis, pag. 397, & le Maître, pag. 254, ſont d'avis contraire, c'eſt-à-dire, qu'ils penſent que le mari ſeul ne peut recevoir le rembourſement d'une rente conſtituée appartenante à ſa femme; les auteurs des notes ſur le commentaire du premier, traitent cette queſtion depuis la page 397, juſqu'à la page 401, ſans ouvertement la décider; quelques procureurs du châtelet ſe font encore ſur ce quelques ſcrupules; mais les avocats penſent que le mari majeur eſt capable de recevoir un tel rembourſement par la raiſon déciſive, qu'il eſt un acte d'une néceſſaire adminiſtration; c'eſt mon ſentiment ſur le droit, & ce n'eſt que par le préjugé de quelques perſonnes que j'y ajoûte une précaution quoique ſurabondante, & qu'il ne faut remplir que par la crainte que la raiſon & la juſtice ne faſſent pas une égale impreſſion ſur tous; inconvénient qui eſt la ſource de la multiplication des formes.

☞ La queſtion de ſavoir ſi le mari peut recevoir ſeul le rembourſement d'une rente conſtituée au profit de ſa femme n'étoit pas ſans difficulté dans l'ancienne juriſprudence, mais actuellement il eſt conſtant que le mari a cette faculté, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rendu ſur les

conclusions de M. l'avocat général Chauvelin, le 4 janvier 1714, par autre du 21 janvier 1761, rendu *consultis classibus* en la premiere chambre des enquêtes, au rapport de M. Delaverdy, & enfin par un troisieme du 3 juin de la même année 1761, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury.

XIX. Suivons notre opinion : ce qui établit la validité d'un tel remboursement est que c'est un acte d'administration dans lequel le mari suit la volonté du débiteur de la rente & non la sienne, que tout est forcé de sa part ; ce qui réduit son fait à un acte d'administration dont on ne peut le dépouiller sans s'écarter de la coutume ; pourquoi donc balancer sur ce parti, que cette loi manifeste, je n'en vois pas la raison ?

Voyez de Renusson, en son traité des propres, ch. 4, sect. 10, num. 24, pag. 482, où il estime que nonobstant un tel remboursement fait au mari, la femme après la dissolution de communauté peut poursuivre celui qui a fait un tel remboursement ; ce qui me paroît injuste en soi & contraire aux principes ; ce n'est pas commenter la coutume, c'est la changer que soutenir une telle opinion.

XX. Mais lorsqu'il est mineur il ne le peut à moins que la femme ne parle avec lui dans la quittance ; sa minorité ne lui laissant de capacité que pour les revenus & le mobilier, non pour les fonds, par conséquent, en ce cas il est incapable de recevoir un tel remboursement qui détruit par sa minorité, laisseroit la femme sans action de remploi, & le débiteur sans une parfaite libération.

Le Brun, de la communauté, pag. 197 ; & en effet ne pouvant le faire pour lui-même, comment le feroit-il pour un autre ?

XXI. En ce cas de minorité même il reçoit valablement le remboursement, mais conjointement & avec sa femme, parce que le mari mineur autorise valablement sa femme majeure ; cela est établi au chapitre de l'autorisation ci-après, & sur le titre des restitutions en entier ; ainsi en ce cas sa capacité est entiere & la libération du débiteur est parfaite, puisqu'il a quittance de sa créanciere dûement autorisée, quittance qui fait sa pleine décharge tant quelle subsiste, mais qui s'anéantiroit par la restitution du mari.

L'arrêt du commissaire Hubert a jugé que le mari mineur autorise valablement sa femme majeure, & qu'il n'y avoit que la restitution prononcée en faveur du premier qui put anéantir l'engagement de l'autre ; cet arrêt est cité dans son ordre en traitant de l'autorisation, & fonde la proposition.

SECTION V.

Si l'estimation du propre de la femme rend le mari maître d'en disposer.

XXII. Malgré cette estimation il ne peut seul disposer du propre estimé, il n'en a que la simple administration ; ainsi quant à la vente, telle estimation n'est d'aucune considération, autrement ce seroit ajouter au contrat.

L'estimation ne rend le mari maître que du mobilier estimé & non de l'immeuble ; le Brun, de la communauté, pag. 208, num. 37 & suivans ; & telle est l'opinion commune ; en effet, & comme on l'a déja dit, telle estimation ne dénature pas le bien qui par sa qualité est hors la disposition du mari.

XXIII. Si tel propre est vendu, le remploi est du prix de la vente & non de l'estimation, parce qu'il appartenoit toujours à la femme, & que par conséquent il augmentoit ou diminuoit pour elle ; c'est donc le prix de l'aliénation qui est seul à considérer & non l'estimation.

Une telle estimation ne rend pas même indistinctement en pays de droit écrit le mari maître du fonds dotal ; voyez Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 50 ; ce qui parmi nous prouve d'autant plus la proposition.

XXIV. Cette estimation n'opére que relativement aux cohéritiers de la femme, lorsqu'elle ne peut plus rapporter l'immeuble en nature ; voilà le seul effet d'une telle estimation, c'est le montant du rapport. Cependant l'estimation du propre ameubli porté par le contrat de mariage opére relativement au mari & à la communauté dans laquelle il est tombé, étant par l'ameublissement devenu conquêt si l'immeuble a été vendu ; ainsi dans le cas de la vente & de la faculté de la reprise, le mari n'est tenu que conformément à l'estimation ; c'est la loi réciproque que les conjoints se font faite, c'est pour cette somme que la communauté l'a pris, c'est donc pour ou contre elle qu'il doit augmenter ou diminuer.

Voyez le chapitre de l'ameublissement où il est prouvé que l'ameublissement forme un conquêt, & la proposition qui suit qui explique l'effet de celle-ci.

XXV. De-là il s'ensuit que si la femme en exerce la reprise dans le cas qu'il auroit été vendu par le mari, elle n'en répéte que l'estimation, parce que l'héritage ainsi ameubli & estimé, est par l'ameublissement devenu aux risques de la communauté ; ce qui réduit sa reprise au montant de l'estimation, toute abstraction faite du montant du prix

de la vente, ſauf ſon droit réel, ſi il n'y a pas eu de vente, auquel cas ſa repriſe tombe ſur la choſe même.

Mais ſi tel héritage n'avoit pas été vendu elle pourroit le reprendre, il m'a paru que telle étoit l'opinion commune au châtelet; l'eſtimation en ce cas ne pouvant avoir trait qu'à la vente & non à la repriſe, lorſque la femme en a la faculté, car l'action que cette faculté lui donne tombe d'abord ſur la choſe même avant de tomber ſur ſa valeur ou ſur ſon eſtimation; tel eſt le véritable effet d'une telle clauſe.

SECTION VI.

Que le mari n'eſt pas maître des actions immobiliaires de ſa femme, & ne peut remettre des droits immobiliers à elle appartenans, ni tranſiger ſeul ſur iceux.

XXVI. Comme le mari n'eſt pas maître des propres de ſa femme, de même il n'eſt pas maître de ſes actions immobiliaires; cette derniere impuiſſance eſt ſuite de l'autre: De-là il s'enſuit qu'il ne peut ſeul accepter ou répudier une ſucceſſion échue à ſa femme; tel droit étant un droit immobilier, & autrement il donneroit atteinte aux propres de la femme, ce qu'il ne peut faire.

Actio quæ tendit ad immobile immobilis eſt. Voyez le titre des actions, Louet & Brodeau, let. M, num. 25; le Brun, de la communauté, pages 202 & 203, & telle eſt la juriſprudence du châtelet. Voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, chap. 4, num. 12, page 39.

XXVII. Cela auroit lieu encore que la ſucceſſion fût toute mobiliaire & que le contrat de mariage ne contînt pour ce aucune ſtipulation de propre; en effet, une univerſalité de meuble eſt regardée comme immobiliaire, & l'acceptation iroit à charger & hypothéquer tous les propres de la femme, ce que le mari ne peut faire; ſon impuiſſance ci-deſſus milite donc pour ce cas-ci.

Sapit quid immobile. Voyez Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 402, où, ſans diſtinguer ſi la ſucceſſion eſt mobiliaire ou immobiliaire, il dit indiſtinctement que le mari ne peut ſeul accepter ou répudier une ſucceſſion échue à ſa femme; ce qui eſt conforme à l'uſage du châtelet.

XXVIII. Par le même principe il ne peut ſeul procéder au partage des biens d'une ſucceſſion échue à ſa femme, ni intenter ſeul une demande en licitation d'un immeuble dans lequel la femme a portion; ces actions étant des actions immobiliaires.

Lorſqu'il le fait, on déclare au châtelet la procédure nulle; ni intenter aucune action réelle de ſon chef, ſi elle n'eſt pas en qualité; le Brun, de la communauté, page 204, num. 28, & 206, num. 31. Cela eſt ſuite de ce que deſſus.

XXIX. Dans l'un & l'autre cas le mari & la femme doivent agir conjointement, ſinon cette derniere ſi elle veut agir, doit ſe faire autoriſer en juſtice au refus de ſon mari; ce qui a lieu pour toute action immobiliaire compétante à la femme; le refus du mari pour concourir avec elle dans l'exercice d'une telle action, ou de l'autoriſer pour l'exercer elle-même, ne pouvant nuire à la femme.

Tel eſt l'uſage au châtelet; Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 402, confirme cet uſage.

XXX. Du même principe il s'enſuit que le mari ne peut ſeul intenter un retrait lignager du chef de ſa femme, ſauf l'explication qui ſuit; ſeconde application du principe ſur les actions immobiliaires compétantes à la femme, & que la coutume n'a pas laiſſé à ſon adminiſtration; mais comprenant ſa femme dans la demande, il peut l'exercer contre ſon gré.

Il ne le peut ſeul, c'eſt-à-dire, ſans le nom de ſa femme & ſans expliquer que c'eſt du chef de cette derniere; mais exerçant le retrait, tant en ſon nom, qu'au nom de ſa femme, & à cauſe d'elle, il peut l'exercer ſans la participation & même contre la volonté de cette derniere; note ſur Dupleſſis, déſignée par la lettre H, traité du retrait, ch. 1, pag. 280; le Brun, de la communauté, pag. 206, num. 32: ce que je crois très-juridique, le refus de la femme ne devant nuire à la communauté dont il eſt chef.

XXXI. Il faut en ce cas que l'exploit contienne le nom de la femme comme demanderelſe, & qu'il contienne que c'eſt du chef de la femme que le retrait eſt intenté; c'eſt forme juſte mais qui n'affoiblit en rien le droit au fonds de la communauté, dont le mari eſt le chef & le ſouverain régiſſeur.

Cela s'obſerve très-ſcrupuleuſement au châtelet, & ſans cela on y juge qu'il y a nullité; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 402, qui confirme cette juriſprudence ſur cette matiere, où la forme n'emporte le fonds que trop ſouvent.

XXXII. Il ne peut déguerpir le propre de ſa femme ni donner ouverture à ſa confiſcation, à moins qu'il n'ait été ameubli; tout cela naît du même prncipe, c'eſt le troiſieme cas dans lequel il s'applique; & la confiſcation ne va pas même à dépouiller la femme du propre ameubli lorſqu'elle a la faculté de le reprendre, il n'a été fait que pour opérer une balance.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 201, num. 23 & 24; & tel eſt pour ce double cas l'uſage du châtelet.

XXXIII. Venons aux compoſitions qui peuvent être en ſa puiſſance: le mari ne peut remettre un droit de confiſcation acquis à ſa femme par félonie, ce ſeroit aliéner

ner que de le faire de ſa part ; quatrieme application du principe ; mais il en eſt autrement de la confiſcation pour crime, c'eſt fruit dont le mari eſt maître, il peut donc par conſéquent en faire la remiſe.

Cela s'entend dans le cas que la confiſcation ne tombe pas au profit de la communauté, ſur quoi il faut voir ci-deſſus les fruits & revenus qui tombent en communauté ; le Brun, de la communauté, pag. 129, num. 17 ; ainſi il pourroit remettre une confiſcation pour crime, c'eſt profit de juſtice, qui tombant en communauté, eſt entiérement confié à ſon adminiſtration.

XXXIV. Il ne peut par le même principe prêter aucun conſentement au ſujet d'immeubles ou d'actions immobiliaires appartenans à ſa femme, & la tranſaction qu'il feroit ſeule ſur ce ſeroit nulle ; cinquieme application du même principe ; la nature de ces objets fonde l'impuiſſance du mari.

Voyez le Brun, de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 2, diſtinct. 3, num. 9, pag. 109 ; Dupleſſis, même traité, pag. 402, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXXV. Dans tous ces cas, ce que le mari auroit fait, eſt nul relativement à la femme quoiqu'elle ait accepté la communauté ; ſauf l'action en dommages & intérêts ; cela eſt ſuite de ce que deſſus, & de l'effet de ſon acceptation qui fait réfléchir les engagemens du mari contre elle ; mais tant que la communauté dure, elle ne peut agir pour ce, autrement elle troubleroit la communauté dont le mari eſt le ſeul chef.

Cela ſe juge ainſi au châtelet, fondé ſur les principes ci-deſſus expliqués.

XXXVI. Cependant en obtenant ſéparation des biens, elle peut agir, la ſéparation emportant diſſolution de la communauté ; diſſolution qui lui rend l'exercice de tous ſes droits, & par conſéquent celui d'agir pour la conſervation & l'exercice d'un droit qui lui eſt perſonnel.

Cela même eſt regardé au châtelet comme un juſte motif de ſéparation, lorſque par l'acte que le mari a paſſé, il paroît qu'il a donné atteinte aux droits de ſa femme, mais ceſſante la ſéparation de biens elle ne peut agir pour ce qu'après la diſſolution de la communauté.

SECTION VII.

Que le mari peut recevoir la foi des vaſſaux, nommer aux bénéfices & offices dépendant du fief de ſa femme.

(Art. 233 de la coutume.)

XXXVII. Le mari peut recevoir la foi & hommage des vaſſaux de ſa femme ; c'eſt adminiſtrer que de le faire : cet acte eſt donc dans ſa puiſſance, puiſqu'il ſe réduit de ſa part à une juſte & légitime adminiſtration.

Dumoulin, ſur l'art. 250 de la coutume de Senlis ; le Brun, de la communauté, pag. 194, num 12, & cela ſe pratique ainſi au châtelet : c'eſt même droit commun.

XXXVIII. Il peut ſaiſir féodalement le fief ouvert & mouvant de celui de ſa femme ; même raiſon que ſur la précédente propoſition ; c'eſt adminiſtration ; cela eſt ſuite de ſa jouiſſance qui embraſſe le droit de la mutation au payement duquel une telle pourſuite tend.

Sa capacité pour ce eſt fondée ſur ce que le droit de la mutation tombe dans la communauté, dont la loi le conſtitue le chef, ce qui eſt établi dans ſon ordre ; & ſur ce que la loi nous donne toutes les actions qui nous ſont néceſſaires pour l'exercice du droit dont elle nous ſaiſit ; voyez ſur la forme d'une telle ſaiſie, la propoſition qui ſuit : voilà d'abord le principe.

XXXIX. Mais pour la validité d'une telle ſaiſie elle doit contenir le nom de la femme, & le mari doit y faire énoncer que c'eſt en qualité de mari d'une telle dame qu'il fait faire la ſaiſie féodale ; c'eſt une juſte forme qui ménage tous les intérêts : le vaſſal devant être inſtruit de ce qui lui eſt demandé & de la capacité de celui qui le lui demande.

Le Brun, de la communauté, pag. 194, num. 13.

XL. Le moyen qui fonde cette capacité du mari, eſt donc que ces actes ſont des actes d'adminiſtration, puiſque par iceux il tend à faire payer à la communauté un droit qui lui appartient.

Voyez Dupleſſis, des fiefs, liv. 5, ch. 7.

XLI. Le mari a la nomination aux offices dépendans du propre de ſa femme, & il a pareillement la nomination aux bénéfices dépendans du propre de ſa femme ; en effet, ces actes ſont actes d'adminiſtration, & quoique ces droits ſoient extraordinaires & non annuels, ils tombent dans l'uſufruit qui appartient au mari ; droit d'uſufruit qui fonde cette capacité : cet uſufruit embraſſant tant les fruits annuels que les fruits accidentels.

Loyſeau, traité des offices, liv. 5, ch. 2, num. 33 & 34, pag. 287 ; le Brun, de la communauté, pag. 193, num. 9.

XLII. Mais il doit faire telle nomination, telle préſentation, au nom & comme mari de la dame d'un tel fief, & en cela il ne fait que des actes d'adminiſtration, & non

des actes d'aliénation; mais il excéderoit sa puissance si il faisoit ces actes en son nom seul, parce que sans cela il donneroit atteinte à un droit, qui au fond & pour l'avenir appartient à sa femme.

Le Brun, au nombre cité ci-dessus. Voyez ci-dessus le titre des offices, où cela a été établi.

XLIII. Du principe ci-dessus expliqué, que les revenus des propres de la femme tombent en communauté, & que le mari est maître de ces fruits, comme faisant partie de la communauté dont il est le chef, il s'ensuit que le mari est capable de recevoir tous les profits de fiefs venant du chef de sa femme; cela est suite de cette même puissance: cela est de droit commun, & résulte sensiblement de ce que dessus.

Cela est d'un usage constant au châtelet, & s'établit évidemment par tout ce que dessus

XLIV. De-là il peut & sans la signature de sa femme, donner quittance de tous les droits de mutation qui sont dûs à cause du fief de sa femme, parce que tous ces profits, tous ces droits font partie de la communauté dont il est chef, & fruits quoique casuels qui tombent en icelle irrévocablement; & il peut même intenter un retrait féodal à cause du fief dominant, appartenant à sa femme: cela étant encore administration, sauf le droit de mouvance de la femme sur le fief ainsi retiré.

C'est la disposition de l'art. 331 de la coutume de Poitou, le sentiment de le Brun, de la communauté, pag. 194, num. 11, & c'est une conséquence inconteſtable de tout ce que dessus, & une espece de droit commun.

CHAPITRE TROISIEME.

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME DE CONTRACTER SANS L'AUTORISATION DE SON MARI.

(Art. 223 & 324 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE CETTE INCAPACITÉ CONSIDÉRÉE RELATIVEMENT AUX INTÉRETS DU MARI, ET QUAND LA FEMME L'ENGAGE LUI-MÊME SANS AUTORISATION.

I. LA coutume établit ici une incapacité salutaire: la femme en puissance de mari, ne peut contracter aucun engagement sans l'autorisation de son mari, le mariage la mettant sous sa puissance; c'est une disposition prudente, qui, maintenant la paix, conserve encore les biens dans la communauté, en la mettant à couvert de l'inexpérience, de la légéreté, & des caprices de la femme qui auroient pu ruiner la communauté.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 382, 383 & 384, & les notes aux mêmes pages; le Brun, au même traité, liv. 2, ch. 1, sect. 1, pag. 136: ce qui a lieu pour les actes sous seing privé; le Maître, pag. 258; en effet l'art. 234 de la coutume, qui contient cette incapacité, est général. On ne peut donc sur cela distinguer ces derniers, auxquels la femme pourroit donner la date qu'elle voudroit.

II. Cette incapacité ayant pour motif principal l'intérêt du mari, il la fait cesser en autorisant sa femme; autorisation qui léve l'incapacité de cette derniere, autrement ce qui a été principalement introduit en sa faveur, se repliroit & opéroit contre lui-même, & souvent contre l'ordre public.

Cette autorisation rend même la femme domiciliée dans la ville de Lyon & pays circonvoisins, capable de contracter, nonobstant la prohibition de la loi *Julia*, *de fundo dotali non alienando*. Voyez la déclaration sur l'édit de 1606, & l'arrêt du 20 août 1664, rapporté dans le second volume du journal des audiences, liv. 8. ch. 24. Mais le feroit-elle, si par le contrat de mariage il étoit dit qu'elle ne pouvoit s'engager pour son mari? oui, parce qu'autrement, telle clause seroit un piége pour le public; le Brun, de la communauté, pag. 214, num. 6: ce qui me paroît très-judicieux & très-conforme à l'ordonnance citée. En un mot, le mariage n'opére contre la femme, qu'une interdiction relative & non entiérement absolue, mais qui est absolue faute d'autorisation.

III. Cette autorisation absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité de la femme, ne peut être suppléée par aucun autre terme, elle doit être expresse; c'est rigueur à laquelle il faut se tenir, quoique l'exacte raison semble la rejetter; mais cette rigueur est salutaire, c'est condition qu'il faut exactement remplir.

Cela s'obſerve très-ſcrupuleuſement & très-inviolablement au châtelet. Voyez la ſect. 7 ci-après, où cela eſt développé.

IV. De-là il s'enſuit que tout engagement contracté par une femme en puiſſance de mari eſt nulle, d'une nullité abſolue, radicale & ſans réſerve; c'eſt-à-dire, qu'elle eſt telle autant à ſon égard & celui de ſes héritiers, qu'à l'égard de ſon mari; c'eſt diſpoſition abſolue dès qu'il n'y a pas d'autoriſation.

Sur la queſtion de ſavoir ſi l'autoriſation du mari en pays de droit écrit autre que la ville de Lyon & pays circonvoiſins, rend la femme habile à contracter, & ſi la renonciation de la femme au privilége réſultant en ſa faveur de la loi *Julia*, fait ceſſer la prohibition: voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 3, queſt. 8, & tom. 2, liv. 4, queſt. 27; & Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 155 & ſuivantes; par l'autoriſation, le fonds dotal peut être valablement aliéné, & même en Auvergne, où le fonds dotal eſt inaliénable; il ceſſe d'être tel pour tirer le mari de priſon, lorſque les deux conjoints n'ont nuls autres biens; arrêt du 21 juin 1707, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 29, pag. 64.

V. Du même principe que la femme ſans autoriſation, eſt incapable de contracter aucun engagement, il s'enſuit qu'une donation de ſa part ſans autoriſation eſt nulle: ce qui eſt ſans difficulté, puiſque la donation eſt l'aliénation la plus onéreuſe qu'elle puiſſe faire.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 5, num. 360, pag. 78: ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

☞ De même la femme ne peut accepter aucune donation ſans y être autoriſée par ſon mari; tel eſt le vœu de l'art. 9 de l'ordonnance de 1731, qui porte, que les femmes mariées, même celles qui ne ſeront communes en biens ou qui auront été ſéparées par ſentences ou par arrêt, ne pourront accepter aucunes donations entre-vifs ſans être autoriſées par leurs maris, ou par juſtice à leur refus. La même ordonnance n'excepte de cette autoriſation que les donations faites par contrat de mariage aux conjoins & à leurs enfans.

VI. Du même principe, il s'enſuit que ſi la femme en puiſſance de mari a paſſé ſeule une obligation pour étoffes à elle fournies, telle obligation eſt nulle; cette clauſe ne pouvant la purifier de ſon vice radical; autrement ce ſeroit contre la diſpoſition de la coutume, la rendre maîtreſſe de ruiner la communauté, ſauf le droit du marchand, ſi la communauté a profité.

D'Argentré, ſur l'art. 424 de la coutume de Bretagne, gloſ. 2, num. 2; les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 382, atteſtent que ce ſentiment eſt d'uſage, ce qui requiert une explication: car ſi le marchand juſtifioit de *in rem verſum*, & que le mari en a profité, preuve à la vérité très-difficile, en ce cas le mari ne ſeroit pas déchargé; & dans la théſe générale, on ne le décharge de ce au châtelet, qu'en affirmant qu'il n'a pas profité, & qu'il a fourni à ſa femme ce qui eſt néceſſaire pour ſon entretien: juriſprudence qui eſt tout enſemble exacte & judicieuſe, & c'eſt ce qui forme la derniere propoſition de la ſection qui ſuit, & ce qui concilie la lettre & l'équité dont la coutume n'a pas entendu s'écarter.

☞ Dans le cas où les fournitures ont été faites à la femme perſonnellement, & pour ſon entretien, on décharge le mari, en affirmant qu'il n'a point donné d'ordre de faire les fournitures, ni promis de les payer. Et dans le cas où elles ont été faites pour le ménage, il eſt déchargé en affirmant avoir donné deniers ſuffiſans pour la dépenſe du ménage; c'eſt ce qui a été jugé en faveur du prince Lambeſc par un arrêt du premier août 1727.

VII. Tout ce que deſſus reçoit une exception; en effet, la femme qui n'eſt pas marchande publique, mais qui agit dans le commerce de ſon mari, comme ſa propoſée, engage ſon mari, comme un garçon l'engageroit, quoiqu'elle ne s'engage pas elle-même; cela eſt ſuite néceſſaire de la confiance de ſon mari, & même de la juſte opinion du public, ſur cette confiance qu'il y a toujours lieu de préſumer; c'eſt ordre public que cette exception, qui eſt exactement conforme à l'eſprit de la loi.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & eſt atteſté par le Brun, de la communauté, page 138, num. 70, & par le Maître, page 262.

SECTION II.

Des limitations à cette incapacité, & quels ſont les maris qui ſont incapables d'autoriſer.

VIII. Nonobſtant l'inhabilité ci deſſus, la femme en puiſſance de mari peut faire ſa condition meilleure ſans autoriſation; d'où il s'enſuit que quoique le contrat qu'elle a paſſé ne ſoit pas obligatoire de ſa part, il ſubſiſte en ſa faveur; cela eſt auſſi juridique qu'équitable, celui qui a contracté avec elle, ne pouvant être préſumé avoir ignoré ſa qualité.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que nul ne peut exciper du droit d'un tiers; ce qui reçoit la limitation qui ſuit.

IX. Cependant elle ne peut valablement accepter une donation, encore qu'elle fut pure & ſimple, parce qu'une donation, quoique pure & ſimple & ſans charge expreſſe, emporte toujours un engagement réciproque & une charge tacite, & le lien réciproque eſt de l'eſſence de cet acte; mais cela eſt bien rigoureux, étant peu conforme à l'équité & à la raiſon, qui ſemblent conduire au parti contraire.

Voyez le titre des donations, où cela eſt établi, & l'ordonnance ci-deſſus citée.

X. Quoique l'obligation que la femme a paſſé ſeule pour étoffes ſoit nulle; cependant comme le mari doit entretenir la femme ſuivant ſon état & ſa fortune, & que perſonne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, le mari n'eſt déchargé d'une telle obligation, qu'en affirmant qu'il fournit à ſon épouſe toutes les choſes qui lui ſont néceſſaire, comme on l'a déja obſervé.

Cela eſt établi ſur l'avant-derniere propoſition de la ſection précédente.

XI. Voyons à préſent quels ſont les maris qui peuvent autoriſer : pour que le mari puiſſe valablement autoriſer ſa femme, il faut qu'il ait les droits de citoyen, s'il les a perdus, il n'eſt plus capable de cet acte, il eſt hors la ſociété civile, & la femme rentre dans ſes droits.

Voyez ci-deſſus le titre de la mort civile, & les propoſitions ſuivantes.

XII. De-là il s'enſuit que le mari mort civilement, ne peut plus valablement autoriſer ſa femme, puiſque la mort civile l'a retranché de la ſociété; c'eſt droit commun.

Le Brun, de la communauté, liv. 2, chap. 1, ſect. 2, num. 12, pag. 144.

XIII. Mais la ceſſion de biens ne rend pas le mari incapable de ce faire; elle ne lui fait pas perdre les droits de citoyen, & par conſéquent en ce cas, la femme reſte toujours ſous ſa puiſſance.

Charondas, ſur l'art. 223 de la coutume; notes ſur Dupleſſis, pag. 383; le Brun, de la communauté, pag. 145, num. 14.

XIV. Il en eſt de même de la ſéparation de biens, elle ne dépouille pas le mari du pouvoir d'autoriſer ſa femme pour les actes d'aliénation, parce que ni l'un ni l'autre ne font ceſſer la puiſſance du mari, & n'emporte pas mort civile.

Cela eſt d'un uſage conſtant au châtelet, ce qui ne s'entend que des actes d'aliénation; car à l'égard des actes d'adminiſtration, la ſéparation en rend la femme capable, comme on le verra ci-après dans ſon ordre.

XV. De-là il s'enſuit que la femme ſéparée de biens, ne peut faire aucun acte d'aliénation ſans autoriſation de ſon mari, & que ſi elle le fait l'acte eſt nul : telle ſéparation la laiſſant dans ſon incapacité légale.

Mais elle peut eſter en jugement ſans l'autoriſation de ſon mari; cela eſt encore d'uſage au châtelet, & cela réſulte de la coutume.

SECTION III.

Que le mari, quoique mineur, autoriſe valablement ſa femme majeure.

XVI. Le mari mineur autoriſe valablement ſa femme majeure, la loi ne diſtinguant pas; en effet, cet acte de ſa part eſt d'adminiſtration, ſauf la limitation qui ſuit, & qui concerne la reſtitution en entier, que le mari mineur obtiendroit contre ſa quittance contenant ſon autoriſation.

Arrêt rapporté par de Montholon, chap. 113. Il y en a un plus récent; il eſt rapporté ſur la troiſieme propoſition. Voyez les notes ſur Dupleſſis, pag. 382. Cette capacité du mari mineur eſt encore atteſtée par le Prêtre, cent. 2, chap. 65. Voyez le journal du palais, tom. 3, pag. 1 de l'édition *in-4°.* & page 409 du premier volume de l'édition *in-fol.* de 1701; le journal des audiences, tom. 3, liv. 7, chap. 11. Voyez auſſi le Brun, de la communauté, pag. 143.

XVII. Mais ſi le mari obtient reſtitution en entier contre l'autoriſation, l'engagement de la femme devient nul; parce qu'en ce cas, il devient ſans baſe, puiſque la coutume la rend abſolument incapable de contracter ſans autoriſation; autoriſation que la reſtitution en entier du mari anéantit : pourquoi dans le cas du rembourſement d'une rente appartenante à la femme majeure, & qu'elle reçoit avec ſon mari mineur qui l'autoriſe, le débiteur eſt bien fondé à demander un emploi.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 61, en rejettant l'opinion de Chopin, qui avoit prétendu que le mari mineur ne pouvoit autoriſer valablement ſa femme majeure, dit que le mineur n'étant pas incable de contracter, ne peut l'être d'autoriſer un autre qui contracte, pourvu qu'il n'obtienne lettres pour ſe faire relever : raiſonnement qui eſt très-conſéquent. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XVIII. En effet, en ce cas de reſtitution en entier de la part du mari contre ſon autoriſation, qui eſt la baſe de l'engagement de la femme; cet engagement manque, la volonté de la femme étant toujours cenſée confondue dans celle de ſon mari, & ne s'étant engagée que ſous la condition d'une indemnité, que la reſtitution en faveur de ſon mari fait ceſſer, l'un ne doit ſubſiſter ſans l'autre; double preuve de ce que deſſus, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas le débiteur de la rente eſt bien fondé à demander un emploi des deniers du rembourſement, emploi qui fait ſa ſûreté & même un obſtacle à la reſtitution en entier que le mari voudroit tenter d'obtenir.

Arrêt du 22 juin 1673, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 11; c'eſt l'arrêt rendu au profit du commiſſaire Hubert,

il eſt encore rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 1 ; il eſt cité par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, ch. 4, pag. 382; tel eſt auſſi le ſentiment de le Brun, même traité, pag. 143, num. 2; juriſprudence qui concilie tous les principes.

☞ L'arrêt rapporté ſur la premiere propoſition de cette ſection fut prononcé par M. le préſident Séguier, qui après la prononciation avertit qu'il y avoit un *retentum*, qui étoit que ſi le mari mineur ſe plaignoit après avoir autoriſé ſa femme & qu'il obtint lettres, la cour en délibéreroit, & que l'arrêt ne faiſoit préjudice à la queſtion. En effet, c'eſt d'après cet arrêt qu'eſt intervenu celui du commiſſaire Hubert ci-deſſus rapporté, & il y en a un autre du 19 avril 1717, rapporté au journal des audiences, chap. 33, liv. 7, tom. 6; ils confirment tous la maxime que le mari mineur peut être reſtitué contre ſon autoriſation, reſtitution qui anéantit l'obligation de ſa femme.

SECTION IV.

De l'autoriſation en juſtice au refus de celle du mari.

XIX. Le refus du mari d'autoriſer ſa femme dans l'exercice de certains droits qui lui ſont avantageux, ne doit pas lui nuire, & c'eſt ſur ce principe que la juſtice, au refus du mari, habilite ſa femme à contracter; autoriſation qu'on va examiner, & ſans laquelle la loi municipale ſeroit inconſéquente.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 392. Voyez les deux propoſitions ſuivantes.

XX. Celle qu'elle lui accorde pour agir en juſtice, ne lui eſt jamais refuſée ; il n'en eſt pas de même de celle pour contracter ; la premiere eſt pour ainſi dire de droit, mais non l'autre. Elle ne peut abuſer de la premiere, dont elle ne fait uſage qu'avec un conſeil, & ſous les yeux de la juſtice, mais elle pourroit abuſer de l'autre.

Le Brun, de la communauté, pag. 166, & cette diſtinction eſt conforme à la pratique du châtelet, ſur les autoriſations en juſtice. Voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. de la communauté, art. 73.

XXI. Mais celle qu'elle lui accorde pour contracter, ne s'accorde qu'en connoiſſance de cauſe, & autant qu'il y a apparence que le contrat lui ſera utile, ſans cela telle autoriſation doit être refuſée ; c'eſt ainſi que la juſtice ménage ſes intérêts.

L'autoriſation que le juge lui accorderoit pour paſſer une obligation, ſi cette obligation n'étoit pas tout enſemble un acte d'adminiſtration, c'eſt-à-dire, pour payer une dette plus onéreuſe que la nouvelle qu'elle veut contracter ; telle autoriſation ſeroit nulle, elle ne lui doit être accordée que pour ſon bien, non pour ſa perte; arrêt du 19 avril 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 319, & cette juriſprudence eſt ſuite de la coutume.

XXII. Voyons à préſent les effets d'une telle autoriſation ; les engagemens que la femme contracte en conſéquence d'une autoriſation en juſtice, ne peuvent jamais nuire à la communauté, ce qui la compoſe eſt indépendant du fait de la femme, & par telle voie que ce ſoit elle ne peut l'affoiblir ; en effet, lorſque la femme agit, autoriſée par juſtice, elle n'engage que la nue propriété de ſes propres, les fruits d'iceux reſtans toujours au profit de la communauté, à la maſſe de laquelle elle ne peut nuire.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet; & c'eſt ſuite de la coutume.

XXIII. Il n'en eſt pas de même, lorſqu'elle agit autoriſée de ſon mari, en ce cas elle engage non-ſeulement la propriété de ſes propres, mais même les biens de la communauté ; l'acte alors devenant commun à ſon mari.

Voyez la déclaration du mois d'avril 1664, au ſujet de la validité des obligations paſſées dans le Lyonnois, Forêts, Beaujolois & Mâconnois, par les femmes; ce qui fonde indirectement la propoſition qui par elle-même eſt inconteſtable.

XXIV. La femme, ſur une autoriſation en juſtice, ne peut s'immiſcer dans l'exécution d'un teſtament dont elle eſt nommée exécutrice, parce que telle autoriſation, pour ce, ſeroit irréguliere, & les héritiers du teſtateur bien fondés à en interjetter appel.

Telle eſt l'opinion commune ; d'où il réſulte que pour ce il faut autoriſation du mari.

SECTION V.

Que l'autoriſation de la femme, telle qu'elle ſoit, n'empêche pas la reſtitution en entier en ſa faveur.

XXV. L'autoriſation du mari, ne fait aucun obſtacle à la reſtitution en entier, s'il y a lieu à icelle en faveur de la femme qui a ainſi contracté ; elle n'a fait que lever ſon inhabilité perſonnelle ſans donner atteinte à ſes moyens de droit, de même que l'aſſiſtance d'un tuteur ne fait aucun obſtacle à la reſtitution en entier, en faveur du pupille léſé ; dans l'un & dans l'autre cas c'eſt même principe.

De-là il s'enſuit, que le majeur autoriſe valablement ſa femme mineure, cela eſt atteſté par le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 2. num. 4 & 5, pag. 143, & a été établi ci-deſſus ; en effet, le mineur n'eſt pas par la ſeule minorité hors d'état de contracter; il peut donc autoriſer.

XXVI. Il en eſt de même de l'autoriſation en juſtice, elle n'empêche pas l'effet de la

reſtitution en entier, ne pouvant avoir plus d'effet que l'autre; tout mineur léſé étant toujours reſtituable, abſtraction faite de la forme de l'acte par lequel il ſouffre léſion.

Voyez le Maître, pag. 257. En effet, la juſtice ne fait que ſuppléer à celle du mari.

XXVII. En effet, l'autoriſation, ſoit judiciaire, ſoit volontaire, en faiſant ceſſer l'inhabilité de la femme à contracter, n'étouffe pas les moyens de reſtitution, ſi aucuns ſont ouverts en ſa faveur; il faut donc conclure que s'il y en a, la femme peut nonobſtant l'autoriſation les réclamer & les faire valoir.

Tout cela eſt d'uſage au châtelet, contre l'avis de Chopin, ſur Paris, liv. 2, tit. 1, num. 16, qui avoit prétendu que le mari majeur ne pouvoit pas valablement autoriſer ſa femme mineure; il le peut valablement, mais non irrévocablement; c'eſt-à-dire, que l'autoriſation n'empêche pas l'effet de la reſtitution.

SECTION VI.

De la forme de l'autoriſation du mari.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il faut qu'elle ſoit expreſſe, mais que dans les inſtances la ſeule préſence du mari ſuffit

(Art. 223 de la coutume.)

XXVIII. L'autoriſation que le mari accorde à ſa femme, doit être expreſſe par rapport aux actes volontaires; toute autoriſation tacite eſt inſuffiſante & laiſſe l'inhabilité légale ſubſiſter dans la perſonne de la femme qui ne peut être habilitée à contracter que par une autoriſation ſpéciale pour chaque acte; tel eſt l'eſprit de la coutume.

Arrêt rapporté par Soefve, tom. 1, cent. 4, ch. 5; le Brun, de la communauté, pag. 157, num. 11. Voyez les deux propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci, & le journal des audiences, tom. 5, liv. 7, chap. 17.

XXIV. De-là il s'enſuit que la préſence du mari dans l'acte, ne ſuffit pas pour faire valider l'acte par rapport à la femme, ſi cette préſence n'eſt pas accompagnée de l'autoriſation; cela eſt rigueur, mais rigueur ſalutaire.

Cela eſt d'uſage, & eſt atteſté par tous les auteurs qui ſont cités dans les notes ſur Dupleſſis, pag. 383. Cependant le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 152, num. 33, a été d'avis que la ſeule préſence du mari dans l'acte ſuffiſoit: c'eſt opinion ſinguliere qui n'eſt nullement ſuivie; & je m'étonne qu'il ſoit tombé dans cette ſingularité qui ſemble limitée aux actes dans leſquels il leur eſt permis de contracter enſemble, ce qui les embraſſe tous; auſſi peu après, ainſi qu'on le verra ſur la propoſition qui ſuit, cet auteur ſe détermine pour le parti contraire.

XXX. En effet, cette préſence ne prouve que le conſentement du mari, mais ne rend pas la femme habile à contracter; inhabilité que la coutume prononce contre elle, quand elle n'eſt pas autoriſée. De-là il s'enſuit, que l'acte ſeroit nul par rapport à la femme, s'il n'y avoit que la préſence du mari ſans autoriſation; cela eſt rigoureux, mais il faut s'y tenir, parce qu'autrement ce ſeroit détruire en partie une diſpoſition formelle de la coutume.

Cela eſt atteſté par tous les commentateurs, & même par le Brun, de la communauté, pag. 160, num. 20, qui s'eſt contrarié lui-même.

XXXI. On a dit, ci-deſſus, qu'il faut que l'autoriſation ſoit expreſſe & ſinguliere par l'acte; d'où il s'enſuit, que l'autoriſation générale accordée à une femme, même ſéparée, eſt nulle ou du moins révocable; la juriſprudence contraire a des inconvéniens, au lieu qu'il eſt ſalutaire de ſe tenir fermement à la néceſſité de l'autoriſation expreſſe.

Cependant par l'Arrêt du 7 mars 1676, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 97, en faveur de la dame d'Hillerin, ſéparée de biens de ſon mari, l'autoriſation générale à elle accordée par ſon mari, a été jugée irrévocable, mais les circonſtances étoient en faveur de la dame d'Hillerin; voyez la ſeptieme ſection du chapitre ſuivant. Cette juriſprudence ouvre une porte aux avantages indirects; auſſi par arrêt du 27 mai 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 27, pag. 242, l'autoriſation générale accordée à une femme ſéparée de biens, a été déclarée nulle; déciſion à laquele jle penſe qu'il faut ſe tenir. Quant aux actes d'aliénation, voyez les notes ſur Dupleſſis, pag. 386; le Maître, pag. 258, 259 & 260.

XXXII. Il n'en eſt pas de même à l'égard des actes judiciaires; dans les inſtances, la ſeule aſſiſtance du mari vaut autoriſation expreſſe, & fait valider la procédure, parce que la juſtice maintient les droits de tous; ainſi, en ce cas, l'autoriſation expreſſe & ſpéciale n'eſt pas néceſſaire.

Tel eſt l'uſage du châtelet, conforme au ſentiment de Dupleſſis, cité ſur la propoſition qui ſuit; voyez le Maître, pag. 263 & 264, qui fait difficulté d'admettre la propoſition; je m'en étonne, car l'uſage la confirme comme très-ſalutaire.

XXXIII. En effet, lorſque les conjoints agiſſent par un conſeil & ſous les yeux de la juſtice, leurs intérêts ſont conſervés dans leur entier, & par conſéquent en ce cas la préſence du mari doit ſuffire & vaut autoriſation expreſſe.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 392.

DISTINCTION II.

Que l'autorisation après coup est insuffisante, mais que l'antécédente est valable.

XXXIV. L'autorisation subséquente ne peut faire valider l'acte ; c'est une suite de la maxime qu'elle peut habiliter la femme à contracter & qu'elle doit être expresse ; l'autorisation postérieure ne peut donc faire valider un acte qui est nul dans son principe & son origine ; ce qui s'applique à la ratification postérieure du mari, mais non à celle de la femme devenue libre, cette derniere faisant valider l'acte.

Il en est de même de la ratification du mari ; le Maître, tit. 10, pag. 262. Il faut réitération de l'acte par la femme habilitée par l'autorisation, comme on va le voir par les deux propositions suivantes, & notamment par les notes sur la derniere ; mais si la femme devenue veuve ratifie, & même tacitement, une telle obligation, elle devient valable par cette ratification quoique tacite ; arrêt du 3 juillet 1709, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 476.

XXXV. De la proposition précédente, il s'ensuit qu'en ce cas d'autorisation postérieure la femme n'est pas engagée, à moins qu'elle ne réitere l'acte en vertu de l'autorisation de son mari, puisque sans cela son incapacité reste dans sa force.

On le juge ainsi au châtelet ; voyez le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 5, num. 3, pag. 162 ; il semble incliner à faire valider l'acte passé par la femme, par la seule ratification de son mari, & sans le réitérer de la part de la femme ; ce qui ne paroît pas régulier, puisque son consentement ne suffit pas pour lever l'incapacité de la femme, & qu'il faut pour ce autorisation expresse ; mais cela est suite de l'opinion de cet auteur, qui a prétendu que la seule présence du mari suffisoit ; ce qui est contraire à la coutume, & qui par conséquent ne peut pas faire d'impression.

XXXVI. Il s'ensuit pareillement que si un mari, après la mort de sa femme, ratifioit une obligation par elle passée sans autorisation, cette ratification n'opéreroit rien par rapport aux héritiers de la femme ; telle obligation étant nulle dans son principe, & restant telle faute de ratification d'icelle faite en conséquence de l'autorisation postérieure ; cela est une suite de ce que dessus, & autrement le fait du mari détruiroit au préjudice d'un tiers un droit qui lui étoit acquis.

Mais si du vivant de la femme, le mari ratifie l'obligation par elle contractée, & qu'autorisée de son mari elle réitere l'obligation, alors l'obligation est bonne ; note sur Dupleſſis, de la communauté, ch. 4, pag. 384 ; mais en ce même cas, le créancier n'a hypothéque sur les biens de la femme, que du jour de la ratification ou de la nouvelle obligation, parce que la premiere étoit nulle ; le Brun, de la communauté, pag. 163, num. 9 ; ce qui confirme la proposition.

XXXVII. L'autorisation antécédente est différente de la postérieure ; elle est valable, pourvu qu'elle soit expresse pour l'acte que la femme passe ; elle l'habilite pour un certain acte qu'elle consomme en conséquence, ce qui le fait valider. Mais elle ne doit passer l'acte prévu par l'autorisation qu'en vertu de l'autorisation & l'exprimer, même la constater dans son engagement, sans quoi il y auroit nullité, parce que sans cela il seroit sans base.

Le Brun, de la communauté, pag. 159, num. 18 : voyez la proposition suivante, qui éclaircit celle-ci.

XXXVIII. De-là il s'ensuit, que si le mari passe une obligation par laquelle il se soit engagé de fournir la ratification de sa femme avec son engagement solidaire, à l'effet de quoi, le mari l'a dès lors autorisée, la femme ratifiant & exprimant qu'elle ratifie en vertu de l'autorisation, son engagement est valable, & consomme la promesse du mari ; mais il faut qu'elle le fasse en conséquence de l'autorisation, qui seule léve son inhabilité légale.

Cela se juge ainsi au châtelet ; & cela est une suite de la disposition de la coutume.

DISTINCTION III.

Comment la femme doit agir lorsqu'elle agit en vertu d'une procuration de son mari.

XXXIX. Pour la plus grande exactitude, lorsque la femme contracte en vertu d'une procuration de son mari, on doit dire dans l'acte que la femme passe, qu'elle le passe comme autorisée par la procuration ; autorisation que la procuration doit en effet contenir, & sans laquelle il y auroit nullité absolue.

Le Brun, de la communauté, pag. 159, num. 17 & 20.

XL. Cependant si sans répéter dans l'acte l'autorisation que la procuration contient, on s'étoit contenté de dire que la femme le passe en vertu de la procuration, l'acte seroit valable ; en effet, en exprimant dans l'acte, que la femme n'agit qu'en vertu de la procuration, c'est exprimer par abréviation, tout ce que contient la procuration, & par conséquent l'autorisation qui y est contenue.

J'ai plaidé cette question au parc-civil, où elle fut appointée ; depuis l'appointement les parties se sont conciliées ; mais le sentiment commun du barreau, étoit que l'engagement de la femme étoit bon, faisant mention de la procuration, dont l'ex-

pédition avoit été annexée à la minute de l'acte que la femme avoit passé ; & demeurant par-là inséparable & indivisible d'icelui ; le contraire dégénéreroit en une vaine subtilité, qui seroit contraire à la sagesse de la coutume.

XLI. Mais il faut que la procuration soit constante, & si la procuration étoit sans minute, il faut, à peine de nullité, l'annexer à la minute de l'acte que la femme passe, en conséquence d'icelle, & en vertu de l'autorisation qu'elle contient, parce que c'est la base de l'acte, sans laquelle il ne pourroit se soutenir.

Cela s'observe inviolablement au châtelet, ce qui est conforme au sentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 160, num. 31.

SECTION VIII.

De la nullité résultante du défaut d'autorisation.

(Art. 223 & 234 de la coutume.)

XLII. L'engagement de la femme, tel favorable qu'il soit, fût-il même fait pour se tirer de prison, est nul si elle a contracté sans autorisation ; la loi sur ce est générale & ne distingue pas, il y a cependant quelques exceptions qu'on verra ci-après, mais elles servent encore à confirmer cette régle générale.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 384 : le Brun, traité de la communauté, pag. 141, num 24 ; ce qui est inviolablement observé au châtelet.

XLIII. Cette nullité est absolue, tant pour elle & ses héritiers, que pour son mari ; ainsi elle-même, & à plus forte raison ses héritiers, en peuvent demander la nullité. Il y a plus, cette nullité influe sur la caution de la femme, qui, par la nullité radicale de l'engagement principal, ne peut rester engagé aux termes de son cautionnement, si ce n'est que le cautionnement fût solidaire, auquel cas il produiroit tout son effet ; la solidité produisant deux débiteurs au lieu d'un seul cautionné.

C'est le sentiment des auteurs des notes sur Dupleſſis, en son traité de la communauté, pag. 165, num. 15 ; ce que j'ai entendu souvent contredire au châtelet ; mais comme on l'a vu dans la proposition, il en doit être autrement quand l'engagement de la caution, est solidaire, parce qu'alors il devient un engagement principal, & par conséquent, indépendant de tout autre, & principalement lorsque c'est le mari même qui a contracté l'engagement solidaire avec sa femme, mais sans l'autoriser ; ce défaut d'autorisation, ne peut porter aucune atteinte à son engagement, puisque tout engagement contracté pendant la communauté, est contre lui de plein droit, solidaire. C'est le sentiment de le Brun, en son traité de la communauté, pag. 160, num. 22 ; c'est ce qu'on a déja vu ci-dessus.

☞ Voyez aussi d'Hericourt en son traité de la vente des immeubles, chap. 11, sect. 2, num. 2.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES CAS ESQUELS LA FEMME EN PUISSANCE DE MARI, S'ENGAGE VALABLEMENT SANS AUTORISATION.

SECTION PREMIERE.

QUE LE DON MUTUEL EST VALABLE SANS AUTORISATION & TOUT AUTRE ACTE LORSQUE LE MARIAGE EST INCONNU.

I. LORSQUE l'acte n'intéresse que les deux conjoints, la femme s'engage valablement sans autorisation ; le don mutuel entr'eux est le seul cas où l'on peut appliquer cette maxime, & c'est une exception que l'égalité, que la faveur de cet acte soutiennent autant que la nature d'icelui. C'est exception favorable, qui conserve les droits des deux conjoints, au lieu de les altérer.

Le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 3, num. 31, pag. 151 ; & c'est apparemment à cela qu'on peut appliquer, ce qu'il dit à la pag. suivante, num. 33.

II. Lorsque le mariage est inconnu, la femme s'engage valablement sans autorisation ; autrement un tel mariage seroit un piége pour le public. Cela est fondé sur ce que la bonne foi de celui qui a contracté avec elle, ainsi que l'intérêt public font valider l'acte.

C'est une opinion commune, & cette opinion est conforme au sentiment des auteurs des notes sur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 391, & à celui de le Brun, même traité, pag. 147, num. 5.

III. Mais le mariage n'étant pas absolument caché, la qualité de fille majeure, que la femme en puissance de mari prendroit, ne feroit pas valider l'acte qu'elle auroit passé sans aucune autorisation, autrement la loi pour

deviendroit inutile. En effet, cet artifice pourroit ſouvent venir de la part du créancier ; & la même inexpérience qui porte la femme à paſſer l'obligation, peut la conduire à ce déguiſement de qualité ; ce déguiſement ne peut donc faire ceſſer la nullité.

Voyez le titre de la reſtitution en entier en faveur des mineurs, où il eſt prouvé que la qualité de majeur priſe fauſſement par le mineur, ne lui fait aucun obſtacle à la reſtitution en entier, ce qui eſt vrai en général ; mais la queſtion ici dépend des circonſtances ; le créancier ne doit pas ſouffrir, ſi il a eu juſte ſujet d'ignorer l'état.

SECTION II.

De la femme marchande publique.

(Art. 134, 135 & 136 de la coutume.)

IV. La femme, marchande publique, s'engage valablement, ſans autoriſation, pour tout ce qui concerne ſon commerce ; ſa qualité lui donne cette capacité & ſon propre intérêt, comme le bien public, la fondent.

Elle ne ſeroit pas même reſtituable ſous prétexte de minorité, dit Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 391, parce que *in mercatura non attenditur privilegium minoritatis* : ce qui établit d'autant plus la propoſition formée ſur le texte.

V. Cette puiſſance embraſſe les acceſſoires de ſon commerce, comme de paſſer bail de la boutique & lieux convenables à ſon commerce ; cela eſt ſuite de ſa qualité & de la capacité qu'elle lui donne, & elle peut même hypothéquer ſes propres ; les engagemens qu'elle contracte pour ce, produiſans tous leurs effets ; c'eſt ſuite de ſa capacité, qui eſt générale & non limitée, lorſqu'il s'agit de ſon commerce.

Cela s'entend dans le cas que l'engagement eſt relatif à ſon commerce & non pour fournir à ſes plaiſirs ; le Brun, pag. 137, num. 6 ; limitation qui me paroît inconteſtable, car en ce dernier cas elle rentre dans l'inhabilité générale qui embraſſe les femmes en puiſſance de mari ; ainſi en ce cas non-ſeulement ſes propres ne pourroient être hypothéqués, mais même ſa perſonne ne ſeroit pas engagée ; il y a en ce cas nullité entiere & abſolue.

VI. Suivons les propres ; de-là il s'enſuit que les créanciers envers leſquels elle s'eſt engagée, pour raiſon de ſon commerce, peuvent les ſaiſir réellement & même pendant la communauté ; cela eſt ſuite de ſa capacité générale par rapport à ces engagemens : ce qui n'a pas lieu lorſqu'elle n'a fait que le commerce de ſon mari, auquel cas elle l'engage ſans s'engager elle-même.

Mais la femme qui fait le négoce de ſon mari l'engage ſans s'obliger, art 235 ; le Maître, pag. 162, ce qui a déja été dit ci deſſus ; ce qu'il faut diſtinguer de ce qu'on examine ; ici c'eſt ſon fait perſonnel, dans l'autre c'eſt mandat tacite, ce qui forme une différence entiere.

VII. Il y a plus, les engagemens de la femme, marchande publique, réfléchiſſent pour le tout contre ſon mari lorſqu'il eſt en communauté avec elle ; cette communauté lui rendant ces engagemens communs & obligatoires pour le tout, tant que la maſſe de la communauté, dont il eſt le chef, eſt dans ſa main ; mais après la diſſolution de la communauté, ces mêmes engagemens ne peuvent plus militer contre lui que pour moitié, & il ſeroit dur de prétendre la ſolidité, qui n'a lieu que pour les engagemens qu'il a contracté lui-même. Cela conſerve tous les intérêts légitimes, & ne change pas la condition que tels créanciers ſe ſont faits à eux-mêmes.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 391, & tel eſt l'uſage du châtelet ; voyez les deux propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

VIII. Le mari eſt même pour ce condamnable par corps, lorſque la femme l'eſt par ſon engagement ; cet engagement, encore une fois, lui devenant commun, ſauf la limation qui forme la propoſition qui ſuit ſur l'exécution par corps.

Arrêt du 22 Février 1628, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 4 ; voyez ci-après le titre de la contrainte par corps, où cela eſt établi plus au long.

IX. Mais la condamnation par corps ne peut s'exécuter contre les deux conjoints en même tems ; ce ſeroit dureté de le faire, & la juſtice a rejetté cette dureté.

Cela eſt établi ſur le titre de la contrainte par corps, mais s'il n'y avoit pas de communauté de biens, le mari ne ſeroit tenu d'aucune action & par conſéquent à l'abri de toute contrainte, pour raiſon des engagemens contractés par ſa femme marchande publique, c'eſt le juſte effet de la ſéparation contractuelle ou judiciaire ; le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, num. 8, pag. 184 ; le Maître, pag. 263, confirme la propoſition ; en effet, ce n'eſt que la communauté qui peut faire réfléchir de tels engagemens contre le mari : ainſi, où il n'y a pas de communauté il ne peut être tenu.

SECTION III.

Que la femme ſans autoriſation s'oblige valablement pour retirer ſon mari de priſon, & pour l'établiſſement de ſes enfans lorſque ſon mari eſt abſent.

X. Lorſque le mari priſonnier ne peut obtenir la liberté par la ceſſion de ſes biens, qui embraſſe ceux de la communauté, la femme pour la lui procurer s'oblige valablement

ſans autoriſation ; c'eſt une exception que la faveur d'un tel engagement a fondé.

Arrêt du 27 Août 1564, rapporté par Louet, let. A, num. 9 ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, de la communauté, pag. 391 ; de le Brun, même traité, pag. 146, num. 18 ; & de le Maître, pag. 260 ; voyez Louet & Brodeau, let. R, chap. 9.

XI. De-là il s'enſuit que l'engagement de la femme doit être limité aux cauſes de la détention de ſon mari ; il ſeroit nul en ce qu'il excéderoit ces cauſes ; la faveur qui fait ſubſiſter un tel engagement n'y réſideroit pas.

Cela réſulte des autorités citées ſur la propoſition précédente.

XII. On a déja dit que la faveur que mérite un tel acte le fait valider, autrement ce ſeroit interpréter contre le mari, ce qui eſt établi en ſa faveur ; cependant il reſte une incapacité légale, mais une juſte interprétation la fait ceſſer en ce cas.

Mais pour cette validité il faut que lors de l'obligation le mari ſoit priſonnier, car l'obligation que la femme paſſeroit ſans autoriſation pour empêcher que ſon mari ne fût conſtitué priſonnier ſeroit nulle. Arrêt du 23 mai 1653, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 40.

XIII. Cependant la femme mineure ne pourroit contracter engagement pour cette même cauſe ſans l'autoriſation du juge, & le faiſant, elle ſeroit reſtituable contre icelui ; toute léſion emportant toujours la reſtitution en entier en faveur du mineur ou du moins la fondant.

Les auteurs ci-deſſus ajoutent cette exception à leur réſolution, elle me paroît bien juſte, mais pour la faire réuſſir, les lettres m'y paroiſſoient néceſſaires.

XIV. Voici une ſeconde exception. L'établiſſement des enfans par mariage eſt ſi favorable, que la mere, ſans autoriſation, s'oblige valablement pour ce, lorſque ſon mari eſt abſent, & que la dot eſt proportionnée à ſon état & à ſa fortune ; toutes exceptions favorables, qui confirment la régle de plus en plus, auxquelles exceptions on peut ajouter l'engagement que la femme contracteroit pour ſes alimens ; la néceſſité ſoutient ce dernier, comme une juſte faveur ſoutient les autres.

Arrêt du 12 avril 1595, rapporté par Brodeau ſur Louet, let. R, ſommaire 54 ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, de la communauté, pag. 391 ; de le Brun, de la communauté, & par l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 60 : il a été jugé que la femme pouvoit valablement s'obliger pour ſes alimens & pour fournir aux frais du procès qu'elle avoit à ſoutenir contre ſon mari ; ce qu'on ne doit appliquer qu'avec ménagement, & comme une ſuite d'une juſte autoriſation en juſtice, ſur ſa pourſuite en ſéparation, autoriſation qui emporte les acceſſoires qui ſont inévitables.

☞ Mais ſi la femme avoit marié un de ſes enfans en l'abſence de ſon mari & ſans être autoriſée, & qu'elle l'eût avantagé au préjudice des autres, le mari & les autres enfans pourroient ſe plaindre du défaut d'autoriſation, & faire rapporter l'avantage pour le réduire à un partage égal, n'étant pas au pouvoir de la femme ſans l'autorité & le conſentement de ſon mari d'avantager l'un de ſes enfans au préjudice des autres.

SECTION IV.

De la femme ſéparée de biens.

(Art. 234 & 224 de la coutume.)

XV. La ſéparation de biens donne à la femme la capacité de paſſer valablement ſans autoriſation tous actes d'adminiſtration ; cela eſt une ſuite néceſſaire de la ſéparation de biens ; mais cette capacité ne va pas au-delà, mais elle emporte toute adminiſtration, c'eſt-à-dire, tant active que paſſive.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 390, & les notes ajoutées à ſon commentaire, pag. 388 ; Louet, let. F, chap. 30 ; le Prêtre, cent. 1 ; le journal des audiences, tom. 5, liv. 7, chap. 17. Voyez les arrêts des 27 mars 1702, & 9 mars 1713.

XVI. Cela a lieu, ſoit que la ſéparation ſoit contractuelle, ſoit qu'elle ait été prononcée en juſtice ; dans l'un & l'autre cas elle a capacite pour adminiſtrer, puiſque ſon mari n'eſt plus ſaiſi de ces actions mobiliaires & poſſeſſoires ; ſaiſine que la ſeule communauté fonde à ſon profit.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & pour ce on ne diſtingue pas la nature de la ſéparation ; la néceſſité d'adminiſtrer de la part de la femme y étant égale.

XVII. De-là il s'enſuit qu'elle peut dans l'un & l'autre cas faire les baux de ſes immeubles & donner quittances de ſes revenus ; ces actes étant actes d'adminiſtration que la ſéparation néceſſite de ſa part.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 390, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XVIII. Mais la femme, quoique ſéparée, n'eſt pas capable, ſans autoriſation, des actes qui emportent aliénation de ſes immeubles ; la ſéparation ne produit que les effets de l'émancipation ; les actes d'aliénation ne ſont donc pas dans ſa puiſſance ; & ce ſeroit abuſer de ſa part du motif de la loi que de ſe livrer à de tels actes.

Voyez Louet, let. F, num. 30 ; Lapeyrete, let. S, déciſion 27, pag. 413, au commencement : nous avons deux coutumes contraires ; Lorris, art. 7 ; Sedan, art. 97 ; Dumoulin, parlant de la ſéparation de biens, ſemble adopter la diſpoſition de ces coutumes en diſant, *facta ſeparatione mulier non eſt amplius in poteſtate viri.* Le Maître, pag. 261, confirme la propoſition, & tel eſt l'uſage à Paris & le droit commun du royaume ; ainſi la régle

que propoſe ſur ce Dumoulin, ne peut faire impreſſion, elle va directement contre la fin de la loi.

XIX. Elle peut cependant s'obliger valablement juſqu'a concurrence de ſon mobilier, quoiqu'il ne paroiſſe aucun emploi de ſon engagement, pourvu que ce ſoit par un acte de commerce, parce que la femme ſéparée eſt comparée à un mineur émancipé; mais elle ne pourroit ſans autoriſation donner ſon mobilier par donation entre-vifs, un tel acte n'étant pas d'adminiſtration, mais de vraie diſſipation; ce qui n'eſt pas d'un acte de commerce qui n'excéde pas ſon mobilier.

Tel eſt l'uſage du châtelet, ſauf les limitations qui forment la ſection qui ſuit.

SECTION V.

Des limitations au pouvoir de la femme ſéparée de biens.

XX. La femme ſéparée de biens, ou ſéparée de biens & d'habitation, reſte donc, comme on a déja vu, dans ſon incapacité relativement à tous actes d'aliénations; c'eſt une ſuite de la maxime, que la ſéparation ne produit qu'émancipation; on va examiner les ſuites de cette impuiſſance, par l'établiſſement de laquelle on a menagé ſes droits ainſi que ceux de ſon mari.

Arrêt du dernier juin 1603, rapporté par Bouguier, let. D, num. 2; voyez la loi *ubi adhuc*, cod. *de jure dotium*, & les trois propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

XXI. De-là il s'enſuit qu'elle ne peut donner entre-vifs ſans l'autoriſation de ſon mari, parce que toute donation entre-vifs eſt acte d'aliénation & non d'adminiſtration; premiere conſéquence du principe qu'on a déja touché & qu'il eſt bon de reprendre en les aſſemblant toutes. En effet, la ſéparation n'a été établie que pour conſerver à la femme ſes biens & les mettre à l'abri de la diſſipation du mari, & elle tomberoit dans un plus grand inconvénient ſi la ſéparation la livroit entiérement à ſon inexpérience.

Cela a été ainſi jugé par ſentence rendue au parc-civil du châtelet du 7 août 1715, plaidant Pillon & Pothouin; par cette ſentence une donation de huit mille livres faite par la dame comteſſe d'Olonne, ſéparée de biens, & ſans autoriſation de ſon mari, a été déclarée nulle, quoiqu'on juſtifiât que cette donation n'embraſſoit qu'une petite partie de ſon mobilier qui montoit à plus de 50 mille livres, & cela fondé ſur ce que cet acte indépendamment de l'effet de ſon exécution étoit hors la puiſſance de celle qui l'avoit paſſé.

XXII. Voici une ſeconde conſéquence du même principe; il s'enſuit que ſi l'obligation qu'elle a paſſé excéde ſon mobilier, le créancier ne peut la faire valider en déclarant qu'il la reſtraint ſur le mobilier; ſeconde conſéquence du même principe.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 138, num. 10; & tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur la propoſition qui ſuit.

XXIII. En effet, la femme en ce cas a excédé ſon pouvoir, & telle obligation eſt nulle dans ſon principe, étant aliénation & non adminiſtration, défaut de pouvoir qui annulle l'obligation dans toutes ſes parties.

La ſéparation ne produit d'autre effet par rapport à la femme ſéparée, que celui de l'émancipation par rapport au mineur émancipé, dit Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 390: ce qui établit la propoſition.

XXIV. Voici encore une autre conſéquence du même principe; il s'enſuit d'icelui que la femme ſéparée de biens pendant le mariage ne peut valablement recevoir le rembourſement d'une rente conſtituée, ſauf ſur ce l'autoriſation en juſtice, ce qui forme la propoſition ſuivante; troiſieme conſéquence; en effet un tel rembourſement eſt aliénation, quoique aliénation involontaire, & en ce cas il faut faire emploi.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 391; de le Brun, même traité, pag. 138, num. 90: mais la ſéparation ne feroit pas ſur ce ceſſer ſon action de remploi: voyez les citations ſuivantes & la ſection 4 du chapitre du remploi; le Brun, de la communauté, pag. 303 & ſuivantes; ceſſante laquelle action de remploi, la ſéparation qui tend à conſerver les biens de la femme, tendroit au contraire à l'en dépouiller, & outre cela, ce ſeroit ouvrir une porte aux avantages indirects.

XXV. Mais en ce cas d'offres du rembourſement de la rente de la part du débiteur, l'autoriſation en juſtice ne peut être refuſée à la femme ſéparée; c'eſt alors juſte adminiſtration, mais ſur laquelle le mari doit veiller, à cauſe de l'action de remploi dont il eſt tenu.

Mais en ce cas-là même le mari doit toujours veiller au remploi, ſans cela telle autoriſation ouvriroit la voie aux avantages indirects, & la néceſſité du remploi réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 167, num. 5 & 6; voyez la propoſition qui ſuit, ſur la néceſſité d'une telle autoriſation.

XXVI. La juſtice, en ce cas, ne lui refuſe pas l'autoriſation, parce qu'au moyen des offres l'acceptation du rembourſement devient un acte d'adminiſtration, & que l'action de remploi conſerve ſur ce tous les droits de la femme.

C'eſt ce qui ſe pratique en ce cas au châtelet, ſauf l'action de remploi, comme il eſt dit dans la note précédente.

SECTION VI.

Si l'excluſion de communauté rend la femme capable de contracter ſans autoriſation.

XXVII. L'excluſion de communauté n'habilite pas la femme à contracter ſans autoriſation, ce qui a lieu même pour les actes d'adminiſtration, l'effet de cette excluſion étant ſeulement de la priver du droit de communauté; elle ne produit pas d'autre effet, & par conſéquent la femme reſte dans ſon incapacité; autrement ce ſeroit ajouter à la clauſe, contenant, que la femme eſt excluſe du droit de communauté, & la tirer de ſon état civil lorſqu'elle n'a pas ſtipulé une ſéparation.

Tel eſt la juriſprudence du châtelet, c'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 390; c'eſt ce qui réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag 573, num. 1; & cela eſt fondé ſur la différence notable qui eſt à faire entre l'excluſion de communauté & la ſéparation contractuelle, différence qu'on a expliqué au commencement de ce titre.

XXVIII. En effet, cette excluſion n'empêche pas que le mari ne faſſe ſiens les revenus des biens de ſa femme, elle reſte donc nonobſtant icelle, entiérement ſous ſa puiſſance: cette excluſion ne produiſant d'autre effet que ſon anéantiſſement du droit légal dans la communauté, droit auquel elle a pu valablement renoncer par une convention licite & autoriſée, ſans changer ſon état.

Voyez le Brun, de la communauté, ch. 3, num. 1, où il diſtingue l'excluſion de communauté de la ſéparation contractuelle, & cela a déja été établi ci-deſſus, & cette diſtinction, conforme aux principes, ſe ſuit au châtelet.

XXIX. A l'égard de la ſéparation contractuelle, & de celle d'habitation, on a vu qu'elles ne produiſent pas plus d'effet que celle de biens prononcée en juſtice, d'où il s'enſuit qu'elle produit l'effet de l'émancipation ci-deſſus marquée & non plus, & par conſéquent la capacité de la femme pour les actes d'adminiſtration & non pour les autres, c'eſt-à-dire pour les actes d'aliénation, par rapport auxquels elle reſte dans ſon incapacité.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 391; cette ſéparation, dit-il, en parlant de la ſéparation d'habitation, ne s'accorde pas comme devant durer toujours, elle n'eſt que temporelle, & en attendant la réconciliation; ce qui prouve la propoſition.

SECTION VII.

Que l'autoriſation générale n'eſt bonne que lorſqu'il y a ſéparation contractuelle, & de l'effet de cette autoriſation.

(Art. 223 de la coutume.)

XXX. L'autoriſation générale n'eſt bonne que lorſqu'elle eſt ſtipulée par un contrat de mariage, & que ce contrat contient une ſéparation contractuelle, hors ce cas l'autoriſation générale eſt rejettée; en effet, la coutume la veut expreſſe, & cette exception, par rapport au contrat de mariage, eſt une faveur ſinguliere à cet acte: & dans la thèſe générale cette exception ne doit pas même embraſſer les actes d'aliénation, ſi la clauſe ſur cela n'eſt expreſſe.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 156 & 157; de le Maître, tit. 10, pag. 258, 259 & 260: l'autoriſation générale donnée par le mari à la femme comme ſuite d'une ſéparation de biens prononcée pendant le mariage, & même celle accordée comme ſuite d'un ſéparation contractuelle n'eſt ſuffiſante pour rendre la femme ſéparée capable des actes d aliénations; arrêt du 26 janvier 1680, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 5; l'arrêt du 7 mars 1676, qui eſt celui de la dame d'Hellerin ci-deſſus cité, & rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 97, avoit jugé le contraire; voyez la ſection 7 du chapitre précédent, mais dans l'eſpece du dernier arrêt il y avoit du particulier.

XXXI. Pour qu'elle ſoit valable, même par contrat de mariage, & dans le cas de la ſéparation contractuelle, il faut que la clauſe d'autoriſation générale contienne une dérogation à la coutume, & qu'elle embraſſe tous les actes, même ceux d'aliénation, ſans cela elle ſeroit inſuffiſante pour ces derniers, qui, dans ce cas même laiſſe l'action de remploi ſubſiſter, ſi le mari n'a pas veillé à le faire faire, mais ſeulement lorſqu'il y a violent ſoupçon que c'eſt une voie priſe pour l'avantager indirectement.

C'eſt ce que diſent les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 389 & 390; arrêt du 9 mars 1709, & dans ce cas même l'action de remploi auroit-elle toujours lieu contre le mari s'il n'a veillé à le faire faire? le Brun, de la communauté, gag. 306, num. 23, tient l'affirmative, mais à la pag. 473, il dit le contraire; ce dernier parti me paroît le plus juſte, il eſt une ſuite de la condition du mariage, & il me paroît qu'il y a une différence totale à faire entre ce cas, & celui de la ſéparation judiciaire prononcée pendant le mariage, même de celui de la ſéparation conventionnelle, mais non accompagnée d'une autoriſation générale; mais nonobſtant cette autoriſation il en ſeroit autrement s'il y avoit fraude & avantage indirect, il faudroit le faire ceſſer par la conſervation de l'action de remploi, tel avantage

étant toujours prohibé entre conjoints ; mais pour appliquer cette limitation, il faut qu'il y ait contre le mari un violent ſoupçon de fraude.

XXXII. En ce cas, la femme ainſi autoriſée, & ſéparée contractuellement, paſſe valablement tous les actes, même ceux d'aliénation ; c'eſt la loi ou la convention à laquelle les conjoints ſe ſont ſoumis, ſauf à l'égard de ces derniers ſon action de remploi ſi il y a fraude.

La preuve de cette propoſition ſe tire, 1°. de la maxime que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes ; 2°. de ce que le ſexe n'emporte pas inhabilité à contracter, puiſque les filles majeures & les veuves majeures ſont maîtreſſes de tous leurs droits, & que cette condition, cette limitation qu'elles ont ajouté à à la qualité de femme, paroît être inſéparable de leur engagement, cependant ſur cette queſtion, la cour, par arrêt rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 3, pag. 335, a appointé ; ſur quoi on peut reprendre la réflexion qui termine les notes ſur la propoſition précédente qui eſt que ſur ce la déciſion ſe tire *ex variis cauſarum figuris* ; dans le cas d'une telle autoriſation & dans la thèſe générale il y n'a pas lieu à l'action de remploi contre le mari, mais il eſt tenu de cette action ſi il y a violent ſoupçon de fraude de ſa part ; cette diſtinction concilie les principes.

XXXIII. Cependant elle ne peut donner entre-viſs ſans autoriſation expreſſe ſi cette faculté ne lui eſt pas par la clauſe nommément accordée ; c'eſt vraie diſſipation qui demande une expreſſion ſinguliere & pour laquelle toute autoriſation générale, & dans telle forme qu'elle ſoit eſt impuiſſante, ſi dans cette forme on n'a pas nommément compris cet acte ; & tel eſt le véritable intérêt de celle qui s'eſt mariée ſous cette condition.

Sentence du parc-civil du 7 août 1715, ci deſſus citée.

XXXIV. Ce que deſſus reçoit une exception, ſi la femme, à la faveur d'une telle autoriſation, tombe dans la diſſipation, le mari, nonobſtant la clauſe & l'autoriſation générale eſt recevable à en arrêter les ſuites ; il doit veiller à la conſervation des biens de ſa femme, puiſqu'au défaut de biens il ſeroit tenu de lui fournir de quoi ſubſiſter ; c'eſt la condition tacite ſous laquelle telle autoriſation eſt cenſée accordée par le mari ; par l'inexécution d'une telle condition il peut donc arrêter l'abus que la femme feroit d'une telle autoriſation ; c'eſt ordre public, & légitime intérêt particulier.

Les quatre propoſitions ci-deſſus ne s'entendent que de l'autoriſation générale ſtipulée par un contrat de mariage ; car à l'égard d'une telle autoriſation accordée par le mari pendant le mariage, même celle par lui accordée en conſéquence d'une ſéparation de biens, elle ne peut rendre la femme capable des actes d'aliénation, comme on l'a vu ſur la premiere propoſition de cette ſection ; il faut joindre aux autorités qui y ſont indiquées, l'arrêt du 27 mai 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 27, pag. 242 ; c'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 386, à la fin : ainſi l'autoriſation générale ne peut produire quelques effets que lorſqu'elle eſt dans un contrat de mariage ; hors cet acte elle n'opére pas plus que celle qui naît d'une ſéparation judiciaire.

SECTION VIII.

Quand l'emploi de l'emprunt fait par la femme ſans autoriſation, rend ſon engagement valable.

XXXV. Le valable emploi fait exception à ce que deſſus ; en effet, lorſque l'emprunt fait par la femme, en puiſſance de mari, & ſans autoriſation, a tourné à ſon profit, & que cela eſt juridiquement prouvé, ſon engagement eſt valable nonobſtant le défaut d'autoriſation ; cette formalité ne tendant pas à l'enrichir aux dépens d'autrui ; autrement ce ſeroit s'écarter de l'équité, de l'eſprit & de la ſageſſe de la loi municipale ; il faut donc en ce cas faire ſubſiſter l'engagement.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 382 : ce qui m'a paru très-judicieux ; voyez la propoſition ſuivante qui explique l'application de celle-ci.

XXXVI. Cette maxime doit s'appliquer avec tant de ſobriété, qu'il n'y a preſque que les deux cas ci-après dans leſquels on en puiſſe faire uſage, parce que l'utilité de l'emprunt y eſt évidente, ſans cela elle eſt ſans application. Si la femme devoit une dette immobiliaire antérieure à ſon mariage, & qu'elle eût emprunté pour la rembourſer, & que de cet emprunt elle eût réellement fait ce rembourſement, ſon engagement eſt bon quoique fait ſans autoriſation ; la précaution de la loi n'eſt pas de l'enrichir viſiblement aux dépens d'autrui, & dans ce cas ſon adminiſtration eſt telle, que ſans charger ſes propres davantage qu'ils n'étoient, elle n'a fait que changer la perſonne de ſon premier créancier, ce qui fait valider l'engagement.

Voyez les deux propoſitions ſuivantes qui confirment celle-ci, & le Maître, pag. 262.

XXXVII. Il en eſt de même ſi elle a emprunté pour acquitter une dette d'une ſucceſſion qui lui eſt échue ; même raiſon d'équité ; c'eſt changement d'une premiere dette inconteſtable ; & le droit fonde ces deux propoſitions ainſi que l'équité ; en effet, en ces deux cas le ſecond créancier eſt ſubrogé de droit, du moins relativement à la femme eſt-il ſubrogé au titre du premier qui

a été remboursé de ses deniers, ce qui applanit toute difficulté, & fait valider un tel engagement, qui opére vraie cession & transport.

Cette subrogation ne s'entend que relativement à la femme débitrice pour faire valider son engagement personnel, mais non relativement à ses autres créanciers, quoique les formalités nécessaires pour acquérir la subrogation n'ayent pas été observées, parce qu'à leur égard toute est de rigueur, & que la subregation ne milite qu'autant qu'on y a observé toutes les formalités requises; mais ce manquement de formalités ne peut faire aucun obstacle à l'engagement personnel du débiteur, qui est bon, utile & légitime.

SECTION IX.

Que lorsque la femme a un bien paraphernal elle s'engage valablement sans autorisation jusqu'à concurrence d'icelui.

XXXVIII. Cette clause forme encore une exception à ce que dessus; dans ce cas la femme s'engage valablement sans autorisation, mais il faut pour cela que son engagement n'excéde pas la valeur de son bien paraphernal, que la convention licite a mis hors la dépendance de son mari & relativement avec elle, & par conséquent jusqu'à concurrence d'icelui, elle peut s'engager valablement; c'est le juste effet d'une telle convention, qui produit jusqu'à cette concurrence l'effet d'une séparation contractuelle.

Voyez les notes sur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 388, à la fin, & la proposition qui suit qui confirme celle ci.

XXXIX. En effet, ce bien est hors de la dépendance du mari, & la condition du mariage est que la femme en reste maîtresse; elle peut donc s'engager jusqu'à concurrence de sa valeur; mais il ne s'ensuit pas de là qu'elle puisse le vendre sans autorisation, la vente pouvant faire naître contre le mari l'action de remploi.

Tel est sur ce l'opinion commune; mais en ce cas l'action de remploi militeroit ou ne militeroit pas contre le mari, suivant les circonstances, ainsi qu'on l'a observé ci-dessus, en examinant les effets de l'autorisation générale portée par contrat de mariage.

SECTION X.

Que la femme peut tester sans autorisation, & qu'elle s'oblige en délinquant.

XL. La femme, en puissance de mari, n'a besoin d'aucune autorisation pour tester, parce que si elle vit comme esclave, elle meurt comme libre, & le testament ne milite qu'après la mort. Tel est le droit commun du royaume, qui a sa racine dans le droit naturel.

C'est la disposition de l'art. 505 de la coutume du Maine; le sentiment de Dupleſſis, de la communauté, pag. 392; de le Maître, pag. 261. Il répéte la même chose, tit. 14, pag. 435. Lorsque la loi de son domicile lui donne cette faculté, son testament, quoique fait sans autorisation, est même valable par rapport aux biens situés dans les coutumes qui la requierent; arrêt du 26 juillet 1679, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 204; la proposition est encore conforme au sentiment de le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 2, num. 17, pag. 148; & de Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, sect. 5, num. 357 & suivans; & cela résulte de l'art. 292 de la coutume, & de l'art. 213; voyez d'Argentré sur la coutume de Bretagne, art. 223; gloſſe 4: la coutume de Nivernois, chap. 23, art. 1; celle de Bourgogne, tit. 4, art. 1; celle de Normandie, art. 417, sont contraires; mais ce sont dispositions exhorbitantes du droit commun qui auroient besoin de réformation; la proposition est conforme au droit commun du royaume; voyez les arrêtés faits chez M. le premier président de Lamoignon, tit. des testamens, art. 3, & ci-dessus le chap. 3, du tit. 5, du premier livre.

XLI. Elle s'oblige & engage ses biens en délinquant, parce que l'incapacité sous laquelle elle vit, ne peut être nuisible à ses concitoyens, sauf, par rapport à son mari, la limitation que contient la proposition suivante.

Le Brun, de la communauté, pag. 142, num. 26.

XLII. Mais elle ne peut, même en delinquant, nuire à son mari, n'ayant aucune propriété sur les biens de la communauté, tant qu'elle dure, & par conséquent sur les fruits de ses propres qui en font partie; tout cela reste au mari tant que la femme subsiste; mais si la communauté étoit dissoute par la mort civile de la femme, la jouissance du mari n'embrasseroit pas celle des propres de la femme, la jouissance du premier ne pouvant avoir lieu qu'autant que l'autre peut posséder.

Bacquet, des droits de justice, ch. 21, num. 5, pag. 129; & cela a déja été établi ci-dessus & se pratique ainsi au châtelet, comme suite de la coutume.

XLIII. De-là il s'ensuit que tant que la communauté dure, la femme en délinquant n'affecte pour ce que la nue propriété de ses propres; c'est la conséquence de ce que dessus.

Voyez la quatrieme partie du present titre, où cela a été établi plus au long, en examinant la régie des biens de la communauté; maxime que l'ordre oblige de reprendre ici en examinant les cas dans lesquels la femme s'engage valablement sans autorisation.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES PRIVILÉGES DE LA FEMME RELATIFS A LA COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DU MOTIF ET DE LA BASE DE CES PRIVILÉGES.

(Art. 237 & 228 de la coutume.)

I. LA dépendance ſous laquelle la femme vit ; l'impuiſſance dans laquelle la loi la met de critiquer l'adminiſtration, & les diſpoſitions de ſon mari ſont balancées par les priviléges qu'elle lui accorde ; priviléges qui ſont la matiere de cette ſection, & par leſquels la coutume la met à l'abri de toute perte : c'eſt ainſi qu'elle a tout balancé par ſa ſageſſe, comme on l'a déja annoncé, & ce qu'il faut approfondir ici.

Tant que la communauté ſubſiſte, le droit de la femme ſur la communauté, n'eſt que virtuel & ne peut devenir habituel que par ſon acceptation ; le Brun, de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, num. 1 & 2 ; de-là ſon impuiſſance à critiquer l'adminiſtration de ſon mari : le même auteur à la même ſection, num. 50 : impuiſſance qui eſt la baſe de ſes priviléges qu'on va examiner & qui balancent cette impuiſſance.

II. Voici ſon premier privilége : la loi rend pour la femme la communauté qu'elle établit entre conjoints, une eſpece de ſociété léonine, dans laquelle la femme ayant l'eſpérance du gain ne court aucun riſque de perdre, ſi ce n'eſt ſa miſe, encore lui eſt-il permis de ſtipuler la faculté de la reprendre ; telle eſt, vu ſa dépendance, la baſe du droit qu'elle a de renoncer à la ſociété ; droit qui eſt juſtement dénié à tout autre aſſocié, mais juſtement accordé à la femme par ſa qualité de ſimple ſpectatrice de la régie des biens de la communauté.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 268, num. 19 ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 237 de la coutume.

III. Ce droit aſſurément eſt un privilége ; ſon premier privilége eſt donc de pouvoir renoncer à la communauté, & en renonçant, elle affranchit ſes propres de toutes dettes de communauté, ſes propres n'en ayant jamais fait partie ; ainſi elle peut gagner par l'établiſſement de la communauté & non jamais perdre ſi ce n'eſt ſa miſe.

C'eſt la diſpoſition de l'article 237. Voyez Dupleſſis, livre 2, chap. 3, pag. 435 ; on va approfondir ce privilége & celui qui ſuit par les deux ſections ſuivantes ; on ne fait ici que les poſer pour en faire ſentir le motif.

IV. En voici un autre : ſon ſecond privilége, eſt qu'en acceptant la communauté, elle n'eſt tenue des dettes d'icelle, que juſqu'à concurrence de l'émolument, ce qu'on a été obligé de marquer ci-deſſus, en traitant du pouvoir du mari ſur les biens de la communauté, & ce que l'ordre veut qu'on reprenne ici. C'eſt encore un autre privilége, puiſque les autres aſſociés n'en ont pas un pareil, mais la dépendance le fonde comme le précédent ; nous allons les approfondir.

Le Maître, tit. 10, pag. 256 ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 228 de la coutume ; double privilége qu'on va approfondir par les deux ſections ſuivantes.

SECTION II.

De la faculté accordée à la femme & à ſes héritiers, de renoncer à la communauté.

(Art. 237 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De quelles dettes elle s'affranchit par la renonciation, & de l'inventaire qu'elle doit faire.

V. Quoique par la régle générale un aſſocié ne puiſſe renoncer à la ſociété, pour faire retomber ſur les autres aſſociés, tout le poids des dettes de la ſociété ; cependant comme le mari eſt le maître abſolu de tout ce qui compoſe la communauté, il eſt permis à la femme & à ſes héritiers de renoncer à la communauté, en faiſant faire, par la femme, bon & loyal inventaire ; mais ce n'eſt que ſous cette condition que cette faculté lui eſt accordée ; condition ſage, qui conſerve les juſtes droits des créanciers de la communauté, & ſans l'accompliſſement de laquelle la femme ne jouiroit pas de ce premier privilége.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 262 ; & au même traité, pag. 399 ; le Maître, pag. 269. Cette faculté de renoncer à la communauté, a lieu même en faveur des héritiers de la femme lorſqu'elle & ſon mari ſe ſont retirés hors du royaume pour faire profeſſion de la religion prétendu réformée ; arrêt du 26 février 1706 ; voyez auſſi ſur cette faculté Renuſſon en ſon traité de la communauté, part. 2, ch. 1.

VI. Par cette renonciation, ils s'affranchiſſent de toutes dettes de communauté, c'eſt-à-dire, tant la veuve ſi elle ſurvit, que ſes héritiers ſi elle eſt prédécédée; c'eſt l'effet de la renonciation de l'un comme des autres.

Par cette renonciation, la femme s'affranchit même de l'action des créanciers dont elle a arrêté les mémoires, à moins qu'autoriſée pour ce de ſon mari, elle ne ſe ſoit obligée à les payer, ſans cela elle n'eſt cenſée avoir agi que comme mandataire de ſon mari; Arrêt du 16 février 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 677. Cet arrêt a été rendu dans le cas d'une dame de qualité; les raiſons ſeroient les mêmes par rapport à la femme d'un roturier, qui auroit fait de pareils arrêtés; elle eſt même déchargée des dettes contractées pour alimens; le Brun, de la communauté, pag. 223, num. 47 & 48; mais la renonciation à la communauté n'affranchit pas la veuve des frais funéraires de ſon mari; arrêt du 9 juin 1704, rapporté par Augeard, tom. 2, ch. 62, pag. 403; mais s'il y avoit des enfans & qu'ils euſſent du bien; je penſe qu'ils ſeroient tenus d'acquitter leur mere d'une pareille charge, cette derniere n'en pouvant être tenu que ſubſidiairement, mais c'eſt charge de l'union conjugale, & non de la communauté.

VII. La veuve ſurvivante pour le ſoutien de ſa renonciation, eſt obligée, comme on l'a déja obſervé, de faire faire bon & fidel inventaire; c'eſt la condition que la loi a attaché à ce privilége & ſans l'accompliſſement de laquelle il n'a lieu. En effet, elle reſte en poſſeſſion de tout le mobilier, elle doit donc en faire conſtater le montant, ſans quoi, il faut néceſſairement la réputer commune, & ce par l'effet naturel de la confuſion des biens; effet qui doit tomber ſur elle puiſqu'elle en eſt l'auteur.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, où faute d'inventaire, une veuve, nonobſtant ſa renonciation, eſt condamnée comme commune, & cela eſt ſuite de la coutume; voyez Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 435.

VIII. A l'égard des héritiers de la femme prédécédée, ils ne ſont pas obligés, pour le ſoutien de leur renonciation à la communauté, de faire faire inventaire, parce que c'eſt alors le mari qui reſte maître de toute la maſſe de la communauté, & que quant à eux, il n'y a pas de confuſion à craindre.

Tel eſt encore ſur ce l'uſage conſtant du châtelet, & autrement ce ſeroit dépouiller la loi de ſa ſageſſe.

IX. Par cette renonciation, les héritiers de la femme s'affranchiſſent même des dettes de la femme antérieures au mariage, ainſi que la femme ſurvivante s'en affranchit, ſi le contrat de mariage ne contient pas la clauſe excluſive de dettes; leur décharge eſt ſur ce générale; & par l'effet de la repréſentation les héritiers de la femme ont tous ſes droits.

Le Brun, de la communauté, pag. 417, num. 45. Voyez les deux propoſitions ſuivantes, qui expliquent celle-ci.

X. En effet, ces dettes par le mariage, ſont devenues dettes de communauté, qui, au moyen de la renonciation à icelle, ne regardent plus la femme ni ſes héritiers; la renonciation affranchit donc ces derniers de celles-là comme des autres, ſauf l'action des créanciers contre leur débitrice, & la garantie de cette derniere contre le mari.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 416, & cela réſulte de l'art. 221 de la coutume, qui n'excepte pas le cas de la renonciation, par rapport à de tels dettes qu'elle fait indiſtinctement tomber en communauté, ſi par le contrat de mariage il n'y a ſtipulation contraire.

XI. Mais la renonciation à la commmunauté, de la part de la veuve, ne l'affranchit pas des dettes auxquelles elle s'eſt obligée; c'eſt le juſte effet de ſon engagement qui eſt indépendant de la communauté, & qui, comme tel, doit produire tout ſon effet, abſtraction faite de ſon acceptation ou de ſa renonciation à la communauté; c'eſt un droit acquis à de tels créanciers qu'un fait qui leur eſt étranger ne peut effacer.

Ricard, ſur l'art. 221; Louet & Brodeau, let. F, num. 17; & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XII. Son obligation ſubſiſte en ce cas, nonobſtant ſa renonciation, parce que ſa renonciation ne peut effacer un engagement perſonnel qu'elle a contracté, ſauf ſon indemnité contre ſon mari, indemnité qui ſera traitée ci-après & dans ſon ordre, qui conſerve ſes droits contre ſon mari, mais ſans donner atteinte à ceux des créanciers envers leſquels elle s'eſt volontairement engagée.

Les créanciers de la veuve, peuvent empêcher l'effet de ſa renonciation, ſi elle eſt faite en fraude de leur créance; le Brun, de la communauté, pag. 408, num. 17. Voyez le titre du Digeſte, *de his quæ in fraudem, &c.* ce qu'on ne doit admettre qu'avec des preuves bien fortes.

DISTINCTION II.

Que la clauſe par laquelle on ſtipuleroit que la femme ou ſes héritiers ne pourroient renoncer à la communauté ſeroit nulle.

XIII. La clauſe par laquelle on ſtipuleroit que la femme ne pourroit renoncer à la communauté, ſeroit nulle, comme contraire à la loi municipale; ce ſeroit mauvaiſe addition & contraire à ſa diſpoſition. Cette nullité eſt fondée, ſur ce que la faculté qu'elle a de renoncer à la communauté, eſt en quelque façon une portion du droit public ſur lequel la convention contraire ne peut prévaloir.

Les notes ſur Dupleſſis, pag. 437; le Brun de la communauté, pag. 399.

XIV. Il

XIV. Il en eſt de même de celle par laquelle on ſtipuleroit que ſes héritiers ne pourroient renoncer à la communauté : la loi leur donnant quant à ce le même droit que la femme ; on peut donc appliquer à leur égard ce qu'on vient de dire pour la derniere : ce droit de renoncer étant de droit public.

C'eſt l'opinion commune, fondée ſur les propoſitions précédentes ; les héritiers de la femme, comme la repréſentans, ayant ſur ce les mêmes droits qu'elle ; pour moi je ne vois pas de difficulté ſur cela.

XV. Lorſqu'il eſt ſtipulé par contrat de mariage, qu'il ſera permis à la future épouſe de renoncer & de reprendre ; cette clauſe limite la faculté de reprendre dans la perſonne de la femme, mais non la faculté de renoncer, qui a lieu de droit, & qui par conſéquent doit militer pour ſes héritiers.

C'eſt une inexactitude d'expreſſion dans laquelle des notaires tombent aſſez ſouvent, & à laquelle les ſentences du châtelet, donnent ce juſte ſens, que la faculté de renoncer en faveur des héritiers de la femme, eſt de droit ; ce qu'on examinera plus au long en examinant la faculté de reprendre.

DISTINCTION III.

Quand la veuve peut renoncer & qu'elle ne le peut lorſqu'elle a fait acte de commune.

XVI. La veuve ne peut renoncer à la communauté qu'autant que les choſes ſont entieres ; d'où il s'enſuit que lorſqu'elle a fait acte de commune, elle ne peut plus renoncer à la communauté ; la renonciation en ce cas ne ſeroit qu'une fraude.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence & c'eſt l'eſprit de la coutume.

☞ M. l'Epine de Grainville rapporte cependant un arrêt rendu au rapport de M. Séguier le 12 avril 1723, par lequel il a été jugé qu'une femme peut renoncer à la communauté après l'avoir acceptée, pourvu qu'elle ait fait faire inventaire & qu'elle rende compte, auquel cas elle eſt comparée à un héritier bénéficiaire.

XVII. Non-ſeulement le fait opére un tel acte de commune, mais la ſeule intention marquée ſuffit pour l'opérer, c'eſt-à-dire, pour faire obſtacle à la renonciation.

Potius animi quàm facti ; ce que la propoſition ſuivante développe.

XVIII. De-là il s'enſuit, que ſi la veuve s'eſt immiſcée dans la jouiſſance des biens de la communauté, elle ne peut plus renoncer ; il en eſt de même, ſi dans quelque acte elle a pris la qualité de commune : dans l'un & dans l'autre cas l'acceptation eſt déterminée & doit ſubſiſter ; c'eſt droit commun.

Cette propoſition réſulte de la premiere & de la ſeconde propoſition de la préſente diſtinction, ſauf l'exception qui ſuit.

XIX. Cependant la veuve qui continue à vivre dans la maiſon de ſon mari, & ſur les proviſions qui s'y trouvent juſqu'à la clôture de l'inventaire, ne fait pas acte de commune ; ce procédé de ſa part étant de néceſſité, ne peut opérer acceptation.

Cela eſt de pratique conſtante au châtelet, & loin que par-là elle faſſe acte de commune, on lui accorde une certaine ſomme pour la nourriture des perſonnes qui compoſent la maiſon ou famille du défunt, & ce juſqu'à la confection de l'inventaire dont la coutume la charge, & elle couche cette ſomme en dépenſe dans ſon compte, pour le tout ſi elle eſt renonçante, & pour moitié ſi elle eſt commune, ce qui prouve la propoſition, & tel eſt ſur tout cela l'uſage du châtelet.

XX. Voici encore une autre exception : la veuve ne fait pas acte de commune en appréhendant les biens de la communauté, ſi elle a une autre qualité que celle de commune, qui lui permet de le faire ; par exemple, ſi elle eſt donataire de ſon mari, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, parce que ſon fait en ce cas eſt l'exécution de ſa donation & non l'acceptation tacite de la communauté ; une interprétation contraire ſeroit, non-ſeulement rigueur outrée, mais encore une interprétation déraiſonnable, & par conſéquent contraire à la ſageſſe de la loi.

Je l'ai entendu juger ainſi au châtelet, ſur le fondement que par rapport à l'héritier, la coutume ne le répute héritier par l'appréhenſion, que lorſqu'il n'a ni titre ni qualité pour ce faire que celle d'héritier ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 317 de la coutume, qui me paroît s'appliquer auſſi à la veuve ; en effet, la raiſon y eſt commune.

DISTINCTION IV.

Que la veuve d'un homme aſſaſſiné, ne fait pas acte de commune, en profitant des dommages & intérêts.

XXI. Paſſons à une troiſieme exception à ce que deſſus : quoique l'immiſſion dans les biens de la communauté rende la veuve commune, cependant la veuve d'un homme qui a été aſſaſſiné, qui prend part dans la réparation & dans les intérêts civils, n'eſt pas par-là commune ; c'eſt un ſoulagement à ſa douleur, ſoulagement dû à ſa qualité de veuve, & non une immiſſion dans laquelle elle ſe ſoit ingérée de biens provenans de commune collobaration. C'eſt un droit plus naturel que civil.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 12 de la coutume de Lille ; de le Maître, tit. 10, pag. 269. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XXII. En effet, ces intérêts civils n'ont pas fait partie de la communauté, & ils ſe donnent à ſa douleur & à ſa qualité naturelle de veuve, abſtraction faite de ſa qualité ci-

vile, de commune ou de renonçante ; tel acte ne peut donc faire acte de commune ; comme tel acte ne fait pas, de la part de l'héritier du ſang, acte d'héritier ; dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt même principe.

Cela eſt atteſté encore par Ricard, ſur l'article 237 de la coutume, & par Chopin, ſur Anjou, liv. 3, ch. 3, tit. 5, dum. 10. Je n'y vois pas de difficulté, c'eſt un droit commun dans le royaume ; l'exemple rapporté à la fin de la propoſition la fonde, & ce droit de l'héritier du ſang commun, quant à ce à celui de la veuve, eſt atteſté par le Prêtre, cent. 2, ch. 12, & par les arrêtés faits chez M. le premier preſident de Lamoignon, tit. des ſucceſſions, art. 7.

SECTION III.

Du privilége de la femme & de ſes héritiers de n'être tenus des dettes de la communauté, que juſqu'à concurrence de l'émolument.

(Art. 221 & 228 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De l'effet de ce privilége & que la femme n'y peut déroger.

XXIII. Examinons à préſent ce ſecond privilége qu'on a annoncé : la femme ou ſes héritiers acceptans la communauté, ne ſont tenus des dettes d'icelle que juſqu'à concurrence de ce qu'ils ont amendé ; c'eſt le ſecond de leur privilége qu'on a ci-deſſus annoncé & qu'on va ici expliquer, & qui a encore pour baſe la dépendance ſous laquelle la femme vit, & la défenſe générale que la coutume fait au mari d'engager les propres de ſa femme.

De Montholon, ch. 59. Mais lorſque l'amendement eſt plus fort que la moitié des dettes, ils ſont tenus indiſtinctement de la moitié de toutes les dettes & même des cautionnemens contractés par le mari ; cependant par la note ajoutée à l'art. 14 de la let. C, de Lapeyrere, pag. 43, il eſt dit, que la femme après la diſſolution de la communauté, n'eſt pas tenue de la moitié du cautionnement fait par ſon mari, ſi la communauté n'en a pas profité, ce qui eſt contraire à nos principes, parce qu'outre que tel cautionnement eſt adminiſtration, le mari même a pu donner ; puiſſance preſque indéfinie, qui fait néceſſairement militer le cautionnement du mari contre la femme commune : ſur ce privilége de la veuve commune de n'être tenue des dettes que juſqu'à concurrence de ſon amendement, voyez le Brun & Renuſſon, en leurs traités de la communauté ; le premier, l. 3, ch. 2, ſect. 2 ; le ſecond, part. 2, ch. 1 ; & Louet & Brodeau, let. C, ch. 54 ; & c'eſt le droit commun du royaume.

XXIV. La clauſe par laquelle on ſtipuleroit que la veuve acceptant la communauté ſeroit tenue indiſtinctement de la moitié des dettes, ſeroit par elle-même bizarre, & d'ailleurs vicieuſe & nulle, comme dérogation à une portion du droit public ; dérogation qui n'eſt pas en la puiſſance des particuliers.

Cela réſulte de la note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 437, & de ce que dit le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, pag. 399, num. 2, & 401, num. 7. Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXV. La raiſon de ce a été expoſée ci-deſſus ; la conſervation du bien des femmes eſt en quelque façon du droit public, auquel on ne peut déroger ; ainſi la dérogation à ce droit ſeroit donc vicieuſe ; en effet, ce privilége qui réſulte de l'impuiſſance du mari de donner atteinte aux propres de ſa femme, eſt bien plus prohibition que ſimple diſpoſition ; prohibition qu'il n'eſt pas en la puiſſance de la perſonne prohibée d'effacer.

Marito non licet onerare propria uxoris : dit Dumoulin, ſur l'art. 242 de la coutume de Poitou ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 214, num. 9 & 10 ; & cela réſulte de l'art. 228 de la coutume.

XXVI. Il en eſt de même de la clauſe portée par un contrat de mariage, par laquelle on auroit prétendu aſſujettir les héritiers de la femme à la moitié des dettes ; cette clauſe ſeroit vicieuſe par le vice radical ci-deſſus marqué, outre que les créanciers qu'elle intéreſſeroit ne l'auroient pas ſtipulé & n'auroient pu le faire ; ainſi ce ſeroit en vain qu'ils exciperoient d'une telle clauſe portée par le contrat de mariage ; telle clauſe devant être ſans exécution par les raiſons ci-deſſus expliquées & qui influent également ſur elle ; en un mot, quant à ces priviléges, les héritiers ont tous les droits de la femme.

C'eſt une conſéquence néceſſaire des autorités citées ſur la ſeconde propoſition de la préſente diſtinction, & le droit de la femme & de ſes héritieres, de n'être tenus des dettes de la communauté au-delà de leur émolument, a été jugé ſi favorable, qu'il a été étendu aux autres coutumes qui n'en diſpoſent pas ; les arrêts en ſont rapportés par Brodeau ſur Louet, lettre C, num. 53, art. 1 & 2 ; ainſi c'eſt droit commun du royaume : voyez auſſi le Brun, de la communauté, pag. 214, num. 10 & 11, qui confirme ces obſervations.

DISTINCTION II.

De ce que la veuve & ſes héritiers doivent faire pour jouir de ce privilége.

(Art. 228 de la coutume.)

XXVII. Ils ne jouiſſent de ce privilége que ſous une condition ; en effet, leur engagement à cet égard étant limité à leur amendement, ils n'en peuvent jouir qu'en conſtatant le montant de l'amendement : ſans l'accompliſſement de cette condition, ils ſeroient privés de ce privilége ; ce qui néceſſite de leur part la confection d'un inventaire, ce qu'on va développer ; & juſqu'à un compte rendu, ils peuvent être pourſuivis pour le tout : la confuſion fonde cette pourſuite.

Juſqu'à la reddition du compte, dont ſera par-

lé ci-après, la veuve ou ſes héritiers peuvent être pourſuivis perſonnellement & ſur leurs propres biens pour la moitié de la dette ; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 3, num. 20, pag. 36 & 37 ; en effet, on tient pour maxime au châtelet, que tout comptable eſt préſumé débiteur ; ce qui fonde cette action ; ainſi que la confuſion des biens de la communauté avec leurs biens perſonnels.

XXVIII. De-là il s'enſuit qu'ils doivent faire faire inventaire, puiſque c'eſt la ſeule voie par laquelle ils puiſſent conſtater l'amendement, & ceſſant cet inventaire, ce privilége s'évanouiroit à leur égard, parce que par ſon défaut il n'y auroit plus de baſe ſur laquelle on pût fonder ſon effet & ſon étendue.

Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, liv. 2, ch. 3, pag. 436 & 437 ; & cet inventaire doit être fait avec un légitime contradicteur ; le Brun, de la communauté, pag. 264, num. 5, mais il dit le contraire, pag. 405, num. 70 ; il exige du moins un ſubſtitut ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, en cas d'abſence de l'héritier du mari, & par-là la vraie forme pour ce eſt remplie, puiſque l'inventaire a toute ſa ſolemnité & que comme tel, la foi lui eſt dûe.

XXIX. Cet inventaire eſt ſi néceſſaire, qu'on a vu ci-deſſus que la renonciation même de la veuve à la communauté, ne peut militer contre les créanciers, que lorſqu'elle a fait faire inventaire, ſans lequel à leur égard elle eſt réputée commune ; ce qui prouve de plus en plus la néceſſité de cet acte lorſqu'il y a acceptation de communauté, & qu'elle veut réduire la charge des dettes à ſon amendement dans la communauté.

Voyez le chapitre 7 qui ſuit ; mais dans le cas qu'il y a inventaire & qu'elle en a rendu compte, elle n'eſt point tenue au-delà de ſon amendement, encore que les héritiers du mari euſſent diſſippé tout le mobilier qu'ils ont tiré de la communauté. Le Brun, traité de la communauté, pag. 215, num. 13 : ce que je regarde comme inconteſtable, puiſqu'alors la loi eſt remplie & que c'eſt la vraie exécution du privilége qu'elle lui accorde.

XXX. Mais lorſque le mari eſt ſurvivant, les héritiers de la femme, pour ſoutenir leur renonciation à la communauté, ne ſont pas obligés de faire faire inventaire ; il eſt alors à la charge du mari reſté en poſſeſſion de la maſſe : c'eſt cette poſſeſſion qui eſt la baſe de cette charge.

Cela eſt établi ci-après ſur la ſect. 3, du ch. 7 ; tel eſt l'uſage du châtelet ; le Brun de la communauté, pag. 264, num. 6, ne dit quelque choſe de contraire à la propoſition, que dans le cas d'une eſpece ſinguliere qu'il propoſe ; ainſi ſelon lui-même, cette régle reſte dans ſa force.

☞ Suivant les annotateurs de Dupleſſis, liv. 2, ch. 3 de la communauté, il y a deux cas, où la veuve peut renoncer ſans faire inventaire ; 1°. quand l'héritier du mari l'a fait faire en préſence de la veuve ; 2°. lorſque le mari n'a laiſſé aucuns effets auquel dernier cas, il ſuffit d'un procès-verbal de carence ; il y a auſſi un arrêt du 5 février 1707, qui a jugé que la renonciation étoit valable ſans inventaire, dans le cas que la veuve ſéparée d'habitation de la maiſon mortuaire du mari auroit laiſſé tous ſes biens en la diſpoſition des héritiers.

DISTINCTION III.

Que ce privilége n'eſt pas ſi étendu que celui de l'héritier bénéficiaire, & que la femme nonobſtant icelui perd ſa miſe & ſon préciput, mais non ſon propre fictif.

XXXI. Le privilége accordé à la femme & à ſes héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté que juſqu'à concurrence de l'émolument, n'eſt pas ſi étendu que celui de l'héritier bénéficiaire : tel eſt ſur cela le principe général qui annonce, que nonobſtant ce privilége, il eſt quelquefois plus utile à la veuve de renoncer que d'accepter.

Le Brun, de la communauté, pag. 264, num. 3 : voyez les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci.

XXXII. La veuve qui a accepté la communauté, & qui rend compte de ce qu'elle a tiré d'icelle pour s'affranchir du ſurplus des dettes de communauté, ne peut retenir ni coucher en dépenſe dans ce compte ce qui a été par elle apporté dans la communauté, encore que par ſon contrat de mariage elle ait eu droit de reprendre cette miſe en cas de renonciation à la communauté ; par la même raiſon elle ne peut retenir ſon préciput, ce qui eſt indubitable par rapport aux créanciers, mais qui peut ſouffrir plus de difficulté par rapport aux héritiers ; cependant je ne l'eſtime pas.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, conforme à la doctrine de l'auteur du traité des propres, ch. 4 ſect. 9, num. 26 & 27, pag. 462 & 463 : ce que la propoſition ſuivante confirme.

XXXIII. En effet, par ſon acceptation elle n'eſt plus dans le cas de la faculté de reprendre, qui eſt de rigueur, & qui ne lui a été accordé que dans le cas de la renonciation ; & il eſt conſtant que ſon apport fait partie de la communauté, & qu'elle doit compter de tout ce qu'elle en a tiré, & par conſéquent de ſon préciput ainſi que de ſa miſe, l'un & l'autre faiſant partie de la communauté.

Dans ce cas j'ai toujours vu au châtelet, que les créanciers de la communauté ont obligé la veuve à compter de toute la maſſe de la communauté, dans laquelle ſa miſe en icelle eſt confondue ; juriſprudence fondée ſur un principe ſûr,

qui eſt qu'un privilége étant un droit de rigueur, ne peut être étendu, & que la coutume n'affranchit la veuve des dettes de communauté, qu'après avoir rendu compte de toute la maſſe d'icelle, & ce ſeroit ajoûter à ce privilége que de lui donner le droit de prélever encore ſa miſe ou l'apport qu'elle a fait en icelle ; mais à l'égard du préciput, cette perte peut ſouffrir quelque difficulté, par rapport aux héritiers du mari ; mais il me paroît qu'à leur égard, elle ne peut ceſſer d'être commune : 2°. que ſon droit eſt un privilége qui ne peut être étendu : 3°. que la perte de ſa miſe étant conſtante, même à leur égard, elle doit l'être pareillement de ſon préciput n'y ayant aucune différence ; enfin ce qui me paroît décider, c'eſt que ſi on lui conſervoit ſon préciput contre les héritiers, après le compte par elle rendu de ſon amendement aux créanciers, amendement dans lequel ce préciput étoit compris comme faiſant partie d'icelui, il arriveroit que les héritiers du mari payeroient deux fois le préciput à la veuve, ce qu'on ne peut admettre, ſauf l'action en plein des créanciers contre les héritiers du mari ; derniere raiſon déciſive qui me paroît mettre la propoſition à l'abri de toute contradiction.

XXXIV. Mais par le compte qu'elle rend aux créanciers, elle peut leur coucher en dépenſe la totalité de ſon propre fictif, parce que ce propre n'a jamais fait partie de la communauté, & qu'il doit lui reſter en entier ; c'eſt délibation dans tous les cas ſur la communauté, & charge & non portion active d'icelle : qualité qui rend dans un tel compte la dépenſe du montant d'un tel propre inconteſtable.

Cela eſt d'une Juriſprudence conſtante au châtelet, & ce qui rend cette délibation, ce prélévement, inconteſtable ; c'eſt qu'ils auroient lieu dans le cas même de l'acceptation de la communauté, à plus forte raiſon, ont-ils lieu dans le cas de la reddition du compte de l'amendement tiré de la communauté ; en un mot, c'eſt indiſtinctement & dans tous les cas un propre de la femme, & non un bien de communauté.

XXXV. Cependant ſi tout ce qu'elle a tiré de la communauté étoit mobilier, elle ne pourroit primer les autres créanciers, & elle ne viendroit pour la dépenſe qu'elle a droit de faire du montant de ſon propre fictif, qu'à contribution : un pur mobilier ne peut ſe diſtribuer autrement ; qualité qui l'aſſujettit néceſſairement à cette perte. C'eſt accident par la nature du gage & des biens du débiteur, mais qui ne change rien au droit qu'on vient d'établir & conſidéré en lui-même.

Cette contribution eſt établie dans ſon ordre, elle eſt en ce cas pratiquée au châtelet, & c'eſt ſuite de la diſpoſition de la coutume.

DISTINCTION IV.

Que la veuve rendant compte aux créanciers, eſt obligée de ſe charger en recette de la moitié des indemnités & des dots par elle fournies à ſes enfans.

XXXVI. La veuve qui a accepté la communauté, & qui a doté avec ſon mari un enfant commun aux dépens de la communauté, eſt obligée en rendant compte aux créanciers de ſon amendement par elle tiré de la communauté, de ſe charger en recette pour moitié de cette dot, ſur quoi les créanciers ont plus de droit que les héritiers du mari. Ces derniers prennent la communauté & la ſucceſſion comme elles ſont, mais les autres ne trouvant pas de quoi ſe remplir dans les biens de leur débiteur & de la communauté, la femme n'ayant pu doter à leurs dépens, elle leur en doit raiſon.

C'eſt ce qui s'obſerve exactement au châtelet, par rapport aux créanciers, contre le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 364, num. 3 ; il n'en eſt pas de même par rapport aux héritiers du mari ; c'eſt ce qu'on verra par la diſtinction qui ſuit.

XXXVII. Cela eſt fondé, à l'égard des créanciers, ſur ce que cette dot étoit ſa dette perſonnelle pour moitié, dont elle ne doit pas s'acquitter aux dépens de la communauté, lorſqu'il ne reſte d'icelle aucun bien libre ; elle doit donc en ce cas compter de cette moitié aux créanciers.

Il en eſt de ce cas, par rapport aux créanciers de la communauté ſeulement, comme de celui de la renonciation de ſa part à la communauté, dans lequel dernier cas on lui impute indiſtinctement ſur ſes repriſes, c'eſt-à-dire, que non-ſeulement les créanciers, mais même les héritiers du mari peuvent lui imputer la moitié de la dot fournie à l'un des enfans, lorſqu'elle a parlé au contrat de mariage, & qu'elle eſt codonatrice, ſuivant l'arrêt du 7 décembre 1679, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 108, où l'on trouve cités les arrêts précédens qui l'ont ainſi jugé ; voyez les autres autorités rapportées par le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente ; mais lorſqu'elle a accepté, elle ne doit cette recette qu'aux créanciers, & non aux héritiers, parce que alors elle a doté du ſien, c'eſt-à-dire, aux dépens d'une ſociété qu'elle a acceptée, & dont elle ne doit compter de l'émolument qu'à des créanciers.

XXXVIII. Il en eſt de même, par rapport aux créanciers, des indemnités que la veuve doit à la communauté. Si, par exemple, on a augmenté ſon propre, & que les héritiers du mari aient été par elle indemniſés de moitié, pour cette augmentation elle doit encore, en rendant compte aux créanciers, leur faire recette de la moitié du montant de l'indemnité qui lui eſt reſtée dans la main, parce que cela provient de la communauté, & qu'elle n'en doit point profiter dès qu'elle rend compte aux créanciers ; c'eſt amendement de ſa part ; & ce compte qu'elle leur doit, doit embraſſer l'amendement dans ſa totalité ; ainſi, ſi la maſſe de la communauté dont elle a rendu compte aux héritiers de ſon mari, étoit de 20000 livres, & qu'elle ait comptée avec eux par confuſion, c'eſt-à-dire, que ſi après s'être chargée en-

vers eux en recette de 10000 livres, faisant moitié de la masse, elle s'est encore chargée en recette à leur profit de 5000 livres, faisant moitié de 10000 livres dont son propre avoit été augmenté pendant la communauté, & ce pour les remplir de l'indemnité par elle à eux dûe, ce qui les en remplit effectivement; il faut en ce cas, en rendant compte aux créanciers de l'amendement par elle tiré de la communauté, qu'elle se charge en recette envers eux, non-seulement de 10000 livres qui lui sont restées sur la masse, mais encore de 5000 livres dont son propre se trouve augmenté aux dépens de la communauté.

C'est ce qu'on ne manque pas au châtelet de faire sur les comptes, qui s'y rendent par les veuves de leur amendement en la communauté, autrement elle profiteroit à leur préjudice d'un bénéfice par elle tiré de la communauté; en effet, les 10000 livres montant de l'indemnité, font partie de la masse de la communauté, de laquelle masse, la femme en ce cas, ne peut rien retenir.

DISTINCTION V.

Que relativement aux héritiers du mari, la veuve lorsqu'elle est commune, ne leur doit point indemnité, pour les dots fournies par elle & son mari à leurs enfans.

XXXIX. La veuve, lorsqu'elle est commune, ne doit pas faire raison aux héritiers de son mari, comme aux créanciers, des dots qui ont été fournies aux enfans communs, aux dépens de la communauté, parce que ces dots proviennent d'une communauté dans laquelle la veuve commune a moitié, ce qui l'affranchit de leur faire raison d'icelle. En effet, & comme on l'a déja observé, les héritiers du mari prennent la communauté, ainsi que la succession, dans l'état qu'ils les trouvent au moment du décès de leur auteur.

Cela a été jugé au parc-civil, pour la demoiselle Langlois, pour laquelle je plaidois contre les héritiers de son mari, pour lesquels plaidoit Cochin; la dame veuve Langlois avoit une fille de son premier lit, elle n'avoit point d'enfans de son second mariage; le sieur Langlois & elle jugerent à propos de marier cette fille du premier lit de la dame Langlois avec le sieur marquis de Fescamp, auquel ils donnerent conjointement 5 à 600 mille livres de dot; au décès du sieur Langlois la communauté se trouva ruinée, néanmoins la veuve qui avoit apporté quatre mille livres l'accepta. Les héritiers de son mari ne trouvant rien dans cette communauté, qu'ils disoient avoir toute tournée au profit de sa fille, demanderent que la veuve fut tenue de leur tenir compte de la moitié de cette dot qu'elle avoit donnée, ou du moins qu'ils fussent déchargés de la restitution de ses propres que cette dot avoit épuisé; la dame Langlois fut déchargée de cette demande, on lui adjugea ses propres fictifs & son remploi des propres aliénés, & elle ne perdit que sa mise qui se trouvoit noyée dans une mauvaise communauté qu'elle avoit été forcée d'accepter à cause de cette constitution commune de dot; ce qui établit à plus forte raison la proposition, qui est, pour le cas que la dot a été fournie à un enfant commun; dans l'espéce le sieur Langlois avoit donné moitié à sa belle-fille & avoit pu le faire, n'ayant pas d'enfant.

XL. De-là il s'ensuit que dans le cas que le mari & la femme ont doté conjointement un enfant, & que la moitié de la dot excéde la mise de la femme en communauté, la femme survivante doit accepter la communauté, encore qu'il n'y ait rien d'actif en icelle, parce qu'en acceptant, elle ne perd que sa mise, & qu'elle s'affranchit de l'indemnité & de la moitié de l'imputation de la dot fournie à son enfant, imputation qui se feroit sur ses propres si elle étoit renonçante; c'est en ce cas le parti que la veuve doit prendre. En effet, lorsque la veuve a accepté la communauté, & qu'un enfant commun a été doté avec des effets de la communauté, il est constant qu'elle n'a donné que le sien, & sans affoiblir ses propres dont son mari & ses héritiers sont restés comptables envers elle.

Est à observer, 1°. que dans telles circonstances, il faut conseiller à la veuve d'accepter la communauté quoique mauvaise, si sa mise est inférieure à la moitié de la dot, parce que relativement aux héritiers de son mari, elle se met à l'abri de toute imputation pour ce sur ses propres en perdant sa mise, parce qu'en sa qualité de commune, elle a la moitié de tout ce que la communauté a produit, & que c'est la communauté qui a fourni la dot; 2°. que par rapport aux créanciers elle doit en leur rendant compte, leur faire recette de la moitié de la dot qu'elle a donnée, parce qu'elle leur doit compter de tout l'amendement qu'elle a tiré de la communauté, c'est à dire, non-seulement de ce qui étoit extant lors de la dissolution, mais encore de ce qu'elle a tiré de la communauté pendant & constant le mariage; l'espéce de partage anticipé qu'elle a fait avec son mari, n'empêche pas que ce ne soit un amendement réel, comme on l'a vu dans la distinction précédente; ce qu'il a été à propos de reprendre ici pour établir ce que précédemment on n'avoit fait que poser, c'est-à-dire, qu'au sujet des dots fournies à des enfans; ce qui, je crois, doit être étendu aux donations faites en commun par les deux conjoints à des étrangers, le droit des créanciers est bien plus fort que celui des héritiers du mari; ces derniers ne peuvent demander que la succession, mais les créanciers de la communauté ne doivent pas laisser à la veuve un amendement tiré d'icelle, lorsqu'ils ne sont pas remplis.

DISTINCTION VI.

Des déductions qu'on doit accorder à la veuve rendant compte aux créanciers de son amendement de la communauté.

XLI. Il faut d'abord lui déduire sur le mobilier qu'elle a tiré de la communauté, tous les payemens qu'elle a fait de bonne

foi aux créanciers qui ont d'abord veillé, ces payemens l'ayant réellement diminué; c'eſt aux autres à s'imputer de n'avoir pas agi plutôt.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; voyez le Brun, de la communauté, pag. 266, num. 10 & 12, & c'eſt juſte & inévitable balance de l'actif avec le paſſif.

XLII. Mais par rapport aux immeubles qu'elle a tiré de la communauté, ils reſtent toujours affectés aux créances; le fait d'un tiers ne peut leur faire perdre leur hypothéque, ſauf quant à ce l'imputation des payemens ſuivant l'ordre de l'hypothéque par rapport à ceux qui ont été acquittés, comme l'antériorité de ceux qui reſtent à ſatisfaire.

Le Brun, de la communauté, pag. 266, num. 12, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XLIII. De-là il s'enſuit, que les payemens qu'elle a fait à cet égard, ne lui ſont alloués qu'autant qu'elles les a fait aux créanciers les plus anciens en hypothéques, aux droits deſquels elle eſt légalement ſubrogée; ce qui s'entend toujours relativement aux immeubles; c'eſt l'effet de l'hypothéque qui ſuit toujours la choſe.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 440, paroît faire difficulté ſur cette ſubrogation; mais c'eſt ce que porte la note marginale qui y eſt ajoutée, note qui me paroît juridique.

XLIV. On doit lui paſſer en dépenſe dans ce compte, ſelon l'ordre de ſon hypothéque, la totalité de ſon propre fictif & la totalité de ſon propre réel qui a été vendu pendant & conſtant la communauté; c'eſt délibation à faire ſur la maſſe, parce que le prix de ces propres ne fait pas partie de la communauté, c'eſt donc dans un tel compte dépenſe à allouer, elle eſt inconteſtable; c'eſt le propre de la femme, auquel le mari n'a pu donner atteinte, & non un effet de la communauté, qui en eſt au contraire la débitrice.

Elle a pour ce, & ſur les conquêts de la communauté, l'hypothéque du jour de ſon contrat de mariage; enſorte que ſi ſon amendement immobilier dans la communauté n'eſt que de 20 mille livres, & que ſon propre ait été vendu 15 mille livres, elle eſt quitte en payant aux créanciers 5 mille livres; c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 265, num. 7, ce qui eſt très-juſte en ſoi; mais cependant qu'on ne doit entendre que dans le cas que par le partage de la communauté on n'eut fait aucune raiſon à la veuve de ſon remploi de propre: car ſi on lui avoit fait cette raiſon indépendemment des 20000 livres qu'elle auroit amendé, en ce cas il faudroit qu'elle en comptât du tout aux créanciers, enſorte qu'il ne lui reſtât rien du bénéfice de la communauté, mais ſeulement le montant de ſon propre fictif & celui de ſon propre réel aliéné qui étoient confondus dans la maſſe de la communauté, mais qui ne faiſoient pas partie d'icelle; autrement elle profiteroit aux dépens des créanciers de la communauté, envers leſquels elle eſt comptable de tout, comme un héritier bénéficiaire l'eſt envers les héritiers de la ſucceſſion.

XLV. Les créanciers ne perdent pas par la décharge que la veuve acquiert contr'eux, par la reddition du compte de ſon amendement, leur action; elle ſubſiſte, non-ſeulement pour l'autre moitié, mais pour tout ce qui leur reſte dû contre les héritiers du mari qui étoit leur débiteur; ce que l'on a déja obſervé, & qu'il eſt à propos de reprendre.

On a établi ci-deſſus que le mari étoit tenu ſolidairement des dettes de la communauté; ce qui fonde la propoſition.

XLVI. En effet, originairement le mari étoit leur vrai débiteur, c'eſt ſa foi & ſa ſolvabilité que les créanciers ont ſuivis, & ils ont de droit la ſolidité contre lui; ce qui fait que ce privilége ne peut profiter en rien au mari, par rapport à ſa décharge de la moitié de la dette dont la femme ou ſes héritiers s'affranchiſſent par cette voie.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & cette juriſprudence eſt ſuite des principes de la coutume.

CHAPITRE SIXIEME.

QUE PAR LE RECÉLÉ LA FEMME EST PRIVÉE DE CES DEUX PRIVILÉGES.

SECTION UNIQUE.

QUELS RECELÈS EMPORTENT CES PEINES, ET SI LA MINORITÉ LES EXCUSE.

I. SI l'inventaire fait par la veuve eſt infidéle, non-ſeulement elle ne peut plus renoncer à la communauté, non-ſeulement elle eſt commune, mais encore en cette qualité elle eſt tenue indiſtinctement de la moitié des dettes de la communauté ; ſon infidélité, ſa mauvaiſe foi produiſent encore d'autres peines expliquées par les propoſitions ſuivantes : telles ſont les premieres peines du recelé.

Papon, liv. 15, tit. 2, art. 1, rapporte un ancien arrêt de 1387, qui a jugé qu'une veuve qui avoit recélé étoit commune, nonobſtant ſa renonciation ; art. 227 de l'ordonnance de 1629 ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 438 ; voyez ſur les recelés, le Brun en ſon traité de la communauté, pag. 409 & ſuivantes ; tel eſt l'uſage du châtelet, ſur lequel la propoſition a été formée.

☞ Sur les inventaires infidéles & défectueux, voyez l'arrêt du 15 mai 1656 rapporté au journal des audiences ; il juge qu'en pareil cas, la veuve n'eſt pas privable de ſon droit de communauté, mais ſeulement de ſa part dans les choſes recélées.

II. Outre ce, la veuve qui a commis un recélé eſt privée de ſa moitié dans les effets recélés : autre peine ajoutée à la précédente, & juſte ſuite du recélé.

Note ſur Dupleſſis, pag. 338 & 339 ; anciennement on ne privoit pas la veuve de la part dans les effets recélés, enſuite on l'a privé de tout ſon droit dans la communauté, extrémités de part & d'autre, qui ont conduit au juſte tempérament de la priver de ſa part dans les effets recélés, & c'eſt à ce juſte milieu qu'il faut ſe tenir.

III. Cette moitié dont la veuve qui a recélé eſt privée, ainſi que le mari, accroît aux héritiers de l'autre conjoint ; ce ſont eux que la loi a eu pour objet dans l'établiſſement de cette peine.

Sur les peines du recélé, voyez l'arrêt rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 268 & ſuivantes, & la onzieme partie du même journal, pag, 122.

IV. Mais cette peine du recélé n'empêche pas la veuve d'exercer ſes repriſes ſur les effets par elle recélés, mais elle ne peut le faire qu'après avoir épuiſé les autres : ordre même qui paroît aſſez indifférent, puiſqu'il faut qu'elle ſoit remplie de ſes repriſes.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant, & c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 413, num. 35 ; ſur l'action de la veuve quant à l'ordre marqué dans la propoſition, il faut qu'un intérêt légitime le ſoutienne.

V. En effet, par le récelé ils ſont regardés comme propres du mari ; ils ſont donc toujours le gage des repriſes de la veuve ; je ne puis voir ſur ce de la difficulté.

Savoir ſi le ſurvivant des conjoints qui eſt pourſuivi pour raiſon de recélé par lui prétendu commis, peut être pourſuivi extraordinairement ou civilement : la pourſuite extraordinaire eſt uſitée au châtelet ; comme cette pourſuite eſt fort onéreuſe aux parties, il ſeroit ſalutaire d'en arrêter le cours, puiſque les arrêts de la cour ont preſque toujours rejetté cette pourſuite extraordinaire ; arrêt du 19 avril 1698, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 962 ; lors duquel M. le Chancelier, lors avocat général, dit que les Romains en ce cas avoient rejetté l'action *furti*, & qu'ils y avoient admis au lieu de cette action, l'action civile *rerum amotarum*, & que les arrêts de la cour avoient toujours admis cette juriſprudence ; elle a encore été confirmée par un arrêt de 1741, rendu au profit de la dame de Gibercourt ; voyez le Brun de la communauté, pag. 415, num. 39 ; cependant une femme qui a volé ſon mari, peut être par lui pourſuivie extraordinairement ; arrêt du parlement de Metz du 12 juillet 1708, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 545.

☞ Le recélé peut être pourſuivi extraordinairement ; mais il eſt d'uſage de convertir les informations en enquêtes, & de permettre à l'accuſé de faire preuve de ſa part ; cependant dans le cas où le recélé auroit été commis par la veuve, ſi elle avoit des complices, l'inſtruction extraordinaire pourroit ſe continuer contr'eux. Voyez l'arrêt rapporté à ce ſujet, par de Renuſſon, en ſon traité de la communauté, deuxieme partie, chap. 3, num. 21.

VI. Il y a des recelés qui n'emportent pas la peine : ſi le recelé avoit été commis par la veuve depuis la renonciation & depuis

la confection d'un inventaire fidel ; en ce cas il ne rend pas la veuve ſujette aux peines ci-deſſus expliquées, l'inventaire ayant conſtaté le montant de la maſſe, régle juſte en elle-même, & dont les veuves abuſent ſouvent.

Notes ſur Dupleſſis, déja citées, pag. 438 ; le Brun, de la communauté, pag. 411, num. 27 ; le Maître, pag. 269 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

VII. Dans ce cas il n'y a contre elle que l'action en répétition des effets détournés ; c'eſt la ſeule action que ſon fait fait naître contre elle ; mais il ſeroit peut être ſalutaire d'y ajouter une peine pour arrêter l'abus dont on vient de parler.

De même lorſque le recélé a été fait pendant la communauté ſans effraction ; il en ſeroit autrement s'il y avoit effraction ; car en ce cas, c'eſt où l'on doit appliquer l'arrêt du 12 juillet 1708, qu'on vient de citer.

VIII. Il eſt même certains recélés faits avant la confection de l'inventaire, qui ſont regardés comme innocens, lorſque l'oubli, la négligence & non la mauvaiſe foi les ont occaſionnés ; mais il faut pour cela qu'ils ſoient conſtatés tels, auquel cas les peines ci-deſſus ceſſent.

Voyez ſur ces recélés, le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 409, num. 18 & ſuivans, & 414, num. 38 : ce ſont faits ſinguliers.

IX. Mais la repréſentation de la choſe recélée après la conviction, n'exempte pas de la peine ; autrement elle auroit été inutilement établie, le délit eſt commis, il en faut la punition.

Le Brun, de la communauté, pag. 414, num. 36 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

X. La minorité de la veuve qui a commis un recélé ne l'affranchit pas des peines de recélé, elle en eſt punie comme la veuve majeure ; la minorité ne rendant pas le délit du mineur impuni, elle le met à l'abri des pertes occaſionnées par ſon inexpérience, mais elle ne rend pas un fait criminel de ſa part impuni.

C'eſt le ſentiment de Cujas, conſeil 21, de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 414, num. 37 ; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XI. Cela eſt fondé ſur ce que le mineur en délinquant s'oblige comme le majeur, & par conſéquent doit être puni de même.

Minoris delictum eſt furto proximum ; c'eſt droit commun.

CHAPITRE SEPTIEME.

DE L'INVENTAIRE QUI DOIT ETRE FAIT APRÈS LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 228 & 237, de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU DELAI ACCORDÉ A LA VEUVE POUR LE FAIRE FAIRE, ET POUR PRENDRE QUALITÉ, ET SI LA NULLITÉ DE L'INVENTAIRE RÉND LA VEUVE COMMUNE.

I. ON a déja parlé de l'inventaire, voyons ici ſa forme : la veuve doit faire faire inventaire dans les trois mois, à compter du jour du décès de ſon mari, tel eſt le délai pour ce que la loi lui donne, il n'eſt que comminatoire, & non fatal, mais il faut qu'il ſoit fait pour ſa décharge & le ſoutien de ſes droits, comme on l'a déja vû, il reſte ici à traiter de la forme de cet acte.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, chap. 3, pag. 439 ; lorſqu'elle renonce, cet inventaire n'eſt point à ſes frais : tel eſt l'uſage du châtelet ; on n'y ſuit pas ſur ce l'avis de le Brun, de la communauté, pag. 418, num. 48, qui a penſé le contraire, mais ſans fondement, car c'eſt charge d'une communauté dans laquelle elle n'a rien ; & dont par conſéquent, elle ne doit ſupporter aucune charge.

II. Du jour de la clôture de l'inventaire qui doit être fait dans les trois mois, elle a 40 jours pour délibérer ſi elle acceptera ou ſi elle renoncera à la communauté ; ſecond délai juſtement ajouté au premier, mais comminatoire comme l'autre, & non de rigueur.

Voyez l'ordonnance de 1667, titre des délais pour délibérer ; & le Maître, pag. 269. Après ce double délai, la veuve eſt à découvert & expoſée aux pourſuites ; ſauf toutefois à elle à renoncer ſi les choſes ſont entieres ; c'eſt droit commun.

III. Ces délais expirés, les créanciers peuvent

peuvent pourſuivre la veuve comme commune, elle eſt telle faute d'inventaire, & ne jouit pas du privilége de n'être tenue des dettes que juſqu'à concurrence de l'amendement ; cela cependant n'eſt encore une fois que comminatoire, comme on le va voir par ce qui ſuit ; mais il eſt conſtant dans le principe que faute d'inventaire elle eſt réputée commune, & tenue indiſtinctement de la moitié des dettes de la communauté.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 410, num. 23 ; & tel eſt la pratique du châtelet.

IV. Elle peut néanmoins renoncer nonobſtant cette expiration, pourvu que les choſes ſoient entieres & qu'elle faſſe l'inventaire requis ; c'eſt juſte indulgence, mais qui ne peut valoir qu'en ſatisfaiſant par elle à la coutume.

Par l'arrêt du 16 février 1679, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 442, il a été jugé qu'une veuve pouvoit renoncer à la communauté, & faire inventaire vingt-quatre ans après la mort de ſon mari, quoiqu'elle eût géré les biens de cette même communauté en qualité de tutrice de ſon fils, pour lequel elle avoit accepté la ſucceſſion de ſon mari purement & ſimplement, contre laquelle acceptation ce fils a été reſtitué par le même arrêt ; voyez le Brun, pag. 406, num. 10 ; & le Maître, pag. 269 ; ainſi le délai n'eſt pas fatal, ce qui prouve la propoſition, puiſque l'arrêt eſt rendu dans des circonſtances infiniment fortes.

V. Si l'inventaire eſt nul par l'abſence d'un des héritiers, cette nullité n'ôte pas à la veuve le droit & la faculté de renoncer ; cette faculté eſt de droit public, il ſuffit de réparer le vice.

Cela eſt fondé ſur la différence qu'il y a entre la nullité de l'inventaire, par des vices ſur la forme & l'infidélité d'icelui.

VI. Tout ce que cette nullité opére eſt d'obliger la veuve à faire faire bon inventaire, les parties intéreſſées préſentes ou dûement appellées ; voilà le ſeul effet d'une telle nullité, il n'en eſt pas de même de l'infidélité.

J'ai toujours vu faire au châtelet cette diſtinction, qui m'a paru fort juſte.

SECTION II.

Si le mari étant ſurvivant eſt obligé de faire faire inventaire, & des recélés de ſa part.

VII. Lorſque les héritiers de la femme prédécédée renoncent à la communauté, le mari ſurvivant n'eſt pas obligé de faire faire inventaire, parce qu'en ce cas toute la maſſe de la communauté lui reſte, & il eſt tenu de tout envers les créanciers de la communauté ; ainſi en ce cas l'inventaire eſt ſans objet, & par conſéquent le mari ne peut être aſſujetti à en faire un.

Non jure accreſcendi ſed jure non decreſcendi, dit Brodeau ſur Louet, let. D, num. 13 ; droit de non décroiſſement qui fonde la propoſition, ainſi que la charge de toutes les dettes qui la rend inconteſtable.

VIII. Mais ſi les héritiers de la femme acceptent, il en doit faire faire un ; mais en ce cas c'eſt convenance, non néceſſité ; l'obligation devenant réciproque tant au mari ſurvivant, qu'aux héritiers du prédécédé ; ainſi, ſi ils concourent tous à ce qu'il n'y ait pas d'inventaire, il n'en faut pas.

Voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

IX. En ce cas le défaut d'inventaire n'opére rien contre lui relativement aux héritiers de la femme, parce que les héritiers de la femme, ayant qualité pour le provoquer, doivent s'imputer de ne l'avoir pas fait faire eux-mêmes, & à l'égard des créanciers, leur action eſt toujours la même ; c'eſt à eux à agir, ou à s'imputer de n'avoir pas agi par une oppoſition de ſcellé.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet, & je n'y vois pas de difficulté.

X. Le mari qui a recélé eſt privé de ſa moitié dans les effets recélés, ainſi que la veuve qui a commis recélé, la peine du recélé eſt commune aux deux conjoints.

Le Brun, de la communauté, pag. 412, num. 32 ; voyez l'arrêt déja cité, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 268 ; en effet, ſur les ſuites d'un tel fait, il ne peut y avoir de différence.

XI. Cette moitié accroît aux héritiers de la femme, de même que lorſque la femme a commis le recélé, ſa moitié accroît aux héritiers de ſon mari ; même principe.

Quelques-uns ont voulu exempter le mari des peines du recélé, voyez la huitieme partie du journal du palais, pag. 281 & ſuivantes ; mais cette opinion n'a aucun fondement dans le droit ni même dans la raiſon : mais ſi le mari avoit un don mutuel en ſa faveur, ſoit qu'il fût porté par le contrat de mariage, ſoit qu'il fût fait pendant icelui, le recélé par lui commis ne doit pas le priver de ſa jouiſſance, parce qu'alors le recélé ſe réduit à une nue propriété, & ne s'eſt fait que ſur elle ; autrement ce ſeroit ajouter à la peine, qui eſt limitée à l'objet recélé : ce qu'on ne peut pas faire, toute peine étant de rigueur, ce qui s'étend à la femme.

☞ Le mari qui a recélé eſt privé du don mutuel, s'il y en avoit un : arrêt du 8 août 1672, en la grand chambre, au rapport de M. Leboults, contre un médecin qui a été privé de ſa part dans les effets ſouſtraits, non-ſeulement à cauſe de la communauté, mais auſſi de la jouiſſance qui devoit lui en appartenir à titre de don mutuel. Voyez Ri-

card, du don mutuel, addition ſur le num. 209.

XII. Si le mari ſurvivant fait paroître de fauſſes dettes, il ſembleroit qu'il devroit payer la moitié de ces dettes ſimulées aux héritiers de la femme ; cependant en ce cas il n'eſt condamné qu'en des dommages & intérêts, ce qui conſerve le même droit ſous un autre nom ; il me paroît qu'il ſeroit cependant convenable d'appliquer à ce cas les peines du recélé.

Le Brun, de la communauté, pag. 412, num. 33. *Quid* ? s'il met à fonds perdu des deniers qu'il a recélé, doit-il la moitié de la ſomme, ou les héritiers de la femme ne peuvent-ils prétendre que la moitié de la rente ? voyez la douzieme partie du journal du palais, pag. 174 ; il paroît que ſon fait ne peut nuire à d'autres.

XIII. Il n'en eſt pas de même que dans la propoſition précédente dans laquelle on on a vu que la ſimulation de dettes non dûes, n'aſſujettiſſoit le mari qu'à des dommages & intérêts ; s'il recéle la quittance de rembourſement par lui fait d'une rente qu'il devoit avant ſon mariage, en ce cas il doit continuer la totalité de la rente aux héritiers de la femme, moitié à cauſe de la communauté, & l'autre à cauſe du récelé, telle eſt étant réellement devenu par le rembourſement un conquêt de communauté.

Voyez l'art. 244, & l'art. 245 de la coutume, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XIV. En effet, telle rente eſt devenue conquêt de la communauté qui eſt ſubrogée aux droits du premier créancier, & moitié de cette rente appartient aux héritiers de la femme à cauſe de la communauté, & l'autre moitié pour la peine du recélé ; par conſéquent en ce cas la totalité de la rente appartient aux héritiers de la femme ; c'eſt de la part du mari le recélé d'un vrai conquêt.

Cependant le Brun, de la communauté, pag. 413, dit qu'une telle omiſſion ne mérite pas la peine du recélé, mais ſeulement des dommages intérêts, ſi le mari ſe trouvoit convaincu de l'avoir fait par fraude ; cela auroit bien des inconvéniens, & l'impunité rendroit un pareil acte bien fréquent : en un mot, c'eſt un vrai recélé d'un conquêt qui entraîne la peine d'icelui ; je le penſe ainſi, & l'indulgence de l'auteur cité eſt entiérement oppoſée à l'eſprit de la juriſprudence & à celui de la coutume.

XV. Le mari mineur qui recéle eſt puni comme le majeur ; l'âge, comme on l'a vu ne diſpenſe pas de la peine d'un délit ; il n'eſt pas ſur cela plus excuſable, au contraire il l'eſt encore moins que la femme mineure.

Cela a été établi ci-deſſus, par rapport à la veuve, & le mari eſt encore moins ſur ce excuſable qu'elle.

CINQUIEME PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

DE LA DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DE SA DISSOLUTION PAR MORT NATURELLE, ET DE CELLE PAR LA MORT CIVILE DU MARI.

(Art. 220 de la coutume.)

[*Durant & conſtant le mariage.*]

I. LA communauté de biens que la loi établit entre conjoints par mariage, ſe diſſout comme les autres ſociétés par la mort naturelle de l'un des conjoints ; cela reçoit cependant une exception en faveur des enfans mineurs, on l'expliquera ci-après ; c'eſt prudente & ſalutaire exception à cette régle générale.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, pag. 432 ; le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, pag. 279 ; & cela réſulte du texte cité en tête de ce chapitre ; ſur la diſſolution de la communauté, voyez auſſi Renuſſon, de la communauté, partie premiere, ch. 3.

II. Par l'acceptation que la femme ou ſes héritiers en peuvent faire, ſon droit de virtuel qu'il étoit devient actuel ; c'eſt le juſte effet de leur acceptation qui le réaliſe, & la conſommation de la diſpoſition de la loi qui les a aſſocié.

Cela eſt établi ci-deſſus en traitant de l'acceptation.

III. La mort civile du mari, comme la naturelle, diſſout la communauté; la premiere imite l'autre & produit les mêmes effets, & par conſéquent diſſolution de la communauté, comme la mort naturelle la produiroit : ce qui n'influe pas ſur d'autres condamnations qui n'emportent pas mort civile; dans ce dernier cas la communauté ſubſiſte.

La condamnation d'amende, & de réparation prononcée contre le mari, & qui n'opére pas mort civile, n'emporte pas diſſolution de communauté; & loin de produire cet effet, telles condamnations ſe prennent ſur la maſſe d'icelle, comme on l'a déja vu ci-deſſus; cette ſociété ou communauté de biens que la coutume établit entre conjoints par mariage, étant tant active que paſſive. Arrêt du 7 ſeptembre 1624, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 27; ce qu'il eſt à propos d'obſerver ſur la propoſition. Voyez ſur cette diſtinction, Renuſſon, au ch. cité ſur la premiere propoſition.

IV. La mort civile du mari n'affoiblit pas le droit de communauté appartenant à la femme, autrement ce ſeroit le punir d'un crime qui lui eſt étranger; ainſi elle exerce ſon droit, comme dans le cas de la mort naturelle, à l'exception des gains de ſurvie qui reſtent en ſuſpens.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 414, tout au commencement; cela eſt encore prouvé ci-deſſus, & l'ordre des matieres rend ces ſortes de répétitions néceſſaires, & l'on a vu qu'autrement ce ſeroit punir la femme du crime d'un autre, ce que la juſtice comme la raiſon rejettent; cela eſt atteſté par Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 90; par le Prêtre, cent. 2, ch. 98; & par le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, ſection 3.

V. De-là il s'enſuit que lorſque la mort civile que le mari a encouru emporte confiſcation de biens, la confiſcation n'embraſſe que la moitié appartenante au mari; c'eſt ſuite de ce que deſſus, c'eſt conſéquence ſûre du principe qu'on vient d'établir.

Cela a été établi ci-deſſus dans ſon ordre, en examinant la régle des biens de la communauté & le pouvoir du mari ſur iceux.

CHAPITRE SECOND.

DE LA MORT CIVILE DE LA FEMME, ET SI LA MORT CIVILE DU MARI FAIT OUVERTURE AUX GAINS NUPTIAUX AU PROFIT DE LA FEMME.

I. LA mort civile de la femme emporte, comme celle du mari, diſſolution de communauté, ſauf la limitation qui ſuit; limitation qui n'eſt relative qu'au mari; en effet, cette mort civile ne porte aucune atteinte aux droits du mari; approfondiſſons cette maxime : lorſque cette mort emporte confiſcation de biens de la femme cette confiſcation ne nuit en rien au mari par rapport à ſa jouiſſance & à ſon adminiſtration, l'une & l'autre reſtent comme auparavant; ainſi ſes droits reſtent conſervés dans leur entier ſur toute la maſſe, c'eſt le fruit de ſon travail; il auroit été injuſte de l'en dépouiller lorſque l'état de ſa femme l'a laiſſé à ſa charge.

Arrêt du 14 mai 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20, pag. 371 : ce qui a déja été établi ci-deſſus.

II. En effet, on a vu ci-devant que nonobſtant cette confiſcation le mari tant qu'il vit jouit de la maſſe de la communauté, c'eſt-à-dire, non-ſeulement de ſa moitié, ce qui eſt par ſoi-même inconteſtable, mais encore de celle appartenante à ſa femme; le fait de cette derniere ne pouvant affoiblir ſes droits, & le priver de ſon vivant des fruits de ſon travail, qu'il n'eſt obligé de partager que par la mort naturelle de ſa femme.

Arrêt qu'on vient de citer, du 14 mai 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20, pag. 371; & la propoſition qui ſuit.

III. En effet, le fait de ſa femme ne peut lui faire perdre cette jouiſſance que la loi lui donne; autrement, & comme on l'a déja vu, ce ſeroit le punir du crime d'autrui, ce qui ſeroit injuſte & contraire à l'eſprit de la loi, qui eſt de punir ſeulement le coupable.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, chap. 3, pag. 380; Dupleſſis, au même traité, pag. 415, s'eſt élevé fortement contre ce ſentiment, quoiqu'il ſoit conforme à l'autorité & à la raiſon; cela m'étonne d'un tel auteur, c'eſt ſingularité qui ne peut pas faire la moindre impreſſion.

IV. La mort civile du mari ne fait pas ouverture aux gains de ſurvie appartenans à la femme, ce ſeroit anticiper l'exécution des conventions; ſa mort naturelle peut ſeule faire cette ouverture en faveur de la femme, & non la civile. Telle eſt la nature de ces gains auxquels la ſeule mort naturelle du mari & la ſurvie de la femme peuvent

faire ouverture, mais ces droits, comme on l'a dit, reſtent en ſuſpens ſans recevoir d'atteinte par la mort civile du mari.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet, voyez les propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

V. De-là il s'enſuit qu'elle ne fait pas ouverture au préciput ; premiere conſéquence du principe, c'eſt vrai gain de ſurvie, on va examiner les autres ; ce principe les embraſſant tous, il eſt général

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, liv. 2, chapitre 1, ſection 3, page 429 ; de le Brun, même traité, pag. 344, num. 11 & ſuivans ; de le Maître, pag. 273.

VI. A l'égard du douaire, la mort civile du mari n'y fait pas ouverture : ſeconde conſéquence du même principe, c'eſt gain de ſurvie, & par conſéquent qui ne peut s'ouvrir que par la mort naturelle, autrement ce ſeroit ajouter à la convention.

Cela eſt établi ſur le titre du douaire ; voyez Chenu, cent. 1, queſt. 46.

VII. Il en eſt de même de la donation qui ſeroit faite à l'un des conjoints par l'autre, & en cas de ſurvie, la mort civile du donateur ne fait pas ouverture à une telle donation ; troiſieme conſéquence du même principe.

Voyez Louet, let. C, num. 26 ; c'eſt ce que dit préciſément Dupleſſis, à la pag. 429 qu'on vient de citer.

VIII. Comme la mort civile du mari ne peut faire ouverture au préciput, au douaire, ni aux autres gains de ſurvie, il s'enſuit à plus forte raiſon que la ſéparation, ſoit de biens, ſoit même celle d'habitation, n'y peut faire ouverture ; ce qui ſe verra dans le chapitre qui ſuit.

Tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 345, num. 16 ; & c'eſt droit commun.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA DISSOLUTION PAR LA SÉPARATION.

(Art. 224 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE LA SÉPARATION DE BIENS.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand il y a lieu à cette ſéparation, & ſi la femme en la demandant peut accepter la communauté.

I. LA communauté de biens que la coutume établit entre les conjoints ſe diſſout par la ſéparation de biens ; mais cette ſéparation ne dépend pas de la volonté des conjoints, comme on va l'expliquer ; c'eſt un préſervatif que l'autorité de la juſtice fournit contre les effets de la diſſipation du mari, en tant qu'elle pourroit donner atteinte aux biens de la femme, c'eſt-à-dire, à ſes propres ; car c'eſt la ſeule crainte de la perte de ces biens qui peut fonder de ſa part une demande en ſéparation de biens, ſauf l'exception qu'on explique par la ſixieme propoſition.

Toute ſéparation volontaire entre conjoints, n'opére rien, & l'acte ne vaut qu'autant qu'il plaît aux parties de l'exécuter ; Louet & Brodeau, let. S, num. 16 ; Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 61, & liv. 2, du même tom. ch. 93 ; l'arrêt que le même auteur rapporte, tom. 2, liv. 4, ch. 28, n'étant à tirer à conſéquence, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé encore ſur les propoſitions ſuivantes ; voyez ſur cette diſſolution, Renuſſon, de la communauté, partie premiere, chap. 3 ; c'eſt droit commun.

☞ Il eſt certain, dans la régle générale, que les ſéparations volontaires n'ont aucun effet, ainſi qu'il réſulte des arrêts rapportés par les auteurs ci-deſſus ; il y a néanmoins quelquefois des cas & des circonſtances particulieres où on ne laiſſe pas d'autoriſer les ſéparations de biens, quoiqu'elles n'aient pas été faites ſolemnellement : voyez l'arrêt du 6 mars 1631, rapporté au journal des audiences, par lequel on a jugé, qu'une ſéparation faite ſans enquête, qui avoit été exécuté par la femme pendant 28 années, étoit valable, & la femme déclarée non-recevable dans l'appel qu'elle avoit interjettée de la ſentence de ſéparation ; il y a un pareil arrêt, du 20 août 1724, faiſant partie de ceux recueillis par M. Delepine de Grainville.

II. La ſéparation de biens n'a lieu que par autorité de la juſtice, qui ne la prononce qu'en connoiſſance de cauſe & ſur la preuve de la diſſipation du mari, & lorſque la dot de la femme périclite ; ſans cela telle ſéparation ne peut valider & ſeroit eſpece de contre-lettre contre le contrat de mariage ; ce que la coutume rejette, ou une voie pour pratiquer un avantage indirect.

Loi 24, ff. *de ſolut. matrimon.* loi *ubi adhuc* 30, cod. *de jure dotium.* Le Brun, de la communauté, pag. 279, num. 3 & 4.

III. Cette diſſipation doit être telle que la dot de la femme ſoit en péril; ſans cela encore une fois il n'y auroit pas lieu à la ſéparation de biens; & dans cette dot on ne doit conſidérer la miſe faite en communauté de la part de la femme, qu'autant qu'elle a la faculté de la reprendre, & ſes propres, qu'autant qu'il n'y a pas eu emploi fait d'iceux; la maſſe de la communauté étant en la puiſſance du mari, l'uſage qu'il en fait n'eſt pas à conſidérer.

Arrêt du 10 janvier 1699, rapporté par M. Augeard, tom. 3, ch. 47, pag. 244. Mais la femme ſéparée de biens doit fournir à ſon mari de quoi vivre lorſqu'il eſt dans l'indigence; c'eſt un des motifs d'une telle ſéparation, ſuivant la loi *ubi adhuc*, au cod. *de jure dotium, ut ſe, ſuoſque & virum egentem alat*; voyez Baſſet, tom. 2, liv. 4, tit. 9, ch. 1; & tel eſt ſur cet engagement de la femme, l'uſage du châtelet.

IV. On n'a nul égard à la ſéparation de biens quoique prononcée en juſtice, ſi elle n'a été exécutée par une exécution marquée ſur les biens du mari; c'eſt de cette exécution que dépend ſa force & ſon efficacité; c'eſt la condition que la coutume y a juſtement attachée, elle a principalement les créanciers pour objet.

Les juges du châtelet ſont très-rigoureux ſur cette exécution marquée, & ils ont jugé, moi plaidant, contre la dame comteſſe d'Argeny, qu'une ſentence de ſéparation étoit nulle faute de ſaiſie & exécution, quoiqu'il fût prouvé que le mari n'eût aucun meuble, parce qu'en ce cas il falloit procès-verbal de carence; Dumoulin, en ſon apoſtille, ſur l'art. 123 de la coutume de Montfort; le Prêtre, centurie 1, ch. 67: voyez la note ſur Dupleſſis, de la communauté, pag. 432, & c'eſt ce qu'exprime fortement l'art. 224 de la coutume, qui en cela eſt de nouvelle coutume.

V. La diſſipation étant la baſe de cette ſéparation, le femme ne peut l'obtenir qu'en renonçant à la communauté; en effet, ſon acceptation écarteroit le motif de la ſéparation, & par conſéquent la rendroit non recevable dans l'obtention qu'elle en pourſuivroit; en effet, elle ne peut diviſer les tems & détacher ſon ſort de celui de ſon mari, & par conſéquent demander la ſéparation de biens que lorſque ſa dot périclite; ce qui ne peut être dans le cas que la communauté ſeroit avantageuſe pour un tems, cela reçoit cependant une exception qu'on va expliquer, & de la premiere partie de la propoſition réſulte que la renonciation à la communauté doit être abſolue & non pour un tems.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, où on a rejetté l'opinion de le Brun, traité de la communauté, pag. 284, num. 24, qui a penſé le contraire; ce qu'on ne peut goûter que dans le cas de la propoſition qui ſuit, où les tems peuvent être diviſés; c'eſt en ce cas une juſte & favorable exception.

VI. Cependant ſi la ſéparation de biens étoit fondée ſur les donations ou aliénations frauduleuſement faites par le mari pour s'approprier toute la communauté, en ce cas la femme peut tout enſemble accepter la communauté & obtenir ſa ſéparation, en diviſant les tems; tel eſt l'eſprit de la coutume & de la prohibition qu'elle contient.

C'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 284, num. 24 & 25: ce qui contrarie ce qu'il a dit à l'endroit cité ſur la propoſition précédente; en cette partie ſon ſentiment eſt bon, dans l'autre il ne me paroît pas ſoutenable.

VII. Non-ſeulement en ce cas, elle peut accepter la communauté, mais encore diviſer les tems, & n'accepter la communauté que juſqu'au jour des actes frauduleux qui donnent lieu à la ſéparation de biens; hors ces cas, il faut renonciation abſolue à la communauté pour pouvoir par elle obtenir ſéparation de biens, ce qui réſulte des bornes que la coutume a miſe à la puiſſance du mari ſur les biens qui compoſent la maſſe de la communauté, par rapport aux diſpoſitions qu'il en feroit en fraude de ſa femme.

Tel eſt l'uſage du châtelet; il a ſa racine dans la coutume, qui rejette les diſpoſitions frauduleuſes des biens de la communauté, de la part du mari.

DISTINCTION II.

De la forme de cette ſéparation & de ſon peu de faveur.

VIII. Les ſéparations de biens étant preſque toujours des épouventails, dont les débiteurs injuſtes ſe ſervent pour écarter leurs créanciers & mettre leurs meubles à couvert de la pourſuite de ces deniers, ſont regardées comme peu favorables; défaveur que les deux propoſitions ſuivantes développent; cependant cette défaveur doit ceſſer lorſqu'il y a diſſipation conſtante & entiere bonne foi de la part de la femme; & dans ce cas l'on porte peut-être la défaveur & la licence de la critique ſur la forme trop loin.

Elles ſont quelquefois employées pour ſervir à des avantages indirects, & pour appliquer au profit de la femme tout le bénéfice de la communauté, auquel cas telles ſéparations ſont comme le diſoit Tertulien, *divortium concordiæ*, & la juſtice en anéantit l'effet; arrêt du 4 mai 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 14; c'eſt dans cet aſpect qu'elles ſont défavorables; mais non lorſqu'il y a une baſe légitime à cette ſéparation.

IX. Par cette défaveur, la ſéparation de biens eſt rejettée, s'il s'y trouve le moindre vice de forme, & chaque créancier auquel on l'oppoſe en a la critique, ſon exécution allant à reſſerrer l'exercice de ſes droits; il y a plus, toute ſéparation de biens non exécutée eſt de nul effet, comme on l'a déja vu dans la premiere diſtinction; c'eſt le texte même, & ce qui réſulte de ce que deſſus.

Notes déſignée par un double D, ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, pag. 433; le Brun, même traité, pag. 282; la ſéparation volontaire n'eſt pas valable, comme on l'a vu par la ſeconde propoſition de la premiere ſection de ce chapitre: ce qui a encore été jugé par l'arrêt du 17 mars 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, pag. 148; par lequel arrêt, une ſéparation de biens entre mari & femme par tranſaction a été déclaré nulle; obſervation qui confirme de plus en plus la propoſition, ſauf les circonſtances.

X. C'eſt une erreur de praticien, de penſer que la femme mineure qui pourſuit ſa ſéparation de biens, doit être aſſiſtée d'un curateur; en effet, c'eſt confondre l'émancipation par lettres & l'émancipation légale; la premiere n'eſt accordée que ſous la condition que le mineur ſe fera aſſiſter en juſtice d'un curateur, au lieu que l'émancipation légale que le mariage produit eſt pure & ſimple; il ne faut donc pas de curateur, puiſque le mariage émancipe lorſque la femme par la diſſipation de ſon mari a droit de demander la ſéparation; c'eſt de ſa part un ſimple acte de légitime adminiſtration.

Ainſi jugé par ſentence du parc-civil, rendue ſur les concluſions de M. Herault, lors avocat du Roi, plaidant M. Pillon & Pothouin; voyez ci-devant le titre de l'émancipation où cette ſentence eſt citée, & c'eſt la ſuite de la diſtinction qu'il faut faire entre l'une & l'autre émancipation; autrement c'eſt confondre ce qu'il faut diſtinguer.

☞ Denizart, en ſa collection de juriſprudence, verb. ſéparation, obſerve que dans une cauſe plaidée au châtelet ſur la queſtion de ſavoir ſi la ſentence de ſéparation de biens, obtenue par une femme mineure, qui ne s'étoit pas fait nommer de curateur, étoit valable, on cita dans cette cauſe l'avis de notre auteur, contenu dans la propoſition ci-deſſus, mais qu'il ne fit aucune impreſſion, & que cette ſéparation fut déclarée nulle par ſentence rendue ſur les concluſions de M. Moreau, avocat du roi, le 7 Septembre 1753, par la ſeule raiſon que cette femme ne s'étoit pas fait nommer un curateur: la propoſition ſuivante ſemble établir la néceſſité d'un curateur dans le cas de la demande, comme dans celui de la renonciation.

XI. Mais il faut un curateur, & même un tuteur, ſelon l'uſage du châtelet, à la femme mineure pour renoncer à la communauté, qui eſt la premiere démarche qu'elle doit faire pour parvenir à ſa ſéparation: c'eſt acte d'aliénation qui n'eſt pas dans la puiſſance d'un mineur émancipé; c'eſt une forme & qui n'a pas beaucoup de baſe lorſqu'il y a lieu à la ſéparation de biens, mais c'eſt une forme à remplir, que l'uſage plus que la raiſon ſoutient.

Cette incapacité de la part d'un curateur de mineur émancipé, de faire pour ſon mineur un acte d'aliénation, a été établie dans ſon ordre & fonde la propoſition.

DISTINCTION III.

Si après la ſéparation de biens, les conjoints peuvent ſe remettre en communauté.

XII. Lorſqu'il y a une ſentence de ſéparation de biens, les conjoints ne peuvent plus ſe remettre en communauté; ce ſeroit avantage indirect, & par conſéquent à rejetter; la coutume les rejettant tous & par conſéquent celui-là comme les autres.

Arrêt rapporté par de Montholon, ch. 57 art. 199, de la coutume d'Orléans; le Brun, de la communauté, pag. 282, num. 16 & 17, où il eſtime que les conjoints peuvent ſe remettre en communauté; il a été ſuivi par le Maître, pag. 237. J'ai toujours vu pratiquer le contraire au châtelet, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit, qui me paroît ſur ce déterminante; & l'opinion contraire va à changer la coutume au lieu de la commenter.

☞ La juriſprudence n'eſt pas bien certaine ſur la queſtion de ſavoir ſi les conjoints ſéparés de biens, peuvent ſe remettre en communauté. Tronçon, ſur l'art. 224 de la coutume de Paris, rapporte un arrêt du 4 février 1601 qui a jugé l'affirmative; d'autres arrêts plus récens ont jugé la négative; dans cette contrariété, ce ſont les circonſtances qui doivent ſervir de régle. Si la femme demande le rétabliſſement de la communauté, après avoir exécuté la ſentence de ſéparation, & que le mari s'y oppoſe, alors la ſéparation doit ſubſiſter; mais ſi les conjoints ſont d'accord, le rétabliſſement de la communauté peut s'opérer en le faiſant conſtater par un acte paſſé devant notaires, homologué par le même juge qui aura prononcé la ſentence de ſéparation, afin que la communauté qu'ils ont voulu rétablir entre eux, ſoit rendue publique & notoire; & il ſemble que c'eſt de cette maniere que l'on peut concilier les arrêts.

XIII. En effet, la convention qu'ils feroient pour ce, dégénéreroit en un avantage indirect; & par conſéquent prohibé par la loi; puiſqu'elle les prohibe tous indiſtinctement: baſe inébranlable de la propoſition précédente.

Voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 423, & la note à la page 434, par laquelle il ſemble que les auteurs de ces notes adoptent le contraire de ce qu'ils avoient dit dans la précédente; à l'égard de Dupleſſis, pag. 435, il dit nettement que les conjoints peuvent ſe remettre en communauté; ce qui eſt abſolument contraire à la juriſprudence du châtelet & à l'eſ-

prit de la coutume ; je ne peux me rendre à cette opinion que dans le cas de l'exception qui ſuit, parce que hors ce cas, elle eſt abſolument contraire à la lettre & à l'eſprit de la coutume.

XIV. Cependant ſi le motif de la ſéparation de biens ſe trouvoit faux, & que le mari fît infirmer la ſentence de ſéparation, cela rétablit la communauté & détruit la ſéparation dans ſa ſource ; mais en ce cas, c'eſt la vérité & la juſtice qui produiſent ce retour, & non la convention.

J'ai vu pluſieurs arrêts en ce cas, infirmatifs de ſentence de ſéparation ; ces arrêts fondent la propoſition.

XV. Il en eſt de même ſi la femme ou ſes héritiers avoient obtenu arrêt infirmatif, par exemple, s'ils prouvoient que la communauté étoit bonne & que la ſéparation n'étoit qu'une voie indirecte dont le mari s'étoit ſervi pour s'approprier toute la maſſe de la communauté ; en effet, le droit de l'un & de l'autre des conjoints doit être ſur ce égal ; & dans l'un & dans l'autre cas la diſpoſition de la loi eſt conſervée dans ſa pureté.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, de la communauté, pag. 435, au commencement ; & c'eſt l'opinion commune au châtelet.

XVI. Dans l'un comme dans l'autre cas, les acquêts faits dans le tems intermédiaire entre la ſentence de ſéparation & l'arrêt infirmatif, ſont communs, puiſque par cette voie, la ſentence de ſéparation eſt miſe au néant, & que le droit de communauté reprend la force qu'il avoit lors de la célébration du mariage ; c'eſt le juſte effet de l'anéantiſſement du faux motif de la ſéparation.

Je l'ai vu ainſi décider au châtelet, dans pluſieurs comptes de communauté & ce ſur le fondement que la ſéparation ſe trouvoit juridiquement détruite, & juſques dans ſa ſource ; que cette ſéparation ne tendoit qu'à une contravention à la loi, c'eſt-à-dire, à un avantage indirect & prohibé, & par conſéquent à rejetter totalement ; ſauf la limitation qui ſuit ſur les actes antérieurs & légitimes.

☞ L'arrêt du 4 février 1601, ci-deſſus rapporté l'a décidé de la même maniere, à l'égard des acquêts même de ceux échus & acquis pendant la ſéparation.

XVII. Cependant les actes que la femme a fait pendant ce même tems intermédiaire, comme femme ſéparée, ſubſiſtent, parce que la ſéparation ſubſiſtoit alors ; la bonne foi de ceux qui ont contracté avec elle pendant ce tems, ſoutient ces actes ; ainſi la ſéparation en ce cas ne produit effet que relativement à des tiers, mais non à l'égard des conjoints.

On le juge ainſi au châtelet, tant par l'équité que par le principe qui veut que les conventions légitimes aient leur exécution.

DISTINCTION IV.

Que par la ſéparation, la femme n'a pas les gains nuptiaux, mais bien la faculté de reprendre, & que cette ſéparation ne donne aucune atteinte aux clauſes du contrat de mariage.

XVIII. Cette ſéparation ni la diſſolution qu'elle opére de la communauté, de même que celle que produit la mort civile, ne fait pas ouverture aux gains nuptiaux ; il faut pour ce que la femme ſurvive, c'eſt la condition qui y eſt attachée ; la ſéparation qui n'eſt pas l'accompliſſement de cette condition n'y peut donc faire ouverture ; autrement & comme on l'a déja obſervé ; ce ſeroit ajouter à la convention.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 429 ; le Brun, même traité, pag. 343, num. 11 ; les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 434 ; la loi 29, au code *de jure dotium* lui donnoit action, *pro dote & ante nuptias donatione* : ce qui n'a lieu parmi nous. De-là il s'enſuit, que la femme ne peut exiger ſon douaire : anciennement on lui accordoit demi-douaire, ce qui n'eſt plus ſuivi, par rapport à l'augment de dot ; l'arrêt du 28 juillet 1656, rapporté à la fin du premier volume du journal des audiences, a jugé que la femme ſéparée de biens par la faillite de ſon mari devoit en jouir ; ce même arrêt eſt rapporté par Soëfve ; ce qu'on ne peut appliquer au douaire, auquel la ſeule mort naturelle du mari peut faire ouverture ; c'eſt le droit commun en pays coutumier.

XIX. Mais la ſéparation de biens fait ouverture à la faculté de reprendre la miſe en communauté, ſtipulée en faveur de la femme par ſon contrat de mariage ; c'eſt une vraie créance & non un gain de ſurvie qui ne peut recevoir atteinte par la diſſipation de ſon mari ; fondement inébranlable d'une telle repriſe.

Cela s'entend auſſi-tôt la ſéparation ; mais par rapport au deuil, ainſi que le douaire, elle ne les a qu'en cas de ſurvie ; mais en ſurvivant le deuil lui eſt dû nonobſtant la ſéparation ; le Brun, de la communauté, pag. 222 num. 38. Voyez la propoſition ſuivante qui établit celle-ci ſur la repriſe de la miſe.

XX. En effet, cette portion de ſon bien par elle miſe en ſociété pour avoir part au gain, ne doit pas péricliter par le fait de ſon mari, lorſqu'elle n'a plus de gain à eſpérer, autrement la ſéparation de bien ſeroit un remède en partie inefficace ; il a donc fallu le faire opérer ſur cette portion des biens de la femme, & par conſéquent il faut tenir que la ſéparation de biens ouvre la repriſe de la miſe en communauté, lorſque par le contrat de mariage la femme en renonçant à la communauté, a le droit d'exercer cette repriſe.

Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 444 ; mais la ſéparation ne donne au ſurplus aucune atteinte aux clauſes du contrat de mariage ; enſorte que ſi par icelui, le mari doit avoir une certaine ſom-

me pour ſes frais de nôces, il doit en cas de ſurvie, avoir cette ſomme ſur les biens de ſa femme; arrêt du 30 mai 1682, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 18; mais il faut pour cela qu'il ſurvive ſa femme; c'eſt la condition d'une telle indemnité qui eſt inviolable, comme toutes les autres clauſes portées par un contrat de mariage.

DISTINCTION V.

Que par cette ſéparation, la femme n'eſt pas entiérement miſe hors la puiſſance de ſon mari, & que le mari eſt toujours garant de ſes propres aliénés.

XXI. La ſéparation de biens n'habilite la femme que pour les actes d'adminiſtration, comme on l'a déja vu en traitant de l'autoriſation du mari, & non pour les actes d'aliénation; c'eſt émancipation judiciaire, voilà tout ſon effet; ce qui la laiſſe toujours dans la dépendance du mari par rapport à ſes propres, qu'elle ne peut aliéner ſans ſon autoriſation; ce qui la laiſſe dans cette même dépendance, quant à la cohabitation, ne pouvant ſur le fondement d'une ſimple ſéparation de biens, former un domicile ſéparé de celui de ſon mari; elle eſt obligée de le ſuivre par-tout, fors en un exil hors le royaume.

Loi 29, cod. *de jure dotium*; cette reſtriction a lieu, encore que le mari en exécution de la ſéparation, eût acordé une autoriſation générale à ſa femme; il faut pour l'habiliter à paſſer un acte d'aliénation, que l'autoriſation ſoit expreſſe & ſpéciale; arrêt du 26 janvier 1680, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, l. 3, ch. 5. Voyez auſſi celui rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 550; il eſt du parlement de Rouen; par cet arrêt, il a été jugé qu'une femme ſéparée ne pouvoit perdre ſa dot par une adjudication qu'elle avoit acceptée; par le même principe, il s'enſuit qu'une femme ſéparée de biens, ainſi qu'une femme non commune par le contrat de ſon mariage, ne peut valablement faire une donation entre-vifs ſans l'autoriſation de ſon mari; arrêt du 17 mai 1702, rapporté par Augeard, tom. 3, ch. 58, pag. 319; c'eſt ce que j'ai entendu juger au châtelet; quant à la deuxieme partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur les loix divines & humaines, la ſéparation de biens n'empêchant pas que la femme ne reſte toujours *in ſacris mariti*: cette ſéparation n'ayant d'autre fin que la conſervation des biens de la femme; c'eſt donc à cette conſervation que ſe bornent les effets d'une telle ſéparation.

XXII. De ce que la femme ſéparée de biens ne peut vendre ni aliéner ſes immeubles ſans l'autoriſation de ſon mari, il s'enſuit que ſon mari doit toujours veiller au remploi des propres de ſa femme, puiſqu'elle ne peut les aliéner ſans ſa participation, & faute de remploi, il en eſt garant, tant envers elle, qu'envers ſes héritiers; la puiſſance qu'il conſerve ſur ces biens, l'obligeant de veiller à leur conſervation; cela eſt fondé, ſur ce que ſans cette garantie, telle ſéparation deviendroit une ſource d'avantages indirects, & une ouverture à faire paſſer les propres de la femme au mari; inconvénient auquel on pare par cette action dont le mari eſt tenu, outre que par cette juriſprudence on va droit à la fin de la ſéparation de biens, qui eſt la conſervation des propres de la femme.

On le juge ainſi au châtelet.

SECTION II.

De la ſéparation d'habitation.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand il y a lieu à cette ſéparation.

XXIII. L'autorité ſeule de la juſtice peut fonder une telle ſéparation, & jamais la convention qui eſt même impuiſſante par rapport à la ſéparation des biens, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus; à plus forte raiſon l'eſt-elle pour une telle ſéparation, & en ce cas elle ſeroit même contre les bonnes mœurs.

Elle ne peut être pourſuivie que civilement & non par la voie extraordinaire; arrêt du 21 février 1636, rapporté par Bardet, tom. 2, liv 5, ch. 7; Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 9, rapporte un arrêt contraire qui ne peut être tiré à conſéquence, cet arrêt étant contraire à l'uſage à préſent conſtant; impuiſſance qui milite même par rapport à la ſéparation des biens, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus.

☞ Voyez cependant notre obſervation ſur la premiere propoſition de la ſection premiere du préſent chapitre; elle milite également ſur la ſéparation d'habitation. Quant à la voie extraordinaire, c'eſt d'autant moins le cas de la prendre que l'honneur du mariage reſte toujours; cependant s'il y avoit une accuſation capitale, par exemple, ſi le mari avoit voulu faire aſſaſſiner ſa femme, en ce cas il y auroit lieu à la voie extraordinaire.

XXIV. La femme ne l'obtient que ſur la preuve de faits graves qui font appréhender pour ſa vie; ce qui reçoit l'exception qu'on verra par la propoſition qui ſuit: c'eſt cette preuve qui eſt la baſe de cette ſéparation; mais la femme l'obtenant, elle eſt la maîtreſſe de demeurer où elle veut ſans que ſon mari la puiſſe controller, pourvu qu'elle mene une vie réguliere; la ſéparation d'habitation n'empêchant pas l'action d'adultere.

De ſeparatione & cauſâ lues venerea; voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 101. Sur la queſtion de ſavoir ſi l'épilepſie eſt un moyen de ſéparation; voyez le journal des audiences, tom. 2, liv. 5, ch. 16, & Soëfve, tom. 2, ch. 82. Par l'arrêt qu'il rapporte, le juge d'égliſe eſt incompétent pour juger d'une telle ſéparation; ce qui eſt inconteſtable, puiſqu'en cela il excéderoit ſon pouvoir.

XXV. Cependant, quoique dans la théſe générale la ſéparation d'habitation ne ſoit admiſe

admiſe que lorſque la vie de la femme eſt en danger par les violences de ſon mari, il faut obſerver que de la part d'un mari de haute condition, ou conſtitué en dignité, les procédés inhumains, même les mépris marqués, ſont ſuffiſans pour la prononcer; dans de telles perſonnes, ils annoncent clairement la violence des agitations antérieures dont les effets ſont à craindre; effets qui forment une baſe légitime à cette ſéparation.

Dans la thèſe générale, cette ſéparation ne s'accorde que dans le cas de mauvais traitemens, ou de diffamation publique; c'eſt la diſpoſition de la novel. 117. *Si verberibus probaverit mulier, & ſi vir de adulterio inſcripſerit uxorem;* ce qui eſt adopté par les loix canoniques, *cap. de reſt. ſpoliator. extra.* La démence, mais encore plus la fureur de l'un des conjoints, donnent lieu à cette ſéparation, ſuivant l'arrêt rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 202; ainſi que l'accuſation de ſuppoſition de part ou autre crime capital entre mari & femme; arrêt du 16 juillet 1696, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 780. Voyez le Brun, de la communauté, pag. 282, numéro 15.

DISTINCTION II.

Que dans le cas de la ſéparation d'habitation, la femme a droit d'accepter la communauté.

XXVI. Quoique dans le cas de la ſéparation de biens, la femme ne puiſſe diviſer les tems, & qu'elle ſoit obligée de renoncer à la communauté, parce que dans ce cas, elle doit ſuivre la fortune de ſon mari juſqu'à la diſſolution par mort, & qu'elle ne puiſſe pas accepter la communauté pour un tems & y renoncer pour un autre; cependant dans le cas de la ſéparation de corps, la femme peut accepter la communauté juſqu'au jour de la ſentence de ſéparation; la différence ici eſt entiere, & ce qui fonde cette juriſprudence & cette juſte diſtinction entre l'une & l'autre ſéparation, eſt que les mauvais traitemens de ſon mari, ne peuvent pas lui faire perdre un droit que la loi lui donne; ce ſeroit la punir d'un fait dont la juſtice doit la mettre à couvert; elle peut donc accepter la communauté nonobſtant une telle demande formée de ſa part.

Voyez la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci; & cela a été ainſi jugé par ſentence du châtelet, rendue au rapport de M. Heron; j'avois écrit au procès.

XXVII. Pour cela, la femme a droit, auſſi-tôt la ſentence de ſéparation qui entraîne toujours celle de biens, de provoquer un inventaire des biens de la communauté, pour être en état de délibérer ſur l'acceptation de la communauté ou ſur la renonciation à icelle.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; on l'autoriſe même à revendiquer. J'ai vu pluſieurs ordonnances miſes au bas des requêtes préſentées à cet effet, qui l'autoriſoient à le faire.

XXVIII. C'eſt ſur cet inventaire qu'elle doit déterminer ſa qualité de renonçante ou de commune, lui ſeule pouvant ſur ce lui ſervir de guide; elle ne peut accepter juſqu'au jour de la demande, ſauf à elle à conteſter ce qui a été fait frauduleuſement de la part de ſon mari, depuis la demande par elle formée en ſéparation d'habitation; mais il faut que ſon acceptation ſe porte juſqu'au jour de la ſentence, ſauf à elle à faire annuller les actes frauduleux qui par cette qualité ne doivent pas militer contre elle; mais ne ſeroit-il pas plus ſimple de l'autoriſer à accepter juſques au jour de ſa demande en ſéparation?

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, lorſqu'il n'y a pas de fraude de la part du mari, mais lorſqu'il y a eu fraude de ſa part dans le tems intermédiaire entre la demande & la ſentence, il ſeroit plus expédient de l'admettre à accepter juſqu'au jour de ſa demande, que de l'aſſujettir à accepter juſqu'au jour de la ſentence, en lui réſervant ſes droits contre les fraudes intermédiaires; c'eſt lui rendre ſa route plus longue & plus ruineuſe, en tendant à un même but que l'acceptation, juſqu'à la demande; cela me paroît plus judicieux & même plus conforme à l'intention de la loi municipale, qui en conſtituant le mari chef de la communauté, n'a pas voulu le laiſſer le maître de frauder le droit de la femme dans la communauté.

XXIX. La ſéparation de domicile, qu'on appelle ſéparation *bona gratia*, ne produit aucun de ces effets, & n'engage à rien les conjoints, & ne ſubſiſte qu'autant qu'ils jugent à propos de la laiſſer ſubſiſter; elle ſe réduit à un ſimple fait ſans donner la moindre atteinte aux droits des conjoints.

Arrêt du 14 mai 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 8, pag. 761, & tel eſt l'uſage du châtelet.

DISTINCTION III.

Que la ſéparation d'habitation, comme la ſimple ſéparation de biens, ne fait pas ouverture aux gains de ſurvie; mais bien à la faculté de reprendre, & que dans ce cas le mari n'eſt garant des remplois que lorſqu'il a ſigné les quittances.

XXX. Cette ſéparation, comme la précédente, ne peut faire ouverture aux gains de ſurvie; c'eſt condition tacite dont l'accompliſſement ſeul peut faire ouverture à ces gains, autrement ce ſeroit ajouter au contrat de mariage & à la nature de ces droits.

Elle ne produit pas quant à ce, plus d'effet que la mort civile du mari qui n'y fait pas ouverture; Duploſſis, ſur la communauté, pag. 429; le Brun, au même traité, pag. 343, num. 11; cependant par icelle, la femme doit jouir de ſon augment de dot, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt cité ſur la cinquieme diſtinction de la ſection précédente,

& par celui rapporté par Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 1 ; mais elle ne peut jouir de ſon douaire, la mort naturelle du mari en peut ſeule faire ouverture à ſon profit : c'eſt la condition légale attachée à un tel gain.

XXXI. Mais la femme qui a obtenu la ſéparation d'habitation, exerce la faculté de reprendre ſa miſe en communauté, ſi elle eſt ſtipulée en ſa faveur, puiſque la ſimple ſéparation de biens fait ouverture à cette repriſe : dans ce cas, comme dans l'autre, la femme ne devant ſouffrir du fait & du procédé de ſon mari & jouir de tous ſes biens propres, or la miſe en communauté par la faculté de la reprendre, lui devient telle.

Cela eſt établi ci-deſſus, ſur la ſéparation de biens, & celle-ci ne peut pas être moins efficace.

XXXII. Mais ſi elle n'étoit pas ſtipulée, cette ſéparation, comme la précédente, ne lui donneroit pas le droit de l'exercer, cette faculté étant de rigueur, & comme telle, ne ſe ſuppléant pas ; ainſi en ce cas, comme dans l'autre, la miſe reſteroit noyée dans la communauté dont la maſſe totale appartient au mari ; abſtraction faite de ce qui l'a compoſé dans ſon origine.

Voyez ci-après dans le chapitre des repriſes de la veuve, lorſqu'elle a renoncé à la communauté, les différentes diſtinctions dans leſquelles il eſt traité de la faculté de reprendre ; les notes ſur Dupleſſis, pag. 434, où il eſt établi que cette faculté eſt de rigueur, & que comme telle elle ne peut ſe ſuppléer lorſque le contrat de mariage ne la contient pas, ce qui eſt inviolablement obſervé au châtelet, comme ſuite de la coutume, & ce qui forme une eſpece de droit commun.

XXXIII. Dans le cas de cette ſéparation, le mari n'eſt pas garant des propres de ſa femme, aliénés depuis icelle, que lorſqu'il a ſigné les quittances ou actes d'aliénations ; hors ce cas, la garantie contre lui ſeroit une rigueur outrée & ſans aucun fondement, la déſunion qu'il y a entre les conjoints ne laiſſant pas de baſe comme dans le cas de la ſéparation de biens à la préſomption ou à la crainte de l'avantage indirect, d'autant plus qu'un tel acte paſſé par la femme ſeule, eſt nul.

On a établi ci-deſſus, que dans le cas de la ſéparation contractuelle, & que le contrat de mariage contient autoriſation générale, & à cet effet dérogation à la coutume, que le mari n'étoit pas tenu (ſauf la queſtion de fraude) des propres aliénés de ſa femme ; ici la méſintelligence qui regne entre eux ne laiſſe aucun ſoupçon à l'avantage indirect, & par conſéquent doit faire ceſſer toute action de remploi contre le mari, dans le cas que la femme auroit trouvé le moyen d'aliéner un de ſes propres ſans la participation de ſon mari, ſauf à elle à faire valoir la nullité d'une telle aliénation, puiſque telle ſéparation ne lui a pas donné capacité pour le faire, incapacité qui doit lever ſur cela toute difficulté.

CHAPITRE QUATRIÈME.

DE LA DISSOLUTION DE COMMUNAUTÉ PAR LA NULLITÉ DU MARIAGE.

I. LA nullité du mariage ne diſſout pas ſimplement la communauté ; mais elle l'efface comme s'il n'y en avoit jamais eu : c'eſt l'effet inévitable de la nullité d'icelui, ſauf l'exception qui ſuit ; en effet, la communauté de biens n'étant qu'une ſuite du mariage, il ne peut y avoir de communauté où il n'y a pas de mariage.

Notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 1, pag. 351 & 352 : voyez ci-deſſus le cinquiéme chapitre & dernier de la premiere partie de ce titre, à quoi on peut joindre encore ce qui a été dit dans le premier livre ſur le titre des mariages ; tout cela fonde la propoſition qui eſt par elle-même inconteſtable ; voyez Renuſſon, de la communauté ; le Brun, même traité, ch. 3.

II. Cependant, ſi le mariage avoit été déclaré nul par l'impuiſſance du mari, en ce cas, cette nullité ne pourroit être imputée qu'au mari, & produit contre lui des dommages & intérêts, dans la liquidation deſquels on a égard au droit de communauté, que cette nullité du mariage fait perdre à la femme ; liquidation qu'on ne peut faire plus arithmétiquement qu'en l'admettant au partage des biens acquis pendant le tems que le mariage a ſubſiſté.

Il en eſt de même, ſi l'un des conjoints étoit en bonne foi ; même note citée ſur la propoſition précédente.

III. Mais la diſſolution telle qu'elle ſoit, c'eſt-à-dire, même celle qu'opére la nullité du mariage, donne lieu à la répétition de la dot ; c'eſt un dépôt de la reſtitution du quel rien ne peut affranchir celui à qui il a été confié : ainſi tel dépôt ayant pour baſe le mariage, doit ceſſer dès qu'il n'y a pas de mariage.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 288, num. 9 ; il y en a arrêt rapporté par Augeard.

SIXIEME PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

DE SON PARTAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DE CE PARTAGE CONSIDÉRÉ DANS LE POINT DE VUE GÉNÉRAL.

I. LA communauté étant diſſoute, elle eſt conſidérée comme une ſociété ordinaire, & dès-là ſa diſſolution donne lieu au partage de ſa maſſe & aux raiſons que les aſſociés ſe doivent faire : régle générale qu'on va développer; diviſion qui eſt la fin de la formation de la communauté.

Voyez ſur ce partage le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 6, diſtinct. 1, & les propoſitions ſuivantes.

II. De-là il s'enſuit, qu'alors le ſurvivant des conjoints & les héritiers du prédécédé, ne ſont pas dans la dépendance de l'un ni des autres; la diſſolution a entiérement anéanti cette dépendance, qui n'étoit relative qu'à la communauté dont la diſſolution néceſſite le partage, & par conſéquent l'entiere liberté des copartageans.

Morte diſſolvitur ſocietas; ce que la ſeule raiſon ſans ſecours d'autorité manifeſte.

III. De-là il s'enſuit encore, qu'alors leurs droits deviennent abſolument égaux, & que tout l'actif & le paſſif, ſe partagent entr'eux, moitié par moitié, dans l'état que l'un & l'autre ſe trouvent lors de la diſſolution, s'il n'eſt autrement convenu par leur contrat de mariage, & ce partage eſt l'effet de l'égalité & réciprocité de leur droit que la loi établit, ſi il n'y a convention qui y déroge.

Cela s'entend, ſi leurs droits quant à ce, ne ſont pas modifiés par le contrat de mariage; ce qui eſt établi ſur la premiere partie du préſent titre, auquel cas il faudroit ſe conformer à la modification portée par le contrat de mariage, qui eſt leur loi, & qui eſt inviolable; telle convention étant licite, & comme telle devant avoir ſon exécution.

IV. Si lors de la diſſolution, la femme étoit mineure, il lui faut nommer un tuteur pour accepter la communauté ou y renoncer; c'eſt acte d'aliénation dont un mineur n'eſt pas capable; incapacité qui néceſſite cette nomination.

Tel eſt l'uſage du châtelet, quoique la femme mineure puiſſe pourſuivre ſa ſéparation, ſans aſſiſtance même d'un curateur, comme cela eſt obſervé dans ſon ordre ſur le chapitre de la diſſolution de la communauté; mais dans ce cas même, c'eſt-à-dire, pour parvenir à ſa ſéparation, il lui faut, ſuivant ce même uſage, un tuteur pour renoncer à la communauté : ce qui a été établi dans ſon ordre, & ce qui prouve la propoſition, ce que la ſuivante confirme encore : cependant dans le cas de la ſéparation de biens qui n'a pour baſe que la diſſipation du mari, qui annonce une communauté fort mauvaiſe, ne pourroit-on pas regarder la renonciation à icelle comme un acte d'adminiſtration?

V. En effet, ces actes ne ſont pas de ſimples actes d'adminiſtration, auxquels ſe borne tout l'effet que produit l'émancipation légale que le mariage opére : c'eſt renonciation à un droit univerſel; renonciation pour la validité de laquelle il faut néceſſairement un tuteur.

Sapit quid immobile, dit ſur ce Dumoulin : ce qui fonde l'uſage du châtelet bon pour ce cas incertain, mais critiquable lorſqu'il faut poſer pour conſtant que la communauté ne vaut rien.

VI. L'aſſiſtance du tuteur n'empêche pas que la femme ne ſoit reſtituable contre ſon acceptation ou ſa renonciation, ſi elle eſt léſée; la léſion indépendamment de la forme de l'acte laiſſant au mineur léſé, la voie de la reſtitution en entier, & l'aſſiſtance de ſon tuteur n'y faiſant aucun obſtacle.

Cette reſtitution en ce cas, n'a jamais été refuſée au châtelet : voyez ci-après le titre des reſtitutions en entier, où il eſt établi que la préſence du tuteur dans l'acte n'y fait aucun obſtacle; cela eſt de droit commun.

VII. Par l'acceptation de la communauté, les miſes en communauté reſtent en icelle, elles ſont partie de la maſſe qui eſt à partager; ce qui a lieu tant pour la femme que le mari ſi il n'y a convention contraire; convention même qui ne peut militer en faveur de la femme que dans le cas de la renonciation à la communauté de ſa part; cette renonciation étant la ſeule voie qui peut lui ouvrir l'exercice à la repriſe de ſa miſe.

Il n'y a que la renonciation jointe à la faculté de reprendre, qui puiſſe détruire la miſe de la femme, car celle faite de la part du mari y eſt

noyée irrévocablement, parce que dans le cas de l'acceptation elle fait partie de la masse, & dans celui de la renonciation toute cette masse lui reste.

VIII. Du jour de la dissolution de la communauté, les fruits des propres des conjoints n'en font plus partie ; en effet, ils ne peuvent pas tomber dans une communauté qui n'existe plus : c'est l'effet de sa dissolution ; mais ceux échus avant en font partie.

Chacun des conjoints reprend ses propres réels avec les fruits qui y sont pendans, en faisant raison à la communauté des labours & semences ; Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 4, pag. 440. Voyez ci-après le septieme chapitre, où cette raison dûe à la communauté, pour le montant des labours & semences, sur le propre de l'un des conjoints, est traitée ; & tel est l'usage du châtelet.

IX. Comme les biens ne s'entendent que déduction faite des dettes, il faut, avant de partager la communauté, faire plusieurs prélevemens sur icelle, parce qu'il n'y a d'actif dans la communauté que ce qui reste après ces délibations faites ; on va les expliquer, ce sont des objets importans, & qui jettent dans un certain détail ; on ne parle pas des dettes en général, mais des délibations sur la communauté.

Voyez le chapitre qui suit, qui concerne les prélevemens qu'on y détaillera ; encore une fois, cela demande un examen détaillé & distingué.

CHAPITRE SECOND.

DES PRÉLEVEMENS A FAIRE SUR LA COMMUNAUTÉ LORSQU'ELLE EST ACCEPTÉE PAR LA FEMME OU SES HÉRITIERS.

SECTION PREMIERE.

DE LA REPRISE RESPECTIVE DES DENIERS STIPULÉS PROPRES.

DISTINCTION PREMIERE.

Comment cette reprise se fait lorsqu'il n'y a pas de deniers pour la remplir.

I. AVANT de partager la masse de la communauté, chacun des conjoints a droit de reprendre sur icelle les deniers qui lui ont été stipulés propres ; c'est l'effet de cette stipulation de cette fiction, ce qui se consomme ordinairement par le compte de communauté que le survivant des conjoints rend aux héritiers du prédécédé : reprise qui cesse si les deniers, si la somme à laquelle on a imprimé cette fiction a été employée pendant la communauté en héritages ou rente, & que le conjoint, au profit duquel cette fiction auroit été établie, eût accepté l'emploi.

Cela est inconteſtable, c'est l'effet de la stipulation de propre dont il a été traité dans le second livre ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 442, dit que c'est la premiere & la plus privilégiée des reprises ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 325, & elle est regardée ainsi au châtelet, parce qu'en effet les deniers sur lesquels on avoit imprimé cette fiction, n'ont jamais fait partie d'icelle, sur la cessation de cette reprise par le remploi ; voyez la distinction 2, de la sect. 4 du présent ch. qui est ci-après ; tel remploi consomme la reprise.

II. Cela embrasse le mobilier qui leur est échu par succession, lorsque par le contrat de mariage ce mobilier est stipulé propre ; cette stipulation licite & usitée devant avoir son effet, tant sur ce bien avenu, que sur celui qui étoit extant lors du mariage ; mais il n'y a nulle reprise à faire du mobilier échu pendant le mariage, si par le contrat il n'a pas été stipulé propre ; il s'est légalement noyé dans la communauté ; la seule clause contraire peut l'en distraire.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 427, dit même, que pour rendre ces sortes de biens propres à la femme, il suffit qu'il soit dit par le contrat de mariage, que tout ce qu'elle a apporté lui sera propre ; mais pour cela, s'il n'y a pas stipulation expresse de propre de ce qui lui échoira pendant le mariage, il faut du moins que la clause soit conçue *per verba de futuro*, tout ce que la femme aura & justifiera avoir apporté, comme cela est établi dans son ordre ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 336, num. 33 ; ce qu'il a paru convenable d'observer sur la proposition, plus conforme à la loi que l'opinion de Dupleſſis.

III. Cette reprise produit intérêt de part & d'autre, à compter du jour de la dissolution ; c'est intérêt qui court par la nature même de la chose & de la créance, autrement la communauté s'enrichiroit aux dépens du propre, ce qu'on doit toujours rejetter.

Telle est la jurisprudence du châtelet ; Dupleſſis, pag. 242, dit qu'il en fait difficulté par rapport au mari, ce qui n'en souffre aucune au châ-

telet, & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 293, num. 11 & 337, num. 37; en effet, il n'y a ſur ce aucune bonne raiſon de différence, où le droit eſt le même la déciſion ne peut varier : pourquoi donc différencier le mari ?

IV. Lorſqu'il n'y a pas dans la communauté deniers ſuffiſans pour remplir cette repriſe du propre fictif, chacun doit prendre pour ce, en payement, des effets de la communauté, ſuivant l'eſtimation, parce que c'eſt la communauté qui eſt débitrice de ces repriſes; c'eſt donc ſur ces effets qu'on les doit exercer.

Voyez le traité des propres, ch. 4, ſect. 4, pag. 408 & ſuivantes, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci ; on parle du cas dans lequel la communauté eſt accepté.

V. En effet, c'eſt la communauté qui eſt acceptée, qui doit remplir cette repriſe, & qui eſt débitrice d'icelle, puiſqu'elle s'eſt confondue dans ſa maſſe; mais la femme choiſit la premiere : c'eſt ce qui forme la propoſition qui ſuit ; c'eſt une préférence qui lui eſt dûe, & qui eſt ſuite de la dépendance, & par cette préférence on concilie, on ménage tous les légitimes intérêts.

J'ai vu une ſentence rendue au rapport de M. Heron qui l'a ainſi jugé, & qui a donné cette préférence à la veuve ſur les héritiers du mari; c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 486, num. 4; qui rend de ce une autre raiſon, c'eſt qu'au défaut de biens de communauté, la femme ou ſes héritiers peüvent pour ce, ainſi que pour leurs remplois de propres, ſe venger ſur les propres du mari : cette raiſon ne me paroît pouvoir avoir ſur ce qu'une application très-indirecte ; mais la principale raiſon eſt que la communauté eſt la vraie débitrice du montant du propre fictif; c'eſt donc ſur elle qu'il faut le prendre; & comme la femme n'eſt que la ſpectatrice de l'adminiſtration de ſon mari, il a été bien juſte pour la remplir de ſes propres ſur une communauté acceptée de lui donner le choix ſur les biens qui la compoſent.

VI. Il y a donc dans cela cette différence, que pour cette repriſe la femme & ſes héritiers ont d'abord le choix ſur tous les effets de la communauté, parce que tout ce qui la conſerve eſt du fait du mari, & qu'elle n'a été que la ſpectatrice, & la ſpectatrice muette par état de l'adminiſtration totale de ſon mari.

C'eſt avec cette reſtriction qu'il faut entendre la note déſignée par une triple L, ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 444, où l'on dit que la repriſe du propre fictif ſe fait pour le mari, comme pour la femme, & la propoſition a été établie par les notes ſur la précédente.

VII. Cela eſt fondé, ſur ce que tant que la communauté a ſubſiſté, le mari a agi en maître; ainſi il ne doit, ou ſes héritiers, choiſir qu'après la femme ou ceux qui la repréſentent; juſte fondement de cette préférence, préférence d'autant plus inconteſtable, que nonobſtant l'acceptation de communauté, la coutume donne à la femme, mais ſubſidiairement, action ſur les propres de ſon mari.

Cela eſt conforme à la doctrine de l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 4, pag. 407, & de celle de le Brun déja cité.

VIII. De ce que deſſus, il réſulte que ſi la femme, acceptant la communauté, ne trouvoit pas dans icelle de quoi ſe remplir de ſon propre fictif, elle peut pour l'excédent ſe venger ſur les propres de ſon mari, qui, par l'inſuffiſance, reſte ſon débiteur, la coutume ne lui permettant pas d'y donner atteinte ; impuiſſance qui fonde inconteſtablement cette action.

De Renuſſon, traité des propres, ch 4, ſect. 4; le Brun, de la communauté, pag. 486.

IX. Elle a pour ce, ſur ſes propres, hypothéque du jour du contrat de mariage, parce que ſon acceptation de la communauté peut bien lui faire perdre ſa miſe, mais jamais ſon propre, dont le mari eſt tenu, & qu'il n'a pu affoiblir, dans tel cas que ce ſoit; telle eſt la diſpoſition formelle de la coutume.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 2, pag. 427; de Renuſſon, traité des propres, pag. 466, num. 26, & tel eſt l'uſage du châtelet.

X. Il n'en eſt pas de même du mari, il n'a pour la répétition de ſon propre fictif, action que ſur la communauté ; c'eſt dans icelle qu'il eſt fondu, & c'eſt à lui ſeul qu'on peut imputer s'il ne s'y trouve plus : ſon action pour ſa repriſe eſt donc limitée ſur la maſſe de la communauté, qui eſt ſa ſeule débitrice, & non les propres de ſa femme.

Cela ſe ſuit inviolablement au châtelet, autrement il faudroit rayer la coutume, qui veut que le mari ne puiſſe donner la moindre atteinte aux propres de ſa femme; & en un mot, ſi ce n'eſt la communauté, c'eſt lui ſeul qui eſt ſon débiteur, ce qui eſt inconteſtable, ainſi nulle action ſur les propres de la femme.

DISTINCTION II.

Comment cette repriſe ſe fait lorſqu'il y a dans la communauté des deniers ſuffiſans pour la remplir; & que la communauté eſt acceptée.

XI. Elle ſe fait, en ce cas, par le compte de communauté, de trois façons différentes, ou par compenſation; ou par délibation, ou par confuſion; différentes manieres d'opérer ſur ce, qu'on va expliquer, & qui aboutiſſent toutes au même point, qui eſt de

remplir le propre & de laiſſer à la communauté ce qui eſt de communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 444, indique les deux dernieres ſeulement, ſans les expliquer : voyez les propoſitions ſuivantes, qui les expliquent toutes trois ; ſur ces différentes opérations pour remplir les conjoints de la repriſe de leurs propres fictifs & du montant de leurs remplois, voyez Renuſſon, de la communauté, part. 2, ch. 3, num. 17 & ſuivans ; & le journal des audiences, tom. 5, liv. 6, ch. 27.

XII. Elle ſe fait par compenſation, ſi le propre eſt égal de part & d'autre ; en ce cas l'un balançant l'autre, il ne reſte plus qu'à partager la maſſe de la communauté moitié par moitié, le propre de part & d'autre étant égal devient indifférent & n'opére plus rien ; & il ſuffit en ce cas d'en faire mention par le compte, & ce par forme d'*avertatur* ; on parle toujours du cas que la communauté eſt acceptée.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, lorſqu'il y a parfaite égalité dans les propres fictifs ; mais ſi cette égalité n'eſt pas, on fait ce qui eſt marqué dans la propoſition qui ſuit, & en ce cas, on ne parle pas de la portion de propre qui s'éteint par la voie de la compenſation, parce qu'elle ſe fait de droit ; je voudrois qu'on exprimât la réduction qu'elle a opéré ſur les propres fictifs de l'autre ; ainſi ſi le propre de la femme eſt de 15000 livres, & que celui du mari ne ſoit que de 10000 livres, il eſt convenable de dire dans le compte, que le propre du mari s'eſt éteint entiérement par la compenſation, & que celui de la femme ne ſubſiſte plus que pour 5000 liv. pour la remplir de cette portion non éteinte par la compenſation, on ſe ſert ordinairement au châtelet de l'une ou l'autre voie ci-après indiquée ; ainſi en ce cas, c'eſt double opération, l'une par ſimple mention, & l'autre effective ; la premiere, par compenſation, la ſeconde, par délibation ſur la maſſe ou dépenſe de moitié, ſi l'on opére par confuſion.

XIII. Si donc l'un excéde l'autre ; par exemple, ſi l'un étoit de 20 mille livres, l'autre de 30 mille livres ; celui à qui appartient le propre de 30 mille livres, n'en exerce la repriſe que pour 10 mille livres, le ſurplus s'éteint par la voie de la compenſation ; extinction qu'il eſt bon d'exprimer par le compte de communauté, comme on l'a déja dit, & cette compenſation ſe fait parce que c'eſt la communauté qui doit, dans laquelle chacun des conjoints trouve ſon propre, qui ſe confond dans la perſonne de chacun d'eux, lorſqu'il y a égalité de propre fictif.

Ainſi celui à qui appartient le propre de trente mille livres, n'en fait mention dans le compte de communauté que pour dix mille livres, les vingt mille livres de ſurplus étant éteints par la compenſation ; & il exerce la repriſe de dix mille livres, comme il va être expliqué par les propoſitions ſuivantes : telle eſt l'opération par compenſation ; venons à celle qui ſe fait par délibation.

XIV. La repriſe du propre fictif s'exerce par délibation, lorſque celui qui rend compte de communauté préléve ſur la maſſe d'icelle, tant en ſa faveur qu'en faveur de l'oyant, le montant des propres fictifs, & ne compte que du reſte de la maſſe ; telle eſt l'opération de la délibation par laquelle chacun eſt rempli de ſes propres fictifs, & de ce qui eſt effectif dans ce qui reſte de la maſſe ; opération exactement définie délibation, puiſque c'eſt par elle qu'elle ſe conſomme, mais qui ne peut ſe pratiquer que lorſqu'il ſe trouve dans la maſſe de la communauté deniers ſuffiſans pour ce faire, ſans cela il eſt plus expédient d'opérer par confuſion.

Cette opération, quoique produiſant tout le même effet que celle qu'on va expliquer dans la propoſition qui ſuit, ſe pratique au châtelet, moins fréquemment que l'opération ſuivante : pour la rendre ſenſible, il faut ſuppoſer que la maſſe de la communauté eſt de ſoixante mille livres ; que le mari eſt ſurvivant ; que ſon propre fictif eſt de dix mille livres ; que celui de ſa femme eſt de vingt mille livres ; dans cette opération il commence à prélever vingt mille livres en faveur des oyans, & dix mille livres en ſa faveur, & ce ſur la maſſe ; au moyen de ce double prélevement cette même maſſe ſe trouve réduite à trente mille livres, de moitié de laquelle ſomme il fait recette aux héritiers de ſa femme, & par-là chacun eſt rempli de ſes droits, c'eſt-à-dire, de ſes propres, & de ſa part dans la communauté ; en effet, dans cette hypothèſe la maſſe effective de la communauté ſe trouve réduite à trente mille livres, c'eſt pour chacun quinze mille livres : or, par cette opération, chacun d'eux a ces quinze mille livres, & eſt encore rempli de la totalité de ſon propre fictif ; telle eſt l'opération par délibation, mais pour cela il faut qu'il y ait deniers ſuffiſans ; ſi il n'y en a pas, il vaut mieux, encore une fois, opérer par confuſion.

XV. Elle ſe fait par confuſion, lorſque le rendant compte, après avoir compté de tout le contenu en l'inventaire, fait dépenſe à l'oyant de la moitié du propre fictif, revenant à lui rendant, & ſe charge en recette (après avoir compté de tout) de la moitié du propre fictif, revenant à l'oyant compte ; telle eſt l'opération par confuſion, par laquelle ſi la maſſe eſt de 160 mille livres, que le propre du rendant ſoit de 10 mille livres & celui de l'oyant de 15 mille livres, le premier doit avoir pour tout 47 mille 500 livres ; ſçavoir 37 mille 500 liv. pour ſa moitié des 75 mille livres reſtant de la communauté, après le prélevement reſpectif des propres, qui montoient à 25 mille livres, & 10 mille livres pour ſon propre ; & l'autre 52 mille 500 livres ; ſçavoir, 37500 livres pour ſa moitié du reſtant de la maſſe, & 15000 livres pour ſon propre fictif, leſquelles quatre ſommes forment les 100000 mille livres de maſſe dans leſquels les propres fictifs étoient confondus, & c'eſt cette liquidation, ce ſont ces mêmes droits qu'ils ont l'un & l'autre par cette opéra-

tion ; en effet, le rendant a 50000 livres de moitié de la maſſe, outre ce 5000 livres pour la moitié de ſon propre dont il fait dépenſe, ce qui compoſe 55000 livres, & ſur ce il ſe charge en recette de 7500 livres, faiſant moitié du propre fictif de l'oyant, au moyen de quoi il lui reſte 47500 livres, & le ſurplus à l'oyant montant à 52500 livres; ſçavoir 50000 livres pour la moitié de la maſſe apparente, 7500 de recette pour ſon propre, ſur quoi il faut déduire les 5000 livres pour la dépenſe que le rendant lui a fait pour le propre de lui rendant, ce qui réduit ſon lot à 52500 livres & ce qui le remplit; ainſi ces diverſes opérations reviennent au même; celle-ci eſt appellée confuſion, parce que chacun y confond dans ſa perſonne moitié de ſon propre fictif; ainſi on l'a exactement défini.

Cette opération par confuſion eſt la plus uſitée au châtelet, dans les comptes de communauté, comme la propoſition le contient; on voit qu'elle ſe réduit à un compte total de la maſſe; mais après cette recette totale, par celle particuliere du propre fictif d'un côté, & la dépenſe de l'autre au ſujet du même propre, tous les droits reſpectifs ſont conſervés & conſommés; l'une & l'autre, c'eſt-à-dire, recette & dépenſe concernans les propres fictifs, ne ſe faiſant que pour moitié.

XVI. Dans cette opération, l'autre moitié du propre fictif ſe trouve réciproquement confondue dans la perſonne de celui auquel il appartenoit, parce que c'eſt la communauté qui devoit le tout, & que chacun a pris ſa moitié dans icelle: ce qui l'a rendu débiteur de moitié de ſon propre; & ſi le rendant ou l'oyant ou tous les deux ne peuvent être remplis par le compte, leurs droits ou prétentions ſe renvoient au partage, & c'eſt dans cet acte qu'ils les exercent.

La confuſion pour ce, ſe fait pour moitié; en effet, il eſt de principe que *confuſione tollitur obligatio*; c'eſt un payement légal, *confuſio vicem ſolutionis obtinet*: De ce que deſſus il s'enſuit, que dans le cas d'acceptation de la communauté de la part de la veuve, l'héritier des meubles & acquêts du mari ſupporte les repriſes que la veuve a à faire ſur la communauté; au lieu que dans le cas de renonciation à icelle, ces mêmes repriſes ſont ſupportées par tous les héritiers du mari; voyez le Brun, de la communauté, pag. 224, num. 52; ce qui eſt établi ci-après, plus au long ſur le titre des ſucceſſions qui eſt le vrai ſiege de cette matiere: dans le premier cas, c'eſt dette de communauté; dans le ſecond, c'eſt dette de ſucceſſion.

DISTINCTION III.

Quand la repriſe du propre fictif ceſſe.

XVII. Cette repriſe ceſſe en faveur de la femme, ſi le contrat de mariage n'eſt pas quittancé & que le laps du tems n'ait pas opéré quittance, le payement ou fourniſſement de la ſomme étant ce qui fonde la répétition.

Cela ne s'entend qu'avec la reſtriction qui forme la troiſiéme propoſition de cette diſtinction, & voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XVIII. Non-ſeulement elle ceſſe, mais dans ce cas la femme en doit l'intérêt à la communauté, enſemble le capital de ſa miſe, ſi il n'y en a repriſe en ſa faveur, & doit indiſtinctement l'intérêt du jour du mariage, c'eſt-à-dire, tant du propre fictif que de la miſe, l'un & l'autre devant avoir leur exécution; & ces intérêts faiſant partie de la communauté.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, plaidant M. Duret & moi, & cela fut conſommé par le compte.

XIX. Cependant ſi le mariage avoit duré dix ans, le défaut de quittance n'empêcheroit pas la repriſe du propre fictif en faveur de la femme, parce qu'en ce cas le tems produiroit quittance, à moins que le mari ne juſtifiât des diligences contre ceux qui ont promis la dot, auquel cas il n'y en auroit plus répétition; ce qui reçoit des exceptions qu'on va expliquer.

Cela eſt établi ſur le titre de la preſcription qui eſt ſinguliere à de certaines actions, & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 338, num. 42 & ſuivans.

XX. Venons aux exceptions; lorſque la femme s'eſt dotée elle-même, ou qu'elle eſt ſeule héritiere de celui qui avoit conſtitué la dot, & que le contrat n'eſt pas quittancé, le laps de dix années ne lui donne pas le droit d'exercer la repriſe d'un propre fictif qu'elle n'a pas fourni; ſa qualité de débitrice perſonnelle ou d'héritiere du débiteur, eſt un obſtacle à la repriſe d'icelui. Cela eſt fondé ſur ce qu'en ce cas elle eſt la propre garante de ſon action en repriſe, ce qui la fait par conſéquent ceſſer.

Cela eſt encore établi ſur le titre indiqué ſur la troiſieme propoſition de cette diſtinction; voyez le Brun, de la communauté, pag. 338 & 339.

XXI. Par rapport au mari, la clauſe dans le contrat de mariage, qu'une certaine ſomme lui ſera propre, eſt ſuffiſante pour lui donner le droit d'en faire le prélevement ſur la maſſe de la communauté, il ne peut ſe donner quittance à lui-même, & la femme en ſouſcrivant la déclaration faite par ſon mari en a reconnu la vérité; la clauſe en ce cas eſt donc ſuffiſante pour fonder la repriſe.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet; Dupleſſis obſerve que cette clauſe, de la part d'un mari, eſt fort délicate; mais la ſignature & la reconnoiſſance de la femme ne ſont-elles pas de bons guides & ne levent-elles pas tout doute? ainſi ſa délicateſſe dans ſon effet n'en doit point empêcher l'exécution.

SECTION II.

De l'effet de la clauſe par laquelle il eſt accordé au mari une certaine ſomme pour les frais des nôces.

XXII. Si la clauſe eſt générale & non limitée, le mari a droit de reprendre cette ſomme, non ſur la part des héritiers de la femme, mais ſur la maſſe de la communauté, lorſque ſes héritiers l'acceptent, parce que ces dépenſes ſe ſont fondues dans la communauté & en ont accru la maſſe; c'eſt donc ſur icelle que cette repriſe doit ſe faire. Mais cette clauſe ne doit militer que dans le cas de la renonciation, auquel cas c'eſt véritable retenue ſur les biens de la femme.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

XXIII. Lorſque les héritiers de la femme renoncent, le mari retient cette ſomme ſur les propres & les repriſes qui ſont à faire du chef de la femme; parce que la clauſe étant générale, doit avoir lieu, tant dans le cas de la renonciation que celui de l'acceptation, & les événemens poſtérieurs n'y peuvent donner atteinte.

Le mari ſurvivant a même ce droit dans le cas qu'il y a eu ſéparation de biens, parce que les clauſes d'un contrat de mariage ſont inviolables; arrêt du 30 mai 1682, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 5, chap 18; ce qui prouve la propoſition & la rend inconteſtable dans le cas qu'il n'y a pas eu ſéparation.

SECTION III.

Des remplois des propres aliénés lorſque la communauté eſt acceptée par la femme ou ſes héritiers.

(Art. 232 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Quel acte fait naître l'action de remploi.

XXIV. Toute vente d'immeuble, propre aux conjoints, fait naître action de remploi en faveur du conjoint auquel le propre aliéné appartenoit, autrement l'aliénation ſeroit une voie d'augmenter la maſſe de la communauté aux dépens du propre; voie que la prohibition de tout avantage écarte; il eſt étrange que cela ait pu faire la matiere d'un doute, & qu'il ait fallu un certain tems pour découvrir & pour ſe convaincre de cette vérité.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 430, & 431; & au même traité, liv 2, pag. 445, le remploi eſt dû tant au mari ou à ſes héritiers qu'à la femme; nulle raiſon ſur cela de différence; voyez Louet, let. R, num. 22, encore qu'il n'eût été ſtipulé: ainſi jugé par les deux arrêts rapportés par le même auteur, let. R, num. 30; voyez Brodeau, au même endroit; le journal des audiences, liv. 1, ch. 4; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 3, num 6, & ce que l'art. 232 de la coutume rend inconteſtable, & qui forme un droit commun.

☞ La juriſprudence du remploi a été autrefois très-incertaine; mais on n'a plus d'égard à la diſtinction des aliénations volontaires ou forcées qui donnoient lieu à tant de controverſes, & actuellement il eſt conſtant que le remploi des propres aliénés pendant le mariage eſt dû à l'un & à l'autre des conjoints; voyez le Prêtre, cent. 3, ch. 78, aux notes.

XXV. Cela auroit lieu, & l'action de remploi militeroit ſi le mari avoit vendu un office chez le roi qui lui fût propre, quoiqu'il l'eût perdu par ſa mort; cette perte n'empêchant pas que la communauté ne ſoit augmentée par cette vente; augmentation volontaire, indirecte & non provenante de la collaboration qu'il faut faire ceſſer par l'action de remploi.

Note ſur Dupleſſis, pag. 176; arrêt du 27 ſeptembre 1679, rapporté par le Brun, de la communauté, pag. 62, & autrement ce ſeroit ouvrir la porte aux avantages indirects, ce qu'on ne peut faire; en effet, par une telle vente, qui n'eſt que le fait du mari, il arriveroit (ceſſante l'action de remploi), que le mari avantageroit ſa femme de la moitié du prix d'un tel office; mais le remploi n'eſt plus d'aucune conſidération ſi il y a renonciation à la communauté.

XXVI. Approfondiſſons cette action; ſans cette action les conjoints ſeroient maîtres de s'avantager en augmentant la communauté par la vente de leurs propres, ainſi l'action a lieu, abſtraction faite de toute ſtipulation, & il y a lieu de s'étonner que l'ancienne coutume n'ait pas prévu cet inconvénient auquel la nouvelle a remédié; c'étoit une inattention inexcuſable, dont les principes capitaux auroient dûs ſur le champ faire ceſſer l'effet.

Cependant anciennement le remploi n'avoit lieu, ce qui faiſoit dire qu'un mari ne pouvoit ſe lever trop matin pour vendre le propre de ſa femme; voyez Dumoulin, ſur l'art. 164 de la coutume de Blois; c'étoit une entiere ſubverſion du principe de la coutume, ou du moins une inconſéquence à ſon principe capital & à ſa prohibition de tout avantage entre conjoints; ce qui fonde la réflexion qui termine la propoſition.

XXVII. Le prix de l'héritage aliéné lors de la diſſolution n'eſt d'aucune conſidération, c'eſt le prix de la vente qui fixe le montant de l'action de remploi, n'étant que ce prix qui ſe ſoit par cette voie confondu dans la communauté; en effet, c'eſt ce prix qui doit être diſtrait de la maſſe; c'eſt donc à ce prix que ſe réduit cette action.

A quoi on peut appliquer l'arrêt du dernier mai 1603, rapporté par Louet, let. R, num. 30; voyez le Brun, de la communauté, pag. 319, num. 76, & tel eſt l'uſage fondé ſur l'eſprit de la coutume, ſauf

ſauf la fraude, ſi l'on en avoit pratiqué pour augmenter la communauté aux dépens du propre.

XXVIII. Le rembourſement d'une rente propre à l'un des conjoints, fait pendant la communauté, donne lieu à cette action, de même que l'aliénation volontaire; & la raiſon fondamentale de cette action, qui eſt que la communauté ne peut être augmentée aux dépens du propre de l'un des conjoints, n'eſt pas moins ſenſible dans ce cas que dans l'autre: en un mot, la rente étoit un immeuble qui n'a pas fait partie de la communauté, & dont le conjoint propriétaire doit être rempli ſur la maſſe avant qu'on puiſſe dire qu'il en reſte un bénéfice.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 445; voyez le Brun, même traité, liv. 3, ch. 2, ſect. 1, diſtinct. 2, pag. 301 & ſuivantes; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 3, num. 7, p. 402; ce qui eſt inconteſtable & ſuite de l'art. 232 de la coutume.

XXIX. En effet, ce rembourſement eſt une aliénation, dont les deniers confondus dans la communauté ne doivent pas faire partie d'icelle, quoique cette aliénation ſoit forcée, autrement la communauté ſeroit augmentée aux dépens du propre, ce qu'on ne peut admettre en aucun cas que ce ſoit; & il n'y a de vraie matiere dans la communauté que les miſes, & ce qui eſt provenu de la collaboration, enſemble ce qui leur eſt échu en mobilier, ſi il n'a pas été ſtipulé propre.

Jugé ainſi, même avant la derniere réformation de la coutume, par arrêt du 23 décembre 1579, rapporté par le Veſt, ch. 164; voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 311, pag. 203. A l'égard de l'intérêt du remploi, ſoit qu'il ſoit dû au mari, ſoit qu'il ſoit dû à la femme, il court de plein droit du jour de la diſſolution de communauté, cela eſt atteſté par Dupleſſis, pag. 446, & tel eſt l'uſage du châtelet dans les comptes de communauté: en effet, c'eſt un intérêt qui court ici par la nature même de l'action, & ſans cela l'action de remploi ſeroit en elle-même imparfaite, & la communauté ſeroit gonflée aux dépens du propre; ce qu'on doit empêcher, tant en intérêt qu'en principal, ce qu'on approfondira par la ſection 5, ci-après.

DISTINCTION II.

Si la coupe d'un bois de haute-futaie, ſi l'ouverture d'une carriere donnent lieu à l'action de remploi, & que la ſimple négligence du mari la fait naître.

XXX. La coupe d'un bois de haute-futaie faite pendant la communauté, ſur le propre d'un des conjoints, donne lieu au remploi, tel bois étant portion d'un immeuble que les conjoints n'ont pu affoiblir pour augmenter la communauté du montant de ſa diminution; impuiſſance qui fonde l'action du remploi.

Addition au chapitre 8 du traité du don mutuel de Ricard; voyez les citations ſur la propoſition ſuivante, & tel eſt l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans l'eſprit de la coutume.

XXXI. La raiſon qui fonde ce remploi eſt, que telle coupe diminue le fonds & n'eſt pas fruit ordinaire, & que le propre ne doit être diminué pour augmenter la communauté, ce qui ſeroit cependant ſi telle coupe ne donnoit lieu au remploi; il faut donc en ce cas donner néceſſairement cette action.

Le Brun de la communauté, p. 98, num. 2; le Maître, tit. 10, pag. 269.

XXXII. Il en eſt de même de l'ouverture d'une carriere faite pendant la communauté ſur le propre d'un des conjoints, même raiſon; c'eſt diminution du fonds, & par conſéquent ouverture à remploi, ſauf l'exception qui ſuit.

Loi 7 §. 14, ff. *ſolut. matrimon.* le Brun, de la communauté, pag. 105, num. 2; voyez, ci deſſus le chapitre des fruits qui tombent en communauté, où cela eſt examiné plus au long.

XXXIII. L'action de remploi ceſſeroit ſi la carriere étoit ouverte avant le mariage, parce qu'en ce cas la communauté ne fait que continuer la jouiſſance du propriétaire, ce qu'on a vu ci-deſſus; cette continuation de jouiſſance écartant tout ſoupçon de fraude, & la réduiſant à un produit ordinaire, qui doit en cette qualité tomber en communauté, parce que c'eſt ſur ce pied qu'elle s'eſt formée.

Voyez ſur cela Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 44; le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente.

XXXIV. Venons à la négligence du mari, par rapport à l'action de remploi de la femme; il y a lieu au remploi ſi le mari laiſſe preſcrire la dette appartenante à ſa femme, ou s'il laiſſe décréter, ſans s'oppoſer, l'immeuble qui eſt ſon gage, ſi par cette négligence la femme perd ſa dette; mais ceſſant cette perte, par cet effet l'action de remploi ceſſeroit.

Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 4, pag. 395 & 396, examinent cette queſtion ſans la décider ouvertement; cependant ils concluent qu'il y a beaucoup de juſtice à accorder le recours, c'eſt-à-dire, l'action de remploi à la femme; le Brun, de la communauté, pag. 207, num. 33 & 34, & pag. 309, num. 37 & 38, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci, conforme à l'uſage du châtelet.

XXXV. En effet, le mari eſt conſidéré comme un tuteur, & en cette qualité il doit veiller à la conſervation des droits de ſa femme, qui eſt ſous ſa puiſſance, qui ne peut exercer ſes actions mobiliaires & poſſeſſoires que la coutume confie à ſon mari,

en la dépouillant de l'exercice de ces mêmes actions, baſe légitime de cette garantie.

Voyez le Brun, traité de la communauté, pag. 309, num. 37, pag. 581. La qualité que la coutume donne au mari d'être maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme me paroît fonder la propoſition.

XXXVI. Mais il ne devient pas par cette négligence le garant de la dette; il ne doit pour ce à ſa femme que ce qu'il auroit reçu s'il avoit veillé; ainſi s'il eſt conſtant qu'en veillant même il n'eût rien reçu, l'action de remploi ceſſe, ne devant que réparer l'effet de ſa négligence & non au-delà.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil du châtelet, moi plaidant; ce qui me paroît encore confirmer les deux propoſitions précédentes.

DISTINCTION III.

Des viages qui donnent lieu au remploi.

XXXVII. Si pendant la communauté il a été aliéné à fonds perdu un propre de l'un des conjoints, il y a lieu à remploi, ou plutôt à une indemnité telle qu'on va l'expliquer, & ſans cela le propre s'anéantiroit pour augmenter la communauté, ce qu'on ne doit jamais admettre; voilà le principe général.

Tel eſt l'uſage du châtelet; voyez les notes ſur la propoſition ſuivante, qui fondent cet uſage que je crois très-bon.

XXXVIII. Quelques-uns prétendent que cette indemnité conſiſte à reprendre ſur la communauté toutes les jouiſſances qu'elle a perçu de la rente viagere, ſans déduction ſur icelles de ce que le propre auroit produit, s'il n'avoit ainſi été aliéné; telle eſt ſelon eux l'action de remploi en ce cas, pour moi je penſe qu'il y a lieu de faire la déduction du fruit ordinaire, autrement on tomberoit dans l'inconvénient oppoſé à celui que la juſte action de remploi dont on parle fait ceſſer; & ſous le prétexte de conſerver les droits réſultans du propre, on affoibliroit ceux de la communauté, ce qui me paroît contraire à la loi & à l'équité.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 103, num. 15; mais il eſt bien rigoureux de refuſer à la communaute le revenu que l'immeuble ainſi aliéné auroit produit; la rigueur le veut ainſi, dit-on, je ne peux m'y rendre, car ce ſeroit augmenter le propre aux dépens de la communauté, ce qu'on ne doit jamais admettre: en effet, la raiſon ſur laquelle on fonde cette opinion, eſt de dire que chaque payement qui ſe fait de la rente viagere forme le prix du propre ainſi aliéné; cela eſt vrai: mais la communauté n'avoit-elle pas un droit de jouiſſance dont on n'a pu la dépouiller? & réduira-t-on cette jouiſſance au ſeul intérêt d'une ſomme modique qu'elle aura touché tous les ans, & de laquelle, par ſa modicité, elle ne pouvoit faire un emploi? cela ne ſeroit pas juſte, & il eſt plus régulier de lui conſerver le ſeul qu'elle avoit avant une telle aliénation.

☞ Le ſentiment de notre auteur eſt conforme à celui de l'auteur de la juriſprudence françoiſe, tom. 2, num. 373, où il penſe également que dans le cas ci-deſſus, le remploi n'eſt que de ce dont la rente viagere a excédé pendant le tems que le mariage a duré, le revenu qu'auroit produit l'héritage aliéné, moyennant cette rente.

XXXIX. L'amortiſſement d'un douaire, dont une veuve qui a convolé jouiſſoit, & fait pendant le ſecond mariage, donne lieu au remploi; en effet, le fonds d'icelui lui étoit propre, il faut donc le lui conſerver; & de ce fonds on en peut faire facilement un emploi, ou ſi il n'a pas été fait, c'eſt que le capital a été apparemment plus utile à la communauté que l'emploi; ainſi, en ce cas, l'action de remploi embraſſe tout le prix, déduction faite de la jouiſſance.

Le Brun, de la Communauté, pag 104, num. 16; voyez la propoſition qui ſuit, qui explique le montant de ce remploi.

XL. Approfondiſſons ce remploi: il conſiſte à reprendre le montant de l'amortiſſement ou rembourſement du douaire, déduction faite de ce que le douaire auroit produit s'il n'avoit pas été amorti, parce que la communauté n'a profité aude-là de ce qui lui appartenoit, que par cet excédent, & que le produit de ce douaire tomboit en icelle; exemple qui ſert à fonder la propoſition précédente: cependant par une juſte balance, il ne peut pas déduire ſur le capital le montant des arrérages du douaire, qu'en diminuant ſur ce montant l'intérêt du capital reçu par un tel amortiſſement, parce que ſi la communauté doit avoir ce qui lui appartenoit, elle ne doit pas auſſi avoir davantage; voilà la vraie balance.

Ce cas eſt différent de celui de la ſeconde propoſition de cette diſtinction; ici la communauté devoit jouir d'un viage, dans l'autre cas elle devoit jouir d'une propriété, mais ſans pouvoir l'affoiblir en rien; mais dans l'un comme dans l'autre cas il faut que la communauté ait toujours ce dont elle devoit jouir naturellement, ſans que le fait d'un des conjoints ait pu affoiblir les droits d'icelle; tel eſt l'eſprit de la coutume.

DISTINCTION IV.

De l'action de remploi appartenant à la femme pour l'office qu'elle a apporté en dot; comment le remploi s'exerce, & de l'hypothéque d'icelui.

XLI. La femme ayant apporté un office en dot, & ſon mari s'y étant fait recevoir, elle a action de remploi, puiſque par-là elle eſt dépoſſédée de ſon propre. En effet, au moyen de la réception du mari, l'office eſt à ſes riſques; il faut donc en ce cas un remploi à la femme, puiſqu'au moyen de cette

réception, elle eſt totalement dépouillée de ſon propre, & que par l'effet d'icelle, il ne peut plus même ſubſiſter dans ſa perſonne.

Le Brun, de la communauté, pag. 297, n°. 28, & pag. 394, num. 4; & au châtelet tel remploi ſe conſomme par le compte de communauté.

XLII. Ce remploi lui eſt dû en ce cas, pour la valeur que l'office avoit lorſque ſon mari s'y eſt fait pourvoir; c'eſt ce moment qui a fixé la propriété de ce dernier, & opéré vente d'icelui & conſommé ſa dépoſſeſſion.

C'eſt l'opinion commune au châtelet, & cela réſulte des propoſitions précédentes.

XLIII. Si l'office avoit été ameubli pour portion, il n'y auroit remploi que pour l'excédent, parce qu'il eſt devenu conquêt juſqu'à concurrence de l'ameubliſſement, & que le remploi ne peut embraſſer que la portion qui étoit propre à la femme & non le ſurplus, ſauf l'effet de la repriſe ſi la femme avoit le droit de l'exercer.

Voyez ci-devant le chapitre de l'ameubliſſement, où cet effet qu'il produit eſt établi.

XLIV. Voyons à préſent comment le remploi s'exerce: le remploi, dans le cas que la communauté eſt acceptée, s'exerce comme la repriſe du propre fictif, dans le cas que la communauté eſt acceptée; c'eſt la communauté qui eſt débitrice; ainſi on peut appliquer ici ce qu'on a dit ci-deſſus; il eſt inutile de le répéter.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 2, pag. 445; c'eſt-à-dire, par délibation ſur le tout, ou par la dépenſe pour moitié que fait celui auquel le remploi eſt dû; le Brun, de la communauté, pag. 325, num. 98; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 4, num. 10, pag. 407. Ces deux différentes opérations ont été expliquées ci-deſſus, on peut appliquer à cet égard ce qu'on y a dit ſur la repriſe du propre fictif, la & maniere de l'exercer, lorſque la communauté eſt acceptée. Ici l'opération eſt la même.

XLV. L'action de remploi n'eſt ouverte que par la diſſolution de la communauté; d'où il s'enſuit que tant que la communauté ſubſiſte, la femme ne peut l'exercer, elle ſeroit prématurée, & la femme n'auroit même aucune qualité pour le faire; quoique l'action de remploi à elle appartenante, ait plus d'étendue que celle appartenante au mari; il eſt toujours conſtant qu'elle ne peut avoir lieu tant que la communauté ſubſiſte.

Par rapport au mari, il ne peut prendre ſon remploi que ſur les biens de la communauté, au lieu que la femme, même celle qui a accepté la communauté, le peut prendre ſur les propres de ſon mari, ſi les biens de la communauté ne ſuffiſent pour ce; le Brun, de la communauté, pag. 314, num. 59; le Maître, pag. 268, & ce par le principe pluſieurs fois expoſé, que le mari ne peut donner atteinte aux propres de ſa femme; principe qui fonde qu'elle a pour ce action ſur les propres de ſon mari au défaut de biens de communauté, action que le mari ne peut avoir ſur ceux de la femme, ayant été le maître abſolu de l'adminiſtration, & devant s'imputer à lui-même, s'il ne trouve pas de quoi ſe remplir.

XLVI. Pour ſavoir comment & ſur quels biens s'exerce l'action de remploi lorſque la communauté eſt acceptée, il faut voir les diſtinctions premieres & ſecondes de la premiere ſection du ſecond chapitre de la premiere partie de ce titre, on fait quant à ce les mêmes opérations qu'on a ci-deſſus expoſées, la femme ou ſes héritiers ont le choix ſur les effets de la communauté; & le mari ou ſes héritiers ne ſe rempliſſent & ne choiſiſſent ſur les biens de la communauté acceptée qu'après que la femme ou ſes repréſentans ſe ſont remplis; la dépendance dans laquelle la femme vit pendant le mariage, fonde cette préférence ſur le remploi comme ſur le propre fictif.

Tel eſt l'uſage du châtelet, qui eſt conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 217, num. 18, au ſujet du propre de la femme, qui a été adjugé par décret pour une dette à laquelle ſon mari l'avoit fait engager; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 4. num. 2, pag. 408.

XLVII. Quant à l'hypothéque attachée à l'action de remploi, quoique la communauté ſoit acceptée, la veuve pour ſon remploi, prime ſur les conquêts de communauté tous les créanciers poſtérieurs au mariage, & ce par l'antériorité de ſon hypothéque qui influe ſur tous les biens; cela peut avoir des inconvéniens, mais le parti contraire en auroit de plus grands.

Elle a l'hypothéque du jour de ſon contrat de mariage pour ſon remploi, encore que cela n'eût pas été ſtipulé; Dupleſſis, pag. 431; le Brun, de la communauté, pag. 311, num. 47 & 51; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 8, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la procuration qui ſuit.

XLVIII. Cela eſt fondé ſur ce que ſon hypothéque remonte au jour du contrat de mariage, & que les conquêts ſont préſumés acquis des deniers provenus de l'aliénation de ſon propre; juſte préſomption, qui jointe à la loi qui eſt générale, fonde cette hypothéque.

Voyez Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 427; de Renuſſon, traité des propres, pag. 446. Cette rétrogradation d'hypothéque eſt ſi juſte, qu'elle a lieu même pour le remploi dû à la femme ſéparée contractuellement ou judiciairement; tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 306, num. 24: ce qui prouve de plus en plus la propoſition; voyez le Maître, pag. 268.

XLIX. Mais malgré cette juſte préſomption, elle ne prime pas ſur ces mêmes conquêts les créanciers antérieurs au mariage; cette préſomption ne pouvant déranger l'ordre de l'hypothéque, & affoiblir un droit acquis aux créanciers antérieurs.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 310, num. 44 & précédens, & je n'y vois pas la moindre difficulté.

L. En effet, le mariage du débiteur n'a pu faire perdre aux créanciers l'hypothéque qui leur étoit acquiſe, tant ſur les biens préſens que ſur les biens à venir de leur débiteur; il faut donc toujours ſur ces biens, ſuivre l'ordre de l'hypothéque; accorder plus de faveur à la dot, ce ſeroit abus.

On le juge ainſi au châtelet.

SECTION IV.

Quand l'action de remploi ceſſe.

DISTINCTION PREMIERE.

Que la ſtipulation qu'il n'y auroit pas de remploi ſeroit nulle, & la ſéparation ne la fait pas ceſſer, mais qu'elle ceſſe dans le cas de l'échange.

LI. La clauſe qu'il n'y auroit aucun remploi pour les propres aliénés eſt de nul effet, elle eſt rejettée comme clauſe prohibée & contraire à la diſpoſition de la coutume; puiſque l'aliénation étant poteſtavive, cette clauſe ſeroit une ouverture à l'avantage indirect.

Cela réſulte évidemment de ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 4, pag. 430 & 431; & c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 313, num. 55: ce que la propoſition ſuivante confirme.

LII. Autrement il dépendroit des conjoints d'augmenter leur communauté aux dépens de leurs propres, ce qui feroit ouvrir la porte aux avantages indirects, & rendroit ſur ce les conjoints par mariage, maîtres d'éluder la prohibition de la coutume.

C'eſt ce que les ſentences du châtelet ont toujours rejetté, conformément à la note de Dumoulin, ſur l'art. 110 de la coutume, *paria ſunt, aliquid fieri tempore prohibito, aut conferri in tempus prohibitum*; maxime qui fonde la nullité d'une telle clauſe, elle m'a toujours paru inſoutenable.

LIII. Par la juſte crainte des avantages indirects qui fonde la propoſition précédente, la ſéparation ne fait pas ceſſer l'action de remploi, autrement ce ſeroit ouvrir une autre porte à de tels avantages, que la diſpoſition générale & impérieuſe de la coutume rejette indiſtinctement; ainſi ce qu'on vient de dire ſur le remploi du propre aliéné de la femme, a lieu indiſtinctement, ſoit qu'il y ait communauté, ſoit qu'il y ait ſéparation de biens, ſi le mari a ſouſcrit à l'aliénation.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 303 & ſuivantes; cela s'entend de la ſéparation des biens, prononcée pendant le mariage, mais non de la ſéparation contractuelle, dans le cas de laquelle il n'y a pas d'action de remploi contre le mari pour le propre aliéné par ſa femme, lorſque le contrat de mariage contient autoriſation générale & à tous effets; & à cet effet, dérogation à la diſpoſition de la coutume, & que le mari n'a pas paru dans l'acte d'aliénation; mais pour faire ceſſer l'action de remploi, il faut le concours de ces trois circonſtances, ſéparation contractuelle, autoriſation générale, & aliénation faite hors la préſence du mari: ce qui peut s'appliquer, je penſe, dans le cas de la ſéparation d'habitation, lorſque la femme, ſans la participation de ſon mari, a trouvé le moyen d'aliéner un de ſes propres, ſauf à elle à pourſuivre la nullité d'une telle aliénation; en effet, la méſintelligence qui regne en ce cas, entre les deux conjoints, ne permet pas de penſer que l'un a voulu avantager l'autre; ainſi la crainte de l'avantage indirect ceſſante abſolument dans ce cas, l'action de remploi doit pareillement ceſſer.

LIV. L'action de remploi ceſſe lorſque le propre d'un des conjoints a été aliéné par la voie de l'échange, & que l'échange a été accepté par le conjoint propriétaire; il ſe fait en ce cas une ſubrogation qui écarte le remploi, le nouvel héritage repréſentant l'autre.

C'eſt ce qui eſt atteſté par Dupleſſis, de la communauté, liv, 1, ch. 1, ſect. 2, pag. 369; le Brun, de la communauté, pag. 307, num. 32, & la propoſition qui ſuit qui éclaircit celle-ci.

LV. En effet, l'héritage pris en échange tient lieu de l'héritage échangé, & effaçant pour ainſi dire l'aliénation, efface par conſéquent l'action de remploi par le juſte effet de la ſubrogation que l'échange produit.

Subrogatum ſapit naturam ſubrogati; cela eſt établi ſur le titre des propres, & tel eſt l'uſage du châtelet, ſuivant lequel tel héritage n'eſt pas conquêt, mais propre: qualité qui efface l'action de remploi, & autrement on doubleroit le propre aux dépens de la communauté.

LVI. La donation n'y peut encore faire ouverture; en effet, cette action ceſſe ſi l'un des conjoints a donné ſon propre, par donation entre-vifs; la communauté n'a pas été augmentée par une telle aliénation, il ne peut donc y avoir remploi; c'eſt autant de bien de défalqué de ceux du donateur ſans que la communauté en profite en rien.

Le Brun, de la communauté, pag. 397, num. 30.

LVII. Il en eſt de même du déguerpiſſement; lorſque l'un des conjoints déguerpit un héritage pour s'affranchir des hypothéques qui ſont ſur icelui, tel déguerpiſſement

ne peut faire ouverture à l'action de remploi ; en effet, la communauté n'a rien amendé de cette aliénation forcée, ce qui écarte le remploi, le déguerpiſſement faiſant le même effet que la donation qu'on vient d'examiner.

C'eſt *reſolutio ex antiquâ causâ*, qui détruit tout le droit du conjoint déguerpiſſant.

LVIII. De même elle ceſſe ſi le propre a été adjugé pour une dette dûe par le propriétaire & qui fût toute à ſa charge, & non par la communauté ; l'action de remploi ſe compenſant par l'indemnité, il ſe fait une extinction réciproque des deux actions.

En ce cas, il ſe fait une extinction réciproque des deux actions par la compenſation, c'eſt-à-dire, que l'action de remploi ſe compenſe avec l'indemnité que doit le conjoint, dont le propre a été ainſi aliéné.

DISTINCTION II.

Que cette action ceſſe par le remploi.

LIX. L'action de remploi ceſſe, ſi pendant la communauté, il a été fait emploi en acquiſition d'héritages ou rentes, des deniers provenus de l'aliénation du propre d'un des conjoints, pourvu que le remploi ait été fait ainſi qu'il va être expliqué ; voilà le principe général, l'un eſt ſubſtitué à la place de l'autre lorſque cette ſubſtitution eſt conſommée.

Elle ceſſe pareillement, ſi la femme a apporté en dot une rente, & que le détempteur de l'héritage qui y étoit hypothéqué l'ait déguerpi, auquel cas la femme doit prendre pour ſa rente l'héritage déguerpi ; en effet, c'eſt ſon droit, & tel héritage repréſente la rente ; le Brun, de la communauté, pag. 292, num. 6, & tel eſt ſur un tel déguerpiſſement l'uſage du châtelet, déguerpiſſement qui opére parfaite ſubrogation.

LX. Pour le remploi du mari, il ſuffit qu'il ait fait ſa déclaration d'acceptation de remploi, dans le contrat de la nouvelle acquiſition ; telle acceptation de ſa part, le conſomme pour lui & pour ſes héritiers ; il eſt maître de ſes actions, lui ſeul les exerce, lui ſeul les conſomme.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 301, pag. 197. Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, tel eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 316, num. 62 & 318, num. 68, & celui de Dupleſſis, au même traité, pag. 446. En effet, le mari eſt le maître de l'adminiſtration, & la femme n'en eſt que la ſpectatrice.

LXI. Cela auroit lieu, encore que cette déclaration fût faite par lui ſeul, & même que la femme ne fût pas préſente dans l'acte, parce que ſeul adminiſtrateur de la communauté, il conſomme par-là ſon remploi ; ainſi cette circonſtance ne changeroit rien à la propoſition précédente ; c'eſt en ce cas même un remploi conſommé.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 5, num. 412 ; & l'on a établi ci-deſſus, que la femme n'avoit pas droit de critiquer l'adminiſtration que le mari faiſoit des biens & droits de la communauté ; or c'eſt adminiſtration de communauté de ſa part que de conſommer ſon remploi ; ce qui ne ſeroit pas pour le remploi de la femme, qui doit être repréſentatif de ſon propre, propre qui eſt hors l'adminiſtration de ſon mari, comme on le va voir.

LXII. A l'égard de la femme, ſon action de remploi ne ceſſe que lorſqu'elle a accepté le remploi du prix de ſon propre aliéné en acquiſition de la rente ou héritage acquis, & il faut que cette acceptation ſoit formelle ; ſans elle l'action de remploi de la femme ſubſiſte dans toute ſa force.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 2, page 370, au commencement, & ce qu'il explique encore davantage au liv. 2 du même traité, page 447 ; voyez auſſi la note à la page ſuivante 448 ; & le Maître, page 268, de même ſi le propre a été donné à rente, la rente en eſt repréſentative ; le Brun, de la communauté, page 307, num. 31 & 317, num. 66 : ce qui eſt conforme à l'uſage du châtelet ; c'eſt dans tous cas cas repréſentation parfaite.

LXIII. De la propoſition précédente, il s'enſuit que ſi le mari avoit fait ſeul cette déclaration, la nouvelle acquiſition ſeroit toujours aux riſques de la communauté & conquêt d'icelle, & l'action de remploi ſubſiſteroit toujours en faveur de la femme, puiſque ce remploi ſeroit imparfait, & comme tel n'effaceroit pas l'action qui ne peut ceſſer que par une acceptation formelle de la femme ; mais l'acceptation formelle conſomme le remploi, l'aſſujettir à d'autres formalités, ce ſeroit s'écarter de la loi.

Cela ſe ſuit très-ſcrupuleuſement au châtelet, juſques-là que quand le contrat de mariage porteroit que le mari ſeroit tenu de remployer en acquiſition d'héritages, les deniers provenans de l'aliénation du propre de la femme, les premieres acquiſitions où elle n'auroit pas parlé, & qu'elle n'auroit pas accepté, ne lui tiendroient pas lieu de remploi ; note ſur Dupleſſis, pag. 448 ; le Brun, de la communauté, pag. 318, num. 68, paroît d'avis contraire, en quoi il n'eſt pas ſuivi ; & à la page ſuivante, il adopte la réſolution qu'un tel emploi doit être rejetté.

LXIV. Cependant pour les rentes appartenantes à la femme & rembourſées en 1720, & remployées par le mari ſeul en rentes ſur la ville, le remploi eſt bon ; c'eſt juſte & favorable exception à la rigueur de la régle.

Les arrêts du conſeil ſur ce intervenu, l'ont autoriſé.

☞ Par un arrêt du conſeil du 19 juillet 1720, les remplois faits par les maris en rente ſur les

aides & gabelles au denier 40, créés par édit de juin 1720, ont été autorisés, en faisant déclaration d'emploi des deniers qu'ils avoient reçu, appartenans à leur femme, quoiqu'elles n'eussent accepté, ni même été présentes aux remplois.

Les dispositions de cet arrêt ont été adoptées par différens arrêts. Il y en a entre autres un célebre rendu au rapport de M. de Montholon, en la cinquieme chambre des enquêtes, le 5 septembre 1749. Voyez Denizart en sa collection de jurisprudence *verb.* remploi. Il rapporte ce dernier arrêt, & quelques autres qui ont rejetté ces sortes de remplois faits sans l'agrément des femmes, lorsque les maris avoient reçu le remboursement longtems avant l'événement de 1720.

DISTINCTION III.

Qu'elle n'a lieu pour conversion de rente ni pour soulte.

LXV. La conversion d'une rente propre à l'un des conjoints pendant la communauté, à un denier plus fort que celui de sa constitution, ne fait pas ouverture à l'action de remploi, parce que cette conversion est plutôt acte d'administration que d'aliénation, & acceptée pour éviter un remboursement qui seroit plus préjudiciable; qualité d'acte qui écarte l'action de remploi & substitue la nouvelle rente à la place de l'ancienne : tel est le véritable esprit de la coutume, qui a toujours l'équité pour base, le contraire n'est que vaine subtilité praticienne.

Je l'ai vu régler ainsi au châtelet, dans un compte de communauté, & c'est l'opinion commune.

LXVI. Il n'y a pas lieu à l'action de remploi, lorsque l'un des conjoints par le partage d'une succession qui lui est échue, reçoit une soulte en deniers pour le remplir de sa part, attendu la foiblesse de son lot, sauf à anéantir l'effet de la fraude, si il y en avoit : mais dans la thèse générale, il faut se tenir au partage, & présumer qu'il a été fait de bonne foi, si il n'y a preuve contraire; sans cette preuve, c'est à cette juste présomption qu'il faut s'arrêter.

Cela ne s'entend que sous la restriction contenue dans la derniere proposition de cette section, & cela est fondé sur la maxime, que le dol ne se présume pas, & qu'il faut éviter, autant qu'il est possible, d'enter une contestation sur une autre; voyez sur ce, le Brun.

LXVII. Cela a lieu, quoique cette soulte lui tienne lieu d'une portion dans les immeubles, parce que le partage a un effet rétroactif, & que le conjoint est censé n'avoir jamais eu droit qu'en la soulte pour cette portion d'immeuble dont elle lui tient lieu, sauf toujours l'effet de la fraude; mais qu'on ne doit présumer que difficilement, parce qu'il faudroit supposer que toute une famille s'y seroit prêtée, ce qui est fort difficile à supposer.

Le Brun, traité de la communauté, page 77, num. 34, examinant si une telle soulte tombe en communauté, il estime qu'elle n'y tombe pas, en tant qu'elle est représentative d'immeubles; mais il est difficile de le concilier avec lui-même, puisqu'à la page 89, num. 19, examinant la question de savoir, si un mari auquel il est échu une succession, doit recompense à sa communauté pour l'abandon qu'il a fait du mobilier pour se conserver plus d'immeubles, il résout qu'il ne doit point de recompense, ce qui est contradictoire, l'une & l'autre question devant se décider par le même principe; il me paroît que, comme la fraude ne doit point se présumer, ce qui doit principalement avoir lieu, lorsque des tiers ont été intéressés dans l'acte, que dans l'un & l'autre cas, il faut, à l'égard de la communauté, s'en tenir aux opérations du partage, à moins que la fraude ne fût évidente, autrement ce seroit enter contestation sur contestation, & en faire renaître une que toute une famille a éteinte par son concours. Ce n'est pas là l'esprit de la loi, & l'on s'en écarte beaucoup, quand on s'écarte de la simplicité toujours salutaire; voyez la onzieme partie du journal du palais sur la soulte échue à un mineur.

LXVIII. De-là il s'ensuit, que ce conjoint n'a pas même la reprise de cette soulte, à moins qu'il n'ait stipulé par le contrat de mariage, que ce qui lui échoiroit par succession lui seroit propre; auquel cas c'est la clause qui opére, puisqu'elle embrasse le mobilier, mais non ce qui a pu produire la soulte.

Cette maniere de rendre un mobilier propre a été établie ci-dessus dans son ordre.

LXIX. Cependant si cette soulte s'étoit pratiquée par un esprit de fraude, & pour augmenter la communauté aux dépens du propre, il y auroit lieu en ce cas, à la reprise d'icelle, comme on l'a déja annoncé; mais il faut pour cela une fraude marquée, & que le contrat de mariage ne contienne pas la clause, que ce qui échoira en mobilier sera propre, car en ce cas la soulte même le seroit.

Cette proposition & les quatre précédentes ont été formées sur ce qui se pratique au châtelet; voyez l'auteur du traité des propres, chap. 4, sect. 1, num. 3, page 386, où il suit le sentiment de le Brun, au nombre cité sur la seconde proposition de cette distinction; opinion, en la prenant comme générale, dont on a fait voir les inconvéniens & le peu de solidité, & qui n'est suivie au châtelet, que conformément à la proposition.

SECTION V.

De la nature de l'action de remploi & des intérêts qu'elle produit.

LXX. Cette action est mobiliaire, delà elle passe à l'héritier mobiliaire du conjoint, auquel elle appartenoit, si le contraire n'a été stipulé, ou que ce conjoint ne

mourût mineur, double exception qu'on examinera par la ſuite ; mais hors ces exceptions l'action eſt immobiliaire.

L'arrêt du dernier juin 1639, rapporté par Brodeau ſur Louet, let. R, num. 44, peut s'appliquer à cette propoſition ; de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 6, num. 3, page 414. Mais cela ne s'entend que lorſque le conjoint auquel elle appartenoit eſt décédé majeur ; notes ſur Dupleſſis, page 449 : juſte limitation qui a été établie ci-deſſus dans ſon ordre, le bien d'un mineur ne pouvant pendant ſa minorité changer de nature, ſuivant l'art. 94 de la coutume. Ainſi dans le cas de minorité, l'action de remploi dans la ſucceſſion du conjoint eſt également propre.

LXX. De-là il s'enſuit, que dans le cas qu'il n'y a ni minorité, ni convention contraire, ſi les enfans du conjoint prédécédé, majeurs ou mineurs, auquel cette action appartenoit, ne l'ont pas conſommé, elle paſſe à leurs héritiers mobiliaires ; la fiction ne paſſant pas d'une ſucceſſion dans une autre.

Voyez le traité des propres, chap. 4, ſect. 6 ; Brodeau ſur Louet, let R, ſommaire 30 : on dit, majeurs ou mineurs, parce que fiction ne s'entaſſe ſur une autre. Telle eſt la vraie régle ; quelques-uns la conteſtent, mais ſans raiſon.

LXXII. Il en ſeroit autrement, ſi par le contrat de mariage cette action avoit été ſtipulée propre ; alors il faudroit ſuivre les degrés qu'on auroit donné à la fiction, cette fiction licite par contrat de mariage & autoriſée devant produire autant d'effet que la vérité ; ainſi en ce cas l'action de remploi ceſſe d'être mobiliaire, mais eſt fictivement propre comme une ſomme de deniers ſur laquelle on a imprimé cette fiction.

Voyez ci-deſſus le traité des propres fictifs, où cela a été établi, comme étant le ſiege de cette matiere ; le Brun, de la communauté, pag. 321, num. 82 & ſuivans, & tel eſt l'uſage du châtelet.

LXXIII. Du principe que l'action de remploi eſt mobiliaire, il s'enſuit que le mari étant par ſon contrat de mariage donataire des meubles & acquêts de ſa femme, en ce cas, il eſt déchargé de l'action de remploi, ſauf la limitation qui ſuit, qui forme une juſte exception à la ſaiſine du mari, & qui réſulte en ſa faveur d'une telle donation.

Telle eſt la juriſprudence ſous la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit ; je l'ai toujours vu en ce cas pratiquer ainſi, on a rejetté le ſentiment de Joannis Galli, queſtion 1, qui avoit penſé que par équité, cette action devoit toujours être immobiliaire ; opinion ſinguliere, puiſque la coutume limitant cette qualité dans ce cas de la minorité, la rejette pour tout autre.

LXXIV. Cependant dans la crainte de l'avantage indirect, en tems prohibé, & que le mari n'augmente ſa donation aux dépens du propre, il faut reſtreindre cette régle dans le cas que l'aliénation a été forcée, comme licitation ou rembourſement de rente, autrement ce ſeroit le rendre maître de s'avantager lui-même ; c'eſt ainſi que la propoſition précédente doit être entendue.

Voyez le Brun, en ſon traité de la communauté, page 322, num. 86.

LXXVI. De-là il s'enſuit, que nonobſtant une telle donation, le mari eſt toujours tenu de l'action de remploi pour les aliénations volontaires faites du propre de la femme, autrement il ſeroit en ſa puiſſance, & dans un tems prohibé, maître d'augmenter l'effet de ſa donation ; ce que la prohibition générale écarte.

Je l'ai entendu ainſi décider unanimement par les anciens avocats, habituellement plaidans au châtelet. A l'égard de la nature de l'action de remploi dans la ſucceſſion du conjoint qui en eſt débiteur, pour ſavoir ſi elle eſt à la charge de l'héritier mobiliaire ſeul, ou à la charge de tous les héritiers, il faut diſtinguer ; ſi la communauté eſt acceptée, c'eſt la communauté qui la doit, parce que c'eſt prélevement à faire ſur icelle, ainſi elle tombe entierement en ce cas ſur l'héritier des meubles & acquêts ; mais s'il y a renonciation à la communauté de la part de la veuve, le remploi eſt dû par tous les héritiers du mari, c'eſt alors dette de la ſucceſſion de ce dernier ; notes ſur Dupleſſis, page 449 & 450. Dupleſſis dit la même choſe, page 453. Avant de finir cette ſection, il faut obſerver que l'action de remploi produit de plein droit des intérêts, à compter du jour de la diſſolution de la communauté ; tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

SECTION VI.

Quand l'hypothéque de l'action de remploi, prime ou ne prime pas le douaire.

LXXVI. On a vu dans la ſeptieme propoſition de la troiſieme ſection du préſent chapitre, que l'hypothéque de l'action de remploi, remontoit au jour du contrat de mariage ; en effet, c'eſt le titre des repriſes de la veuve, mais quelquefois cette action prime le douaire ; elle le prime lorſqu'il s'agit d'une aliénation forcée, par exemple, du rembourſement d'une rente propre appartenante à la femme, ou de la portion appartenante à la femme dans un héritage adjugé par licitation, mais non dans le cas d'une aliénation volontaire : diſtinction juſte par laquelle on régle les droits qui émanent d'un même titre, & ſans laquelle les conjoints donneroient atteinte au douaire.

Voyez ci-après la ſection de l'ordre des repriſes & conventions matrimoniales de la veuve renonçante, où cela eſt établi ; ce n'eſt que pour ſuivre l'ordre des matieres qu'on indique ici cette préférence ; en effet, dans le dernier cas, les conjoints ne peuvent, par leur fait, donner atteinte au douaire.

LXXVII. En effet, dans le premier cas, la femme n'a pu éviter ces aliénations, & en ce cas l'action de remploi eſt regardé comme portion de la dot mobiliaire, pour la répétition de laquelle la femme prime le douaire; l'action de remploi, doit donc en ce cas le primer, cela eſt juridique & équitable; l'action en ce cas eſt reſtitution, l'autre eſt un avantage.

La préférence de la dot ſur le douaire eſt jugée par l'arrêt rapporté par Montholon, page 139; voyez la ſection indiquée ſur la propoſition précédente, où cela eſt plus expliqué.

LXXVIII. Mais ſi le propre de la femme avoit été vendu volontairement, en ce cas, le douaire marche avant l'action d'un tel remploi, parce que ſans cette préférence, il dépendroit de la femme d'affoiblir la ſûreté du douaire; ce qu'aucun des conjoints par mariage ne peut faire, la coutume ſur ce leur liant les mains: il eſt donc juſte en ce cas de préférer le douaire qui intéreſſe les enfans, à l'action de remploi de la femme qui n'a lieu que par ſa volonté.

1 De Renuſſon, traité des propres, ch. 4, ſect. 6, num. 15, ce qui ſera établi ci-après plus au long.

CHAPITRE TROISIEME.

DES INDEMNITÉS LORSQUE LA COMMUNAUTÉ EST ACCEPTÉE.

SECTION PREMIERE.

DES ACTES QUI Y DONNENT LIEU.

I. SI la communauté a payé une dette dont un des conjoints étoit tenu, ce conjoint doit pour ce, indemnité à la communauté; telles ſont les dettes immobiliaires antérieures au mariage, & les mobiliaires dans le cas de la clauſe de ſéparation de dettes, & ſans cette indemnité le propre du conjoint débiteur ſeroit augmenté aux dépens de la communauté; ce qui eſt toujours rejetté, parce que ſans le payement de l'indemnité, ce ſeroit avantage indirect prohibé par la coutume, fondement inébranlable de l'indemnité, pour le tout dans le cas de la renonciation, pour moitié dans celui de l'acceptation.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, num. 450; le Brun, de la communauté, pag. 353. Dans le cas d'acceptation de communauté, l'indemnité n'eſt dûe que pour moitié, l'autre moitié ſe confondant dans la perſonne du conjoint qui en étoit le débiteur, puiſque la dette a été acquittée avec des deniers dans leſquels il avoit moitié; il en eſt autrement dans le cas de la renonciation, ce qui ſera examiné dans ſon ordre; voyez ſur ce le Brun, de la communauté, pag. 353, num. 1; de Renuſſon, traité des propres, ch. 4, ſect. 11, pag. 484; & le même auteur en ſon traité de la communauté, partie deuxieme, ch. 3.

II. De ce principe général que les conjoints ſe doivent reſpectivement raiſon des indemnités, il s'enſuit que ſi l'enfant du premier lit de l'un des conjoints a été nourri aux dépens de la ſeconde communauté, & que le revenu de cet enfant ne ſuffiſe, il eſt dû pour ce indemnité à la ſeconde communauté, à moins que le contraire n'ait été ſtipulé par le contrat du ſecond mariage; c'eſt la dette d'un des conjoints & non celle de la communauté, ſon acquittement fait donc naître une indemnité en faveur de la communauté.

On le juge ainſi au châtelet, parce qu'autrement il y auroit avantage indirect; c'eſt une charge dont eſt tenu le conjoint qui a convolé, & non une charge de la ſeconde communauté; qualité qui fonde l'indemnité.

III. Lorſque les conjoints ont donné conjointement le propre de l'un d'eux, à un enfant commun, il y a lieu à l'indemnité en faveur du conjoint auquel le propre ainſi donné appartenoit, puiſque l'autre en donne moitié, & qu'il ne doit pas donner aux dépens de l'autre. Pour cette indemnité, l'autre conjoint doit lui payer la moitié de la valeur de ſon propre, parce que la charge qui étoit commune aux conjoints ſe trouve acquittée aux dépens du propre de l'un d'eux, ce qui fait naître une juſte & indiſpenſable indemnité que doit l'autre conjoint co-donateur; c'eſt l'effet de la donation qui lui eſt perſonnelle pour moitié.

Le Brun, traité de la communauté, liv. 2, ch. 2, num. 20, pag. 176 & 367.

IV. On a vu dans les priviléges de la femme relatifs à la communauté, que lorſqu'elle & ſon mari ont doté un enfant commun aux dépens de la communauté, il eſt prudent d'accepter de ſa part la communauté, quoiqu'elle ne ſoit pas bonne; parce que par cette acceptation, elle ne perd que ſa miſe & s'affranchit de l'indemnité qu'elle devroit ſur ſes propres pour la moitié de cette

cette dot, ſi elle étoit renonçante à la communauté.

Voyez ci-deſſus la cinquieme diſtinction de la troiſieme ſection du cinquieme chapitre, ce qui n'a lieu que relativement aux héritiers du mari, & non relativement aux créanciers de la communauté, auxquels la veuve doit compter de tout l'amendement qu'elle a tiré de la communauté, & par conſéquent de la moitié d'une telle dot, qui eſt un amendement pour elle, puiſqu'elle en a tiré cette moitié pour s'acquitter d'une dette ou d'une charge qui lui étoit commune.

V. Si un beau-pere dote avec ſa femme l'enfant du premier lit de ſa femme, & ce aux dépens de leur communauté, ſi la femme a renoncé à la communauté, elle doit indemniſer ſon mari ou les héritiers de ſon mari, de la moitié de cette dot; mais non ſi elle a accepté la communauté, parce qu'en ce cas, elle n'a donné que le ſien, & que ſon mari n'ayant pas d'enfant a pu donner l'autre moitié : mais renonçante, elle doit payer cette moitié qu'elle a donné.

Mais non pas de l'autre moitié provenant de la libéralité du beau-pere, qui a pu donner aux enfans de ſa femme, s'il n'en avoit pas; c'eſt la diſpoſition de la coutume, art. 283; & ſi la femme avoit accepté la communauté, elle ne devroit aux héritiers de ſon mari aucune indemnité, elle perdroit ſeulement ſa miſe; cela a été établi dans ſon ordre.

VI. L'indemnité mentionnée dans la propoſition précédente, eſt fondée ſur ce que cette femme n'a pu s'affranchir d'une charge qui lui étoit perſonnelle, aux dépens de la ſeconde communauté, dans laquelle elle ne doit rien avoir au moyen de ſa renonciation; ainſi ayant donné moitié, c'eſt de cette moitié qu'elle doit indemnité.

De Renuſſon, traité des propres, ch. 4, ſect. 11, num. 13, pag. 493.

VII. Mais ſi la femme n'avoit pas parlé dans le contrat de mariage, de ſon fils du premier lit, & que le beau-pere l'eût doté ſeul, en ce cas, il n'y auroit lieu à aucune indemnité contre la femme, quoiqu'elle renonçât à la communauté, parce qu'en ce cas elle n'a rien donné, & que c'eſt ſon mari qui a donné le tout ayant pouvoir de le faire : ainſi la donation en ce cas ſubſiſteroit pour le tout ſans aucune indemnité de la part de la femme.

Cela eſt fondé, comme on l'a déja dit ci-deſſus, ſur ce que la coutume permet à celui des conjoints qui n'a pas d'enfans, de donner aux enfans de l'autre; voyez l'art. 283, article qui n'a pas lieu dans les autres coutumes, comme on le verra ſur le titre des donations.

VIII. La dot donnée par le pere ſeul, à l'enfant commun & tiré de la communauté, ne fait ouverture à aucune indemnité ou recompenſe en faveur de la femme acceptant la communauté, parce que cet acte d'adminiſtration de la part du mari, pourvu que la dot ſoit proportionnée à ſon état & à ſa fortune, & ne ſoit pas de quotité de la maſſe de la communauté; ſi elle étoit exhorbitante, on la réduiroit à ce qui étoit de convenance par rapport à la femme, & le ſurplus ne militeroit que ſur la ſucceſſion du mari; & ſi elle étoit de quotité, elle ſeroit nulle pour moitié, relativement à la femme, comme faite en fraude de ſon droit de communauté.

Cela eſt établi ci-deſſus ſur le chapitre de l'adminiſtration du mari, des biens qui compoſent la communauté. Voyez le Maître, pag. 253, & l'arrêt de Tribouleau; tel eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de la communauté, partie premiere, chap. 13, num. 3, pag. 214; le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, liv. 2, ch. 2, num. 15, pag. 173, eſt d'avis contraire, mais il annonce lui-même que cet avis eſt ſingulier; il me paroît même indécent, car c'eſt contre la ſageſſe de la loi, d'expoſer un mari aux caprices de ſa femme, ce qui ſeroit contre l'ordre public & l'ordre de chaque famille en particulier; & le parti contraire eſt ſi ſûr qu'il auroit lieu dans le cas que le mari dotant ſeul un enfant commun, auroit dit qu'il le dotoit en avancement d'hoirie de ſa ſucceſſion; parce que dotant ſeul, & ignorant le parti que ſa femme prendra, par rapport à la communauté, il n'a pas pu tenir un autre langage, comme on l'a établi dans le huitieme & dernier chapitre de la troiſieme partie du préſent titre; cet avancement d'hoirie ne pouvant s'entendre qu'aux termes de droit qui le repartit, s'il y acceptation de communauté.

IX. L'indemnité produit de plein droit, des intérêts du jour de la diſſolution de la communauté, & cet intérêt eſt dû par la nature même de la choſe, autrement la maſſe de la communauté diminueroit pour augmenter le propre; ce que la coutume rejette.

Cela s'obſerve inviolablement au châtelet, dans les comptes de communauté, & tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 359, num. 27; & de Dupleſſis, au même traité, pag. 450. Voyez encore le premier auteur cité, Le Brun, de la communauté, pag. 361, num. 37.

SECTION II.

Par qui les indemnités ſont dûes & comment elles s'exercent lorſque la communauté eſt acceptée.

X. Il n'en eſt pas de même des indemnités, comme des repriſes des propres fictifs & des remplois de propres réels; les derniers, c'eſt-à-dire, les propres fictifs & les remplois de propres réels ſont dûs par la communauté, dans laquelle ils ſe ſont fondus; mais les indemnités ſont dûes de

droit, & à prendre ſur les propres du conjoint qui en eſt tenu ; on ne les prend ſur la communauté, que pour en faciliter la conſommation, ce qu'on va développer par les propoſitions ſuivantes ; & en les prenant ſur la communauté, on conſerve toujours le principe que contient la propoſition, c'eſt-à dire qu'on remplit toujours l'autre conjoint.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 450 & 451 ; mais lorſqu'il la faut prendre ſur la part en la communauté ou ſur les biens propres du conjoint qui en eſt débiteur, cela ne peut s'entendre que de la moitié, l'autre moitié lui appartenant à cauſe de la communauté, ſi elle eſt acceptée, parce qu'en ce cas la moitié de l'indemnité a été payée avec ſa propre choſe ; maniere de payement qui réduit l'indemnité à moitié : & qui conſerve tout le droit des deux conjoints ; cependant ne pourroit on pas dire que la recompenſe eſt dûe par l'héritier mobiliaire ? je ne le penſe pas, car c'eſt dette de la ſucceſſion & non de la communauté.

XI. L'opération pour ce, lorſque la communauté eſt acceptée, ſe fait par délibation ou par confuſion ; elle ſe fait par délibation, lorſque celui à qui l'indemnité eſt dûe, prend par prélevement le montant de l'indemnité ſur la maſſe de la communauté, en rendant compte d'icelle : voilà ſur ce l'opération par délibation ; on va examiner l'autre opération, mais toutes les deux aboutiſſent à la même fin.

Par exemple, ſi pendant la communauté, il avoit été payé une ſomme de 10 mille livres, dont l'un des conjoints étoit tenu, & que par le compte de communauté, l'autre conjoint prélève ſur la maſſe d'icelle pareille ſomme de 10 mille livres, c'eſt opérer par délibation ; mais on a déja obſervé ci-deſſus que cette maniere d'opérer étoit la moins uſitée au châtelet ; elle conſomme néanmoins réguliérement le droit des deux conjoints, puiſqu'au moyen du prélevement & du partage de ce qui reſte, chacun d'eux eſt rempli de ſes droits.

XII. Si la communauté n'étoit pas ſuffiſante pour fournir l'indemnité par délibation ou prélevement à celui des conjoints auquel elle eſt dûe, celui à qui l'indemnité appartient prend moitié de ce qui s'en défaudroit ſur les propres du conjoint débiteur de l'indemnité ; ce qui a lieu en faveur du mari comme de la femme ; les propres étant vraiment chargés de l'indemnité ; opération qui remplit tous les intérêts des deux conjoints, & ſans laquelle il y auroit avantage indirect, puiſque le propre d'un des conjoints ſe trouveroit augmenté aux dépens de la maſſe de la communauté.

Cela ſe ſuit invioblement au châtelet, parce qu'autrement le propre de l'un des conjoints ſe trouveroit augmenté aux dépens de la communauté, & pour rendre cela plus ſenſible, il faut ſuivre l'eſpece donnée pour exemple ſur la propoſition précédente ; ſi l'indemnité eſt de 10 mille livres (action qui fait portion de la maſſe de la communauté, & ce activement), qu'il ne reſte outre ce dans la communauté que 6 mille livres, qui ne peuvent pas ſuffire pour remplir le ſurvivant auquel l'indemnité eſt dûe ; il commence par ſe remplir des 6 mille livres extantes, & fait dépenſe aux héritiers du prédécédé de 2 mille livres faiſant moitié des 4 mille livres dont l'indemnité à lui dûe excéde ce qui reſte dans la communauté, au moyen de quoi chacun eſt rempli de ſon droit ; la maſſe, en y comprenant l'indemnité, comme il faut l'y comprendre, étant de 16 mille liv. dans laquelle chacun doit avoir 8 mille livres : ce que chacun a réellement ; ſavoir le débiteur de l'indemnité dont le propre ſe trouve augmenté de 10000 livres & dont il paye deux à l'autre, & ce dernier par les 6000 livres extantes & qu'il garde, & les 2000 livres qu'il reçoit du premier eſt également rempli ; payement que le débiteur de l'indemnité fait ſur ſes propres, en ce cas-là, la communauté étant épuiſée.

XIII. Venons à l'opération ſur ce par confuſion ; elle ſe fait par confuſion, lorſque le rendant compte de communauté & débiteur de l'indemnité, après avoir fait recette de la moitié du contenu en l'inventaire, ſe charge encore en recette en faveur de l'oyant compte de la moitié du montant de l'indemnité, l'autre moitié reſtant confuſe en ſa perſonne, puiſque les deniers qui forment l'indemnité ont été tirés du coffre commun ; par cette opération chacun des conjoints eſt également comme par l'autre opération rempli de ſes droits : ce qu'on établit par la note qui ſuit.

Pour rendre cela plus ſenſible, ſuppoſez que la maſſe extante de la communauté ſoit de 20 mille livres, qu'outre ce, la femme qui eſt ſurvivante doit à la communauté une indemnité de 10 mille livres, dans ce cas la véritable maſſe de la communauté eſt de 30 mille livres, dans laquelle chacun, c'eſt-à-dire, le ſurvivant d'un côté & les héritiers du prédécédé de l'autre, doivent avoir 15 mille livres ; la veuve par ſon compte fait recette aux héritiers de ſon mari de 10 mille livres faiſant moitié des 20 mille livres extantes, & ſe charge enſuite en recette de 5 mille livres pour la moitié de l'indemnité ; par-là chacun a ſes 15 mille livres, faiſant moitié de la vraie maſſe de la communauté ; cette ſomme forme le reliquat des oyans, & la veuve en eſt pareillement remplie au moyen de 5 mille livres qui lui reſtent des 20 mille livres extantes & des 10 mille livres dont ſes propres ſont libérés aux dépens de la communauté, ou par l'accroiſſement ou augmentation faite ſur ſes propres montans à cette ſomme de 10 mille livres, ce qui remplit le ſurvivant & les héritiers du prédécédé des conjoints de tous leurs droits, quant à ce ſur la communauté ; c'eſt même fin & même but, lorſque l'indemnité eſt dûe par l'oyant compte de communauté : ce que la propoſition ſuivante explique.

XIV. Elle ſe fait de même par confuſion, lorſque l'indemnité eſt dûe par l'oyant, & que le rendant lui en fait dépenſe pour moitié, ce qui le remplit, l'autre moitié reſtant

confuſe dans la perſonne de l'oyant : opérations par délibation ou par confuſion, qui reviennent toujours au même point arithmétiquement, comme on l'a déja obſervé, & qui partagent exactement l'indemnité comme le ſurplus de la maſſe : indemnité qui en fait partie, & qui doit être partagée comme tout ce qui la compoſe.

Cette derniere voie, c'eſt-à-dire, celle de la confuſion eſt la plus ſimple ; les indemnités s'effacent encore par la voie de la compenſation, lorſqu'il en eſt dû de part & d'autre, & en ce cas, & lorſqu'elles ſont égales, on n'en fait mention dans le compte que par un *advertatur* ; c'eſt encore une exacte & juridique opération : mais quant à celle par délibation, on ne doit s'en ſervir que lorſqu'il y a dans la communauté deniers ſuffiſants pour la conſommer.

SECTION III.

Comment ſe paye l'indemnité dûe pour l'acquittement d'une rente dont l'un des conjoints étoit chargé lors du mariage, ou dont il eſt devenu débiteur en qualité d'héritier de celui qui l'étoit.

(Art. 244 & 245 de la coutume.)

XV. Si la dette acquittée aux dépens de la communauté & dont un des conjoints étoit tenu, eſt une rente, le conjoint débiteur n'eſt obligé que de continuer moitié de cette rente à l'autre conjoint, la coutume la faiſant revivre au profit de la communauté, ou plutôt la faiſant ſubſiſter comme un conquêt ; c'eſt une diſpoſition très-judicieuſe, la coutume ayant regardé un tel rembourſement comme une acquiſition qui a paru plus convenable à la communauté que toute autre. Ainſi cette rente comme conquêt ſubſiſte au profit de la communauté, ſubſiſte ſur les propres & ſur les biens perſonnels du conjoint débiteur.

La communauté pour ce, eſt ſubrogée de droit à l'hypothéque du créancier ; le Brun, de la communauté, pag. 357, num. 15 ; Dupleſſis, pag. 452 ; de Renuſſon, de la ſubrogation, ch. 6, pag. 161, & ſuivantes ; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci ; ainſi dans ce cas d'une rente acquittée, tous les héritiers du conjoint débiteur contribuent à ſa continuation au profit de la communauté, à proportion de ſon amendement : ce qui eſt indubitable dans ce cas-ci ; mais dans le cas que c'eſt une dette mobiliaire, dont l'indemnité eſt dûe, ne pourroit-on pas dire que ce n'eſt qu'une opération de partage de la communauté, & que l'autre conjoint doit prélever autant ſur ſa maſſe ? je ne le penſe pas, parce que ce n'eſt pas dette de la communauté, mais de la ſucceſſion ; ainſi elle ne doit pas tomber entiérement ſur l'héritier des meubles : ce qui eſt encore plus indubitable par rapport aux recompenſes dûes pour augmentation ſur les propres.

XVI. En effet, par ce rembourſement la rente eſt devenue conquêt de communauté, & pourquoi ? c'eſt que la communauté ne peut par ſon adminiſtration changer l'état du conjoint débiteur & rendre la dette plus onéreuſe qu'elle n'étoit dans ſon origine ; ce qui arriveroit ſi le rembourſement de la rente étoit exigible en faveur de la communauté.

Arrêt du 7 ſeptembre 1662, rapporté par Ricard, ſur l'art. 244 de la coutume ; voyez l'auteur du traité des propres, chap. 4, ſection 11, num. 1 & 2 ; le Maître, pag. 239 & 240 ; de-là il s'enſuit que ſi la rente étoit à un fort denier, le conjoint originairement débiteur, n'eſt tenu de la continuer à la communauté, qu'au même denier ; le Brun, traité de la communauté, pag. 631, num. 37 ; Dupleſſis, au même traité, pag. 450 ; de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 486, num. 2, eſt de même avis ; Auzanet a penſé qu'indépendamment du denier de la rente, le conjoint débiteur d'icelle, devoit la continuer à la communauté, ſur le pied du denier vingt ; ce qui ne pourroit être admis que dans le cas que la rente auroit été dûe par le mari, & qu'il y auroit une très-notable différence entre le denier de la création de la rente & le denier vingt ; encore pourroit-on dire en ce cas, que la communauté a profité, tel rembourſement ne ſe faiſant ordinairement qu'au moyen d'une remiſe ſur le capital : préſomption pour laquelle j'incline beaucoup à la continuation de la rente, s'il n'y a fraude de la part du mari.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES RECOMPENSES DUES A LA COMMUNAUTÉ ACCEPTÉE.

(Art. 282 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES BATIMENS FAITS PENDANT LA COMMUNAUTÉ SUR L'UN DES PROPRES DES CONJOINTS.

I. LE conjoint ſur le propre duquel il a été bâti pendant la communauté, doit pour ce recompenſe à la communauté, autrement il ſeroit avantagé, parce que ſon propre ſe trouveroit augmenté aux dépens de la maſſe de la communauté; inconvénient auquel on pare par la recompenſe qui eſt fondé ſur le même principe que l'indemnité.

Voyez ſur cette recompenſe l'arrêt rapporté par le Veſt, c'eſt le dix-ſeptieme de ſon recueil; c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 373, num. 70; & cela eſt d'un uſage inviolable au châtelet, parce qu'autrement ce ſeroit autoriſer un avantage indirect que l'art. 282 de la coutume rejette. Voyez ſur cette recompenſe Renuſſon, en ſon traité de la communauté, partie 2, ch. 3, & le même auteur en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 11; car, ſur ce dernier traité, cet auteur veut y faire preſque tout venir.

II. Il en eſt de même ſi pendant le mariage il a été fait de groſſes réparations à la maiſon d'un des conjoints, ou des impenſes utiles augmentantes la valeur du propre, tout cela n'étant pas charge des fruits, mais du fonds même que cela augmente, fait néceſſairement ouverture à la recompenſe. Puiſque par de tels faits augmentant le propre d'un des conjoints, la maſſe de la communauté en eſt diminuée d'autant, il faut donc y replacer ce qui en a été diſtrait.

Voyez la loi 15, à la fin, ff. *de impenſ. in res dotal factis*; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 4, pag. 453; & c'eſt ce qui eſt pratiqué au châtelet, conformément à la doctrine de l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 11, pag. 485 & ſuivantes, & des deux autres auteurs déja cités; & c'eſt l'eſprit de la coutume, c'eſt augmentation de propre aux dépens de la communauté, dont il faut rendre le montant à cette derniere.

III. La recompenſe ſeroit dûe, encore que le bâtiment fait ou la maiſon réparée eût péri pendant le mariage, parce que la choſe périt pour le maître; ſa deſtruction ne peut donc effacer la recompenſe dont le droit eſt acquis à la communauté. Ainſi dans ce cas-là même il faut la lui rendre: c'eſt un prêt qu'elle a fait à l'un des conjoints.

Loi 4, ff. *de impenſ. in res dot. fact.* C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 376, num. 18; Dupleſſis, pag. 450, propoſe cette queſtion ſans la réſoudre; mais le Brun, pag. 377, num. 19, la réſout conformément à la propoſition; il en eſt autrement de la diminution de la valeur du bâtiment conſtruit ſur le propre, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit, cette diminution influe équitablement ſur la communauté, qui a voulu ſe conſerver un certain fruit.

IV. Cependant, nonobſtant la précédente propoſition, la recompenſe ne ſe paye qu'eu égard à la valeur du bâtiment au tems de la diſſolution de la communauté, qui s'eſt recompenſé du ſurplus par le revenu; en effet, ce n'eſt que de cela dont le propre eſt augmenté au moment de la diſſolution de la communauté, ce n'eſt donc que de ce dont il eſt dû recompenſe.

C'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 186, num. 4; de le Brun, de la communauté, pag. 374, num. 15. Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 145, pag. 156; & telle eſt l'opinion commune au châtelet; l'équité, la raiſon, ainſi que l'eſprit de la loi municipale la ſoutiennent.

V. A l'égard des impenſes utiles, il en eſt de même; elles ne ſe payent qu'eu égard à ce que le fonds ſe trouve augmenté de valeur au jour de la diſſolution; même raiſon ici que dans le cas précédent.

Cela ne s'entend que des impenſes qui augmentent la valeur du fonds *in perpetuum*; Dupleſſis, de la communauté, pag. 453 & 454, & non des autres impenſes.

VI. De-là il s'enſuit que le conjoint débiteur d'une telle recompenſe, ne s'affranchiroit pas d'icelle, en offrant d'abandonner le bâtiment conſtruit ſur ſon propre pendant la communauté; c'eſt une action perſonnelle dont il eſt tenu que le délaiſſement de la choſe ne peut effacer.

Voyez la propoſition qui ſuit.

VII. Cela a lieu même par rapport à la femme, quoiqu'elle n'eût pas conſenti à l'édification ou réparation, lorſque l'une étoit utile & l'autre néceſſaire; mais ce n'eſt que dans ces cas qu'elle eſt vraiement débitrice; & dans tous les cas dans leſquels il eſt dû une recompenſe à la communauté, elle ſe paye par tous les héritiers du conjoint débiteur, non-ſeulement dans le cas de la renonciation à la communauté, mais dans celui même de l'acceptation.

Mais à l'égard des dépenſes faites ſans néceſſité ni utilité, elles ne donnent point lieu à la recompenſe, *in voluptuariis autem Ariſto. ſcribit. nec ſi voluntate mulieris factæ ſint, actionem parere*, l. 11, ff. *de impenſ. in res dot. fact.* Loi unique, au cod. §. 5, *de rei uxo act.* & c'eſt ce que Dupleſſis adopte, pag. 453 à la fin.

SECTION II.

De la recompenſe pour payement de ſoulte ou adjudication par licitation.

VIII. Si la communauté a payé une ſoulte dûe par l'un des conjoints, à l'occaſion d'une ſucceſſion à lui échue pendant le mariage, il eſt dû recompenſe pour ce à la communauté, ſauf l'exception qui ſuit; c'eſt augmentation de propre payée aux dépens de la communauté: payement & augmentation qui fondent inévitablement la recompenſe contre celui des conjoints qui en profite.

Le Brun, de la communauté, pag. 359, num. 27 & 384, num. 1; Dupleſſis, même traité, liv. 2, ch. 4, ſect. 3, pag. 450: ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

IX. Cette recompenſe ceſſeroit ſi par la même ſucceſſion il étoit échu du mobilier ſuffiſant pour remplir la ſoulte, il ſe fait compenſation qui efface l'action de recompenſe. De-là il s'enſuit que ſur une telle recompenſe, il faut déduire le mobilier recueilli par la même ſucceſſion pour raiſon de laquelle la ſoulte a été payée, autrement on augmenteroit la maſſe de la communauté aux dépens du propre, ce qui eſt rejetté; & cette déduction a lieu, quoique le contrat de mariage ne porte pas la clauſe de propre ſi il n'y a fraude évidente: c'eſt la choſe même qui paye la charge.

C'eſt ce qui ſe pratique en ce cas au châtelet, & je ne peux goûter l'opinion de ceux qui veulent répartir les dettes & charges d'une ſucceſſion ſur tous les biens d'icelle, par les moyens que j'ai expliqué ci-deſſus, en examinant les dettes qui ſont à la charge de la communauté; c'eſt changer la coutume qui forme la commmunauté entre conjoints par la nature des biens, & non par quotité; & cette communauté ainſi formée dans ſa racine, ne peut changer dans ſon cours & dans ſon progrès.

X. Il en eſt de même ſi l'un des conjoints, étant propriétaire par indivis d'un certain immeuble, en acquiert la totalité par licitation, ſoit volontaire, ſoit forcée; il eſt dû pour ce recompenſe; c'eſt augmentation de propres qui ne peut nuire à la communauté, qui, ayant payé le prix de cette augmentation, en doit par conſéquent être recompenſée.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & réſulte évidemment de ce que dit le Brun, en ſon traité de la communauté, au ſujet des ſoultes, pag. 359, num. 27, & pag. 381, num. 1; & il le dit ouvertement, pag. 384 & 385.

XI. Dans ce cas les portions qu'il acquiert lui ſont propres, relativement à la communauté, & c'eſt cela ſeulement qu'on examine ici; mais il doit recompenſe à la communauté, des deniers qui ont été tirés du coffre commun pour augmenter ainſi ſon propre.

Cette qualité de propre eſt établie ſur le titre des propres, & cette même qualité rend la recompenſe inconteſtable, parce que ſans elle il ſe trouveroit que la maſſe de la communauté ſeroit affoiblie pour augmenter le propre d'un des conjoints, dans l'ancienne juriſprudence les portions accrues à celle qui étoit propre; & ce, par la voie de la licitation étoient ſimples acquêts; à préſent ces portions ſont propres, ſi l'adjudicataire en cas de vente d'icelles, avoit pu les retirer par retrait lignager; mais il faut cette condition pour former cette qualité de propres.

SECTION III.

Comment les recompenſes s'acquittent lorſque la communauté eſt acceptée, & des opérations à faire pour cela.

XII. Les recompenſes s'exercent & elles s'acquittent comme les indemnités, c'eſt-à-dire, qu'elles tombent de droit ſur les propres, mais par expédient on les exerce ſur la communauté ſi elle eſt acceptée: régle générale qu'on va développer; & ſe prenant ſur la communauté comme ſur les propres, il faut toujours que le conjoint auquel il en eſt dû raiſon, ſoit rempli de ſes droits, c'eſt-à-dire, de ſon entiere moitié dans la maſſe, le montant de la recompenſe joint à icelle maſſe.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 451; de-là il s'enſuit que la femme n'en doit que moitié, ſi elle eſt commune, mais la totalité ſi elle eſt renonçante, puiſqu'elles ſont dûes à la communauté, dans laquelle elle n'a rien lorſqu'elle y a renoncé.

XIII. Lorſque la communauté eſt acceptée, elles ſe payent, ſoit par la voie de la compenſation, lorſqu'il en eſt dû de part & d'autre, ſoit par la voie de la délibation, ſoit par la voie de la confuſion; ſur quoi on peut appliquer ce qui a été dit ſur

les remplois & ſur les indemnités : ici les opérations ſont les mêmes ; inutile par conſéquent de les répéter ; & ſi la recompenſe étoit dûe par le mari, & que la femme ou ſes héritiers y euſſent renoncé, en ce cas elle n'eſt d'aucune conſidération, par ce que c'eſt à la communauté à laquelle elle eſt dûe, & qu'en ce cas toute la communauté reſte au mari.

Ces différentes opérations qui reviennent toutes au même point, ont été expliquées ci-deſſus : cela ſe conſomme par délibation, en prélevant ſur la maſſe, au profit du conjoint, dont le propre n'a pas été augmenté, ou au profit de ſes héritiers, pareille ſomme que celle à quoi monte la recompenſe : cela ſe conſomme par confuſion, ſi la recompenſe eſt dûe par le rendant compte, en ſe chargeant en recette de la moitié de l'indemnité après s'être chargé en recette de la moitié de la maſſe ; & ſi au contraire c'eſt à lui à qui elle eſt dûe, il ſe remplit d'icelle après s'être chargé en recette de la moitié de la maſſe, en couchant en dépenſe dans ſon compte la moitié de l'indemnité : différentes opérations qui rempliſſent également le droit réſultant de la recompenſe.

SECTION IV.

Que les réparations d'entretien, les impenſes voluptuaires, & les accroiſſemens de terrein ne donnent lieu à la recompenſe, qu'ils ſont conquêts, mais que l'exercice du retrait & que le payement d'une taxe y donnent lieu.

XIV. Il n'eſt dû aucune récompenſe pour les réparations d'entretien, parce que ces réparations ſont charges de communauté & des fruits qu'elle fait ſiens : qualité qui fait abſolument ceſſer la récompenſe.

Cela eſt atteſté par Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, pag. 453 à la fin, & s'obſerve inviolablement au châtelet ; c'eſt droit commun.

XV. Il en eſt de même des ſimples embelliſſemens ou impenſes voluptuaires, parce qu'elles n'augmentent pas la valeur du fonds ; elles ne peuvent donc donner lieu à la recompenſe, c'eſt adminiſtration de communauté, qui, par-là, s'eſt aſſuré des fruits qui auroient ceſſé.

Tel eſt l'uſage du châtelet & la diſpoſition de droit.

XVI. Il en eſt de même des augmentations acceſſoires, par exemple, des acquiſitions joignantes le propre d'un des conjoints : telles acquiſitions ne peuvent donner lieu à la recompenſe, parce que ces acquiſitions ſont conquêts de communauté, ſauf le tempérament ou l'expédient ci-après, fondé uniquement ſur l'équité.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, chapitre 4, ſection 4, page 453 ; celui de le Brun, de la communauté, pag. 374, num. 8 ; voyez la propoſition qui ſuit qui limite.

XVII. Cependant ſi elles étoient utiles au propre, que par leur déſunion elles perdiſſent de leur valeur ; en ce cas elles accroîtroient au propre & donneroient lieu à la recompenſe ; mais c'eſt ſimple opération volontaire de partage & non droit acquis à à celui des conjoints auquel tel accroiſſement convient.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet, conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, page 373, numéro 7, où il cite Dumoulin & Coquille.

☞ A l'égard des augmentations, ſi elles conſiſtent dans l'acquiſition de quelque droit honorifique ou utile qu'on a joint à l'héritage, la recompenſe en eſt dûe à la communauté ſuivant l'eſtimation qui en eſt faite, non pas eu égard à ce qu'elles peuvent avoir coûté, mais ſeulement à l'amélioration de l'héritage, ſur lequel elles ont été faites au jour de la diſſolution de la communauté. Eſtimation qui doit ſe faire par expert, convenus par les parties ou nommés d'office par le juge. Voyez de Renuſſon, en ſon traité de la communauté, deuxieme partie, chap. 3, nomb. 11.

XVIII. Le retrait lignager exécuté ſous le nom d'un des conjoints, donne lieu à la récompenſe, parce que l'héritage retiré lui eſt propre relativement à la communauté ; il doit donc recompenſer la communauté de ce qui a été tiré d'icelle pour l'exécution du retrait ; autrement il augmenteroit ſes propres à ſes dépens.

Dumoulin, ſur l'art. 184 de la coutume, dit que tel héritage eſt propre au retrayant ; cela eſt auſſi atteſté par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 370. Cependant ſi le retrait avoit été intenté par un mari au nom & du chef de la femme, & ſans ſon approbation expreſſe, cette derniere pourroit laiſſer l'héritage retiré ſous ſon nom dans la communauté, afin de s'affranchir de la recompenſe, autrement le mari contre la prohibition de la coutume donneroit atteinte au propre de ſa femme ; c'eſt ce qui réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, p. 382, num. 7 ; & tel eſt en ce cas mon ſentiment, fondé ſur la maxime qu'on vient de rapporter, que le mari ne peut par telles voies que ce ſoit, donner atteinte aux propres de ſa femme : ce qui eſt général & embraſſe tout acte de ſa part.

XIX. Il n'en eſt pas de même de l'héritage acquis pendant la communauté, d'un lignager de l'un des conjoints, tel héritage eſt vrai conquêt, ſauf le retrait de mi-denier, qui eſt un droit qui compete au conjoint lignager, & dont il ſera traité dans ſon ordre ; mais ceſſant ce retrait, tel héritage eſt vrai conquêt.

Voyez le titre du retrait de mi-denier.

XX. Le payement d'une taxe ſéche fait par le mari pour une charge qui lui eſt pro-

pre, ne donne pas lieu à la recompenſe, c'eſt charge des émolumens tombés en communauté : qualité qui fait ceſſer la recompenſe. En effet, la communauté ayant fait les fruits ſiens, ſur leſquels une telle taxe eſt un prélevement, c'eſt à la communauté à en ſupporter la charge.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 454 ; le Brun, même traité, pag. 84, num. 9.

XXI. Mais il y a lieu à icelle ſi la taxe produit augmentation de gage, alors c'eſt vraie augmentation de propre, qui ne ſe peut faire aux dépens de la communauté, & qui par conſéquent fait ouverture à la recompenſe.

Sur cette propoſition & la précédente, voyez le traité des offices, où cela eſt établi.

XXII. L'acquiſition, pendant le mariage, d'un fief, dans la cenſive duquel un des conjoints poſſéde un propre, donne quelquefois lieu à la recompenſe.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 382 : ſur quoi il faut obſerver que la réunion ne peut être conſommée que par le partage de communauté, & que la recompenſe ne peut avoir lieu qu'autant que la communauté perd ; c'eſt cette perte qui ſeule peut être ſa baſe.

CHAPITRE CINQUIEME.

COMMENT LA VEUVE EST REMPLIE DES AVANTAGES PORTÉS PAR SON CONTRAT DE MARIAGE LORSQU'ELLE ACCEPTE LA COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DU PRÉCIPUT CONVENTIONNEL EN DENIERS, ET DE CELUI EN MEUBLES.

I. LE préciput ſe prend par délibation ſur la maſſe de la communauté ; ſa dénomination l'emporte : c'eſt préciput, c'eſt-à-dire, prélevement, délibation ſur une maſſe commune ; mais il y a lieu à une dépenſe inévitable, lorſqu'il n'y a pas dans la communauté deniers ſuffiſans pour le remplir : le droit acquis du préciput fonde cette dépenſe & la rend inconteſtable.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 428. Le Brun, de la communauté, pag. 343, num. 6.

II. De-là il n'eſt avantage pour la femme commune que pour moitié, puiſqu'elle le prend à même les choſes dans leſquelles elle a moitié.

Quoique cela ſoit conſtant, quelques-uns le regardent comme avantage pour le tout, par rapport à la réſerve des gains nuptiaux ; ce que je ne goûte pas, c'eſt abus.

III. De-là il s'enſuit encore que la veuve renonçante à la communauté, ne l'a pas ſi le contraire n'eſt ſtipulé par contrat de mariage, n'ayant aucun partage, elle n'a aucun prélevement ſur les choſes qui auroient fait la matiere du partage ; c'eſt ce qui réſulte de la nature d'un tel droit qui eſt prélevement, d'où il s'enſuit que lorſque par le contrat de mariage il n'a pas été ſtipulé que la veuve aura un préciput en renonçant ; en ce cas elle n'a aucun droit de prétendre un préciput, ſi ce n'eſt celui des nobles : convention à laquelle les contractans ne font pas attention ſouvent, & qui opére de la part du mari une véritable donation.

Telle eſt la juriſprudence des ſentences du châtelet. La veuve renonçante à la communauté n'a pas de préciput, s'il ne lui eſt accordé par le contrat de ſon mariage ; voyez l'arrêt du 4 juillet 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 54, & celui du 12 mai 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 24, pag. 229. Ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 342, num. 2, confirme encore la propoſition qui me paroit inconteſtable.

IV. Venons à préſent à l'opération : la veuve ſe remplit du préciput en deniers, en le prélevant ſur les deniers de la communauté, où elle s'en remplit par confuſion, lorſqu'après avoir fait recette aux héritiers du mari de la moitié du contenu en l'inventaire, elle leur fait dépenſe de la moitié de la ſomme à elle accordée pour ſon préciput ; par cette dépenſe elle eſt remplie, puiſque c'eſt elle-même qui ſe doit l'autre moitié ; la dépenſe pour ce ne peut donc être que de moitié dans le cas que le compte de communauté eſt rendu par confuſion ; ſi il eſt rendu par délibation, c'eſt prélevement total.

C'eſt cette opération, comme on l'a déja pluſieurs fois obſervé, qu'on ſuit le plus ordinairement au châtelet dans les comptes de communauté, lorſqu'elle eſt acceptée de la part de la

veuve ; mais dans le cas qu'il y a renonciation de ſa part à icelle, & qu'il lui eſt accordé par le contrat de ſon mariage, dans le cas même de renonciation à la communauté, elle doit en obtenir la condamnation en deniers, s'il eſt tel, ou en le prélevant ſur les meubles, s'il lui eſt ainſi accordé ; ce qui ſe verra ci-après en traitant de la maniere dont la veuve ſe remplit de ſon préciput dans le cas qu'elle eſt renonçante à la communauté : car dans toute cette ſixieme partie du préſent titre, on n'a examiné les droits des conjoints que dans le cas de l'acceptation de la communauté ; on les examinera par la ſuite, dans le cas de la renonciation.

V. Examinons l'opération pour le préciput en meubles lorſque la veuve a droit de le prendre en meubles, ſuivant la priſée de l'inventaire & ſans crûe ; par exemple, s'il lui a été accordé un préciput de mille livres en meubles, ſuivant la priſée de l'inventaire, elle a droit de retenir & de choiſir des meubles juſqu'à cette concurrence, & ce, ſuivant la priſée de l'inventaire, ſauf le droit des créanciers, comme il ſera dit ci-après ; & ainſi en ce cas toute l'opération ſe réduit à une ſouſtraction & à une retenue ſur la maſſe, & à une recette de la moitié du ſurplus du montant des meubles.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 428.

VI De-là il s'enſuit qu'elle a droit d'empêcher les héritiers de ſon mari de faire vendre les meubles qu'elle a choiſi juſqu'à concurrence de ſon préciput, & en ce cas les héritiers ne font vendre que le ſurplus des meubles, & non ceux qu'elle a choiſi ; c'eſt ſuite du droit qui réſulte d'un tel préciput ; c'eſt droit réel que les héritiers du mari, tenus de ſes engagemens, ne peuvent dénaturer.

Cela eſt d'un uſage conſtant au châtelet ; & c'eſt l'exécution d'un acte authentique.

VII. Dans ce même cas, la veuve ne compte & ne ſe charge en recette envers les héritiers de ſon mari que de la moitié du montant de la vente de ce ſurplus, ſi ce ſurplus a été vendu, l'autre portion lui reſtant en nature pour ſon préciput, cela conſomme en ce cas l'opération ; mais ſi ce ſurplus n'a pas été vendu, elle doit ſe charger en recette de la moitié de la priſée de ce ſurplus, & de la crue, qui eſt le quart en ſus, & non de la crue des meubles qui ont formé ſon préciput : par-là en ce cas tout eſt liquidé quant à ce ; la premiere partie lui appartient en entier, & l'autre eſt commune.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet voyez Dupleſſis, de la communauté, pag. 454.

VIII. La ſtipulation d'un préciput en meubles n'empêche pas les créanciers d'en provoquer la vente, parce que les meubles n'ont pas ſuite par hypothéque ; ainſi les créanciers peuvent faire vendre les meubles, nonobſtant la ſtipulation d'un tel préciput, ce que les héritiers ne peuvent faire ; mais la veuve en ce cas vient à contribution ſur iceux, non-ſeulement pour la ſomme à laquelle ſon préciput en meubles étoit fixé, mais encore pour le quart en ſus d'icelle ; tel étant le préciput qui lui avoit été accordé, que le fait de ſon mari n'a pu affoiblir ; tel eſt en ce cas ſon droit, tel eſt ſon exercice.

Le Brun, de la communauté, pag. 343, num. 10 ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 428 ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & cet uſage eſt auſſi juridique que judicieux.

IX. Outre l'action en contribution ſur les meubles vendus, la femme a pour le préciput hypothéque ſur les immeubles du mari, du jour du contrat de mariage ; c'eſt un titre commun à toutes ſes repriſes, & il embraſſe le préciput comme les autres : elle a donc pour ce hypothéque du jour de ſa date.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 454 à la fin, & au commencement.

X. En traitant du préciput, il convient d'obſerver que le préciput légal des nobles ne fait pas obſtacle au conventionnel, l'un & l'autre concourent & ont lieu ; l'un par la force de la loi, l'autre par la force de la convention ; on examinera le premier dans ſon ordre.

Le Brun, de la communauté, pag. 345, num. 18 ; on examine ci-après ce préciput.

SECTION II.

Du préciput à l'égard du mari ſurvivant.

XI. Comme le préciput eſt un prélevement ſur la maſſe de la communauté, le mari ſurvivant n'en a droit que lorſque la communauté eſt acceptée par les héritiers de la femme, leur renonciation l'efface entiérement à ſon égard, puiſque en ce cas la totalité de la maſſe ſur laquelle il étoit à prendre, lui reſte.

Le Brun, de la communauté, pag. 343, num. 7.

XII. Lorſque les héritiers de la femme ont accepté la communauté, le mari s'en paye comme la veuve ſurvivante, & comme on vient de le voir à l'égard de cette derniere, par la ſection précédente, délibation ou confuſion ; ainſi inutile d'en répéter ici l'explication.

On fait à ſon égard au châtelet dans les comptes de communauté les mêmes opérations qu'on fait par rapport à la veuve ; on le remplit ou par la voie de la confuſion, en lui faiſant faire dépenſe pour moitié du montant d'icelui aux héritiers de ſa femme, ou par la voie de la délibation, en prélevant,

prélevant à ſon profit ſur la maſſe mobiliaire, tout le montant du préciput, la crue jointe, s'il eſt en meubles, ou plutôt en prélevant à ſon profit des meubles en nature, juſqu'à concurrence de la ſomme qu'il a droit de prélever, ſinon la ſomme en deniers.

XIII. Il n'y a pas de préciput pour le mari lorſque les héritiers de la femme ont renoncé, parce que la maſſe de la communauté qui étoit débitrice du préciput, lui reſte en entier; par conſéquent en ce cas le préciput n'eſt plus d'aucune conſidération, puiſqu'il ne pouvoit militer en ſa faveur qu'en cas de partage de la maſſe.

Cela a été établi ci-deſſus dans ſon ordre.

☞ S'il eſt dit par le contrat de mariage que le ſurvivant aura par préciput & ſans charge de dette, ſavoir, le mari, ſes armes, chevaux, livres, &c. ſelon ſa qualité; & la femme, ſes habits, bagues & joyaux, l'héritier du prédécédé ne peut tirer avantage de cette convention, parce qu'elle eſt reſtrainte à la perſonne du ſurvivant; voyez Ferriere ſur la coutume de Paris, art. 229, qui rapporte un arrêt du 15 juin 1573; & Tronçon, coutume de Paris, art. 247.

SECTION III.

Du deuil, & comment la veuve acceptante la communauté en eſt payée.

XIV. On accorde un deuil à la veuve; elle doit pleurer ſon mari, c'eſt donc ſur la ſucceſſion de ce dernier que ſe prend le deuil: c'eſt non-ſeulement bienſéance, mais droit juridique qui appartient à la veuve.

Numa Pompilius avoit fixé le plus long deuil à dix mois; par une ordonnnance du roi de 1716, tous les deuils ont été réduits à la moitié de la durée qu'ils avoient alors; ſur le deuil de la veuve, voyez Louet & Brodeau, let. V, num. 11; ſa qualité, quant à ce, eſt indifférente: ce qui forme la propoſition qui ſuit.

XV. Il lui eſt accordé, commune ou non commune; c'eſt ſa qualité de veuve qui lui en donne le droit, toute abſtraction faite de celui qu'elle peut avoir ſur la communauté.

C'eſt-à-dire, ſoit qu'elle ait accepté, ſoit qu'elle ait renoncé à la communauté; le Brun, de la communauté, pag. 222, num. 39, & tel eſt l'uſage du châtelet; c'eſt devoir d'un état naturel & non ſuite du droit civil.

☞ Femme veuve porte le deuil aux dépens de ſon mari, ſoit qu'elle renonce à la communauté, ou qu'elle l'accepte; voyez Loyſel, inſtit. cout. liv. 2, tit. 2, nomb. 29.

XVI. La ſomme qui lui eſt accordée pour ce eſt arbitraire, elle ſe fixe ordinairement à une année du douaire, mais les circonſtances peuvent faire varier cette fixation.

Tel eſt encore ſur ce l'uſage du châtelet, que les circonſtances font quelquefois changer; voyez la loi 12, §. 5, ff. *de relig. & ſumpt. funer.* & les deux propoſitions ſuivantes. Sur quoi l'on obſervera que le deuil de la veuve eſt fort ancien; il étoit obſervé par les Hébreux, & même dès les premiers tems de leur république.

XVII. Si le mari depuis le mariage étoit parvenu à un état beaucoup plus conſidérable que celui qu'il avoit lors du mariage, une année de douaire ne doit pas ſervir de régle, & en ce cas on accorde à la veuve une ſomme plus forte pour ſon deuil; c'eſt une juſtice qui lui eſt dûe, & que les circonſtances fondent.

C'eſt ce que j'ai toujours vu obſerver par M. le lieutenant civil en ce cas, c'eſt ſur ce une conſidération bien plus déterminante que la fixation du douaire.

☞ Par un arrêt du 20 mai 1710, il a été adjugé à la veuve d'un maître des comptes 2000 liv. pour ſon deuil; la ſentence du châtelet, qui a été infirmée par cet arrêt, ne lui avoit accordé que 1500 livres; voyez les arrêts d'Augeard, tom. 2, ch. 98.

XVIII. En effet, en ce cas le deuil doit être fixé ſuivant l'état de la veuve lors de la diſſolution de communauté; il doit donc en ce cas excéder une année du douaire, & c'eſt ſur cette juſte conſidération qu'eſt fondé l'uſage qu'on vient de rapporter; autrement, c'eſt-à-dire, en ſe renfermant dans une année du douaire, on s'écarteroit du motif de la juriſprudence, & l'on ne rempliroit pas ſa fin.

C'eſt ſur cette raiſon qu'eſt fondé l'uſage atteſté ſur la propoſition précédente; on fait encore dans le cas de la propoſition précédente attention à l'état de la fortune du mari, lors de la diſſolution de la communauté; mais cela ne fait pas la même impreſſion qu'un grand changement dans l'état.

XIX. Le deuil eſt dû, non par la communauté, mais par la ſucceſſion du mari; & ce en entier: c'eſt charge de ſa ſucceſſion, & non dette de la communauté: c'eſt donc à la ſucceſſion du mari à l'acquitter en totalité.

Louet, let. V, num. 11; Lapeyrere, auſſi let. V, déciſion 63, pag. 531; le Brun, de la communauté, pag. 222, num. 39, & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

XX. Venons à l'opération qui ſe fait ſur cela; la veuve s'en remplit en couchant en dépenſe dans ſon compte de communauté ce que le juge lui a adjugé pour ſon deuil, elle fait cette dépenſe en totalité aux héritiers de ſon mari ayant compte de communauté, parce que ce n'eſt pas la communauté qui la doit, mais bien, comme on l'a déja dit, la ſucceſſion du mari; ce qui l'en remplit, puiſque par

une telle dépenſe tout le montant de ſon deuil tombe ſur le lot qui revient aux héritiers du mari, de la maſſe de la communauté ; & ſi le lot ne ſuffit, il tombe ſur les propres.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les comptes de communauté, ſoit acceptée, ſoit répudiée.

XXI. Si le deuil n'a pas été réglé par le juge, elle peut pour ce mettre une ſomme en dépenſe dans ſon compte, ſauf aux héritiers à l'accorder ou la conteſter ; ce qui s'arbitre en ce cas conformément aux régles qu'on vient d'expliquer : s'ils la conteſtent, c'eſt un débat ſur le compte qui ſe juge avec les autres débats s'il y en a.

Tel eſt l'uſage du châtelet ; mais dans le cas qu'il y a renonciation à la communauté, & que toute la maſſe d'icelle eſt reſtée aux héritiers du mari, le deuil ſe comprend ordinairement dans la ſentence de condamnation que la veuve doit obtenir pour ſes repriſes, ce qui alors en fixe le montant.

☞ Les habits de deuil de la veuve ſont partie des frais funéraires, & ſe prennent par privilége à tous créanciers. Denizart, dans ſon recueil de déciſions verb. deuil, rapporte pluſieurs jugemens modernes, qui établiſſent ce privilége, qui a de même été adopté par les anciens arrêts.

SECTION IV.

Comment la veuve acceptant la communauté ſe remplit de la donation à elle faite par ſon mari, & du douaire une fois payé.

(Art. 260 de la coutume.)

XXII. Telle donation n'eſt pas dûe par la communauté, mais par la ſucceſſion du mari ; ainſi la femme la prend en entier ſur les biens de ſon mari, c'eſt-à-dire, ſur ſes propres ou ſur la moitié à lui afférante dans la communauté.

L'arrêt rapporté par Bouguier, let. D, num. 13, a jugé que la donation faite par le contrat de mariage par l'un des conjoints à l'autre, étoit propre au donataire, & ne tomboit point dans la communauté, n'ayant ſon effet qu'après ſa diſſolution ; voyez la propoſition ſuivante, qui confirme que telle donation lui eſt dûe pour le tout.

XXIII. En effet, quoique la femme ne l'acquiert que par la célébration du mariage, ce qui ſembleroit en laiſſer le bénéfice dans la communauté & la réduire à moitié, telle donation eſt cenſée faite ſous la condition qu'elle ſera propre au donataire, & que le donateur la payera en entier ſur ſes biens ; c'eſt l'interprétation la plus naturelle & la plus juſte qu'on puiſſe donner à une telle libéralité, à une telle diſpoſition ; autrement contre l'intention, contre la lettre même, on la réduiroit à moitié.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 3, pag. 429, autrement ce ſeroit la détruire pour moitié, ce qu'on ne peut faire.

XXIV. Venons à l'opération au ſujet d'une telle donation ; la veuve donataire de ſon mari d'une certaine ſomme ſe remplit de cette donation, en mettant en dépenſe dans ſon compte de communauté la totalité de la ſomme à elle donnée ; on dit la totalité, parce qu'elle eſt dûe ſur les propres du mari ou ſur ſa part dans la communauté.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet le plus ordinairement, & ce ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

XXV. Par cette opération elle ſe remplit en entier, & ſur les biens de la ſucceſſion de ſon mari, de la donation à elle faite par le contrat de ſon mariage, puiſque par une telle dépenſe la donation tombe en entier ſur la part afférante au mari dans la communauté ; & ſi cette part n'eſt pas ſuffiſante, elle ſe venge pour le ſurplus ſur les propres.

Ne comptant que de moitié de la maſſe de la communauté & réduiſant ſa recette à l'une des deux moitiés, & l'autre moitié lui reſtant, le montant de la donation tombe ſur la moitié dont elle a compté, puiſqu'elle en fait dépenſe pour la totalité ; ce qui la remplit de tous ſes droits, tant comme commune que comme donataire de ſon mari, dont par cette opération la ſucceſſion du mari ſupporte la totalité du montant de la donation.

XXVI. Ce qu'on vient de dire ſur une telle donation, eſt la vraie opération ; ce droit ne pouvant clairement ſe conſommer par l'opération de la délibation ou de la confuſion, qui n'ont lieu que pour ce qui eſt dû par la communauté même, ou à cette même communauté, & non pour ce qui eſt dû par l'un des conjoints par mariage à l'autre, qui ne doit ſe prendre que ſur la part du premier ; il faut donc ici opérer par une dépenſe totale ſur la part du donateur en la communauté, ou ſur ſes propres.

S'il n'y avoit mobilier ſuffiſant, la veuve a pour telle donation hypothéque ſur les immeubles de ſon mari du jour du contrat de mariage, & ce pour ſe remplir de ce qui lui reſteroit dû de ſa donation après l'épuiſement du mobilier, Dupleſſis, pag. 429 ; en effet, c'eſt l'hypothéque de tous les droits qui réſultent en ſa faveur de ſon contrat de mariage, & cette hypothéque influe ſur la donation comme ſur les autres droits.

XXVII. Il en eſt de même du douaire à une fois payer ; comme ce douaire eſt dû par la ſucceſſion du mari & non par la communauté, de même que la donation qu'on

vient d'examiner, la veuve s'en remplit comme de ſa donation, c'eſt-à-dire, qu'elle s'en remplit en totalité ſur la part du mari, & ce, par une dépenſe totale, ſauf la reverſion quand elle aura lieu; droit qu'elle exerce, tant ſur la communauté, que ſur les propres.

Voyez le titre du douaire, où il eſt établi que le douaire eſt dû en entier par le mari; Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 5, pag. 454, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 260 de la coutume.

XXVIII. Quant à l'opération au ſujet d'un tel douaire, la veuve fait par ſon compte de communauté dépenſe aux héritiers de ſon mari de la ſomme qui lui eſt accordée pour ſon douaire & la retient à ſa caution juratoire; nulle autre opération à faire pour ce, à moins que par cette dépenſe elle ne puiſſe ſe remplir; auquel cas il faudroit faire ce qui eſt marqué ci-devant, qu'elle ſe vengeât ſur les immeubles de la communauté, échus dans le lot des héritiers du mari & même ſur ſes propres.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet, & ſi par le mobilier qui eſt la matiere du compte elle n'en eſt pas remplie, elle exerce le ſurplus de ſon action ſur les immeubles, ces derniers comme les autres étant ſon gage, & on ajoute même ſur les propres du mari, parce que le douaire eſt charge de ſa ſucceſſion & non celle de la communauté.

CHAPITRE SIXIEME.

DE LA DIVISION DU BÉNÉFICE DE LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 229 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU COMPTE DE COMMUNAUTÉ, ET DU PARTAGE DES CONQUETS.

I. LE compte de communauté eſt préalable au partage des conquêts, parce qu'il eſt l'appurement du mobilier & la liquidation des droits dans icelui, tant du ſurvivant des conjoints, qui rend ce compte, que des héritiers du prédécédé qui l'entendent, ſoit pour les repriſes, ſoit pour les remplois, ſoit pour les indemnités & les recompenſes.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, & c'eſt par ce compte qu'on liquide & qu'on conſomme les droits qu'on a expliqué par les cinq chapitres précédens, ſauf le renvoi au partage, ſi ces droits ne peuvent être conſommés par le compte.

II. Ce compte doit en effet contenir les prélevemens, dont on a traité ci-deſſus, tant des propres fictifs, que des remplois de propres, enſemble la délibation ou raiſon des recompenſes & indemnités, & les dépenſes ou recettes pour les avantages, ce qui rend ce compte préalable au partage; il en eſt le premier guide: tel eſt l'uſage du châtelet, & cet uſage eſt très-régulier; répétons ici que ce compte peut-être rendu par confuſion comme par délibation, l'une & l'autre opération revenant au même point arithmétique, comme on l'a vu ci-deſſus par leur exécution, & le choix ſur cette forme appartient au rendant compte de communauté, il en eſt le ſeul ouvrier, il peut le faire à ſon gré, ſauf les débats de l'oyant ſur icelui, & les demandes en augmentation de recette, ouverture, voie de défenſe qui conſervent tous les droits de ce dernier.

Le rendant, au châtelet, peut choiſir entre l'une & l'autre maniere de dreſſer ſon compte, l'oyant n'a que la voie de la critique & de le débattre; cela y a été jugé, moi plaidant, parce que cela ne peut donner aucune atteinte aux droits de l'oyant.

III. Si ces opérations qui tendent à la vraie liquidation des droits des conjoints n'avoient pas été faites par le compte, celui des conjoints qui ſouffre de leurs omiſſions peut toujours y revenir, encore que ces omiſſions n'emportaſſent pas dans la liquidation & diviſion du mobilier, léſion du tiers au quart, lorſque c'eſt omiſſion de recette; mais non ſi c'eſt ſimple erreur de droit.

Voyez l'ordonnance de 1667, titre de comptes: la clôture ne peut couvrir ni erreur ni omiſſion de recette, ni faux ou double emploi; c'eſt ce qui réſulte de cette loi.

IV. Par l'acceptation de la communauté, la femme doit perſonnellement la moitié des dettes d'icelle & eſt tenue hypothéquairement pour le tout, la mort du mari ne pouvant affoiblir le droit réſultant de l'hypothéque lorſqu'il eſt acquis aux créanciers, ſauf le recours de la femme ſi elle eſt pourſuivie hypothécairement pour le tout,

puiſqu'elle ne doit perſonnellement que la moitié.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 47, pag. 128 & 129, & tel eſt l'uſage; ainſi dans le compte & à l'occaſion de telles dettes, le rendant compte qui les a acquittées ne peut coucher en dépenſe que la moitié de leur montant, l'autre moitié étant à ſa charge.

V. Venons à préſent au partage de communauté; après le compte & la liquidation du mobilier, liquidation que le compte de communauté conſomme, on doit procéder au partage des conquêts immeubles de la communauté; c'eſt la ſeconde & derniere opération qui eſt ſur ce à faire pour parvenir à l'entiere liquidation des droits du ſurvivant des conjoints, & des héritiers du prédécédé d'iceux; c'eſt l'examen de ce partage qui fait la matiere de la ſuite de cette ſection & des cinq ſuivantes.

Sur ce partage il eſt bon d'obſerver que les copartageans ne doivent pas de rembourſement des labours & ſemences faits ſur les conquêts échus dans leur lot; le Brun, de la communauté, pag. 492, num. 23: ce qui ne s'entend que lorſque le partage ne contient rien de contraire; on parle ici des conquêts & non des propres, à l'égard deſquels ce rembourſement eſt dû, autrement le propre ſe trouveroit augmenté aux dépens de la communauté.

VI. Pour y parvenir il faut qu'il y ait eſtimation d'iceux, à moins que tous les copartageans ne ſoient majeurs & ne conviennent des prix, auquel cas l'eſtimation n'eſt plus de néceſſité.

Le mineur ne peut provoquer un tel partage, tel eſt l'uſage du châtelet, conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 494, num. 35: je ne vois pas que cet uſage ait une bonne baſe dans le droit, il me paroit au contraire, qu'une demande en partage eſt adminiſtration; pourquoi donc en dépouiller le mineur ſous le vain prétexte que c'eſt aliénation, mais c'eſt moins aliénation que diviſion néceſſaire, & qui lui eſt avantageuſe.

VII. Sur l'eſtimation des conquêts, on compoſe deux lots égaux ou balancés par des ſoultes, ſi l'on a pu les rendre égaux; ces lots doivent être jettés au ſort, & c'eſt pour parvenir à cette balance que l'eſtimation eſt préalable, c'eſt elle qui la dirige; ainſi la femme ou ſes héritiers par l'acceptation de la communauté, ont autant dans ſa maſſe que le mari ou ſes héritiers.

Cela s'obſerve au châtelet dans les partages de communauté comme dans ceux de ſucceſſion, dans l'un & l'autre cas c'eſt l'eſtimation faite qui doit ſervir de guide ſur la compoſition des lots, & le ſort écarte toute conteſtation ſur leur choix; ſur ce partage égal des conquêts de communauté, après les prélevemens reſpectifs faits, voyez Louet & Brodeau, let. M, chap. 4.

VIII. L'un eſt pour le ſurvivant, l'autre pour les héritiers du prédécédé des conjoints, & c'eſt par cette diviſion égale que ſe conſomme le partage de la maſſe des biens qui compoſent la communauté.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 441 vers le milieu, & Louet au chapitre qu'on vient de citer.

IX. On ne doit pas par le partage de communauté morceller les biens, que le moins qu'il eſt poſſible, il vaut mieux régaler les lots par des ſoultes que de morceller les conquêts, ce morcellement entraînant une poſſeſſion indiviſe qui a des inconvéniens; il eſt de l'avantage commun de les éviter.

Le Brun, de la communauté, pag. 488, num. 9; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

X. Si le mobilier de la communauté n'étoit pas ſuffiſant pour remplir les opérations des prélevemens qui ont fait la matiere du chapitre précédent, il faut par le partage, en faire raiſon à celui en faveur duquel ces opérations ſe ſont faites par le compte de communauté & par lequel l'on n'en n'a pu faire la conſommation; elles s'achevent alors par le partage, & ce n'eſt que dans ce cas dans lequel le renvoi au partage eſt vraiment juridique. Dans tout autre cas il ne fait que ſuſpendre un droit qu'il vaut mieux liquider par le compte de communauté que par le partage, on abuſe très-ſouvent de ce renvoi.

Cela arrive lorſque l'un des conjoints doit indemnité à la communauté, & que le mobilier d'icelle n'a pas été ſuffiſant pour remplir l'autre; en ce cas au châtelet on l'en remplit par le partage, ſur quoi il faut obſerver qu'en partage de communauté comme en partage de ſucceſſion, la ſoulte eſt privilégiée ſur tout l'héritage; le Brun, de la communauté, pag. 489, num. 13.

SECTION II.

Du droit du mari de retenir l'office conquêt de communauté, & de l'office propre au mari, ſupprimé & rétabli pendant la communauté, conſidéré relativement au partage.

XI. Le mari peut retenir l'office conquêt de communauté en payant aux héritiers de la femme moitié du prix qui a été tiré du coffre commun pour en faire l'acquiſition; la nature d'un tel effet fonde ce droit, c'eſt favorable & même néceſſaire exception à ce que deſſus: exception fondée encore ſur l'ordre & ſur l'avantage public.

Le Brun, de la communauté, pag. 81, num. 43; arrêt rapporté par Bouguier, let. O, num. 5; autre du 16 janvier 1627, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 121; le même arrêt eſt rapporté par

Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 97, qui le date du 23 février 1627; voyez le Maître, pag. 244, l'action de récompense due pour ce aux enfans, est mobiliaire, & le pere y succéde; arrêt du 1 mars 1627, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 99; en effet, à cet égard les enfans n'ont jamais eu part que dans un pur mobilier, la déclaration de leur pere ayant effet rétroactif; voyez la quatrieme proposition de cette section qui acheve la preuve de cet effet rétroactif.

XII. Il peut laisser cet office en masse, & en ce cas il est regardé comme un autre conquêt, son droit sur ce étant un vrai privilége qui ne peut s'interpréter contre lui-même; mais il ne peut en abuser par un silence artificieux & intéressé.

Mais par son seul silence & sans déclaration, il est censé avoir retenu l'office; arrêt du 28 juillet 1705, rapporté dans le sixieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 61, pag. 567; en effet, c'est à lui à s'expliquer sur le privilége qu'il a, & son silence ne doit pas nuire aux autres, c'est sur lui que son effet doit retomber & non sur les héritiers de la femme.

XIII. Son option une fois faite il ne peut plus varier, il a consommé son droit, & cette option fixe le droit de chacun; & il doit faire sa déclaration dans les trois mois, à compter du jour de la confection de l'inventaire, sinon l'office court à ses risques, & il ne peut plus le laisser en masse; ce tems justement fixé, fixe sur ce l'effet de son silence.

Voyez les notes sur la seconde proposition de cette section; & Loyseau des offices, pag. 204.

XIV. Lorsqu'il a déclaré qu'il retenoit l'office, l'action des enfans pour la moitié d'icelui est mobiliaire, comme on l'a déja vu dans les notes; ce qui a lieu, abstraction faite de l'âge des enfans; c'est la suite de l'effet rétroactif de la déclaration.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. O, num. 7; autre du premier mars 1627, rapporté dans le premier volume du journal des audiences; ce qui a encore été jugé par l'arrêt du 28 juillet 1705: c'est le sentiment de Loyseau, des offices, pag. 211, num. 42; & tel est l'usage.

☞ La faculté accordée au mari de conserver l'office en remboursant la moitié du prix, n'a lieu que par rapport à l'office constitutif de l'état de celui qui en est pourvu; car à l'égard d'un office qui ne demande point d'exercice, il n'est point sujet au retrait demi-denier, & son estimation se fait sur le pied de sa valeur intrinséque au jour de la dissolution de la communauté, & non sur sa valeur au tems de l'acquisition; c'est ce qui a été jugé pour un office d'inspecteur sur les veaux à Paris, par arrêt du 7 juillet 1745.

XV. Par rapport à l'office domanial conquêt de communauté, le mari n'a pas le droit de retenue sur icelui; je ne sais cependant si le bien public ne conduit pas à l'opinion contraire: il est vrai que tel office est regardé à tous égards comme un véritable immeuble qui peut être affermé, & qui par conséquent est partageable; cependant il paroît qu'il seroit favorable d'accorder en ce cas le droit de retenue au mari.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, chap. 10; les arrêts cités par cet arrêtiste en ce chapitre; & le Brun, de la communauté, pag. 84, num. 46.

XVI. Si l'office dont le mari étoit pourvu lors du mariage a été supprimé & rétabli pendant la communauté, tel office lui est toujours propre, & il ne lui est pas loisible de le mettre en masse; mais pour ce il doit récompense à la communauté, si pour ce la communauté a dépensé; en effet, c'est l'origine qu'il faut considérer par rapport à un tel office.

Le Brun, de la communauté, pag. 85, num. 50.

SECTION III.

Des offices de la maison du roi, acquis pendant la communauté, & considérés relativement au partage d'icelle.

XVII. Ces offices, quoique acquis pendant la communauté, appartiennent & restent au mari survivant sans récompense ni indemnité; c'est la suite de la nature d'un tel office & du bénéfice que la communauté en a tiré; cela est bien rigoureux contre les héritiers de la femme, mais régulier.

Voyez la déclaration de 1678, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, elle n'affranchit pas le mari absolument de récompenser les héritiers de la femme, de la moitié de ce qu'il a tiré de la communauté pour faire l'acquisition d'un tel office; raison pour laquelle j'ai entendu de savans & judicieux jurisconsultes, soutenir que le mari en ce cas, devoit faire raison aux héritiers de sa femme, mais la déclaration paroît tendre à les affranchir; c'est le sentiment de le Brun, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, distinct. 4, num. 22, pag. 62; voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci, ainsi que Renusson, en son traité des propres, ch. 5, sect. 4, num. 44; & le Maître, en son commentaire sur la coutume, pag. 244 & 245 de la derniere édition.

XVIII. Cela est fondé sur ce qu'il faut présumer que tel office n'a été acquis que pour l'avantage de la communauté, & que tel office doit rester au mari comme une commission lui resteroit sans récompense, encore qu'il fût prouvé que pour obtenir la commission il eût payé une certaine somme aux dépens de la communauté; mais ne seroit-il pas juste d'assujettir le mari à quelque in-

demnité, & vu le ſervice qu'il doit faire, la réduire à la moitié ?

Voyez les notes ſur la propoſition précédente; l'opinion commune eſt que les émolumens que le mari en tire ne ſont que la recompenſe de ſon ſervice, comme l'obſerve Loyſeau; il ne doit donc pas être pour ce aſſujetti à indemniſer la communauté; voyez auſſi les trois auteurs cités ſur la propoſition précédente, & ci-devant la quatrieme partie du titre des offices.

SECTION IV.

De la charge & contribution aux dettes de la communauté.

(Art. 221 de la coutume).

XIX. La moitié des dettes de la communauté doit être payée par le ſurvivant, l'autre moitié par les héritiers du prédécédé des conjoints; cette charge eſt la ſuite du partage de l'actif qui compoſe la communauté, & une ſuite de ce que deſſus.

Cela reçoit une limitation; ainſi la moitié des dettes de la communauté, eſt à la charge de la veuve qui accepte la communauté; ſur cette charge, voyez Louet & Brodeau, let. C, chap. 54; Renuſſon, traité de la communauté, partie ſeconde, chap. 1, même le Brun, même traité, liv. 3, chap. 2, ſect. 2; ſauf le privilége de la femme.

XX. Cependant la femme & ſes héritiers n'en ſont pas tenus au-delà de l'émolument; c'eſt un de leurs priviléges qu'on a traité ci-deſſus; inutile ici d'en répéter les baſes, ſa dépendance le lui a procuré.

Mais juſqu'à concurrence de ce même émolument, elle eſt tenue des cautionnemens faits par ſon mari, quoiqu'ils n'ayent pas tourné au profit de la communauté; Chopin, ſur Paris, liv. 2, tit. 1, num. 10; notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 379.

XXI. Si le ſurvivant compoſe avec les créanciers de la communauté, cette compoſition devient commune & profite aux héritiers du prédécédé, parce qu'il y a entr'eux pour ce une eſpece de ſociété légale, par la ſuite de laquelle telle compoſition devient commune à tous.

Voyez au titre des ſucceſſions directes le chapitre des dettes & le titre des tranſports où cela eſt établi, & tel eſt l'uſage du châtelet, ſauf la limitation qui ſuit.

XXII. Cependant ſi le ſurvivant n'avoit compoſé que de ſa moitié, & non ſur la totalité de la dette, telle compoſition ne profiteroit qu'à lui ſeul; c'eſt ſa ſeule affaire qu'il a géré & non l'affaire commune: l'acte doit donc en ce cas lui être particulier, ne pouvant pas y avoir en ce même cas de préſomption contraire.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet.

SECTION V.

Comment la communauté ſe partage lorſque la femme eſt réduite à une certaine portion ou à une certaine ſomme.

XXIII. Lorſque par le contrat de mariage le droit de la femme & de ſes héritiers, eſt réduit à un tiers, à un quart, il faut conformer le partage de communauté à cette clauſe, elle eſt inviolable comme toutes les autres portées par le contrat de mariage; elle doit donc dans le partage avoir ſon exécution, ainſi la femme remplie de ſa portion, le ſurplus de la maſſe reſte au mari.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 425; voyez ſur toute cette ſection le dernier chapitre du traité de la communauté de le Brun.

XXIV. De-là il s'enſuit qu'en ce cas la femme ou ſes héritiers n'ont qu'un tiers ou un quart dans les conquêts immeubles, ainſi que dans le mobilier; c'eſt l'effet de la réduction qui doit avoir ſon exécution, tant ſur les immeubles que ſur les meubles.

Le droit des héritiers de la femme en ce cas, ne peut être autre que celui de la femme même, dit le Brun, de la communauté, pag. 577, num. 2: ce qui eſt inconteſtable, ces derniers ne pouvant avoir droit que de ſon chef.

XXV. Comme l'actif doit être balancé avec le paſſif, ils ne ſont tenus en ce cas que de pareilles portions dans les dettes de la communauté, c'eſt-à-dire, d'un tiers ou d'un quart; c'eſt ſuite naturelle de la clauſe & de la réduction.

Le Brun, de la communauté, pag. 487, num. 7.

XXVI. Mais ſi le droit de la femme dans la communauté eſt réduit à une ſomme fixe, elle ou ſes héritiers doivent l'avoir franche & quitte de toutes dettes; ainſi en ce cas les dettes de la communauté ne la regardent plus; c'eſt l'effet naturel d'une telle clauſe, d'une telle réduction.

Dupleſſis, à la page 425 qu'on vient de citer; le Brun de la communauté, pag. 577, num. 3; en effet, autrement ce ſeroit ajouter à la clauſe.

XXVII. Il y a plus, ils doivent l'avoir encore que la communauté ne fût ſuffiſante pour la fournir, d'où il s'enſuit qu'en ce cas ils peuvent ſe pourvoir ſur les propres du mari; c'eſt forfait, c'eſt traité inviolable, ainſi il eſt prudent au mari de ſtipuler l'option.

Le Maître, de la communauté, pag. 272; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXVIII. Ce qui fonde cet affranchiſſement de dettes, eſt que la ſomme eſt dûe en plein, quoique la communauté fût inſuffiſante pour la fournir, & que cette réduction fixe eſt un forfait qui doit avoir ſon exécution, indépendamment de tout événement; ce qui juſtifie que ſi le mari eſt bien conſeillé ſur l'exécution d'une telle clauſe, il doit ſtipuler qu'il lui ſera permis ou à ſes héritiers, d'admettre la femme au partage de la communauté, ou de l'en exclure en lui donnant une certaine ſomme.

C'eſt l'opinion commune; le Brun, de la communauté va plus loin, car à la page 577, num. 7, il lui donne pour cette ſomme fixe un privilége ſur les biens acquis pendant le mariage contre les créanciers poſtérieurs au contrat, ce qui paroît devoir être limité ſur les immeubles, par la force de l'hypothéque, & n'avoir lieu ſur les meubles qui ſont ſujets à contribution; je le penſe ainſi, autrement ce ſeroit par rapport aux meubles s'écarter de la diſpoſition de la coutume.

XXIX. Dans ce cas d'une ſomme fixe pour tout droit de communauté, il n'y a point de compte à rendre, ni de partage à faire de communauté; mais dans ce même cas il faut liquider les repriſes que la femme ou ſes héritiers ont à faire, enſemble les récompenſes & indemnités qu'ils peuvent devoir à la communauté; parce qu'ils n'ont à prendre dans ſa maſſe que la ſomme à laquelle ils ſont réduits.

On fait en ce cas au châtelet un ſimple acte de liquidation, où l'on y obtient ſentence, qui contient cette liquidation.

XXX. Dans ce même cas, les recompenſes & les indemnités, ſont par eux dûes en plein; ſi elles ſont dûes du chef de la femme & ſi elles concernoient les propres du mari, nulle opération, nulle liquidation ſur ce à faire, puiſque tous les biens acquis pendant le mariage reſtans au mari, tout cela ſe confond dans ſa perſonne: c'eſt à lui à qui appartient indiſtinctement toute la maſſe de la communauté, telle qu'elle ſoit.

C'eſt en ce cas ce qui s'obſerve, conformément au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 578, num. 14.

SECTION VI.

Des effets du partage de communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

De la propriété & de la garantie qu'il produit.

XXXI. Après le partage, chacun des copartageans eſt propriétaire des biens échus dans ſon lot; c'eſt l'effet du partage, c'eſt la lettre de la loi munipale dans la formation & dans la diſſolution de cette ſociété; diſſolution par laquelle les biens acquis pendant le cours du mariage appartiennent pour moitié à chacun des conjoints.

Le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 6, diſtinct. 1. Voyez les art. 220 & 229 de la coutume.

XXXII. L'hypothéque des créanciers des copartageans, ſe réſerve ſur les biens compris dans leur lot, & les lots ſont garans les uns des autres; cette garantie eſt fondée ſur l'égalité; quant au premier effet, ces créanciers ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur; à l'égard de la garantie entre les copartageans, elle eſt fondée ſur une ſouveraine équité; entre eux qualité commune, par conſéquent même droit.

Cette propoſition & la précédente, ſont établies ſur le titre des ſucceſſions, aux chapitres concernans les partages; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere, ſur la garantie entre copartageans: voyez Louet & Brodeau, let. H, num. 2, & le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, chap. 1, num. 74.

XXXIII. La garantie au ſujet des rentes conſtituées, n'eſt pas regardée ſi favorablement dans un partage de communauté, qu'elle l'eſt dans un partage de ſucceſſion; je n'y vois pas cependant une grande différence, & je ne ſais ce qui l'a fait admettre.

Le Brun, de la communauté, pag. 489, numéro 14.

XXXIV. Mais le partage de communauté doit être anéanti, comme celui d'une ſucceſſion lorſqu'il emporte léſion du tiers au quart; telle léſion les détruit également: c'eſt droit commun qui n'admet ſur ce aucune diſtinction; dans l'un & dans l'autre cas, c'eſt un partage ébauché & qui reſte à parachever.

Voyez le titre des reſtitutions en entier; le Brun, de la communauté, pag. 490, aux nombres 15, 16 & 17.

DISTINCTION II.

De la ceſſion faite par le ſurvivant ou l'héritier du prédécédé, à un étranger de ſon droit dans un partage à faire de communauté.

XXXV. Si les héritiers du prédécédé, cédoient leur droit à un étranger, le ſurvivant des conjoints peut l'exclure du partage en le rembourſant du prix de ſa ceſſion; c'eſt une juſte faveur, qui a lieu en partage de communauté, comme en partage de ſucceſſion; & les héritiers du prédécédé ont le même droit, ſi le ſurvivant des conjoints avoit fait à un étranger une pareille ceſſion,

ce droit eſt égal, l'équité le fonde dans l'un comme dans l'autre cas.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 491, num. 19.

XXXVI. Cette excluſion, cette préférence, ceſſeroit ſi elle étoit faite à l'un des copartageans; en effet, ce n'eſt que la qualité d'étranger, & l'intérêt de l'exclure comme tel, qui la fondent; ainſi la qualité du ceſſionnaire fait ceſſer ce droit, qui n'eſt qu'une faveur que le fait fonde.

De-là il s'enſuit, que ſi l'un des héritiers du mari céde à la veuve le droit qu'il a dans la communauté, telle ceſſion doit avoir lieu; c'eſt encore ce que dit le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente, & ce qui ſe pratique au châtelet.

XXXVII. Lorſque le prédécédé a laiſſé pluſieurs héritiers, & que l'un d'eux a fait à un étranger la ceſſion de ſa portion, ces cohéritiers pour exclure l'étranger & le rembourſer, ſont préférables au ſurvivant des conjoints, qui dans ce cas n'a ce droit qu'à leur refus; parce qu'outre la diviſion générale, ils auroient encore une ſubdiviſion à faire avec lui; circonſtance qui fonde leur préférence.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune.

XXXVIII. Par les principes de cette diſtinction, ſi la veuve compoſe avec les créanciers de la communauté, elle eſt tenue de communiquer ſa compoſition aux héritiers de ſon mari.

Le Brun, de la communauté, pag. 491, num. 18. Cela s'entend lorſqu'elle compoſe du tout & non de ſa moitié, comme on l'a déja vu ci-deſſus; c'eſt droit égal de part & d'autre.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES PROPRES RÉELS CONSIDÉRÉS DANS LE CAS DE L'ACCEPTATION DE LA COMMUNAUTÉ, ET RELATIVEMENT AU PARTAGE.

(Article 220 de la coutume.)

I. AUSSI-TOT la diſſolution de la communauté, chacun des conjoints reprend ſes propres & en jouit, comme il ſera expliqué dans le chapitre ſuivant; leur propriété n'avoit point fait partie de la communauté, & leurs fruits ne peuvent plus tomber dans une communauté qui ne ſubſiſte plus; on parle des propres relatifs à la communauté, car les acquêts immeubles faits par les conjoints avant le mariage ont le même ſort; en effet, ils ſont propres relativement à la communauté, ſi ils n'ont pas été ameublis par le contrat de mariage.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 4, pag. 440; le Brun, même traité, liv. 3, ch. 2, ſect. 1, diſtinct. 1, pag. 289.

II. Si les propres étoient en mauvais état faute d'entretien, celui des conjoints qui ſouffriroit de ce défaut, auroit action contre la communauté pour le montant de ces réparations; c'étoit à la communauté à les faire, & la diſſolution n'a pas détruit cette charge; l'action en ſubſiſte donc toujours ſur la communauté.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 453, à la fin, & ce qui s'obſerve au châtelet, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

III. En effet, ces réparations ſont charges de communauté, & délibation qui a dû ſe faire ſur les fruits d'icelui qui y ſont tombés; telle eſt la baſe de cette action, autrement on augmenteroit la communauté aux dépens du propre.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, mais avec ménagement.

IV. S'il y avoit une groſſe réparation à faire & ſurvenue par le défaut d'entretien, la communauté en ſeroit tenue comme ſuite de ſon engagement.

Mais pour cela, il faut qu'il ſoit conſtaté qu'elle eſt occaſionnée par le défaut d'entretien.

V. De ce que cette charge eſt charge de la communauté, il s'enſuit que celui des conjoints qui a cette action, en confond moitié dans ſa perſonne, puiſque c'eſt la communauté acceptée qui en eſt tenue; ce qui rend la confuſion pour moitié inévitable.

Il en ſeroit autrement, ſi cette action appartenoit à la femme & qu'elle eût renoncé à la communauté, en ce cas l'action ſubſiſteroit dans ſon entier; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

CHAPITRE HUITIEME.

DES FRUITS ET REVENUS DES PROPRES CONSIDÉRÉS, RELATIVEMENT AU PARTAGE DE COMMUNAUTÉ.

[Art. 231 de la coutume.]

SECTION PREMIERE.

DES FRUITS NATURELS ET DES FRUITS CIVILS.

I. LES fruits des propres échus juſqu'au jour de la diſſolution de la communauté, font partie d'icelle, ce qui s'entend des fruits civils; on examinera ci-après les naturels; mais nulle difficulté ſur les fruits civils qui ſe comptent de jour à autre, telle eſt, à l'égard de ces fruits, la régle générale.

Cela ne s'entend que des fruits civils, & ſe pratique ainſi au châtelet, dans les comptes de communauté, dans leſquels on fait entrer ces fruits ou revenus dans la maſſe du mobilier, & ce pour la portion de tems ſeulement marquée dans la propoſition; voyez ſur cela la ſection ci-après.

II. Si à ce jour il s'en trouve d'échus & non touchés, le ſurvivant eſt bien fondé à ſe faire autoriſer pour les recevoir, quoique le propre qui les a produit ſoit le propre du conjoint prédécédé; en effet, il y a ſa moitié; à l'égard de l'autre, il en comptera, ainſi que du ſurplus de la maſſe; par ſon droit perſonnel il eſt le plus convenable dépoſitaire, c'eſt donc lui qu'il faut choiſir pour un tel dépôt.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, pour éviter l'inſolvabilité des débiteurs; cependant s'il y avoit du riſque, on prendroit la voie d'un ſéqueſtre.

III. Quant aux fruits naturels des propres, la communauté ne profite que de ceux qui ont été recueillis ſur les propres des conjoints par mariage, & ce juſqu'au jour de la diſſolution; ce qui s'entend des fruits naturels: en effet, les fruits qui ſe trouvent pendans par les racines au moment de la diſſolution, appartiennent au conjoint propriétaire du fonds ſur lequel ils ſont ainſi pendans; c'eſt portion d'icelui, fonds qui n'a jamais fait partie de la communauté, la ſéparation des fruits d'avec le fonds pouvant ſeule les ameublir, & dans le cas qu'il y a un bail de l'héritage propre à l'un des conjoints; il n'y a que ce qui eſt échu du prix du bail pendant la communauté qui tombe en icelle, & non ce qui échoit depuis, quoique le fermier ait plus récolté qu'il y a de terme du bail échu: auſſi la communauté profite-t-elle de ce qui eſt échu du bail, quoique ces échéances ne ſoient pas balancées par des récoltes réelles, à moins que cela ne faſſe une différence très-notable, auquel cas il faudroit déterminer le droit de la communauté par les récoltes.

D'Argentré, ſur l'art. 409 de la coutume de Bretagne, gloſ. 1, num. 2; Lapeyrere, let. F, ſur le mot (fruits) déciſion 65, pag. 143; Dupleſſis, pag. 440; le Maître, tit. 10, ch. 2, ſect. 4, pag. 265; & tel eſt l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans le texte même de l'art. 220 de la coutume; ſur la deuxieme partie de la propoſition, voyez ci-deſſus, liv. 2, tit. 1, ch. 2, ſect. 2, diſt. 3.

IV. Cela a lieu même pour les étangs qui ſont à pêcher, pour les bois taillis qui ſont ſur pieds lors de la diſſolution, encore que la diſſolution arrivât immédiatement avant la pêche ou la coupe; il ſeroit cependant judicieux de partager de tels fruits à proportion du tems.

En ce cas la communauté ne profite pas même de ces ſortes de fruits à proportion de ce qu'elle a duré; ce qui eſt bien rigoureux, un mari ayant un droit à ces fruits à titre très-onéreux; mais tel eſt l'uſage, & le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 353, num. 6. La raiſon & l'équité s'élevent contre cet uſage & le feront ceſſer quelque jour.

V. Le conjoint qui au moment de la diſſolution de la communauté, trouve ſur ſon propre des fruits pendans par les racines, doit à la communauté le rembourſement des labours & ſemences; en effet, cette action en rembourſement, appartient à la communauté, & fait partie des biens & droits qui la compoſent; il doit donc lui en faire raiſon: ainſi s'il s'agit de fruits pendans par les racines ſur le propre de la femme, & qu'elle ait accepté la commuuauté, elle confond dans ſa perſonne moitié de cette action dont elle eſt tenue; mais ſi elle a renoncé

à la communauté, elle doit ſur ſes propres tout le montant de ce rembourſement.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 440; le Maître, pag. 265, autrement ce propre ſe trouveroit augmenté aux dépens de la communauté.

SECTION II.

Du partage des fruits civils & de la rente dûe par l'un des conjoints à l'autre, par rapport aux arrérages.

VI. A l'égard des fruits civils, comme arrérages de rentes & loyers de maiſons, ils ſe partagent de jour à jour, & appartiennent à la communauté juſqu'au jour de ſa diſſolution; tel eſt le partage de ces fruits, leur nature le fonde.

Quæ acquiruntur de die in diem. Voyez le Maître, pag. 265; & tel eſt l'uſage du châtelet.

VII. En effet, ce n'eſt que pour la facilité qu'ils ne ſont pas ainſi exigibles des débiteurs, mais dans la réalité ils ſont dus de jour à autre; & c'eſt cette échéance naturelle qu'il faut conſidérer relativement à la communauté, ce qui ne s'étend au bail d'une ferme que de la maniere qu'on l'a expliqué par la troiſieme propoſition de la ſection précédente.

Mais dans ces fruits civils qui ſont cenſés échoir *de die in diem*, il ne faut pas comprendre abſolument les fermages d'une terre propre à l'un des conjoints, & les conſidérer, eu égard à leur échéance, mais bien eu égard à la récolte des fruits; c'eſt le ſentiment de le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 7, ſect. 1, pag. 347, num. 10; celui des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité des meubles, pag. 137. Cependant Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, pag. 441, eſtime, qu'à l'égard des fermages d'une terre propre & relativement à la communauté, ils tombent en icelle ſuivant leur échéance; on doit adopter ce parti par la facilité de ſon exécution & lorſqu'il n'y a pas notable différence, l'autre eſt plus analogique; il ne faut cependant s'y conformer dans la liquidation, que lorſqu'il y a notable différence.

VIII. Il faut excepter de cette régle, que par rapport à la communauté, les fruits civils ſe partagent du jour à autre, & que comme tels, ceux échus juſqu'au jour de la diſſolution, tombent en icelle; il faut, dit-on, excepter de cette régle les rentes ſur la ville, dont les arrérages ne ſont cenſés échus que lorſqu'ils ſe payent à bureau ouvert, cette ouverture du bureau faiſant leur véritable échéance; mais pour tous les tems d'une telle ouverture, on les partage à préſent de jour à jour, ce qui eſt judicieux.

Se payant ainſi, on n'y fait plus tomber la demi-année d'avance, ainſi qu'il a été jugé par arrêt de la grand'chambre, pour la dame de Pleneuf, contre le ſieur Marquis de Prix ſon gendre; cette demi-année d'avance tant qu'elle n'eſt pas reçue, eſt cenſée faire partie du fonds.

IX. De ce qu'après la diſſolution de communauté, chacun des conjoints reprend ſes propres, il s'enſuit que ſi l'un des conjoints devoit une rente à l'autre avant le mariage, les arrérages de cette rente commencent à courir en faveur du créancier du jour de la diſſolution de la communauté; cela eſt ſuite de ce que deſſus, puiſque cette rente eſt un propre; mais juſques au jour de la diſſolution, les arrérages d'une telle rente ſe ſont noyés dans la communauté.

La confuſion ne peut opérer que ſur le produit, non ſur le fonds que la coutume n'a pas fait tomber en communauté; ainſi l'art. 220 de la coutume fonde la propoſition; voyez le Brun, de la communauté, pag. 297, num. 29; en effet, telle rente eſt un propre qui produit tout ſon effet dès l'inſtant de la diſſolution.

X. De même la ſervitude que l'héritage de l'un des conjoints devoit à l'autre reprend ſa force, la communauté n'ayant fait qu'une confuſion momentanée & limitée à ſa durée, & non confuſion abſolue.

C'eſt en ce cas, ce qui ſe pratique au châtelet, & tel eſt l'eſprit de la coutume, qui ne fait tomber que les meubles & les fruits dans la communauté.

SEPTIEME PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ,

DES DROITS DES CONJOINTS LORSQU'IL Y A RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA LIQUIDATION RESPECTIVE DES DROITS QU'ILS ONT EN CE CAS.

SECTION PREMIERE.

QU'EN CE CAS LA MASSE DE LA COMMUNAUTÉ RESTE AU MARI.

I. LORSQUE la femme ou ſes héritiers ont renoncé à la communauté, toute la maſſe d'icelle reſte au mari; c'eſt le premier effet de leur renonciation dont on va voir les ſuites; c'eſt bien moins un droit d'accroiſſement, qu'un droit de non décroiſſement, puiſque le partage de la maſſe ne ſe peut faire que par le concours & par l'acceptation de la communauté par la femme ou ſes héritiers; ainſi il eſt donc indubitable que dans le cas de la renonciation à la communauté toute la maſſe reſte au mari.

Non jure accreſcendi, ſed jure non decreſcendi, dit Brodeau, ſur Louet, let. D, ſomm. 13; le Brun, de la communauté, pag. 317, num. 45.

II. Cela embraſſe la miſe de la femme, ſi elle n'a pas la faculté de la reprendre, & par conſéquent ſon propre ameubli, ſi elle n'a droit de le reprendre; l'un & l'autre font partie de la communauté; il n'y a que la clauſe de repriſe qui puiſſe les en diſtraire: ainſi ceſſante cette clauſe le tout appartient au mari, c'eſt-à-dire la miſe comme l'ameubliſſement faits par ſa femme, l'un & l'autre faiſant partie de la communauté.

Louet, let. D, num. 39. Voyez Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 5, pag. 460; le Brun, de la communauté, pag. 419, num. 2, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

☞ Il a même été jugé par un arrêt du 19 juillet 1712, que la repriſe n'ayant été ſtipulée qu'en faveur de la femme & de ſes enfans, elle ne peut être demandée en cas de renonciation au mari ſurvivant par les héritiers collatéraux de la femme. Mais par un autre arrêt du 29 juillet 1716, qui eſt imprimé, on a jugé que la faculté de renoncer & de reprendre ſtipulée en faveur de la femme ſeulement ne s'éteint que par ſon prédécès, & que ſi elle ſurvit ſon mari, ſes héritiers peuvent l'exercer, pourvu qu'elle n'ait point fait d'acte de commune.

III. Tous les fruits des propres de la femme renonçante à la communauté, appartiennent au mari juſqu'au jour de la diſſolution de la communauté, ſuivant les diſtinctions expliquées ci-deſſus pour le cas de l'acceptation de la communauté; ce qui a pareillement lieu lorſqu'il y a renonciation à icelle de la part de ſes héritiers, ce qui s'entend par rapport aux civils, de ceux échus & à l'égard des naturels de ceux récoltés; mais en ce cas ils lui appartiennent pour le tout, comme faiſant juſques à la diſſolution partie de la communauté, & il n'a rien dans ceux non récoltés.

On ſuit en ce cas, les mêmes régles que dans le cas de l'acceptation de la communauté, ſur quoi il faut voir les ſections 2, 3 & 4, du chapitre précédent; en ce cas, c'eſt pour moitié; ici, au moyen de la renonciation à la communauté, c'eſt pour le tout qu'ils appartiennent au mari ou à ſa ſucceſſion.

IV. En ce cas de renonciation à la communauté de la part de la femme ou de ſes héritiers, les propres fictifs du mari, ſes remplois de propres, les indemnités qu'il pouvoit devoir à la communauté, ne ſont plus d'aucune conſidération, il confond tout cela dans ſa perſonne, puiſque toute la maſſe de la communauté lui reſte, & que c'eſt la communauté qui doit tout cela; ainſi confuſion parfaite.

Les notes ſur la premiere propoſition de cette ſection fondent encore cette propoſition.

V. A l'égard des indemnités & des recompenſes que la femme doit à la communauté lorſqu'elle a renoncé à icelle, loin que ſa renonciation en rende la liquidation inutile, elle en devient plus néceſſaire, comme on le verra par la troiſieme ſection, parce qu'en ce cas elle les doit en entier au mari, au lieu

que dans le cas de l'acceptation elle ne lui en auroit dû que moitié ; on expliquera par la troiſieme ſection, les opérations néceſſaires pour parvenir à cette raiſon que la femme doit faire pour ce à ſon mari ou à la communauté à laquelle les recompenſes & les indemnités ſont dûes, nonobſtant la renonciation à la communauté.

Dupleſſis l'atteſte clairement pour la recompenſe, pag. 454 ; il le dit pour l'indemnité à la pag. 404, mais à la page 452, il eſtime que la femme, quoique renonçante ne doit que moitié de l'indemnité, ce qui eſt abſolument contraire à la juriſprudence, & au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 357, num. 13 & 21. En effet, au moyen de ſa renonciation, elle ne peut rien avoir de la communauté ; cependant, en ſuivant le ſentiment de Dupleſſis, elle augmenteroit ſes propres aux dépens de la communauté, ſans affoiblir ſes repriſes auxquelles elle eſt réduite ; ce qui ne peut ſe concilier avec les principes de la coutume, qui ſont abſolument contraires à cette opinion qui eſt même oppoſée à l'équité.

SECTION II.

De l'effet de la clauſe qui accorde au mari une certaine ſomme pour frais de noces dans le cas de la renonciation à la communauté.

VI. Dans ce cas, le mari la retient ſur les repriſes de ſa femme, parce que c'eſt une déduction qu'elle a conſenti, & que les clauſes d'un contrat de mariage ſont inviolables, ſans que les événemens poſtérieurs y puiſſent donner la moindre atteinte ; en effet, y ayant une retenue ſtipulée en général en faveur du mari, & non limitée à la communauté, cela ne peut s'entendre que ſur les biens de la femme.

On a examiné ci-deſſus l'effet de cette clauſe, dans le cas de l'acceptation on l'examine ici dans le cas de la renonciation. La renonciation à la communauté de la part des héritiers de la femme, ne peut donner aucune atteinte à cette clauſe, qui eſt auſſi inviolable que toutes les autres portées par un contrat de mariage, puiſque par l'arrêt du 30 mai 1682, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 18, il a été jugé que la ſéparation de biens accordée à la femme, & ſon prédécès, n'empêchoient point l'exécution de cette clauſe, & que dans le même cas, la ſomme qu'il avoit été ſtipulé que le mari pourroit retenir pour frais, lui avoit été adjugée ſur les biens que ſa femme avoit laiſſé ; ce qui fonde la propoſition.

VII. Le prédécès du mari, ne donne aucune atteinte à cette clauſe, d'où il s'enſuit que les héritiers du mari peuvent l'exercer ; c'eſt toujours le même principe qui décide que toutes les clauſes d'un contrat de mariage doivent avoir leur exécution, ſi ce n'eſt que la retenue fût limitée au mari.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 433, addition au num. 28 ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VIII. En effet, ce droit eſt acquis au mari & à ſa ſucceſſion, par le contrat de mariage, lorſque le contrat ne limite pas la clauſe au mari ſeulement ; ainſi ſon prédécès ne doit donc pas lui donner atteinte.

Il en ſeroit autrement, ſi cela n'étoit accordé au mari qu'en cas de ſurvie ; ainſi c'eſt la lettre du contrat de mariage qui décide ſur ce.

SECTION III.

Des indemnités & des recompenſes dûes par la femme renonçante à la communauté.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'indemnité pour raiſon de l'acquittement de ſes dettes.

IX. La femme renonçante à la communauté, doit, comme on l'a déja vu ci-deſſus, la totalité des recompenſes & des indemnités dont elle eſt tenue ; on va voir ci-après comment le mari s'en remplit : ce qui établit que la totalité de l'indemnité & de la recompenſe, eſt dûe par la femme, dans le cas qu'elle a renoncé à la communauté, eſt que cela eſt dû à la communauté, dans laquelle elle n'a plus rien au moyen de ſa renonciation ; & qu'en ce cas toute la maſſe d'icelle doit appartenir au mari dans toute ſon étendue, ſans que la femme renonçante puiſſe prendre part dans les recompenſes qu'elle doit & qui en font partie.

De là il s'enſuit que dans le cas que le contrat de mariage porte que chacun des conjoints payera ſes dettes antérieures au mariage, ſi le mari a acquitté pendant la communauté de telles dettes dont ſa femme étoit tenue, & que cette derniere ait renoncé à la communauté, elle doit pour ce l'indemnité pour le tout ; je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet ; & en effet, par quelles raiſons n'obligeroit-on la femme qu'à payer moitié de cette indemnité ? Qu'importe que lors du payement, la communauté ſubſiſtât, lorſqu'il eſt de principe que ſon droit ſur la communauté n'eſt que virtuel, tant qu'elle ſubſiſte, & qu'il ne devient actuel, que quand elle l'accepte ; auſſi le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 357, num. 13 & 21, eſtime-t-il en ce cas que la femme renonçante doit la totalité de l'indemnité ; Dupleſſis, à la page 404, dit qu'en cas de renonciation à la communauté, la femme peut être pourſuivie par ſon mari, & ſur ſes propres, pour la totalité de l'indemnité ; & à la pag. 452, il ne donne au mari pour ce, que l'indemnité pour moitié, ce qui eſt contraire, comme on l'a déja dit, aux vrais principes de la communauté de biens, de laquelle la femme ne peut pas profiter dès qu'elle y renonce ; cette opinion, contraire à l'eſprit de la coutume, ne peut donc pas faire impreſſion, & c'eſt à celle de le Brun à laquelle il faut s'arrêter ; voyez Bacquet, des droits de juſtice, chap. 21, num. 145, p. 156.

X. L'opération la plus ſimple à cet égard pour faire payer à la femme renonçante, l'indemnité ou la recompenſe par elle dûe à la communauté, eſt de lui faire imputation de ce ſur ſes repriſes ; d'où il s'enſuit, que ſi la communauté a payé une dette dont la femme étoit ſeule tenue, on lui déduit ſur ſes repriſes, ce que la communauté a payé pour l'acquittement de cette dette ; c'eſt payement légal juſqu'à concurrence, puiſque c'eſt compenſation de liquide à liquide.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, dans la liquidation des repriſes de la veuve, ſauf l'exception qui ſuit.

XI. Cependant, ſi la dette rembourſée étoit une rente conſtituée, la femme nonobſtant ſa renonciation à la communauté, ne ſeroit pas obligée d'imputer le capital de cette rente ſur ſes repriſes ; elle n'eſt obligée qu'à la continuer aux héritiers de ſon mari, & autrement, comme on l'a déja obſervé, ſon mari auroit donné atteinte à ſes propres ; ce que la coutume met hors ſa puiſſance.

Le Brun, de la communauté, pag. 353, num. 4 : mais au moyen de ſa renonciation, elle doit continuer la rente en totalité ; le même, pag. 357, num. 22 & 23 ; voyez le traité des propres de Renuſſon, ch. 4, ſect. 11, num. 484, la propoſition qui ſuit & l'art. 244 de la coutume.

XII. En effet, le mari par un rembourſement de la rente qui a été volontaire de ſa part, n'a pu rendre la condition de ſa femme plus dure, & convertir un capital de rente en ſomme exigible ; la femme ne doit donc que la continuation de la rente & non le rembourſement d'icelle : c'eſt une diſpoſition de notre coutume auſſi judicieuſe qu'elle eſt conforme aux limites que la loi met à la puiſſance du mari ſur les propres de ſa femme.

Pour ce, le mari ou ſes héritiers, comme on l'a déja dit ci-deſſus, ſont ſubrogés de plein droit à l'hypothéque du créancier de la rente qu'il a rembourſé ; c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 357, num. 15 ; de Dupleſſis, au même traité, pag. 452, & de l'auteur du traité de la ſubrogation ; c'eſt ce qui réſulte des articles 244 & 245, qui portent que telle rente eſt conquêt de communauté, ainſi la coutume la fait toujours ſubſiſter à ſon égard, ce qui fonde la propoſition.

XIII. Venons à une autre cauſe de recompenſe : ſi la femme avoit des enfans d'un premier lit, & qu'ils euſſent été nourris aux dépens de la ſeconde communauté, cela peut former un autre objet d'indemnité, ou plutôt de recompenſe ; en effet, ſi ces nourritures excédent le revenu de ces enfans, la femme doit indemnité à la communauté de tout cet excédent, à moins que le contraire ne ſoit ſtipulé par le contrat de ſon mariage ; parce que ces nourritures étoient ſa dette perſonnelle, dette dont elle n'a pu s'acquitter aux dépens de ſa communauté ; ainſi y ayant renoncé, elle doit y replacer ce qui en a été tiré pour ſa propre décharge.

Tel eſt l'uſage du châtelet, mais cela ne peut ſe prendre que ſur la part de la femme dans la communauté, ſi elle l'accepte, ou ſur ſes propres ſi elle y renonce, & non ſur les fonds & capitaux des enfans du premier lit, qui ne peuvent être entamés pour leur nourriture & entretien ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 370, num. 26 : ce qui établit que cela forme une indemnité dûe par la femme, c'eſt que ces mêmes nourritures & entretiens ſont une dette qui lui eſt perſonnelle, & qu'elle n'a pu acquitter aux dépens de la communauté ; tel eſt l'uſage du châtelet, ſauf le droit des enfans de l'abandonnement total de leur revenu.

DISTINCTION II.

Des recompenſes que la femme renonçante doit en entier à la communauté, pour groſſes réparations & augmentations faites à ſon propre.

XIV. Voici une autre cauſe de recompenſe, que la renonciation à la communauté ne peut jamais effacer ; la veuve qui a renoncé à la communauté, doit rembourſer à la ſucceſſion de ſon mari, la totalité des groſſes réparations faites pendant le mariage ſur ſon propre, & à plus forte raiſon, la réédification ou conſtruction de bâtiment utile, faite ſur icelui ; c'eſt action active appartenante à la communauté, dont le rembourſement, lui eſt dû en totalité ; il eſt étrange que quelques-uns ayent prétendu qu'en ce cas de renonciation à la communauté, le rembourſement ne lui eſt dû que de moitié ; c'étoit s'écarter de l'équité & de la coutume.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 4, pag. 454 ; de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 11, num. 3, pag. 486 ; ce qui s'obſerve inviolablement au châtelet, parce que la femme renonçante ne peut rien amender de la communauté, & qu'au contraire toute la maſſe d'icelle, telle qu'elle ſoit, doit reſter au mari.

XV. Elle doit pareillement rembourſer la totalité des augmentations faites ſur ſon propre ; mais elle ne doit ce rembourſement, qu'autant que ces augmentations améliorent le propre, & non au-delà, parce que ſi elle ne peut pas gagner ſur la communauté, la communauté ne doit pas non plus gagner ſur elle.

Le Brun, de la communauté, pag. 372, num. 5 ; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XVI. Dans l'un & l'autre cas, elle ne doit la valeur des groſſes réparations & des augmentations utiles qu'eu égard à leur valeur lors de la diſſolution de la communauté, qui a profité des fruits du propre amélioré ; autrement on diminueroit ſon propre pour augmenter la communauté : preuve de la réduction telle que deſſus, d'une telle recompenſe.

De Renuſſon, traité des propres, pag. 486,

num. 4 ; le Brun, de la communauté, pag. 375, num. 15, à quoi il faut joindre les deux propoſitions ſuivantes qui confirment encore celle-ci.

XVII. En effet, la communauté en a profité juſqu'à ce tems, & en faiſant les augmentations, elle a agi en partie pour ſon avantage ; c'eſt donc à l'avantage actuel, lors de la diſſolution qu'il faut réduire le montant de la recompenſe, dont le ſurplus s'eſt fondu dans la maſſe même de la communauté.

Voyez ce qui eſt dit ci-deſſus de cette recompenſe, dans le cas de l'acceptation de la communauté ; en un mot, l'indemnité n'eſt dûe que de ce dont le propre eſt augmenté au temps de la diſſolution, & non au-delà ; c'eſt donc ce temps qu'il faut conſidérer.

XVIII. Dans l'un & dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, que ſoit qu'il s'agiſſe de groſſes réparations, ſoit qu'il ſoit queſtion d'améliorations, dans le cas qu'elle eſt renonçante à la communauté, elle doit ce rembourſement en totalité, parce qu'il eſt dû à la communauté, dans laquelle elle n'a plus rien au moyen de ſa renonciation ; on a vu ci-deſſus que ſi elle étoit commune elle ne devroit que moitié ; c'eſt le juſte effet de la différence des qualités.

Elle n'en doit que moitié dans le cas qu'elle accepte la communauté, comme on l'a vu dans le quatrieme chapitre ci-deſſus ; mais dans ce cas-ci, elle en doit la totalité, Dupleſſis le dit préciſément, pag. 454, quoiqu'il ait ſoutenu le contraire au ſujet de l'indemnité ; c'eſt une diſparité inalliable avec les principes, ce qui détruit ſon opinion ſur les indemnités.

XIX. Mais la veuve renonçante, comme l'acceptante, ne doit ni recompenſe ni indemnité, pour les réparations d'entretien, ni même pour les embelliſſement infructueux faits ſur ſon propre ; ce ſont charges de communauté, paree que ce ſont charges des fruits qui y ſont tombés, ce qui l'affranchit quant à ce de toute recompenſe, la communauté en ce cas n'ayant fait qu'acquitter ſa propre dette, & non celle du propre.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 453, à la fin ; le Brun, même traité, pag. 375, qui détaille exactement les impenſes qui ne donnent pas lieu à l'indemnité ; en effet, en cela la communauté n'a fait qu'acquitter ſa propre dette.

XX. Pour la recompenſe, dans le cas qu'elle eſt dûe, au ſujet d'améliorations, le mari a hypothéque ſur l'héritage amélioré ; c'eſt, ſelon moi, un privilége qui réſulte d'une ſubrogation légale aux droits de l'ouvrier, il ſeroit injuſte de lui refuſer cette ſubrogation, que le payement qu'il a fait, pour ainſi dire, forcément pour un autre, lui a procuré.

Dupleſſis, pag. 454 ; le Brun, de la communauté, pag. 378, num. 22, a un privilége comme ſubrogé légalement aux droits de l'ouvrier, & c'eſt exacte juſtice de le lui accorder.

XXI. Cette recompenſe qu'on vient d'examiner ci-deſſus, & dûe à la communauté par la femme, eſt dûe par tous les héritiers de la femme, à proportion de leur émolument, & non pas ſeulement par celui d'entr'eux qui ſuccéde au propre amélioré ; c'eſt dette de ſa ſucceſſion, & qui tombe par conſéquent ſur tous ſes héritiers ; qualité qui fonde invinciblement cette répartition ſur tous, au lieu que dans le cas de l'acceptation de la communauté, & lorſqu'il ſe trouve en icelle du mobilier ſuffiſant pour acquitter la recompenſe, elle tombe ſur l'héritier mobilier de la femme ; ce qu'on approfondira par la quatrieme diſtinction : dans le premier cas, c'eſt dette de la ſucceſſion ; dans le ſecond, c'eſt prélevement à faire ſur la maſſe commune de la communauté.

Cela eſt établi ſur la quatrieme diſtinction ci-après ; cela réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 224, num. 53, & tel eſt l'uſage du châtelet.

DISTINCTION III.

De la recompenſe dûe par la femme renonçante, pour dot fournie aux enfans & pour adjudication qui lui accroiſſent.

XXII. Si les pere & mere ont dotés conjointement un enfant commun, & que la femme renonce à la communauté, elle doit recompenſe de la moitié de cette dot à la communauté d'entre elle & ſon mari, & de laquelle elle ne doit rien amender au moyen de ſa renonciation à icelle : en effet, c'eſt ſa dette qu'elle n'a pu acquitter aux dépens d'une communauté, à laquelle elle a renoncé.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet dans les comptes de communauté : ce qui eſt conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 364, num. 3.

XXIII. Il en eſt de même, ſi la dot a été par eux donnée à l'enfant commun pour ingreſſion en religion ; c'étoit charge commune que la femme doit acquitter pour moitié ; celle-là comme l'autre forme donc une juſte baſe à la recompenſe, c'eſt même principe.

Le Brun, de la communauté, pag. 369, num. 18 ; mais dans l'un comme dans l'autre cas, la femme étant maîtreſſe de ne point parler dans les contrats, le peut faire conditionnellement & juſqu'à concurrence de ſon amendement en la communauté, auquel cas ſon engagement étant ainſi limité, ne peut donner atteinte à ſes propres dans le cas même qu'elle renonceroit à la communauté, ni par conſéquent à ſes repriſes, qui ſont ſes droits perſonnels, ſi l'on excepte ſa miſe en

communauté, qu'elle perd en ce cas ; le Brun, traité de la communauté, pag. 176, num. 20 : ce qui me paroit ſans difficulté, cela étant fondé ſur les principes de la coutume & ſur l'indiviſibilité des contrats.

XXIV. Développons encore ce que deſſus ; la recompenſe que la femme doit à la communauté dans le cas de la premiere & ſeconde propoſition de cette diſtinction, eſt fondée ſur ce que ces dots étoient ſa dette perſonnelle pour moitié, dont elle n'a pu s'acquitter aux dépens d'une communauté à laquelle elle renonce ; par ſa renonciation elle doit donc recompenſer la communauté de laquelle les dots ont été tirées, & qui l'a acquittée d'une dette ou charge qui lui étoit perſonnelle.

Arrêt du 7 décembre 1679, rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 108 ; c'eſt ce que dit le Maître, pag. 172, & ce qui eſt exactement ſuivi au châtelet, comme le véritable eſprit de la coutume.

XXV. De ce que deſſus, il réſulte que dans ce cas on lui impute la moitié de ces dots ſur ſes repriſes ; c'eſt juſte compenſation que ſa qualité de débitrice fonde ; & c'eſt par cette imputation qu'on conſomme la recompenſe qu'elle doit, c'eſt la voie la plus courte, & le cas d'appliquer le payement légal que la coutume adopte par la compenſation.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, à moins qu'elle n'ait pris la précaution, comme on l'a remarqué ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction, de ne doter que conditionnellement & juſqu'à concurrence de ſon amendement en la communauté, auquel cas ſon engagement eſt limité à ſon amendement & à ſa repriſe mobiliaire, qui réellement fait partie de la communauté, nonobſtant la faculté de repriſe d'icelle qu'elle en a ſtipulé.

XXVI. On a vu ci-deſſus, que la veuve s'affranchit envers les héritiers de ſon mari de cette recompenſe, en acceptant la communauté ; & que dans ce cas elle doit le faire, quoique la communauté ne ſoit pas bonne, lorſque ſa repriſe mobiliaire n'eſt pas ſi forte que la moitié de la dot par elle fournie à l'enfant doté ; parce qu'au moyen de ſon acceptation elle ne peut plus perdre que ſa miſe, parce qu'il eſt conſtant en ce cas qu'elle a doté pour moitié avec un bien qui lui étoit commun.

C'eſt ce qui a été jugé au parc-civil pour la dame Langlois, plaidant Cochin & moi. On a rapporté ci-deſſus les circonſtances de la conteſtation & de la demande en recompenſe formée contre la dame Langlois ; circonſtances d'autant plus fortes, que la fille dotée étoit ſa fille de ſon premier lit, & non la fille d'elle & du ſieur Langlois ; ce qui n'auroit lieu à l'égard des créanciers, envers leſquels la veuve doit compter de tout amendement, & par conſéquent de la moitié de la dot qu'elle a fourni ; le Brun, de la communauté, pag. 364, num. 3, en ſoutenant que la femme commune rendant compte aux créanciers, doit à leur égard imputer moitié de la dot fournie à un enfant ſur ſes repriſes, lui donne enſuite l'exercice d'une répétition en plein, ſur les propres de ſon mari : ce que je n'adopte pas, puiſqu'en ce cas cette aliénation, ou l'affoibliſſement de ſon propre qu'opére la conſtitution de dot pour moitié de ſa part, ne profite en rien au mari ni à la communauté. Cette opinion va à anéantir un engagement légitime, ce qu'on ne peut ; mais ſur cela, il ne faut pas perdre de vue qu'il y a différence entiere entre les créanciers & les héritiers du mari.

XXVII. L'enfant du premier lit de la femme ayant été doté par ſa mere & par ſon beau-pere aux dépens de la communauté, ſi la femme y renonce elle doit recompenſe, mais de la moitié ſeulement, l'autre moitié étant donnée & valablement donnée par le beau-pere, lorſqu'il n'a pas d'enfant ; validité de la diſpoſition qui réduit la recompenſe à la moitié du montant de la dot, puiſqu'en ce cas ce n'eſt réellement que la moitié de la dot que la femme a donnée.

La coutume dit, que celui des conjoints qui n'a enfant, peut donner aux enfans de l'autre ; voyez l'art 283, ce qui établit qu'en ce cas, la recompenſe n'eſt que de la moitié de la dot & non de la totalité.

XXVIII. De-là il s'enſuit, que dans ce dernier cas, comme dans le précédent, l'enfant ainſi doté doit rapporter moitié de ſa dot à la ſucceſſion de ſa mere, puiſque c'eſt de ſa diſpoſition & de ſa libéralité que provient cette moitié ; mais il ne doit aucun rapport de l'autre moitié, la tenant de la libéralité d'un étranger, c'eſt-à-dire de ſon beau-pere ; cela eſt une ſuite de ce que deſſus : quant au rapport de la premiere partie il eſt inconteſtable, c'eſt équité, c'eſt juſtice dûes aux co-héritiers de l'enfant doté, c'eſt le texte de la coutume.

Cela eſt établi dans ſon ordre ſur le titre des ſucceſſions ; c'eſt ſur ce titre qu'on doit examiner la néceſſité, la légitimité des rapports.

DISTINCTION IV.

Quel eſt l'héritier de la femme renonçante, qui doit payer les recompenſes & indemnités.

XXIX. Les recompenſes & les indemnités dûes à la communauté par la ſucceſſion de la femme, dans le cas de la renonciation à icelle, ſont dûes par tous les héritiers conjointement, & ils doivent pour ce contribuer chacun au *prorata* de l'émolument, c'eſt dette de la ſucceſſion & non créance de communauté ; mais dans le cas de l'acceptation de la communauté, ſont-elles à la charge de l'héritier des meubles

& acquêts, & ſe prennent-elles en ce cas ſur la maſſe de la communauté ? c'eſt en ce dernier cas délibation à faire ſur cette maſſe, délibation qui affoiblit d'autant le lot de l'héritier mobiliaire de la femme, lorſqu'il accepte cette communauté, ce qui forme une différence entiere entre l'un & l'autre cas ; dans l'un, dit-on, c'eſt dette, dans l'autre c'eſt raiſon & liquidation de partage ; différence ſenſible qu'on a déjà obſervé & que l'ordre veut qu'on reprenne ici, mais qui ne doit s'appliquer qu'à la repriſe du propre fictif qui eſt dans la communauté, & non dans l'amélioration qui n'y eſt pas.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, quant à la derniere partie de cette propoſition, c'eſt-à-dire, dans le cas que la communauté eſt acceptée ; traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 3, pag. 453, où il parle de l'indemnité pour dettes ; mais par rapport à la recompenſe pour les bâtimens faits ſur les propres, il dit à la quatrieme ſection du même chapitre, pag. 454, qu'en cas de renonciation de ſa part à la communauté, telle recompenſe eſt dûe par celui de ſes héritiers qui profite du propre amélioré ; diſtinction qui me paroît ſinguliere, & qu'on ne peut adopter pour deux raiſons ; la premiere, parce qu'on ne voit pas aucune raiſon de différence à faire entre les indemnités pour dettes acquittées, & les recompenſes pour conſtruction, dans le cas de renonciation à la communauté ; la ſeconde, c'eſt que ſi le prix de cette amélioration étoit dû à un entrepreneur, il ſeroit dû par tous les héritiers, & non par celui ſeulement qui ſuccéde au propre : ce n'eſt pas ici une dette paſſive de la communauté, telle que la repriſe d'un propre fictif, ou celle d'un propre aliéné, laquelle par conſéquent doit être payée par l'héritier qui profite de ſa maſſe ; c'eſt ici dette de la ſucceſſion ; & il ſeroit bien étrange que l'héritier, qui ne prend rien dans le propre amélioré, payât néanmoins le prix de l'amélioration ; à la bonne-heure qu'il en profitât : mais dans le cas même que la communauté eſt acceptée, qu'il en paye donc ſa portion, ainſi que cela eſt établi ſur le titre des propres ; & de ce que ce prix eſt dû à la communauté, cela peut il changer la régle ? Il reſte toujours conſtant, que c'eſt dette de la ſucceſſion, & par conſéquent à la charge de tous les héritiers, pour y contribuer entr'eux à proportion de leur émolument ; ainſi cette opinion de Dupleſſis ne me paroît pas pouvoir faire impreſſion : il ſeroit impoſſible de la concilier avec la coutume, & elle ne roule que ſur une confuſion d'une dette de communauté avec une dette de ſucceſſion.

XXX. Ce que deſſus a lieu dans le cas même du propre amélioré, enſorte que l'héritier de la femme qui profite de ce propre, n'eſt chargé de la recompenſe que comme les autres, c'eſt-à-dire, à proportion de ſon émolument, c'eſt dette paſſive de la ſucceſſion & non de la communauté ; enſorte que celui des héritiers qui en prend la maſſe n'y contribue que pour ſa portion.

Voyez ſur ce, le titre des ſucceſſions, au chapitre de la contribution aux dettes, & les remarques ſur la propoſition précédente ; & c'eſt ce que dit le Brun, traité de la communauté, pag. 378, num. 21, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XXXI. Dans le cas de la renonciation à la communauté de la part des héritiers de la femme, l'indemnité eſt une dette de la ſucceſſion de la femme ; au lieu que dans le cas de l'acceptation de la communauté, c'eſt une ſimple délibation à faire ſur la portion afférante à la femme ou à ſes héritiers dans la communauté, ce qui de droit affoiblit leur lot en icelle, & ce qui fait tomber la recompenſe entiérement ſur eux ; mais encore une fois, nulle diſtinction à faire ſur ce, entre les recompenſes & les indemnités dans le cas de la renonciation à la communauté, qui ſont à la charge de tous les héritiers de la femme, ſauf la continuation de la rente fonciere, ſi la dette rembourſée par la communauté étoit une rente fonciere, & la recompenſe pour amélioration qui eſt toujours dette de ſucceſſion.

Cependant ſi la rente rembourſée, & dont le rembourſement donne lieu à l'indemnité, étoit une rente fonciére, comme la coutume la fait ſubſiſter en faveur de la communauté ; la continuation d'icelle rente, comme étant charge fonciere, ſeroit dûe en entier par l'héritier qui ſuccéderoit à l'héritage qui en étoit chargé ; le Brun, de la communauté, pag. 354 & 355 : ce qui forme une juſte limitation à ce que deſſus, & qui a lieu indiſtinctement, ſoit dans le cas de l'acceptation de la communauté, ſoit dans celui de la renonciation. En effet, une telle rente eſt indiſtinctement & dans tous les cas une diminution réelle de la choſe ; voyez ci-deſſus la ſixieme partie de ce titre, ch. 3, ſect. 2, num. 1, où il eſt dit que les indemnités ſont dûes ſur les propres, c'eſt-à-dire, ſur tous les biens, à plus forte raiſon les recompenſes.

CHAPITRE SECOND.

DES REPRISES DE LA FEMME LORSQU'ELLE OU SES HÉRITIERS ONT RENONCÉ A LA COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DE LA REPRISE DE LA MISE EN COMMUNAUTÉ.

DISTINCTION PREMIERE.

QUAND LA VEUVE A DROIT DE LA REPRENDRE, QUE CETTE FACULTÉ EST DE RIGUEUR ET NE SE SUPPLÉE PAS.

I. PAR la renonciation à la communauté la veuve dans la théſe générale, perd ſa miſe mobiliaire en communauté, enſemble l'immeuble par elle ameubli, l'un & l'autre faiſant partie de la communauté dans laquelle elle n'a rien au moyen de ſa renonciation, & ne pouvant être diſtraits d'icelle, qu'en conſéquence d'une clauſe expreſſe de repriſe qui ne ſe ſupplée jamais, comme on le verra ci-après; en effet, le droit de renoncer qui lui eſt légalement accordé & celui de reprendre ſa miſe, ſont deux droits différens & qu'il ne faut pas confondre le dernier, ne pouvant venir que de la convention.

De Montholon, ch. 103; Boëtius, déciſion 200; Louet, let. R, num. 39: on l'a déja vu ci-deſſus; mais l'ordre des matiéres rendent ces répétitions néceſſaires; on va examiner ici la rigueur de la faculté de reprendre, & quand cette faculté a lieu ſur cette rigueur; voyez Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 9; le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 2, diſt. 5; cette rigueur eſt de droit commun.

II. Ses héritiers, en renonçant, la perdent pareillement, ils ne peuvent avoir plus de droit qu'elle; ainſi, dans l'un comme dans l'autre cas, la miſe & l'ameubliſſement reſtent à la communauté, ils ſont partie de ſa maſſe qui reſtent intégralement au mari s'il eſt ſurvivant, ou à ſes héritiers s'il eſt prédécédé, & ce ſi au moyen de la renonciation à la communauté de la part de la femme ou de ſes héritiers; c'eſt la condition attachée à la faculté qu'ils ont de renoncer, de laiſſer leur miſe & de s'affranchir ſeulement des dettes de la communauté, ſans en rien reprendre.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & réſulte de l'art. 220 de la coutume; notes ſur Dupleſſis, pag. 242; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 9; & cela eſt de droit commun.

III. Mais ni la femme ni ſes héritiers ne les perdent plus, ſi par le contrat de mariage il leur eſt accordé la faculté de les reprendre en renonçant; c'eſt clauſe & condition licite qui doivent avoir leur exécution, & pour cette repriſe la femme prime même le douaire, parce que c'eſt portion de dot.

La femme & les héritiers qui ont la faculté de cette repriſe, ont hypotheque avant le douaire, c'eſt véritablement portion de dot; arrêt du 5 avril 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 12; voyez ci-après le chapitre de l'ordre des conventions matrimoniales, où il eſt établi que cette repriſe eſt vraie portion de dot, tout auſſi favorable que celle qui a été ſtipulée propre, preuve de ſa préférence ſur le douaire.

IV. La dépendance ſous laquelle la femme vit, a fait autoriſer cette clauſe, quoique contraire aux regles des ſociétés où chacun ne doit avoir l'eſpérance du gain qu'en courant riſque de perdre; & cette dépendance eſt une très-juſte baſe de la licence de cette faculté.

Voyez la note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 442, & le traité des propres de Renuſſon, ch. 4, ſect. 9; mais cette clauſe, comme contraire aux régles générales, eſt de rigueur, & c'eſt ce qu'on va expliquer.

V. La faculté de reprendre la miſe en communauté, étant contraire aux régles des ſociétés, ne ſe ſupplée pas; l'enfant d'un précédent mariage ne peut même l'exercer ſi elle n'eſt ſtipulée en ſa faveur: premiere application de cette rigueur; on expliquera les autres par la diſtinction qui ſuit, ſauf à l'égard de l'enfant d'un premier lit, l'exécution de l'édit des ſecondes noces.

Bouchel, ch. 59; & cela a été jugé au châtelet, contre un enfant d'un précédent mariage; l'auteur du traité des propres, chap. 4, ſect. 9, num. 8, pag. 452. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez la premiere propoſition de la troiſieme diſtinction ci-après.

VI. La femme mineure n'eſt pas reſtituable contre l'omiſſion de cette clauſe, la miſe

étant de juſtice & de droit commun ; ſeconde application de la rigueur avec laquelle on doit regarder la faculté de reprendre la miſe en communauté.

Telle eſt l'opinion commune ; mais elle le ſeroit contre une ſtipulation de communauté de tous biens, ce qui eſt conforme au ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 1, pag. 425 & 426 ; & à celui de le Brun, traité de la communauté, page 425, num. 8, & 426, num. 9. Dernier cas ſur lequel je ne vois pas que la reſtitution en entier puiſſe recevoir quelque difficulté, lorſque par l'effet d'icelle la femme mineure ſouffre leſion, puiſqu'en ce cas la clauſe ſeroit exhorbitante du droit commun.

☞ L'opinion ci-deſſus, quant au défaut de ſtipulation de repriſe, eſt encore fondée ſur un arrêt du 17 février 1654, qui a jugé qu'une femme mariée mineure par ſa mere ne peut être relevée du défaut de ſtipulation de repriſe de ſa miſe en communauté, en cas de renonciation ; voyez le journal des audiences, où cet arrêt eſt rapporté, tom. 1, liv. 7, ch. 31.

VII. La faculté de reprendre ceſſe lorſque le contrat de mariage n'eſt pas quittancé, & que le laps de tems n'a pas opéré quittance, puiſqu'alors la miſe n'étant pas prouvée, la repriſe ne peut plus avoir d'objet, le payement de la dot en étant la premiere baſe.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 441, num. 47, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

VIII. En ce cas, non-ſeulement la repriſe ceſſe, mais encore la femme doit l'intérêt de ſa miſe en communauté, ſon engagement devant avoir tout ſon effet, elle doit même le capital de cette miſe à la communauté, ſi elle l'a acceptée, dont elle confond en ce cas moitié dans ſa perſonne, ainſi que des intérêts ; mais ſi il y a faculté de reprendre ſa miſe, & qu'elle ait renoncé à la communauté, en ce cas & quant au capital ſeulement, ſa repriſe ſe compenſe avec l'action dont elle eſt tenue, mais elle doit tous les intérêts, parce qu'ils appartiennent irrévocablement à la communauté, dans laquelle elle n'a rien à prétendre au moyen de ſa renonciation.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant ; le contraire produiroit avantage indirect, & les clauſes des contrats de mariage ſont inviolables, ce qui entraîne pareillement les intérêts de la portion de la dot ſtipulée propre, l'un eſt ſuite de l'autre, tous ces divers intérêts tombant indiſtinctement dans la communauté.

IX. Mais le défaut de quittance n'empêcheroit pas la repriſe ſi le mariage avoit duré dix ans ſans pourſuite de la part du mari, ſauf les exceptions ci-après ; ce laps de tems opérant quittance relativement à la femme, & par conſéquent fondant la repriſe de la miſe comme elle fonde en ſa faveur celle de la portion de ſa dot promiſe, & ſur laquelle on a imprimé la fiction de propre fictif, le laps de tems ayant produit quittance.

Voyez le titre de la preſcription, où cela eſt établi ; le Brun, qui y eſt cité, & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

X. La propoſition précédente reçoit quelques exceptions. Lorſque la femme s'eſt dotée elle-même, le défaut de quittance empêche abſolument la repriſe encore que le mariage ait duré plus de dix ans, de même ſi elle eſt héritiere du dotateur, parce qu'en ce cas elle eſt garante de ſa propre action : garantie qui anéantit cette action dans ſa perſonne, & par conſéquent la répétition : telles ſont les principales exceptions à la propoſition précédente.

Cela eſt établi ſur le titre des preſcriptions. Sur les queſtions de ſavoir ſi la quittance de dot ſous ſignature privée, ſi celle donnée par acte authentique, mais depuis le mariage, eſt valable, voyez le Brun, traité de la communauté, page 44, num. 47, 48, 49 & 50. A l'égard de la quittance authentique, quoique donnée depuis le mariage, il eſt d'une juriſprudence très-conſtante au châtelet, qu'elle produit tout ſon effet, comme étant relative au contrat de mariage, & la conſommation de l'engagement qu'il contenoit quant à ce ; relation qui en fonde la légitimité, & lui fait produire effet ; quant à celle ſous ſignature privée, elle eſt fort ſuſpecte, par la facilité qu'il y a de la ſupprimer.

☞ Toute quittance de dot doit être paſſée devant notaire ; l'art 130 de l'ordonnance de 1629 l'exige, à peine de nullité ; mais elle ne prononce cette peine, que relativement aux créanciers ſeulement ; voyez l'arrêt du 17 décembre 1703, rapporté par Augeard, tom. 1, num. 231.

DISTINCTION II.

Que la faculté de reprendre ne s'étend pas d'un cas à un autre, & qu'il faut étroitement ſuivre la clauſe, que néanmoins elle s'ouvre par la ſéparation & par la mort civile.

XI. Cette faculté étant contre les régles des ſociétés, comme on l'a déja dit, ne s'étend pas d'un cas à un autre, on va voir ici les autres ſuites de cette maxime : c'eſt un ſecond principe ſubordonné à celui qu'on a établi, que cette faculté ne ſe ſupplée pas.

Cela s'obſerve très-ſcrupuleuſement au châtelet ; voyez la note ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 1, pag. 442 ; cette note eſt déſignée par un triple K ; voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 92, pag. 140 & ſuivantes ; le Maitre, pag. 269 & 270 : tous établiſſent cette régle générale que les propoſitions ſuivantes vont confirmer.

XII. De-là il s'enſuit que ſi cette faculté

eſt accordée à la femme ſeule, cette faculté par ſon prédécès devient inutile, & elle ne paſſe pas à ſes héritiers, ni même à ſes enfans : premiere conſéquence qui naît du principe contenu dans la premiere propoſition, & c'eſt droit commun.

De Montholon, ch. 66 ; Bouguier, let. R, num. 5 ; Louet & Brodeau, let. F, num. 28 ; Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect 2, pag. 427 & 428 ; notes ſur ſon commentaire, pag. 442 ; de Renuſſon, des propres, ch. 4. ſect. 9, num. 6, pag. 452 ; & cela eſt d'un uſage inviolable au châtelet.

XIII. Suivons les conſéquences du même principe : il s'enſuit, que s'il eſt permis à la femme de reprendre ce qu'elle a apporté, la faculté de reprendre n'embraſſe pas ce qui lui eſt échu pendant le mariage par ſucceſſion, donation ou legs, lorſque ce qui lui eſt ainſi échu eſt tombé en communauté par ſa nature, & que la loi ne l'en a pas diſtrait, ce qui arrive par rapport aux meubles échus par ſucceſſion : ſeconde conſéquence qui naît du même principe ; en effet, en ce cas les termes par leſquels on a exprimé la faculté de reprendre ne peuvent tomber que ſur la miſe actuelle lors du mariage, ainſi par le principe que cette clauſe ne peut s'étendre d'un cas à un autre, elle ne peut tomber ſur ce qui eſt échu depuis le mariage ſauf l'effet de la clauſe lorſque ſes termes tombent ſur l'avenir.

Cependant ſi la clauſe de repriſe étoit conçue en termes de futur, s'il étoit ſtipulé que la femme en renonçant, reprendra ſa dot, & tout ce qu'elle juſtifiera avoir apporté de plus, la clauſe embraſſe tout ce qui lui eſt échu, même le legs à elle fait par un étranger ; arrêt du 12 août 1631, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 4, chap. 45. C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, page 436, num. 36 & 437, num. 38. Mais lorſque la faculté de reprendre ne frappe que la dot ou miſe en communauté, en ce cas elle ne s'étend pas au mobilier échu à la femme pendant le mariage par ſucceſſion, donation, ou legs ; arrêt du 16 juillet 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 35 : ce qui a été encore jugé par arrêt du 18 juin 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 109 ; Dumoulin ſur l'art. 115 de la coutume, avoit penſé le contraire ; mais ſon opinion n'a pas été ſuivie, ainſi que l'ont obſervé les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 442 & 443 : c'étoit opinion qui alloit à changer les termes de la clauſe qu'il faut ſuivre dans ſon étendue.

XIV. S'il eſt ſtipulé qu'elle pourra reprendre tout ce qui eſt tombé de ſon chef en communauté, en ce cas la faculté de reprendre comprend tout ce qui eſt échu du chef de la femme ; en effet, la faculté de repriſe ainſi ſtipulée n'étant pas limitée, embraſſe tout.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & cela a été établi ſur la propoſition précédente, & eſt fondé ſur l'arrêt qu'on y a cité du 12 août 1631.

XV. Quoique cette faculté ſoit de rigueur, la femme l'exerce dans le cas de la ſéparation de biens, la femme ne devant pas ſouffrir par le fait de ſon mari ; toutes les ſentences de ſéparation rendues au châtelet le juſtifient : & c'eſt en ce cas vraie exécution & non extenſion de la clauſe, & autrement le préſervatif que la ſéparation de biens fournit à la femme ſeroit en partie inefficace, puiſqu'il ne la mettroit pas totalement à l'abri de la perte de ſon bien, dont ſa miſe en communauté fait partie.

Voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 444 ; le Maître, pag. 171 ; c'eſt auſſi le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 430, num. 21. L'auteur du traité des propres ſouvent ſingulier dans ſes opinions, a penſé le contraire, ch. 4, ſect. 9, num. 10, pag. 454 : je ne penſe pas que cette opinion puiſſe faire la moindre impreſſion, parce qu'elle va directement contre la fin de la ſéparation des biens.

XVI. Lorſqu'elle l'a exercé par cette voie, il n'y a pas lieu à la reſtitution en faveur du mari, encore que la clauſe fût limitée à la femme & qu'elle mourût avant ſon mari ; mais pour cela il faut que la repriſe ſoit accordée dans le cas de la diſſolution de communauté ; mais je penſe qu'il en ſeroit autrement, & qu'il y auroit lieu en faveur du mari à la répétition, ſi elle n'étoit accordée qu'en cas de ſurvie : ce tempérament conſerve les principes.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 61 ; le Brun, de la communauté, pag. 430 & 431 ; eſtiment qu'il n'y a pas lieu à la reſtitution dans le cas même que la repriſe auroit été ſtipulée en cas de ſurvie ; l'arrêt du 30 mai 1682, dans le journal des audiences, eſt contraire ; en effet, la lettre du contrat décide ici, & l'on ne peut s'en écarter ; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

☞ Sur la ſeconde partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 26 février 1718, rapporté par Brillon, en ſon dictionnaire des arrêts, *verb.* repriſe. Cet arrêt a adjugé au mari ſurvivant ſa femme 20000 liv. de droit de ſurvie après la mort de ſa femme, quoiqu'elle eût exercé la repriſe de ſa dot à cauſe de ſa ſéparation judiciaire.

XVII. Ce qui fonde l'exercice de cette faculté, dans le cas de la ſéparation, eſt que ce n'eſt pas gain nuptial, mais conſervation de dot, à laquelle la diſſipation du mari fait ouverture, & que la miſe, lorſqu'il y a faculté de reprendre, eſt vraie dot ; qualité qui fonde la répétition de la miſe, puiſqu'elle tombe ſur toute la dot, & lorſqu'elle a été exercée, c'eſt droit acquis qu'un événement futur & contingent ne peut effacer.

Pour cette répétition, la femme a hypothéque du jour du contrat de mariage; de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 9, num. 26, pag. 466; en effet, & comme on l'a déja obſervé, c'eſt le titre commun à toutes ſes repriſes & conventions matrimoniales, ce qui eſt ſans difficulté.

XVIII. Il en eſt de même de la mort civile du mari; elle ouvre cette faculté quoiqu'accordée à la femme en cas de ſurvie; & ce ſans charge de retour, la mort civile, relativement aux effets civils, imitant en tout la mort naturelle, & produiſant par conſéquent les effets de cette derniere.

Le Maître, pag. 271; en effet, pour une créance on doit regarder cette mort comme la mort naturelle, & je ne crois pas que pour ce cas on puiſſe appliquer la déciſion de l'arrêt du 30 mai 1682, rendu dans le cas de la ſéparation, & cité ſur l'avant-derniere propoſition.

DISTINCTION III.

Que cette faculté ne s'étend pas d'une perſonne à une autre.

XIX. Comme cette faculté ne s'étend pas d'un cas à un autre, de même elle ne s'étend pas d'une perſonne à une autre; en effet, ſi la veuve ayant des enfans d'un premier lit, convole à de ſecondes noces, & ſtipule par le contrat de ſon ſecond mariage, qu'il ſera permis à elle & aux enfans qui en naîtront de reprendre en renonçant, cette faculté n'embraſſe pas les enfans du premier lit: voilà la rigueur de la clauſe qu'une autre loi tempere; en effet, par la loi impérieuſe de la collation, les enfans du ſecond lit, ſi ils l'exercent, ſont tenus d'en faire raiſon aux autres; c'eſt un droit qu'ils ont, mais par l'effet du rapport & non par celui de la clauſe qu'ils ne peuvent invoquer.

Cela a été ainſi jugé à la chambre du conſeil au rapport de M. Boucher, ſur un procès appointé, auquel j'avois écrit; cela réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 439, num. 43, & il le dit expreſſément, pag. 447, num. 83.

☞ C'eſt auſſi ce qui a été jugé par un arrêt du 3 février 1611; voyez Mornac, ſur la loi 10, cod. *de pactis*. Peleus, queſt. 98; & Auzannet, ſur l'art. 237, de la coutume de Paris.

XX. Mais la clauſe qui embraſſe les enfans en général comprend les petits enfans; cette expreſſion générique comprenant tous les deſcendans, & par conſéquent ceux du premier lit.

Telle eſt l'opinion commune; le Brun, de la communauté, pag. 429, num. 18, eſt d'avis contraire, parce que cette faculté eſt de rigueur; mais c'eſt en porter la rigueur trop loin, contre la diſpoſition de droit qui comprend les petits enfans ſous le nom générique d'enfans; ainſi il me paroît que cette opinion commune eſt plus juridique & plus équitable que celle de le Brun.

XXI. La veuve en ayant été ſaiſie, ſes créanciers l'exercent avec hypothéque privilégiée au douaire; c'eſt en ce cas portion de ſa ſucceſſion, c'eſt droit qu'elle leur a tranſmis & dont ils font l'exercice de ſon chef & non du leur.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 5 avril 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 12; à l'égard de la ſeconde partie de la propoſition, telle repriſe eſt portion de dot, ce qui la fonde & ce qu'on établira ci-après plus au long, en examinant l'ordre des repriſes de la femme.

XXII. Les bornes de cette clauſe s'obſervent ſi ſcrupuleuſement, que ſi la clauſe portoit faculté de repriſe en faveur de la femme & de ſes héritiers collatéraux, ce qui ſeroit à la vérité bizarre; les enfans, même ceux nés du mariage, ne pourroient exercer cette faculté; la lettre de la clauſe, quoique contenant les collatéraux, ne les comprenant pas; cela eſt rigoureux mais exact.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 2, pag. 428, au commencement; c'eſt auſſi celui de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 460, num. 23; de le Brun, de la communauté, pag. 427, num. 12; & de le Maître, pag. 271. Rigueur en ce cas bien ſenſible, mais dont on ne peut s'écarter, la lettre claire du contrat ne pouvant recevoir d'atteinte.

XXIII. Par cette même rigueur, ſi la clauſe eſt en faveur de la femme & des ſiens, cela ne comprend que les enfans, non les collatéraux que ce mot *ſiens* ne peut embraſſer; cela eſt tout enſemble exact & judicieux, aller au-delà ſeroit ajouter à la clauſe.

Le Brun, de la communanté, pag. 430, num. 19, & l'on le juge ainſi au châtelet.

DISTINCTION IV.

Comment on interprête les termes équivoques dans leſquels la clauſe de repriſe eſt ſouvent conçue.

XXIV. Malgré l'attachement aux termes du contrat, quoique la clauſe de repriſe ſoit ſcrupuleuſement renfermée dans ſes termes, néanmoins s'il eſt ſtipulé qu'arrivant le prédécès du mari, il ſera permis à la future épouſe & aux enfans de reprendre, telle clauſe s'entend diviſément; la femme l'exerce en cas de ſurvie, & les enfans l'exercent dans le cas que leur pere ſurvit; cette clauſe devant opérer quelque choſe par rapport à ces derniers; raiſon ſatisfaiſante qui en ce cas la fait militer en leur faveur, parce que ſans cela elle ſeroit à leur égard ſans effet, ce qui ne doit pas être.

Arrêt du 27 février 1623, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, ch. 21;

les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 1, pag. 442; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXV. Cela eſt fondé ſur ce que la clauſe, quoique ainſi ſtipulée, doit avoir ſon exécution à l'égard des enfans, & que ſans cette juſte interprétation qu'on lui donne, elle n'en auroit aucune pour eux; ils doivent donc en ce cas avoir la faculté de reprendre, cette faculté naiſſant du ſens de la clauſe, nonobſtant l'équivoque de la lettre qui conjoint les enfans avec la femme, mais qui donne à ces derniers un droit perſonnel & non pas un ſimple concours avec leur mere, droit perſonnel qu'ils ne peuvent exercer que par ſon prédécès.

De Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 4, ſect. 9, num. 25, pag. 461 & 462.

XXVI. Il en eſt de même ſi la clauſe eſt conçue en ces termes, [*qu'il ſera permis à la future & aux enfans d'accepter la communauté ou d'y renoncer, & que renonçant, la future épouſe reprendra;*] quoique ſuivant la lettre de cette clauſe la faculté de reprendre ne ſoit accordée qu'à la femme, cependant ſes enfans peuvent auſſi l'exercer; la mention d'eux dans la premiere partie de la clauſe influe néceſſairement ſur la ſeconde; c'eſt favorable interprétation, la faculté de renoncer étant de droit; ainſi la lettre embraſſant les enfans, on a voulu leur donner une faculté plus étendue que celle que portoit la loi.

Voyez Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 11, qui rapporte l'arrêt du 27 février 1624, qui eſt dans le journal des audiences, comme jugeant ainſi cette queſtion, différente de celle contenue dans la premiere propoſition de cette diſtinction; c'eſt le ſentiment des auteurs des nottes ſur Dupleſſis, pag. 442; de Renuſſon, des propres, pag. 461, num. 25; le Brun, de la communauté, pag. 420, num. 10, eſt d'avis contraire; mais le Maître, pag. 271, confirme encore la propoſition; voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

XXVII. En effet, par la clauſe on a voulu leur donner une faculté, qui ne peut être celle de renoncer, qui eſt de droit; ainſi cette faculté, quoique mal exprimée, ne peut être que celle de reprendre, puiſque par le contrat de mariage on leur a donné une faculté, & que cette faculté, qui eſt devenue la loi du mariage, ne peut être autre que celle-là; encore une fois c'eſt juſte & favorable interprétation.

Telle eſt l'opinion commune; elle me paroît conforme à la rigueur de la régle & à la raiſon.

XXVIII. Nonobſtant la rigueur avec laquelle la faculté de reprendre eſt entendue, ſi la clauſe porte généralement qu'il ſera permis à la future épouſe de reprendre, ſans que la repriſe ſoit plus particulariſée, la faculté de reprendre embraſſe tout, c'eſt-à-dire, qu'elle embraſſe non-ſeulement la miſe mobiliaire, non-ſeulement l'immeuble ameubli, mais encore tout ce qui eſt échu à la femme pendant le mariage; c'eſt le vrai ſens d'une telle clauſe qui n'excepte rien; la limiter, ce ſeroit la dénaturer, & de générale qu'elle eſt, la rendre particuliere.

Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, pag. 443 & 444, mais je crois que pour lever ſur cela la difficulté, il faut que la clauſe ſoit conçue *per verba de futuro* (tout ce que la femme aura apporté;) en ce cas toute difficulté doit être diſſipée; mais dans l'autre c'eſt toujours le vrai ſens de la clauſe.

☞ Il y auroit en effet beaucoup de difficulté ſi la clauſe n'étoit pas conçue *per verba de futuro*; car par un arrêt du 16 Juillet 1677, rapporté au journal des audiences, tom. 3, liv. 11, ch. 35. On a jugé que la repriſe des conventions matrimoniales n'a lieu pour les choſes mobiliaires échues par ſucceſſion directe pendant le mariage, quand par le contrat il n'y a qu'une repriſe de dot en général, & qu'il n'eſt point ſtipulé qu'elle comprendra ce qui ſera échu par ſucceſſion.

XXIX. Cela eſt fondé ſur ce que la faculté en ce cas, ne limitant rien, doit tout embraſſer, & principalement, ſi par ſa lettre elle a trait à l'avenir; mais encore une fois, dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt l'effet qu'on doit donner à la clauſe.

De-là il s'enſuit que ſi la clauſe étoit conçue *per verba de preſenti*, (tout ce que la future a apporté) la repriſe ne comprendroit que la miſe; mais ſi elle étoit conçue *per verba de futuro*, alors elle comprendroit ce qui lui ſeroit échu pendant le mariage: les mêmes auteurs des notes ſur Dupleſſis, à la même pag. 444; le Brun, de la communauté, pag. 436, num 36 & pag. 437, num 38. Mais s'il n'y a pas de faculté de repriſe ſtipulée, l'immeuble ameubli par la femme, comme le ſurplus des conquêts, reſte au mari; le Brun, de la communauté, pag. 436, num. 35: ce qui eſt inconteſtable, puiſque l'ameubliſſement le fait réputer conquêt; cela eſt établi ci-deſſus, c'eſt portion de la communauté.

DISTINCTION V.

Des cas eſquels la faculté de reprendre eſt tranſmiſe par ceux qui auroient droit de l'exercer à leurs héritiers.

XXX. Si la veuve qui avoit droit de reprendre meurt avant de s'être expliquée ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, cette faculté peut être exercée par ſes héritiers, quoiqu'ils ne fuſſent pas compris dans la clauſe lorſqu'elle a ſurvécu ſon mari, & qu'elle a été ſaiſie de ce droit, il forme portion de ſa ſucceſſion: ce droit, mais de ſon chef ſeulement, paſſe donc en ce cas à ſes héritiers, c'eſt comme on l'a dit

tranſmiſſion d'un droit qui doit opérer en faveur de ceux au profit deſquels elle ſe fait, c'eſt droit acquis & non conſommé.

Le Brun, de la communauté, pag. 428, num. 16; de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 9, num. 28, pag. 463 : voyez les quatre propoſitions ſuivantes qui confirment celle-ci, qui eſt regardée au châtelet comme inconteſtable ; en effet, elle eſt telle par les principes de la tranſmiſſion.

☞ Voyez auſſi l'arrêt noté par Maillard, rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de M. Daverdouin, le 29 juillet 1716, il juge en conformité du principe établi par la propoſition, que la repriſe dont la femme a été ſaiſie par le prédécès de ſon mari peut être exercée par ſes enfans, quoique la femme ne l'ait pas exercée, & qu'elle n'ait pas renoncé à la communauté.

XXXI. En effet, ce droit par la ſurvie de la femme eſt acquis, il fait partie de ſa ſucceſſion, & ſes héritiers l'exercent non de leur chef, mais du chef de celle qu'ils repréſentent, à laquelle il étoit acquis, & qui le leur tranſmet comme tous ſes autres droits; c'eſt donc en ce cas vraie tranſmiſſion & non exercice de leur part d'un droit qui leur ſeroit perſonnel, mais tranſmiſſion qui opére autant que ſi ils étoient compris dans la clauſe, autrement ce ſeroit détruire la clauſe en partie, & y ajouter une condition qui n'y eſt pas attachée.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet ; voyez le Brun, cité ſur la propoſition précédente.

XXXII. S'il s'éleve une conteſtation entre les héritiers de cette veuve ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, ce n'eſt pas l'intérêt ni des uns ni des autres qui détermine ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté; c'eſt le parti qui auroit été le plus avantageux à cette veuve qu'il faut ſuivre ſur cela, c'eſt le *quid utilius* qui détermine ce droit entre ſes héritiers ; c'eſt un bon guide, & le ſeul qui ſoit à ſuivre en ce cas.

Le *quid utilius* en ce cas détermine cela ; c'eſt encore la juriſprudence du châtelet, conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 423, num. 26.

XXXIII. Ce droit de reprendre paſſe non-ſeulement aux héritiers de la veuve, qui ſeroit décédée ſans l'avoir conſommée, mais encore à ſon légataire univerſel & même à ſes créanciers ; c'eſt droit tranſmiſſible puiſqu'il étoit acquis à la veuve, il n'y a eu que ſa conſommation qui a été différée ; ainſi ceux qui ont droit d'exercer ſes droits, & qui la repréſentent, peuvent donc exercer celui-là.

Il en ſeroit autrement, ſi elle étoit morte avant ſon mari ; alors ce droit, dont elle-même n'auroit jamais été ſaiſie, ne pourroit être exercé ni par les uns, ni par les autres, puiſqu'ils ne peuvent avoir plus de droit que des héritiers légitimes qui ne l'auroient pas, comme on l'a établi ci-deſſus ; voyez de Renuſſon des propres, ch. 4, ſect. 9, num. 17 : ce qui ne me paroit pas ſouffrir la moindre difficulté ; c'eſt l'effet de la limite de la clauſe.

XXXIV. On a déja expoſé la raiſon qui fonde la derniere propoſition, c'eſt-à-dire, la tranſmiſſion de ce droit; c'eſt que la condition de cette faculté étant accomplie par la ſurvie de la femme, & le droit de cette faculté acquis à elle & à ſa ſucceſſion, ce droit peut être exercé par tous ceux qui la repréſentent, & par conſéquent par un légataire ou des créanciers, comme il peut être exercé par des héritiers; nulle différence en ce cas à faire entr'eux.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, mais ſi la femme étoit morte la premiere, & qu'elle eût inſtitué un légataire univerſel, il ne peut exercer la repriſe, quoiqu'elle comprenne les collatéraux, parce qu'au moyen du legs univerſel, la repriſe ne les intéreſſe plus : tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 429, num. 17 ; ce qui eſt bien rigoureux, dans le cas même que la clauſe tomberoit nommément ſur les héritiers collatéraux, mais que je ne puis adopter dans le cas que la faculté de reprendre eſt ſtipulée en faveur des enfans, & enſuite des héritiers en général, parce que la délivrance du legs fait paſſer tous les droits des collatéraux dans la perſonne du légataire univerſel qui eſt un héritier teſtamentaire ; & même pour ſimplifier, & ſuivant l'équité il ſeroit à propos dans le cas que la faculté de repriſe embraſſe les collatéraux, d'en accorder l'exercice à un légataire univerſel.

XXXV. Mais les créanciers de la femme ne peuvent l'exercer de ſon vivant ; c'eſt droit conditionnel & qui ne peut s'ouvrir que par la ſurvie de la femme ; qualité qui dans ce cas les rend non-recevables dans l'exercice d'icelui ; ce ſeroit exercice prématuré.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 9, num. 13, juſqu'au num. 22 ; & comment le pourroient-ils faire ? ils ne peuvent avoir plus de droit qu'elle, qui ne le peut que dans le cas de la ſéparation.

XXXVI. Il en eſt de même de la tranſmiſſion de ce droit qui vient du chef de la femme, même & qu'on a examiné ci-deſſus; dans ce cas, qu'il y a eu un enfant né du mariage, ayant faculté de reprendre, & que cet enfant ſoit mort ſans s'être déterminé, ſes héritiers, ſon légataire univerſel, ſes créanciers même exercent cette faculté de ſon chef, comme faiſant partie de ſa ſucceſſion ; mais c'eſt de ſon chef non du leur qu'ils l'exercent, ce droit eſt en effet portion de la ſucceſſion de cet enfant, & s'il y a contradiction entre ſes héritiers, on la fait ceſſer par le *quid utilius*, comme on l'a dit ci-deſ-

ſus par rapport aux héritiers de la femme; cela eſt encore le juſte effet de la tranſmiſſion.

C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 1, pag. 442, vers la fin; voyez auſſi Bacquet des droits de juſtice, ch. 21, num. 87 & 88.

DISTINCTION VI.

Que lorſque les héritiers de la femme ſont ſaiſis perſonnellement du droit de reprendre en renonçant à la communauté, chacun d'eux peut prendre le parti qu'il juge à propos.

XXXVII. Lorſque les héritiers de la femme ſont eux-mêmes & perſonnellement ſaiſis du droit de reprendre, étant nommément compris dans la clauſe, & l'exerçant ou ayant droit de l'exercer de leur chef, ce n'eſt plus alors le *quid utilius* qui détermine comme il détermineroit, & ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus, lorſqu'ils n'exercent cette faculté que par droit de tranſmiſſion; en effet, lorſqu'ils l'exercent de leur chef, chacun d'eux peut prendre le parti qu'il juge à propos, ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, parce que l'un d'entr'eux ne doit ni ne peut donner la loi aux autres; l'on va voir ce qu'opére la différence des partis qu'ils prennent; on ſe fixe ici à leur puiſſance de diviſer ce droit, diviſion qui eſt une ſuite de leur ſaiſine conjonctive, mais qui doit ſe diviſer entr'eux.

Le Brun de la communauté, pag. 400, num. 5, voyez les propoſitions qui ſuivent, qui expliquent celle-ci, & qui en contiennent l'application; le Maître, tit. 10, pag. 170 & 171, la confirme: en effet, chacun d'eux a été ſaiſi de ſon droit, & il en peut donc uſer a ſon gré.

XXXVIII. De-là il s'enſuit que dans le cas que les héritiers de la femme ont droit de reprendre en renonçant à la communauté, ſi la femme prédécédée a laiſſé deux héritiers, dont l'un accepte la communauté, l'autre y a renoncé pour reprendre, ces partis oppoſés doivent s'exécuter pour ce qui compéte à chacun de ces héritiers, & ils n'ont rien d'incompatible, les droits du mari ſurvivant étant ſur cela conſervés, comme on le va voir par ce qui ſuit, & c'eſt par cela même que la variété ſur ce n'eſt pas à conſiderer; en effet, le mari ne ſouffre pas de la différence de ces deux partis, ce que cela opére à ſon égard eſt de ſincoper le droit que les héritiers de la femme peuvent faire valoir contre lui, & de faire pour ce même deux opérations, qu'on va développer; voilà tout ce qu'opére cette variété de parti, ſuite encore une fois de la ſaiſine collective, mais de plein droit diviſible entre les héritiers parce que ſi l'un s'abuſe, c'eſt lui ſeul qui ſouffre de ſon fait.

Le Brun de la communauté, pag. 400 & 401.

XXXIX. Dans ce même cas le mari rend compte de communauté à l'acceptant, mais pour un quart ſeulement, & les trois autres quarts lui reſtent, ce qui lui conſerve ſur ce tous ſes droits par rapport à celui-là; ils ſont auſſi conſervés à l'égard de l'autre comme on le va voir.

Voyez le Maître, à la page citée ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction.

XL. A l'égard du renonçant le mari ne lui paye que la moitié de la repriſe ſeulement; le partage de la maſſe tel qu'il eſt marqué dans la propoſition précédente, l'affranchit de l'autre moitié de la repriſe de la miſe; ainſi les droits du mari ſont par-là conſervés comme ceux des deux héritiers qui avoient chacun un droit d'option, & qu'ils ont pu faire valoir à leur gré.

Je l'ai vu ainſi régler au châtelet dans pluſieurs comptes de communauté, & cela réſulte de ce que dit le Brun aux pages ci-deſſus citées; & cette double opération me paroit très-réguliere, puiſqu'elle conſerve tous les intérêts, tant du ſurvivant des conjoints, que de tous les héritiers entre leſquels le *quid utilius* devient indifférent; puiſqu'il n'en eſt pas ici comme dans le cas que le défunt n'a pas déterminé ſa qualité dans une ſucceſſion qui lui eſt échue, & qu'il y a conteſtation entre ſes héritiers, s'il ſera regardé comme héritiers ou comme renonçant; auquel cas il faut néceſſairement ſe déterminer pour le *quid utilius*, parce que la fixation de la qualité influe ſur toutes; mais comme ici il n'en eſt pas de même, & que le parti pris par l'un des héritiers, n'influe pas ſur les autres, chacun ayant ſon droit égal, prend le parti qu'il juge à propos, parce que lui ſeul ſouffre du parti qu'il a pris s'il eſt mauvais, ce qui eſt d'autant plus juſte, que c'eſt un droit acquis au mari ſurvivant.

XLI. En effet, par cette double opération inévitable en ce cas, les droits du mari & ceux des héritiers de la femme ſont conſervés dans toute leur étendue, nonobſtant la différence des qualités, la renonciation & l'acceptation produiſant chacune leur effet dans leurs juſtes bornes; & c'eſt cet effet qu'il faut conſerver pour ſuivre les régles de la juriſprudence & les principes de la coutume.

Le mari ne paye que moitié de la repriſe à l'un & il ne compte à l'autre & ne lui fait recette que du quart de la maſſe de la communauté, ſans aucun prélevement de miſe, l'accroiſſement qui ſe fait à ſon profit d'un quart de la maſſe, le remplissant de ce qu'il a payé à l'héritier de la femme renonçant à la communauté, & qui a exercé la repriſe; cela me paroît inconteſtable, & au moyen des trois quarts de la maſſe, il eſt totalement rempli; nonobſtant le payement de la moitié de la miſe.

DISTINCTION VII.

Que la faculté de reprendre & l'action qui en réſulte, ſont mobiliaires, la repriſe de l'immeuble ameubli exceptée.

XLII. La faculté de reprendre eſt mobiliaire, c'eſt-à-dire, l'action pour exercer ce droit; de-là il s'enſuit, que lorſque du mariage il eſt né un enfant; ſi cet enfant a eu droit de reprendre en renonçant & qu'il ſoit mort ſans avoir déterminé ſa qualité au ſujet de l'acceptation ou de la renonciation à la communauté, & qu'il ait laiſſé ſon pere pour héritier mobiliaire, le pere ſuccéde au droit de reprendre, qui demeure confondu dans ſa perſonne, comme étant lui-même le débiteur de cette repriſe, ſi le parti de la renonciation étoit le plus avantageux pour le fils; c'eſt une ſuite de la nature de cette action qui eſt mobiliaire, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit, & la nature de l'immeuble ameubli qui étant repris conſerve ſa qualité de propre.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & cela y a été ainſi jugé pluſieurs fois, moi plaidant; mais cela ne s'entend qu'avec la reſtriction compriſe dans la propoſition, & qu'on va expliquer.

XLIII. Cela n'a lieu que dans le cas qu'il eſt conſtant qu'il étoit de l'intérêt de ce fils de renoncer à la communauté; car en ce cas c'eſt le *quid utilius* qui détermine, autrement le pere ne ſuccéderoit pas à la repriſe, mais au mobilier que ſon fils auroit amendé de la communauté, & dans lequel cette repriſe ſe trouveroit confondue, & en ce même cas l'héritier des propres ſuccéderoit à la portion des immeubles que ce fils auroit amendé de la communauté.

C'eſt la limitation que les ſentences du châtelet ont toujours apporté à la juriſprudence expoſée ſur la propoſition précédente; en effet, & comme on l'a établi ci-deſſus, lorſque celui qui étoit ſaiſi de la faculté de reprendre en renonçant, eſt décédé ſans avoir déterminé ſon parti ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, le droit ſur ce de ſes héritiers ne peut ſe déterminer que par le *quid utilius*, conſideré rélativement à lui & non à eux.

XLIV. Quoique dans la thèſe générale, l'action réſultante de la faculté de reprendre ſoit mobiliaire de ſa nature, néanmoins comme la nature des actions ſe détermine par la nature de leur objet, la repriſe de l'immeuble ameubli par la femme eſt immobiliaire; lorſque cet immeuble ameubli ſe trouve en nature au tems de la diſſolution de la communauté; on va expliquer ce qui réſulte de cette diſtinction.

Cela eſt établi au ſecond livre ſur le titre de la nature des actions; voyez auſſi ci-devant le chapitre de l'ameubliſſement; ainſi le pere ne ſuccède pas à une telle repriſe.

XLV. De-là il s'enſuit que ſi l'enfant qui avoit droit d'exercer une telle repriſe, meurt ſans avoir déterminé ſa qualité, & qu'il ſoit conſtant que ſon intérêt étoit de renoncer, la repriſe de cet immeuble ameubli qui ſe trouve en nature, n'appartient pas à ſon pere, comme héritier mobiliaire, mais à l'héritier des propres du côté & ligne de cet immeuble ameubli, cette action étant immobiliaire & par conſéquent ſuſceptible de la qualité de propre: qualité qui exclut le pere d'y ſuccéder, & qui ſaiſit l'héritier de la ligne.

Actio quæ tendit ad immobile immobilis eſt, & la propoſition eſt conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 433, num. 29; & dès que la qualité d'immeubles eſt conſtante, celle de propres le devient pareillement, puiſque tel immeuble a fait ſouche, ce qui prouve la propoſition.

XLVI. Par le même principe, lorſque la veuve reprend le propre par elle ameubli, en vertu de la faculté de repriſe qui lui eſt accordée, tel héritage eſt propre dans ſa perſonne, s'il étoit tel avant le mariage, la repriſe d'icelui mettant les choſes dans leur premier état; en effet, ſi l'action eſt ſuſceptible de cette qualité, à plus forte raiſon, lorſque cette action eſt conſommée, cette qualité reſte-t-elle inhérente à la choſe même.

Le Brun, de la communauté, pag. 50, num. 17; voyez ci-devant le chapitre de l'ameubliſſement.

DISTINCTION VIII.

Que le don mutuel fait entre les conjoints ne fait pas obſtacle à l'exercice de la faculté de repriſe, & que malgré la rigueur, l'exiſtance d'enfant d'un premier lit la fait ſuppléer.

XLVII. Le don mutuel n'empêche pas les héritiers de la femme d'exercer la faculté de reprendre, ſi elle eſt ſtipulée en leur faveur, parce que ce ſont deux droits différens qu'il faut conſerver; on va voir comment on les conſerve chacun dans leur entier; ce qui s'entend dans le cas qu'il y a renonciation à la communauté: car c'eſt cette renonciation qui eſt la baſe de la repriſe.

Cela s'entend dans le cas de renonciation de leur part à la communauté, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, ſur le fondement que le don mutuel poſtérieur au contrat de mariage, ne peut donner atteinte aux clauſes d'icelui, ce qui eſt conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 443.

XLVIII. En effet, les biens ſujets à la repriſe ne ſont point partie de la communauté, dont le ſurvivant doit jouir en ce cas; ces mêmes biens n'en ſont partie que conditionnellement, c'eſt-à-dire, ſous la condition que la communauté ſera acceptée: preuve

preuve qui me paroît sûre, qu'au moyen de la renonciation à la communauté ils ne font plus partie d'icelle, nonobstant le don mutuel, qui, étant postérieur au consentement à cette faculté, ne peut pas lui donner atteinte.

Cela est établi sur le titre du don mutuel, & c'est ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 443 qu'on vient de citer, & la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

XLIX. Une seconde raison est que le mari survivant & donataire mutuel est dédommagé de la perte de l'usufruit de la reprise par la masse totale de la communauté qui lui reste en pleine propriété, au moyen de la renonciation à icelle; d'où il faut conclure que le don mutuel ne fait pas obstacle à l'exercice de la faculté de reprendre; en un mot, ce sont deux droits, & le second n'a pu affoiblir l'autre.

Ricard, du don mutuel, ch. 5, sect. 3, num. 194; Brodeau, sur Louet, let. F, num. 28; le Brun, de la communauté, pag. 443, num. 61, 62 & 63; cependant à la pag. 445, num. 70, il cite arrêt contraire, sans doute que cet arrêt a été rendu sur des circonstances particulieres, & que comme tel il ne peut affoiblir les principes ci-dessus établis; voyez l'auteur du traité des propres, chap. 4, sect. 9, num. 30, pag. 465.

L. Malgré la rigueur de la clause de reprise, l'existance des enfans d'un premier lit de celle qui convole en secondes noces, ce qui a lieu parellement pour un pere convolant, supplée à l'omission de cette clause, & oblige quelquefois à la suppléer; mais c'est l'effet de l'édit des secondes noces; c'est exception qui ne change rien à cette rigueur considérée en général.

Les auteurs des notes sur Dupleſſis, le disent ainsi sur le préciput légal des nobles, pag. 456; mais sans examiner la question ou du moins sans y joindre la limitation qui forme la troisieme proposition qui suit; & à un autre endroit ils disent expressément le contraire, ainsi qu'on va le voir; la proposition a été formée sur l'opinion commune au châtelet, & les suivantes fondent cet usage, qui a sa racine dans l'édit des secondes noces dont on développera toutes les branches dans son ordre.

LI. De-là il s'ensuit que les enfans du premier lit d'une veuve qui a convolé, peuvent exercer la reprise en renonçant à la communauté, quoique la faculté de reprendre n'ait pas été stipulée en leur faveur, leur mere n'ayant pu par telle voie que ce soit avantager son nouveau conjoint au-delà d'une portion d'enfant: preuve qui me paroît sûre de la proposition, sauf la charge de ce droit en ce cas, & qui forme la proposition qui suit; mais pour cela il faut que la mise faite par le convolant dans une seconde communauté sans faculté de la reprendre excede une portion d'enfant: voilà ce qui fait suppléer ou étendre la faculté de reprendre: c'est exécution de l'édit.

Les auteurs des notes sur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2 ch. 4, sect. 1, pag. 442, disent le contraire, & citent un arrêt du 3 février 1615; mais cela ne peut s'entendre que lorsqu'ils n'offrent pas à leur beau-pere pour la reprise de la mise de leur mere une portion d'enfant; Dupleſſis, sur l'art, 279, & sur l'édit des secondes noces, établit que les enfans du premier lit, en faisant de telles offres, peuvent indistinctement & indépendamment de toute stipulation, reprendre toute la mise que leur mere a fait dans la seconde communauté, & tel est l'usage du châtelet, où toute abstraction faite de la faculté de reprendre, on admet toujours les enfans d'une veuve qui a convolé à faire la reprise de la mise faite par elle dans la seconde communauté, en donnant à leur beau-pere portion d'enfant dans les biens libres; charge juste pour parvenir de leur part à l'exercice de ce droit, & qui forme la proposition qui suit; mais encore une fois, cela se fait non en suppléant la faculté de reprendre qu'on ne supplée pas, mais en exécution de l'édit.

LII. Mais pour l'exercice de cette reprise qu'on supplée ainsi en leur faveur pour exécuter l'édit, il faut que les enfans du premier lit abandonnent à leur beau-pere une portion d'enfant dans les biens libres, qui est la limite à tout avantage que le convolant a pu faire à son nouveau conjoint; ainsi en ce cas c'est bien moins faculté de reprendre, que réduction d'un avantage prohibé fait par la voie de la mise en communauté: voilà en ce cas à quoi se réduit cette espece d'extension qu'on donne à la faculté de reprendre.

Je l'ai toujours vu ainsi pratiquer au châtelet, ce qui est conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 446, num. 77; il traite la matiere à fond, pag. 480; pour moi, il me paroît que l'édit des secondes noces leve sur ce toute difficulté, c'est la véritable exécution donc on ne peut s'écarter sans l'affoiblir.

LIII. Suivons cette explication. Dans ce cas c'est moins un supplément, une addition à la clause de reprise omise, qu'une conséquence nécessaire de l'édit des secondes noces, qui ne permet pas à celui qui convole, ayant enfant d'un premier lit, de donner à son nouveau conjoint, par telles voies que ce soit, plus qu'une portion d'enfant dans ses biens libres; ainsi c'est réduction d'avantage & non addition de la clause, qui reste toujours vraiment dans la rigueur & les bornes littérales dans lesquelles on doit la prendre: rigueur qui n'empêche pas ce droit particulier des enfans du premier lit

d'un convolant de réduire tout avantage dans ſes bornes; c'eſt un droit différent qui leur eſt particulier, & que le convol fait naître en leur faveur.

Voyez le titre des donations faites par ceux qui convolent en ſecondes noces, où cela eſt encore plus au long établi, comme étant le vrai ſiége de la matiere.

LIV. Pour la repriſe de la miſe, & lorſqu'elle a lieu, la femme peut pourſuivre en déclaration d'hypothéque ceux qui ont acquis de ſon mari des conquêts; ils ſont hypothéqués aux droits réſultans de ſon contrat de mariage, à la répétition de ſa dot, & par conſéquent à ſa repriſe qui en fait partie.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 447 & 448. Le pouvoir que la coutume donne au mari de diſpoſer des conquêts, n'empêchant pas l'impreſſion de l'hypothéque acquiſe à la femme ſur iceux; ce qui a lieu à plus forte raiſon pour la répétition du montant du propre fictif, qui forme la matiere de la ſection qui ſuit.

SECTION II.

De la repriſe du propre fictif de la femme dans le cas de la renonciation de ſa part à la communauté, & de celle de ſes héritiers.

LV. Dans le cas de la renonciation, la répétition du propre fictif ſe fait en entier, au lieu que dans le cas de l'acceptation, il ne ſe fait que pour moitié; c'eſt le mari qui le doit en ce cas, & non la communauté, qui reſte en entier confondu avec ſes autres biens; mais dans le cas de la renonciation, comme dans celui de l'acceptation, la veuve reprend ſon propre fictif; toute la différence qu'il y a, c'eſt que dans le cas de la renonciation, elle le reprend même ſur les propres de ſon mari, comme on l'expliquera ci-après, au lieu que dans le cas de l'acceptation, elle le reprend ſur la communauté, & en ce cas ſon droit ſur les propres n'eſt que ſubſidiaire.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 5, pag. 460. Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

LVI. Il ſe fait dans ce cas pour le tout, parce qu'il eſt fondu dans la maſſe de la communauté qui reſte au mari: preuve inconteſtable de la propoſition précédente.

Le Brun, de la communauté, pag. 419, num. 19. En effet, par la coutume, le mari ne peut donner aucune atteinte aux propres de ſa femme. Sur cette repriſe voyez Ricard, du don mutuel, chap. 5, ſect. 3; & Renuſſon, traité de la communauté, chap. 3, ſect. 1.

LVII. Cette répétition en ce cas s'exerce indiſtinctement ſur tous les biens du mari qui eſt le débiteur, c'eſt-à-dire, tant ſur les biens de la communauté que ſur ſes propres; ils ſont également les gages de cette repriſe.

C'eſt ce que Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 444 & 445, établit, & ce qui ſe pratique au châtelet.

LVIII. Dans le cas de l'acceptation de communauté, cette répétition ne ſe fait que pour moitié de la part de la veuve ou de ſes héritiers, parce que cela eſt dû par la communauté, & par conſéquent par leur acceptation ils en confondent moitié: confuſion qui ne peut plus avoir lieu dans le cas de la renonciation, & même dans le premier cas, s'il y avoit inſuffiſance la femme ſe rempliroit du montant de ſon propre fictif ſur les propres réels de ſon mari, parce que ce dernier, par tel acte que ce ſoit, & abſtraction faite de toute qualité relative à la communauté, ne peut donner atteinte aux propres de l'autre.

Voyez ci-deſſus la ſection de la repriſe du propre fictif dans le cas de l'acceptation de la communauté, & le Brun, de la communauté, page 420, num. 3.

LIX. De ce que deſſus il réſulte, que pour ſavoir lequel des héritiers du mari eſt tenu du propre fictif de la femme, il faut diſtinguer ſi la communauté a été par elle acceptée, ou ſi elle y a renoncé; au premier cas, la reſtitution du propre fictif eſt dûe par l'héritier des meubles & acquêts du mari, parce que c'eſt un prélevement à faire ſur la maſſe de la communauté, c'eſt une ſimple liquidation & opération de partage de communauté; au ſecond cas, il eſt dû par tous les héritiers à proportion de leur amendement, aux termes de l'article 334 de la coutume, étant en ce cas une vraie dette de ſucceſſion: qualité qui en fait tomber la charge ſur tous.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 4, pag. 453; & telle eſt la juriſprudence du châtelet & ſon uſage dans les comptes de communauté.

LX. Par la répétition du propre fictif, la femme & ſes héritiers ont hypothéque du jour du contrat de mariage; c'eſt le titre de toutes les repriſes de la veuve: c'eſt donc de ce jour qu'elle a hypothéque.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, chap. 4, ſect. 1, pag. 444; le Brun, de la communauté, pag. 420, num. 5 & 8: hypothéque qui influe ſur les conquêts que le mari auroit vendu; voyez les notes ſur la derniere propoſition de la ſection précédente, & je m'étonne que cela ait pu faire une queſtion, puiſqu'il eſt de

principe que l'hypothéque qu'un débiteur a aſſis ſur ſes biens frappe les biens qu'il acquiert par la ſuite, comme ceux qu'il poſſédoit lors de ſon engagement.

LXI. Les intérêts du propre fictif ſont dûs à la femme renonçante à la communauté, à compter du jour de la diſſolution de communauté; c'eſt intérêt qui court par la nature même de la dette qui en produit de plein droit.

Comment les lui refuſeroit-on en renonçant, puiſqu'on les lui adjuge en acceptant la communauté; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, dans l'un comme dans l'autre cas; Dupleſſis, traité de la communauté, ch. 4, ſect. 1, pag. 442, lui accorde les intérêts, dans le cas qu'elle a accepté la communauté, à plus forte raiſon lui ſont-ils dûs lorſqu'elle renonce à la communauté; le Brun, traité de la communauté, pag. 420, num. 7.

LXII. Cela a lieu pareillement en faveur des héritiers de la femme; elle leur tranſmet tous ſes droits, cependant quelques-uns en font différence, je n'en vois pas la raiſon.

Cela ſe juge ainſi au châtelet, dans les comptes de communauté, & ſe juge indiſtinctement.

SECTION III.

De la repriſe des propres réels de la part de la femme renonçante à la communauté, ou de ſes héritiers.

(Art. 223 de la coutume.)

LXIII. La femme renonçante à la communauté reprend tous ſes propres réels lorſqu'elle les trouve en nature; en effet, ils n'ont pas fait partie de la communauté à moins qu'ils n'euſſent été ameublis, hors le cas de l'ammeubliſſement, il faut donc quelle les reprenne ou plutôt la jouiſſance d'iceux, puiſqu'elle en a toujours conſervé la propriété, ſoit commune, ſoit renonçante.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 440. Ce qu'il dit en cet endroit dans le cas de l'acceptation de la communauté, s'applique à plus forte raiſon dans le cas de la renonciation, & cela eſt inconteſtable.

LXIV. Les fruits qui ſont pendans ſur iceux lors de la diſſolution lui appartiennent, ſauf la charge qui forme la propoſition qui ſuit, c'eſt portion qu'on ne peut détacher de la choſe, mais en dédommageant la communauté de ſa dépenſe.

Le Brun, de la communauté, pag. 98, num. 3: juſques-là que par rapport à un bois taillis, comme on l'a déja vu ci-deſſus, il ne s'en fait pas de partage à proportion du tems; le même auteur, pag. 100 & 101: ce qui eſt plus rigoureux qu'équitable, comme je l'ai déja obſervé.

LXV. Elle doit rembourſer en totalité aux héritiers de ſon mari, la valeur des labours & ſemences faits ſur ſon propre, parce qu'il ne doit pas être augmenté aux dépens de la communauté, du fond de laquelle le montant des labours & ſemences a été tiré.

Dupleſſis, de la communauté, à la même page 440; le Brun, même traité, pag. 98, num. 50; & cela ſe pratique ainſi au châtelet, conformément à la diſpoſition de l'art. 231 de la coutume, & c'eſt droit commun.

LXVI. A l'égard des fruits civils de ſes propres, ils ne lui appartiennent qu'à compter du jour de la diſſolution, ces fruits devant toujours ſe partager de jour à jour; tel eſt leur partage naturel, & juſqu'au jour de la diſſolution ils appartiennent à la communauté, il n'y a que ceux échus depuis, qui appartiennent à la femme.

Cela ne comprend pas les fermages d'une terre, par rapport auxquels il faut conſidérer la récolte des fruits, comme cela a été établi ci-deſſus, mais ſeulement dans le cas que cette maniere de les partager fait une notable différence; autrement & par rapport au partage des fermages d'une terre, on ſuit relativement à la communauté la diviſion ordinaire des fruits civils, cela ſimplifie.

LXVII. Le fief confiſqué par félonie à cauſe d'un fief propre, à l'un des conjoints, ne reſte point en communauté, c'eſt un propre relativement à elle, ainſi s'il y en a un de cette nature du chef de la femme, elle le reprend comme les autres propres; en effet, il lui eſt tel, relativement à la communauté.

Le Brun, de la communauté, pag. 129, num. 17 & 18.

SECTION IV.

De ſon action pour les réparations à faire ſur ſes propres, & de celle de remploi du propre aliéné.

LXVIII. La femme renonçante à la communauté a action pour obliger les héritiers de ſon mari à faire ſur ſes propres les réparations d'entretien qui ſe trouvent à faire ſur iceux lors de la diſſolution; elle avoit cette action pour moitié dans le cas de l'acceptation de ſa part de la communauté, elle l'a pour le tout dans le cas de renonciation à icelle; c'eſt charge de communauté, & que le mari ou ſa ſucceſſion doit acquitter, puiſque ſa maſſe leur reſte.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, chap. 4, ſect. 4, pag. 453; & c'eſt ce qu'il dit encore au chap. 5, pag. 460: en effet, ces répa-

rations ſont charge des fruits que la communauté a fait ſiens.

LXIX. Elle a même action pour les groſſes réparations, ſi elles ont été occaſionnées par le défaut d'entretien ; c'eſt encore charge de communauté, action que ſes héritiers ont comme elle quand le défaut d'entretien a occaſionné la groſſe réparation, mais pour cela il faut que le fait ſoit juridiquement prouvé.

On a obſervé ci-deſſus que cela ne devoit s'appliquer qu'avec ménagement, & lorſqu'il eſt conſtant qu'une négligence marquée de la part du mari a occaſionné la groſſe réparation ſur le propre de la femme.

LXX. Cette action eſt réduite à moitié ſi la femme a accepté la communauté, parce que c'eſt la communauté qui en eſt tenne, & que par ce moyen elle en confond moitié dans ſa perſonne, mais elle l'a pour le tout dans le cas de la renonciation.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & cette diſtinction eſt l'eſprit de la coutume.

LXXI. Paſſons à préſent à l'action de remploi; dans le cas de la renonciation de la part de la femme ou de ſes héritiers à la communauté, leur action de remploi de propre aliéné volontairement ou forcément s'exerce en plein, non-ſeulement ſur les biens de la communauté, mais ſur tous les biens, même les propres du mari, qui en ce cas eſt le vrai débiteur du remploi; ils ne confondent plus en ce cas, une moitié de cette action, comme ils la confondoient dans le cas de l'acceptation de la communauté, qui par-là étoit leur débitrice: baſe de cette confuſion, qui ceſſe totalement dans le cas de la renonciation qui laiſſe le mari débiteur en totalité.

Dans ce cas de renonciation, tous les héritiers du mari ſont tenus de cette action de remploi, à proportion de l'émolument, au lieu que dans le cas de l'acceptation, cette action tombe ſur l'héritier des meubles & acquêts du mari, comme étant une ſimple opération à faire dans le partage de la communauté, ou prélevement à exercer ſur la maſſe d'icelle ; Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 4, ſect. 3, pag. 453. On a déja vu cela ci-deſſus par rapport à la repriſe de la miſe & à celle du propre fictif ; l'ordre oblige de le remarquer ici, par rapport au remploi du propre réel aliéné pendant le mariage ; c'eſt même opération ſur ce droit de la veuve renonçante, d'exercer ſon action de remploi ſur ces propres ; voyez le le Brun, de la communauté, ch. 3, ſect. 1 ; Renuſſon, même traité, partie 2, ch. 6, & Ricard, du don mutuel, ch. 5, ſect. 3.

LXXII. L'intérêt du remploi leur eſt dû, à compter du jour de la diſſolution de la communauté, l'action de remploi en produiſant de plein droit.

C'eſt un uſage inviolable au châtelet ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, de la communauté, page 446. En effet, le conjoint, dont le propre a été aliéné, ne doit point ſouffrir de l'aliénation, & le prix d'icelle eſt confondu dans la maſſe de la communauté, qui n'a pas dû produire au profit de cette même communauté ; ainſi c'eſt l'intérêt qui remet les choſes dans leur véritable équilibre.

LXXIII. Lorſque par le contrat de mariage, il n'y a pas de communauté, il n'y a pas lieu au remploi, pourvu qu'en conſéquence de la ſéparation contractuelle le contrat de mariage contienne autoriſation générale & à tous effets & dérogation ſur ce expreſſe à la diſpoſition de la coutume ; ſans cela, dans la théſe générale, il y auroit lieu à l'action de remploi.

Le Brun, de la communauté, pag. 573 ; cela s'entend, lorſque le contrat de mariage contient autoriſation générale & à tous effets, comme on l'a déja vu ci-deſſus ; mais la ſéparation de biens, pendant le mariage, ne fait aucun obſtacle à l'action de remploi, ce qui eſt établi dans ſon ordre ; autrement ce ſeroit pendant le mariage, ouvrir la porte aux avantages indirects ; ce qu'on ne peut dire dans le cas de la propoſition, où la convention a été faite dans un tems libre, & a formé la loi de deux familles unies par un mariage.

SECTION V.

Comment la veuve eſt payée des avantages à elle faits en cas de renonciation à la communauté.

(Art. 226 de la coutume).

DISTINCTION PREMIERE.

Comment en ce cas elle eſt payée de ſon douaire & de ſon préciput.

LXXIV. L'acceptation de la communauté ou ſa renonciation, ne change rien pour le payement du douaire, n'étant point charge de communauté, mais de la ſucceſſion du mari, dans l'un & dans l'autre cas, il doit toujours être payé en entier ſur les biens du mari, puiſque lui ſeul en eſt le débiteur.

Cela eſt établi ſur le titre du douaire, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 260 de la coutume ; c'eſt droit commun.

LXXV. Quant au préciput, on a déja vu ci-deſſus, que la veuve n'a le préciput qu'en acceptant la communauté, à moins qu'il ne lui ſoit expreſſément accordé en renonçant ;

le terme ſeul de préciput établit la propoſition; c'eſt prélevement ſur maſſe commune, & par conſéquent qui ceſſe lorſqu'il y a renonciation à la communauté, mais qui a lieu ſi il y a convention contraire.

Voyez l'arrêt du 12 mai 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 24, page 229; le Brun, de la communauté, pag. 342, num. 2.

LXXVI. L'intérêt du préciput ne lui eſt dû que du jour de la demande; il n'a pas la même faveur que le douaire, auquel la coutume en fait produire de plein droit, c'eſt aliment, l'autre eſt un gain.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, & c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 345, num. 19.

LXXVII. Si elle en a le droit en renonçant & qu'il ſoit en deniers, elle a pour ce hypothéque ſur tous les biens de ſon mari du jour de ſon contrat de mariage; c'eſt gain nuptial ſtipulé par le contrat qui produit cette hypothéque & qui influe ſur toutes les les conventions.

Dans ce cas, elle a droit de le prendre ſur les propres de ſon mari; arrêt du 4 juillet 1629, rapporté par Bardet, tom 1, liv. 3, ch. 54; & cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet; en effet, quoiqu'avantage dans ſa ſource, il devient dans ſon exécution une vraie créance.

LXXVIII. S'il lui eſt accordé en meubles ſuivant la priſée de l'inventaire, & ſans crue, elle le prend de cette nature, ſi les créanciers ne lui font pour ce obſtacle, car ils ont droit de l'empêcher de le faire: ce qui lui ouvre une autre action qu'on va expliquer, & ils ont ce droit, parce que les meubles n'ont pas ſuite par hypothéque.

Nonobſtant la ſtipulation d'un tel préciput, les créanciers peuvent faire vendre les meubles, parce qu'ils ne ſont pas ſujets à ſuite; voyez la propoſition qui ſuit ſur la derniere partie de celle-ci.

LXXIX. Lorſque les créanciers l'empêchent de s'en remplir ainſi, elle vient ſur le prix de la vente à contribution avec eux, non-ſeulement pour le capital, mais pour le quart en ſus d'icelui; le fait de ſon mari ne pouvant affoiblir un droit qui lui eſt acquis; ce qui arriveroit cependant, ſi en ce cas, on ne lui accordoit pas le quart en ſus, elle doit donc en ce même cas entrer dans la contribution pour le montant de ſon préciput & pour ſon quart en ſus.

C'eſt ce qu'on juge au châtelet; & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 343, num. 10.

DISTINCTION II.

Comment la veuve renonçante ſe remplit de la donation à elle faite, de ſon deuil, & de la ſentence qu'elle doit obtenir.

LXXX. Elle doit être payée de l'un & l'autre, c'eſt-à-dire de ſon deuil, & de la donation ſur les biens de ſon mari, & ce en totalité; ſa ſucceſſion en étant débitrice.

Sur le deuil, voyez Lapeyrere, let. V, déciſion 63, pag. 531; Dupleſſis, de la communauté, liv. 2, ch. 5, pag. 461. L'ordonnance du roi du 23 juin 1716, a réduit le tems des deuils à la moitié de celui qu'ils avoient coutume de durer avant cette ordonnance; outre le deuil, la femme renonçante doit avoir quelques-uns de ſes habits; c'eſt l'uſage du châtelet, c'eſt le ſentiment de le Maître, pag. 272, à quoi il faut joindre les citations ſur la propoſition qui ſuit.

LXXXI. On a vu ci-deſſus que cela auroit lieu dans le cas même de l'acceptation de la communauté, parce que c'eſt le mari qui doit l'un & l'autre, & non la communauté; ainſi l'acceptation de la communauté ne change donc rien quant à ce que deſſus, à plus forte raiſon ces droits ſubſiſtent-ils en plein dans le cas de la renonciation à la communauté.

Sur le deuil, voyez Louet & Brodeau, let. V, num. 11: le Brun, de la communauté, pag. 222, num. 39: Bacquet, des droits de juſtice, pag. 21, num. 38.

LXXXII. Si la donation faite à la femme par le contrat de mariage eſt d'une ſomme, elle vient ſur le mobilier en contribution pour icelle, & ſur les immeubles, elle a hypothéque du jour du contrat de mariage; ſon droit & ſon action influant ſur tous les biens de ſon mari.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, & c'eſt l'exécution commune à tous engagemens.

LXXXIII. Venons à la ſentence que la veuve renonçante doit obtenir dans le cas de la renonciation à la communauté: au moyen de la renonciation de la part de la veuve, il n'eſt plus queſtion de compte de communauté, puiſqu'elle n'a rien dans ſa maſſe qui reſte en totalité aux héritiers du mari ſauf l'action en reddition de compte contr'elle ſi elle a été chargée de la maſſe par l'inventaire.

Cela s'entend lorſqu'elle n'a pas été chargée de la maſſe d'icelle, & que tous les meubles ont été vendus: car ſi elle en avoit été chargée, il faudroit nonobſtant ſa renonciation à la communauté, qu'elle en rendît compte, non comme commune, mais comme dépoſitaire; ceſſante cette charge, il faut ſentence de liquidation.

LXXXIV. Dans le cas de la renonciation à la communauté; au lieu de ce comp-

te, la veuve doit obtenir ſentence contre les héritiers du mari qui liquide ſes repriſes, ce qui eſt d'autant plus néceſſaire que ſon contrat de mariage n'eſt pas par lui-même exécutoire ſur les héritiers de ſon mari; défaut d'exécution parée qui néceſſite l'obtention de la ſentence, cette ſentence doit les condamner: 1°. à la reſtitution de la miſe, ſi elle lui eſt accordée: 2°. à payer le montant des propres fictifs: 3°. à payer le montant des propres aliénés pendant le mariage: 4°. à payer le préciput: 5°. à payer les arrérages du douaire & à le continuer tant qu'il aura lieu, enſemble ſon deuil qu'on a coutume d'arbitrer à une année de douaire, & le montant de la donation, ſi aucune lui eſt faite par le contrat de mariage, & au moyen de ce, tous ſes droits & repriſes ſont liquidés, telle ſentence contenant entiere liquidation.

Les trois premiers objets produiſent de plein droit des intérêts du jour de la diſſolution de la communauté; ce qui a été établi ci-deſſus dans ſon ordre, & telle eſt la juriſprudence du châtelet; outre ce, la ſentence ſtatue ſur la garantie qui fait la matiere de la ſection qui ſuit; c'eſt encore une autre action qui compéte à la veuve renonçante, parce qu'aux termes de la coutume, ſon mari n'a pu donner la moindre atteinte à ſes propres: impuiſſance qui fonde l'indemnité qu'on va traiter.

SECTION VI.

De la garantie dûe à la femme renonçante pour les dettes auxquelles ſon mari l'a engagé.

(Art. 233 de la coutume.)

LXXXV. Par la renonciation à la communauté, la veuve s'affranchit bien de l'action des créanciers de la communauté, mais non des engagemens qu'elle a ſouſcrit; ils ſubſiſtent toujours & dans toute leur force contre elle en faveur des créanciers qui l'ont pour obligée; ſauf l'indemnité dont on va parler; indemnité qui eſt une juſtice a elle dûe, & une ſuite de la diſpoſition de la coutume, qui rend le mari incapable de donner atteinte aux propres de ſa femme.

Dans ces engagemens ſouſcrits par la femme, ne ſont compris les arrêtés qu'elle a fait ſeule, au ſujet des fournitures faites à la maiſon; tels arrêtés ne l'engagent qu'autant qu'elle eſt commune. Arrêt du 16 février 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 667; ce qui eſt inconteſtable, puiſque le défaut d'autoriſation vicie de tels arrêtés; mais par rapport aux engagemens juridiques qu'elle a contracté, ils ſubſiſtent en faveur de ceux à l'égard deſquels elle s'eſt obligée, ſauf ſon indemnité.

☞ Deniſart, dans ſon recueil de déciſions, *verb.* renonciation, dit que la juriſprudence du châtelet eſt de condamner la femme, nonobſtant ſa renonciation, à payer moitié des alimens & des loyers; mais il rapporte lui-même à cette occaſion, un arrêt du 22 juillet 1762, qui prouve que cette juriſprudence n'eſt point adoptée au parlement, & qui confirme la propoſition.

LXXXVI. Elle doit être acquittée de tous ces engagemens par la ſucceſſion de ſon mari; c'eſt la ſuite du principe, que le mari ne peut donner atteinte aux propres de ſa femme; c'eſt ce principe qui eſt la baſe de l'indemnité, & non l'inaliénabilité de la dot de ſa femme, parce que parmi nous elle n'eſt pas telle ſi ce n'eſt relativement à ſon mari.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 86, dit que ſi l'engagement eſt ſolidaire, la femme renonçante a indemnité pour moitié, mais que pour l'avoir pour le tout, il eſt plus sûr de le ſtipuler. Cette ſtipulation pour l'indemnité totale n'eſt n'eſt pas néceſſaire dès que la dette a tourné au profit de la communauté ou du mari; l'un ou l'autre de ces cas ſuffit pour fonder l'indemnité totale en faveur de la femme commune ou non commune en biens, lors de l'engagement, acceptante la communauté ou y renonçante: telle eſt la juriſprudence du châtelet, parce qu'autrement, il s'enſuivroit contre la prohibition de la coutume, que le mari auroit engagé les propres de ſa femme; il en ſeroit autrement, ſi c'étoit un cautionnement qui n'eût pas tourné au profit de la communauté, comme il eſt remarqué ci deſſus, & qu'on le verra dans les notes ſur la derniere propoſition de cette ſection; mais il eſt inconteſtable que l'indemnité de la dette qui a tourné au profit de la communauté, eſt dûe pour le tout à la veuve au moyen de ſa renonciation à la communauté; voyez le Brun, de la communauté, pag. 453, num. 1; ainſi l'opinion contraire de le Prêtre, ne peut pas faire d'impreſſion, étant entiérement oppoſée à la diſpoſition de la coutume: il eſt vrai que quelques-uns ont fait difficulté de faire réfléchir ſur la femme commune, le cautionnement que ſon mari avoit fait: ce qui même n'en doit pas ſouffrir; mais il n'y en a aucune, de dire que le mari doit totalement acquitter ſa femme du cautionnement ſolidaire qu'elle a fait pour lui; car ſi l'on conſidere ſon mari, elle n'eſt pas à ſon égard d'une autre condition que les autres cautions; & ſi l'on conſidere la communauté, ne profitant rien de ſa maſſe, au moyen de ſa renonciation, elle doit être acquittée de toutes les charges d'icelle; il en eſt autrement ſi le cautionnement étoit pour un tiers, comme on l'expliquera par la ſeptieme propoſition.

LXXXVII. En effet, ces engagemens ont tourné au profit de la communauté, dans laquelle au moyen de la renonciation, la femme ni ſes héritiers ne prennent plus aucune part; c'eſt donc pour la totalité, que l'indemnité leur en eſt dûe, & non pour moitié; l'indemnité ainſi limitée ſeroit bizarre, contraire à la coutume puiſque les propres de la femme ſe trouveroient affoiblis par le fait de ſon mari, ce qu'on doit rejetter dans tous les cas.

Auſſi toutes les ſentences du châtelet, que les veuves y obtiennent après la mort de leur mari, portant liquidation de leurs repriſes, contiennent cette indemnité totale; toutes celles même qu'elles y obtiennent en ſéparation de biens, portent qu'el-

les ſeront acquittées des dettes auxquelles leur mari les auroit fait engager ; ce qui ne peut former la matiere d'un doute.

LXXXVIII. Cette indemnité de dettes eſt de droit, c'eſt-à-dire, qu'elle a lieu, quoiqu'elle n'auroit pas été ſtipulée avec hypothéque du jour du contrat de mariage, comme on le verra par la dixieme ſection ci-après; ſans cela le mari augmenteroit la communauté aux dépens des propres de ſa femme ; ce qui ne peut jamais être admis.

Dupleſſis, traité de la communauté, livre 2, ch. 1, ſect. 4, num. 431. Voyez le Brun, traité ſur la même matiere, pag. 413 & 453, num. 1 ; d'où il s'enſuit que la femme, quoique ſéparée de biens lors du cautionnement qu'elle a fait pour ſon mari, doit être acquittée d'icelui ; ce qu'on verra plus amplement ci-après ſur l'hypothéque de cette indemnité.

LXXXIX. De ce principe primitif, de cette indemnité, qui eſt que le mari doit affranchir les propres de ſa femme de toutes dettes qui ont tourné au profit de lui ou de la communauté, il s'enſuit que ſi le mari & la femme ont conſtitué une rente, & que la femme ait renoncé à la communauté, le mari & ſes héritiers ſont tenus dans les 10 ans, du jour de la diſſolution de la communauté, de rembourſer cette rente, ſauf ſuivant les circonſtances, à augmenter ou abréger ce délai ; ce rembourſement étant ſuite inévitable de cette indemnité, & ſans lequel elle ſeroit imparfaite.

Baſnage, des hypothéques, ſeconde partie, des fidejuſſeurs, pag. 47 ; le Brun, de la communauté, pag. 461, num. 22, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle ci.

XC. Cela eſt fondé, ſur ce que la femme, qui ne doit être regardée que comme caution, ne doit pas reſter perpétuellement obligée, & que toute caution a en ce cas cette action ; la femme obligée à un tel engagement, doit donc l'avoir.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune.

XCI. A l'égard du cautionnement dans lequel la femme eſt entrée ſolidairement avec ſon mari & pour lui, ce dernier doit en cas de renonciation, l'en acquitter en totalité, comme on l'a vu ci-deſſus ; mais il n'en eſt pas de même du cautionnement qui n'a point tourné au profit du mari, & qui n'a eu qu'un tiers pour objet ; ce qui a lieu à plus forte raiſon, ſi la femme n'a contracté avec ſon mari un tel cautionnement que depuis une ſéparation de biens, ou étant non commune par ſon contrat de mariage.

Note ſur Dupleſſis, déſignée par un double R, traité de la communauté, pag. 417 ; ce qui eſt pour le cas de cautionnement, qui a tourné au profit de la communauté ; mais ſi le mari & la femme ſe ſont rendus cautions ſolidaires d'un étranger ; en ce cas, la femme même renonçante à la communauté, n'a action d'indemnité contre ſon mari, que pour moitié : Ricard, ſur l'art. 221 ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 96. Voyez le Brun, de la communauté, pag. 219, num. 28 & 458, num. 12.

XCII. Cette garantie des dettes ne s'exerce ordinairement que dans le cas de la renonciation à la communauté ; elle peut cependant s'exercer dans le cas de l'acceptation, parce que nonobſtant l'acceptation de la communauté par la femme, il eſt toujours certain que ſon mari, par tels engagemens qu'il ait pu contracter, n'a pu donner atteinte à ſes propres.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 96, pag. 144 ; voyez la propoſition qui ſuit.

XCIII. En effet, dans le cas de l'acceptation, il y a vraiſemblablement de quoi payer toutes les dettes ; ainſi cette action, en ce cas, paroît inutile ; cependant, comme il arrive quelquefois qu'une veuve accepte prudemment une communauté mauvaiſe, par exemple, pour s'affranchir de la recompenſe qu'elle devroit pour une dot fournie à un enfant commun, la veuve acceptante la communauté, a la même action contre la ſucceſſion de ſon mari, c'eſt-à-dire, l'action pour être indemniſée des dettes auxquelles ſon mari l'a fait engager ; c'eſt le vrai cas dans lequel ſon indemnité & l'hypothéque d'icelle, militent nonobſtant l'acceptation de la communauté ; mais la femme acceptante la communauté, n'a cette action qu'après avoir épuiſé les biens qu'elle a tiré de la communauté pour payer la moitié dont elle eſt tenue ; ces dettes étant dettes de communauté, & ne pouvant demander d'être indemniſée de leur acquittement, que juſques à concurrence de ce qu'elle en acquitte ſur ſes propres, lorſque par l'engagement perſonnel qu'elle a contracté, ſes propres en ſont tenus ; car ceſſant cet engagement, & n'étant tenue qu'en ſa qualité de commune, elle ſe libere envers les créanciers de la communauté en leur rendant compte de ſon amendement, & leur en payant le montant, comme on l'a établi précédemment.

On a établi ci-deſſus, qu'en ce cas, elle doit la moitié des dettes, mais juſqu'à concurrence de ſon amendement ſeulement ; ce qui fonde la propoſition.

XCIV. De-là il s'enſuit, que dans le cas de l'acceptation de la communauté ; ſon action en garantie n'a lieu que pour ce qui reſte à payer après l'épuiſement des biens de la communauté ; mais elle l'a pour ce reſtant, parce que ſans cela ſes propres en ſeroient affoiblis, ce qui ne peut être par le

texte même de la coutume : ce qui s'entend du cas dans lequel elle eſt obligée.

Cette action lui reſte pour ce, nonobſtant ſon acceptation de la communauté, parce qu'elle ne peut jamais être tenue de dettes de la communauté au-delà de ſon amendement, ce qui a été établi dans ſon ordre; elle auroit même cette action, ſi indépendamment de ſon amendement, le créancier l'obligeoit par la force de l'hypothéque ou de la ſolidité de payer au-delà de ſa moitié, & cette action auroit lieu en ſa faveur, pour ce qu'elle auroit payé, ou ſeroit même pourſuivie au-delà de ſa moitié & part virile dans l'amendement qu'elle auroit tiré de la communauté.

SECTION VII.

Que la ſéparation de biens fait ouverture à cette garantie, & que l'hypothéque d'icelle, remonte au contrat de mariage.

XCV. La femme ſéparée de biens a cette action ouverte en ſa faveur ; c'eſt-à-dire, ſon action pour être acquittée des dettes auxqu'elles ſon mari l'a engagé : ce ſont même ces engagemens qui ſouvent donnent lieu à la ſeparation, comme mettant la dot en péril ; ainſi dans le cas de la ſéparation elle doit donc avoir cette action.

Toutes les ſentences de ſéparation de biens rendues au châtelet, comme on l'a déja obſervé, le juſtifient : elles condamnent le mari à acquitter ſa femme des dettes auxquelles il l'auroit fait engager, & ſans cela la conſervation de la dot, qui eſt la fin de la ſéparation, ſeroit très-imparfaite ; ce qui fonde principalement la propoſition.

XCVI. En effet, au moyen de ſa renonciation à la communauté, ſon mari doit lui affranchir ſes propres de tous les engagemens qu'il lui a fait contracter & dont la communauté a profité ; preuve que la ſéparation de biens ouvre indubitablement cette action à la femme, puiſque par cette ſéparation tout le produit de ces engagemens s'eſt noyé dans la maſſe de la communauté qui reſte en totalité au mari.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, traité de la communauté, liv. 3, ch. 2, ſect. 2, diſtinct. 6; & tel eſt encore une fois l'uſage du châtelet.

XCVII. Ce droit eſt accompagné d'une rétrogradation d'hypothéque; la femme en communauté de biens, même celle ſéparée de biens & ſes héritiers, ont pour ce hypothéque du jour du contrat de mariage, quoique la dette ſoit contractée depuis la ſéparation; ſi cela a des inconvéniens dans le cas de la ſéparation, le contraire en auroit de plus grands.

Dupleſſis, traité de la communauté, pag. 431 & 460 ; le Maître, tit. 10, ch. 2, ſect. 3, pag. 257 ; Bouguier, let. H, num. 10, rapporte deux arrêts contraires, mais il les rapporte, comme introduiſans une nouvelle juriſprudence, M. le Préſident Miron, en ſes remontrances à Louis XIII, s'eſt récrié non-ſeulement contre cette juriſprudence, portant une rétrogradation d'hypothéque en faveur d'une femme qui a contracté, étant en communauté, & qu'on a depuis étendu à la femme ſéparée, comme on le verra par la ſuite; mais il s'eſt même récrié contre les clauſes inſérées dans les contrats de mariage, par leſquelles on ſtipuleroit cette rétrogradation d'hypothéque ; en effet, elle a de grands inconvéniens à l'égard des créanciers, outre qu'elle jette les maris dans une eſpece d'interdiction, qui ſous prétexte de cette indemnité, n'ont plus la liberté d'emprunter ſans la participation de leur femme ; tout créancier qui n'a que le mari pour obligé, connoiſſant bien que ſon débiteur faiſant poſtérieurement à ſon titre, engager ſa femme avec lui, lui peut enlever ſon gage ; elle a encore cet autre inconvénient dans le droit, qu'elle donne un effet rétroactif hypothécaire, dans un tems auquel l'action perſonnelle n'étoit pas encore née; mais ſans cela, les femmes ſeroient facilement dépouillées de leur dot, & la conſervation d'icelle eſt de droit public & favorable; cette faveur l'a emporté ſur les principes & les raiſons qu'on vient d'alléguer.

XCVIII. Au défaut du contrat de mariage, la femme ſéparée ou non ſéparée, a pour ce hypothéque, du jour de la célébration du mariage, qui produit pour ce une hypothéque légale; c'eſt ſuite de ce que deſſus.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 4, pag. 431, au commencement ; le Brun, même traité, pag. 454, num. 4; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XCIX. Cette juriſprudence eſt fondée, ſur ce que cette indemnité eſt parmi nous un reſte précieux du Velleien, & que c'eſt du jour du contrat, ou au défaut du contrat, du jour de la célébration, que le mari eſt légalement aſſujetti à garantir la dot, c'eſt-à-dire, les propres de la femme, de ces engagemens; ce qu'on a etendu à la femme ſéparée par la ſoumiſſion qu'on lui ſuppoſe ; c'eſt porter bien loin cette rétrogradation d'hypothéque, mais quoi la ſéparation de biens ne met pas la femme hors de la dépendance ?

Anciennement on ne lui accordoit cette rétrogradation d'hypothéque, que lorſqu'elle étoit ſtipulée par le contrat de mariage ; voyez l'arrêt du 11 août 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal de audiences, liv. 3, ch. 30, & celui de 1681, ci-après cité; mais on la lui accorde à préſent indépendamment de toute ſtipulation, & ce comme ſuite de la diſpoſition de la coutume & de ſon état de dépendance.

C. De cette rétrogadation d'hypothéque, il s'enſuit que les créanciers qui ont la femme pour obligée, font remonter leur hypothéque ſur les biens du mari au jour du contrat de mariage de leur débitrice, parce qu'ils

qu'ils peuvent exercer ſes droits ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus ; en effet, cette tranſmiſſion des droits du débiteur à ſes créanciers, eſt de droit, & par conſéquent les créanciers qui ont la femme pour obligée, peuvent exercer cette hypothéque ; on la développera ci-après dans ſon étendue.

Arrêt du 5 juillet 1681, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 19 : voyez les remarques de l'arrêtiſte, après cet arrêt qu'il rapporte en forme. L'arrêt de réglement du 31 août 1699, confirme cette juriſprudence ; voyez auſſi la quatrieme partie du journal du palais, pag. 362 & ſuivantes ; l'arrêt rapporté par Augeard, tom. 3 ch. 26, pag. 101, & de Renuſſon, des propres, chap. 4, ſect. 8, num. 17, 18 & 19 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

CI. De-là il s'enſuit, que la femme, étant en communauté, qui a contracté un tel engagement & donné ce droit à ceux envers leſquels elle s'eſt engagée, ne peut plus céder ſes repriſes à leur préjudice ; ce qu'on expliquera plus au long par la neuvieme ſection ci-après : c'eſt droit acquis à des tiers qu'un fait poſtérieur & qui leur eſt etranger, ne peut détruire.

Le Prêtre, cent. 5, ch. 60. Notes ſur Dupleſſis, de la communauté, pag. 455, à la fin, & pag. 471, num. 36.

CII. Mais telle ceſſion ſeroit-elle bonne, même à leur égard, ſi la femme étoit ſéparée de biens ? Je ne le penſe pas, ſi le mari étoit reſté débiteur des repriſe de ſa femme ; mais elle ſeroit, je crois bonne, ſi au moyen du tranſport, le mari avoit payé au ceſſionnaire de ſa femme ; ce ſeroit alors choſe conſommée, & par conſéquent qu'on ne pourroit plus faire revivre.

Voyez ce que dit le Brun, pag. 471, num. 35 ; mais en ce cas, ceux de ſes créanciers qui auroient une telle ceſſion, mais qui n'auroient pas été payés par le mari, primeroient-ils les autres ? Je ne le penſe pas, parce qu'outre la ceſſion tacite que ces derniers ont, & qui doit opérer autant que l'expreſſe, ils n'ont pu par le ſeul fait de leur débitrice, perdre un droit qui leur étoit acquis ainſi ſur les biens du mari ; il doit y avoir concurrence entr'eux, mais relativement au mari qui n'auroit pas eu les mains liées par une oppoſition ; je penſe que la ceſſion ſeroit bonne, s'il l'avoit conſommée par ce payement & que ce payement l'auroit libéré ; c'eſt une diſtinction qui me paroît juſte.

CIII. Quoique cette rétrogradation d'hypothéque, pour l'indemnité des dettes auxquelles le mari a fait obliger ſa femme, puiſſe quelquefois produire un effet injuſte en faiſant primer les créanciers qui ont contracté avec le mari ſeul, par les créanciers poſtérieurs qui ont la femme pour obligée, comme on l'a vu dans les notes, ſur la premiere propoſition de cette ſection ; il ne faut pas cependant reſtraindre cette rétrogradation d'hypothéque, dans le ſeul cas que la femme eſt commune, & qu'elle s'engage pour une communauté dans laquelle elle a part & dont elle ignore l'état, comme on l'a vu dans les notes ; elle a même lieu pour la femme ſéparée ; c'eſt avoir porté loin l'effet de ce droit ; on examinera la baſe de cette juriſprudence qui a des inconvéniens, mais que l'autorité écarte.

Brodeau ſur Louet, let. R, ſommaire 30. Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 417, avoient penſé le contraire, ſur le fondement de l'arrêt du 8 juin 1674, qui eſt cité ci-après, & qui a été rapporté par l'arrêtiſte en quatre lignes, ſans fait ni moyen ; il eſt bien mieux rapporté dans le journal du palais, que dans celui des audiences ; mais cette note a été corrigée par une note marginale, où l'on rapporte trois arrêts qui fondent la propoſition ; voyez le Brun, de la communauté, pag. 456 & 457.

CIV. Cette rétrogradation d'hypothéque a donc lieu en faveur de la femme ſéparée, que le mari a fait engager avec lui, comme elle a lieu en faveur de la femme qui eſt commune en biens, la ſéparation de biens n'affoibliſſant en rien ſa dépendance : juſte motif qui doit l'emporter ſur les raiſons contraires, quoiqu'elles ayent une forte apparence, mais qui ne peuvent balancer la faveur des dots, qui eſt regardée comme portion du droit public.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 8, ch. 25 ; le Brun, pag. 454, dit à cet égard que la prudence de la loi releve le ſexe des chutes que lui cauſe le penchant de la nature ; raiſon qui ſubſiſte dans le cas de la ſéparation de biens, à quoi il eſt bon de joindre les notes ſur la propoſition précédente.

CV. Cela eſt fondé, ſur ce que la ſéparation de biens ne change pas le véritable état des conjoints ; c'eſt la puiſſance de l'un & la dépendance de l'autre, qui ſubſiſte toujours nonobſtant la ſéparation, & qui fonde cette juſte rétrogradation d'hypothéque qui cependant dans la réalité par rapport à ce cas, eſt plus juſte faveur que vrai droit, ou du moins une favorable interprétation.

Cependant le contraire a été jugé par arrêt du 8 juin 1674, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 8 ; mais il paroît que l'arrêtiſte ne l'avoit pas approfondi, ce que l'auteur du journal du palais a fait ; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 8 ; le Maître, pag. 257 ; & il paroît qu'à préſent, nonobſtant la ſéparation de biens, on accorde à la femme ſéparée de biens l'hypothéque de ſon indemnité des dettes auxquelles ſon mari l'a fait engager depuis la ſéparation, du jour de ſon contrat de mariage ; ce même arrêt, contraire à la propoſition, eſt rapporté dans la quatrieme partie du

journal du palais, pag. 355 ; où cette queſtion eſt parfaitement bien traitée ; voyez les trois arrêts contraires qui ſont cités ſur Dupleſſis, pag. 417, qui fixent ſur cela la juriſprudence, & qui donnent à la femme ſéparée cette rétrogradation d'hypothéque, contre laquelle, & pour un cas bien plus favorable Miron ſe récrioit ſi fort : mais en cette partie ce reſpectable magiſtrat étoit plus légiſte que politique ; il faut l'harmonie, & ce n'eſt que par le fait & l'équité qu'on doit faire uſage des principes généraux.

CVI. Cette indemnité a pareillement lieu dans le cas de l'excluſion de communauté ou de la ſéparation contractuelle, l'une & l'autre laiſſant toujours la femme dans la dépendance ; ainſi dans ces cas on peut appliquer ce qu'on vient de dire pour celui de la ſéparation de biens, l'état, la dépendance de la femme étant la premiere baſe de cette rétrogradation d'hypothéque.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 453, num. 20, & cela eſt ſuite de ce que deſſus.

☞ Sur les trois dernieres propoſitions de cette ſection ; il faut obſerver que la femme n'auroit point hypothéque du jour de ſon contrat de mariage, dans le cas ou au jour de l'obligation par elle contractée conjointement avec ſon mari, celui ci ſe ſeroit trouvé en faillite ou ſeroit notoirement inſolvable, elle ne l'auroit en ce cas que du jour de l'obligation, & il en ſeroit de même pour les actions réſultantes d'obligations par elles contractées poſtérieurement à la ſaiſie réelle des biens du mari : voyez les mercurialles du parlement de Paris, de l'année 1661, art. 4.

SECTION VIII.

Que la veuve qui a renoncé à la communauté, & qui paye des dettes de la ſucceſſion de ſon mari, n'a pas cette rétrogradation d'hypothéque.

CVII. La veuve ayant renoncé à la communauté & payant des créanciers de la ſucceſſion de ſon mari, n'a pas pour le rembourſement de ces dettes, hypothéque du jour de ſon contrat de mariage, la mort de ſon mari lui ayant rendu ſa liberté ; liberté qui l'écarte, puiſque ſa dépendance eſt la ſeule baſe de la rétrogradation d'hypothéque qu'on vient d'examiner.

Voyez les notes ſur la propoſition ſuivante, qui établiſſent celle-ci, elles lui ſont communes.

CVIII. Elle n'a pas dans ce cas, cette rétrogradation d'hypothéque, parce qu'alors, n'étant plus ſous la dépendance de ſon mari, elle a agi volontairement, & ce n'eſt que ſa dépendance qui fonde cette rétrogradation d'hypothéque ; ainſi en ce cas elle ne peut pour la répétition, avoir qu'un droit ordinaire.

Arrêt du 5 février 1661, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 3 ; c'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 1, ch. 5, ſect. 3, pag. 417 ; cette note eſt déſignée par une double R, & cette déciſion forme le commencement de cette note ; elle me paroît ſans difficulté. C'eſt l'eſprit de la coutume qui ne diſpoſe que pour la conſervation des propres d'une femme en puiſſance de mari, & non des biens d'une veuve, qui devenue par la mort de ſon mari maîtreſſe de ſes droits, en diſpoſe à ſon gré.

CIX. De-là il s'enſuit, qu'elle doit en ce cas être conſidérée comme tout autre créancier, que par conſéquent elle n'a que l'hypothéque du titre des créanciers qu'elle a rembourſé ; encore faut-il pour cela, qu'elle ſoit ſubrogée à leurs droits, devant s'imputer a elle-même de n'avoir pas fait valoir contre eux l'antériorité de ſon hypothéque.

Voyez ci-deſſus le chapitre des priviléges de la veuve par rapport à la communauté, & ci-après le titre de la ſubrogation, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

CX. Autrement le ſort des créanciers du mari dépendroit de la veuve, & il lui ſeroit loiſible de dépouiller les uns de l'hypothéque & du gage qui leur eſt acquis, ce qu'on ne peut admettre.

Le Brun, de la communauté, pag. 461, num. 23, eſt d'avis contraire ; mais cette raiſon paroît l'emporter ſur toutes celles qu'il allégue pour ſoutenir ſon opinion qui eſt ſinguliere, & qui ne ſe peut concilier avec les principes qu'il adopte, puiſqu'il n'accorde à la femme la rétrogradation d'hypothéque que pour la relever des chûtes que lui cauſe le penchant de la nature ; ainſi ſelon moi, ſon opinion ne peut pas faire impreſſion ; elle heurte de front tout principe.

SECTION IX.

De l'ordre des repriſes & conventions matrimoniales de la veuve.

DISTINCTION PREMIERE.

De la dot, & qu'elle marche avant le douaire & toute autre repriſe.

CXI. Quoique le contrat de mariage, ſoit le titre commun des repriſes, & conventions matrimoniales de la veuve, & que ſon hypothéque émane de ce titre, il eſt néanmoins de certaines repriſes qui ſont préférables aux autres ; ce qu'on va expliquer en détaillant l'ordre de ces repriſes ; mais il eſt à propos de s'arrêter d'abord à ce premier principe que d'un même titre fondamental de pluſieurs créances, il en eſt par leur nature qui priment les autres.

Ce fut une des queſtions qui furent propoſées aux mercuriales du parlement en l'année 1661 ; le réſultat quant à ce, eſt rapporté par de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 10 num. 28,

pag. 234 & 235. Sur l'ordre de ces repriſes, voyez le traité de la communauté de le Brun, liv. 3, ch. 2, ſect. 3; le traité des propres de Renuſſon, ch. 4, ſect. 10, pag. 467, & les propoſitions ſuivantes qui expliquent cet ordre & les moyens qui le fondent.

CXII. Il a fallu établir cet ordre par rapport à des tiers que ce même ordre intéreſſe, car il n'intéreſſe que des enfans ou des créanciers; intérêt que la ſuite développera; mais tel eſt le premier motif de cette diſtinction qu'il a fallu établir par rapport à ces tierces perſonnes.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 32, & les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci.

CXIII. La dot eſt préférable & marche avant toutes les autres repriſes; on verra par les propoſitions ſuivantes ce qui la compoſe, & la juſtice de ce privilége; elle eſt reſtitution, les autres ſont avantages; il a donc été juſte de lui donner la préférence.

Arrêt rapporté par de Montholon, ch. 139; autre du 22 mars 1622, rapporté par Bouguier, let. D, num. 16; Louet, let. D, num. 40, & Brodeau, au même endroit; autre arrêt du 30 août 1661, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 49; Lapeyrere, let. H, déciſion 40, pag. 163; & cette préférence de la dot ſur toute autre repriſe, eſt ſuivie au châtelet; elle a ſa racine dans l'équité naturelle, comme dans les principes de droit.

CXIV. La dot embraſſe: 1° les deniers ſtipulés propres, ils ſont le principal objet qui la forment; c'eſt la premiere portion de ce privilége, c'eſt la vraie dot mobiliaire.

Sur ce premier objet & ſur les autres; voyez le Brun, de la communauté, pag. 469, num. 29; le Maître, pag. 314: l'on ne peut douter que ces deniers ne ſoient dot; ils forment ſa premiere baſe par la fiction de propres qu'on y a attaché & qui les a diſtrait de la communauté.

CXV. 2° La miſe en communauté, lorſque la femme a droit de la reprendre, ceſſante cette faculté, la miſe n'eſt plus dot, c'eſt miſe abſolument confondue dans la maſſe commune, & qui y reſte ſans retour, mais non quand il y a repriſe d'icelle; c'eſt alors vraie portion de dot à répéter, la faculté de reprendre en renonçant en ayant aſſuré dans le cas de la renonciation, la propriété à la femme.

Arrêt du 5 avril 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 12, & dans le cinquieme volume du journal du palais, pag. 7; & tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on regarde en ce cas, la repriſe mobiliaire, comme la portion de dot ſur laquelle on a imprimé la fiction de propre, & c'eſt droit commun.

CXVI. 3°. Ce qui eſt échu à la femme pendant le mariage en mobilier, lorſqu'il lui a été ſtipulé propre, ou que ſans ſtipulation de propre, il lui eſt permis de le reprendre, l'une & l'autre clauſe réaliſant comme dot ces objets; la faculté de la repriſe produiſant l'effet de la fiction de propre, & cette derniere empêchant l'entrée en communauté.

L'arrêt du 5 avril 1677, qu'on vient de citer, juge encore cette queſtion conformément à la propoſition; le contraire a lieu en pays de droit écrit; Lapeyrere, let. H, pag. 163; mais la propoſition eſt conforme à l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que la ſtipulation de propre ou la faculté de reprendre, reviennent l'une comme l'autre à la même fin, c'eſt-à-dire, à reprendre à diſtraire la choſe de la communauté.

CXVII. 4°. Le remploi des propres aliénés forcément, comme rembourſement de rente, vente par licitation, mais non les aliénations volontaires; celles-là n'ont pas le privilége de la dot, comme on l'a établi ci-deſſus; autrement la femme par ſon fait donneroit atteinte au douaire ce que la coutume lui prohibe; ainſi il n'y a que le remploi des aliénations forcées qui prime le douaire, & quant à l'action de remploi des aliénations qui ont été volontaires de la part de la femme, le douaire les prime comme il prime les indemnités dûes à la femme pour raiſon des dettes auxquelles ſon mari l'a fait engager, ainſi que la garantie qui pourroit être dûe à la femme pour raiſon des ventes qu'il lui auroit fait ſouſcrire, tous ces engagemens étant volontaires de la part de la femme.

De Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 10, num. 15. pag. 476, & num. 17, pag. 478: voyez la diſtinction ſuivante, où l'on approfondit la propoſition.

CXVIII. Tout ce que deſſus eſt regardé comme dot, & marche avant les autres repriſes, & par conſéquent avant le douaire qui eſt avantage & non reſtitution; ainſi pour toutes ces repriſes qu'on vient de détailler, la veuve prime les enfans au ſujet du fonds du douaire.

Tout cela eſt dot, & marche avant le douaire; arrêt du 31 décembre 1624, rapporté dans le premier volume du journal des audiences; autre du 5 avril 1677, rapporté dans le cinquieme volume du journal du palais, pag. 57; ils confirment les cinq propoſitions ci-deſſus; voyez auſſi la ſixieme partie du même journal, pag. 282; cette juriſprudence eſt atteſtée par le Brun, de la communauté, pag. 466, num. 15 & ſuivant; voyez le Let, ſur Poitou, pag. 253; ce qui ne ſouffre pas à préſent de contradiction.

CXIX. Le ſupplément de dot doit auſſi marcher avant le douaire, & la femme pour la répétition d'icelui ſupplément, a hypothéque du jour du contrat de mariage, lorſ-

que par icelui, il eſt ſtipulé que tout ce qui lui échoira ou adviendra pendant le mariage, lui ſera propre; cela réſulte de la ſixieme propoſition de cette diſtinction, & c'eſt vraie dot, quand on ne s'arrêteroit qu'à la clauſe de propre; mais ſi le contrat de mariage ne contenoit pas la clauſe, & que la ſomme donnée ne fut propre à la femme que parce que le donateur auroit appoſé cette condition à ſa libéralité en ce cas, & pour un tel ſupplément, la femme n'auroit hypothéque du jour de la donation qui eſt ſon ſeul titre.

Henrys, tom. 1 liv. 4, ch. 6, queſt. 33, eſt d'avis que le ſupplément de dot, n'a la même hypothéque de la dot, que dans le cas que le mari & la femme ont obtenu ce ſupplément par la voie de la reſtitution en entier, & non s'il a été fourni volontairement. Il paroît qu'au pays coutumier, cette hypothéque indiſtinctement, ne doit pas ſouffrir de difficulté parce que le contrat de mariage contient ou la ſtipulation de propre, en faveur de la femme, de ce qui ſera tombé dans la communauté de ſon chef, ou la faculté de reprendre, ou ne contiendra ni l'une ni l'autre ſtipulation: dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il contient l'une ou l'autre de ces clauſes, c'eſt vraie répétition de dot qui naît du contrat de mariage, & pour laquelle par conſéquent, il y a hypothéque du jour du contrat de mariage; & s'il ne contient aucune clauſe ni de propre fictif, ni de repriſe; en ce cas, tel ſupplément de dot ſe trouve noyé dans la communauté; il ne pourroit donc y avoir de difficulté, que dans le cas que le contrat de mariage ne contiendroit aucune clauſe, ni de propre, ni de repriſe, & que le ſupplément de dot auroit été fourni en immeuble, que le mari & la femme auroient depuis aliéné; auquel cas l'immeuble ayant été légalement propre à la femme, s'il lui a été donné par un aſcendant, la queſtion ſe réduit à ſavoir, quel eſt l'hypothéque du remploi de propre de la femme en ce cas, qui ſe décide, comme on l'a vu dans la ſeptieme propoſition de la préſente diſtinction; Lapeyrere, let. D, ſur le mot (dot) ſeconde addition au num. 122, pag. 113 de l'édition de 1725, eſt de même avis que Henrys; ce qui fait connoître que la juriſprudence ſur ce, du pays de droit écrit, eſt contraire à celle qui s'obſerve en pays coutumier; cependant le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 467, num. 19, a ſuivi le torrent; mais il n'examine pas la queſtion dans le cas qu'il y a faculté de reprendre, ou clauſe que ce qui ſera donné à la femme lui ſera propre, qui ſont les deux points de déciſion de cette queſtion; car hors ces cas, la ſomme donnée pour ſupplément, eſt noyée dans la communauté, & par conſequent, en ce cas, il n'y a plus d'hypothéque à examiner.

CXX. Dans le cas que le contrat de mariage a été paſſé avec un impubere, & que depuis, il y a eu un nouveau contrat qui ratifie le premier, la femme pour ſa dot, douaire & indemnité, n'a hypothéque que du jour du ſecond acte, le premier étant abſolument nul.

Arrêt du 20 juin 1687, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 5, pag. 251.

CXXI. L'intérêt de la dot & de tout ce qui eſt regardé comme dot, a le même privilége que la dot même, & marche par conſéquent avant le douaire, parce que l'acceſſoire marche de pas égal avec ſon capital; tel intérêt doit donc primer le douaire, c'eſt ſuite de ſon capital qui le prime.

Le Brun, de la communauté, pag. 464, num. 45, & ce qui eſt établi ci-après ſur le titre de l'hypothéque.

CXXII. A l'égard du préciput, il ne marche qu'après le douaire; le premier eſt une libéralité, l'autre eſt une table de naufrage pour les enfans, & comme tel beaucoup plus favorable que le préciput; & c'eſt par cette faveur, qui réſulte de la coutume, qu'on lui accorde ce privilége.

Le Maître, pag. 314; & telle eſt la juriſprudence du châtelet. Ainſi ce qui eſt reſtitution, marche avant ce qui eſt libéralité, & même avant le douaire coutumier; & dans ce qui eſt libéralité, le douaire, comme plus favorable, marche avant toutes les autres, même le douaire préfix.

DISTINCTION II.

Du remploi des propres de la femme, aliénés volontairement, & du douaire, conſidéré rélativement à l'hypothéque du remploi.

CXXIII. Approfondiſſons ce que nous avons annoncé; l'action de remploi pour les propres aliénés volontairement, n'a pas la même faveur que la dot dont on vient de parler; c'eſt à la femme à s'imputer d'avoir ſouſcrit l'aliénation, ce qui fait qu'en ce cas, le douaire prime l'action de remploi, préférence qu'on développe par les deux propoſitions ſuivantes, & ſans laquelle les conjoints par mariage deviendroient les maîtres, contre la prohibition de la coutume, d'affoiblir le douaire qui eſt le propre des enfans, & que la loi a voulu leur aſſurer.

Sur l'hypothéque du remploi, voyez la quatrieme partie du journal du palais, pag. 555 & ſuivantes; le Maître, pag. 314, & les notes ſur la propoſition qui ſuit. Pour le remploi des propres aliénés forcément, il marche avant le douaire, comme on l'a vu dans la diſtinction précédente; en ce cas, c'eſt vraie répétition de dot.

CXXIV. Suivons ce motif; le douaire marche avant cette action du remploi des propres de la femme, aliénés volontairement, parce que les conjoints ne peuvent donner atteinte au douaire; l'article 249 de la coutume, rend les fonds d'icelui inaliénable de la part des pere & mere; impuiſſance qui fonde la préférence du douaire ſur un tel remploi, parce que ſans cela ils donneroient atteinte au douaire, & c'eſt préciſément ce que la coutume leur défend.

La préférence du douaire ſur le remploi de propre n'a lieu que lorſque l'aliénation a été volon-

taire & non forcée, auquel dernier cas l'action de remploi marche avant le douaire ; voyez la conſultation de trois anciens avocats, rapportée dans le troiſieme volume du journal des audiences, pag. 867 ; le Maître, pag. 314, & la propoſition qui ſuit qui le confirme, ainſi que le texte de la coutume qui me paroît ſur cela ſuffiſant.

CXXV. En effet, ſans cette préférence la femme, en conſentant l'aliénation de ſes propres, ſeroit maîtreſſe de diminuer les ſûretés du douaire dont le fonds appartient aux enfans, & qui eſt pour eux une derniere table de naufrage, qui doit leur être conſervée, & qui eſt plus favorable que le remploi d'une aliénation volontaire, puiſqu'il étoit en la puiſſance de la femme de conſerver ſon bien.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 49 : le Brun de la communauté, pag. 471, num. 34 : de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 10, num. 10, pag. 473.

CXXVI. De ce que deſſus il réſulte qu'après la dot dans l'étendue qui lui eſt donnée par la diſtinction précédente, le douaire marche avant toutes les autres conventions ; ſon objet & ſa fin ont mérité cette préférence : il marche avant le préciput, avant le deuil & avant la donation faite au profit de la femme par le contrat de mariage ; il eſt plus favorable que ces droits qui n'ont de baſe que la volonté de l'homme, & celui-là la dans la loi civile, & même dans la nature, ce qui tombe ſur tous les autres droits que la femme peut avoir.

Soëfve, au chapitre qu'on a cité ſur la troiſieme propoſition, & cela a été ainſi jugé par l'arrêt d'ordre des biens de M. Portail de Charou, du 10 décembre 1718 ; voyez ſur la propoſition, de Renuſſon ch. 4, ſect. 10, num. 21, pag. 480 ; & cette même propoſition a été formée ſur la pratique du châtelet ; le Brun la confirme pareillement, & c'eſt droit commun.

CXXVII. Ce qui fonde cette préférence du douaire ſur ce que deſſus, & ſur l'action de remploi de propres aliénés volontairement, c'eſt qu'il eſt une table de naufrage que la loi réſerve aux enfans, & ſi la dot marche avant lui, c'eſt que la dot eſt une reſtitution, & le douaire un titre lucratif, ce qui a néceſſité la préférence de l'une ſur l'autre, & celle de ce dernier ſur les autres conventions étant plus favorable qu'elles.

C'eſt ainſi qu'il faut entendre ce que dit Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, ſect. 4, pag. 430 & 431, où il atteſte qu'indépendamment de toute ſtipulation, la femme a l'hypothéque du jour du mariage pour ſes remplois de propres & pour ſes indemnités, ce qui n'exclut pas la priorité du douaire que cet auteur en cet endroit n'examine pas ; priorité qui doit ſe décider par les diſtinctions ci-deſſus.

CXXIII. De ce que le douaire prime le remploi des propres de la femme volontairement aliénés, il s'enſuit à plus forte raiſon, qu'il prime l'hypothéque de la femme pour l'indemnité des dettes auxquelles ſon mari l'a fait engager ; c'eſt une conſéquence néceſſaire, puiſque l'engagement aux dettes, eſt volontaire de la part de la femme ; ainſi la réſolution qui a lieu ſur les aliénations volontaires, doit avoir lieu à plus forte raiſon, par rapport à l'indemnité des dettes, ſauf la limitation qu'on va expliquer ; ce qui entraîne les garanties que la femme auroit à exercer pour raiſon des rentes que ſon mari lui auroit fait ſouſcrire, garantie qui eſt primée par le douaire, puiſqu'elle ſe réduit à une indemnité.

Voyez l'arrêt du 5 avril 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 57, où cette queſtion, ainſi que la préférence de la dot ſur le douaire, ſont doctement traitées, & cela ne ſouffre pas au châtelet la moindre difficulté dans la théſe générale, ſauf les modifications qu'on va expliquer par la diſtinction qui ſuit, & qui demandent une explication particuliere.

DISTINCTION III.

Juſqu'à quelle concurrence les créanciers qui ont la femme pour obligée, priment le douaire.

CXXIX. Des deux principes, que la dot marche avant le douaire, mais que le douaire marche avant l'indemnité dûe à la femme pour les dettes auxquelles elle eſt engagée, il s'enſuit, que les créanciers qui ont la femme pour obligée priment le douaire, mais non pas indiſtinctement, & pour la totalité de leurs créances, mais ſeulement juſqu'à une certaine concurrence que la propoſition ſuivante explique, & dont la dot eſt la baſe ; voilà le principe général qui laiſſe à la dot & au douaire leur véritable privilége.

Sur la queſtion de ſavoir ſi cela a lieu dans le cas de la ſéparation, c'eſt-à-dire, ſi la ſéparation ne fait pas obſtacle à la rétrogradation de l'hypothéque de l'indemnité, voyez la ſection 10 du préſent chapitre, & les arrêts qui y ſont cités : on conçoit que cette limitation s'agite principalement entre les créanciers qui ont la femme pour obligée ; puiſque par rapport aux douairies, on vient de voir qu'ils priment l'hypothéque de l'indemnité qui eſt dûe à la femme pour les dettes auxquelles elle s'eſt engagée ; mais cela les intéreſſe s'il y a dot, puiſque la dot marche avant le douaire ; ainſi en ce dernier cas cela intéreſſe les enfans comme les créanciers.

CXXX. Ces créanciers ſur les biens du mari & qui ont la femme pour obligée, ne priment le douaire que juſqu'à concurrence de la dot, parce qu'ils ne peuvent avoir pour ce plus de droit que leur débitrice ; telle eſt la limite de la préférence qu'ils ont ſur le douaire, mais elle ne s'étend pas au-delà, & l'action qui leur appartient pour le ſurplus de ce qui leur eſt dû du chef de leur

débitrice dont *ils* peuvent exercer les droits, se réduit à une indemnité que le douaire prime par l'hypothéque; de là il suit que les créanciers qui ont la femme pour obligée, sont colloqués sur les biens du mari avant le douaire jusqu'à concurrence de la répétition du montant de la dot de leur débitrice, mais pour le surplus ils ne priment pas le douaire; & au contraire, après le montant de la dot, c'est le fonds du douaire qu'il faut colloquer, & ce n'est qu'après cette derniere collocation que les créanciers qui ont la femme pour obligé, peuvent faire valoir la retrogradation de l'hypothéque au jour du contrat de mariage pour raison de l'indemnité.

Telle est la jurisprudence du châtelet, fondée sur la préférence que le dot a sur le douaire; préférence que les créanciers de la femme ont droit d'exercer comme elle, mais qui étant ainsi limitée, concilie les principes qui régissent la dot & le douaire.

CXXXI. Pour le surplus, ils ne viennent qu'après le douaire, parce que l'indemnité qui appartient à leur débitrice, & qu'ils peuvent exercer de son chef sur les biens du mari, ne marche qu'après le douaire, & par conséquent pour ce surplus ils sont primés par le douaire; c'est sur cela que s'applique la derniere proposition de la distinction précédente.

Le Brun, de la communauté, pag. 471, & tel est l'usage du châtelet.

DISTINCTION IV.

Que cet ordre des reprises a lieu dans le cas que la communauté est acceptée.

CXXXII. Cet ordre des reprises ne s'applique ordinairement que dans le cas de la renonciation à la communauté; c'est le vrai cas dans lequel elle est intéressante; en effet, l'acceptation de la communauté annonce du bénéfice en icelle, & par conséquent il doit y avoir dans la succession du mari de quoi acquitter toutes les charges; ce qui n'empêche pas que ce même ordre n'ait lieu dans le cas de l'acceptation; en effet, si par quelque intérêt la veuve avoit acceptée une communauté onéreuse, il faudroit en ce cas suivre ce même ordre, comme on le suit dans le cas de la renonciation, c'est-à-dire, qu'en ce cas même le fonds du douaire prime l'indemnité.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 2, ch. 1, sect. 2, pag. 427, dit que par rapport à la mise en communauté, que la femme a la faculté de reprendre; il trouve dur qu'on accorde à la femme hypothéque du jour du contrat de mariage, c'est-à dire, avant même que la communauté fût saisie de cet apport mobilier, & encore plus qu'on lui accorde cette hypothéque pour ce qui lui est échu pendant le mariage, & qui lui est stipulé propre; telle est cependant la jurisprudence, conforme au sentiment de Renusson, en son traité des propres, pag. 466, num. 26, où pour l'un & l'autre de ces droits, il donne hypothéque à la femme du jour du contrat de mariage; en effet, c'est une observation singuliere, d'autant plus que les reflexions de cet auteur portent bien plus à plomb sur l'indemnité que sur la reprise d'un apport, & que sur l'indemnité même ces observations ne sont d'aucune considération, toutes les reprises de la femme ayant leur premiere racine dans le contrat de mariage qui a produit hypothéque, sauf le privilége du douaire par rapport à ce qui a été volontaire de la part de la femme.

CXXXIII. Après le douaire qui marche après la dot, viennent les remplois des biens de la femme aliénés volontairement, ensuite le préciput, & enfin en dernier lieu viennent les indemnités des dettes auxquelles le mari a fait engager sa femme; pour ce qui reste du de ces dernieres, après l'épuisement de la dot, pour toutes lesquelles reprises, mais après le fonds du douaire, les créanciers qui ont la femme pour obligée peuvent exercer ses droits.

Le Brun, de la communauté, pag. 471, num. 34; tout cet ordre a été établi ci-dessus, puisque l'acceptation de la communauté ne peut apporter sur ce aucune différence, & c'est pour le cas d'acceptation qu'on examine de nouveau cet ordre.

SECTION X.

De la faveur des reprises & conventions matrimoniales, & du droit de la femme sur les biens substitués au profit des enfans.

CXXXIV. Par le droit civil, la femme pour la répétition de sa dot primoit tous les créanciers de son mari; privilége outré, & qui est parmi nous resserré dans ses justes bornes; mais nous accordons à la dot la faveur que ce droit lui donnoit sur les biens substitués.

Loi *assiduis* 12, cod. *qui potiores in pignore habeantur*, disposition que nous ne suivons pas, & qui avoit sa source plus dans une fausse politique, que dans la raison; sur la seconde partie, voyez la suite de cette section, & le titre des substitutions.

CXXXV. Parmi nous elle n'a pas sur les meubles plus de droit que les autres créanciers; c'est-à-dire, qu'elle y vient comme eux à contribution, ainsi quant à ce nul privilége, & il en est de même sur les immeubles; tel est le droit commun du pays coutumier dans lequel sur les immeubles, elle n'a que le droit qui résulte de la date de son hypothéque.

Voyez le Brun de la communauté, liv. 3, ch. 2, sect. 3; & cela se pratique ainsi au châtelet: pratique plus judicieuse, & même plus juridique que la disposition du droit civil.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 20 mai 1616, rapporté par Bouguier, let. D. num. 14; il confirme la propoſition.

CXXXVI. Suivons ſon hypothéque : elle a hypothéque ſur les immeubles de ſon mari du jour de ſon contrat de mariage, c'eſt ſon titre, qui eſt commun à toutes ſes repriſes, même pour ce qui lui eſt échu depuis, puiſque c'eſt ce titre qui en fonde la répétition; mais elle n'a pas de privilége, ſi ce n'eſt par la voie de la ſubrogation, de ſa dot ou de portion d'icelle employée à acquitter une dette privilégiée, elle ſeule peut le fonder juridiquement; hypothéque qui a lieu même ſur les conquêts, & c'eſt en vain à cet égard que quelques-uns oppoſent que la coutume conſtitue le mari maître des conquêts, & que c'eſt affoiblir cette puiſſance que de faire influer l'hypothéque de la femme ſur iceux; cette puiſſance ne s'entendant que relativement aux droits de la femme ſur la communauté, & non par rapport à ſes autres droits & créances; ſoutenir le contraire, c'eſt vouloir ajouter à la coutume & changer ſa diſpoſition, ce qui eſt d'autant plus inconteſtable que les conquêts ont ſouvent été acquis avec les deniers dotaux de la femme.

Le Brun, de la communauté, pag. 447, num. 85 & ſuivans, où il établit que cette hypothéque a lieu encore contre les acquéreurs des conquêts de communauté; ſur quoi je ne vois aucune difficulté, puiſque tous les biens du mari y ſont ſujets; pourquoi admettroit-on une diſtinction que la coutume n'admet pas ?

CXXXVII. Mais elle a un droit ſur les biens ſubſtitués en faveur des enfans communs, que les autres créanciers n'ont pas; c'eſt un droit qui lui eſt particulier; elle a droit de ſe venger ſur iceux pour la répétion de ſa dot, pour le payement de ſon douaire, & pour les remplois de ſes propres aliénés forcément; ce privilége eſt limité à ces objets, & ne s'étend pas au-delà, c'eſt-à-dire, qu'il n'a lieu pour ſes autres conventions, & autrement elle & ſon mari auroient été les maîtres d'anéantir la ſubſtitution; ce qu'on ne peut admettre.

Voyez ci-après le titre des ſubſtitutions où cela eſt établi; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere; c'eſt la diſpoſition de l'authentique, *res quæ communia de legat. & fideic.* diſpoſition du droit civil que nous avons adoptée, comme on le verra dans le titre indiqué, il ſuffit ici de poſer le principe général, en examinant les droits réſultans de la répétition de la dot.

☞ Le droit de la femme pour ſes repriſes ſur les biens ſubſtitués du mari en faveur des enfans communs, eſt auſſi établi par un arrêt du parlement de Paris du 3 février 1575, rapporté par Filleau, 4 part. queſt. 153.

CXXXVIII. Ce privilége eſt fondé ſur ce que celui qui a fait la ſubſtitution au profit des enfans du grevé a ſuppoſé un mariage, & a ſouhaité que le grevé fût en état de le contracter, ce qu'il ne pouvoit faire, s'il étoit hors d'état d'aſſurer la repétition de la dot & le douaire; ce privilége eſt donc fondé ſur l'intention du fondateur même de la ſubſtitution; c'eſt une baſe ſolide.

Cela eſt encore établi ſur le titre indiqué ſur la propoſition précédente, & cette intention a fait très-juridiquement adopter ce privilége.

CXXXIX. L'un & l'autre, c'eſt-à-dire, la dot & le douaire auxquels ce privilége eſt limité, ne ſe prennent ſur les biens ſubſtitués qu'au défaut des biens libres; c'eſt action ſubſidiaire que la loi a donné, & non action abſolue.

Ricard, traité des ſubſtitutions, & tel eſt l'uſage du châtelet.

CXL. Les indemnités des dettes, les remplois de propres aliénés volontairement ne ſe prennent pas ſur les biens ſubſtitués, autrement le grevé ſeroit maître d'anéantir la ſubſtitution, ce qui ſeroit totalement contraire à l'eſprit de la loi.

Par rapport aux remplois des propres aliénés volontairement; le Brun, de la communauté, pag. 465, donne à la veuve le droit de les prendre ſur les biens ſubſtitués; mais il convient que l'opinion commune eſt contraire; en effet, ce privilége ne doit avoir lieu que pour les repriſes qui ont le privilége de la dot, le remploi des aliénations forcées ont juſtement cette faveur, puiſque la femme ne pouvoit empêcher que ſon mari ne touchât le prix de telles aliénations; mais le remploi des aliénations volontaires n'a pas la faveur de la dot, & ne peut par conſéquent avoir le privilége qu'on examine ici; ainſi cette opinion doit être rejettée.

TITRE ONZIEME.

DE L'ORDRE DES CRÉANCIERS QUI ONT LA FEMME POUR OBLIGÉE, TANT SUR LES BIENS DE LA FEMME QUE SUR CEUX DU MARI.

I. DANS le cas de la ſuffiſance des biens du mari & de la femme pour ſatisfaire tous leurs créanciers, nulle difficulté, puiſque chacun eſt payé; il n'en eſt pas de même dans le cas d'inſuffiſance; lorſqu'il y a inſuffiſance, les créanciers qui ont la femme pour obligée, viennent en ordre ſur les biens perſonnels de la femme, ſuivant l'ordre de leur hypothéque; c'eſt la date de leurs titres qui décide ſur ces biens, non la rétrogradation d'hypothéque, qui ne milite que ſur les biens du mari & qui n'a nul trait aux ſiens; il faut donc ſur ce cette premiere différence entre les biens perſonnels de la femme & ceux de ſon mari; ſur les premiers, l'ordre des tems décide; ſur les autres, il y a rerrogradation d'hypothéque qui demande des diſtinctions.

Prior tempore potior in jure. Sur la ſeconde partie, voyez les propoſitions ſuivantes.

II. Sur les biens du mari, lorſqu'il y a inſuffiſance, il y a à diſtinguer entre les créanciers qui ont la femme pour obligée; en effet, ces mêmes créanciers ne marchent pas tous de pas égal, quoiqu'il paroiſſe qu'ils faſſent tous remonter leur hypothéque au jour du contrat de mariage, & il en faut faire deux claſſes, comme on le va expliquer; ſans cela les droits acquis & les principes ne ſeroient pas conſervés; & ils doivent l'être.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 8, num. 20 & 21, pag. 424, qui les fait tous marcher de pas égal, & pour tout le montant de leur créance; ce qui ne doit avoir lieu pour la portion dedot qui marche avant le douaire, & pour cette portion, il faut ſuivre entr'eux le droit commun, s'il y a inſuffiſance; ſur quoi voyez les deux propoſitions ſuivantes. Ci-devant les créanciers qui avoient la femme pour obligée, ne faiſoient remonter leur hypothéque au jour du contrat de mariage, que dans le cas que ce même contrat de mariage contenoit la clauſe d'indemnité, comme on l'a vu ci-deſſus; rétrogradation qui paroît à préſent ne plus ſouffrir de difficulté, nonobſtant l'omiſſion de cette clauſe; voyez l'arrêt du 11 août 1660, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, & tel eſt l'uſage du châtelet; obſervations qui ſont préliminaires à celles qu'on a à faire ſur cela.

III. Suivons donc l'ordre des créanciers qui ont la femme pour obligée: d'abord ſur les biens du mari, on doit colloquer le montant de la dot, qui marche avant toute autre repriſe, & avant l'indemnité, pour faire de ce montant la diſtribution ci-après; premiere opération. Sur cette premiere collocation, & la ſomme a laquelle elle monte, les créanciers qui ont la femme pour obligée, & qui ont droit de demander cette collocation, conjointement du chef de leur débitrice, viennent ſuivant l'ordre de leur hypothéque, le droit commun devant décider entre ces créanciers également privilégiés; ce qui s'entend ſur les biens immeubles du mari, le mobilier étant ſujet à contribution, & ſur lequel ils viennent concurremment; cela concilie les droits des créanciers & les principes de l'hypothéque; & ſans cela on les confond, on les détruit.

L'action qu'ils exercent collectivement, eſt bien la même, mais c'eſt la loi qui régle leur droit ſur cette même action, d'autant plus que le ſous-ordre ſe diſtribue par ordre d'hypothéque comme on le va voir, & que ce droit qu'ils exercent, eſt vraiment entr'eux la conſommation d'un ſous-ordre qu'ils ne peuvent faire entr'eux que ſuivant le droit commun.

IV. Cela eſt fondé ſur ce que les premiers engagemens de la femme emportent une ceſſion tacite de ſa dot, qui marche avant tout; que le droit en eſt acquis aux premiers créanciers, & que ce droit acquis n'a pu recevoir atteinte par de nouveaux engagemens, & que le ſous-ordre, encore une fois, ſe diſtribue par ordre d'hypothéque; ce qui confirme évidemment la propoſition précédente, qu'on ne peut encore une fois conteſter ſans confondre les principes.

Cette diſtinction eſt 1°. abſolument neceſſaire par rapport à l'hypothéque du douaire qui doit marcher avant de certaines repriſes, comme il a été ci-deſſus établi, & 2°. néceſſaire entre les créanciers qui ont la femme pour obligée, & qui doivent être conſervés dans leurs droits; un droit acquis à un créancier ne pouvant être détruit par un nouvel engagement de ſon débiteur; il faut donc entre ces créanciers, & juſqu'à concurrence du montant de la dot, ſuivre l'ordre qu'on vient de rapporter; puiſqu'entre co-privilégiés, c'eſt le droit commun qui doit décider, & que la pourſuite ſur les biens du mari, ſe réduit vraiment à un ſous-ordre.

V. Cette premiere collocation ainſi épuiſée, & le montant du douaire pris ſur les biens du mari, qui paſſe, comme on l'a vu, après

après la dot, & après ce qui a le privilége de la dot, mais avant les autres repriſes ; cette collocation conſommée, il s'en fait une autre ſur les biens du mari en faveur des créanciers qui ont la femme pour obligée, dans laquelle pour ce qui leur reſte dû ils marchent de pas égal avec hypothéque du jour du contrat de mariage, ne s'agiſſant plus alors que de l'indemnité dûe à leur débitrice ; indemnité qui marche après le douaire, & pour laquelle ils concourent comme ayant la même hypothéque, c'eſt-à-dire, après la dot & le douaire rempli, du jour du contrat de mariage de leur débitrice, dot ſur laquelle les anciens créanciers ont un droit acquis, & que leur débitrice n'a pu leur faire perdre ; ce n'eſt donc qu'après le prélevement en leur faveur du montant de la dot, que ſur le ſurplus des biens du mari, les créanciers qui ont la femme pour obligée viennent de pas égal ; car exerçant tous l'action d'indemnité qui compétoit à leur débiteur, & pour laquelle à la vérité ils ont hypothéque du jour du contrat de mariage, mais hypothéque qui eſt primée par la dot, & ſur le montant de laquelle dot y ayant de premiers droits acquis, il faut néceſſairement ſuivre l'ordre des tems ; autrement ce ſeroit rendre la femme débitrice maîtreſſe de ſe ſouſtraire à ſes premiers engagemens ou du moins de les affoiblir, ce qu'elle n'a pu faire au préjudice du droit acquis à un tiers, ce qui milite même dans le cas de la ſéparation de biens.

Ne ſeroit-il pas plus juſte de rejetter cette rétrogradation d'hypothéque, dans le cas que la femme ſeroit ſéparée, & ne donner en ce cas hypothéque que du jour des obligations, ainſi que cela a été jugé par l'arrêt du 8 juin 1674, rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 355, où cette queſtion eſt doctement traitée ; l'opinion la plus commune à préſent va à accorder cette rétrogradation d'hypothéque indiſtinctement & nonobſtant la ſéparation, & ce tant à la femme qu'aux créanciers qui l'ont pour obligée ; les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 417, citent trois arrêts qui l'ont ainſi jugé ; ainſi il paroît qu'on ne doit plus agiter cette queſtion, & que ſur ce la juriſprudence eſt à préſent conſtante ; voyez ci-deſſus le chapitre de l'indemnité & de cette rétrogradation d'hypothéque en faveur de ceux qui ont la femme pour obligée ; d'où il s'enſuit que ſi un pere & une mere ont doté ſolidairement un enfant, quoique cette derniere ſoit inſolvable, ſon engagement ne laiſſe pas de profiter à l'enfant doté, parce qu'il fait remonter ſon hypothéque ſur les biens de ſon pere au jour du contrat de mariage de ſes pere & mere, le Brun, de la communauté, pag. 460, num. 20 ; & c'eſt la ſuite du principe qu'on vient d'établir : il eſt trop autoriſé pour pouvoir être contredit, il faut donc s'y rendre : quant à l'hypothéque des créanciers de la femme ſur ſes biens perſonnels, on a vu que c'étoit l'ordre des tems qui la régloit.

TITRE DOUZIEME.

DE LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ.

CHAPITRE PREMIER.

QUAND ET AU PROFIT DE QUI ELLE A LIEU.

(Art. 240 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE SON MOTIF ET DE CE QUI LA PRODUIT, ET AU PROFIT DE QUI ELLE A LIEU.

I. LE ſurvivant des conjoints étant ſouvent le maître de faire ou de ne pas faire faire inventaire, le deviendroit du ſort des enfans, puiſque par leur foibleſſe, ils ne peuvent agir pour la confection d'icelui, ſi la loi n'avoit point pourvu à leur ſûreté ; c'eſt cette ſûreté, c'eſt pour la conſervation de leurs droits (que le ſurvivant a preſque toujours en ſa puiſſance) que la loi municipale a prorogé ou continué la communauté ; continuation qui fait la matiere du préſent titre, & dont on va expliquer les effets, qui manifeſtent la vaſte prévoyance de la loi municipale, puiſque par-là elle a pourvu à la conſervation des droits des enfans dans toute leur étendue.

Voyez ſur le droit de continuation, que la coutume établit en faveur des enfans ; le Brun, en ſon traité de la communauté, liv. 3, chap. 3, ſect. 1. Cette continuation eſt d'une ſageſſe infinie, puiſque nonobſtant le défaut d'inventaire, elle conſerve tous les droits des enfans par le juſte effet qu'elle lui fait produire, & c'eſt ce que l'on va expliquer.

II. Au défaut d'inventaire, la communauté continue entre lui & ſes enfans, dans les

cas qu'on verra ci-après : voilà le salutaire & prévoyant effet du défaut d'inventaire, c'eſt ce défaut qui eſt la baſe de la continuation de communauté, & cet effet conſerve tous les droits des enfans.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 240 qui a été étendu dans les autres coutumes, qui n'ont pas de diſpoſition contraire, ainſi que l'atteſte Dumoulin, ſur l'art. 54 de la coutume de Vitry; le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 507, num. 6 : ce qui prouve la ſageſſe de cette diſpoſition, puiſque par le moyen de cette continuation, le défaut d'inventaire ne peut plus rien opérer qui ſoit préjudiciable aux enfans : ſur cet effet du défaut d'inventaire, voyez Brodeau ſur Louet, let. C, chap. 30; & Soëfve, tom. 1, chap. 35; le journal des audiences, tom. 2, liv. 6, ch. 17.

III. Par là la continuation de communauté eſt toute enſemble & une peine contre la négligence du ſurvivant, & une aſſurance du droit des enfans, en faveur deſquels la ſageſſe de la loi ne pouvoit aller plus loin que d'établir la continuation de la communauté, dont l'effet eſt de rendre communs tous les biens meubles du ſurvivant tels qu'ils ſoient, ceux même de ſucceſſion directe, & les immeubles qu'il acquiert depuis la diſſolution imparfaite de la communauté opérée par la mort; preuve que cet effet doit tomber ſur le préciput, comme on le verra ci-après.

C'eſt dans ce point de vue qu'on regarde la continuation de communauté; c'eſt-à-dire, comme peine contre le ſurvivant & un ménagement du droit des enfans, & elle eſt telle en effet : ce qui va ſe vérifier.

IV. Elle a lieu encore qu'il fût de notoriété qu'il n'y eût aucuns biens dans la communauté, ſi cela n'eſt prouvé par un procès-verbal de carence, parce qu'il faut de ce défaut de biens une preuve juridique, la coutume l'exigeant ainſi; par conſéquent ce défaut ſans preuve juridique d'icelui ne fait aucun obſtacle à la continuation de communauté, tel eſt l'eſprit de la coutume.

Le Brun, de la communauté, pag. 506, num. 40, & pag. 110, num. 10. Mais ſi la coutume par laquelle les conjoints ont ſtipulé que leur communauté ſeroit réglée, n'admet point la continuation; la continuation n'a pas lieu en ce cas, quoique la loi du domicile des conjoints l'ordonne; Lapeyrere, let. C, ſur le mot (communauté) num. 56, pag. 50, il cite Dufreſne, en ſon journal; ce qui me paroît juſte, puiſqu'ils n'ont établi entr'eux une communauté de biens, que ſuivant cette coutume; ce qu'ils ont pu faire, puiſqu'il étoit en leur puiſſance de ſtipuler qu'il n'y en auroit aucune entr'eux.

V. La continuation de communauté a lieu pareillement, nonobſtant la donation faite au ſurvivant, dans le cas que la ſurvenance d'enfans ne l'auroit pas révoquée, la loi ſur ce étant générale, & n'admettant pas par conſéquent cette exception.

Le Brun, de la communauté, pag. 509, num. 9; & l'on verra ci-après que la renonciation de la veuve à la communauté n'y fait aucun obſtacle : ce qui prouve que telle donation n'en peut faire, quand elle ſeroit de tous les biens de la communauté. Voyez Brodeau ſur Louet, let. C, ch. 30, num. 4; Auſanet, ſur l'art. 240 de la coutume de Paris; Renuſſon, de la communauté, part. 3, chap. 1, num. 18, & le journal des audiences, tom. 3, liv. 7, ch. 7.

VI. Voyons à préſent au profit de qui la continuation a lieu; elle n'a pas lieu ſi tous les enfans étoient majeurs lors de la diſſolution de la communauté par mort; c'eſt leur minorité ou du moins celle de quelques-uns d'eux qui eſt ſa premiere baſe, ceſſante toute minorité, il ne peut y avoir de continuation de communauté, mais la minorité d'un ſeul ſuffit.

Voyez le Brun, de la communauté, liv. 3, chap. 3, ſection 2; ce qui eſt d'un uſage conſtant au châtelet, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

VII. La raiſon de ce eſt, qu'étant alors en état d'agir par eux-mêmes, ils doivent s'imputer le défaut d'inventaire, défaut qu'on ne peut plus en ce cas imputer en entier au ſurvivant des conjoints; & l'impuiſſance des enfans étant la baſe de ce ſage établiſſement, il ne peut plus avoir lieu où cette impuiſſance ceſſe, & par conſéquent lorſque tous les enfans étoient majeurs au moment de la diſſolution par mort, ils ne peuvent prétendre continuation de communauté.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 1, pag. 462.

VIII. De-là il s'enſuit, qu'en ce cas leurs droits dépendent d'une enquête de commune fâme & renommée, c'eſt l'unique voie par laquelle on puiſſe conſtater l'état des choſes au tems de la diſſolution; au défaut d'inventaire, l'ordre judiciaire n'indique pas d'autre voie.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet.

IX. Mais s'il y avoit un ou pluſieurs enfans mineurs lors de la diſſolution, il y a continuation non-ſeulement en faveur des mineurs, mais encore en faveur des majeurs, leur condition devant être égale, & c'eſt cette égalité qui fait influer le droit de continuation ſur tous; tel eſt l'eſprit judicieux de notre coutume, qui n'a pas voulu admettre à cet égard une différence entre les enfans.

Le Brun, de la communauté, pag. 520, num. 3; l'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 2, num. 6, pag. 193; le Maître, pag. 278, eſt d'opinion contraire; opinion qui n'eſt pas ſuivie; mais ce droit eſt perſonnel aux enfans & ne peut paſſer à des étrangers, tels que ſeroient des créanciers,

des légataires. Arrêt du 22 novembre 1644, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 68 : mais il n'eſt tel que lorſqu'il y a d'autres enfans en continuation, comme on le verra ci-après ; & ce, par le droit d'accroiſſement que la continuation opére entr'eux. Droit ſeul qui fait obſtacle à la tranſmiſſion de celui de continuation de communauté, tranſmiſſion qui ſe fait lorſqu'il n'y a pas lieu à l'accroiſſement, qui eſt le cas dans lequel la tranſmiſſion a lieu ; ſur ce concours de ce droit des enfans majeurs avec les mineurs, voyez l'auteur du traité des propres déja cité en ſon traité de la communauté, part. 3, chap. 6, num. 9 : quant au droit d'accroiſſement, on le traitera ci-après dans ſon ordre ; cela demande un examen particulier.

X. En effet, ce qui fonde la continuation de communauté en faveur des enfans majeurs, dès qu'il y a des enfans mineurs, c'eſt que la portion des majeurs ſe trouvant confondue dans la continuation, comme celle des mineurs, il eſt plus juſte que cette portion fructifie en leur faveur, qu'en faveur du ſurvivant ou de leurs freres ; ainſi en ce cas la continuation doit donc militer pour tous, c'eſt une juſte & favorable interprétation de la diſpoſition de la coutume, c'eſt ſon véritable eſprit.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 463 ; de le Brun, de la communauté, pag. 519, num. 3 ; de Renuſſon, en ſon traité des propres, chap. 4, ſect. 2, num. 7, pag. 393 ; & c'eſt ce que j'ai toujours vu pratiquer au châtelet, dans les comptes de continuation où la recette eſt uniforme, & autrement on feroit replier la loi ſur elle-même.

XI. Quoiqu'il n'y ait pas lieu à la continuation lorſque tous les enfans ſont majeurs, néanmoins comme les furieux & les imbécilles jouiſſent de tous les priviléges des mineurs, ſi l'un des enfans ſe trouve dans cet état lors de la diſſolution imparfaite de la communauté, par le décès d'un des conjoints ſans inventaire ſolemnel, le défaut d'inventaire produit continuation en faveur de tous, c'eſt-à-dire, tant en faveur des imbécilles qu'en faveur des autres ; dans ce cas comme dans le précédent, le ſort de tous devant être égal, & le droit des interdits, par les principes ci-deſſus établis, & la juſte faveur de l'égalité, ce même droit influe néceſſairement ſur les autres majeurs : c'eſt encore exacte & favorable interprétation de la coutume.

Cela eſt doctement établi par le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 529 & 530 ; & je le penſe ainſi, la raiſon étant dans ce cas la même que dans le précédent.

XII. Dans le cas de convol & des enfans de deux mariages, il peut y avoir continuation, avec ceux du ſecond, ſans qu'il y en ait avec ceux du premier, & ces derniers ne peuvent prétendre que cette continuation, ſoit avantage fait aux enfans du ſecond lit à leur préjudice, étant plus l'effet de la loi que de la volonté ; effet & continuation légale qui ne peut opérer ſur une communauté diſſoute.

Arrêt du 2 mars 1626, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 76 ; en effet, telle continuation n'eſt que la conſervation des droits que la loi regarde comme perſonnels à ces enfans, ceux d'un précédent mariage ne peuvent donc les partager avec eux.

SECTION II.

Si la ſurvenance de la majorité, ſi la renonciation des mineurs ſont obſtacle à la continuation.

XIII. La majorité qui ſurvient après le droit acquis de la continuation de communauté ne diſſout pas, il faut inventaire, qui ſeul peut la diſſoudre, & ſans lequel la ſurvenance de la majorité n'eſt d'aucune conſidération ; tel eſt l'eſprit de la coutume, vu que la ſurvenance de la majorité ne fait pas ceſſer la confuſion.

Le Brun, traité de la communauté, pag. 519, num. 2, confirme la propoſition ; mais Dupleſſis, à la pag. 480, excepte un cas où il prétend qu'il n'eſt pas néceſſaire d'inventaire pour diſſoudre lorſque la majorité ſurvient, ce cas eſt celui auquel il n'y auroit qu'un ſeul enfant & qui ſeroit marié majeur ; en ce cas, il penſe que le mariage ſans inventaire ſolemnel, fait de la part du ſurvivant, diſſout ce qui eſt contraire d'abord à lui-même, car dans le cas qu'il y en a pluſieurs, mais tous mariés, il dit à la pag. 481, que leur mariage ne diſſout pas ; & contraire à ce qui ſe pratique au châtelet, au ſentiment de Renuſſon, en ſon traité des propres, pag. 395, num. 8 ; & à celui des auteurs des notes ſur Dupleſſis, qui à la page 419 diſent qu'il n'y auroit pas de raiſon, en ne donnant à cet enfant aucune connoiſſance de l'étendue de ſes droits, par la confection d'un inventaire, de le priver d'un bénéfice que la loi lui a donné ; & c'eſt à ce ſentiment auquel il faut s'arrêter, comme étant le véritable eſprit de la coutume, & le juſte effet de ſa prévoyance dans la conſervation des droits des enfans.

XIV. De-là il s'enſuit qu'elle a toujours lieu non-ſeulement en faveur des mineurs devenus majeurs, mais encore des autres majeurs, parce que le droit en eſt acquis aux uns comme aux autres, & le ſurvivant des conjoints perſévérant dans ſa négligence, il a été juſte d'en continuer la peine, qui eſt la continuation que la coutume ne fait ceſſer que par un inventaire ſolemnel.

La communauté continue entre tous tant qu'il y a confuſion, dit Dupleſſis, pag. 480, ce qui détruit ce qu'il a dit à l'endroit cité ſur la propoſition précédente, & fonde celle-ci qui eſt conforme à la pratique du châtelet.

XV. Il en eſt de même de la renonciation des mineurs à la continuation ; telle renonciation ne donne aucune atteinte au droit des majeurs, & en effet, c'eſt un droit qui leur eſt acquis & que le fait d'un autre ne

peut affoiblir; il doit donc subsister nonobstant la renonciation des mineurs; mais en ce cas il ne doit pas y avoir beaucoup d'intérêt dans l'acceptation, puisque la renonciation des mineurs à la continuation doit avoir pour base le défaut de bénéfice.

Le Brun, de la communauté, pag. 522, num. 9; voyez aussi les deux nombres précédens du même auteur.

SECTION III.

Si la mort ou le mariage de quelqu'un des enfans y fait obstacle.

XVI. Ni l'un ni l'autre n'y fait obstacle, ainsi nonobstant la mort ou le mariage de quelqu'uns des enfans, la continuation de communauté ne laisse pas d'avoir toujours cours, sauf sa dissolution, telle que la coutume la requiert; en effet, c'est un droit acquis aux autres qui ne peut cesser qu'en satisfaisant à la coutume, ou par le fait de celui à qui il appartient, mais non par un événement qui lui est étranger.

Le Maître, pag. 279: quant à la mort de l'un des enfans, Duplessis le dit, pag. 470; à l'égard du mariage de quelqu'un des enfans, sur la question de savoir s'il emportoit à leur égard dissolution de la continuation, les arrêts ont variés; mais par les derniers il a été jugé qu'il n'emportoit pas dissolution, ils sont rapportés dans la note sur Duplessis, pag. 478 & 479; & telle est l'opinion commune fondée sur les autorités précédentes & sur le sentiment de le Brun, traité de la communauté, liv. 3, chap. 3, sect. 6, & celui de Renusson, même traité, liv. 3, chap. 3, sect. 6, & dans son traité des propres, ch. 4, sect. 2, num. 9.

XVII. Loin que la mort des uns affoiblisse le droits des autres, la portion des premiers accroît aux seconds; droits d'accroissement qu'on examinera par la suite, & qui prouve que la mort d'un des enfans ne dissout pas; autres preuves à joindre aux précédentes.

Cet accroissement sera établi ci-après dans son ordre, il a été à propos d'en faire ici la remarque pour établir de plus en plus les propositions précédentes.

XVIII. L'enfant marié reste en continuation & conserve son droit en icelle nonobstant son mariage; la coutume ne faisant pas cesser ce droit par un tel établissement; encore une fois, il faut inventaire solemnel pour la dissolution, & ce que l'enfant acquiert ainsi tombe dans sa commnauté.

Arrêt du 2 Mars 1626, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 79; le Brun, de la communauté, pag. 523, num. 12; l'auteur du traité des propres, chap. 4, sect. 2, num. 8, pag. 395; savoir, si ce que l'enfant acquiert par cette voie tombe dans sa propre communauté, il n'y a nulle difficulté pour l'affirmative si le contrat de son mariage ne contient pas la clause, que ce qui lui échoira lui sera propre, mais s'il la contient c'est où est la difficulté; cependant comme le mobilier qui se trouve lors de la dissolution de la continuation est représentatif du mobilier existant lors de la mort du prédécédé des pere & mere, il vaut mieux présumer pour le propre que pour l'acquêt, je le pense ainsi; voyez la proposition qui suit qui développe cette observation.

XIX. Cela a lieu quoiqu'en ce cas, le conjoint étant en continuation de communauté, soit présumé dans la thèse générale, acquérir par lui-même, & principalement si c'est une femme mariée qui soit en continuation de communauté avec le survivant de ses pere & mere, & son contrat de mariage contienne, que ce qui lui échoira sera propre, autrement son mari, qui a été le maître de provoquer un inventaire, le seroit de l'effet de cette clause, & rendroit par son fait, acquêt dans la personne de sa femme, ce qui devroit lui être propre, du moins relativement à leur communauté; ainsi comme il a été maître de faire dissoudre la communauté, il faut présummer contre lui, & par conséquent présumer que les biens qui proviennent à sa femme par la continuation étoient extans lors de la dissolution du mariage des pere & mere de sa femme; ce qui en ce cas fonde la qualité de propre relatif à la communauté.

* Voyez le chapitre 4 de ce titre qui traite des biens qui entrent dans la continuation de communauté.

SECTION IV.

Si la renonciation de la veuve à la communauté, si la donation faite au profit du survivant, si l'acceptation par lui faite de la garde, empêchent la continuation.

XX. La renonciation de la part de la veuve survivante à la communauté n'empêche pas la continuation; son fait ne pouvant empêcher la disposition pénale de la loi; tel est l'esprit de la coutume, autrement la veuve seroit maîtresse de détruire le droit que la coutume a établi au profit de ses enfans.

Le Brun, de la communauté, pag. 317, num. 31, où il apporte néanmoins une limitation à la proposition, en disant que si la renonciation est dans les trois mois, elle empêche la continuation; limitation qu'on ne suit pas au châtelet, & telle étoit la jurisprudence dans ce tribunal, bien avant l'arrêt de réglement qu'on cite sur la troisieme proposition de cette section, qui confirme celle-ci, ainsi que la suivante.

XXI. En effet, c'est une peine contre sa négligence fondée sur la confusion des biens;

confuſion qui arrive nonobſtant ſa renonciation, puiſque par le défaut d'inventaire elle n'a pas fait diſtinguer ceux qui appartiennent à ſes enfans; la renonciation ne doit donc pas faire obſtacle à l'effet de la confuſion; autrement ſon fait produiroit obſtacle à l'exécution de la ſalutaire diſpoſition de la coutume, diſpoſition qui en eſt indépendante.

Je l'ai entendu ainſi juger au parc-civil, plaidant M. Barbier; voyez l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit, qui eſt un arrêt de réglement qui fonde la propoſition, & cette juriſprudence étoit ſuivie au châtelet bien-avant cet arrêt.

XXII. Autrement la maſſe de la communauté reſtant dans la main de la veuve renonçante, la précaution de la loi deviendroit inutile, & la veuve deviendroit la maîtreſſe du ſort de ſes enfans, ſous le voile d'une renonciation; & c'eſt juſtement à un tel inconvénient, & pour tous les cas, que la loi a voulu parer; ainſi tout concourt à faire militer la continuation, nonobſtant la renonciation de la veuve à la communauté.

Arrêt de réglement du 4 mars 1737: il eſt rapporté par l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 269; cet arrêt avoit déja été précédé d'un autre du 4 mars 1727, qui avoit jugé la même choſe contre M. Hallier; cet arrêt a été rendu public par l'impreſſion.

XXIII. Mais dans le cas de la renonciation, l'inventaire fidéle ſans clôture eſt ſuffiſant pour empêcher la continuation, la diſtinction eſt faite, & la veuve n'a plus rien dans la maſſe de la communauté; le contraire feroit vaine ſubtilité entiérement oppoſée à l'eſprit de la coutume; ainſi en ce cas la clôture de l'inventaire régulier & fidéle, n'eſt plus de néceſſité pour la diſſolution.

Voyez Louet, let. J, num. 11; c'eſt auſſi la juriſprudence du châtelet, fondé ſur ce que dans ce cas c'eſt aux enfans ſaiſis de toute la maſſe de la communauté, à veiller à la conſervation de tout ce qui la compoſe.

XXIV. La donation par contrat de mariage de toute la maſſe de la communauté en faveur du ſurvivant des conjoints, & en ſuppoſant, ce qui ſeroit faux, que la ſurvenance d'enfant n'auroit pas revoqué de droit une telle donation, n'empêche pas la continuation, parce que la ſurvenance d'enfant a révoqué la donation, & que par conſéquent dans ce cas là négligence du ſurvivant eſt auſſi puniſſable que dans tout autre cas, puiſque la donation n'a plus d'effet; cette circonſtance d'une telle donation ne peut donc rien changer à ce que deſſus; ainſi la continuation de communauté auroit lieu, comme on l'a dit précédemment, encore que par le contrat de mariage le ſurvivant fut donataire de la portion que le prédécédé des conjoints avoit dans la maſſe de la communauté; ce qui a lieu pareillement dans le cas de l'acceptation de la garde.

Il en eſt de même de l'acceptation de la garde de la part du ſurvivant: loin d'empêcher l'effet de la continuation, elle prive pendant qu'elle a lieu le ſurvivant du bénéfice de la garde, ce bénéfice ſe noyant dans la continuation; mais garde & continuation peuvent concourir enſemble, ſauf au gardien à faire diſſoudre la continuation, auquel cas de diſſolution de la continuation, la garde fructifie en ſa faveur, ſinon, comme on l'a déja dit, ſon bénéfice ſe noye dans la continuation; voyez de Renuſſon, traité de la garde, ce qui conſerve l'application des diverſes parties de la coutume ſur l'inefficacité d'une telle donation par rapport à la continuation; voyez le chapitre premier ci-deſſus, & les autorités qui y ſont rapportées.

☞ Sur la premiere partie de la propoſition, voyez les mémoires d'Auzannet, pag. 136; ils établiſſent que les fruits des propres des enfans ſont ſuffiſans pour fonder la continuation de communauté dans le cas de la donation univerſelle faite par le contrat de mariage, au profit du ſurvivant de tous les meubles & conquêts de la communauté.

SECTION V.

Si l'enfant qui a renoncé par contrat de mariage, & ſi celui qui s'eſt ſoumis à ne demander aucun compte peuvent prétendre continuation.

XXV. Celui des enfans qui a renoncé par contrat de mariage à la ſucceſſion du prédécédé de ſes pere & mere ne peut pas prétendre droit de continuation de communauté; mais cela n'a lieu qu'en faveur de celui ou de ceux au profit deſquels il a ainſi renoncé, parce que ſes droits ſucceſſifs leur ſont dévolus, bien entendu qu'ils exercent ſes droits réſultans de la continuation; mais cela ne change en rien l'état du ſurvivant contre lequel cet enfant, s'il étoit mineur & devenu enfant unique, auroit droit de continuation de communauté.

C'eſt le ſentiment de le Brun, traité de la communauté, pag. 423, num. 13; ce qui me paroit concilier tous les droits & les principes.

XXVI. Mais celui qui par ſon contrat de mariage s'eſt ſoumis à ne demander aucun compte ni partage au ſurvivant, n'eſt pas irrévocablement exclus de profiter de ſa portion virile dans la continuation de la communauté, mais il n'exerce ce droit qu'après la mort du ſurvivant; ce qui conſerve encore les droits de l'un & de l'autre: en effet, cette ſoumiſſion n'opére qu'une ſuſpenſion de tous ſes droits, elle ne peut avoir plus d'effet, & la mort du ſurvivant la fait ceſſer; par cette mort il rentre donc dans l'exercice d'iceux qui n'étoit que ſuſpendu.

Je l'ai vu ainſi régler au châtelet dans un compte de communauté, ce qui m'a paru très-

juridique ; voyez le Brun, à la page qu'on cite ſur la propoſition ſuivante.

XXVII. De-là il s'enſuit qu'après la mort du ſurvivant, il profite de la part dans la continuation, en rapportant aux ſucceſſions de ſes pere & mere ce qu'il doit rapporter ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 524, à la ſeconde colonne.

SECTION VI.

Qu'il n'y a jamais lieu à la continuation lorſqu'il n'y a pas eu de communauté, & que la continuation n'a lieu en faveur des collatéraux.

XXVIII. Il n'y a pas lieu à la continuation de communauté, s'il y avoit entre les conjoints excluſion de communauté ou ſéparation contractuelle ; la coutume par la continuation ne voulant que proroger une ſociété formée, & non pas en établir une non contractée ; d'où il réſulte que lorſque par le contrat du deuxieme mariage il a été ſtipulé ſéparation contractuelle de biens, les enfans du conjoint convolant qui étoient en continuation de communauté, avec lui ne peuvent avoir droit de continuation avec le nouveau conjoint ; le germe de la continuation de communauté étant une communauté de biens entre les deux conjoints par mariage.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, de la communauté, liv. 3, ch. 2, pag. 464 ; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle ci, qui par elle-même ſeroit indubitable ; c'eſt l'eſprit de la coutume. Sur la deuxieme partie de la propoſition, voyez ci-après, où l'on examine l'effet des clauſes du contrat de mariage, relativement aux enfans étant en continuation de communauté avec celui des conjoints qui a convolé.

XXIX. De même s'il y a eu ſéparation de biens prononcée entre les conjoints, l'exécution de cette ſéparation ne laiſſant plus de baſe ni de matiere à la continuation ; & cela eſt fondé ſur ce que la continuation va bien à proroger le tems d'une communauté établie, mais non à en former une lorſqu'il n'y en a pas, & qu'elle a été excluſe ou diſſoute.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, liv 3, ch. 4, num 5 & ſuivans, pag. 574 & 575, établit que dans le cas de l'excluſion de communauté & dans celui de la ſéparation contractuelle, il ne peut y avoir lieu au droit de continuation de communauté ; mais nonobſtant l'excluſion de communauté portée par le contrat du ſecond mariage, la communauté non ſeulement continue dans l'état qu'elle étoit lors du convol, mais encore le beau pere, avec lequel la mere qui étoit en continuation a convolé, eſt garant du compte de tutelle dû aux enfans du premier lit de ſa femme, ce qui a été établi dans ſon ordre, & ce qui eſt fondé, non ſur le droit de communauté, mais ſur la crainte qu'à la faveur du convol & des clauſes du contrat du ſecond mariage, les enfans du premier lit ne ſoient dépouillés d'une partie de leur droit.

XXX. De la propoſition précédente il s'enſuit, que lorſque le ſurvivant eſt réduit à une certaine ſomme pour tout droit de communauté, il ne peut y avoir de continuation de communauté, ce qui n'eſt pas lorſqu'il eſt réduit à une certaine part dans le tout, auquel cas il y a continuation de communauté, comme on l'explique par le chapitre qui ſuit, mais dans ce cas-ci il n'y a pas de continuation ; le ſurvivant étant réduit à ſes propres & à la ſomme qu'il a droit de prendre pour tout droit en la communauté, & le ſurplus appartient aux enfans, ſauf à eux l'action en recelé.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente, il le dit préciſément, pag. 580, num. 22, qui eſt le dernier nombre de ſon traité ſur la communauté ; voyez le chapitre qui ſuit ſur la réduction du ſurvivant à une part dans la maſſe.

XXXI. Jamais la continuation de communauté n'a lieu en faveur des collatéraux, encore qu'ils fuſſent mineurs lors de la diſſolution, parce que c'eſt à eux à veiller à faire faire inventaire, ou à ceux qui doivent agir pour eux, ces collatéraux n'étant pas ſous la puiſſance du ſurvivant ; raiſon déterminante qui écarte à leur égard le droit de continuation ; c'eſt à leurs tuteurs à veiller, & non au ſurvivant qui ne l'eſt ni par le droit ni par la nature.

Cela s'obſerve au châtelet, conformément à l'avis de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 1, pag. 463 ; & cela eſt inconteſtable, puiſque c'eſt un droit de rigueur qu'on ne peut ſuppléer ; la différence qu'il y a entre des enfans dépendans du ſurvivant & des collatéraux indépendans, étant entiere, & c'eſt pour cela que la coutume dans le droit de la continuation de la communauté ne comprend pas les collatéraux du prédécédé des conjoints.

CHAPITRE SECOND.

DE L'EFFET DE LA CONTINUATION, ET DE LA CONFUSION QU'ELLE OPERE DANS LA PERSONNE DU SURVIVANT, ET DE SA PART LORSQU'IL EST REDUIT A UNE PORTION DANS LA MASSE DE LA COMMUNAUTÉ.

(Art. 240 de la coutume.)

I. LE principal effet de la continuation de communauté eſt que tout le mobilier tel qu'il ſoit, devient commun entre le ſurvivant & les enfans, telle eſt la ſuite de leur ſociété légale; communauté qui influe ſur les autres biens, comme on le va voir, & par le moyen de laquelle tous les droits des enfans ſont conſervés, & ce qui doit par conſéquent influer ſur la repriſe de la miſe en communauté, & ſur le préciput.

Cela réſulte de l'art. 240, & cela ſe juge ainſi au châtelet, comme ſuite inévitable de ce texte.

II. Ce juſte effet n'eſt pas réduit au mobilier, mais encore tout l'immobilier acquis par le ſurvivant juſqu'au jour de la diſſolution eſt pareillement commun, parce qu'il y a lieu de préſumer que tout a été acquis des deniers communs; mais il n'en eſt pas de même des immeubles des enfans, la continuation eſt un droit établi en leur faveur, & par conſéquent qui ne peut être retorqué contr'eux; il n'en eſt pas de même de l'immobilier acquis par le ſurvivant, la coutume judicieuſement & conſéquemment à ſes premiers principes, le rend commun, & ſans cela ſa diſpoſition ſeroit imparfaite.

Dupleſſis, pag. 466, & c'eſt droit commun.

III. Par cette préſomption & le juſte établiſſement qu'elle produit, les droits des enfans ſont conſervés dans leur entier; ce qui prouve ce qu'on a déja remarqué par le premier chapitre, ce qui par conſéquent les met à l'abri des pertes que le défaut d'inventaire auroit pu leur faire ſouffrir, & telle a été la fin de la loi dans cet établiſſement prudent & ſalutaire, qui met le ſurvivant des conjoints hors d'état de pouvoir augmenter ſa part dans la communauté aux dépens de celle de ſes enfans.

Voyez la ſect. 1. du premier chapitre ci-deſſus, ce motif y eſt développé.

IV. Conſidérons à préſent la réduction de la femme de ſon droit dans la communauté relativement à la continuation: ſi le ſurvivant des conjoints étoit réduit par le contrat de mariage à un tiers ou à un quart, ſon droit étant univerſel & différent de celui qui n'a qu'une ſomme fixe, en ce cas, il y auroit continuation d'une telle communauté; mais pour être partagée, comme il va être expliqué par la propoſition qui ſuit, c'eſt continuation de communauté, mais telle que la communauté a été établie par le contrat de mariage au ſujet du partage, ſans influer ſur le préciput.

Voyez Dupleſſis, pag. 464: en effet, en ce cas la loi doit toujours opérer, mais dans les limites de la convention qui eſt la baſe de la continuation.

V. En ce cas le ſurvivant n'a dans la continuation que le même droit qu'il avoit dans la communauté, parce qu'encore une fois ce n'eſt pas nouvelle communauté, mais la communauté telle que les conjoints l'ont établie, qui continue par la diſpoſition de la loi; ſa part dans la continuation eſt donc la même que celle qu'il avoit dans la communauté, ce qui conſerve les droits qui réſultent du contrat de mariage, & ceux qui réſultent de la diſpoſition de la loi, ſans néanmoins confondre ceux qu'ils n'acquiérent que depuis la mort de l'un d'eux.

Cela réſulte de ce dit Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 2, pag. 464; & pour moi je ne vois point de difficulté, la loi & la convention devant opérer.

VI. Par la continuation de communauté conſidérée dans la thèſe générale, la veuve ſurvivante, ainſi que le mari ſurvivant perd ſon préciput, ce qui a lieu dans tous les cas eſquels la continuation a lieu; & en effet, dans le moment qu'elle l'acquiert, elle l'acquiert pour moitié pour ſes enfans, ſi la communauté étoit une communauté ſtipulée à l'ordinaire, & elle le perd pour les trois quarts ſi elle étoit réduite à un quart; la confuſion ne lui laiſſant plus qu'un quart dans la maſſe; il eſt vrai que cela eſt rigoureux, mais cela eſt juridique, & réſulte de la diſpoſition de la coutume; cela eſt rigoureux principalement dans le cas que la continuation n'a pas ſubſiſté long-tems, mais la coutume ne diſtingue pas; il y a plus, lorſque la coutume parle du droit que le défaut d'inventaire fait naître en faveur des enfans, elle ne ſe ſert qu'une ſeule fois du terme de

continuation de communauté, & toutes les autres fois qu'elle en parle, elle dit : il y a communauté de biens ; enfin, comment la veuve conſerveroit-elle le droit du préciput, qui eſt un gain qu'elle avoit droit de faire ſur la communauté, lorſqu'il eſt conſtant que ſi le lendemain du délai pour la confection d'un inventaire, il lui échoioit par la mort de ſon pere un ample mobilier, quoique conſtaté par un inventaire, elle perdroit moitié de ce mobilier, dans le cas même qu'il lui ſeroit ſtipulé propre, & juſtifié ne point provenir de la communauté ? par quel moyen pouvoit-on donc donner au préciput plus de faveur que ce mobilier prouve juridiquement provenir du chef de la mere qui perd le droit de reprendre, comme on le va voir, & les avantages de ſon douaire?

Le Brun, de la communauté, pag. 532, & le Maître, pag. 282, eſtiment qu'elle conſerve ſon préciput, parce que c'eſt un prélevement ; le premier convient qu'on penſe le contraire au palais : c'eſt un prélevement ſur la communauté ; mais la continuation le fait ceſſer en rendant tout commun entre le ſurvivant & les enfans.

VII. Elle perd pareillement le droit de reprendre la miſe par elle faite dans la communauté, la continuation eſt une peine que la loi municipale prononce contre ſa négligence, pourquoi la diminueroit-on en ſa faveur ? pourquoi en affranchiroit-on la repriſe de ſa miſe? C'eſt à la veuve à s'imputer de n'avoir pas ſatisfait à la coutume, pour en conſerver le droit, autrement elle pourroit donc par ſon fait, c'eſt-à-dire, par une renonciation à la communauté, ſe ſouſtraire à la peine que la coutume a établie contre ſa négligence, & prendre ſur les propres de ſes enfans une miſe qui pouvoit être dans la maſſe, & qu'elle a elle même diſſipé.

Cette propoſition & les deux précédentes, ont été formées ſur la pratique du châtelet ; quelques-uns cependant y penſent le contraire, & veulent que ce préciput ſoit regardé comme la repriſe du propre : que lorſque le ſurvivant prend le préciput, ce n'eſt pas pour le remettre ; que ce n'eſt que la diſſolution qui lui donne le droit de le prendre, & que ce droit doit être le même dans le cas de la continuation, comme dans le cas qu'il n'y a point de continuation ; mais il y a grande différence entre la repriſe du propre fictif, qui eſt acquiſe à l'inſtant du mariage, au lieu que le droit au préciput ne s'acquiert que par la ſurvie, c'eſt-à-dire, dans un tems où, par défaut de diſſolution, il ne peut plus acquérir qu'il n'acquiere moitié pour ſes enfans. Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VIII. La raiſon de ce eſt que non-ſeulement elle ne pourroit exercer l'un ou l'autre droit ſans en rendre ſes enfans participans, mais encore parce qu'elle ne pourroit les exercer qu'en renonçant à la communauté, renonciation qui ne pourroit donner atteinte au droit acquis aux enfans, comme on l'a établi, & qui embraſſe tout ce que le ſurvivant a acquis depuis la mort du prédécédé ; il eſt vrai que quant à ſon préciput, elle pouvoit l'avoir en acceptant, mais elle ne l'a acquis que lorſque tout étoit commun.

Elle perd ou confond dans la continuation, les ſucceſſions mobiliaires de ſes enfans, mais non pas indiſtinctement ; ce qui ſera examiné ci-après en traitant du droit d'accroiſſement que la continuation de communauté opére entre les enfans ; perte de ces ſucceſſions en certains cas qui fonde la perte de ſa miſe, & par conſéquent la propoſition quant à la miſe, ainſi que celle concernant le préciput ; c'eſt l'eſprit de la coutume, c'eſt la vraie régle.

IX. Mais ni elle ni le mari ſurvivant ne perdent pas la repriſe de leur propre fictif, la ſtipulation de propre les a abſolument ſéparés de la communauté, & par conſéquent les ſépare de la continuation qui n'eſt qu'une ſuite d'icelle ; ce qu'on ne peut pas dire du préciput ni de la repriſe mobiliaire qui ont été confondus dans la maſſe de la communauté & qui y reſtent t lles, au moyen de la continuation ; l'un eſt la reſtitution d'un ancien dépôt patrimonial qui n'a jamais fait partie de la communauté, l'autre eſt un gain depuis la continuation que le ſurvivant n'a pu faire qu'en le rendant commun à ſes enfans.

Voyez Dupleſſis, pag. 472 à la fin, & cela eſt conſtant au châtelet, où, nonobſtant la continuation, le ſurvivant, par le compte & partage d'icelle, eſt admis à faire la repriſe de ſon propre fictif, & telle dépenſe eſt allouée : le contraire ſeroit injuſte.

X. La veuve ne perd pas pareillement ſon deuil, c'eſt aux héritiers du mari à le lui fournir ; mais elle perd les arrérages de ſon douaire qui courent pendant la continuation ; tout ce qu'elle acquiert pendant ce tems & qui ne lui eſt pas propre, devenant au moyen de la continuation de communauté, commun entre elle & ſes enfans.

Tel eſt encore l'uſage du châtelet, & c'eſt le juſte effet de la continuation & de la confuſion qu'elle opére ; ainſi ce ſeroit mal-à-propos qu'on prétendroit, nonobſtant la continuation de communauté, que les droits réſultans du contrat de mariage en faveur du ſurvivant, doivent militer : cela eſt bon pour les droits acquis, non pour ceux qu'il n'acquiert que depuis la mort du prédécédé.

CHAPITRE

CHAPITRE TROISIEME.

DE CE QUE LE SURVIVANT DOIT FAIRE POUR EMPECHER LA CONTINUATION.

(Article 240 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUEL EST L'ACTE QUI PEUT OPÉRER LA DISSOLUTION, ET DES FORMALITÉS DE CET ACTE.

I. L'INVENTAIRE eſt le ſeul acte par lequel le ſurvivant peut empêcher la continuation de communauté; & arrêter le cours de la continuation lorſqu'elle a commencé d'avoir lieu: cet inventaire doit être fidéle & fait dans un certain tems, tems qui fait la matiere de la ſection qui ſuit; il doit être revêtu des formalités ſuivantes, l'inobſervation de ces formalités feroit ſubſiſter la continuation, nonobſtant un inventaire que cette inobſervation rendroit inſuffiſant pour diſſoudre: voici donc ſa premiere formalité; d'abord, il doit être fait avec un légitime contradicteur qui eſt l'enfant même, s'il eſt majeur, & un tuteur chargé de veiller aux intérêts des mineurs & à la fidélité de la confection de l'inventaire; outre ce, il doit être ſigné de deux notaires: ſeconde formalité de cet acte; on examinera ci-après dans le chapitre ſeptieme la diſſolution de la continuation lorſqu'elle a ſubſiſté, c'eſt-à-dire, ſon effet pour ce tems; nous nous bornons ici à la maniere de la diſſoudre.

Le Maître, pag. 283; le Brun, de la communauté, pag. 510; l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 106; & celui de réglement du 12 février 1682, rapporté dans le quarrieme volume du journal des audiences; Dupleſſis, page 476, & la note ſur ſon commentaire, page 474. Par l'arrêt déja cité du 12 février 1682, & qui eſt auſſi rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, page 30, il a été jugé qu'il y avoit continuation de communauté, l'inventaire ne ſe trouvant ſigné que d'un notaire: cela eſt rigoureux, mais exact. Il y a cependant un cas où la préſence de l'enfant devenu majeur, n'eſt pas abſolument néceſſaire, ſi un pere, en continuation de communauté avec une fille d'un premier lit, convole en ſecondes nôces; que pendant le ſecond mariage il dote ſa fille du premier lit avec ceſſion de tous ſes droits, & même de ceux dans la continuation, & qu'enſuite il faſſe inventaire avec le tuteur de l'enfant du ſecond lit, ſans y appeller celui du premier, quelques-uns prétendent qu'il y a continuation avec l'enfant du premier lit; je ne peux goûter cette opinion par les raiſons ſuivantes; 1°. c'eſt préférer la lettre de la coutume à ſon eſprit: 2°. l'inventaire s'étant fait ſur un tout indiviſible & commun aux deux enfans, ne peut être bon pour l'un, qu'il ne ſoit bon pour l'autre, puiſque, encore une fois, c'eſt la fixation d'une même maſſe; enfin, cet enfant du premier lit ayant d'abord été en continuation pour moitié avec ſon pere, enſuite pour un tiers par l'aſſociation du nouveau conjoint, ne ſeroit plus en continuation que pour un tiers, quoique le tiers de l'autre enfant fût ſouſtrait de la maſſe, ce qui ne ſeroit pas juſte; & il ſeroit bizarre de changer ſon ſort & le ſuppoſer aſſocié pour moitié après avoir ceſſé de l'être pour cette part: raiſons qui me font penſer qu'en ce cas il y a diſſolution quoique cet enfant n'eût pas été préſent à la confection de l'inventaire.

II. Suivons les formalités: troiſiemement, l'inventaire pour être capable de diſſoudre la communauté & empêcher la continuation ou diſſoudre la continuation, lorſqu'elle a déja eu lieu, doit être clos en juſtice, & ce dans le tems qu'on verra ci-après; telle eſt la troiſieme formalité de cet acte, on l'approfondira par la ſuite; quatriemement, il doit être fidéle, s'il y avoit recélé, il ſeroit impuiſſant pour diſſoudre; ainſi ſa fidélité eſt la quatrieme condition néceſſaire pour la diſſolution, & cette fidélité eſt bien plus du fonds que de la forme; & par-là elle eſt encore plus néceſſaire.

Dupleſſis, pag. 475: ce qui s'obſerve ſcrupuleuſement au châtelet; c'eſt l'eſprit de la coutume, qui, ordonnant un inventaire, a voulu abſolument un inventaire fidéle.

III. Ceſſant l'une de ces formalités, l'inventaire n'empêcheroit pas la continuation, la coutume ayant fait dépendre la diſſolution de ces mêmes formalités; ainſi faute d'icelles, il y a continuation, la condition de la diſſolution n'étant pas remplie.

Par l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 11, jugé qu'un inventaire fait à Tours, ſuivant la coutume de Tours, par un homme qui y avoit ſuivi le parlement, avoit diſſous la communauté, ce qui eſt très-judicieux; autrement la diſſolution auroit été pour lui impraticable. Actuellement on porte la rigueur ſi loin, que ſur de prétendues forma-

lités, plus idéales que réelles, & ſur de prétendus vices auxquels un ſurvivant qui a agi de bonne foi, n'a pu parer, & qui ne viennent que du fait d'officiers dont il a été forcément obligé de ſe ſervir, & ſur les opérations deſquels il n'a pu préſider, on admet une continuation de communauté qui rend les enfans, qui, peut être, ne le ſont déja que trop, maîtres du ſort de leurs pere & mere; ce qui eſt contraire à l'eſprit de la coutume, au bon ordre public & à celui de chaque famille en particulier.

SECTION II.

Du tems dans lequel l'inventaire doit être fait, & quand il a effet rétroactif.

(Art. 241 de la coutume.)

IV. Examinons à préſent le tems de l'inventaire & celui de la clôture: il faut que l'inventaire tel que deſſus, ſoit fait dans les trois mois, à compter du jour du décès du prédécédé des conjoints, & outre ce clos dans le tems qu'on va expliquer; mais cela forme ſur ce un double délai: ce qui demande double explication, l'un ne ſe cumulant pas ou ne ſe joignant pas avec l'autre; tel eſt l'eſprit de la coutume.

Dupleſſis, pag. 476; la coutume ne fixe pas ce délai, mais l'uſage y a ainſi ſuppléé; Brodeau ſur Louet, let. C, ſomm. 30, num. 22, & cet uſage a ſa racine dans l'art. 1 du tit. 7 de l'ordonnance de 1667, où on parle du délai pour la confection de l'inventaire, car celui de ſa clôture eſt fixé par la coutume.

V. Il faut qu'il ſoit clos en juſtice dans un pareil délai, c'eſt-à-dire, dans les trois mois, à partir du jour de ſa confection, ſans qu'on puiſſe réunir les deux délais; impuiſſance quant à leur réunion qu'on expliquera: délai de clôture fixé, comme on l'a dit par la coutume.

Dupleſſis, pag. 476; & le Brun, traité de la communauté, pag. 512, num. 18. Sur la forme de l'inventaire & la clôture d'icelui, voyez l'arrêt de réglement du 6 avril 1632, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 5: cet arrêt influe ſur la propoſition; il eſt pareillement rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 33 & 34. Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 474, en font mention, ainſi que le Brun, de la communauté, pag. 513, addition au num. 18, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur le texte même de la coutume, qui ne parle que du tems de la clôture & non de celui de la confection, à quoi l'ordonnance de 1667 a pourvu pour ſon tems.

VI. Etant ainſi fait & clos, il a effet rétroactif & opére pleine diſſolution, à compter du jour du décès du premier décédé des conjoints, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit; en effet, il étoit juſte & même inévitable d'accorder pour ce un délai.

C'eſt ce qui réſulte de la coutume; voyez Dupleſſis, pag. 477; juſques-là que ſi dans les trois mois il étoit échu une ſucceſſion au ſurvivant, cette ſucceſſion lui appartiendroit en totalité dès que la diſſolution a été faite dans ſon tems, nonobſtant une note ſur l'art. 118 de la coutume, qu'on a imputée à Dumoulin; ce qui eſt atteſté par le Brun, de la communauté, pag. 539, num. 20; en effet, il a fallu pour ce, un délai, & le ſurvivant s'y conformant, il a été juſte de donner à la clôture un effet rétroactif; ſans cet effet, ce délai ſeroit imparfait, & la coutume ſeroit dépouillée de ſa ſageſſe; ce délai doit donc être efficace, mais non dans le cas de l'exception qui forme la propoſition qui ſuit.

VII. Cependant cet effet rétroactif ne doit pas avoir lieu pour les acquiſitions faites avant la confection de l'inventaire; mais bien pour celles faites depuis que l'inventaire eſt fait, quoique non clos, pourvu qu'il ſoit fait & clos dans les deux délais ci-deſſus; le défaut d'inventaire laiſſant tout commun, ſi le contraire n'eſt juſtifié; ainſi en ce cas même les acquiſitions ſont communes ſi le contraire n'eſt pas juridiquement prouvé.

Le Brun, de la communauté, pag. 540, num. 21, à moins qu'elles ne ſoient faites après l'inventaire; c'eſt ce qu'il dit au nombre ſuivant; mais faites avant l'inventaire, elles ſont néceſſairement communes, ce qui s'entend des actes de commerce, non de ceux de libéralité faits au profit du ſurvivant des conjoints, qui porte la preuve que les biens qu'ils contiennent, n'ont pas été acquis avec des deniers communs.

VIII. Approfondiſſons l'effet de ces délais: ſi l'inventaire n'a pas été fait dans les trois mois, à compter du jour de la mort du prédécédé des conjoints, quoiqu'il ſe trouve par la ſuite fait & clos dans les ſix mois, à compter de ce même jour de la diſſolution du mariage par le décès de l'un des conjoints, tel inventaire n'a plus effet rétroactif, & il y a eu continuation juſqu'au jour de la clôture; cela réſulte de la diſpoſition de la coutume qui a ſuppoſé un délai pour la confection que l'ordre a fixé.

Le Brun, da la communauté, pag. 510, num. 13; le Maître, pag. 285. Voyez la propoſition ſuivante qui fonde encore celle-ci.

IX. La raiſon de ce, eſt qu'on ne peut joindre les deux délais & les cumuler enſemble, parce que chacun a eu ſon objet & chacun d'eux doit être ſcrupuleuſement obſervé; il faut cependant convenir que cela eſt bien rigoureux, mais rigueur qui ceſſe lorſque le ſurvivant a fait tout ce qui étoit en lui.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, & le ſentiment de Dupleſſis, page 478, & il y en a arrêt rapporté dans la note de ce commentateur, page 477.

X. Il en eſt de même ſi l'inventaire a été fait promptement & que la clôture d'icelui ſe trouve faite hors les trois mois, à comp-

ter du jour de la confection de l'inventaire ; en ce cas, il y a continuation jusqu'au jour de cette clôture, si elle se trouve faite après les trois mois, à compter du jour de la derniere vacation de l'inventaire, quoiqu'elle se trouve faite dans les six mois, à partir du jour du décès du prédécédé des conjoints, & ce par la même raison que les deux délais ne doivent pas se joindre ensemble, & que dans ce cas, le délai pour faire inventaire, se trouvant trop fort par le fait, est abrégé de fait & de droit, & qu'à partir de sa confection, la clôture adoptée par la loi a dû être faite dans les trois mois ; tel est l'esprit de la coutume, tel est l'usage du châtelet.

C'est ce que dit Dupleſſis, pag. 477, & tel est l'usage du châtelet ; en effet, sur la clôture il ne peut y avoir d'excuses légitimes.

XI. De ce que dessus il résulte, que quoique l'inventaire se trouve fait dans les trois mois, si la clôture est hors les six mois, il y a continuation jusqu'au jour de la clôture ; c'est la conséquence qui naît de ce que dessus, & la dissolution doit dans la thèse générale se faire conformément à la coutume qui a régi la communauté.

Lorsque la communauté de biens a été établie entre les conjoints, nonobstant la loi du domicile du mari, & par une soumission quant à ce à la coutume de Paris, une telle communauté ne peut se dissoudre que par un inventaire, tel que la coutume de Paris le requiert ; arrêt du 19 août 1655, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 23 ; c'est aussi le sentiment des auteurs des notes sur Dupleſſis, p. 475 à la fin, & telle doit être l'exécution de la convention.

☞ Mais la clôture même de l'inventaire n'empêche pas la continuation de communauté, si le survivant qui a fait inventaire, & qui en a différé la clôture au-delà du tems qui lui est accordé pour la faire, a négligé avant de se présenter à la clôture, de faire constater par un récollement, l'état des effets depuis l'inventaire, & de faire procéder à une addition, le tout en présence du subrogé tuteur. Voyez l'arrêt du 12 mai 1749, rapporté par l'annotateur de Renusson, en son traité de la communauté.

XII. Quoique la loi municipale qui établit la continuation de communauté, soit en cette partie impérieuse & pénale ; cependant s'il y a eu un légitime empêchement, par exemple, si le prédécédé est mort de la contagion, en ce cas, la fatalité du délai de trois mois pour la confection de l'inventaire, ne court pas contre le survivant qui ne peut être tenu de l'impossible, ce qui doit s'appliquer au cas que la quantité des biens a rendu la confection impossible dans le délai ; tel est le vrai sens de la loi municipale, autrement on la dépouilleroit de sa sagesse.

Voyez la proposition qui suit, qui développe celle-ci.

XIII. Mais pour cela, il faut que par un acte authentique, le survivant déclare qu'il entend dissoudre & satisfaire à la loi aussi-tôt qu'il le pourra faire ; cette déclaration, cet acte étant en sa puissance ; sans cet acte, qu'il est le maître de faire, il y auroit de sa part un mépris de la loi dont il doit subir la peine.

Telle est l'opinion commune ; en effet, à l'impossible nul n'est tenu.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES BIENS QUI TOMBENT DANS LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ.

(Art. 240 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU MOBILIER QUI Y TOMBE, MAIS QUE LES PROPRES FICTIFS N'Y TOMBENT PAS.

I. TOUT le mobilier de la communauté tombe dans la continuation d'icelle, c'est sa premiere matiere ; la confusion, le défaut de preuve d'origine le rend nécessairement commun entre le survivant & les enfans ; il a été le premier objet de la prudente & salutaire disposition de la coutume : ainsi quant au mobilier provenant de la communauté, nulle distinction à faire de la portion appartenante en icelui au survivant, & de celle afférente aux enfans, l'une & l'autre portion fait la premiere matiere de la continuation de communauté.

Le Maître, pag. 279 ; Dupleſſis, de la communauté, pag. 466, où il a fait l'énumération de tous les biens qui tombent dans icelle ; biens qui se manifestent assez, puisque c'est continuation de communauté, & que ces biens faisoient partie de la communauté ; droit enfin, dont l'étendue s'éclaircit en expliquant, comme on le verra par la suite, ce qui n'y tombe pas ; voyez aussi sur cette même énumération, le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 3, sect. 3, distinct. ; ; mais par rapport

au mobilier, il n'y a jamais eu de contradiction ſur icelui; il a été la baſe de la communauté qui continue; c'eſt droit commun pour les coutumes qui admettent la continuation; voyez Renuſſon de la communauté, partie 3, chap. 3, num. 32, 71 & ſuivant.

II. On a vu que le préciput même du ſurvivant y tomboit; c'eſt l'effet de la confuſion & de la peine que la coutume prononce contre lui, qui eſt telle qu'en acquérant, il acquiert tant pour ſes enfans que pour lui; cela eſt rigoureux, mais juridique.

Le Brun, de la communauté, pag. 532, atteſte que c'eſt l'opinion commune au Palais, quoiqu'il ſoit de ſentiment contraire, avouant lui-même la la ſingularité de ſon opinion, elle ne peut faire d'impreſſion; en effet, elle eſt entiérement contraire à la loi qui rend tout le mobilier commun; totalité qui embraſſe donc le préciput qui eſt acquiſition, non reſtitution de dépôt.

III. Mais les propres fictifs comme on l'a déja vu, & ce tant du ſurvivant que des enfans, n'y tombent pas, ni les remplois; ni l'un ni l'autre n'ayant jamais été de la communauté, ne peuvent faire partie de ſa continuation; ce qu'on ne peut pas dire du préciput, qui n'eſt qu'un prélevement ſur une maſſe commune, qu'une portion plus avantageuſe dans le partage pour le ſurvivant, & qu'un gain qu'il fait pendant que la continuation a lieu, & que la loi rend commun, puiſque tous ceux qu'il fait ſont tels indiſtinctement.

Le Maître, tit. 10, pag. 280, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, d'autant plus ſûre que le mobilier qui échoit au ſurvivant, même par ſucceſſion directe, & juſtifié tel, tombe dans la continuation de communauté.

IV. En effet, & en continuant de parler des propres fictifs, exclus de la communauté qui ſe continue, telle qu'elle étoit entre les deux conjoints, & ces droits ſe prenant par délibation ſur la maſſe de la communauté, il eſt impoſſible qu'ils faſſent partie de la continuation, qui par ſa propre dénomination ne peut être autre que la premiere communauté qui eſt ſa baſe; raiſon qui ſembleroit militer pour le préciput; mais par la nature de ce droit qui ſe réduit à un mobilier, & par la rigueur de la continuation qui la rend une peine, le ſurvivant eſt privé par l'effet de la confuſion qui arrive naturellement dans le mobilier, comme il l'eſt de la ſucceſſion mobiliaire de ſes enfans.

C'eſt le ſentiment de le Brun, ſur les propres, en ſon traité de la communauté, pag. 544, num. 34, & tel eſt l'uſage du châtelet; on a déja vu une partie de ce qui compoſe cette ſection, mais l'ordre rend ces répétitions néceſſaires, tout cela devant ſe conſidérer ſous deux aſpects.

SECTION II.

Que les propres réels n'y tombent pas, ni les conquêts de communauté.

V. Les propres réels du ſurvivant, comme ceux des enfans n'y tombent pas; en effet, comment y tomberoient-ils, lorſque les fictifs n'y tombent pas, ni les uns ni les autres ne faiſoient pas partie de la communauté; d'où il s'enſuit, qu'ils ne peuvent faire partie de la continuation, qui eſt la même ſociété que la premiere.

Cela réſulte de l'art. 240, qui porte que les enfans pourront demander continuation en tous les biens meubles & conquêts, immeubles du ſurvivant; c'eſt-à-dire, ceux que ce dernier a faits, ce qui exclut ceux faits par les deux conjoints, & par conſéquent les propres réels; l'un emporte l'autre.

VI. Les conquêts de la communauté ne ſont pas pareillement partie de la continuation, leur nature ainſi que le tems de leur acquiſition, les mettant à l'abri de toute confuſion les diſtraient inévitablement de la continuation; cela eſt ſuite du texte ainſi que de la note précédente; & tel eſt l'intérêt des enfans, auquel ſeul la coutume a voulu pourvoir par l'établiſſement de la continuation de la communauté, ce qui décide encore, car il leur ſeroit déſavantageux que ces conquêts fiſſent partie de la continuation.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 76, rapporte deux arrêts, l'un qui juge que ces conquêts ne ſont pas partie de la communauté, l'autre qui juge le contraire; voyez les arrêts rapportés par la note ajoutée à ce chapitre de le Pretre, qui jugent que les conquêts de la communauté ne ſont point partie de la continuation; c'eſt la juriſprudence du châtelet, c'eſt l'eſprit de la coutume, le ſentiment de Dupleſſis, pag. 465; de Renuſſon, traité des propres, pag. 398, num. 12, & 13, & ce qui ne me paroît pas à préſent ſouffrir la moindre difficulté; c'eſt ſuite du texte: ce que la propoſition ſuivante explique, & il eſt étonnant que cela ait ſouffert contradiction.

VII. Cela eſt fondé, non-ſeulement ſur ce que par leur nature & la date conſtante de leur acquiſition, la confuſion n'y eſt nullement à craindre; mais encore, ſur ce que nulle préſomption ne peut l'emporter ſur la vérité; or par la date conſtante de leur acquiſition, c'eſt une vérité certaine que ces mêmes conquêts n'ont point été acquis depuis la mort du premier décédé des conjoints par mariage; mais les fruits de ces biens tombent de part & d'autre dans la continuation, ce qui fait la matiere de la ſection qui ſuit; mais jamais le fonds par rapport auquel il reſte toujours conſtant qu'ils n'ont point été acquis pendant la continuation.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 464; le Maître, pag. 281, & tel eſt encore une fois l'uſage du châtelet; ainſi le ſurvivant n'en eſt pas le maître, & ſoutenir le contraire, c'étoit ouvertement agir contre le texte de la coutume.

VIII. De-là il s'enſuit que le ſurvivant, quoique maître des effets qui compoſent la continuation, comme on le verra ci-après, ne peut diſpoſer de la moitié afférante aux enfans, dans les conquêts de la communauté, ſon pouvoir étant borné ſur ceux de la continuation; cela eſt ſuite de ce que deſſus, & s'il le faiſoit, la vente ſeroit nulle par rapport aux enfans.

Le Brun, de la communauté, pag. 523, num. 3 & 4, & 534, num. 6: ce qui auroit lieu dans le cas que la communauté auroit été de tous biens; c'eſt ce qu'il ajoute, pag. 542, num. 27; ce qui me paroît juſte quoiqu'il ſemble que la continuation doive embraſſer ce que la communauté embraſſoit, parce que la continuation eſt une peine qu'on ne doit pas interprêter en faveur de celui contre qui elle a été introduite, & que la communauté de tous biens, eſt une communauté conventionnelle, extraordinaire & non légale, limitée entre ceux qui l'avoient contracté, & qui a ceſſé en ce qu'elle avoit de contraire à la coutume, par la mort de l'un des contractans.

IX. De-là il s'enſuit encore que l'immeuble ameubli, ſoit par le prédécédé, ſoit par le ſurvivant, ne fait pas partie de la continuation, étant par l'ameubliſſement regardé comme conquêt de la communauté, & les conquêts ne faiſant point partie de la continuation; ſeconde conſéquence de ce que deſſus.

Cette qualité eſt établie dans ſon ordre ſur le titre de la communauté, & fonde la propoſition; en effet, tout immeuble ameubli eſt conquêt, & nul conquêt immeuble, n'eſt en la diſpoſition du ſurvivant en communauté avec ſes enfans, comme ne faiſant pas partie de la continuation.

X. A l'égard de tout ce qui échoit au ſurvivant des conjoints, ſoit par ſucceſſion, donation, legs, ou autrement, & qui ne lui eſt pas propre, il tombe dans la continuation; c'eſt l'effet de ſa négligence qui rend cela commun à ſes enfans, ce qu'on verra plus au long par la ſection quatrieme, & ce qui a lieu nonobſtant la clauſe de propre ſtipulé par le contrat de mariage, n'y ayant que les propres réels qui n'y tombent pas.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 537, num. 10 & 538, num. 12, 13 & 14; tel eſt l'uſage du châtelet; Dupleſſis, pag. 466, examine la queſtion de part & d'autre, & reſte indécis ſur icelle; ce qui comprend le mobilier qui lui échoit, même par ſucceſſion directe; tels biens ne pouvant lui être propres, & ce nonobſtant la clauſe de propre ſtipulée dans le contrat de mariage, que le décès du prédécédé a effacé & qui ne peut militer contre la continuation de communauté.

SECTION III.

Des fruits & revenus qui tombent dans la continuation, & de ceux qui n'y tombent pas.

XI. Tous les fruits & revenus des biens du ſurvivant y tombent indiſtinctement, ſoit conquêts, ſoit propres, parce qu'au moyen de la continuation de communauté, il ne peut rien acquérir ni même recueillir par la ſucceſſion en mobilier, qu'il ne l'acquiert pour moitié pour ſes enfans; & par rapport aux propres fictifs qui appartiennent aux enfans, ou aux propres réels qui leur appartiennent, les fruits ou intérêts d'iceux y tombent du jour du décès du premier mourant, mais non les fruits des immeubles qu'ils acquiérent depuis que la continuation de communauté a lieu; leur nature diſtincte les diſtrait totalement de la continuation qui eſt établie en leur faveur, & non contr'eux.

L'auteur du traité des propres, ch. 4, ſect. 2, num. 1, pag. 391: par rapport à la premiere partie de la propoſition, Dupleſſis le dit, pag. 466, au commencement: par rapport à la ſeconde partie, que les fruits des immeubles que les enfans acquiérent pendant la continuation, elle eſt atteſté par le Brun, traité de la communauté, pag. 533, num. 7, & par Dupleſſis, pag. 467; & comment ces fruits y tomberoient-ils, lorſque le mobilier par eux acquis n'y tombe pas? Tel eſt l'uſage du châtelet; voyez l'arrêt du 17 mars 1698, rendu entre les ſieurs Deniſet.

XII. De-là il s'enſuit, que les revenus ou intérêts du propre fictif, ceux du propre aliéné ſe confondent de droit dans la continuation, ſoit que le propre ou l'action appartiennent au ſurvivant, ſoit qu'ils appartiennent aux enfans; tous ces fruits indiſtinctement tombent dans la maſſe de la continuation; en effet, les uns & les autres ont été noyés dans la maſſe de la communauté, elle en étoit la débitrice, & c'eſt cette communauté, telle qu'elle étoit lors du décès, qui continue; ces fruits doivent donc faire partie de la continuation de communauté.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 466, & ce qui réſulte des citations ſur la propoſition précédente; l'opinion contraire ſeroit impraticable, parce qu'il ſeroit preſqu'impoſſible de parer à la confuſion.

XIII. De-là il s'enſuit, que les arrérages du douaire de la veuve y tombent, parce qu'auſſi-tôt qu'elle les acquiert, elle les acquiert pour la continuation; c'eſt fruit qui ſe noye dans icelle, c'eſt ſuite de ce que deſſus; tout revenu qui lui appartient y tombe; cette régle eſt générale.

Cela réſulte de la premiere propoſition de cette ſection, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XIV. Il y a de certains revenus des enfans qui ne tombent pas dans la continuation ; les revenus du bien qui a été donné en dot à l'un des enfans, marié pendant la continuation, ne tombent pas en icelle, autrement la conſtitution de dot deviendroit inutile, & ces fruits lui ſont aſſurés pour remplir les charges de ſon mariage.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 535, num. 8 & 9, & la propoſition ſuivante le confirme.

XV. Il y a plus, ce revenu lui tient lieu des nourritures & entretiens que la continuation de communauté devoit lui fournir ; ce revenu doit donc lui reſter en particulier ; c'eſt compenſation légitime, ſauf les raiſons que les enfans ſe doivent réciproquement à cet égard.

Je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet, à moins que le don n'excéde notablement les nourritures, auquel cas on oblige l'enfant ainſi doté, par le partage de communauté continuée, à faire raiſon à ſes freres & ſœurs, de ce que le produit du don à lui fait, excéde les nourritures & entretiens qui lui ont été fournis ; ce qu'on verra plus amplement ci-après ; c'eſt juſte exception à cette régle générale, mais exception purement relative.

XVI. Il en eſt de même des revenus de l'immeuble que l'enfant marié acquiert, il ne tombe pas dans la continuation ; c'eſt conquêt de ſa propre communauté & non un bien de la continuation entre lui & le ſurvivant de ſes pere & mere, que la coutume a établi pour lui conſerver ſes droits, & non pour le priver du produit de ſon travail ; ce qui a lieu pareillement à l'égard de l'enfant célibataire par rapport à l'immeuble par lui acquis.

Le Brun, de la communauté, pag. 535, num. 8 & 9, & autrement on interprêteroit contre lui ce qui a été établi en ſa faveur.

XVII. Approfondiſſons le dernier cas : il en eſt de même des fruits de l'immeuble que l'enfant non marié peut acquérir, comme il n'acquiert pas le fonds peur la continuation, ainſi qu'on le verra dans la ſixieme ſection ; il s'enſuit que les fruits de ce même immeuble ne tombent pas dans la continuation ; c'eſt un pécule que ſon induſtrie a formé pour lui ſeul, & non un bien préſumé acquis de deniers communs, par l'effet de la confuſion qu'on ne peut imputer qu'au ſurvivant & non à lui, puiſqu'il n'a pu parer à la confuſion qui n'eſt pas de ſon fait.

Cela eſt établi ſur la ſixieme ſection ci-après, ce qui fonde à plus forte raiſon, la propoſition précédente, qui concerne le fonds d'un tel immeuble.

SECTION IV.

Des acquiſitions faites par le ſurvivant, qui tombent dans la continuation.

XVIII. Non-ſeulement le mobilier, mais même l'immobilier que le ſurvivant acquiert pendant la continuation de communauté, tombe dans icelle, à l'exception des immeubles qu'il recueille par ſucceſſion directe ou collatérale, que la loi lui rend propres ; c'eſt la ſeule exception en ſa faveur que la qualité légale de propre ſoutient.

Dupleſſis, pag. 466 ; c'eſt la punition exacte de ſa négligence, & le juſte effet de la confuſion qu'elle a produit ; confuſion qui rend tout ce qui n'a pas d'origine légale, commun entre lui & les enfans, comme étant préſumés acquis avec des deniers communs.

XIX. En effet, le tout eſt préſumé acquis des deniers communs, que le ſurvivant n'a pas voulu faire conſtater par un inventaire, & cette préſomption eſt la juſte peine de ſa négligence, ce qui influe même ſur les donations d'immeubles, celles en directe exceptées.

La continuation embraſſe même les immeubles donnés au ſurvivant ; le Maître, tit. 10, pag. 279 ; ce qui fonde encore plus la propoſition, puiſqu'en ce cas on connoît l'origine de l'acquiſition, mais la loi n'y attache pas la qualité de propre, ce qui ſuffit pour cela ; cependant le donateur, maître abſolu de ſa libéralité, pourroit y appoſer la condition de propre, auquel cas il me paroît qu'il ne ſeroit pas poſſible de diviſer cette condition de ſa libéralité.

XX. Cela a lieu même pour tout le mobilier qui lui échoit par ſucceſſion, & même par ſucceſſion directe, à plus forte raiſon, ce qui lui échoit de mobilier par donation ou legs en collatérale, & cela, quoique le contrat de mariage contînt la clauſe, que cela lui ſeroit propre ; cette clauſe ne pouvant militer que contre la communauté, & non relativement à la continuation par rapport à laquelle elle eſt étrangere.

Juſques-là, que ſi la ſucceſſion lui étant échue, ſoit directe, ſoit collatérale, il faiſoit incontinent après diſſoudre ; cela n'empêcheroit pas que tout le mobilier de la ſucceſſion ne fît partie de la continuation, parce que le droit en eſt acquis avant la diſſolution ; Dupleſſis, pag. 466 : ce qui fonde la propoſition qui a été formée ſur l'uſage du châtelet.

XXI. En effet, par le défaut d'inventaire, la confuſion des biens eſt trop grande pour admettre le prélevement de ceux-là en faveur du ſurvivant, c'eſt-à-dire, des effets mobiliers à lui échus par ſucceſſion directe ; ſi cela eſt rigoureux qu'il ſe l'impute à lui-même, puiſqu'il étoit le maître de diſſou-

dre; on ne peut donc s'écarter de cette rigueur, qui eſt une ſuite inévitable de la ſage prévoyance de la coutume ; par la même raiſon de la confuſion, les immeubles qui lui échoient même par donation collatérale; & à plus forte raiſon, ceux qui lui échoient par une donation faite par un étranger, tombent encore dans la continuation de communauté ; on dit les immeubles à lui échus par cette voie, car ci-deſſus on n'a parlé que des meubles ; cela eſt encore l'effet de la confuſion, qui rend commun aux enfans tout ce que le ſurvivant acquiert, & que la coutume ne rend pas propre de ſucceſſion dans la perſonne de ce dernier, ſauf l'effet de la qualité de propres, ſi la donation l'a imprimé à ſa diſpoſition, qui doit, je penſe, avoir ſon exécution.

Cela eſt établi ſur la derniere propoſition de la ſection 2 ci-deſſus, & cette confuſion ne pouvant être imputée qu'au ſurvivant, ne peut nuire en rien aux enfans.

XXII. Mais les immeubles qui lui échoient par ſucceſſion indiſtinctement ou par donation en directe n'y tombent pas, & même ceux qui lui échoient par ſucceſſion collatérale ; la loi rend les uns & les autres propres de ſucceſſion au ſurvivant ; c'eſt une exception à la rigueur de la régle, fondée ſur la certitude de l'origine d'un tel bien, & la juſte & naturelle eſpérance de telles ſucceſſions, d'autant plus que la coutume rend de tels biens propres à celui qui les recueille, qualité qui les tire abſolument de la continuation, puiſque l'étant de ſucceſſion, ils le ſont à plus forte raiſon de communauté, telle qu'elle ſoit, d'origine ou de continuation.

Dupleſſis, à la même pag. 466, déja citée; le Brun, de la communauté, pag. 537 & 538.

SECTION V.

Des acquiſitions faites par les enfans, & qu'elles ne tombent pas dans la continuation.

XXIII. Tout ce que les enfans acquiérent, non-ſeulement en immeubles, mais même en mobilier, ſoit par acquiſition, ſoit par ſucceſſion, donation, legs, ou autrement, ne tombe pas dans la continuation, & il leur eſt propre relativement à icelle; c'eſt en leur faveur, c'eſt pour eux & non contr'eux, que la coutume établit la continuation de communauté; ce qu'ils acquiérent n'y peut donc tomber, on l'a déja annoncé; il reſte ici à le développer.

Le Brun, de la communauté, pag. 535, num. 7 & 536, num. 9, les fruits même de ce qui leur eſt échu par ſucceſſion, n'y tombent pas; le Maître, pag. 279: ce que je crois inconteſtable, parce que c'eſt en leur faveur & non contr'eux que la loi ordonne la continuation : tel eſt auſſi le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de communauté, part. 3, ch. 3, diſt. premiere, num. 71 & ſuivans; c'eſt pécule relativement à la communauté continuée.

XXIV. Cette qualité de propre relative à la continuation de communauté, eſt fondée ſur ce qu'à leur égard, on ne peut préſumer que ces acquiſitions ſont faites avec des deniers communs, puiſqu'ils n'en ont aucuns dans leurs mains; tels biens doivent donc leur reſter en entier ſans confuſion ni partage d'iceux avec le ſurvivant de leur pere & mere, avec lequel ils ſont en continuation de communauté ; la confuſion, & qui ne peut être de leur part, étant la baſe de ce partage.

Dupleſſis, pag. 467, dit que du parti contraire il naîtroit quantité d'inconvéniens qui produiroient des abſurdités; c'eſt ce que dit auſſi le Brun, au num. 9, cité ſur la propoſition précédente; en effet, ce ſeroit faire tomber ſur les enfans la peine que la loi ne prononce que contre le ſurvivant; ce qu'on ne peut admettre, ce ſeroit renverſement, ce ſeroit ſubverſion de la loi.

XXV. Cela auroit lieu, encore que par le contrat de mariage des pere & mere, la communauté fût de tous biens, car cette ſociété étoit limitée aux pere & mere, & s'eſt conſommée par le décès de l'un d'eux; ainſi nonobſtant une telle clauſe, tels biens ſeroient toujours propres aux enfans : la continuation étant régie par la coutume & non par l'effet de cette clauſe extraordinaire que la mort du prédécédé des conjoints par mariage a effacé, & qui par conſéquent ne peut militer contr'eux.

Suite néceſſaire des autorités ci-deſſus, & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 542, num. 27, où il exclut les conquêts de la communauté de la continuation, dans le cas que la communauté auroit été contractée de tous biens : ce qui prouve à plus forte raiſon la propoſition par rapport aux biens que les enfans acquiérent, contre leſquels on ne peut faire valoir qu'une communauté conforme à la loi, & non celle conforme à une convention qu'ils n'ont pas ſouſcrit.

XXVI. De ce que deſſus, il réſulte que du chef des enfans, il ne tombe dans la continuation de communauté, que le mobilier qui leur appartient au moment du décès de leur pere & mere, & les fruits & revenus des immeubles qui leur appartiennent au même jour, provenans de la ſucceſſion du prédécédé de leur pere & mere, enſemble l'intérêt de leurs propres fictifs, & celui de leurs actions de remploi & d'indemnité, ſi ils avoient telles actions à exercer ſur la communauté; mais qu'à l'égard de tous les autres biens qu'ils peuvent acquérir par telles voies que ce ſoit, ils leur ſont propres

relativement à la continuation de communauté, & ce tant en fonds, qu'en fruits.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, conforme à ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 531 & 536; dont il réſulte que les biens qui leur ſont donnés, n'y tombent pas; le Maître, pag. 279, & c'eſt ce qu'on a vu ci-deſſus; en effet, quant à ce, la confuſion ne peut leur être alléguée, puiſqu'elle ne vient pas de leur fait, & autrement on interpréteroit contr'eux ce qui a été établi en leur faveur.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES DETTES ET CHARGES DE LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DES DETTES QUI Y TOMBENT.

I. TOUTES les dettes & charges de la communauté, ſont dettes & charges de la continuation, qui fait ſubſiſter la premiere ſociété, tant paſſivement, qu'activement, tel eſt le principe général n'y ayant pas d'actif qu'après le prélevement du paſſif.

Voyez le Brun, de la communauté, liv. 3, chap. 3, ſect. 4, diſtinct. 1; & cela eſt par ſoi-même inconteſtable, les biens ne pouvant avoir de réel qu'après la déduction des dettes, voyez auſſi Renuſſon, de la communauté, ſect. 4, ch. 1; ce que le même auteur dit auſſi en ſon traité des propres.

II. De-là il s'enſuit, que la premiere maſſe de la continuation de communauté, eſt ce qui reſte de net du mobilier de la communauté, le préciput du ſurvivant confondu dans icelle: maſſe qu'il eſt utile de fixer & ou le préciput ſe noye, comme gain & non reſtitution de dépôt.

Il eſt expédient de diſtinguer cette premiere maſſe, parce que les enfans ont droit de renoncer à la continuation, & j'ai vu au châtelet, les procureurs qui ſont éclairés & pratiqués ſur cette matiere, faire cette diſtinction dans les comptes de communautés continuées, lorſqu'on peut découvrir l'origine des biens; ſinon il faut avoir recours à une enquête de commune fâme & renommée, ſi les enfans renoncent au droit de continuation, & qu'ils veulent ſe tenir à ce qui étoit d'extant lors de la mort du prédécédé des conjoints.

III. Du principe que tout ce que le ſurvivant acquiert pendant la continuation, il l'acquiert pour la continuation (les immeubles qu'il acquiert par ſucceſſion ou donation en directe exceptés, enſemble les immeubles qui lui échoient par ſucceſſion collatérale, mais non les biens qui lui ſont donnés par un collatéral) il s'enſuit que tous les engagemens que le ſurvivant contracte, ſont dettes de la continuation, à moins que ces engagemens ne ſoient relatifs aux biens qui lui ſont propres & qui par cette qualité, ne ſont pas partie de la continuation; auquel cas, de tels engagemens ne ſeroient pas à la charge d'icelle: telle eſt la juſte balance qu'il doit y avoir entre l'actif & le paſſif, la communauté de l'un entraînant l'autre.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 3, ch. 2, pag. 466; & tel eſt l'uſage du châtelet, comme étant l'eſprit de la coutume.

IV. Cela a lieu encore que par les engagemens, le ſurvivant n'eût pas dit qu'il les contractoit pour la continuation; en effet, c'eſt la coutume qui les rend tels par une juſte balance, parce que leur bénéfice eſt tombé dans la continuation de communauté, & la continuation ne peut avoir de réalité, que ce qui reſte dans icelle de biens libres, déduction faite des dettes, & par conſéquent ces dettes ſont charges de la continuation.

Bona non intelliguntur, niſi deducto ære alieno: ce qui s'entend dans ce cas, avec la reſtriction qui forme la propoſition qui ſuit, & dont on a déja fait l'obſervation ſur la propoſition précédente; voyez auſſi Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, & le Brun, de la communauté, pag. 556.

V. Néanmoins, s'il étoit conſtant que l'engagement contracté par le ſurvivant, ne fût pas tourné au profit de la communauté continuée, tel engagement en ce cas, ne ſeroit pas à la charge de la continuation, mais des propres du ſurvivant, par exemple, ſi le ſurvivant pour raiſon d'un immeuble qui lui ſeroit échu par ſucceſſion, avoit été chargé d'une ſoulte, cette ſoulte ſeroit à la charge du ſurvivant, & non de la continuation de communauté, dans l'un comme dans l'autre cas la ſouveraine équité le manifeſte.

Le Brun, de la communauté, pag. 556, num. 4 & 5; & à l'égard des libéralités, il n'en peut faire au préjudice de ſes enfans; cela eſt établi ci-après ſur le ſixieme chapitre qui concerne l'adminiſtration des biens de la communauté continuée, c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

SECTION II.

Quels arrérages de rentes tombent ſur la continuation, & des nourritures & entretiens des enfans.

VI. Comme tous les fruits & revenus de tous les immeubles indiſtinctement, appartenans au ſurvivant, tombent dans la continuation, même les fruits de l'immeuble à lui échu par ſucceſſion directe, de même tous les arrérages des rentes qu'il peut devoir indiſtinctement, ſoit foncieres, ſoit conſtituées, tombent ſur la continuation de communauté, parce que ces arrérages forment la premiere délibation qui eſt à faire ſur les fruits qui ſont partie d'icelle: c'eſt donc ſur elle que doivent tomber ces arrérages, comme prélevement inévitable ſur le montant des fruits qu'elle fait ſiens; c'eſt une juſtice qu'on ne peut refuſer au ſurvivant.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 556, num. 6 & 7, & je n'y vois pas de difficulté; c'eſt ſuite des principes capitaux de la coutume: autrement en dépouillant le ſurvivant des conjoints de l'actif, on feroit tomber ſur lui le paſſif, ce qui ſeroit manifeſtement injuſte.

VII. Il n'en eſt pas de même indiſtinctement des arrérages des rentes dûes par les enfans; ceux des rentes qu'ils doivent du chef du prédécédé tombent dans la continuation, tous les fruits des immeubles qu'ils tiennent de ſon chef y tombant; mais les arrérages des rentes dont ils deviennent débiteurs par la ſuite, n'y tombent pas; les fruits des immeubles qui leur échoient depuis ce tems n'y tombant pas, ce qui affranchit la continuation de tels arrérages, & telle eſt la juſte balance qu'il doit y avoir entre l'actif & le paſſif.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet, comme une juſte balance de l'actif avec le paſſif; ce qui eſt conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 556, num. 8; voyez auſſi Renuſſon, de la communauté, part. 4, ch. 1; ſur quoi on obſervera que Pocquet de Livoniere en ſes régles de droit, pag. 400, dit que le fonds des rentes conſtituées pendant la communauté n'eſt pas à la charge de la continuation, ce qui eſt ſans objet, puiſque les enfans ſont tenus de la moitié de ces rentes; ainſi ſi le ſurvivant avoit pendant la continuation, rembourſé une telle rente, ce ſeroit de ſa part une bonne adminiſtration que les enfans ne pourroient juridiquement conteſter.

VIII. Venons aux nourritures & entretiens des enfans; les enfans doivent être nourris & entretenus aux dépens de la continuation de communauté; ces nourtitures & entretiens ſont charge inévitable d'icelle, comme étant la premiere charge des fruits qu'elle fait ſiens.

Cela réſulte de la note ſur Dupleſſis, page 479; juſques-là que ſi l'un d'entr'eux n'a pas reçu ſes nourritures & entretiens, les autres doivent lui en faire raiſon, & c'eſt par cette raiſon qu'on met l'équilibre dans les droits des enfans; ce qu'on verra par la ſection qui ſuit, & ſur le chapitre 13, ci-après, & ce qui prouve la propoſition: voyez Bacquet, des droits de juſtice, chap. 15, num. 26; & Renuſſon, de la communauté, part 3, chap. 3 & 6.

IX. En effet, dans la continuation tombe la plus grande partie de leurs revenus, il eſt donc juſte qu'ils ſoient nourris & entretenus aux dépens de cette même continuation; c'eſt ſa charge naturelle comme primitive délibation ſur les fruits, que la continuation de communauté fait ſiens.

Le Brun, de la communauté, pag. 559, num. 15, & tel eſt l'uſage du châtelet, comme étant l'eſprit de la coutume.

X. Les frais d'inventaire lorſque le ſurvivant juge à propos de diſſoudre, les frais de partage de la continuation ſont charges d'icelle; ce ſont frais communs de la liquidation qui doivent ſe prendre ſur la maſſe qu'on liquide; de-là il s'enſuit que ces mêmes frais tombent ſur chacun des intéreſſés dans la continuation, à proportion de la part qu'il a dans la maſſe d'icelle: mais les frais funéraires du prédécédé des conjoints, ne ſont point à la charge de la continuation, c'eſt charge de la ſucceſſion du prédécédé, & par conſéquent charge perſonnelle aux enfans.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, & c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 556, num. 16; cependant quant aux frais funéraires, il faut obſerver qu'ayant été payé des deniers de la continuation, dans leſquels deniers les enfans avoient moitié, le ſurvivant ne peut leur faire dépenſe que de la moitié des frais funéraires.

SECTION III.

De la raiſon que les enfans doivent ſe faire au ſujet de ces nouritures & entretiens.

XI. Si l'un des enfans ſe trouvoit établi lors du commencement de la continuation, ſes freres & ſœurs nourris & entretenus aux dépens d'icelle, doivent lui faire raiſon de leurs nourritures & entretiens; raiſon qui ſe compenſe juſqu'à dûe concurrence avec l'intérêt de la moitié de la dot qu'il a reçu de ſes pere & mere, s'il a été par eux doté conjointement, & ce à partir du jour du décès du prédécédé.

Voyez ci-après la diſtinction 7 de la ſection premiere du quatorzieme chapitre de ce titre; quant au rapport, il ne peut frapper que la portion provenante de la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, & non l'autre qui n'eſt pas

ouverte ; & dont le rapport n'eſt dû qu'après ſon ouverture.

XII. Pour cela l'opération qui ſe doit faire, eſt que l'enfant établi, préleve ſur ce qui revient à tous les enfans conjointement, le montant de ſes nourritures & entretiens, déduction faite ſur ce de l'intérêt mentionné dans la propoſition précédente ; telle eſt l'opération à faire.

Ainſi ſi cet enfant avoit été doté, il faudroit compenſer ſes nourritures & entretiens dont il lui eſt dû raiſon, avec les intérêts de ſa dot, dont il doit le rapport, & n'avoir égard aux uns ni aux autres ; c'eſt-à-dire, aux nourritures & aux intérêts, tels que de droit, que dans le cas d'une diſproportion notable entr'eux : tel eſt l'uſage du châtelet ; une raiſon arithmétique s'écarteroit de l'équité.

XIII. Ce montant des nourritures & entretiens fournis aux enfans non dotés, eſt ſujet à arbitrage, & ſe régle ſur l'état & la fortune des parties ; c'eſt un bon guide.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans ce cas & autres ſemblables.

XIV. Par le même principe d'égalité, ſi l'un des enfans a été marié pendant la continuation, il faut comme dans le cas précédent, que ſes freres & ſœurs lui faſſent raiſon de leurs nourritures & entretiens, à compter du jour qu'il a pris un domicile ſéparé, ſauf la compenſation des intérêts de ſa dot : en effet par ce même principe, cet enfant ainſi établi, doit non-ſeulement faire raiſon à ſes freres & ſœurs de la moitié de l'intérêt de la dot mobiliaire, que le ſurvivant des conjoints lui a fournie, mais encore de l'intérêt de la totalité d'icelle, pour rendre à la maſſe commune ce qui doit la compoſer, ſauf à lui à reprendre la moitié afférante dans ce rapport au ſurvivant des pere & mere qui l'a doté, & il doit à ſes freres & ſœurs raiſon des fruits de ſa portion dans les immeubles provenans de la ſucceſſion du prédécédé, s'il en a joui depuis ſon mariage ; & ſans cela l'équilibre ne ſeroit plus conſervé entre les enfans dans le partage de la continuation & il faut l'y conſerver, ſans donner atteinte à la libéralité faite par le ſurvivant qu'il faut lui imputer ſur ſa part ſi aucune il a faite, ou ſuivre l'imputation, ſi avant de donner du ſien, il a d'abord doté à imputer ſur les droits acquis à l'enfant, mais il faut dans tous les cas que l'équilibre ſoit conſervé entre les enfans, tant en principal qu'en fruits ; & que ſi il y a libéralité de la part du ſurvivant des pere & mere étant en continuation de communauté avec ſes enfans, cette libéralité tombe entierement ſur la part de ce ſurvivant qui n'a pu donner au préjudice des autres enfans, ſauf le rapport tel que de droit de la derniere partie d'une telle dot à la ſucceſſion du ſurvivant des pere & mere qui l'a donné.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, où cette double raiſon ſe compenſe ordinairement l'un & l'autre, à moins qu'il n'y ait une notable différence entre les intérêts & le rapport des fruits dûs par l'enfant doté, & les nourritures & entretiens dont les enfans non dotés doivent lui faire raiſon.

XV. De ce que deſſus il réſulte que cette opération, cette double raiſon que les enfans ſe doivent reſpectivement, ne concerne que les enfans & ſe conſomme entr'eux, & non le ſurvivant qui ne peut répéter de cet enfant doté ce qu'il lui a donné ; ainſi cette raiſon doit ſe conſommer dans la ſubdiviſion qui ſe fait entre les enfans.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 6, pag. 481, dit que l'enfant ainſi doté pendant la continuation, fait rapport à icelle de tout ce qu'il a reçu, tant en principal qu'en intérêts ; ſavoir, moitié au profit de ſes freres, & l'autre moitié au ſurvivant de ſes pere & mere ; mais il faut obſerver que ce dernier rapport ne ſe fait que par fiction, & que l'enfant doté le reprend d'une main après l'avoir rapporté de l'autre ; & ce, uniquement pour parvenir à la liquidation des droits de chacun, deſquels le ſurvivant eſt rempli juſqu'à concurrence de ſa libéralité, parce qu'on la fait tomber dans ſon lot, comme s'il l'avoit dans ſa main : libéralité à laquelle il n'eſt plus en ſon pouvoir de donner atteinte ; telle eſt l'opinion commune, & c'eſt ainſi qu'on doit entendre ce que dit Dupleſſis, autrement les principes ne ſeroient pas conſervés dans ſon opinion qu'il n'a pas ſuffiſamment développée.

XVI. Des propoſitions ci-deſſus, il s'enſuit à plus forte raiſon que l'enfant qui a été doté par le ſurvivant de ſes pere & mere qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans, devant faire raiſon à ſes freres & ſœurs de l'intérêt de ſa dot, comme il eſt expliqué ci-deſſus, leur doit encore plus faire raiſon du capital de la dot qui lui a été fournie par le ſurvivant, ſoit en meubles, ſoit en immeubles de la continuation, ſavoir, de moitié lors du partage de la maſſe de la continuation, & de l'autre moitié après le décès du ſurvivant, ſauf à ſuivre l'imputation s'il y en a, & ce par la loi du rapport, & de la collation par rapport à cette autre moitié.

Tel eſt l'uſage au châtelet, ſur cette raiſon & ce rapport, & la preuve ſur l'intérêt emporte celle ſur le fond.

CHAPITRE SIXIEME.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS DE LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE, ET DU POUVOIR DU SURVIVANT SUR LES BIENS QUI LA COMPOSENT.

I. LE ſurvivant des conjoints eſt le chef de la continuation, comme le mari étoit chef de la communauté; il en falloit un, & nul autre que lui n'eſt plus convenable; & cela a lieu encore que ce fût la mere qui fût ſurvivante; elle ne peut être ſous la direction de ſes enfans: c'eſt donc à elle à adminiſtrer des biens que la loi rend communs.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, où l'on ne diſtingue pas, & la diſtinction y ſeroit bizarre. Voyez Dumoulin, ſur l'art. 118 de la coutume, num. 8; & Dupleſſis, pag. 468; c'eſt droit commun, pour tout lieu où la continuation eſt adoptée.

II. L'adminiſtration du ſurvivant eſt affranchie de toute critique de la part des enfans, comme celle du mari l'eſt de la part de la femme par rapport aux biens de la communauté; c'eſt continuation d'icelle, c'eſt même puiſſance: delà il s'enſuit que le ſurvivant peut aliéner & engager les biens de la continuation de communauté, comme le mari peut le faire à l'égard des biens de la communauté, ſauf la limitation qui ſuit, ſur les libéralités qui conſerve le droit des enfans.

Voyez le Maître, pag. 281 & 282, & les deux auteurs cités ſur la propoſition précédente.

III. Mais relativement aux libéralités, ſon pouvoir n'eſt pas ſi étendu que celui du mari, car il ne peut donner que ſur ſa portion & non ſur celle de ſes enfans, la coutume ne lui ayant pas donné ce pouvoir: pouvoir qui étant de rigueur, ne peut être ſuppléé pour le cas que la coutume n'a pas exprimé.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 546, num. 40 & 41; Dupleſſis, pag. 469, au commencement; le Maître, pag. 282; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur le principe renfermé dans la propoſition, & ſur celle qui ſuit.

IV. Ce qui fonde cette limitation eſt que le ſurvivant peut, quand il le veut, diſſoudre la continuation de communauté: pouvoir par lequel il pouvoit en donnant, en diſpoſant, s'approprier toute la maſſe de la continuation; ce qu'on ne peut admettre.

Telle eſt l'opinion commune, & c'eſt ſur cette raiſon qu'on ſuit le ſentiment des auteurs cités ſur la propoſition précédente; elle eſt déciſive.

V. La veuve étant en continuation de communauté ſe remariant, celui avec lequel elle a contracté communauté devient le chef de la continuation de communauté; ce qu'on verra ci-après plus au long. Il en falloit un dans ce cas comme dans l'autre, & il n'y en avoit pas de plus convenable.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 2, pag. 469 & 470; & c'eſt ce qui forme la matiere du chapitre 8 ci-après.

CHAPITRE SEPTIEME.

COMMENT LA COMMUNAUTÉ CONTINUÉE ENTRE LE SURVIVANT ET SES ENFANS SE DISSOUT.

(Art. 241 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE LA DISSOLUTION PAR L'INVENTAIRE.

I. LE ſurvivant eſt maître de diſſoudre la continuation de communauté, en faiſant faire inventaire, tel qu'il eſt expliqué dans le troiſieme chapitre de ce titre ; ſon fait avoit produit la continuation, ſon fait peut donc la détruire, & la coutume lui ouvre cette voie pour le faire ; c'eſt exacte juſtice : ainſi en faiſant, conformément à la loi, ceſſer la confuſion qui fondoit contre lui la continuation, il étoit bien juſte qu'en aſſurant le droit de ſes enfans, il n'acquît plus que pour lui ſeul.

Dupleſſis, pag. 472 à la fin ; & cela réſulte évidemment du texte de la coutume.

II. Il le peut faire en tout tems, mais étant fait après le délai, il ne produit diſſolution qu'à compter du jour de ſa perfection, comme on l'a établi ci-deſſus ; dans ce dernier cas, c'eſt préciſément l'effet de la loi, & dans l'autre c'eſt celui du délai qu'elle donne.

Le Brun, de la communauté, pag. 517, num. 31 ; & tel eſt l'uſage du châtelet, comme ſuite de la coutume.

III. On a vu dans la ſection 3, du chapitre premier de ce titre, que la majorité des enfans qui ſurvivent ne la diſſout pas ; ce qu'il convient de reprendre ici en examinant la diſſolution ; cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, que la continuation de communauté continueroit d'avoir cours nonobſtant la majorité ſurvenue, encore que tous les enfans fuſſent parvenus à la majorité ; parce que c'eſt au ſurvivant qui eſt en poſſeſſion de tout, à diſſoudre la continuation par un inventaire, tel que la coutume le requiert ; & tant qu'il ne le fait pas, ſon défaut produit ſon effet, le droit en eſt acquis aux enfans, & doit par conſéquent ſubſiſter juſqu'à ce que le ſurvivant ait ſatisfait à la coutume.

Cela a été établi ci-deſſus, & réſulte du texte même. Voyez le Brun, de la communauté, page 519, num. 2.

IV. La majorité ſurvenue produit cependant un changement ; en effet, dans le cas que tous les enfans ſont devenus majeurs, la clôture de l'inventaire n'eſt plus néceſſaire, elle le ſeroit s'il y avoit un ſeul enfant mineur, la minorité ſeule rendant cette formalité néceſſaire.

Tel eſt l'uſage du châtelet, c'eſt l'eſprit de la coutume ; & par conſéquent, lorſque tous les enfans ſont majeurs, l'inventaire exact & régulier ſuffit ſans clôture.

V. Les enfans majeurs peuvent comme le ſurvivant diſſoudre la continuation en provoquant un inventaire & ſe faiſant rendre compte, leur âge leur donnant l'exercice de tous leurs droits, & cette diſſolution doit avoir lieu du jour que les enfans ont provoqué l'inventaire, s'il paroît que de ce jour le ſurvivant a voulu s'approprier le bénéfice de la continuation ; ce qui a lieu à plus forte raiſon contre un beau-pere ; autrement les enfans ne pourroient conſerver leurs droits qu'imparfaitement, & la coutume a voulu les leur conſerver parfaitement.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet.

SECTION II.

S'il y a diſſolution par la mort des enfans, ou celle du conjoint ſurvivant, & ſi le contrat du ſecond mariage peut opérer diſſolution.

VI. On a vu ci-deſſus que le mariage des enfans ne diſſout pas la continuation de communauté ; la mort de l'un d'eux ne peut ſur ce avoir plus d'effet : en effet, cette mort, loin de diſſoudre la continuation fait accroître la part du décédé aux ſurvivans des autres enfans, au moyen de quoi le ſurvivant des conjoints, par l'effet de la continuation eſt privé de la ſucceſſion mobiliaire des enfans qui meurent pendant la continuation, totalement pour le mobilier recueilli de la ſucceſſion du prédécédé, qui accroît aux autres, & pour moitié pour tout autre mobilier qui auroit formé une eſpece de pécule pour l'enfant décédé ; puiſque le ſurvivant le recueillant il tombe de ſon chef dans la continuation, dans lequel par conſéquent il

en reprend moitié par le partage de la maſſe des biens qui ont été communs entre le ſurvivant & les enfans. Voilà un premier effet de l'accroiſſement que la continuation de la communauté produit entre les enfans; droit d'accroiſſement qu'on approfondira par le chapitre onzieme ci-après.

C'eſt ce qui a été jugé au châtelet ſur un procès appointé, dans lequel j'avois écrit par rapport à la ſeconde partie de la propoſition; voici les circonſtances dans leſquelles cette ſentence a été rendue. La veuve Jeanne Dor étoit en continuation de communauté avec ſes enfans; l'un d'eux intéreſſé dans les affaires du Roi étoit décédé ſans enfans, après y avoir amaſſé un bien aſſez conſidérable; lors du compte que Jeanne Dor rendit à ſes enfans de la communauté continuée, dans lequel tout le mobilier qu'elle avoit recueilli de la ſucceſſion de ſon fils décédé s'étoit fondu; ils prétendirent que leur mere devoit leur faire recette particuliere de tout le montant de cette ſucceſſion, & ce ſur le principe mal entendu de leur part, que la continuation l'avoit privée de la ſucceſſion mobiliaire de ſon fils, à quoi Jeanne Dor répondoit que cela étoit bon pour le mobilier de la premiere communauté pour lequel les enfans, fuſſent-ils même réduits à un ſeul, faiſoient une tête dans le partage de la maſſe de la continuation; enſorte qu'au ſurvivant des enfans appartenoit moitié de cette maſſe, mais que pour le ſurplus du mobilier de la ſucceſſion de cet enfant prédécédé, la continuation ne l'avoit point privé en entier d'icelui, mais qu'elle ne l'en privoit que pour moitié, parce qu'il y étoit tombé de ſon chef par l'effet de la continuation & celui de la confuſion qu'elle produit, qu'elle leur en rendoit compte pour leur moitié, puiſque ce mobilier étoit confondu dans la maſſe totale de la continuation qui étoit la matiere & l'objet de ſon compte; ce qui fut ainſi jugé en ordonnant la radiation du débat: ce qui me paroît auſſi conforme aux principes que le parti oppoſé y ſeroit contraire. En effet, cette déciſion concilie les diſpoſitions de la coutume, tant ſur la continuation de communauté, que ſur la ſucceſſion mobiliaire des enfans déférée aux pere & mere. Quant à la premiere partie de la propoſition que le mariage des enfans ne diſſout pas la continuation; voyez ci-deſſus la ſect. 4, du chap. premier de ce titre; le Maître, pag. 279.

☞ Sur la ſeconde partie de la propoſition, voyez l'arrêt rapporté par Chenu, centurie 2, queſt. 93, & par Bouguier, let. C, num. 6. Cet arrêt juge qu'en cas de mort d'un des enfans, ſa part accroît aux autres enfans ſurvivans, & que le ſurvivant des conjoints n'a aucun droit dans cette portion.

VII. Mais la mort du ſurvivant des conjoints, remarié on non remarié, diſſout entierement la communauté qui s'étoit continuée entre lui & ſes enfans, il en étoit le chef, & cette continuation ne peut ſubſiſter ſans chef.

Dupleſſis de la communauté, pag. 480: & telle eſt la pratique du châtelet, fondée ſur l'eſprit de la coutume.

VIII. Si le ſurvivant étoit remarié, la mort du nouveau conjoint n'opéreroit pas diſſolution & la continuation ſubſiſteroit, c'eſt un droit acquis auquel un tel événement étranger aux enfans ne peut donner atteinte: mais la mort du convolant opére diſſolution de la continuation avec le nouveau conjoint avec lequel le ſurvivant avoit convolé; la différence eſt ſenſible: dans ce dernier cas ce ſurvivant étoit la baſe de la continuation, mais le nouveau conjoint n'en eſt qu'un participe. La mort de ce dernier ne peut donc être ſur ce d'aucune conſidération; mais en ce dernier cas, la continuation reprend ſon recours, c'eſt-à-dire, qu'après cet événement elle a lieu pour moitié & non par tiers.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 480; le Maître, pag. 277 & 278; Auzanet a été d'avis contraire dans le cas de la ſurvie du nouveau conjoint, avec lequel le ſurvivant avoit convolé, mais il n'eſt pas ſuivi. En effet, en ce cas, le droit des enfans du premier lit ne peut plus avoir de racine contre le nouveau conjoint, puiſqu'ils ne tenoient à lui & à ſa communauté que par le ſurvivant de leur pere & mere qui avoit convolé, & que ſon décès a coupé toute racine & toute communication de biens.

IX. La diſſolution promiſe par le contrat du ſecond mariage ne vaut pas diſſolution; de-là il s'enſuit que la clauſe par laquelle le ſurvivant en contractant un ſecond mariage ſe ſeroit aſſujetti à faire faire inventaire & à diſſoudre, n'opére pas diſſolution, pas même relativement au nouveau conjoint, qui a dû lui-même y veiller; à plus forte raiſon ne peut-elle opérer contre les enfans au profit de leur pere ou mere, autrement la loi ſeroit violée, & la peine qu'elle porte ne dépendroit plus que du fait de celui contre lequel elle l'a prononcée: ainſi le contrat du ſecond mariage ne peut, par telle clauſe que ce ſoit, donner atteinte au droit de continuation de communauté lorſqu'il a été acquis aux enfans.

Cela eſt d'une juriſprudence conſtante au châtelet, conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 508, num. 8; & c'eſt vraie ſuite de la coutume.

X. Dans ce cas les enfans, héritiers même de leur pere ou mere qui a convolé, ne ſont pas garans de l'inexécution de la clauſe, & peuvent nonobſtant cette qualité demander continuation de communauté; autrement la clauſe ſeroit un piége & une ouverture à rendre les précautions de la loi inutiles, & nul n'eſt garant d'une contravention à la loi.

C'eſt l'opinion commune, ce qui confirme la propoſition précédente; & le principe contenu dans celle-ci eſt inconteſtable.

CHAPITRE HUITIEME.

POUR QUELLE PART LA COMMUNAUTÉ CONTINUE LORSQUE LE SURVIVANT DES CONJOINTS SE REMARIE.

SECTION PREMIERE.

DE LA DIMINUTION DE LA PART DES ENFANS PAR LE CONVOI DU SURVIVANT.

(Art. 242 de la coutume.)

I. LE nouveau conjoint avec lequel le ſurvivant convole devient un nouvel aſſocié dans la continuation de communauté ; ce qui diminue le droit des enfans dans icelle : mais diminution balancée par d'autres avantages qu'on va expliquer ; c'eſt ainſi que la coutume concilie tous les juſtes intérêts, ce nouveau conjoint participe aux droits des autres, mais les autres participent aux ſiens.

De-là il réſulte que le convol de la part du ſurvivant des pere & mere, qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans, ne diſſout point la continuation, & cette diſpoſition de notre coutume a paru ſi ſage & ſi favorable, que par l'arrêt du 20 juin 1704, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 16, pag. 469, la cour a étendu cette diſpoſition à une coutume qui ne contenoit aucune diſpoſition ſur ce ; ainſi la ſageſſe de cette diſpoſition la fait regarder comme un droit commun du royaume.

II. Par cet accroiſſement du nombre des aſſociés, que le convol du ſurvivant des conjoints étant en continuation de communauté opére, la part des enfans, de moitié qu'elle étoit dans la continuation, eſt réduite au tiers ; en effet, en ce cas il ſe trouve trois aſſociés dans une même ſociété, & c'eſt la diſpoſition textuelle de la coutume qui forme une répartition exacte des trois ; chacun devant avoir un droit égal.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 3, pag. 470 ; le Brun de la communauté, pag. 548, num. 2.

III. Le ſurvivant des conjoints & le nouveau conjoint par mariage ont chacun pareille part, c'eſt pour chacun un tiers ; tel eſt le partage ou le droit dans une telle continuation ; les enfans ont une pareille part, chacun encore une fois, ayant un droit égal.

Non-ſeulement le nouveau conjoint devient un nouvel aſſocié, mais il devient chef de la ſociété, ſi c'eſt une mere étant en continuation de communauté avec ſes enfans, qui ait convolé ; Dupleſſis, pag. 468 à la fin, parce qu'il en faut un, & qu'en ce cas il ne peut y en avoir d'autre que ce nouveau conjoint, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; puiſque les droits & actions mobiliaires de la femme qui a convolé, étant dans ſa dépendance, il faut à plus forte raiſon que les droits des enfans de cette derniere y ſoient pareillement, puiſqu'elle étoit avant l'adminiſtration de la continuation.

IV. Par d'autres événemens la part des enfans étant en continuation de communauté avec le ſurvivant de leur pere & mere, peut encore s'affoiblir davantage ; ce qui arrive dans le cas d'un troiſieme & d'un quatrieme mariage, ou de convol reſpectif : en effet, ſi la perſonne avec laquelle le ſurvivant a convolé étoit auſſi en continuation de communauté avec des enfans d'un premier lit, alors la communauté continue par quart, un quart pour chacun des conjoints, & un quart pour les enfans, conjointement de chaque lit ; ce qui forme quatre aſſociés qui ont le même droit ſur la maſſe d'une telle continuation, l'uniformité de leurs qualités formant celle de leur droit dans le partage ; c'eſt ſuite du même principe.

Le Brun, de la communauté, pag. 547 ; Dupleſſis, à la page 470 déjà citée, & c'eſt la ſeconde partie de l'article 242 de la coutume.

V. Ces réductions que ſouffrent les enfans de leur droit, dans la continuation de communauté, ſont balancées par l'apport que le nouveau conjoint fait en icelle ; apport dans lequel les enfans prennent part, comme on le verra par la ſection qui ſuit, cela méritant un examen particulier.

Cela eſt établi ſur la ſection qui ſuit, & cette réduction contre les enfans auroit lieu encore que le nouveau conjoint fît diſſoudre quelques jours après ſon mariage, & cette prompte diſſolution ne l'empêcheroit pas de prendre les deux tiers, ſauf aux enfans le droit qu'ils ont dans le mobilier du nouveau conjoint, ou a renoncer ; le Brun, de la communauté, pag. 548, num. 4 ; option qui conſerve tout le droit de ces enfans, & c'eſt ainſi que la coutume eſt harmonique dans toutes ſes parties.

SECTION II.

Des biens qui tombent dans la communauté qui continue avec un beau-pere ou une belle-mere, & des dettes qui ſont à la charge de cette continuation.

VI. Tout le mobilier que le ſurvivant poſſéde au jour du convol, ce qui entraîne tout le mobilier compétent aux enfans & provenant de la premiere communauté, tout le mobilier que poſſéde celui avec qui il convole tombe dans cette continuation, ſi par le contrat de mariage il n'y a clauſe contraire; clauſe contraire qui ne peut même militer contre les enfans que de la maniere qui ſera ci-après expliqué; tel eſt le principe général que la ſuite développe.

Dupleſſis, pag. 471 au commencement. A l'égard de la clauſe contraire qui ſeroit ſtipulée par le contrat de mariage du conjoint convolant, on en verra l'effet dans la ſection 4 ci-après : cette clauſe, relativement aux enfans, étant en continuation, méritant un examen particulier, les clauſes du deuxieme contrat de mariage n'opérent contre ſes enfans en continuation de communauté, que par la juſtice & par la balance; & celles du contrat du premier mariage ne ſont à leur égard d'aucune conſidération.

VII. Les immeubles acquis par le ſurvivant dans le tems qu'il étoit en continuation de communauté, mais avant ſon convol, ne tombent pas dans la continuation avec le nouveau conjoint, leur qualité d'immeubles les en exclut; & cette nouvelle communauté, & relativement au nouveau conjoint, ne peut être autre que celle de la coutume qui la réduit au mobilier entre les deux conjoints, & par conſéquent par rapport aux enfans du premier lit de l'un d'eux.

Le Brun, de la communauté, pag. 549, num. 7 & 8; le Maître, pag. 281, à plus forte raiſon les conquêts de la premiere communauté n'y tombent-ils pas, puiſque, comme on l'a vu ci-deſſus, ils n'ont même jamais fait partie de la premiere continuation, c'eſt-à-dire, de celle qui n'étoit qu'avec le ſurvivant? le Brun, de la communauté, pag. 534, num. 5; ce qui eſt inconteſtable & regardé comme tel au châtelet, cela étant une ſuite inconteſtable de la coutume, qui dans la théſe générale réduit la communauté au mobilier.

☞ Néanmoins il y a un arrêt du 17 mars 1607, & un autre du 16 mars 1615, qui ont jugé que les acquêts d'une précédente communauté, tomberoient dans la continuation; mais un arrêt poſtérieur du 30 avril 1650, a jugé qu'ils n'y entreroient point; & c'eſt à cette derniere juriſprudence qu'il faut s'arrêter, elle confirme la propoſition ci-deſſus.

VIII. En effet, ces immeubles ſont des propres relativement à la communauté continuée avec le nouveau conjoint; ils ne peuvent donc faire partie de la continuation qui ſe forme avec lui, ſauf le droit du ſurvivant ſur les mêmes immeubles pour l'adminiſtration.

Mais ſi le convolant eſt un pere qui étoit déjà chef de la continuation, & qui continue de l'être pendant le convol, ſon pouvoir ſur ces ſortes de biens, c'eſt-à-dire, ſur ceux qu'il a acquis depuis la diſſolution de ſon premier mariage, reſte toujours le même; Dupleſſis, pag. 471; le Brun, de la communauté, pag. 549, num. 11 : puiſſance limitée entre lui & ſes enfans, mais qui n'a aucun trait au nouveau conjoint, & par rapport auquel il y auroit lieu au remploi, s'il y en avoit aliénation pendant le deuxieme mariage, puiſque par la loi il n'a aucune part dans ces biens.

IX. Tous les conquêts de la ſeconde communauté ſont partie de la continuation qui ſubſiſte avec un beau-pere & une belle-mere, c'eſt après le mobilier extant lors de ſa formation, la ſeconde matiere d'une telle continuation de communauté; la préſomption étant qu'ils ont été acquis avec les derniers, & le produit des fruits qui ſont communs.

Dupleſſis, à la pag. 471 déja citée, dit que ces conquêts ſe partagent par tiers; ce qui eſt inconteſtable, étant ſuite du texte.

X. Les fruits des propres, tant des enfans que des deux conjoints, tombent dans cette continuation, ce qui eſt limité par rapport aux enfans, à ceux qu'ils ont recueilli de la ſucceſſion du prédécédé de leur pere ou mere; & aux fruits de conquêts de la premiere continuation, leurs autres immeubles n'ayant pas même fait partie de la continuation avec le ſurvivant, à plus forte raiſon n'en peuvent-ils pas faire partie avec un nouveau conjoint.

Voyez ci-deſſus, où il eſt établi que cela a lieu par rapport au ſurvivant des pere & mere, & ce qui doit à plus forte raiſon avoir lieu à l'égard d'un nouveau conjoint, relativement à ces mêmes immeubles.

XI. Venons aux dettes d'une telle continuation : toutes les dettes mobiliaires de deux conjoints tombent dans une telle continuation, mais non les immobiliaires, ſauf l'effet de la clauſe contraire qu'on examinera ci-après; voilà d'abord le principe général fondé ſur ce que le paſſif mobilier ſuit l'actif mobilier.

Le Brun, de la communauté, pag. 560, num. 1, & cette charge eſt ſuite de la chute du mobilier dans cette continuation; c'eſt balance.

XII. Ce qui rend ces dettes communes, c'eſt qu'il doit toujours ſe faire une balance entre l'actif & le paſſif; c'eſt par la nature des biens que la coutume forme la communauté & la continuation d'icelle, & qu'elle

les y fait tomber ou qu'elle les en diſtrait, & non par quotité d'iceux ; tel eſt donc l'eſprit de la coutume.

Pour les dettes mobiliaires, il n'y a pas de diſtinction à faire, dit Dupleſſis, pag. 471, & tel eſt l'uſage du châtelet ; ce qui confirme la propoſition précédente.

XIII. De-là il s'enſuit que le nouveau conjoint eſt tenu pour ſa part, des dettes mobiliaires contractées pendant la continuation qui a ſubſiſté avant le convol, qui l'a rendu nouvel aſſocié ; cette charge étant une charge de la ſociété dans laquelle il eſt entré, & la conſéquence de ce que deſſus : mais charge qui n'embraſſe pas les dettes immobiliaires contractées pendant ce même tems, puiſque les immeubles acquis pendant ce même tems n'y tombent pas.

Par la raiſon que l'actif doit toujours balancer le paſſif, le nouveau conjoint ne doit aucune part des dettes immobiliaires contractées pendant la continuation & avant le convol, puiſqu'il ne prend point de part dans les immeubles acquis pendant ce même tems, c'eſt à dire, pendant la continuation & avant le convol : telle eſt l'opinion commune au châtelet, ce qui me paroit une juſte conſéquence des diſpoſitions de la coutume : c'eſt la ſuite du même principe, que la nature de l'effet actif, & celle de la dette, ſont ſur cela déterminantes.

XIV. Les enfans ſont tenus du tiers des dettes de la ſeconde communauté, c'eſt par leur formation que l'actif d'icelle s'eſt augmenté, & par conſéquent ils ſont tenus, pour une pareille portion, des dettes mobiliaires du nouveau conjoint ; tout cela eſt ſuite du même principe.

Le Brun, de la communauté, pag. 561, num. 8, & c'eſt l'uſage du châtelet, comme étant l'eſprit de la coutume ; c'eſt dans tous ces cas une juſte balance.

SECTION III.

De l'effet des clauſes du contrat du ſecond mariage contre les enfans.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'effet de la donation faite par le nouveau conjoint au profit de l'autre, étant en continuation avec ſes enfans, de celui de la ſéparation des dettes, & de celui de l'excluſion de communauté.

XV. La donation faite par le nouveau conjoint à celui qui étoit en continuation de communauté avec ſes enfans, profite pour moitié aux enfans, avec leſquels le ſurvivant étoit en continuation ; ce dernier ne pouvant acquérir un bien par cette voie qu'il ne le rende commun à ſes enfans, & cela auroit lieu encore que cette donation eût été faite en cas de ſurvie, l'accompliſſement de cette condition la fait militer pour moitié en faveur de ces mêmes enfans, & ce par la nature même de l'accompliſſement d'une telle condition qui a effet rétroactif ; à moins que le nouveau conjoint donateur n'ait imprimé à ſa libéralité la condition de propre.

C'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 554, num. 34, ce qui ſe confirme par la propoſition qui ſuit. Cependant ſi le donateur avoit apoſé à ſa libéralité la condition de propre, je penſe que cette condition doit avoir ſon exécution, & cela a été établi ci deſſus ; de-là il réſulte que pour éviter cet effet de la continuation, il faut que le convolant faſſe diſſoudre avant la célébration de ſon ſecond mariage, ſans cela le ſurvivant étant en continuation de communauté avec ſes enfans, ne peut acquérir, par quelque voie que ce ſoit, (l'immeuble acquis par ſucceſſion, telle qu'il ſoit, & par la donation en directe excepté,) qu'il n'acquiert pour moitié pour ſes enfans.

XVI. Venons à la clauſe excluſive des dettes : la ſtipulation que chacun des conjoints payera ſes dettes ſéparément, ſtipulée par le ſecond contrat de mariage, produit ſon effet entre les conjoints, mais non contre les enfans qui ne l'ont pas conſenti, le ſurvivant de leur pere & mere n'ayant pu affoiblir leurs droits : impuiſſance qui écarte cette clauſe, quant à eux ; mais elle produit effet entre les deux conjoints qui ont été les maîtres de la faire entr'eux.

Le Brun, de la communauté, pag. 561, num. 5, & telle eſt la pratique du châtelet.

XVII. De-là il s'enſuit que le ſurvivant doit ſur ſa part perſonnelle acquitter ſes enfans du tiers des dettes que le nouveau conjoint devoit ſupporter relativement à eux, & que l'excluſion de communauté avec le nouveau conjoint, ne donne aucune atteinte aux droits des enfans ſur la continuation ; autrement & pour ce dernier cas, ce ſeroit rendre le ſurvivant des conjoints maître du ſort de ſes enfans.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 3, pag. 471 ; mais l'excluſion de communauté, ſtipulée de la part du nouveau conjoint, produit ſon effet par rapport aux enfans d'un premier lit, qui ne peuvent prétendre continuation avec le nouveau conjoint, parce que, comme on l'a établi ci-deſſus, par rapport au ſurvivant même, la continuation ne peut avoir pour germe qu'une communauté ; mais nonobſtant cette excluſion, le nouveau conjoint, ſi c'eſt un beau pere, peut être garant du compte de tutelle des enfans du premier lit de ſa femme, ſur quoi il faut voir le titre des tuteurs ; mais l'excluſion de communauté ſtipulée avec le nouveau conjoint, ne donne aucune atteinte à la continuation avec le ſurvivant qui ſubſiſte comme auparavant ; mais l'effet de la continuation de communauté au profit des enfans du conjoint qui a convolé, ne va pas au-delà, ne pouvant être en ſociété avec le nouveau conjoint qu'autant que ce nouveau conjoint eſt lui même en ſociété avec le convolant, ce qui doit militer tant dans le cas que c'eſt une veuve

veuve ayant enfans du premier lit, que dans le cas que le convol eſt de la part du mari ; & cela eſt ſi vrai, que dans le cas même qu'il y auroit eu une communauté de biens établie par le contrat du deuxieme mariage, mais que cette communauté auroit été diſſoute par une ſéparation de biens, du jour de cette diſſolution, les enfans ne pourroient prétendre continuation de communauté contre ce nouveau conjoint, comme on le verra par la derniere propoſition de la ſection ſuivante, ne pouvant être aſſociés avec le nouveau conjoint, qu'autant que ce nouveau conjoint eſt lui-même en ſociété avec leur pere & mere qui a paſſé à de deuxiemes noces ; tel eſt l'eſprit de la coutume.

DISTINCTION II.

De l'effet de la ſtipulation de propre par rapport aux enfans.

SUBDIVISION PREMIERE.

De celle ſtipulée en faveur du nouveau conjoint.

XVIII. La ſtipulation de propre faite en faveur du nouveau conjoint avec lequel le ſurvivant a convolé, milite contre les enfans qui ſont en continuation de communauté avec ce dernier, ſi nonobſtant cette ſtipulation le nouveau conjoint a à peu près apporté dans la communauté autant de mobilier que les enfans y en avoient, mais non autrement ; c'eſt l'équité, c'eſt la balance qui détermine l'effet d'une telle clauſe : ſans cette balance, il faut la rejetter à l'égard des enfans en tant qu'elle leur eſt préjudiciable ; mais elle milite entre les conjoints.

Dupleſſis, pag. 472, à la fin, dit indiſtinctement que la ſtipulation de propre fictif, faite par le nouveau conjoint & en ſa faveur, milite contre les enfans : le Brun, de la communauté, pag. 544, num. 36 & 545, num. 38, penſe de même, mais avec la diſtinction que contient la propoſition, c'eſt-à dire, lorſqu'il y a de la part du nouveau conjoint une miſe proportionnée : limitation qui me paroît inſéparable de la propoſition, ainſi la ſtipulation doit militer contre les enfans, ſi le nouveau conjoint a fourni une miſe compétente ; mais on doit la rejetter à leur égard s'il en a agi autrement, & qu'il paroiſſe qu'on ait voulu avantager le nouveau conjoint à leur préjudice, auquel cas telle ſtipulation, doit à leur égard, être rejettée, du moins juſqu'à dûe concurrence.

XIX. Il n'eſt pas néceſſaire qu'entre ces miſes il y ait une proportion arithmétique, il ſuffit que la proportion ſoit harmonique, pour faire militer contre les enfans la ſtipulation de propre ; cela eſt ſuite de la coutume qui forme la communauté, & par conſéquent la continuation par la nature des biens, & non par proportion égale d'iceux.

Voyez le Maître, tit. 10, pag. 280, qui eſtime comme Dupleſſis, cité ſur la propoſition précédente, qu'indiſtinctement la ſtipulation de propre de la part du nouveau conjoint, milite contre les enfans, ce que je ne peux adopter, ce ſeroit fraude ; voyez la propoſition qui ſuit, qui développe celle-ci.

XX. Si le nouveau conjoint en mettant peu dans la continuation de communauté, avoit ſtipulé le ſurplus de ſon mobilier propre, en ce cas, la ſtipulation ne militeroit pas contre les enfans, & leur pere ou leur mere remarié, eſt obligé de les en acquitter en ſuppléant à ſes dépens à la miſe du nouveau conjoint, parce que entre les conjoints la clauſe eſt valable, & valable pour le tout ; au lieu que par rapport aux enfans, elle ne doit valider que ſuivant la proportion qu'on vient d'expliquer : en effet, il ne ſeroit pas juſte que leur droit de moitié fût réduit au tiers en faveur d'un nouvel aſſocié, qu'ils ne choiſiſſent pas & qui n'apporte preſque rien dans la ſociété, il faut balancer à leur égard les miſes, & qu'il y ait proportion harmonique, comme il eſt dit ci-deſſus, ſans cela le ſurvivant de leur pere ou mere leur doit indemnité étant purement de ſon fait, fait dont ils ne doivent pas ſouffrir.

Mais, comme on l'a vu ci-deſſus, la clauſe produit ſon effet contre le convolant ; ſans cette proportion, elle s'exécute entr'eux, mais le convolant dédommage ſes enfans.

SUBDIVISION II.

De celle faite en faveur du conjoint qui convole & qui eſt en continuation.

XXI. Celle-là a lieu à l'égard des enfans étant en continuation de communauté, comme à l'égard du nouveau conjoint ; & en effet, comment la conteſteroient-ils ? elle eſt en faveur des premiers, & le ſecond l'a ſouſcrite, non-ſeulement elle a lieu à leur égard, mais elle leur profite pour moitié, c'eſt-à-dire, que les enfans la font valoir de leur chef pour cette portion qui leur eſt perſonnelle, indépendamment de ſon exécution pour la portion compétente au conjoint qui a convolé, & c'eſt par ce moyen qu'on lui donne ſon entiere exécution contre le nouveau conjoint.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 544, num. 35 & 36, où il établit que les ſtipulations de propres, faites par le contrat du premier mariage, militent contre le ſecond conjoint, ce qui me paroît ſouffrir difficulté ; mais à plus forte raiſon, celles qu'il a conſenti militent-elles contre lui, ce qui n'en peut ſouffrir, à ce qui me paroît, puiſque c'eſt la condition du mariage.

XXII. De-là il s'enſuit que lors du partage de la communauté qui a continuée avec un nouveau conjoint, le ſurvivant qui a convolé ne prend que moitié de ce propre fictif, & que l'autre moitié d'icelui appartient à ſes enfans du premier lit & leur appartient de leur chef, c'eſt-à-dire, qu'il eſt regardé comme un pur mobilier, relativement au ſurvivant, & comme un immeuble par rapport & relativement au nouveau conjoint, & dans lequel par conſéquent, il ne peut prendre

aucune part ; c'eſt le juſte effet de la fiction du propre.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; en effet, cette ſtipulation eſt bonne adminiſtration que les enfans ne peuvent par conſéquent critiquer : & comment ſeroit-elle conteſtable de leur part, lorſqu'elle leur profite, & le nouveau conjoint la ſouſcrit ?

DISTINCTION III.

De l'effet de la ſtipulation de reprendre contre les enfans, & de ce qu'elle produit en leur faveur.

XXIII. Cette faculté ſtipulée de la part de la mere ſurvivante, profite aux enfans, parce que, comme on l'a déja dit ſur la ſtipulation de propre fictif, c'eſt bonne adminiſtration de la part de celle qui avoit droit & qualité pour régir la communauté qui continuoit entr'elle & ſes enfans.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, de la communauté, pag. 472 ; pour moi je ne vois pas la moindre difficulté ; c'eſt la condition du ſecond mariage, & qui eſt avantageuſe aux enfans.

XXIV. De-là il s'enſuit, que les enfans étant en continuation de communauté avec leur mere qui a convolé, renonçans à la ſeconde communauté qu'ils ont continué avec leur beau-pere, exercent de leur chef la repriſe de la moitié de la miſe faite par leur mere en la ſeconde communauté, quoique la faculté de reprendre ne ſoit ſtipulée qu'en ſa faveur ; cette ſtipulation étant commune entr'eux & leur mere, ſauf de leur part l'exercice de la repriſe de la miſe, relative à leur mere, ſuivant les termes & l'étendue de la clauſe, ainſi & de la maniere qu'on va l'expliquer.

Cette repriſe s'exerce de leur chef, & non du chef de leur mere, pour la moitié à eux afférante en icelle : quant à la repriſe de l'autre moitié, elle fait la matiere de la propoſition qui ſuit ; elle dépend des termes de la clauſe.

XXV. A l'égard de l'autre moitié de la miſe, ils ne peuvent en exercer la repriſe qu'autant qu'ils ſont nommément compris dans la clauſe, cette faculté étant de rigueur, comme on l'a établi ci-deſſus, & par conſéquent ils n'en ont l'exercice qu'autant qu'ils y ſont compris ; ce qui n'influe pas ſur leur droit perſonnel réſultant en leur faveur de la clauſe de repriſe ſtipulée par leur mere, & qu'on a expliquée par la propoſition précédente.

Il eſt prouvé ci-deſſus, que cette clauſe ne s'étend pas d'une perſonne à une autre, ainſi s'ils ne ſont pas compris dans la clauſe, ils ne peuvent exercer la repriſe de l'autre moitié de la miſe, qui eſt celle faite du chef de leur mere, mais bien la repriſe de leur moitié, parce qu'en cette partie, c'eſt un droit qui leur eſt perſonnel, légal & indépendant de la clauſe étendue ou non étendue.

XXVI. Les enfans exerçans contre leur beau-pere la repriſe de la miſe faite par leur mere, la maſſe de la communauté reſte au beau-pere ; ainſi en ce cas les enfans ſe trouvent réduits à la repriſe de la miſe, comme on vient de l'expliquer ; on parle de la ſeconde communauté.

C'eſt une ſuite néceſſaire de l'exercice de la faculté de reprendre, ainſi que cela eſt établi ſur le titre de la communauté, puiſqu'elle ne peut s'exercer qu'en renonçant.

XXVII. Ce qui fonde la précédente propoſition, c'eſt que la repriſe de leur part eſt cenſée balancer tout leur droit dans la continuation ; c'eſt à eux à prendre le parti qui leur eſt le plus avantageux, ſauf l'exercice du propre fictif, & leur part dans les immeubles acquis par le ſurvivant de leur pere & mere avant le convol ; tous ces biens n'ayant pas fait partie de la ſeconde communauté.

Cette repriſe leur tient lieu de leur lot dans la continuation avec le nouveau conjoint, comme elle en tiendroit lieu à l'égard d'une premiere communauté.

XXVIII. Si un pere ſurvivant étant en continuation de communauté avec ſes enfans, convole & accorde à la ſeconde femme la faculté de reprendre ſa miſe en renonçant à la communauté, cette ſtipulation milite contre les enfans du mari qui a convolé, parce qu'elle ne peut leur nuire, puiſqu'en l'exerçant tout revient dans l'état qu'il étoit lors du convol.

Voyez Dupleſſis, pag. 473. Il n'exclut la faculté de reprendre que dans le cas que la ſeconde communauté eſt encore ſubſiſtante, & que le pere qui a convolé & qui eſt en continuation de communauté avec ſes enfans, viendroit du chef de ſa femme vivante, & par la ſeule diſſolution de la continuation, exercer le droit qui ne peut s'ouvrir, non par la diſſolution de la continuation, mais par la diſſolution de la ſeconde communauté : voyez auſſi le Brun, de la communauté, pag. 552, num. 24, dans le cas que le pere ne peut prétendre les deux tiers dans la maſſe ; car il ne pourroit le faire qu'en replaçant dans icelle la repriſe faite par les héritiers de la femme ; repriſe qui leur a été plus avantageuſe que le tiers dans la communauté ; le Brun, de la communauté, pag. 553, num. 27 ; auſſi en ce cas les enfans du premier lit ont-ils moitié dans la continuation qui eſt réputée avoir toujours ſubſiſté telle entr'eux & leur pere ſurvivant.

DISTINCTION IV.

Si les enfans, étant en continuation, peuvent ſe plaindre de ce que leur mere en convolant a omis de ſtipuler la repriſe en ſa faveur, & du préciput & de l'ameubliſſement conſidérés à leur égard.

XXIX. Ils ne peuvent pas ſe plaindre de cette omiſſion, parce que leur mere eſt adminiſtratrice de tous les biens & droits qui

compoſent la maſſe de la continuation de la communauté, & qu'ils ne peuvent diviſer les tems de la continuation en l'acceptant juſqu'au convol, & y renonçant pour l'avenir ; le droit d'opter, ou la renonciation, ou l'acceptation eſt indiviſible ; & cette faculté qu'ils ont de renoncer conſerve leur vrai droit : ils ne peuvent donc critiquer cette omiſſion, c'eſt adminiſtration conforme à la loi.

Cela eſt établi dans le chapitre ci-après, & cette conſervation de leur droit fonde la propoſition.

XXX. Venons à préſent au préciput porté par le contrat du ſecond mariage : le préciput accordé au ſurvivant des nouveaux conjoints par le contrat du ſecond mariage, ne milite pas contre les enfans étant en continuation de communauté, & ne peut leur nuire en quelque façon que ce ſoit ; mais il milite entre les conjoints, c'eſt tout ſon effet ; c'eſt avantage conventionnel au profit du ſurvivant, & non avantage loyal opéré par la ſociété.

Voyez ſur ce, ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 551 & 552, où après avoir ſoutenu contre l'opinion commune que le ſurvivant, par la continuation, ne perdoit, ou plutôt ne confondoit pas ſon droit de préciput qui lui étoit acquis ſur la premiere communauté, il ſoutient ici dans le cas de convol & diſſolution d'une ſeconde communauté que le convol a produit, qu'il n'y a point double préciput, quoiqu'il y en ait eu un ſtipulé dans chacun des deux contrats de mariage ; derniere opinion qui eſt bonne, & qui confirme la propoſition, mais qu'il faut limiter aux enfans auxquels le ſurvivant n'a pu nuire ſans l'étendre aux conjoints, à l'égard deſquels la ſtipulation du préciput eſt inviolable comme toutes les autres conventions.

XXXI. De-là il s'enſuit que nonobſtant le préciput porté par le contrat du ſecond mariage, les enfans doivent avoir leur tiers en entier dans tout ce qui compoſe la commauté continuée avec le nouveau conjoint, ſans délibation à leur égard de ce préciput, qui ne peut, & même en partie, tomber ſur eux.

Le Maître, pag. 281 ; ce qui me paroît inconteſtable, & autrement on rendroit la coutume contradictoire.

XXXII. De-là il s'enſuit encore, que ce préciput, ſoit qu'il ait lieu en faveur du conjoint qui a convolé, ſoit en faveur du nouveau conjoint, ne ſe prend par délibation que ſur les deux autres tiers ; le tiers des enfans leur appartenant, affranchi d'icelui, & devant ſe prendre ſur le tout & ſans délibation d'icelui préciput ; mais cependant il milite entre les conjoints, ce qui le réſerve ſur ce qui eſt à partager entr'eux, & en fait par conſéquent, tomber moitié ſur la part du conjoint prédécédé.

Cela conſerve le droit de toutes les parties, & ménage tout enſemble l'exécution de la loi & celle des clauſes du contrat du ſecond mariage : voyez ce qui eſt obſervé ſur la ſeconde propoſition ci-après ; & telle eſt ſur cela la pratique du châtelet.

XXXIII. Quant à l'ameubliſſement fait par le contrat du ſecond mariage, ſi le ſurvivant des conjoints qui eſt en continuation de communauté convole, & que par le contrat de ſon ſecond mariage, il ameubliſſe un immeuble par lui acquis pendant la continuation de communauté avec ſes enfans, tel ameubliſſement eſt valable entre les conjoints ; mais peut-il nuire aux enfans qui ne l'ont pas conſenti ? ce qui peut le ſoutenir, c'eſt que tel immeuble eſt ſoumis à ſon adminiſtration ; mais cette adminiſtration de ſa part doit ſe réduire à faire une miſe dans la deuxieme communauté égale à celle qu'y fait le nouveau conjoint, autrement il excéderoit ſon pouvoir ; ce ne ſeroit plus adminiſtration, mais aliénation.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 550 & 551, qui eſt d'avis que tel ameubliſſement milite contre les enfans, après avoir ſoutenu que l'immeuble acquis par le ſurvivant pendant la continuation, ne tombe point dans la continuation avec un beau-pere ; mais pour répondre à l'opinion de cet auteur, le fait du ſurvivant des pere & mere, peut-il nuire aux enfans ? & la qualité de propre, relative à cette continuation que cet auteur adopte pour un tel immeuble, n'en écarte-t-il pas l'ameubliſſement par rapport aux enfans ? J'incline pour l'affirmative, ſi tel ameubliſſement eſt notablement nuiſible aux enfans ; c'eſt une proportion qu'il s'agit ici de chercher : voilà l'équité & le véritable eſprit de la coutume, autrement c'eſt s'écarter de l'un & de l'autre.

☞ Il eſt certain que ſi l'avantage réſultant de l'ameubliſſement excéde la part du moins prenant des enfans, cet avantage eſt ſujet à réduction : voyez l'arrêt du 28 août 1623, rapporté par de Renuſſon, en ſon traité de la communauté, quatrieme partie, chap. 3, nomb. 15 & 16. Par cet arrêt rendu entre les enfans d'Anne Corvée & Pierre Bodineau, ſon ſecond mari, dont le contrat de mariage portoit que tous les meubles, acquêts & propres entreroient en communauté : clauſe ſur le fondement de laquelle Bodineau prétendoit que la moitié de tous les biens de ſa femme lui appartenoit ; il a été ordonné contre ſa prétention que ſes biens ſeroient diviſés en ſept portions, dont il y en auroit ſix pour les enfans & la ſeptieme pour le ſecond mari.

XXXIV. Mais l'ameubliſſement milite à l'égard des conjoints ; & de-là il s'enſuit, que le conjoint qui a convolé, doit fournir à ſon nouveau conjoint l'effet de cet ameubliſſement ſur ſa portion, ſi par ſon effet nuiſible, c'eſt-à-dire, ſi n'étant pas balancé par une miſe proportionnée, faite par le nouveau conjoint, les enfans peuvent s'y ſouſtraire ; ce droit leur étant particulier, & non commun au conjoint qui a convolé, qui eſt tenu de ſes engagemens.

Cette limitation conſerve tout ce qui eſt juſte, dont l'opinion de le Brun en ca te ce qui eſt injuſte par rapport aux enfans, & ce n'eſt que dans ce ſens que je penſe qu'on doit l'adopter.

XXXV. Cependant l'ameubliſſement fait par le nouveau conjoint, profite aux enfans, quoique le précédent ne peut militer contre les enfans du premier lit, qu'autant que le nouveau conjoint l'a de ſa part balancé par une miſe, c'eſt la loi qu'il s'eſt fait; & ce qui leur rend cet ameubliſſement commun, c'eſt qu'il eſt une balance du profit que le nouvel aſſoc é fait & qu il a conſenti à ce partage par l'ameubliſſement fait de ſa part: le partage qui s'en fait avec les enfans nés du premier mariage, & la part que ces mêmes enfans y prennent, n'eſt donc qu'une ſuite du fait même du nouveau conjoint contre lequel il ne peut réclamer.

Cette part que les enfans prennent dans l'ameubliſſement fait par leur beau-pere, eſt un moyen dont le Brun ſe ſert pour appuyer ſon ſentiment, que l'ameubliſſement fait par le ſurvivant, nuit aux enfans; mais la différence eſt entiere, perſonne dans le contrat du ſecond mariage ne ſtipule les inté êts des enfans, & le nouveau conjoint qui veille aux ſiens ne fait l'ameubliſſement que pour l'équilibre qu'il doit conſerver par rapport aux enfans; & c'eſt ce que le Brun lui-même adopte par rapport aux ſtipulations de propres de la part du nouveau conjoint, qu'il ne fait militer cont e l s enfans, qu'autant que ce n'eſt pas un préciput en faveur du nouveau conjoint, & que ſa miſe en communauté, eſt du moins harmonique, ſi elle n'eſt pas a ithmétique; ce qui juſtifie la limitation qu'on a faite ci-de ant au ſentiment de cet auteur, ſur l'ameubliſſement fait par le convolant & qu'on fonde ſur les principes de ce même auteur.

SECTION IV.

Que le nouveau conjoint eſt maître de diſſoudre la continuation, quand il le juge à propos.

XXXVI. Le nouveau conjoint peut, quand il le juge à propos, diſſoudre la communauté qui continue avec les enfans de l'autre conjoint, ſi il eſt chef de telle continuation, & non ſi c'eſt une veuve qui a convolé; tel eſt le principe général, la diſſolution étant une ſuite de l'adminiſtration.

Dupleſſis, pag. 472, le dit ainſi du ſurvivant, ce qui s'entend pareillement du nouveau conjoint, lorſqu'il eſt le chef de la communauté, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; cela eſt ſuite du texte de la coutume

XXXVII. Il le peut dès le lendemain de ſon mariage, parce que c'eſt une voie qui lui eſt par la loi toujours ouverte; ainſi ſur l'exercice de ce droit, nul délai de ſa part à obſerver; autrement ce ſeroit ajouter à la coutume.

En le faiſant, il ne laiſſe pas de prendre ſon tiers dans la maſſe; le Brun, de la communauté, pag. 548 num. 4: ce qui eſt balancé par la miſe qu'il y a faite, ceſſante la réalité de cette miſe, il faudroit équitablem nt co ſe ver le droit es enfans auquel on auroit fait fraude par un tel procédé.

XXXVIII. Pour cela, il faut qu'il faſſe bon & fidel inventaire, qu'il le faſſe clore, & que cet inventaire ſoit fait avec un légitime contradicteur qui ait veillé aux intérêts des enfans; ſans ces formalités qui ſont communes, tant au nouveau conjoint qu'au ſurvivant, il n'y auroit pas de diſſolution.

Voyez ci-deſſus; le convol ne change rien à la forme de cette diſſolution qu'on a établi précédemment.

XXXIX. On a vu ci-deſſus que le beau-pere devenoit le chef de la continuation, lorſqu'il ſouffre qu'elle ait lieu avec les enfans du premier lit de ſa femme; en effet, adminiſtrateur légal de ſa propre communauté, il doit pareillement l'être de la continuation.

Dupleſſis, pag. 468, à la fin, & cela réſulte de la coutume.

XL. On a vu pareillement que les clauſes du contrat du ſecond mariage étoient impuiſſantes pour produire diſſolution de la continuation; autrement ce ſeroit rendre le ſurvivant des conjoints maître d'éluder la peine que la coutume établit contre lui, ainſi nonobſtant les clauſes du contrat du ſecond mariage, la continuation ſubſiſte, s'il n'y a inventaire tel que deſſus, cet inventaire étant la ſeule forme que la coutume ait admiſe pour la parfaite diſſolution de la continuation de communauté; ce qui s'entend lorſqu'il y a communauté de biens entre celui q i a convolé, & le nouveau conjoint: mais ſi par le contrat du deuxieme mariage, il y a ſéparation de biens en ce cas, les enfans étant en continuation de communauté avec le conjoint qui a convolé, n'en peuvent prétendre qu'avec lui, & non à l'égard du nouveau conjoint auquel ils ne peuvent tenir par rapport à la continuation, qu'autant que ce dernier eſt lui-même en ſociété avec le conjoint qui a convolé; c'eſt le ſeul cas dans lequel les clauſes du contrat de mariage opérent contre les enfans, mais ſans rien changer à leurs droits contre leur pere ou mere.

La ſéparation que la femme qui a convolé a obtenu contre ſon ſecond mari, opére-t-elle diſſolution de la communauté, qui avoit continué entr'elle & ſon nouveau mari? l'auteur du traité des propres, ch. 4 ſect. 2, eſt pour l'affirmative, ce qui eſt juſte, ſauf la queſtion de fraude; ainſi en ce cas, la continuation ne ſubſiſte plus qu'entre la mere & ſes enfans, & eſt anéantie par rapport au nouveau conjoint, qui ne peut y être intéreſſé qu'autant qu'il eſt en communauté: ce qui établit la deuxieme partie de la propoſition; voyez ci-deſſus les notes ſur la derniere propoſition de la diſtinction premiere de la ſection précédente.

CHAPITRE NEUVIEME.

DU DROIT ACCORDÉ AUX ENFANS, DE RENONCER A LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ OU DE L'ACCEPTER, ET SUR QUOI SE FIXE LA PORTION DES RENONÇANS.

(Art. 240 de la coutume.)

(*Peuvent, ſi bon leur ſemble, demander.*)

I. LES enfans peuvent renoncer à la continuation de communauté, faculté qu'ils ont indiſtinctement, tant contre le ſurvivant de leur pere & mere, que contre un beau-pere ou une belle-mere, la continuation étant un droit en leur faveur, & qui ne peut, comme tel, s'interpréter contr'eux; régle qui leur ouvre la voie à la renonciation; mais ils ne peuvent accepter la continuation de communauté pour un tems, & renoncer pour un autre : le droit de continuation eſt un préſervatif que la coutume leur fournit pour conſerver leur droits; mais ce droit eſt indiviſible, il faut que les enfans le prennent dans l'état qu'ils le trouvent, ou qu'ils ſe tiennent à la communauté dans l'état qu'elle étoit lors de la mort du premier prédécédé des conjoints leurs pere & mere; c'eſt avec cette exactitude que la coutume a conſervé tous les intérêts.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 1, pag. 464: ce qui ne peut former la matiere d'un doute, puiſque cette faculté réſulte du texte même de la coutume : ſur l'indiviſibilité du droit de continuation de communauté, voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 28 ; Renuſſon, de la communauté, part. 3, ch. 2, num. 49, & part. 4, ch. 1, num. 35 & ſuivant ; & le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 3, ſect. 7.

II. Dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, de la communauté continuée avec un ſurvivant des pere & mere ſeulement, ou avec un deuxieme conjoint, ils prennent ce qui leur revenoit de la communauté qui avoit été entre leurs pere & mere; & ce qui fonde cette faculté de renoncer, eſt que la continuation n'eſt pas une ſociété que les enfans contractent volontairement; mais une précaution que la loi a priſe pour aſſurer leurs droits au défaut d'inventaire, & qu'il ne ſeroit pas juſte qu'un droit introduit en leur faveur pût s'interpréter contr'eux.

Cela réſulte des premiers chapitres de ce titre, & c'eſt ſuite du texte ; & dans le cas qu'ils renoncent, leurs droits ne peuvent ſe fixer que par une enquête de commune fâme & renommée: ce qu'on explique par la derniere propoſition de ce chapitre.

III. Le convol du ſurvivant, qu'on a vu ci-deſſus ne pas interrompre la continuation, n'autoriſe pas les enfans à diviſer les tems & à accepter la continuation de communauté juſqu'au jour du contrat du ſecond mariage, & à pouvoir y renoncer pour l'avenir, il faut qu'ils acceptent la continuation pour toute ſa durée, ou qu'ils y renoncent abſolument, comme on l'a dit ci-deſſus; la faculté de leur part d'accepter ou de renoncer, eſt générale, & ce ſeroit aller au-delà de la loi, que de diviſer & ſincoper cette même faculté: en un mot l'indiviſibilité des tems eſt générale pour tous les cas.

Cela eſt de juriſprudence au châtelet ; cependant dans le cas que la continuation a eu lieu avec une mere dont le convol rend un beau-pere le chef, j'y trouve beaucoup de difficulté, parce que ce beau-pere peut abuſer de ſa qualité d'adminiſtrateur & de chef de la continuation ; mais quel remede y apporter lorſque la coutume le conſtitue tel ? il faut donc s'en tenir à la propoſition, ſauf la fraude évidente, c'eſt-à-dire, que dans le cas qu'il y en a, il convient d'en arrêter l'effet.

IV. Voyons comment ſe liquide le droit des renonçans ; ſi les enfans ou l'un d'eux, renonce à la continuation & ſe tient à la communauté, il faut pour fixer le montant de cette communauté à laquelle il ſe tient, avoir recours à la commune fâme & renommée, comme on l'a déja obſervé dans les notes; il n'y a pas ſur ce, d'autre voie dans l'ordre judiciaire : il faut donc néceſſairement y recourir.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet; ce que les propoſitions du chapitre ſuivant développent.

CHAPITRE DIXIEME.

QUE CHACUN DES ENFANS PEUT PRENDRE TEL PARTI QU'IL JUGE A PROPOS AU SUJET DE L'ACCEPTATION OU DE LA RENONCIATION, ET SUR QUI SE PREND LA PART DE CELUI QUI RENONCE A LA CONTINUATION.

I. CHACUN des enfans peut uſer à ſon gré du droit qui eſt perſonnel à chacun d'eux d'accepter ou de renoncer à la continuation, & la différence des partis néceſſite l'opération qu'on va expliquer; voilà où ſe réduit tout l'effet de la différence des partis que les enfans peuvent prendre, & dans cette différence on conſerve les droits à chacun d'eux appartenans : tel eſt le principe général, parce que chacun peut uſer du droit qui lui eſt acquis à ſon gré, ſans que ſon choix faſſe une loi pour les autres qui ont comme lui le droit d'option.

Voyez l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais pag. 37, & les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci.

II. De-là il s'enſuit que le parti pris ſur ce par l'un, n'influe en aucune façon ſur le parti que l'autre peut prendre, qui peut renoncer, quoique l'autre ait accepté; encore une fois chacun peut uſer de ſon droit à ſon gré.

Juſques-là qu'un même enfant peut accepter de ſon chef & renoncer du chef de ſon frere dont il eſt héritier, *& vice verſâ*, pourvu que cela ſe faſſe dans un tems différent; le Brun, de la communauté, pag. 522, num. 10. Il dit la même choſe à la pag. 568, num. 23, ſans y ajouter la condition, que cela ſe faſſe en tems différent; condition qui me paroît néceſſaire, autrement la différence des partis ſur le fondement de deux qualités différentes, n'auroit de baſe que la bizarrerie & non la raiſon; ce que la juſtice ne pourroit adopter.

III. Venons à l'opération ſur la liquidation: la portion de celui qui renonce à la continuation, lorſqu'il y en a d'autres qui acceptent, ne ſe prend pas par délibation, ſur la totalité de la maſſe de la continuation; mais ſeulement ſur la part & portion des enfans dans la continuation, ce qui revient à ce renonçant, étant ſon lot de ſubdiviſion, dans la portion afférante aux enfans collectivement, pourquoi il faut enquête; & c'eſt par cette opération qu'on conſerve les droits de chacun; & ſans cela les droits du ſurvivant ſeroient affoiblis par la différence des partis qui ne peut lui nuire ni profiter.

Tel eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 567, num. 21. Voyez les nombres précédens où il diſcute la queſtion; celui de Dupleſſis, en ſon traité de la communauté, liv. 3, à la fin du quatrieme chapitre, pag. 474. Il y a à la ſuite du commentaire du même auteur, dans le recueil des conſultations qui y ont été ajoutées, pag 779, une conſultation contraire, par laquelle on a voulu établir que la part de celui qui renonçoit à la communauté continuée, devoit ſe prendre ſur la maſſe d'icelle, & que le bénéfice que ce renonçant auroit eu dans la continuation, appartenoit pour moitié à ſon pere, & l'autre moitié à ſes autres freres : partage qui paroît ſingulier; car ſi l'on veut la donner au ſurvivant qu'on la lui donne donc en entier, enſorte que s'il y a deux enfans, il aura les trois quarts dans la continuation, en prenant ſur lui-même ce qui a été fourni pour remplir le renonçant, cela ſeroit plus ſoutenable, que le partage que l'on a voulu établir par cette conſultation; la propoſition qui ſuit ſert de réponſe au ſurplus de cette conſultation & de preuve à la propoſition.

IV. Double raiſon de ce; la premiere, c'eſt que par la différence du parti que les enfans prennent, le droit du ſurvivant ne doit pas changer & doit toujours être de ſa moitié dans le tout; la ſeconde, c'eſt que s'il y a du bénéfice à prendre le parti d'accepter, comme il faut qu'il y en ait puiſqu'il y a d'autres enfans qui acceptent, autrement la queſtion ſeroit purement philoſophique; il eſt plus juſte que le bénéfice appartienne aux enfans acceptans, & ce en totalité, que de le partager entr'eux & le ſurvivant, & cela, non pas tant par droit d'accroiſſement, que parce que tous les enfans (abſtraction faite du parti que quelques-uns d'entr'eux peuvent prendre) ont conjointement moitié dans la ſociété continuée, & le ſurvivant de leur pere & mere l'autre moitié; & s'il y a accroiſſement, c'eſt en faveur des enfans qu'il ſe fait, & non en faveur du ſurvivant: ce qui établit que ce qui revient au renonçant doit ſe prendre ſur la moitié dans la maſſe afférante aux enfans; tel eſt l'eſprit de la coutume, & la conſultation dont on vient de parler, me paroît totalement s'en écarter.

Cependant par l'arrêt du 6 ſeptembre 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 37, il a été jugé que l'accroiſſement n'avoit lieu en faveur des enfans, qu'en cas de mort, mais que dans le cas de la renonciation de l'un d'eux à la continuation, ſa part appartenoit au ſurvivant des pere & mere; mais il y avoit cela de particulier dans l'eſpece de cet arrêt, que le ſurvivant des pere & mere étoit mort; que de trois enfans, il n'y en avoit qu'un qui demandoit la continuation non de ſon chef, car il y avoit renoncé, mais comme légataire univerſel d'un

autre enfant, ce qui le rendoit peu favorable; ainſi cet arrêt n'affoiblit en rien les moyens contenus dans la propoſition, qui me paroît conforme aux principes de la continuation de communauté & au droit d'accroiſſement qu'elle opére entre les enfans par préférence au ſurvivant, qui ne peut faire valoir, ni invoquer ce même droit d'accroiſſement, que dans le cas de la renonciation de tous les enfans; & cependant c'eſt ſur un principe contraire qu'on a fondé la conſultation dont on vient de parler, ainſi cette conſultation ne doit pas faire impreſſion.

CHAPITRE ONZIEME.

DU DROIT D'ACCROISSEMENT EN FAVEUR DES ENFANS.

(Art. 243 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUAND CE DROIT A LIEU, ET QUAND IL N'A PAS LIEU.

I. SI l'un des enfans, étant en continuation de communauté, décéde, ſa part dans la continuation, accroît aux autres, la coutume les ſaiſiſſant collectivement; droit dont on va expliquer les effets; droit ſur lequel on a répandu bien des nuages qu'on tâchera de diſſiper; mais droit qui eſt ſimple dans ce cas.

Bouguier, let. C, num. 6: voyez le Brun, de la communauté, liv. 3, ch. 3, ſect. 5: ce qui eſt inviolablement ſuivi au châtelet, comme ſuite du texte.

☞ De même ſi aucun des enfans étoit condamné à une mort civile, ou ſi aucun étoit entré en religion & y avoit fait profeſſion pendant la continuation de communauté, il y auroit accroiſſement au profit des autres enfans; mais au dernier cas les autres enfans, en partageant avec le ſurvivant de leur pere & mere, ſeroient obligés de déduire ſur leur part, ce qui aura été pris dans la continuation de communauté pour la dot de leur frere ou ſœur qui ſeroit entré en religion.

II. S'il y avoit un enfant & des petits enfans d'un autre, l'un d'eux décédant, ſa part accroîtroit à ſes freres & ſœurs & non à leur oncle; c'eſt conjonction qui leur eſt particuliere, & qui doit prédominer ſur celle qui eſt entre les enfans du premier degré.

Dupleſſis, traité de la commuauté, liv. 3, ch. 4, pag. 473; fait ceſſer le droit d'accroiſſement, ſi l'enfant décédé laiſſe des enfans, par l'égalité qu'il doit y avoir dans la directe entre les branches, par lequel principe l'accroiſſement doit avoir lieu en faveur des petits enfans d'une même branche, ſi l'un d'entr'eux décéde; ce ſont eux qui ſont, quant à ce, vraiment conjoints; c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 563, num. 4, & cela eſt une juſte application des principes du droit d'accroiſſement, dont on abuſeroit ſans cela.

III. Ce droit eſt moins un véritable accroiſſement, qui ne peut avoir lieu entre ceux qui ſont liés par un quaſi contrat, tels que ſont les enfans étant en continuation de communauté, qu'un droit de non décroiſſement qui naît néceſſairement de leur ſaiſine collective, & du droit que la coutume leur donne ſur la moitié de la maſſe; droit qui ne peut diminuer que par le concours: ainſi au défaut de ce concours les ſurvivans exercent ce même droit dans tout ſon entier, ſauf, comme on vient de le voir, le droit des petits enfans.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 562; le Maître, tit. 10 pag. 286, & c'eſt ainſi que ce droit eſt regardé au châtelet.

IV. Ce droit de non décroiſſement eſt encore fondé, ſur ce que tous les enfans enſemble dans la ſociété continuée, ne ſont qu'une tête, ce qui prouve que chacun d'eux ne peut avoir part en icelle que par le concours, & par conſéquent, que ce droit eſt un vrai droit de non décroiſſement; ſauf à diſtinguer les droits, s'il y a des enfans de deux lits.

Cela s'entend des enfans d'un même lit, qui, comme l'atteſte Dupleſſis, pag. 473, ne ſont tous enſemble qu'une tête; ainſi les enfans d'un autre lit ſont une autre tête, & l'objet d'un autre accroiſſement qui leur eſt relatif; ainſi quant à ce, double droit de non décroiſſement à diſtinguer dans le partage d'une telle continuation.

V. De-là il s'enſuit, que ſi tous les enfans d'un même lit décédoient hors un, celui-là auroit dans la communauté continuée, autant que lui & ſes freres & ſœurs décédés auroient eu enſemble; c'eſt par le droit d'accroiſſement ou plutôt celui de non décroiſſement, que le ſurvivant eſt privé de la plus forte portion de la ſucceſſion mobiliaire de ſes enfans, comme on l'a vu dans la ſeconde ſection du ſeptieme chapitre de ce titre; cette privation eſt une ſuite du droit d'accroiſſement qu'on examine ici; mais privation qui n'eſt pas totale comme quelques praticiens l'avoient prétendu.

On dit d'une partie, parce que le mobilier que l'enfant décédé peut avoir acquis d'ailleurs, que de la continuation, tombe dans la continuation dans laquelle le ſurvivant a moitié, comme cela a été jugé au châtelet, ſur un procès ſur lequel j'avois écrit, & comme il a déja été obſervé ci-deſſus, cette ſucceſſion mobiliaire tombant du chef du ſurvivant des pere & mere dans la maſſe de la continuation de communauté ; cette continuation le prive, quant à ce, de moitié, mais non du tout, comme l'opére le droit d'accroiſſement par rapport aux biens & effets qu'il embraſſe ; c'eſt-à-dire, pour la portion que l'enfant décédé y avoit ; c'eſt à cela que le droit d'accroiſſement eſt limité.

VI. Des mêmes principes, il s'enſuit que ſi l'un ou pluſieurs des enfans renoncent à la continuation, leur part accroit aux autres, en prenant par ces derniers ſur leur lot, ce qui a été fourni aux renonçans ſur la continuation pour leur part dans la communauté; ce qui s'entend toujours des enfans iſſus d'un même mariage.

Voyez la remarque ſur la derniere propoſition du chapitre précédent & l'arrêt qui y eſt cité; s'il a jugé le contraire, il ne l'a jugé que par les circonſtances particulieres, & l'on croit en cet endroit avoir établi la propoſition.

☞ Le principe établi par la propoſition ci-deſſus, que les parts des enfans, qui ont renoncé à la continuation de communauté, doivent appartenir aux autres enfans communs, eſt conſacré par le ſuffrage de le Brun, traité de la communauté, liv. 3, chap. 3, nomb. 21 ; par celui de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, chap. 4; & par celui d'Argou, tom. 2, liv. 3, chap. 5, de ſon inſtitut au droit françois; néanmoins le ſentiment de Delauriere, dans ſa diſſertation inſérée à la fin de ſon édition des inſtituts de Loiſel, paroît contraire ; il conſiſte à dire que ceux qui continuent la communauté ne peuvent y avoir part, qu'à proportion de ce qu'ils y ont mis, & qu'ils ne peuvent augmenter leur part du chef de leurs freres diviſés, parce que leurs freres diviſés n'y ont jamais rien eu. Ce ſentiment nous paroît mériter la préférence, & il en réſulte que s'il n'y a qu'un des enfans qui ait renoncé & qui ſoit décédé, ſa part ne doit point accroître à ſes freres, mais appartenir à ſon pere ou à ſa mere à titre ſucceſſif, & que s'il eſt vivant, il ne fera point part dans le partage de communauté continuée, parce qu'il n'y a rien mis, & qu'il doit être regardé comme un étranger.

VII. Mais ce droit de non décroiſſement ceſſe en certains cas; ſi parmi les enfans, il y en avoit qui fuſſent en continuation, d'autres qui n'y fuſſent pas, ces derniers s'étant fait rendre compte de la communauté, les premiers étant décédés, le droit des premiers ne peut accroître aux derniers ; parce que loin qu'il y ait entr'eux concours, il n'y a pas même de ſociété ; de même le ſurvivant des pere & mere ſuccéderoit au droit du dernier mourant des enfans étant avec lui en continuation, cela ſe confondant alors dans la ſucceſſion mobiliaire dont il ne peut plus être privé, puiſqu'au moyen de ce décès, il n'y a plus de communauté continuée qui ſoit ſubſiſtante ; continuation qui ſeule pouvoit faire obſtacle à ſon droit de ſuccéder.

Par rapport à la premiere partie de la propoſition, le mobilier de ces enfans tomberoit dans la continuation ; & à l'égard de la ſeconde partie, le droit d'accroiſſement, ou plutôt le droit de non décroiſſement, ne peut avoir lieu que *inter conjunctos* ; ainſi en ce cas le ſurvivant ne ſeroit privé en rien de la ſucceſſion du ſeul enfant qui étoit en continuation, quoiqu'il laiſſât un frere, mais qui ne fût pas en continuation ; dans ces deux cas le droit de non décroiſſement ceſſe.

VIII. Voici encore un autre cas ; ce droit d'accroiſſement ceſſe à l'égard des autres enfans, ſi celui d'entr'eux qui eſt décédé a laiſſé des enfans, auquel cas le droit que cet enfant décédé avoit dans la continuation, paſſe à ſes enfans; ils ſont ſur cela bien plus favorables que ſes freres & ſœurs, & doivent par conſéquent leur être préférés.

Si, pendant cette continuation, dit Dupleſſis, pag. 473, l'un des enfans vient à décéder laiſſant des enfans de lui ſes héritiers, ils le repréſentent dans ſon droit indivis dans cette tête, après avoir dit que dans la continuation, tous les enfans enſemble, ne ſont que pour une tête ; c'eſt une juſte exception à cette derniere propoſition qu'il fait.

IX. Ce cas eſt le ſeul dans lequel le droit d'un enfant décédé dans la continuation, ſoit tranſmiſſible au préjudice de ſes freres & ſœurs ; je crois cependant qu'on pourroit l'étendre en faveur du pere, dans le cas qu'un petit-fils du chef & par repréſentation de ſa mere, eſt en continuation de communauté avec ſon ayeul maternel, le défaut d'inventaire ne pouvant être imputé à ce dernier ; mais la rigueur de la régle eſt contraire.

J'ai vu une conſultation de trois anciens avocats qui peut ſervir de preuve à cette propoſition; on leur avoit expoſé par le mémoire, qu'un pere étoit en continuation de communauté avec ſes enfans, & entr'autres avec une fille mariée; que cette fille étoit morte avant ſon pere, laiſſant un fils qui la repréſentoit dans le droit de la continuation ; que cet enfant étoit depuis décédé, laiſſant ſon pere pour héritier mobiliaire ; on leur demandoit, ſi la part que ce petit enfant avoit dans le mobilier de la communauté continuée, devoit accroître à ſes oncles & tantes, ou ſi elle devoit appartenir à ſon pere : pour ſoutenir le droit de ce dernier, on leur obſervoit, 1°. que ſi le ſurvivant étant en continuation avec ſes enfans étoit privé de leur ſucceſſion mobiliaire, c'étoit pour le punir de ſa négligence; 2°. que le droit d'accroiſſement avoit déja manqué dans l'eſpece, puiſque la mort de la mere de ce petit-fils décédé lui avoit tranſmis ſon droit, ſans que ce droit d'accroiſſement eût pu empêcher cette tranſmiſſion, & que ſans cela, ce ſeroit punir le pere d'un fait qui ne lui étoit pas perſonnel; malgré ces raiſons, les trois anciens avocats répondirent

dirent qu'il y avoit accroiſſement en faveur des oncles & tantes du petit-fils décédé; je reſpecte beaucoup cet avis, mais j'aurois beaucoup de peine à m'y rendre, me paroiſſant contre l'équité de punir un pere de la négligence de l'ayeul, & ne voyant nul inconvénient à faire ceſſer le droit d'accroiſſement, lorſqu'un premier événement l'avoit déja fait ceſſer : ce qui ne ſeroit pas à l'égard de la veuve d'un des enfans étant en continuation, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit.

X. Ce droit eſt ſi peu tranſmiſſible au préjudice des autres enfans étant en continuation, que la veuve de l'enfant qui eſt décédé, ne peut par la qualité de commune en bien avec ſon mari, demander à partager la part que ſon défunt mari avoit dans la continuation avec le ſurvivant de ſes pere & mere, ſi ſon mari a laiſſé un frere ou une ſœur étant en continuation ; il faut cependant convenir que cela eſt bien rigoureux.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet : en effet, cette veuve a dû prévoir ce ſort, & elle eſt bien moins favorable qu'un pere, contre lequel cependant cette rigueur a lieu ; mais ne ſeroit-il pas équitable de la faire ceſſer ?

XII. On a répandu ſur la tranſmiſſion autant de nuages que ſur le droit d'accroiſſement ; cependant celui de la tranſmiſſion, ſi l'on ne veut pas mettre en queſtion ce que les principes mettent en évidence eſt ſimple : en effet, ſi l'enfant décédé & étant en continuation, ne laiſſoit ni frere, ni ſœur en continuation avec lui, en ce cas, ſon droit dans la continuation ſeroit tranſmiſſible, tant en faveur de ſes créanciers, qu'en faveur de ſon légataire univerſel : en effet, en ce cas, aucun droit particulier ne le diſtrait de ſa ſucceſſion, & il en fait partie ; de-là il s'enſuit, qu'à plus forte raiſon le droit d'un tel enfant dans la continuation de communauté, c'eſt-à-dire, lorſqu'il ne laiſſe aucun frere ni ſœur, eſt tranſmiſſible à ſon héritier collatéral, ſi ce collatéral pouvoit ſuccéder à des meubles & acquêts, au préjudice du ſurvivant de ſes pere & mere, avec lequel il étoit en continuation de communauté, & que par conſéquent ſon droit dans la continuation n'eſt pas abſolument éteint par ſon décès, & qu'au contraire il en peut diſpoſer en ce cas en faveur d'un légataire.

SECTION II.

Que le droit de l'enfant décédé dans la continuation, eſt tranſmiſſible, lorſque cet enfant ne laiſſe ni freres ni ſœurs.

XI. De ce que ce droit n'eſt pas tranſmiſſible au préjudice des autres enfans étant en continuation, il s'enſuit que ni les créanciers, ni le légataire, ni le donataire univerſel de l'enfant décédé, ne peuvent prétendre le droit qu'il avoit dans la continuation lorſqu'il laiſſe un ou pluſieurs freres ou ſœurs qui étoient comme lui en continuation, puiſque la part du décédé leur accroit ; mais il en eſt autrement s'il n'y a pas lieu au droit d'accroiſſement.

Arrêt du 22 novembre 1644, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 68 ; voyez auſſi celui du 10 avril 1669, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 8 ; autre arrêt du 17 août 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 220.

☞ De Renuſſon, en ſon traité de la communauté, part. 3, chap. 5, & quelques autres auteurs ſont d'un avis contraire, & penſent que le droit de demander la continuation de communauté, paſſe au légataire ou au donataire univerſel de l'enfant décédé ; mais ce ſentiment ne doit point être adopté dans la juriſprudence actuelle, ſuivant laquelle on juge que cette faculté ne paſſe pas même aux héritiers ; voyez auſſi l'arrêt du 20 mars 1707, rapporté par Augeard, tom. 1, chap. 81 ; il confirme la propoſition ci-deſſus.

Le droit d'accroiſſement qui doit être la baſe de la réſolution de cette queſtion, paroît ſouvent y avoir répandu des nuages ; Brodeau ſur Louet, let. C, ſommaire 30, num. 17, tient que ce droit n'eſt pas tranſmiſſible aux légataires univerſels, ni aux créanciers de l'enfant ; le Brun, traité de la communauté, pag. 525, num. 19, & 526 & 527 ; de Renuſſon, traité des propres, chap. 4, ſect. 2, num. 9 ; le Maître, pag. 284, ont eſtimé qu'il étoit tranſmiſſible, parce que ce privilége vient de la loi & non de la convention, & que ce privilége n'eſt point accordé, tant à la perſonne, qu'à cauſe du mélange & de la confuſion des biens : il paroît bien évidemment, que ſi ce droit n'eſt point tranſmiſſible, ce n'eſt pas abſolument, mais relativement, & qu'ainſi il eſt tranſmiſſible, lorſqu'il n'y a pas lieu au droit d'accroiſſement, mais qu'il ceſſe d'être tel, lorſque l'enfant décédé a des freres & ſœurs, qui étoient conjointement avec lui en continuation de communauté avec le ſurvivant de leurs pere & mere ; au moyen dequoi, ſi cet enfant étoit ſeul en continuation, & quoiqu'il eût d'autres freres auxquels le compte eût été rendu, le ſurvivant de ſes pere & mere lui ſuccéderoit quant à ce, & non ſes freres ; ce qui découvre clairement, qu'en ce cas, ce droit eſt tranſmiſſible, tant aux légataires, qu'aux créanciers : je le penſe ainſi par les raiſons qu'on vient de renfermer dans cette note ; voyez Pocquet de Livoniere, qui, dans ſes régles du droit françois, pag. 393, dit qu'au défaut de freres ou de ſœurs, le droit de l'enfant eſt tranſmiſſible à ſon héritier collatéral, ce qui ne peut être au préjudice du ſurvivant de ſes pere & mere ; puiſque ce qu'il auroit pu recueillir de la continuation, eſt pur acquêt dans ſa perſonne, & que les acquêts ſont confondus dans la ſucceſſion mobiliaire d'un tel enfant, que la coutume défere au ſurvivant de ſes pere & mere, à l'excluſion des collatéraux.

SECTION III.

De ce qui réſulte de ce droit d'accroiſſement, & de la privation de la ſucceſſion mobiliaire des enfans.

XIII. De ce droit d'accroiſſement, il réſulte, que le ſurvivant des pere & mere eſt privé de la ſucceſſion mobiliaire de celui de ſes enfans qui décéde étant en continuation avec lui lorſqu'il laiſſe des freres & ſœurs, ou l'un d'eux étant comme lui en continuation de communauté, puiſque ſa part accroît à ſes autres freres & ſœurs intéreſſés dans la même continuation ; ſauf les propres fictifs, lorſque la fiction eſt épuiſée, auxquels le ſurvivant des pere & mere ſuccéderoit, comme biens diſtraits de la maſſe, & ſur leſquels le droit d'accroiſſement ne pouvoit tomber, comme ne faiſant pas partie de la continuation.

On a établi ci-deſſus que les propres fictifs ne faiſoient pas partie de la continuation, ce qui fonde cette limitation, & par conſéquent, la capacité du ſurvivant à y ſuccéder lorſque la fiction ne ſubſiſte plus ; ce qui arrive lorſque la fiction étoit limitée à la communauté, & ne s'étendoit pas aux enfans ; mais en ce cas du chef du ſurvivant des pere & mere, la portion de l'enfant décédé dans un tel propre fictif, tomberoit dans la continuation de communauté.

XIV. Cependant ſi l'enfant décédé avoit un pécule, le ſurvivant ſuccéderoit à ce pécule, qui tomberoit de ſon chef dans la continuation, ainſi la continuation de communauté ne le priveroit ſur ce que de moitié ; tel eſt en ce cas tout l'effet de la continuation de communauté, comme on l'a déjà vu.

Cela a été établi ci-deſſus.

XV. De même le ſurvivant ſuccéderoit au dernier enfant mourant, parce qu'alors il n'y auroit plus de concours, ni perſonne en faveur de qui le droit d'accroiſſement pût militer ; ceſſation de ce droit qui laiſſe à la ſucceſſion légitime tout ſon effet.

Cela a encore été établi ci-deſſus, & eſt par ſoi-même inconteſtable ; en effet en ce cas, c'eſt la diſpoſition de la loi qui régit la ſucceſſion de cet enfant qui milite, & non celle qui régiſſoit la continuation de communauté que le décès de cet enfant décédé ſans frere ni ſœur, a laiſſé ſans application ; mais encore une fois ſi cet enfant avoit laiſſé un ou pluſieurs freres étant avec lui en continuation de communauté, le ſurvivant de ſes pere & mere ſeroit par l'effet de la continuation de communauté, privé de la ſucceſſion mobiliaire de cet enfant ; voyez Bouguier, let. C, ch. 6 ; & le Brun, de la communauté, liv. 3, chap. 3, ſect. 5 : ce qui a été établi précédemment.

XVI. Le ſurvivant, nonobſtant la continuation, ſuccéde aux acquêts immeubles faits par l'un des enfans étant en continuation de communauté avec lui, qui ne font point partie de la continuation, comme il ſuccéde en uſufruit aux conquêts de communauté lorſqu'il n'y a pas d'autres enfans ; mais quand il y en a, & que le droit de continuation ſubſiſte, cela tombe de ſon chef dans la continuation : ainſi, en ce cas, ſon droit eſt réduit à moitié, ſauf la jouiſſance totale de l'uſufruit du jour de la diſſolution de la continuation de communauté, ſuivant les articles 230 & 314.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 564, num. 8, & 568, num. 24, par rapport aux conquêts, il faut qu'il n'y ait plus aucun deſcendant de l'acquéreur, comme on le verra dans le titre des ſucceſſions, le ſurvivant des pere & mere ne ſuccédant à cet uſufruit que dans le cas de ce défaut.

CHAPITRE DOUZIEME.

DE L'ACCROISSEMENT EN FAVEUR D'UN BEAU-PERE OU D'UNE BELLE-MERE.

SECTION PREMIERE.

QUAND CET ACCROISSEMENT A LIEU.

I. SI tous les enfans étant en continuation de communauté, décédent avant le ſurvivant de leur pere & mere, & que le ſurvivant ſoit remarié, la part des enfans dans la continuation, accroît pour moitié à leur beau-pere ou à leur belle-mere ; leurs parts tombant dans la communauté qui eſt entre ceux-là & leur pere & mere ſurvivant, ſauf l'effet de la clauſe de propre, ſi telle clauſe eſt inſerée dans le contrat du ſecond mariage ; clauſe qui doit avoir ſon exécution, mais faute de cette clauſe il y a lieu au droit d'accroiſſement qu'on vient d'expliquer, c'eſt ſucceſſion mobiliaire qui dans la thèſe générale tombe en communauté.

Le Brun, de la communauté, atteſte cet accroiſſement dans le cas que tous les enfans renoncent à la continuation ; c'eſt à la pag. 553,

num. 28, ce qu'il dit pour le cas de renonciation, doit avoir lieu dans celui du prédécès de tous les enfans, fauf pour ce cas la limitation expliquée dans la fection qui fuit; en effet, la nature des biens, ou la ftipulacion, peuvent empêcher que ces biens ne tombent en communauté; mais ceffante cette ftipulation, c'eft un bénéfice qui étant mobilier, tombe légalement dans la feconde communauté, & c'eft par ce moyen que le nouveau conjoint en profite, bien plus que par un droit d'accroiffement qui n'a pas été établi pour lui.

II. De-là il s'enfuit, que dans le cas de prédécès des enfans du premier lit, étant en continuation de communauté, que la communauté entre les deux conjoints, devient une communauté à l'ordinaire, qui doit fe partager par moitié entr'eux; c'eft la conféquence de ce que deffus.

Le Brun, à la page citée fur la premiere propofition.

III. Le beau-pere ou la belle-mere, profite même de la moitié de la part des enfans dans les immeubles acquis pendant la feconde communauté, qui a continuée la premiere; c'eft un droit de non décroiffement, qui aſſure à leur communauté la totalité d'un tel immeuble; il en eft conquêt, & cela ne pouvoit diminuer que par un concours qui n'eft pas.

Telle eft l'opinion commune, fondée fur les deux propofitions précédentes.

☞ Il profite auffi de ce qui étoit accru à l'enfant dernier décédé par le prédécès de fes freres décédés pendant la continuation de communauté, & cela s'entend non-feulement, lorfque la communauté n'a point été diffoute du vivant des enfans, & qu'elle continue encore au tems de la mort de l'enfant dernier décédé, par la raiſon que dans l'un comme dans l'autre cas, l'enfant dernier décédé n'auroit pas eu les parts de fes freres décédés pendant la continuation, par droit de fucceffion, mais par droit d'accroiffement.

IV. Mais il ne profite pas de la moitié des immeubles acquis avant le convol, c'eft le furvivant feul des pere & mere des enfans, qui en profite, parce que ces immeubles font des propres relativement à fa feconde communauté: qualité qui les empêche abſolument de tomber en icelle, fuivant le même article 220 de la coutume; les immeubles recueillis par fucceffion, ne tombant pas en communauté, & ce, abſtraction faite de toute convention, de toute ſtipulation; c'eft ici la loi qui opére.

Voyez ci-deſſus où il eſt établi que ces immeubles ſont propres, relativement à la ſeconde communauté, & le titre de la communauté, où il eſt établi que les immeubles que les conjoints recueillent par ſucceſſion, leur ſont propres; ce qui rend la propoſition inconteſtable, & elle naît du texte même de la coutume.

SECTION II.

Quand l'accroiſſement n'a pas lieu en faveur du beau-pere ou de la belle-mere.

V. Lorſque le contrat du ſecond mariage contient la clauſe, que ce qui échoira aux conjoints par ſucceſſion, leur ſera propre; en ce cas, la mort de tous les enfans étant en continuation avec le ſurvivant de leur pere & mere, ne produit aucun bénéfice, ni accroiſſement en faveur de leur beau-pere & de leur belle-mere, telle ſucceſſion formant un propre, au profit du conjoint ſuccédant; propre conventionnel à la vérité, mais qui n'opere pas moins relativement à la ſeconde communauté qu'un propre légal: en effet, au moyen de la clauſe, le droit du dernier enfant décédé, paſſe au ſurvivant de ſes pere & mere, avec l'impreſſion de propre relativement à la communauté; impreſſion qui le diſtrait de ſa maſſe.

Voyez la ſeconde partie du titre de la communauté où cela eſt établi.

VI. Pour cela, il faut lors de la mort du dernier des enfans mourans, conſtater l'état où ſe trouve la continuation au moment de ce décès, & éviter l'effet de la confuſion qui affoibliroit celui de la clauſe de propre; ſans cela il y auroit négligence qu'on doit principalement imputer au mari, mais négligence qui ne doit pas affoiblir les droits des conjoints.

Faute de cet état, il y auroit lieu pour la conſervation de ce droit & la fixation de ſon étendue, à la preuve, tant par titre que par témoins, & par conſéquent à l'enquête de commune fâme & renommée, & ſans cela ce ſeroit avantage indirect.

VII. Faute de cet inventaire, ce qui ne doit préjudicier au ſurvivant des pere & mere, (parce que ce ſeroit avantage indirect, comme on vient de le dire), le ſurvivant des pere ou mere qui a été en continuation avec ſes enfans, a les deux tiers dans la communauté avec le nouveau conjoint, & ce dernier n'a qu'un tiers, & ce pour le tems paſſé, & c'eſt ſur cela ſeulement que doit tomber la preuve remarquée ſur la propoſition précédente; car l'autre conjoint pour l'avenir a moitié dans les biens de la communauté, n'y ayant plus alors que deux aſſociés.

Cela réſulte évidemment de tout ce que deſſus, & cela ſe pratique ainſi au châtelet.

VIII. Il y a un autre cas dans lequel indépendamment de la clauſe du contrat du ſecond mariage, le beau-pere ou la belle-mere, n'a aucun droit d'accroiſſement; c'eſt lorſque le dernier mourant des enfans étant en continuation, a inſtitué un légataire uni-

verſel, à la perſonne duquel, & au moyen du legs, le droit dans la continuation a été tranſmis, ce droit étant tranſmiſſible lorſqu'il n'y a pas de frere & ſœur en faveur deſquels l'accroiſſement puiſſe avoir lieu,

Voyez la ſeconde ſection du chapitre précédent, où il eſt établi, qu'en ce cas ce droit eſt tranſmiſſible; or dès que ce droit eſt en ce cas tranſmiſſible, & que le conjoint héritier du ſang de l'enfant décédé, eſt dépouillé de la ſucceſſion par un legs univerſel, il s'enſuit que le nouveau conjoint ne peut rien prétendre dans la ſucceſſion de l'enfant décédé, ſon droit & celui de ſa communauté n'étant qu'une émanation du droit du conjoint héritier.

CHAPITRE TREIZIEME.

DU PARTAGE DE LA CONTINUATION DE COMMUNAUTÉ.

SECTION PREMIERE.

DU PARTAGE DE CETTE COMMUNAUTÉ, AVEC LE SURVIVANT DES PERE ET MERE.

DISTINCTION PREMIERE.

A quel jour on fixe la diſſolution de la continuation & des opérations préalables au partage.

I. DANS la théſe générale, la continuation de communauté, n'eſt cenſée diſſoute, que du jour de la clôture de l'inventaire; ſi il y a des enfans mineurs qui y ſoient intéreſſés, & non ſi ils ſont tous majeurs, auquel cas la clôture n'eſt pas néceſſaire; l'inventaire fidel & authentique ſuffit, ce qui reçoit même une rétrogradation en faveur des enfans, & ce indiſtinctement.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 5, pag. 480; quant à l'exception, elle a été établie pour prévenir les fraudes.

II. Voyons la rétrogradation; il eſt un cas auquel la continuation de communauté eſt cenſée diſſoute du jour que les enfans ont provoqué le partage: en effet, lorſqu'il paroît que depuis ce jour, le ſurvivant a agi en fraude du droit de ſes enfans, & que par des emprunts ſimulés, ou autre voie, il a cherché à s'approprier une portion de leur droit, la communauté eſt cenſée diſſoute du jour de la demande en partage formée par les enfans; c'eſt le moyen de parer à la fraude, & de conſerver le droit des enfans.

C'eſt en ce cas, ce qui ſe pratique au châtelet, & ce que dit Dupleſſis à la pag. 480, où, même ſans fraude apparente, il dit que les enfans ont l'option de fixer la diſſolution au jour de leur demande, ou au jour de la confection de l'inventaire; ſentiment judicieux qui applanit les difficultés, & pour lequel j'incline beaucoup; il me paroît même que c'eſt une conſéquence des principes capitaux de la coutume ſur cette matiere.

☞ Le tuteur des enfans peut demander le partage; mais un ſubrogé tuteur ne pourroit le provoquer, à moins qu'il n'eût été nommé expreſſément *ad hoc* par les parens, de ſorte que ſans cette nomination le partage qu'il auroit fait, n'obligeroit point les enfans, & ne les empêcheroit pas de demander la continuation de communauté, ſi d'ailleurs elle n'étoit pas diſſoute; voyez de Renuſſon, traité de la communauté, troiſieme partie, ch. 2, num. 23.

III. Dans le partage de la communauté continuée, il faut commencer par faire les prélevemens qu'on auroit fait, ſi l'on avoit partagé une communauté à l'ordinaire & ſans qu'elle eût été continuée; de ce principe s'enſuit la néceſſité des opérations qu'on va expliquer, & c'eſt par ces prélevemens qu'on conſerve tous les droits des co-partageans: voilà le premier principe.

On obſerve au châtelet les prélevemens qui vont être expliqués, dans les comptes de communauté continuée, comme dans les comptes de ſimple communauté; c'eſt même droit que la continuation n'a fait que ſuſpendre & différer.

IV. Le ſurvivant préleve ſur la maſſe de la continuation le montant des deniers qui lui ont été ſtipulés propres par le contrat de ſon mariage; premier prélevement à faire dans ce partage: on a établi ci-deſſus que ces propres ne pouvoient faire partie de la continuation de communauté, par conſéquent il faut donc les en diſtraire.

Voyez Dupleſſis, pag. 466, où expliquant les biens qui tombent dans la continuation de communauté, il ne fait aucune mention des propres fictifs, & par conſéquent, ſuivant la juſte explication de ce commentateur, il faut en prélever le montant ſur la maſſe de la communauté continuée, ce qui eſt ſans difficulté; voyez auſſi le Brun, de la communauté, pag 544, num. 34; ce qui rend le prélevement d'iceux une ſuite inévitable de leur ſentiment: en effet, ces derniers n'ont jamais fait partie de la maſſe commune, ils ne peuvent donc faire partie de la continuation; c'eſt un propre antérieur à ſa formation, ce qu'on ne peut pas dire du principal que le ſurvivant n'acquiert que dans le tems qu'il eſt en continuation de communauté avec ſes enfans.

V. Il prélève pareillement le montant de ſon propre aliéné, pendant & conſtant le mariage; ſecond prélevement à faire dans ce partage: en effet, ce prix n'a jamais fait partie de la communauté, il ne peut donc faire partie de ſa continuation.

Cette propoſition & la précédente ſont d'un uſage conſtant au châtelet, ſur le fondement que c'eſt communauté continuée, & non nouvelle ſociété; c'eſt ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 540, num. 23, ces derniers-ci comme les précédens, n'ayant point fait partie de la continuation, ce qui en fonde le prélevement.

VI. Les enfans font pareillement ces prélevemens, s'il y a lieu de les faire à leur profit, c'eſt-à-dire, ſi le prédécédé de leur pere ou mere, avoit un propre fictif par le contrat de ſon mariage, & propre réel aliéné pendant icelui; troiſieme & quatrieme prélevement à faire par ce même partage, ce qui fonde les précédens, fonde ceux-ci, leur condition ſur cela étant la même que celle du ſurvivant.

Voyez ci-deſſus, où il eſt établi que les propres fictifs ne font point partie de la communauté, de même que les deniers du propre aliéné; ce qui eſt reſpectif & qui milite, tant pour les héritiers du prédécédé, que pour le ſurvivant des conjoints.

VII. Ces prélevemens reſpectifs ſont fondés, ſur ce qu'il n'y a d'effectif dans la continuation, que ce qui reſte après ces délibations faites de la maſſe de la communauté; le ſurvivant a encore un autre prélevement à faire, c'eſt le remploi de l'immeuble à lui appartenant, lors de la mort du prédécédé des conjoints, qui de ſa nature n'eſt pas tombé dans la continuation, & qui auroit été aliéné depuis la diſſolution du mariage, le prix qui en eſt provenu, de même que l'immeuble, n'ayant pas fait partie de la continuation; ainſi autre prélevement qui conſerve la balance ſans donner aucune atteinte aux vrais droits des enfans.

Il eſt établi ci-deſſus que la continuation n'embraſſe pas un tel immeuble, dès-là ſon aliénation donne lieu au prélevement du prix d'icelui.

VIII. Mais le ſurvivant n'a aucun prélevement à faire pour ſon préciput, parce qu'au moment qu'il l'acquiert, il l'acquiert tant pour lui que pour ſes enfans, il en eſt de même des arrérages de ſon douaire & de ſa repriſe en cas de renonciation; tout cela eſt tombé dans la continuation, on l'a établi ci-deſſus; nature de ces effets qui écarte pour leur montant tout prélevement ſur la maſſe de la continuation.

Voyez le quatrieme chapitre de ce titre, où cela eſt établi. Il eſt vrai que cela eſt rigoureux, mais la coutume ne diſtingue pas; & ſi le contrat de mariage milite contre la continuation, cela ne s'entend que des droits acquis lors de ſa paſſation, & qui ont formé un mur de ſéparation qui a empêché l'effet de la confuſion; mais non du droit que le ſurvivant acquiert depuis la mort du prédécédé, le préciput ne pouvant être plus privilégié, plus favorable qu'une ſucceſſion directe.

DISTINCTION II.

Comment ſe diviſe ce qui reſte de la maſſe de la continuation, & de la raiſon que les co-partageans doivent ſe faire à cauſe des indemnités.

IX. Après avoir fait les prélevemens ci-deſſus reſpectivement, c'eſt-à-dire, celui des propres fictifs & celui des propres réels aliénés, ce qui reſte de la maſſe ſe partage en deux parts égales; l'une pour le ſurvivant, l'autre pour tous les enfans conjointement, ſauf les indemnités qui forment une autre operation à faire & qu'on va examiner.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 466.

X. Avant cette fixation chacun doit ſe faire raiſon des recompenſes & indemnités qui ſont par eux dûes à la communauté de la maniere qu'il va être expliqué; voilà le principe général, & ſans cet autre prélevement la balance ne ſeroit pas conſervée.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 272; & cela eſt ſuite de légalité qu'il y a entre les droits des enfans & ceux des ſurvivans.

XI. De-là il s'enſuit que ſi le ſurvivant doit une indemnité de dix mille livres & que la maſſe extante de la communauté continuée outre l'action de recompenſe ou d'indemnité ſoit de vingt mille, les enfans doivent avoir 15000 livres dans cette maſſe, & le lot du ſurvivant n'eſt que de cinq mille livres, & celui des enfans de quinze mille livres; par cette opération tout eſt partagé, & la recompenſe ou indemnité eſt acquittée.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & qui ſe conſomme par l'une ou l'autre des opérations qu'on va expliquer par la propoſition ſuivante: en un mot, c'eſt-là où doit aboutir la liquidation, ſoit qu'on opére par délibation, ſoit qu'on opére par confuſion.

XII. Si l'on opére par délibation, les enfans doivent pour ſe remplir de la recompenſe prélever dix mille livres & prendre enſuite moitié dans les dix mille livres qui reſtent; ſi on opére par confuſion, il faut que le ſurvivant après avoir fait recette de dix mille livres, faiſant moitié des vingt mille livres, à quoi monte la maſſe, non compris l'indemnité, ſe charge encore en recette de cinq mille livres en faveur des enfans, pour les remplir de la recompenſe ou de l'indemnité qu'il leur doit, & ſur ſon lot, ce qui revient au même, & remplit chacun des copartageans de tous ſes droits; & ſi l'indemnité ou la recompenſe ſont dûes par les

oyans compte de continuation de communauté, le rendant leur fait dépense de moitié du montant d'icelle, si il n'en a pas prélevé à son profit la totalité sur la masse.

Cette derniere opération est la plus usitée au châtelet, c'est-à-dire, celle par confusion; on a ci-dessus expliqué plus au long l'une & l'autre de ces opérations.

DISTINCTION III.

Si les biens que les enfans recueillent de la continuation leur sont propres, s'ils sont sujets au droit d'aîneſſe, & ſi dans la perſonne du ſurvivant ils ſont ſujets à l'édit des ſecondes noces.

XIII. Ces biens sont dans la personne des enfans de simples acquêts, non des propres; en effet, c'est une acquisition censée faite par eux-mêmes & non un droit successif; tels biens ne peuvent donc leur être propres, leur origine écarte absolument cette qualité.

De Renusson, traité des propres, ch. 4, sect. 2, num. 10, pag. 397; le Brun, de la communauté, pag. 565, num. 9; & tel est l'usage.

XIV. Par le même principe ces biens ne sont pas entr'eux sujets aux droits d'aîneſſe, tous sont co-acquéreurs, ce qui l'exclut, puisque c'est un droit qui naît dans leur personne, & non un droit successif & héréditaire.

Cette question s'étant présentée dans la coutume d'Anjou, & portée à la troisieme chambre des enquêtes, Messieurs se trouverent partagés, après lequel partage les parties transigerent; voyez la neuvieme partie du journal du palais, pag. 88, où cette question est traitée; le Brun, de la communauté, pag. 565, num. 10, leur qualité de co-acquéreurs me paroît lever sur ce la difficulté, & déterminer que c'est acquêt.

☞ Il paroît que l'on peut regarder la question comme bien décidée par l'article 242 de la coutume, qui en parlant du survivant des pere & mere, & réglant les parts que les enfans de chaque lit ont en la communauté continuée, dit que la communauté est multipliée, s'il y a d'autres lits, & se partit également; ensorte que les enfans ne font qu'un chef en la communauté, &c. Ce mot *également* fait bien connoître que la moitié des acquêts de la continuation de communauté qui appartient aux enfans, doit se partager entr'eux sans droit d'aîneſſe; ce qui confirme la proposition.

XV. Par le même principe ces biens ne sont pas sujets à l'édit des secondes noces ni à l'article 279 de la coutume, lorsque depuis les avoir recueillis le survivant des conjoints se remarie, cela est fondé sur ce que tel bien ne provient pas d'une commune collaboration des conjoints, mais bien des épargnes du survivant qui en est l'acquéreur; ils ne sont donc pas compris dans l'édit ni dans la réserve que la coutume fait de certains biens dans le cas du convol, c'est-à-dire, des conquêts de communauté ordonnée par la coutume, en quoi elle est exorbitante du droit commun du royaume, & par conséquent on ne peut appliquer sa disposition sur de tels biens.

Telle est la jurisprudence du châtelet, quoiqu'on y ait porté la rigueur des peines des secondes noces à son plus haut degré; voyez le Brun, de la communauté, pag. 554, num. 33.

DISTINCTION IV.

Des dettes dont les enfans ſont tenus.

XVI. Par l'acceptation de la continuation de communauté, les enfans sont conjointement tenus de la moitié de toutes les dettes que le survivant de leur pere & mere a contracté pendant icelle continuation, c'est juste balance; & l'autre moitié de ces mêmes dettes est à la charge du survivant des pere & mere, le partage devant se faire entr'eux, tant activement que passivement.

Cette proposition a déja été ci-dessus établie, le passif se balançant toujours par l'actif.

XVII. Cependant pour les dettes contractées par le survivant pendant la continuation, les enfans ne peuvent être poursuivis par les créanciers que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils ont tiré de cette continuation; en effet, semblables à la à la femme ils ne sont engagés quant à ce qu'à cause de la chose, c'est elle seule qui les engage, autrement on interpréteroit contre les enfans, ce que la loi n'a établi qu'en leur faveur, ce qu'on ne peut faire; il est donc juste de leur donner ce privilége.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 464, paroît dire le contraire, mais son sentiment est dans l'effet conforme à la proposition; puisqu'en ce cas, il dit que les enfans ne sont tenus de ces dettes que jusqu'à concurrence de tous les acquêts qu'ils ont tiré de la continuation & de tout le mobilier indistinctement, & il affranchit de cette action leurs propres & leur part dans les conquêts de la communauté; ce qui fonde la proposition, ainsi que l'autorité rapportée sur la proposition qui suit, & qui est commune à celle-ci; & tel est le véritable esprit de la coutume.

XVIII. En effet, quant à ce ils jouissent de plein droit du privilége de la veuve commune, qui n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son amendement en icelle, le survivant ne pouvant entamer leurs propres, de même qu'un mari ne peut affoiblir ou entamer ceux de sa femme, la dépendance égale de part & d'autre, leur doit rendre ce bénéfice commun.

Le Maître, titre de la communauté, pag. 280; & telle est l'opinion commune au châtelet, elle me paroît suite du texte.

XIX. A l'égard des dettes contractées

pendant la communauté & avant la continuation, les enfans ne jouiſſent pas indiſtinctement de ce privilége, il faut diſtinguer, s'ils ſont héritiers de leur mere & qu'ils ayent été en continuation avec leur pere, ils en jouiſſent, parce que c'étoit un privilége compétent à leur mere & que leur mere leur a tranſmis : mais s'ils ſont héritiers de leur pere & qu'ils ayent été en continuation avec leur mere, ils ſont tenus de ces dettes indéfiniment, ainſi que leur pere qu'ils repréſentent l'eût été, leur condition ne pouvant être différente de celle de leur auteur, ſauf à eux à renoncer à la ſucceſſion de leur pere, auquel cas ils s'affranchiſſent de toutes dettes.

Cet engagement de leur pere qu'ils repréſentent, eſt établi dans ſon ordre ſur le titre précédent, & il ne peut faire la matiere d'un doute.

XX. L'acceptation de la continuation de communauté étant déſavantageuſe au mineur, toujours reſtituable dès qu'il eſt léſé, il eſt reſtituable contre icelle, comme contre tout autre acte qui en porteroit léſion, & par cette reſtitution le mineur doit avoir ſa part dans la communauté, franche & quitte de toutes dettes contractées pendant la continuation ; c'eſt l'effet de la reſtitution en entier.

L'effet de la reſtitution en entier contre ſon acceptation eſt de le mettre au même état qu'il étoit avant icelle ; voyez Dupleſſis, pag. 464 ; & ci-après le titre des reſtitutions en entier.

XXI. Cette part, comme on l'a vû ci-deſſus, ne peut ſe fixer que ſur une enquête de commune fâme & renommée.

Tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, & il n'y a pas d'autre voie dans l'ordre judiciaire.

DISTINCTION V.

Des rapports que les enfans ſe doivent les uns aux autres par la ſubdiviſion de la continuation.

XXII. L'enfant qui a été doté pendant la continuation de communauté par le ſurvivant de ſes pere & mere, doit rapporter à la maſſe de la ſubdiviſion, qui eſt à faire entre lui & ſes freres & ſœurs, la moitié de la dot qui lui a été fournie par le ſurvivant ; l'autre moitié s'imputant à ce dernier, ſi par le contrat de mariage de l'enfant qu'il a doté, il paroît qu'il a voulu donner moitié du ſien, ſauf l'effet d'une telle donation & la liquidation du rapport à faire.

Le Brun, de la communauté, pag. 569, num. 1 ; le Maître, pag. 282, eſtime qu'une telle donation doit d'abord s'imputer ſur la part de l'enfant ainſi doté ; ce qui me paroît devoir être limité, ainſi qu'on le va voir par la propoſition qui ſuit ; c'eſt-à-dire, lorſqu'il ne paroît pas que le ſurvivant a voulu former une telle dot de la moitié du ſien ; auquel cas il n'y a que moitié ſujette à rapport pour les autres enfans.

XXIII. Il ne rapporte que moitié de ce don, parce que l'autre moitié n'eſt rapportable qu'à la ſucceſſion du ſurvivant, & tombe ſur le ſurvivant donateur en diminuant d'autant ſon lot dans la maſſe de continuation, à moins qu'il n'y ait imputation de fait ou de droit à faire différemment ; imputation au moyen de laquelle le droit des autres enfans eſt entiérement conſervé, ainſi que l'effet de la libéralité qu'il faut ici concilier ſi le donateur n'a fait imputation contraire ; imputation qu'on ne doit pas préſumer ſi elle n'eſt manifeſte, tout débiteur étant préſumé vouloir ſe libérer avant d'être libéral ; à plus forte raiſon ſi le ſurvivant a doté pour être imputé d'abord ſur les droits échus, il faut faire cette imputation & le ſurvivant n'eſt donateur que du ſurplus, & c'eſt par la liquidation qu'on fixe le montant du rapport.

Tel eſt ſur cette propoſition & la précédente le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 6, pag. 481 : ſur quoi il faut obſerver que l'autre moitié de cette dot s'imputant ſur la part du ſurvivant, il eſt vrai de dire que le droit des autres enfans eſt entiérement conſervé ; mais en ce même cas, celui du ſurvivant ne l'eſt pas de même, & ne pourroit-on donc pas dire que le ſurvivant étant comptable, & par conſéquent, débiteur envers l'enfant ainſi doté, toute la dot doit s'imputer ſur le montant des droits acquis de cet enfant, ſuivant la maxime *nemo in neceſſitatibus præſumitur liberalis* ? J'incline pour ce parti, il eſt judicieux, & il me paroît le plus ſûr ; de-là il faut conclure que ſi la maſſe de continuation, y compris la dot fournie pendant le cours d'icelle, eſt de 40000 liv. que l'enfant qui a été doté pendant la continuation, ait reçu 15000 liv. du ſurvivant, & ce, ſans imputation expreſſe & ſans déclaration de la part du ſurvivant qu'il donnoit moitié du ſien ; en ce cas, l'enfant ainſi doté n'ayant qu'un frere, fait bien un rapport de 15000 livres ; mais qui n'eſt que fictif ; ſavoir, 5000 livres qui s'imputent ſur la part du ſurvivant, qui ne peut révoquer ſon don & 10000 livres, dont on compoſe ſon lot ; au moyen de quoi l'autre enfant a pareil 10000 livres, & le ſurvivant n'a que 15000 liv. au lieu de 20000 livres, parce qu'il en a donné 5000 liv. du ſien, qui ne ſont rapportables qu'au jour de ſon décès.

XXIV. Outre le rapport de la moitié du capital de ce don lorſque le ſurvivant eſt vraiment donateur de l'autre moitié, il doit rapporter la moitié des intérêts à compter du jour du don ; rapport ſingulier à cauſe de la continuation, & fondé ſur ce que ſi ce don n'eût été fait, le lot des enfans ſe feroit accru par ces intérêts, ſauf la déduction qu'on lui fait ſur ce : en effet, ſur ces intérêts qu'il rapporte, il faut lui déduire le montant de ſes nourritures & entretiens qui étoient charge de la continuation, parce que ceſſant ce don, ces nourritures & entretiens lui auroient été fournis comme aux autres, par la

continuation, & l'auroient par conſéquent d'autant diminué, mais il ne rapporte pas d'intérêts de ce qu'il a reçu de la libéralité du ſurvivant qu'à compter du jour du décès du ſurvivant ; & cette raiſon ou rapport d'intérêts, ne ſe fait qu'entre les enfans, & par la ſubdiviſion qui ſe fait entre eux, ſans que le ſurvivant y puiſſe prendre aucune part.

La propoſition eſt conforme à la rigueur de droit, qu'il ne faut ſuivre que lorſqu'il y a une diſproportion entiere entre le revenu de la dot fournie & le montant des nourritures & entretiens qui auroient été fournis à l'enfant doté, s'il n'avoit pas été établi ; mais dès qu'il y a quelque proportion, l'enfant doté ne fait aucun rapport d'intérêts, que du jour de la diſſolution de la continuation de communauté, ainſi qu'il a été jugé par arrêt du 6 ſeptembre 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 37 ; c'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 479 ; voyez le Maître, pag. 282 ; & le Brun, de la communauté, pag. 569, num. 30 : ſur quoi il faut obſerver que ſi l'enfant doté a été réellement avantagé par le ſurvivant, & que pour la diſproportion on l'oblige de rapporter une totalité d'intérêt, ce rapport n'eſt vraiement réel que pour la moitié revenant aux autres enfans ; car quant à l'autre moitié qui ſeroit pour le ſurvivant, s'il la rapporte d'une main, il la reprend de l'autre.

☞ A l'égard des nourritures & entretiens, Brodeau ſur Louet, let. C, nomb. 30, concilie différens arrêts qui ſemblent contraires, en diſant que la compenſation doit avoir lieu juſqu'à concurrence de la juſte eſtimation des nourritures & entretiens de l'enfant, qui ne doit rapporter les intérêts que de ce qui excéde le montant de la compenſation.

XXV. A l'égard du don fait par les pere & mere conjointement à l'un des enfans, & par conſéquent avant la continuation, cet enfant, lors de la ſubdiviſion du lot des enfans dans la continuation, ne rapporte à la maſſe que la moitié de ce don, l'autre moitié étant rapportable à la ſucceſſion du ſurvivant des pere & mere & tombante ſur lui ; en ce cas l'imputation ne peut ſouffrir aucune difficulté ; la communauté étoit telle dès l'origine de la continuation.

Voyez le Brun, de la communauté, pag. 569 ; Dupleſſis, pag. 481, dit, qu'il s'y gouverneroit de la même façon qu'à l'égard des dons faits par le ſurvivant pendant la continuation ; ce qui revient à la propoſition, puiſqu'en ce dernier cas l'enfant doté ne rapporte dans la ſubdiviſion à faire entre lui & ſes freres & ſœurs, que la moitié de cette dot qui lui eſt imputée lors du partage de la continuation ſur ſa portion en icelle, l'autre moitié n'étant rapportable qu'à la ſucceſſion du ſurvivant ; mais en ce cas l'imputation pour moitié ſur chaque ſucceſſion eſt inconteſtable, n'y ayant plus lieu d'appliquer la préſomption que *nemo in neceſſitatibus præſumitur liberalis* ; l'une ou l'autre ſucceſſion en eſt d'autant diminuée, & les autres enfans ne ſouffrent pas plus par le fait du ſurvivant, que par le fait du prédécédé.

XXVI. Il rapporte pareillement moitié des intérêts de ce don, déduction faite de ſes nourritures & entretiens, & ce à compter du jour du décès du prédécédé des pere & mere, & il fait encore raiſon de l'autre moitié, ſauf la compenſation de ſes nourritures & entretiens ; derniere raiſon qui ne commence à avoir lieu que du jour du décès du ſurvivant, qui ne peut mettre dans la continuation plus qu'il n'a.

Dupleſſis, de la communauté, pag. 431, & à l'égard des intérêts, il n'en fait le rapport que ſuivant la limitation mentionnée & établie ſur la quatrieme propoſition de la précédente ſection.

XXVII. Si le ſurvivant a plus dépenſé pour l'éducation de l'un des enfans que pour les autres, celui-là ne doit pour ce aucun rapport, & cet affranchiſſement eſt ſuite de l'adminiſtration que la loi confie au ſurvivant.

Je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet dans les comptes de communauté continuée ; uſage qui eſt conforme au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 570, num. 6. Juſques-là que les frais de Baccalauréat, comme n'étant ſujets à rapport en ſucceſſion, n'obligent pas l'enfant pour lequel ces frais ont été faits pendant la continuation de communauté, à en faire raiſon à ſes freres & ſœurs ; le Brun, même page 570, num. 73 ce qui fonde la propoſition.

SECTION II.

Du partage de la communauté qui a continué avec un beau-pere ou une belle-mere.

DISTINCTION PREMIERE.

Des opérations préliminaires à ce partage.

XXVIII Chacun des intéreſſés dans cette communauté, préleve le montant de ſes propres fictifs comme dans le cas de la ſection précédente, c'eſt-à-dire, lorſque la communauté n'a continué qu'avec un ſurvivant des pere & mere, c'eſt même droit ; ici toute la différence qu'il y a, c'eſt qu'il peut y avoir triple prélevement à faire.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 3, ch. 3, pag. 472 à la fin ; le Brun, de la communauté, pag. 544, num. 35, & l'on peut appliquer ici ce qui a été dit ſur les prélevemens par la ſection précédente.

XXIX. Cela a lieu même en faveur du beau-pere, ſauf la fraude, comme on le verra par la ſuite, qui peut faire ceſſer ou diminuer ce prélevement en ſa faveur ; chacun pareillement préleve les remplois de ſes propres aliénés, leur prix n'eſt pas celui de la collaboration, ils ne doivent donc pas reſter confondus dans la maſſe, autrement on l'augmenteroit aux dépens des propres qui n'en n'ont pas fait partie.

C'eſt

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la page 472, ci-deſſus citée; & le Brun, de la communauté, pag. 540, num. 23; de-là il s'enſuit que ſi pendant le ſecond mariage, il a été aliéné un immeuble acquis dans le tems intermédiaire, entre la diſſolution du premier mariage & la célébration du ſecond, il en eſt dû remploi; le Brun, même traité, pag. 553, num. 31; & cela ſe pratique ainſi au châtelet, parce que, comme on l'a établi ci-deſſus, tel immeuble ne fait pas partie de la communauté qui continue avec un nouveau conjoint; ſon aliénation doit donc donner lieu à l'action de remploi, & ſans cela on l'avantageroit au préjudice des enfans qu'on n'a pu dépouiller, & l'autre portion qui eſt celle du conjoint qui a convolé, dégéreroit en un avantage indirect envers l'autre, ſi l'on dénioit au premier l'action de remploi.

XXX. Reprenons les clauſes du contrat du ſecond mariage, en faveur du nouveau conjoint; elles n'opérent pas indiſtinctement contre les enfans, comme on l'a établi ci-deſſus: examinons d'abord la clauſe excluſive de dettes; le ſurvivant doit par le partage acquitter ſes enfans de l'effet de la clauſe portée par le contrat de ſon ſecond mariage, que chacun des conjoints payera ſes dettes ſéparément, à moins que par la miſe faite par le nouveau conjoint, ou d'autres clauſes inſérées dans le contrat du ſecond mariage, les enfans n'ayent été dédommagés de cet affranchiſſement des dettes; il y a dans cette aſſociation, à laquelle la coutume aſſujettit les enfans, une équitable balance à conſerver à leur égard.

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 561, num. 5; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la propoſition qui ſuit.

XXXI. En effet, le nouveau conjoint prenant le tiers dans l'actif, devoit naturellement ſupporter le tiers du paſſif, & la ſtipulation contraire ne doit pas nuire aux enfans qui n'y ont pas conſenti, mais militer ſeulement relativement au conjoint qui s'y eſt ſoumis; ce qui fonde l'indemnité qu'il doit pour ce à ſes enfans dans le cas que l'étendue de la miſe faite par le nouveau conjoint ne les dédommageroit pas de la clauſe; & ſi par le défaut de biens dans la ſucceſſion de leur mere qui auroit convolé l'indemnité devenoit inefficace, il ſeroit juſte & conſéquent aux principes de cette matiere de donner aux enfans du premier lit une action directe contre leur beau-pere pour réduire ſes droits de façon que les leurs, par les clauſes d'un contrat qu'ils n'ont pas ſouſcrit, n'en ſouffriſſent pas d'atteinte.

Dupleſſis, traité de la communauté, liv. 3, ch. 3, pag. 471: quant à la ſeconde partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur la balance que l'eſprit de la coutume veut qui ſoit dans une telle aſſociation.

XXXII. Paſſons à la fiction de propre en faveur du ſecond conjoint: ſi le nouveau conjoint n'a pas fait une miſe à peu près égale à celle des enfans, & qu'il ait ſtipulé des deniers ou effets mobiliers propres en ſa faveur, le ſurvivant en ce cas doit acquitter ſes enfans de l'effet d'une telle ſtipulation, ce qui ceſſe lorſque la miſe de ſa part eſt harmonique, quoiqu'elle ne ſoit pas arithmétique; ce qu'on a déja obſervé ſur la formation d'une telle continuation, & qu'il eſt à propos de reprendre en traitant de ſon partage.

Cela a été établi ci-deſſus, ſur la diſtinction 3 de la ſection 4 du huitieme chapitre de ce titre; & cela eſt conforme à l'uſage du châtelet.

XXXIII. L'opération qui eſt à faire pour cela eſt que le ſurvivant des pere & mere doit ſur ſon lot payer à ſes enfans, non le tiers du propre fictif, mais le tiers de la ſomme qu'il auroit fallu ajouter à la miſe du nouveau conjoint, pour la rendre égale à celle des enfans; par-là les choſes rentrent dans l'égalité, & c'eſt à quoi ſe borne cette indemnité, dont la fin eſt d'éviter aux enfans une perte, & non de leur procurer un gain.

On a déja vu cela dans la formation de la continuation, avec un nouveau conjoint: ici l'on voit la conſommation de ces ſortes de clauſes dans le partage qui ſe fait avec lui; répétition que le bon ordre & l'éclairciſſement de chaque matiere rend néceſſaire.

XXXIV. Quant à l'ameubliſſement fait par le contrat du ſecond mariage, ſi le ſurvivant a ameubli un conquêt de la premiere communauté, tel ameubliſſement ne peut nuire aux enfans, parce que la portion que les enfans ont dans ce conquêt de communauté leur eſt propre relativement à la continuation de communauté, ce qui n'empêche pas que tel ameubliſſement n'ait lieu entre les deux conjoints; mais c'eſt entr'eux que ſon effet eſt limité.

Cette qualité de propre eſt établie ci-deſſus, & elle fonde la propoſition par rapport aux enfans, & prouve que tel ameubliſſement ne peut leur nuire.

XXXV. Mais pour ce, le ſurvivant qui a convolé doit indemnité, non à ſes enfans, mais au nouveau conjoint; c'eſt une opération particuliere entr'eux, la miſe relativement à eux devant avoir ſon exécution.

Cela eſt fondé ſur la maxime que les clauſes des contrats de mariage ſont inviolables; voyez la propoſition ſuivante qui éclaircit celle-ci, qui ne s'entend qu'entre les conjoints.

XXXVI. De ce que deſſus il réſulte, que dans un partage de communauté continuée qui eſt à faire avec un beau-pere ou une belle-mere, il faut faire une maſſe ſéparée des conquêts de la premiere communauté, laquelle maſſe ſéparée n'eſt à partager qu'entre le ſurvivant des pere & mere & les enfans, ou leur donner leur moitié dans leur totalité, toute abſtraction faite à leur égard de l'ameubliſſement, ſi aucun avoit été fait

d'un tel conquêt par le ſurvivant, ſauf l'indemnité que le ſurvivant doit à ſon nouveau conjoint, s'il a avec lui ameubli un immeuble de cette qualité, ce qui conſerve les droits de tous les intéreſſés dans la continuation, ſavoir la part des enfans dans ſa totalité, & l'effet de l'ameubliſſement conſenti entre les conjoints.

Pour remplir ces droits, ſi l'immeuble que le ſurvivant avoit ameubli, lui eſt échu en entier par le partage fait avec ſes enfans, il reſte toujours ameubli relativement au nouveau conjoint; s'il ne lui eſt pas reſté, il fait raiſon par la ſuite à ce nouveau conjoint ou à ſes héritiers de l'ameubliſſement, c'eſt-à-dire, de l'effet qu'il auroit produit s'il avoit été conſommé; les opérations poſtérieures au mariage ne pouvant donner la moindre atteinte aux clauſes d'icelui.

XXXVII. Dans cette même maſſe ſéparée des conquêts de communauté dans laquelle le nouveau conjoint ne peut rien prétendre relativement aux enfans, il faut comprendre l'immeuble ameubli par le contrat du premier mariage, ſoit que cet ameubliſſement ait été fait par le ſurvivant des conjoints, ſoit qu'il ait été fait par le prédécédé, l'ameubliſſement l'ayant rendu conquêt & ne pouvant comme tel tomber dans la continuation ni la ſeconde communauté avec un nouveau conjoint qui n'embraſſe que le mobilier extant & les acquêts futurs.

Cette propoſition & la précédente ont été formées ſur ce qui ſe pratique au châtelet, dans les partages de communauté continuée, fondée ſur un principe déja établi, que les conquêts de la premiere communauté ne ſont point partie de la continuation; or tel immeuble ameubli par le contrat du premier mariage eſt vraiment conquêt de premiere communauté.

XXXVIII. Quoique l'ameubliſſement fait par ſurvivant des conjoints qui a convolé, ne puiſſe nuire à ſes enfans, néanmoins les enfans profitent de l'ameubliſſement fait par le nouveau conjoint; c'eſt le ſort qu'il s'eſt fait à lui-même & la balance qu'il a voulu mettre dans la ſociété dans laquelle il entroit; tel ameubliſſement doit donc leur profiter, il tient lieu de miſe mobiliaire.

Cela a été établi ci-deſſus dans ſon ordre; tel ameubliſſement a fait la balance, & les enfans profitent des clauſes du contrat du ſecond mariage, qui leur ſont avantageuſes, mais ne peuvent ſouffrir de celles qui leur ſeroient préjudiciables dans leur exécution, & qui donneroient atteinte aux droits que la coutume leur conſerve, perſonne n'ayant veillé pour eux ſur la rédaction de ce contrat; ce qui fonde la différence entre les unes & les autres clauſes: on a vu ci-devant que les clauſes du contrat du premier mariage, n'opéroient contre les enfans que par rapport aux droits acquis par ce contrat, ou acquis pendant le mariage; mais non pour ceux que le ſurvivant acquiert depuis la mort du prédécédé des conjoints: tous ceux-là ſe confondant dans la continuation de communauté.

DISTINCTION II.

De la diviſion des biens de la communauté, continuée avec un beau-pere ou une belle-mer

(Art. 242 de la coutume.)

XXXIX. Cette maſſe particuliere des conquêts de communauté faite, les prélévemens dont on vient de parler faits pareillement, comme les préalables néceſſaires à un partage de communauté continuée avec un beau-pere ou une belle-mere, le ſurplus des biens de la communauté qui a continué avec un beau-pere ou une belle-mere ſe partage par tiers; c'eſt un tiers pour les enfans, dans la ſuppoſition que le nouveau conjoint n'a pas d'enfans d'un précédent mariage, & un tiers pour chacun des conjoints; telle eſt la portion qui compete à chacun, les enfans ne faiſant tous enſemble qu'un aſſocié pour cette portion; mais il faut diviſer par quart s'il y a enfant de précédent mariage des deux côtés, & étant en continuation de communauté avec le ſurvivant de leur pere & mere.

Dupleſſis, de la communauté, liv. 3, ch. 3, pag. 470; & c'eſt la diſpoſition de l'article indiqué.

XL. Ainſi le convol du ſurvivant des conjoints étant en continuation, affoiblit la part des enfans dans la continuation & la réduit de moitié qu'elle étoit avant au tiers, mais leur donne une même portion dans le mobilier du nouveau conjoint; portion qu'on a examiné ci-deſſus & qui balance cette réduction que ſouffrent les enfans.

Cela a encore été établi dans ſon ordre; voyez la propoſition ſuivante qui fait la balance de cette réduction.

XLI. Mais cette réduction, comme on l'a déja vu ci-deſſus, eſt balancée par le tiers dont les enfans profitent dans la miſe faite par le nouveau conjoint, & par le tiers qu'ils prennent dans le produit de l'induſtrie ou de l'œconomie du nouveau conjoint, ainſi que dans les fruits de ſes immeubles, leſquels en totalité tombent dans la continuation dans laquelle les enfans ont leur tiers.

Cela a encore été établi en examinant quels ſont les biens qui compoſent une telle communauté continuée.

DISTINCTION III.

Des dettes dont les enfans ſont tenus par la part qu'ils ont pris dans la communauté qui a continué avec un beau-pere ou une belle-mere.

XLII. Comme il ſe doit toujours faire une balance du paſſif avec l'actif, ils ne ſont tenus que pour un tiers des dettes d'une telle

communauté continuée, n'ayant qu'un tiers dans l'actif. C'eſt cette portion active qui régle celle dont ils ſont tenus dans les dettes d'une telle continuation de communauté; ils n'en ſeroient tenus que pour un quart, s'il y avoit d'autres enfans dans la même continuation, de même qu'ils n'auroient qu'un quart de l'actif; le même principe qu'on vient de poſer le manifeſte. Il doit dans ce cas ſe faire la même balance que dans le cas précédent.

Voyez la diſtinction 6 de la premiere ſection du treizieme chapitre de ce titre, & cela eſt ſuite de l'article 242 de la coutume.

XLIII. On a vu ci-deſſus qu'ils ne ſont tenus des dettes contractées depuis la continuation que juſqu'à concurrence des biens, parce que leur pere ſurvivant, ni leur beau-pere, ne peuvent donner atteinte à leurs propres relatifs à la continuation de communauté; telle eſt donc quant à ce la limite de leur charge; on examine ici le cas qu'ils ſont en continuation du chef de leur mere prédécédée; car s'ils l'étoient du chef de leur pere, dont ils ſeroient héritiers, ils ſeroient tenus indiſtinctement.

Voyez le Maître, pag. 28, mais il en eſt autrement dans le cas qu'il n'y a pas de convol, & que les enfans ne tiennent à la continuation que du chef de leur pere prédécédé. En ce cas ils ſont tenus indiſtinctement, mais non ſi ils y tenoient du chef de leur mere prédécédée, cette derniere n'ayant été tenue que juſqu'à concurrence de ſon amendement; voyez ci-deſſus la diſtinction 4 de la ſection premiere du préſent ch. 13 de ce titre.

XLIV. Quant à l'action que les créanciers ont contr'eux, ils n'ont la perſonnelle que pour leur part & portion, mais ils ont l'hypothéque pour le tout, s'ils ſont détempteurs de leur gage, le partage qui s'eſt fait d'icelui ne pouvant leur nuire; & cette action hypothécaire pour le tout auroit lieu même pour les dettes contractées depuis le convol, s'ils poſſédoient des conquêts acquis pendant le ſecond mariage, ſauf leur garantie, s'ils payent au-delà de leur portion virile, parce que la diviſion qui ſe fait d'un tel bien ne peut faire perdre aux créanciers un droit qu'ils avoient une fois acquis ſur icelui; mais ils ont recours en ce cas contre chacun des copartagans à proportion de la part virile qu'ils ont pris dans le partage.

Voyez le titre des actions, où il eſt établi que l'hypothéque eſt un droit réel, qui ſuit la choſe dans telles mains qu'elle paſſe, ce qui établit la propoſition, les enfans ne pouvant être ſur ce plus favorables qu'un acquéreur de bonne foi qui eſt ſujet à une telle pourſuite juſqu'il n'y a contre lui que l'action hypothécaire au lieu que contre les autres milite, non-ſeulement cette action, mais même l'action perſonnelle pour leur part civile.

TITRE TREIZIEME.

DU DOUAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

DU MOTIF DU DOUAIRE, DE SON OUVERTURE, ET SI LE DÉFAUT DE PAYEMENT DE DOT EN PRIVE LA VEUVE.

I. DANS cet établiſſement la ſageſſe & la prévoyance de la loi paroiſſent dans tout leur jour, l'induſtrie du mari étant l'ame de la ſociété que la loi établit entre les conjoints, la mort du mari détruiſant cette ſociété, la loi par cet établiſſement, c'eſt-à-dire, par ce préſent ſalutaire & prudent qu'elle fait à la femme & aux enfans, a voulu qu'après cette mort la femme eût la jouiſſance d'une certaine portion des biens de ſon mari, & les enfans, une certaine aſſurance par une portion en propriété de ces mêmes biens, droit ſalutaire, droit favorable qui eſt d'inſtitution du droit françois, & qui dans la perſonne des enfans, eſt une eſpece de légitime dont l'aliénation pendant le mariage eſt prohibée.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 1, pag. 239. Coquille, dit que la dignité de la maiſon du mari eſt repréſentée par la veuve, il a donc fallu lui aſſurer une certaine ſubſiſtance; tel eſt le ſalutaire motif de l'établiſſement du douaire. Quant à ce qu'on a obſervé à la fin de la propoſition, que le douaire eſt d'inſtitution du droit françois, cela eſt atteſté par Pocquet de Livoniere, dans ſes régles du droit françois, ch. du douaire, art. premier, pag. 216; ſur quoi il eſt bon d'obſerver que le premier établiſſement du douaire s'eſt fait en France, ſous le régne de Philippe-Auguſte, que l'empereur Fréderik l'a introduit en Italie, ce qui paroît par le livre deuxieme des conſtitutions ſiciliennes, & que Jean, roi d'Angleterre, ſurnommé Sans-Terre, l'a établi en 1225 pour les provinces de la France que les anglois avoient alors uſurpées, & le réduiſit au tiers, conformément aux loix des bourguignons: voyez le livre

ſecond, *de legibus, Burgundiæ* : ainſi c'eſt droit auſſi ancien que ſalutaire.

II. La loi a porté par-là ſa prévoyance juſqu'aux enfans, en leur aſſurant le fonds de cette jouiſſance comme une derniere table de naufrage ; elle les regarde auſſi favorablement que la veuve, & les enfans s'entendent ici tant du premier que du ſecond degré ; la repréſentation en faveur des petits enfans ayant lieu par rapport au douaire conſtitué par l'ayeul à leur égard, comme elle a lieu pour ſa ſucceſſion.

Le même auteur ; Dupleſſis, à la même page 239 : ainſi par l'acte même qui fait naître l'eſpérance d'enfans, la loi pourvoit à leur ſubſiſtance.

III. C'eſt donc pour aſſurer à la femme & aux enfans une certaine ſubſiſtance, que la loi a établi le douaire ; voilà ſon double motif, il porte avec lui-même ſa faveur ainſi que ſa légitimité ; ce qui influe ſur les petits enfans.

Sa ſource eſt une ordonnance du roi Philippe-Auguſte, de l'an 1214, ſuivant laquelle le douaire des femmes ſe régloit à la moitié de ce que le mari avoit lors du mariage ; la loi nouvelle l'a modéré, & a laiſſé ſur cela la liberté des conventions, & cela ſur le grand principe que le contrat de mariage uniſſant deux familles, doit être ſuſceptible de toute clauſe ; depuis cette ordonnance le douaire a eu lieu de plein droit, mais ſur certains biens ſeulement, avant il ne pouvoit avoir lieu que par la convention : voyez Loyſel du douaire, régle premiere, & Beaumanoir ; Henri II, roi d'Angleterre, s'eſt conformé à la ſageſſe de ces ordonnances, en faiſant une pareille loi pour ſes états ; il a commencé à régner en 1154 : ainſi c'eſt cette premiere loi qui a ſervi de baſe à celle de Jean Sans-Terre, qui n'a commencé à régner qu'en 1199, comme celle de Philippe-Auguſte a ſervi de baſe à celle de 1214.

☞ Sur l'origine du douaire, voyez auſſi Coquille, en ſes inſtitutions du droit françois ; & Chopin, livre 3, *de doman.* titre 4, nomb. 11, où en parlant du douaire, il dit : *dotalitium ſivè vitalitium intelligimus quæ ad viduæ mulieris vitam victumque aſſignantur ; hæc donatis primitus à Germanis dicta eſt* MORGHANBA *ſivè* MORGHANGEBA.

IV. Les enfans, en prenant le douaire, ne ſont aſſujettis à aucun engagement contracté par leur pere, & ſans cela la ſage précaution de la loi deviendroit preſque inutile, ce qui ne s'entend que des engagemens poſtérieurs au mariage, non des antérieurs qu'un engagement volontaire du débiteur ne peut affoiblir.

C'eſt ce que, dit Dumoulin, ſur l'art. 112 de la coutume de Valois : les enfans prennent le douaire, *jure contractûs non jure ſucceſſionis ;* qualité de ce droit qui les affranchit de toutes dettes poſtérieures à icelui, & c'eſt par cet affranchiſſement que la loi eſt parvenue à ſa fin.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 9 août 1670, rapporté dans le dictionnaire des arrêts verb. douaire, lequel a jugé que les créanciers antérieurs en hypothéque au contrat de mariage ſeroient payés avant le douaire ; on donnoit anciennement la préférence au douaire ; voyez Hevin, ſur Frain, pag. 575.

V. Cet établiſſement ſalutaire ne frappe le mari qu'indirectement ; en effet, jamais mari vivant n'a payé douaire, ſon décès ſeul y fait ouverture ; c'eſt ſa condition légale ; cependant ſon établiſſement le gêne beaucoup, mais cet inconvénient eſt moins grand que celui auquel il pare, qui eſt d'empêcher que les enfans ne ſoient dépouillés de cette ſubſiſtance.

La ſéparation ne fait pas ouverture à un demi-douaire ; arrêt du 17 mars 1684, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 6, pag. 23 : ce qui produit le douaire, dit Dupleſſis, traité du douaire, ch. 1, pag. 239, ſont deux extrémités, la célébration de mariage & ſa diſſolution ; preuve de la propoſition que la ſuivante explique ; & le contraire étoit une ſubverſion de la loi.

☞ Autrefois dans les ſéparations volontaires, on adjugeoit à la femme une penſion alimentaire en attendant que ſon douaire eut lieu & cette penſion, qui étoit ordinairement le tiers ou la moitié du douaire, s'appelloit demi-douaire ; mais depuis long-tems on n'en accorde plus, du moins à titre du demi-douaire ; voyez Barbier, dans ſa note ſur Argou, liv. 3, ch. 10.

VI. La mort naturelle du mari y fait donc ſeule ouverture, & cela a lieu tant pour la femme que pour les enfans ; le douaire de ces derniers ne pouvant être autre que celui de la premiere.

Le Maître, pag. 299 ; Dupleſſis, du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248, & tel eſt l'uſage du châtelet.

VII. De-là il s'enſuit que la mort civile du mari n'y fait pas ouverture ; telle mort ne rempliſſant pas l'événement de la condition attachée à cette même ouverture, autrement ce ſeroit aller contre l'intention des contractans contre la convention & contre la loi.

Voyez l'arrêt rapporté par Bouguier, let. M, num. 4 ; Louet, let. C, num. 18 : ce qui a lieu pour tous gains de ſurvie, n'y ayant pas lieu de préſumer, que les parties contractantes ayent entendu que la mort civile y pût faire ouverture, *melius ominandum* ; de Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 40 ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 61, pag. 82, a penſé le contraire ; ſon opinion n'eſt pas ſuivie, & ſi l'équité paroît la ſoutenir, tous les principes y réſiſtent.

VIII. Il s'enſuit pareillement de ces principes, que la penſion qu'on adjuge à une femme, dans le cas que ſon mari eſt mort civilement, eſt une faveur & non un vrai

droit ; on ne peut la regarder autrement ; c'eſt commiſération.

A l'égard de l'augment de dot, la mort civile du mari, même ſon mauvais ménage, y font ouverture ; Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 1 ; mais cette faveur ne doit jamais s'étendre dans le cas de la ſéparation ; de Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 43, pag. 142 : celle de biens n'ayant d'autre motif que la conſervation de la dot de la femme, & celle d'habitation, celui de la mettre à l'abri des ſévices & des mauvais traitemens de ſon mari.

IX. Voyons ſi le défaut du payement de la dot peut donner quelque atteinte au douaire : quoique la femme n'ait pas payé & fourni la dot par elle promiſe à ſon mari, ce défaut de payement ne fait aucun obſtacle au douaire, ces deux engagemens étant indépendans l'un de l'autre, ſi le contraire n'eſt exprimé dans le contrat de mariage ; autrement ce ſeroit y ajouter, ce qu'on ne peut pas faire.

La note de Dumoulin, ſur l'art. 190 de la coutume de Blois, eſt contraire, *niſi dotem promiſerit & fefellerit*, dit-il, mais cela n'eſt pas ſuivi ; de Renuſſon, du douaire, ch. 12, num. 3, & tel eſt l'uſage du châtelet ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

X. En effet, le défaut de payement de dot, n'affoiblit pas le motif que la loi a eu, dans l'établiſſement qu'elle a fait du douaire en faveur de la femme ; le défaut de l'un ne doit donc pas donner atteinte à l'autre, c'eſt droit légal qui doit avoir ſon exécution indépendemment d'un événement qui lui eſt étranger.

Je l'ai entendu ainſi décider au châtelet par de très-habiles avocats ; c'eſt auſſi le ſentiment de Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 94, pag. 84 ; mais il le limite au cas que la femme ne ſe ſoit pas dotée elle-même ; limitation que je n'adopte pas indiſtinctement, comme il ſemble que Bacquet la préſente ; mais en ce cas les héritiers du mari peuvent balancer & compenſer, mais juſqu'à concurrence, l'action dont ils ſont tenus pour raiſon du douaire avec celle dont la veuve eſt tenue pour raiſon de la dot envers la communauté ou ſucceſſion de ſon mari ; voilà tout le droit de ces héritiers.

CHAPITRE SECOND.

COMMENT ET QUAND LE DOUAIRE EST ACQUIS A LA FEMME.

[Art. 247 de la coutume.]

I. De ce que ce droit eſt légal, comme on vient de le voir, il s'enſuit que la femme acquiert le droit de douaire par la ſeule célébration du mariage, elle ſeule ſuffit pour l'en ſaiſir ; c'eſt l'effet du ſacrement & non celui de la nature : diſpoſition de notre coutume par laquelle l'équité & les bienſéances ſont bien mieux conſervés que dans la coutume de Normandie.

Ce droit lui eſt acquis indépendemment de la conſommation d'icelui, ce qui prouve la propoſition ; voyez l'arrêt rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, pag. 361, & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 247 de la coutume ; voyez Mornac, *ad legem 6 de ritu nuptiarum* ; Loiſel, du douaire, chap. 2, & ſur la derniere partie de la propoſition, l'art. 367 de la coutume de Normandie, qui dit que la femme gagne ſon douaire au coucher.

☞ La coutume de Normandie n'eſt pas la ſeule qui diſe que la femme gagne ſon douaire au coucher ; celle de Chartres & celle de Bretagne contiennent la même diſpoſition ; la premiere, art. 52, dit que le douaire s'acquiert dès la premiere nuit que la femme a couché avec ſon mari ; & la ſeconde, art. 50, dit que la femme gagne ſon douaire, ayant mis le pied au lit après être épouſée avec ſon ſeigneur & mari ; mais la coutume de Paris & les autres, qui le font dépendre de la ſeule bénédiction nuptiale, ſont bien plus conformes à la dignité du ſacrement.

II. De-là il s'enſuit, que ce droit lui eſt acquis, nonobſtant le défaut de mention d'icelui par le contrat de mariage, c'eſt-à-dire, indépendemment de toute convention, pourvu qu'il n'y en ait pas de contraire, le douaire étant un droit légal : ce droit étant fondé ſur les ordonnances dont on a renfermé les diſpoſitions dans la coutume ; ce qui s'entend d'un douaire coutumier.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 2, num. 2 ; & tel eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur le texte même de la coutume.

☞ Le douaire n'eſt pas une ſuite néceſſaire du mariage, & il peut être valablement ſtipulé dans le contrat, que la femme n'en aura aucun, ſoit coutumier, ſoit préfix ; tel eſt le ſentiment de le Bret, de Coquille, de Ricard, de le Brun & de preſque tous les auteurs, & Dupleſſis eſt peut-être le ſeul qui ait penſé le contraire.

III. Mais l'exiſtence du mari, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, en met l'ouverture en ſuſpend ; cette ouverture ne ſe faiſant que par ſa mort naturelle ; ainſi deux extrêmes produiſent le douaire, la célébration du mariage & ſa diſſolution.

Dupleſſis, pag. 239, & c'eſt une régle du droit françois, que jamais mari vivant n'a payé douaire.

CHAPITRE TROISIEME.

SI DANS LE CAS DE LA NULLITÉ DU MARIAGE IL Y A DOUAIRE EN FAVEUR DE LA FEMME.

I. LES mariages nuls, quant aux effets civils, ne produiſent aucun douaire en faveur de la femme, le douaire eſt un effet civil du mariage; ainſi où il n'y a nullité de mariage il ne peut y avoir de douaire, ſauf l'exception ci-après.

Comme il eſt ſuite du mariage, il ne peut y avoir de douaire où il n'y a pas de mariage, ſi ce n'eſt dans les cas exceptés & qu'on expliquera dans la ſuite; exceptions qui confirment la régle générale atteſtée par Renuſſon, en ſon traité du douaire, & confirmée par les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art. 22 & ſuivans.

II. La nullité du mariage détruit non-ſeulement le douaire légal, mais encore le douaire conventionnel; ce dernier comme l'autre étant attaché à la condition d'un mariage, d'où il réſulte que ſans icelui il ne peut pas plus ſubſiſter que le légal ou coutumier; ainſi lorſque le mariage eſt nul, la convention ſur le douaire l'eſt pareillement.

Voyez dans le livre 1 le titre des mariages nuls, quant aux effets civils, où cela eſt établi; en effet, la ſtipulation du douaire renferme légalement la condition du mariage, & d'un mariage légitimement contracté, ſans lequel par conſéquent il ne peut avoir lieu, puiſque formant un engagement conditionnel, cet engagement ne peut avoir lieu que par l'accompliſſement de la condition qui y a été attachée.

III. De-là il s'enſuit que le mariage avec un impubere, lorſqu'il y a eu diſſolution, avant la puberté, ne peut produire douaire; la nullité de l'un entraînant l'anéantiſſement de l'autre: c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente, ſauf la faveur de certains cas qui ne permet pas d'appliquer cette régle générale.

De Renuſſon, du douaire, ch. 2, num. 7 & 8; le Maître, tit. 11, ch. 1, pag. 288, & la note qui y a été ajoutée; ce principe reçoit cependant des exceptions qu'on va expliquer.

IV. Il y a des cas ſi favorables, qu'ils font plier la rigueur de la régle, & dans leſquels on fait ſubſiſter le douaire, nonobſtant la nullité du mariage, par exemple, ſi le mariage eſt nul quant aux effets civils par clandeſtinité, ou comme ayant été fait à l'extrémité de la vie, on accorde nonobſtant cette nullité, aux enfans nés de tels mariages, non le fonds du douaire, ou légal, ou convenu; mais une certaine ſubſiſtance ſur les biens de leur pere, & ce en propriété; mais c'eſt plus commiſération que vrai droit, ce qui conſerve la pureté de la régle par rapport au douaire qu'on ne fait valider qu'en partie & ſuivant les circonſtances en faveur des enfans.

Cela a été ainſi jugé par pluſieurs arrêts: voyez le titre des mariages, & ſur celui des ſucceſſions le chapitre des incapables de ſuccéder, où cela eſt établi, on y verra que c'eſt commiſération.

V. Mais cette commiſération a ſa racine dans le droit; ce tempérament eſt fondé ſur ce qu'on accorde des alimens aux bâtards, parce que la vengeance que la juſtice tire des crimes ou de la contravention à la diſpoſition de la loi, eſt toujours tempérée par la charité; il eſt donc non-ſeulement équitable, mais même juridique, d'accorder une certaine ſubſiſtance à de tels enfans; & c'eſt par ces principes que le douaire milite en partie à leur profit.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, plaidant Macé & Chevalier, & la raiſon contenue dans la propoſition, fut la baſe principale du jugement.

VI. Le mariage étant déclaré nul par l'impuiſſance du mari, & ſur la pourſuite de la femme, la femme ne peut prétendre de douaire, ſauf ſes dommages & intérêts; dans la liquidation deſquels on doit avoir égard à ſon douaire.

Mais les dommages & intérêts auxquels cette impuiſſance donne lieu, l'en doivent dédommager; ainſi en ce cas ce n'eſt plus qu'un changement de nom: ſur le ſilence de la femme, voyez la propoſition qui ſuit.

VII. Mais ſi la femme n'avoit point agi à l'occaſion de cette impuiſſance & qu'elle eut tu à la juſtice l'état de ſon mari, en ce cas le douaire lui eſt dû, & les héritiers du mari ne ſont pas recevables à le lui conteſter, ſous prétexte de l'impuiſſance; en effet, elle l'a acquis par la célébration, comme on l'a vu ci-deſſus, & ſon ſilence qu'on ne peut que louer la confirme dans le droit d'icelui.

Voyez l'art. 56 de la coutume de Bretagne; de Renuſſon, du douaire, ch. 2, num. 9; le Maître, pag. 300; Dupleſſis, pag. 239; & la neuvieme partie du journal du palais.

CHAPITRE QUATRIEME.

SI LA FEMME DE L'ÉTRANGER A DOUAIRE SUR LES BIENS ÉTANT EN FRANCE.

I. IL faut pour ce, diſtinguer le douaire légal & coutumier d'avec le douaire préfix, & ſi l'étranger s'eſt marié en France, ou s'il s'eſt marié en pays étranger ; examinons cette diſtinction, ainſi que celle qu'il faut faire ſi ſa femme eſt françoiſe : ſi l'étranger s'eſt marié en France avec une étrangere, ſa femme ne peut avoir que le douaire préfix & conventionnel, & non le coutumier, ne pouvant participer au bénéfice de la loi de la nation ; mais s'il eſt marié en France avec une françoiſe, ſa femme a douaire ſur les biens qui ſont en France, même douaire coutumier au défaut d'un douaire conventionnel ; la qualité de ſon mari ne pouvant lui nuire relativement à un acte entre-vifs & à un droit que la loi lui donne, loi qu'elle peut invoquer dès qu'elle eſt françoiſe.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 2, num. 12, pag. 15 ; le Maître, pag. 228, eſt d'avis contraire, ce qui ne peut s'entendre que lorſque la femme eſt étrangere, ce qu'il explique ainſi à la page ſuivante, & qu'elle prétend jouir du douaire coutumier ; douaire qu'elle ne peut avoir, les étrangers ne pouvant invoquer la loi civile de la nation.

II. Le douaire conventionnel appartient à la femme, ſi elle eſt françoiſe, ſi elle en a ſtipulé un en ſa faveur, & même quand ils ſeroient tous deux étrangers, un tel douaire auroit lieu en vertu de la convention, quoique le légal n'eût pas eu lieu, & ce qui fait valider le premier : c'eſt que les contrats faits par l'étranger en France ont leur exécution ſur les biens qu'il a en France : on parle du mariage contracté en France ; ce qui eſt inconteſtable, puiſque cela a même lieu dans le cas que le mariage a été contracté en pays étranger ; c'eſt convention dont l'exécution eſt du droit des gens.

De Renuſſon, au même chapitre, num. 11 ; il en eſt autrement, comme on le va voir, par rapport au douaire légal coutumier ; il faut pour ce, capacité que l'étranger n'a pas.

III. La veuve de l'étranger a dans ce même cas, du mariage contracté en France, le douaire coutumier au défaut du conventionnel, ſi elle eſt françoiſe ; mais non ſi elle eſt étrangere, parce que ce dernier eſt un contrat tacite que la loi fait au défaut de l'exprès ; loi que ſa qualité de françoiſe lui permet d'invoquer, mais que la veuve étrangere ne peut faire valoir.

Il faut pour cela que la femme ſoit françoiſe, parce qu'il ne ſeroit pas juſte que la qualité de ſon mari la privât des droits que les loix de ſon pays donnent aux femmes ; mais s'ils étoient tous deux étrangers, elle n'a de douaire, qu'autant qu'il eſt convenu, parce qu'il n'y a que les françois, qui puiſſent participer au droit municipal, *quod quiſque populus ipſe ſibi jus conſtituit id ipſius proprium civitatis eſt.* Inſt. *de jure nat. gent. & civil.* mais la convention ſuffit entre étrangers pour fonder le conventionnel ; l'étranger ayant capacité pour tout acte entre-vifs ; & à plus forte raiſon, pour un contrat de mariage, qui eſt le plus favorable de tous ; & encore une fois, dès qu'il y a une convention ; c'eſt le droit des gens qui en aſſure l'exécution.

IV. De ce que deſſus, il réſulte que ſi l'étranger a été marié en pays étranger, en ce cas la femme, fut-elle même françoiſe, n'a ſur les biens ſitués en France, que le douaire conventionnel, ſi tel douaire lui a été accordé ; l'engagemement de l'étranger produiſant ſon effet ſur les biens qu'il a en France, & en ce cas, elle n'a pas le légal, quoique françoiſe, parce que s'étant mariée en pays étranger, il n'y a plus lieu de préſumer que ces conjoints ont tacitement contracté ſuivant les loix de France, qui leur étoient lors de leur mariage abſolument étrangeres, ſauf l'exception qui ſuit, mais qui naît tacitement de la convention ; ainſi en ce cas la femme même françoiſe, n'a pas le douaire légal & coutumier.

Comment l'auroit-elle en ce cas ? lorſqu'elle ne peut plus faire valoir la préſomption, qui ſeule pourroit fonder ſon droit ; le lieu de la célébration du mariage les fait regarder comme étrangers, nonobſtant la qualité de la femme ſur laquelle elle ne peut fonder une juſte préſomption de ſoumiſſion aux loix de France, de la part de ſon mari, que lorſque le mariage a été célébré en France.

V. Cependant dans ce même cas du mariage de l'étranger, en pays étranger, ſi l'étranger, par une convention portée par le contrat de ſon mariage, avoit accordé à ſa femme le douaire légal uſité dans le lieu dans lequel il a contracté mariage ; en ce cas, la femme auroit par la force de la convention, mais non par la diſpoſition de la loi de France, qu'elle ne peut invoquer, le douaire coutumier ſur les biens de France, comme déterminant l'effet & l'étendue de la convention, & comme ſuite d'icelle & non comme l'effet de la loi ; ainſi en ce cas on ne lui accorde le douaire coutumier que comme lui appartenant en vertu de la convention.

Les conventions qui ne ſont pas contraires aux bonnes mœurs, ſont du droit des gens, elles ſe

peuvent faire par toutes ſortes de perſonnes, & elles ſont obligatoires en quelque lieu que les perſonnes qui les font ſoient demeurans : de Renuſſon, traité du douaire, ch. 2, num. 12, pag. 14 & 15 ; ce qui fonde la propoſition ſur l'effet qu'on donne à une telle convention.

VI. Ceſſant cette conventoin, la veuve d'un étranger, mais elle-même étrangere, la veuve même françoiſe, mais qui auroit été mariée en pays étranger avec un étranger n'auroient rien à prétendre ſur les biens de France à titre de douaire coutumier ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, puiſqu'en ce cas elle ne peut invoquer la coutume, ni faire valoir aucune convention, en conſéquence de laquelle elle puiſſe prétendre le douaire coutumier.

Voyez les trois propoſitions précédentes, elles fondent celle-ci.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES CONVENTIONS LICITES SUR LE DOUAIRE.

SECTION PREMIERE.

QU'ON PEUT PAR CONVENTION DIMINUER LE DOUAIRE LÉGAL, MEME STIPULER QUE LA FEMME N'EN AURA AUCUN.

I. LA loi a établi le douaire, pour remédier au défaut de prévoyance de l'homme & non pour le gêner ; ainſi les futurs conjoints peuvent y déroger : dérogation dont on va examiner les ſuites & les effets ; mais voilà d'abord un premier principe fondé ſur la nature d'un contrat de mariage.

Voyez les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci qui eſt générale, & qui réſulte même des ordonnances, qui, en établiſſant un douaire légal, n'ont pas gêné les conventions ſur le droit ni les dérogations à ſon étendue.

II. Non-ſeulement, ils peuvent déroger au douaire, mais toute convention ſur le douaire eſt licite ; c'eſt ſuite de la maxime que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe, pourvu que les clauſes ne ſoient pas contraires aux loix prohibitives & aux bonnes mœurs.

La propoſition eſt regardée au châtelet, comme inconteſtable ; quelques auteurs ont penſé le contraire & ſoutenu que l'entiere dérogation au douaire, étoit illicite ; opinion qui me paroît peu raiſonnable, elle heurte de front la régle que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes ; régle ſalutaire, puiſqu'on ne peut trop faciliter les mariages & les multiplier.

III. La convention ſur le douaire doit être portée par le contrat de mariage ; toute convention ſur icelui, depuis la célébration du mariage ſeroit nulle, comme dégénérant en un avantage fait dans un tems prohibé & dans lequel il y a incapacité ou de faire avantage, ou de détruire celui qui eſt fait ; prohibition qui fonde la propoſition : de-là il s'enſuit, que par une telle convention, c'eſt-à-dire, celle portée par le contrat de mariage, on peut diminuer & affoiblir le douaire légal & coutumier ; cela eſt ſuite de la faculté qu'on vient d'établir, & la coutume de Normandie, nonobſtant ſes impérieuſes diſpoſitions ſur le douaire, adopte cette réduction qui conduit à l'établiſſement de la licence d'une dérogation totale.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 2, ſection 2, pag. 243 ; & c'eſt droit commun. Voyez l'article 34 de la coutume de Normandie.

IV. On peut ſtipuler que le douaire coutumier, ſera réduit à un quart, à moitié, & tel douaire eſt plus conventionnel que légal ; il a ſon exécution ſuivant la réduction, comme convention licite, qui comme telle doit avoir ſon exécution ; & comme les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, la faculté à ce ſujet s'étend encore plus loin ; car on peut ſtipuler que la femme n'aura aucun douaire : ce qui eſt valable, parce que cette convention n'eſt pas contraire, ni aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives, ce qui influe même ſur les enfans, comme on va le voir ; cela eſt rigoureux à la vérité, à leur égard ; mais c'eſt ſuite inévitable du principe dont l'explication fait la matiere de la ſection qui ſuit.

Tel eſt le ſentiment de Coquille, queſt. 130 ; de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 4, num. 2, pag. 102 ; de le Brun, des ſucceſſions, pag. 283 ; voyez le Maître, pag. 289 ; Dupleſſis, pag. 139, rejette une telle convention. C'eſt une opinion ſinguliere, puiſqu'il eſt de principe que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux bonnes mœurs & aux loix prohibitives ; mais il faut obſerver que la renonciation faite par la femme par ſon contrat de mariage, à prendre part dans les biens de ſon mari, & à tout droit de communauté, n'emporte

n'emporte pas déſiſtement & privation de douaire, qui exige une ſtipulation expreſſe ; c'eſt un droit légal & favorable, qui ne peut ceſſer que par une telle convention. Arrêt du 2 mars 1641, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 31 ; de même la donation de tous biens, faite par le mari à la femme, n'emporte pas dérogation au douaire légal, par rapport aux enfans, ſuivant l'arrêt du 18 décembre 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 16 : ce même arrêt eſt rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 269 ; ce qui eſt tout enſemble, & très-juridique & très-judicieux, & une vraie ſuite de la ſage prévoyance de la loi, qui ne peut ceſſer de produire effet, que par une dérogation qui ſoit formelle.

SECTION II.

Que la diminution, même le retranchement de tout douaire conſenti par la femme, influe ſur les enfans ; mais qu'on peut ſtipuler, qu'en cas d'enfant, le douaire ſera différent.

V. Le douaire de la femme eſt toujours celui des enfans, ſauf l'exception ; les propoſitions ſuivantes vérifieront celle ci qui eſt générale : de-là il s'enſuit, que s'il a été convenu par le contrat de mariage, que le douaire coutumier ſeroit réduit à moitié, les enfans nés de ce mariage, ne peuvent prétendre que moitié du douaire coutumier ; c'eſt la loi du mariage, elle doit avoir ſa pleine exécution à leur égard, comme à l'égard de la veuve.

Mais la donation univerſelle, faite au profit de la femme, comme on l'a déja remarqué, ne prive pas les enfans du douaire coutumier, s'il n'y en a convention expreſſe ; le Maître, tit. 11, pag. 325 ; ce qui a été jugé par l'arrêt cité ſur la derniere propoſition de la ſection précédente, & ce qu'il convient de reprendre ici ; voyez Dupleſſis, page 245.

VI. Il y a plus, ſi la femme a conſenti qu'elle n'auroit point de douaire, les enfans n'en ont aucun à prendre ; c'eſt encore une fois, la loi du mariage qui les a fait naître, cette loi les aſſujettit, & ils ne peuvent s'y ſouſtraire.

Ce qui a lieu par rapport aux enfans, même pour le douaire coutumier, lorſqu'il y a dérogation, quant à ce à la loi, & excluſion expreſſe de tout douaire ; de Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 10, pag. 126 ; mais on peut ſtipuler que l'exiſtence d'enfans augmentera ou diminuera le douaire, comme on va l'expliquer par la propoſition qui ſuit : tout cela eſt ſuite de la maxime que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de clauſes, pourvu que ces clauſes ne ſoient contraires aux diſpoſitions prohibitives & négatives.

VII. Par ce principe que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, on peut ſtipuler, que le douaire ſera d'une certaine ſomme ou rente, s'il y a enfant, & d'une ſomme ou rente plus forte ou plus foible, s'il n'y a pas d'enfant ; & telle clauſe a ſon exécution ; par le même principe, on peut ſtipuler qu'il n'y aura qu'un certain bien qui y ſera ſujet ; telles clauſes ſont ſuivies, celle-ci eſt prudente, & un mari bien conſeillé ne doit jamais manquer de le ſtipuler.

Toute la ſection ſert de preuve à la propoſition, ainſi que l'uſage ; voyez Renuſſon, au chapitre qu'on vient de citer.

SECTION III.

Du droit accordé à la femme, de choiſir le douaire coutumier, ou un certain douaire conventionnel ; qu'ayant fait ce choix, elle ne peut plus varier, & qu'il influe ſur les enfans.

(Art. 261 de la coutume.)

VIII. La femme n'a pas le droit de choiſir entre le douaire coutumier, & le conventionnel ſtipulé par le contrat de mariage, ſi ce droit ne lui eſt accordé expreſſément par le contrat de mariage, l'un eſt dérogation à l'autre ; ainſi la ſtipulation d'un douaire conventionnel emporte l'excluſion du coutumier ; c'eſt au premier qu'il faut ſe tenir, la proviſion de l'homme faiſant ceſſer celle de la loi, & la premiere emportant dérogation à l'autre, c'eſt le ſens naturel d'une telle ſtipulation.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 2, ſect. 2, pag. 244 ; le Maître, pag. 306, & cette excluſion de choix a lieu, même contre les enfans ; le même auteur, Dupleſſis, au même endroit ; ſur quoi il dit, je tiens que Carondas a rêvé dans ſa citation, il avoit penſé le contraire ; c'eſt exprimer fortement une exacte vérité qui ſe puiſe dans l'article 261 de la coutume.

IX. La femme qui a droit de choiſir, entre le douaire légal & un certain douaire conventionnel, ayant fait choix, ne peut plus varier, ce choix ayant conſommé ſon droit ; il y a plus, ce choix influe même ſur les enfans, comme on le va voir, car le douaire de la veuve eſt celui des enfans.

Dupleſſis, pag. 245 ; le Maître, pag. 306 ; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 4, num. 13, pag. 102 ; juſques-là même, que la veuve mineure ne ſeroit pas reſtituable, il en rapporte arrêt, au nombre ſuivant ; ce qui ne me paroît pas être ſans difficulté, la léſion ouvrant toujours la voie de la reſtitution en faveur du mineur.

☞ L'arrêt rapporté par de Renuſſon, l'eſt auſſi par Auzannet, en ſes mémoires, ſur l'art. 261 de la coutume ; il paroît fondé ſur ce que la femme a ſon douaire en quelque ſorte à titre lucratif, de maniere qu'on ne peut pas dire qu'elle ait été lézée lorſqu'elle a fait ſon option, & qu'elle a uſé de la faculté portée par ſon contrat de mariage, d'opter le douaire préfix ou coutumier.

X. De la derniere partie de la propoſition précédente, il s'enſuit, que le douaire qu'elle a choiſi eſt celui des enfans, qui ne peuvent aller contre ſon choix, celui de l'une étant toujours celui des autres.

Ricard, Auzanet, ſur l'art. 249 de la coutume; le Brun, des ſucceſſions, pag. 303, num 14; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, addition au num. 75, pag. 88; le Maitre, pag. 323; & la propoſition qui ſuit, confirme celle-ci, qui eſt de droit commun.

XI. Cela eſt fondé, ſur ce que le fonds du douaire qui appartient aux enfans, eſt toujours celui du douaire de leur mere, & que c'eſt la loi du mariage qui les a fait naître, qui a autoriſé leur mere à déterminer entre l'un & l'autre douaire, & ce, tant pour elle que pour eux: ainſi lorſqu'il y a douaire préfix ſans avoir laiſſé à la femme le choix du douaire coutumier, les enfans ne peuvent prétendre le coutumier, encore qu'ils euſſent été ſaiſis directement du douaire par le décès de leur mere avant leur pere, autrement ce ſeroit admettre deux douaires réſultant d'un même contrat, ce qui ſeroit abſolument contraire à l'eſprit de la coutume.

Autrement, dit Dupleſſis, pag. 245; ce ſeroit admettre les enfans à débattre le titre de leur droit & de leur être; il y a cependant un cas, dans lequel le douaire des enfans peut être différent de celui de leur mere, c'eſt lorſque le mari a ameubli un propre, & que la femme a accepté la communauté, elle ne peut avoir douaire coutumier ſur cet héritage, mais les enfans l'ont ſur icelui, en renonçant à l'une ou à l'autre ſucceſſion; le Brun, des ſucceſſions, pag. 304, num. 20; ce qui me paroît très-analogue & une juſte exception, le douaire étant une derniere table de naufrage pour les enfans, & qui doit être comme tel regardé favorablement; & par conſéquent, influe ſur tous les biens que la coutume y rend ſujets en faveur des enfans: quant à la derniere partie de la propoſition. Carondas rapporte un arrêt contraire qu'il date du 27 juillet 1555; mais je doute fort que cet arrêt ait exiſté, car le droit d'option n'étant donné qu'à la femme, comment les enfans l'auroient-ils lorſque la premiere l'a conſommé?

XII. Si la femme étoit morte ſans avoir conſommé ce choix, le droit de choiſir paſſeroit aux enfans; ce droit en ce cas, n'étant pas encore conſommé, & chacun d'eux l'exerce à ſon gré, puiſque chacun d'eux en eſt ſaiſi pour ſa portion.

Si les enfans ont ce droit de choix, en ce cas, chacun d'eux peut prendre le parti qu'il juge à propos; & s'ils ne ſont pas unanimes dans leur choix, cela peut conduire à des eſtimations, à des ventilations; Dupleſſis, du douaire, pag. 245; le Brun, des ſucceſſions, pag. 303; le Maître, tit. 11, pag. 323 & 324: mais ſans ventilation, ceux qui ont choiſi le préfix prennent leur portion virile dans icelui, & ceux qui ont choiſi le coutumier, y prennent une pareille portion; ce qui conſomme le tout.

XIII. En effet, ce choix n'étant pas conſommé, il paſſe de plein droit dans la perſonne des ſucceſſeurs, qui peuvent & doivent le conſommer; il doit donc en ce cas paſſer aux enfans, entre leſquels il ſe diviſe de plein droit; ce qui eſt ſi conſtant à l'égard des enfans, que dans ce cas, ce droit d'option paſſeroit même aux héritiers collatéraux de la femme, parce que ce droit n'étant pas conſommé feroit partie de ſa ſucceſſion.

Dupleſſis, pag. 245, donne même ce droit, en ce cas aux héritiers collatéraux de l'enfant, & il ſe détermine entr'eux, par le *quid utilius*; le Maître, pag. 325, ce qui s'entend, lorſque les enfans ne l'ont pas conſommé; car ſi l'enfant l'avoit conſommé, il faudroit prendre la ſucceſſion dans l'état qu'elle ſe ſeroit trouvée au moment de ſon ouverture. Quant à la deuxieme partie de la propoſition que le droit d'option paſſe aux collatéraux de la femme lorſqu'elle ne l'a pas conſommé, il y a un ancien arrêt de 1551, qui a jugé qu'une veuve mourant ſans enfans, & ayant droit de choiſir entre un douaire préfix ſans retour, & le douaire coutumier, ſes héritiers collatéraux par le défaut de choix de la part de la veuve, pourroient prendre le douaire préfix ſans retour.

SECTION IV.

De la ſtipulation d'un douaire ſans retour & de ſon effet, à l'égard des enfans & des créanciers.

(Art. 263 de la coutume.)

XIV. La ſtipulation d'un douaire ſans retour, eſt licite en faveur de la femme; c'eſt une véritable donation faite ſous le nom de douaire; elle doit donc avoir ſon exécution, mais il faut pour cela qu'elle ſoit expreſſe, & quoiqu'expreſſe elle ne peut nuire aux enfans lorſqu'ils ſont douairiers.

Le douaire d'une ſomme à une fois payer, n'eſt point cenſé ſans retour, s'il n'a été expreſſément ſtipulé tel. Arrêt du 20 février 1680, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 6. Voyez le Maître, p. 308; mais cela ne peut avoir lieu, ou du moins ne peut intéreſſer que les enfans & les créanciers & non les collatéraux, puiſqu'ils ne peuvent avoir le fonds du douaire, tel qu'il ſoit, qu'en qualité d'héritiers: qualité qui les aſſujettit envers les créanciers au payement des dettes; mais en qualité d'héritiers, ils profitent de cette ſomme qui leur retourne, comme des autres biens.

XV. La ſtipulation ſans retour, devient inutile, s'il y a des enfans douairiers, leur ſurvenance anéantiſſant l'effet d'une telle ſtipulation, parce qu'ils ont été l'objet de la loi dans l'établiſſement qu'elle a fait du douaire; mais ceſſant l'exiſtence d'enfant, la ſtipulation d'un douaire ſans retour, eſt autoriſée par la coutume, & pour l'anéantir il faut que les enfans ſoient douairiers.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 49, pag. 76; & Dupleſſis, traité du douaire, pag. 247, limitent cette propoſition dans le cas que les

enfans ont renoncé à la succession de leur pere, & sont douairiers ; de Renusson dit à peu près la même chose, ch. 5, num. 17. J'ai vu avant l'ordonnance de 1731, pratiquer au châtelet, que la seule existence d'enfant né du mariage, lors de la mort du pere, effaçoit la stipulation sans retour, & c'est à ce parti que de Renusson s'arrête : en effet, c'est donation, sur quoi il faut voir l'ordonnance de 1731, & le titre des donations ci-après. Quant à la derniere partie de la proposition, elle est fondée sur l'art. 263 de la coutume, qui ordonnant le retour du fonds du douaire, met à ce retour cette limitation, s'il n'y a contrat à ce contraire ; mais il faut observer que la nullité de la stipulation d'un douaire sans retour, prise généralement & indistinctement par l'existence d'enfant, étoit principalement fondée sur ce que c'étoit donation que la survivance d'enfant révoquoit : or, comme par la derniere ordonnance, cette survenance ne révoque pas la donation particuliere, faite pas contrat de mariage par l'un des conjoints à l'autre, & qu'au contraire, l'enfant héritier est obligé de la payer au donataire ; de-là il faut conclure que la stipulation du douaire sans retour doit militer, nonobstant l'existence d'enfant lorsqu'ils sont héritiers de leur pere, & qu'il n'y a lieu à la renonciation que lorsqu'ils sont douairiers ; Auzanet admet la révocation indistinctement ; il n'est pas suivi.

XVI. En ce cas d'existence d'enfans douairiers, la veuve est réduite à la simple jouissance de ce douaire, quoique stipulé sans retour, & le fonds en appartient aux enfans ; c'est l'effet de l'anéantissement d'une telle clause & l'esprit de la loi, qui, dans l'établissement du douaire, a voulu pourvoir aux enfans, comme à la femme : leur existence doit donc & de droit produire cet effet, si ils sont douairiers, mais non, si ils sont héritiers.

Bacquet, des droits de justice, ch. 15, num. 46, pag. 75 ; & tel est le droit commun, fondé sur les autorités rapportées sur les deux propositions précédentes.

XVII. Du même principe, qu'un douaire sans retour est une donation, principalement lorsqu'il excéde de beaucoup le coutumier, il paroît s'ensuivre qu'il ne peut valoir comme tel, & avoir son effet, relativement aux créanciers, que lorsqu'il est insinué ; & je le pense ainsi : car en ce cas, c'est vraie donation ; mais le défaut d'insinuation ne peut être opposé par les héritiers du mari, c'est convention à leurs égards ; & quant aux autres, ils ne sont fondés à objecter le défaut d'insinuation, que lorsqu'il est visible qu'on a voulu faire fraude à leurs créances.

De Renusson, en son traité du douaire, ch. 4, num. 5, pag. 96, dit qu'en ce cas, pour ne rien négliger pour la sûreté de la femme, on doit insinuer le contrat, parce qu'un tel douaire, qui dépouille les créanciers d'une partie considérable des biens de leur débiteur, ne peut être considéré comme simple convention matrimoniale ; mais il observe que cette question n'a pas encore été jugée par aucun arrêt : je crois que si elle se présentoit, le défaut d'insinuation vicieroit la clause sans retour, quant aux créanciers, mais seulement dans le cas contenu dans la proposition.

☞ Sur la premiere partie de la proposition, voyez l'annotateur de Renusson, en son traité du douaire, ch. 4, nomb. 5 ; il pense que le douaire préfix n'est sujet à insinuation dans aucuns cas, fondé sur ce que par la déclaration du 25 juin 1729, & par l'article 21 de l'édit de 1731, tous les dons mobiles, augmens, contre-augmens, gains de nôces & de survies dans les pays où ils sont en usage, en ont été dispensés ; d'où il semble résulter que le douaire n'est pas sujet à l'insinuation, même relativement aux créanciers.

CHAPITRE SIXIEME.

DU DOUAIRE COUTUMIER.

(Article 248 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU DOUAIRE COUTUMIER D'UNE PREMIERE FEMME.

DISTINCTION PREMIERE.

Des biens qui y ſont ſujets & de la portion d'iceux qu'il embraſſe.

I. CE douaire a lieu de plein droit, comme on l'a déja vu, c'eſt la coutume qui l'aſſure à la veuve & aux enfans ; c'eſt aſſurance légale, tant pour l'une que pour les autres, pour la premiere en uſufruit & pour les autres en propriété ; ce qu'on va développer.

Pour en priver la veuve à qui la ſeule célébration de mariage le donne, il faut dérogation expreſſe. Arrêt du 2 mars 1648, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 68 ; ce qui eſt inconteſtable, & ce qui réſulte des premiers chapitres de ce titre ; la coutume de Paris en établiſſant le douaire coutumier, s'eſt conformée aux ordonnances de Philippe-Auguſte & de Philippe-le-Bel.

II. Voyons en quoi ce douaire conſiſte ; il conſiſte 1°. en la moitié de la jouiſſance de tous les immeubles que le mari poſſédoit lors du mariage ; voilà ſon premier objet, ainſi il embraſſe les acquêts antérieurs au mariage ; ainſi quant à ces biens antérieurs, il n'eſt pas limité ſur les propres.

Dupleſſis, traité des douaires, ch. 2, ſect. 1, pag. 240 & 241 ; mais les propres fictifs n'y ſont pas ſujets ; le Maître, pag. 294 : tel eſt l'uſage du châtelet ; en effet, ces propres ne ſont toujours qu'un pur mobilier, & la fiction contraire qu'on a imprimé ſur iceux, eſt limitée à ſon objet, & ne peut être étendue au-delà : ſur quoi il eſt à propos d'obſerver que ſur l'étendue du douaire coutumier, il y a différence entre les provinces en deça, & celle au-delà de la Loire.

III. 2°. Ce même douaire conſiſte en la moitié de la jouiſſance de tous les immeubles qui échoient au mari pendant le mariage, par ſucceſſion ou donation en directe deſcendante ; ces immeubles forment le ſecond objet de ce douaire, & la ſage prévoyance de la loi les y aſſujettit ; mais les propres fictifs, comme on l'a déja dit, n'y ſont pas ſujets ; ils forment, relativement au douaire, un ſimple mobilier.

Le Maître, pag. 289, non ſur ceux qui échoient à un mari, par la ſucceſſion d'un de ſes enfans ; voyez ci-après la diſtinction 5 de cette ſection, & l'article 248 de la coutume : ſur la derniere partie de la propoſition ; voyez Palu ſur l'art. 326 de la coutume de Tours, le journal des audiences, tom. 1, liv. 7, ch. 14 ; & Renuſſon, du douaire. Ainſi quant à ces biens, le douaire eſt limité ſur les propres réels.

IV. On verra ci-après, que le fonds de ce douaire appartient aux enfans ; leur propriété mérite un examen particulier, on ſe borne ici à examiner ce douaire relativement à la femme ; mais à l'égard de l'une comme à l'égard des autres, la quotité du douaire coutumier ſe régle par les diſpoſitions des coutumes, dans l'étendue deſquelles les héritages ſont ſitués, comme on l'expliquera ci-après ; c'eſt droit réel.

Voyez la ſection 2 de ce chapitre, où cette propriété eſt examinée, & ſur la deuxieme partie de la propoſition ; Loüet & Brodeau, let. R, ch. 31 ; le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, ch. 46, tom. 3, liv. 11, ch. 21, & tom. 5, liv. 1, ch. 2.

V. L'héritage que le mari a retiré par retrait lignager, n'y eſt pas ſujet ; ce n'eſt pas un vrai propre, & tous les propres mêmes n'y ſont pas ſujets, & c'eſt propre relatif.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, num. 16 & 17, pag. 33 & 34 ; en effet, les immeubles qui échoient par ſucceſſion collatérale n'y ſont pas ſujets, preuve de la propoſition : voyez les titres de la communauté ci-deſſus & ci-après, celui du retrait ſur leſquels on a établi cette qualité, qui eſt la baſe de la propoſition, lorſque l'exercice du retrait eſt antérieur au mariage.

☞ Sur la queſtion de ſavoir ſi l'héritage retiré ſur le mari ſeroit ſujet au douaire : voyez l'arrêt du 19 février 1669, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 34, par lequel des enfans furent admis à ſe pourvoir pour leur douaire coutumier ſur le prix d'une maiſon retirée ſur leur pere par un lignager. Mais cette déciſion ne paroît pas devoir être adoptée, par la raiſon que celui qui eſt évincé par un retrait, eſt cenſé n'avoir jamais eu droit à l'héritage.

VI. La femme prend cette jouiſſance ſur les biens ci-deſſus ſpécifiés dans l'état qu'ils

ſe trouvent lors de l'ouverture de douaire, ſon droit eſt réel, ſauf l'effet de la fraude qu'on doit rejetter ; ainſi ce douaire étant limité ſur les immeubles que le mari poſſéde lors du mariage, & ceux qui lui échoient pendant le cours d'icelui par ſucceſſion ou donation en ligne directe, il s'enſuit que la femme ni les enfans ne peuvent prétendre au douaire coutumier ſur les immeubles que le mari pendant le mariage a recueilli d'un collatéral, ſoit par donation, ſoit même par ſucceſſion, & cela eſt de droit commun.

De Montholon, ch. 96, rapporte un arrêt, d'où l'on pourroit conclurre, que la veuve a action pour les réparations qui ſe trouvent à faire lors de l'ouverture du douaire ; mais cet arrêt ne juge que la priorité de l'hypothéque du douaire, comme les créanciers, qui avoient prêté pour réparer : ce qui ſera ci-après examiné plus au long ; il ſuffit ici de poſer cette régle générale ; que le droit réſultant du douaire coutumier, eſt réel, que par conſéquent il doit ſe prendre dans l'état qu'il ſe trouve lors de ſon ouverture, ſauf la fraude ; voilà pour la premiere partie de la propoſition, quant à la deuxieme qu'on a dit être de droit commun : voyez l'art. 380 de la coutume de Normandie.

VII. De-là il s'enſuit, que les augmentations que le mari a fait ſur ces biens, augmentent le douaire, tant en faveur de la femme, que des enfans ; mais non la rente rembourſée & qui étoit impoſée ſur l'immeuble ſujet au douaire, de laquelle rente la femme ne doit profiter que comme commune, & comme étant devenue conquêt, & non comme douairiere, ce qui influe auſſi ſur les enfans ; mais quant aux augmentations, c'eſt-à-dire, aux conſtructions de bâtimens que le mari a fait faire ſur le terrein ſujet au douaire coutumier, la veuve douairiere & les enfans douairiers en profitent.

Arrêt du 7 ſeptembre 1601, rapporté par Bouguier ; let. D, num. 18 ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 242, vers le milieu. Il ajoute que la veuve douairiere, profite même de la rente fonciere que ſon mari auroit éteint ; c'eſt auſſi ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 294, num. 12 : voyez le Maître, pag. 312 : ce qui ne doit s'entendre que comme commune, puiſque telle rente devient conquêt, ſuivant les articles 244 & 245 de la coutume, & pour les augmentations, par exemple, pour les conſtructions de bâtimens faits ſur l'héritage ſujet au douaire, & dont elle profite à titre de douairiere ; Dupleſſis, lui donne à titre de commune, recompenſe ſur la communauté, ce qui eſt juſte ; mais cette action ne doit s'exercer qu'après ſon décès, parce qu'elle jouit elle-même du fruit du montant qui doit lui revenir à titre d'indemnité, & ce par l'effet du douaire, ce qui conſerve les droits de tous les intéreſſés, puiſque la recompenſe lui eſt dûe en propriété, au lieu qu'il ne naît du douaire, qu'une jouiſſance en ſa faveur ; c'eſt le ſentiment de l'auteur du traité du douaire, ch. 3, num. 80 & 81, qui y rapporte une juſte limitation en faveur du créancier qui auroit prêté ſes deniers pour faire les augmentations, lequel ſeroit préférable à la veuve ſur la jouiſſance qu'elle a des augmentations faites ſur l'héritage ſujet au douaire coutumier ; ceſſant lequel privilége, c'eſt vraiement ici le cas d'appliquer la maxime. *Quod ſolo ædificatur ſolo cedit.*

DISTINCTION II.

Des dettes qui diminuent ce douaire.

VIII. Les charges réelles impoſées ſur les héritages qui y ſont ſujets, diminuent ce douaire, comme étant vraie diminution du fonds même ; en effet, ces charges, telles que ſont les rentes foncieres, ſuivent l'héritage ſur lequel elles ſont à prendre, dans telles mains que ce même héritage puiſſe paſſer ; en effet, c'eſt un prélevement à faire ſur les fruits ou le produit de ces mêmes héritages, qui forment la matiere de ce douaire ; par cette raiſon, ainſi que par les précédentes, telles dettes doivent donc tomber ſur la douairiere, à proportion de ſa jouiſſance.

Le Maître, pag. 312 ; & tel eſt l'uſage fondé ſur ces principes : voyez Montholon, chap. 67.

IX. De-là il s'enſuit, que la veuve ou les enfans qui jouiſſent d'un douaire coutumier, ſupportent la moitié de ces charges, ne pouvant avoir que la moitié de ce qui reſte d'actif après le prélevement fait ſur le tout de leur montant.

Dupleſſis, pag. 243 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 291, num. 11 ; & c'eſt droit commun.

X. Les rentes conſtituées par le mari avant ſon mariage, le diminuent auſſi ; en effet, ces rentes ſe prennent ſur tous les biens, ainſi les arrérages d'icelles ne ſe prélevent ſur les biens ſujets au douaire coutumier, que pour partie ſeulement, c'eſt-à-dire, par régalement, & pour la part & portion qu'ils en doivent ſupporter, eu égard à la totalité des biens du mari, ce qui forme ſur ce, entre ces rentes & les foncieres, une différence notable, ces dernieres étant attachées à l'héritage qui en eſt chargé, au lieu que les autres ſont à prendre ſur tous les biens indiſtinctement & abſtraction faite de leur nature.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la même page 243 ; mais il ajoute, que ſi ces rentes ont été rembourſées pendant le mariage, le douaire en eſt d'autant augmenté ; voyez de Renuſſon, du douaire, ch. 8, num. 8 & 12 : ce qui ne me paroît pas régulier, tels rembourſemens augmentent la communauté, & la rente ainſi rembourſée, étant en conſéquence de la fiction établie par la coutume, cenſée ſubſiſtante en faveur de la communauté ; d'où il s'enſuit, que la douairiere, tant qu'elle vit, confond dans ſa perſonne la moitié des arrérages d'icelle, dont elle auroit été tenue à cauſe du douaire ; & ſi elle eſt commune, la rente continue pour moitié au profit de ſa ſucceſſion, & eſt éteinte pour l'autre, pour la ſucceſſion du mari, & même pour le tout, s'il y avoit eu renonciation à la communauté : voyez ſur la propoſition, Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 79, pag. 90.

☞ Voyez auſſi les inſtit. coutum. de Loiſel, livre premier, titre 3, num. 18.

XI. Il n'en eſt pas de même des obligations & autres dettes mobiliaires contractées par le mari avant ſon mariage, elles n'apportent aucune diminution à ce douaire; c'eſt dette, mais non diminution même de la choſe; tel eſt l'eſprit de la coutume, & c'eſt une ſuite de la réalité du douaire coutumier.

Dupleſſis, à la même page 243; de Renuſſon, num. 17; tel eſt l'uſage du châtelet; il a ſa racine dans l'eſprit de la coutume, & c'eſt droit commun.

XII. Sur ces dettes, il y a cependant une diſtinction à faire, ſur quoi il faut obſerver, qu'on parle toujours des obligations; en effet, quant aux dettes des ſucceſſions directes, échues au mari, il faut les répartir ſur tous les biens, & par conſéquent ſur la portion d'iceux, qui devient ſujette au douaire; ce qui, en ce cas, embraſſe les mobiliaires, comme les immobiliaires, les unes & les autres diminuant le montant de la ſucceſſion, qui ne peut ſe conſidérer que déduction faite des dettes: mais pour cela il faut qu'il y ait ue inventaire; ſans cela on ne conſidéreroit, par rapport au douaire, que les rentes dues par les ſucceſſions échues au mari.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 306: ce qui eſt très-juſte, parce que ſans ce prélevement, il pourroit arriver qu'on formeroit un douaire conſidérable ſur une maſſe dont il ne reſteroit preſque rien.

DISTINCTION III.

Si les rentes conſtituées appartenantes au mari, lors de ſon mariage, ſont ſujettes à ce douaire, & de l'indemnité à laquelle leur rembourſement donne lieu.

XIII. Ces rentes y ſont ſujettes, parce que ces rentes ſont réputées immeubles par la loi, & que tout immeuble poſſédé par le mari, lors de ſon mariage, y eſt ſujet: cela eſt ſuite des différentes diſpoſitions de la coutume; & c'eſt pour cela que la juriſprudence des arrêts, en ſuivant l'eſprit de la coutume, a paré à l'inconvénient des rembourſemens, comme on l'expliquera par la ſuite; ainſi, ſous le mot immeubles, ſont compriſes les rentes & même les contrats pignoratifs.

Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 40, pag. 74; mais il n'en eſt pas de même dans les autres coutumes qui ne ſe ſont pas ſervies du mot d'*immeuble*; note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 240, à la fin; voyez de Renuſſon, du douaire, ch. 3, num. 52, pag. 56; limitation juſte, cela n'ayant lieu à Paris, que par la force du mot d'immeuble, dont la coutume s'eſt ſervi.

XIV. Mais nonobſtant cette ſujetion des rentes conſtituées au douaire coutumier, les débiteurs de ces rentes, les rembourſent valablement au mari, ſans pouvoir être par la ſuite pourſuivis par la veuve ou les enfans; la faculté perpétuelle de leur rembourſement de la part des débiteurs, étant de l'eſſence de ces rentes, & une des conditions principales ſous leſquelles elles ont été autoriſées; ainſi l'aſſiette d'un douaire ſur ces rentes ne peut donc affoiblir cette faculté.

Cela eſt d un uſage conſtant au châtelet, & univerſellement ſuivi; voyez Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition qui ſuit.

XV. De-là il s'enſuit, qu'après un tel rembourſement, le débiteur de la rente rembourſée ne peut être pourſuivi, ni par la veuve, ni par les enfans douairiers; le rembourſement de la rente toujours libre de ſa part ayant anéanti la rente comme ſi elle n'eût jamais exiſté, & c'eſt ainſi en ce cas qu'il faut la conſidérer.

Dupleſſis, du douaire, ch. 2, ſect. 1, pag. 240, & cela eſt fondé ſur la nat re même de ces rentes.

XVI. Mais un tel rembourſement donne lieu à une indemnité en faveur de la veuve ou des enfans; indemnité qu'on va expliquer, & fondée ſur ce que les droits acquis au moment du mariage, ne peuvent changer pendant le cours d'icelui: il faut donc qu'un tel rembourſement ouvre à la femme & aux enfans un droit d'indemnité, puiſque ſans elle les droits acquis par le mariage ſe trouveroient affoiblis par un fait qui leur ſeroit poſtérieur, & auquel la femme ni les enfans n'auroient pu pater.

Telle eſt la juriſprudence; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 285, num. 15 & 291, num. 9.

XVII. Venons donc à l'explication de cette indemnité: dans le cas qu'une telle rente a été rembourſée pendant le mariage, la veuve & les enfans en doivent être indemniſés, de façon que leur douaire ne ſouffre pas de diminution par un tel rembourſement; voilà la fin de l'indemnité, & c'eſt droit commun.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 40, a été d'opinion contraire, elle a été rejettée; la propoſition eſt fondée ſur l'art. 406 de la coutume de Normandie; ſur l'avis de Renuſſon, du douaire, ch. 3, num. 74, pag. 70; le Maître, pag. 291, ſur l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit, & ſur la maxime que les droits acquis au moment du mariage ſont inviolables pendant ſon cours; maxime qui ne doit jamais recevoir la moindre atteinte.

XVIII. Pour cette indemnité, ils ont l'un & l'autre hypothéque ſur les autres biens de la ſucceſſion chargée du douaire, & ce du jour du contrat de mariage; c'eſt cet acte qui eſt leur titre pour cette indemnité; c'eſt

donc de ce jour qu'ils doivent avoir hypothéque pour ſe remplir du montant de l'indemnité qui leur appartient.

Arrêt du 24 juillet 1618; il eſt cité par Auzanet, ſur l'art. 248: ce qui établit qu'on doit rejetter l'opinion de Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, pag. 75, qui avoit penſé, comme on l'a vu ſur la propoſition précédente, que le rembourſement de la rente anéantiſſoit le droit du douaire; ce qui ſeroit manifeſtement injuſte en ſoi, & laiſſeroit le mari pendant le mariage, maître d'affoiblir les droits que la femme, & les enfans ont par le contrat d'icelui; droits qui ſont de ſa part inviolables, & cela réſulte encore de la diſpoſition de la coutume de Normandie qu'on vient de citer.

☞ Voyez auſſi Bouguier, let. D, nomb. 17; Choppin, ſur la coutume de Paris, & l'arrêt du 11 février 1647, rapporté dans le journal des audiences.

XIX. Cette indemnité eſt donc fondée, ſur ce que le rembourſement toujours volontaire de la part du débiteur, ne peut faire perdre à la veuve & aux enfans un droit, qui leur eſt acquis par le contrat de mariage, & que ce droit une fois acquis, doit avoir ſa pleine & entiere exécution; ce qui a lieu par rapport aux rentes foncieres, quand il y a lieu au rembourſement, & que le rembourſement a été fait.

Mais dans le cas du rembourſement d'une rente fonciere non rachetable qui auroit été dûe au mari, la femme ſera-t-elle réduite à ſon droit d'indemnité? ou aura-t-elle action contre le débiteur comme ayant mal rembourſé? ce qu'il eſt à propos d'examiner ici, en examinant l'effet du rembourſement; de Renuſſon, ch. 3, num. 75, lui donne cette action, ce qui eſt rigoureux, puiſque par le conſentement du créancier, la rente eſt devenue rembourſable, & qu'il eſt de principe, que l'action une fois éteinte, ne peut plus revivre: j'inclinerois à lui dénier cette action; mais je conviens que je trouve ſur ce beaucoup de difficulté, le douaire étant inaliénable, mais il ne faut donner cette action que ſubſidiairement.

XX. Venons à l'opération qui eſt à faire pour cela pour fournir cette indemnité, il faut prendre ſur les autres biens du mari, la moitié du capital de la rente rembourſée, en faire emploi, dont l'uſufruit appartient à la veuve, & la propriété aux enfans; tel eſt l'effet de l'indemnité à laquelle un tel rembourſement donne lieu, & par cette opération, la femme & les enfans ſont remplis de leur droit qui n'a pu recevoir d'atteinte; ce qui ceſſeroit s'il y avoit un remploi de la rente rembourſée, comme le dit la coutume de Normandie, l'un ſeroit repréſentatif de l'autre.

Tel eſt l'uſage du châtelet; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 291, num. 9: ce qui s'entend, tant de la rente fonciere que la conſtituée; je ne vois entr'elles aucune différence, ſi ce n'eſt celle qui termine les obſervations faites ſur la précédente propoſition; ainſi dans l'un & l'autre cas, l'indemnité doit avoir lieu, parce que le douaire une fois acquis n'a pu être diminué.

DISTINCTION IV.

Si les offices ſont ſujets au douaire coutumier.

XXI. L'office domanial que le mari poſſédoit au jour de ſon mariage, ou qui lui eſt échu par ſucceſſion directe pendant icelui, y eſt ſujet; tels offices étant conſidérés comme véritables immeubles, & ce à tous égards, qualité d'immeubles qui aux termes de la coutume, les aſſujettiſſent au douaire coutumier; il n'en eſt pas de même des autres offices, ils n'y ſont ſujets qu'accidentellement.

Voyez au liv. 1, le titre des offices; la propoſition eſt conforme au ſentiment de Renuſſon, du douaire, ch. 3, num. 53, pag. 56; & tel eſt l'uſage.

XXII. Dans la théſe générale, les autres offices n'y ſont pas ſujets, & ne le deviennent que par une faveur qu'on va expliquer; voilà le principe général, ſauf l'exception ci-après.

Louet & Brodeau, let. D, num. 63; le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, ch. 101; de Renuſſon, au chap. 3, du douaire, num. 54, 55 & 56; le Brun, des ſucceſſions, pag. 286, num. 16; le Maître, pag. 293; & tel eſt encore une fois, l'uſage du châtelet, ſauf, quant à ces derniers offices, la reſtriction qui ſuit; voyez de Renuſſon, du douaire, num. 63.

XXIII. Cependant s'il n'y avoit point de douaire conventionnel, & qu'il ne ſe trouvât aucun autre bien ſujet au douaire coutumier, en ce cas, ils y ſont ſujets ſubſidiairement & par faveur; de même ſi le peu qu'il y avoit de biens ſujet à ce douaire, ne méritoit aucune conſidération; ce n'eſt que dans ces cas que les offices deviennent ſujets au douaire coutumier; mais c'eſt plus faveur, c'eſt plus commiſération que vrai droit: il faut cependant convenir, que cela a ſa racine dans l'eſprit de la coutume, qui a voulu aſſurer à la veuve une certaine jouiſſance, & aux enfans un certain fond.

Voyez les autorités qui ſont ſur ce rapportées dans le titre des offices, ſur lequel la propoſition a été établie; c'eſt le ſiége de cette matiere.

XXIV. Cette faveur a lieu, tant pour les enfans, que pour la veuve, le douaire de cette derniere étant toujours celui des autres.

Voyez l'arrêt du 19 février 1669, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 5, & l'on le juge ainſi au châtelet; en effet, on ne peut entr'eux fonder aucune juſte différence.

XXV. Reprenons les offices domaniaux; de ce que dans la théſe générale l'office domanial y eſt ſujet, il s'enſuit que ſi le mari pendant le mariage, a vendu l'office domanial ſujet au douaire coutumier, & ſujet à ce indiſtinctement, il eſt dû indemnité à la veuve & aux enfans, ſemblable à celle qui leur eſt dûe dans le cas du rembourſement de la rente conſtituée; mais ils n'ont nul droit contre l'acquéreur, le ſceau purgeant toute hypothéque, & même celle du douaire; cet effet du ſceau eſt une portion du droit public.

Cette indemnité eſt d'uſage au châtelet; ils ont même cette indemnité par rapport aux autres offices qui ont été vendus par le mari, lorſqu'au défaut d'autres biens ils étoient ſujets à un douaire coutumier, ſuivant de Renuſſon, au même ch. 3, num. 58, & cette indemnité eſt ſuite néceſſaire de leur droit; à l'égard des offices de la maiſon du roi, ils n'y ſont jamais ſujets; le même auteur, num. 65; en effet, tels offices ſont regardés comme ſimples commiſſions, & par conſéquent totalement affranchis du douaire, tel qu'il ſoit.

DISTINCTION V.

Si l'immeuble que le mari a ameubli par ſon contrat de mariage, ſi celui qui lui eſt échu par ſucceſſion directe aſcendante, y ſon ſujets.

XXVI. En continuant d'examiner les biens ſujets au douaire coutumier, il faut obſerver que l'immeuble que le mari a recueilli pendant le mariage, en qualité d'héritier d'un enfant, n'y eſt pas ſujet; telle ſucceſſion n'ayant pu être conſidérée par la femme, comme pouvant un jour augmenter ſon douaire, puiſque la loi, ainſi que la raiſon, regardent une telle ſucceſſion comme venante contre le cours ordinaire de la nature, juſte aſpect qui affranchit un tel immeuble du douaire coutumier, & ce, tant contre la femme, que contre les enfans qui ne peuvent avoir ſur ce de droit différent, ce qui n'influe pas ſur le droit de retour.

Dumoulin, en ſes notes poſthumes; Dupleſſis, pag. 242, qui excepte avec raiſon celui que le pere auroit donné au fils, & qu'il auroit depuis recueilli comme ſon héritier; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, num. 18 & 19, pag. 34 & 35, l'art. 189 de la coutume de Blois; voyez les citations ſur la propoſition qui ſuit, elles ſont communes à celle-ci; il y a un autre cas dans lequel l'héritage ſeroit ſujet au douaire, ce cas eſt lorſqu'un ayeul paternel l'a donné à ſon petit-fils, qui mourant, le tranſmet à ſon pere; tel héritage eſt ſujet au douaire, parce que le pere a été obligé de le précompter dans la ſucceſſion de l'ayeul donateur, & que s'il n'eût pas été ainſi donné, il lui ſeroit échu par ſucceſſion directe deſcendante, & par conſéquent ſujet au douaire coutumier.

XXVII. Cela eſt fondé, ſur ce que telle ſucceſſion étant contre la nature, il n'y a pas lieu de préſumer que la femme ni ſa famille, ayent eu un pareil accroiſſement pour objet; juſte idée de leur part, qui fonde ſolidement cet affranchiſſement du douaire coutumier attaché à un tel héritage.

Arrêt du 31 juillet 1675, rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 455, où la queſtion eſt doctement & amplement traitée; voyez le Maître, pag. 289; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ces autorités & ſur celles rapportées ſur la propoſition précédente.

XXVIII. A l'égard de l'immeuble que le mari a ameubli, pour ſavoir s'il eſt ſujet au douaire coutumier, il y en a qui diſtinguent; ſi la femme accepte la communauté, il n'y eſt pas ſujet, parce qu'alors il eſt regardé comme conquêt: opinion très-juſte, mais ſelon eux; ſi elle renonce à la communauté, il y eſt ſujet, parce qu'alors, il eſt regardé comme propre, & il reſte tel dans la ſucceſſion du mari; mais il vaut mieux dire indiſtinctement, qu'il n'y eſt pas ſujet par rapport à la femme, car on n'examine que ſon droit; mais l'acceptation de la communauté leve là-deſſus toute difficulté: & dans le cas de la renonciation, je penſe qu'il reſte toujours la force d'une ſtipulation qui l'en affranchit; mais par rapport aux enfans renonçans à la ſucceſſion de leur pere, j'eſtime qu'il y eſt indiſtinctement ſujet, & principalement, s'ils ſont auſſi renonçans à la ſucceſſion de leur mere qui avoit accepté la communauté; la différence entr'eux eſt entiere; tel immeuble dans la théſe générale étoit par la coutume ſujet au douaire coutumier, par l'ameubliſſement, par la fiction que cet immeuble, quoiqu'antérieur au mariage, ſeroit regardé comme conquêt de communauté; la femme a renoncé à ſon droit de douaire ſur cet héritage, autrement ce ſeroit faire concourir en ſa faveur ſur un même objet deux cauſes lucratives: renonciation qui n'eſt pas de la part des enfans, & qui ne peut naître d'une fiction, d'une dérogation qui leur ſont totalement étrangeres, lorſqu'ayant renoncé à la ſucceſſion de leur mere, ils ne peuvent être tenus de ſes faits, & qu'étant douairiers, ils doivent être ſaiſis de tout ce que la coutume aſſujettit au douaire.

Dupleſſis, pag. 240, à la fin, eſtime qu'indiſtinctement par rapport à la femme, il n'y eſt pas ſujet; c'eſt auſſi le ſentiment de Renuſſon, du douaire, ch. 3, num. 9; le Brun, des ſucceſſions, pag. 286, num. 18; le Maître, pag. 297: ce qui ne s'entend que par rapport à la femme. J'ai vu régler autrement la queſtion au châtelet, dans le cas qu'il y a renonciation à la communauté; & en effet, les auteurs cités ne fondent leurs ſentimens, que ſur le concours de deux cauſes lucratives, & la renonciation à la communauté, le fait ceſſer; cependant je n'adopte pas cette diſtinction, parce qu'il reſte toujours, comme on l'a dit contre la femme, la force & l'effet d'une convention qui doit affranchir un tel bien de la charge

ge du douaire à ſon égard ; les conventions portées par un contrat de mariage doivent être inviolables.

DISTINCTION VI.

Que le mari ne peut par une renonciation frauduleuſe affoiblir le douaire, & s'il peut augmenter par le fait du mari, & depuis la diſſolution du mariage.

XXIX. Si le mari renonçoit à une ſucceſſion directe en fraude du douaire, telle renonciation n'en affoibliroit pas le douaire, tout effet de la fraude devant être rejetté; ce qui s'applique pareillement dans le cas qu'un mari par fraude auroit fait compoſer ſon lot de mobilier dans la ſucceſſion de ſon pere, quoique naturellement & agiſſant de bonne-foi il dût avoir de l'immobilier; telle fraude donneroit lieu à une indemnité, tant à la veuve qu'aux enfans douairiers ſur la ſucceſſion du mari : mais ſi cette ſucceſſion étoit inſolvable, je ne penſe pas que cette action d'indemnité allât juſques à détruire le partage.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 241. En effet, tout ce qui eſt fait en fraude d'un tiers eſt à ſon égard révocable, c'eſt la diſpoſition du droit civil qui eſt adopté ; ce qui eſt établi ſur le titre des ſucceſſions ; quant à la deuxieme partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur ce que le mari a eu ſon lot, & qu'il ne ſeroit pas juſte que par la fraude qu'il a fait au douaire, le lot de ſes cohéritiers fût diminué & le ſien augmenté.

XXX. De-là il s'enſuit que ſi le mari renonçoit à la ſucceſſion de ſon pere pour la faire accepter par ſes enfans, la moitié des immeubles provenus aux enfans d'une telle ſucceſſion, ſeroit ſujette au douaire coutumier de leur mere ; par-là l'effet de la fraude eſt détruit, & c'eſt la conſéquence qui naît de la propoſition précédente.

C'eſt une conſéquence inconteſtable du principe poſé par Dupleſſis ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & ce que la loi comme l'équité ſoutient.

XXXI. Voyons ſi le douaire coutumier depuis ſon ouverture peut être ſujet à augmentation. Dans la théſe générale le douaire coutumier ne peut plus augmenter depuis la mort du mari, tel il eſt alors, tel il reſte toujours, c'eſt le juſte effet de la loi : effet qu'elle a fixé & auquel un fait poſtérieur à la conſommation d'icelui ne peut pas apporter le moindre changement ; de-là il s'enſuit que ſi pendant le mariage le mari a bâti ſur l'héritage ſujet au douaire coutumier, ſa veuve jouit de l'augmentation, mais par une juſte balance, ſon action en recompenſe eſt en ſuſpens tant que ſa jouiſſance dure.

Dupleſſis, à la page 241, déja cité. La queſtion de ſavoir s'il peut augmenter par ſon fait, c'eſt-à-dire, par la conſtruction d'un bâtiment ou par l'extinction d'une rente à prendre ſur l'héritage chargé du douaire, a été traitée ſur la diſtinction premiere ci-deſſus ; la veuve doit jouir à titre de douairiere de la portion du bâtiment & de l'affranchiſſement de la rente ; mais comme il ne faut pas faire concourir deux cauſes lucratives en ſa faveur, ſon action d'indemnité pour la conſtruction du bâtiment ne doit s'ouvrir qu'à ſon décès ; & par rapport à la rente rembourſée devenue conquêt de communauté, ſuivant la diſpoſition de l'art. 244, dont elle a joui à titre de douairiere, ſes héritiers continuent d'en jouir après ſon décès, ſi elle eſt commune, telle rente faiſant partie de la communauté : ce qui me paroît conſerver tous les droits réſultans des deux différentes qualités, & les réduire en même tems dans leurs juſtes bornes; voyez les notes ſur le Maître, pag. 312.

XXXII. La propoſition précédente eſt fondée, ſur ce que cette mort fait ſon ouverture, & par conſéquent la fixation du montant des biens qui y ſont ſujets, ce qui confirme que le douaire coutumier depuis ſon ouverture ne peut être augmenté.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, addition au nombre 68, pag. 85 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXXIII. Voyons les conſéquences qui réſultent de ce principe ; de-là il s'enſuit, que ſi le mari meurt avant ſes pere & mere, les immeubles de ces ſucceſſions ſont affranchis du douaire coutumier, tant à l'égard de la veuve qu'à l'égard des enfans : cela eſt rigoureux, mais juridique ; on n'en fait nulle difficulté par rapport à la veuve, je n'en vois pas davantage, par rapport aux enfans, comme on l'expliquera ſur la derniere propoſition de cette diſtinction

Tournet a prétendu qu'il y avoit arrêt contraire, mais tous les commentateurs ont regardé cet arrêt, comme oppoſé à l'eſprit de la coutume ; & par la juriſprudence du châtelet, ces immeubles ne ſont pas ſujets au douaire, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit, & qui n'a de baſe qu'une eſpece de convention.

XXXIV. Cependant ſi le pere du mari avoit marié ſon fils aîné, comme fils aîné & principal héritier, quoique le mari décéde avant ſon pere, la veuve auroit douaire coutumier ſur les portions dans les fiefs que ſon mari, s'il avoit recueilli & ſurvécu, auroit eu dans la ſucceſſion de ſon pere ; c'eſt le juſte effet de cette eſpece d'inſtitution contractuelle d'héritier, de cette convention licite, par laquelle par rapport au douaire, on a été plus loin que la coutume : mais ſi cette interprétation eſt favorable, elle ne me paroît pas entiérement conforme aux principes ; car une telle dérogation à la loi n'auroit-elle pas beſoin d'une ſtipulation expreſſe ?

Le Maître, tit. 11. pag. 295, j'y trouve ce-

pendant de la difficulté; car s'il faut, comme il eſt conſtant, que l'héritier inſtitué ſurvive l'inſtituant pour donner l'effet à l'inſtitution, il le faut à plus forte raiſon pour une telle déclaration; mais c'eſt une condition du mariage qui a eu auſſi la femme pour objet, & qui doit à ſon égard s'interpréter favorablement; voyez la propoſition qui ſuit.

XXXV. En effet, c'eſt la condition ſous laquelle elle s'eſt mariée, & la déclaration de principal héritier forme une eſpéce de diſpoſition entre-vifs, du droit de laquelle ſon mari a été ſaiſi, & cette déclaration a trait en ſa faveur; ainſi en ce cas le prédécès du mari ne doit point affoiblir le douaire, il doit avoir lieu ſur les immeubles que le mari auroit recueilli s'il eût ſurvécu ſon pere; mais encore une fois cela eſt plus favorable interprétation que vrai droit.

Voyez ci-après le titre des inſtitutions d'héritiers, les principes de cette matiere fondent la propoſition.

XXXVI. Venons aux enfans: les immeubles que le mari recueille par ſucceſſion directe depuis la mort de ſa femme, ne ſont pas ſujets à leur douaire, c'eſt le moment de la diſſolution du mariage qui fixe le montant du douaire coutumier, par rapport aux enfans: ainſi ce qu'on vient de dire pour la veuve milite à leur égard. L'arrêt rapporté par Tournet du 12 mars 1607, ne peut ſur ce faire d'impreſſion, il faut qu'il ait eu pour baſe des circonſtances particulieres qui ont conduit à la commiſération pour les enfans: cependant lorſqu'il n'y a pas de ſecond mariage, les enfans en ce cas ſont pour le moins auſſi favorables que la veuve peut l'être, dans le cas que ſon mari a été marié comme héritier principal.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 242, où il examine la queſtion, & où, après avoir rapporté les raiſons de l'opinion contraire, toutes ces raiſons, dit-il, ne me ſatisfont pas; c'eſt celui de M. Bacquet, à la page citée ſur la quatrieme propoſition de cette diſtinction; cependant le Maître, pag. 310, eſt d'avis contraire, il eſtime que les héritages qui échoient au mari en ligne directe depuis la mort de ſa femme ſont ſujets au douaire des enfans: mais la coutume fixant le douaire ſur les héritages échus pendant le mariage, peut-on dire que ceux échus depuis la mort de la femme ſont échus pendant le mariage? ce qui me paroît écarter entierement cette opinion; en effet l'art. 248. de la coutume, ne parle que des héritages échus pendant le mariage; la coutume va plus loin, car en réglant le douaire du ſecond mariage, elle y aſſujettit la moitié des héritages échus en directe pendant le ſecond mariage; ce qu'elle n'auroit pas fait ſi le douaire du premier mariage y avoit eu lieu, & elle n'en ordonne ainſi que parce qu'ils en ſont affranchis.

DISTINCTION VII.

De quel jour la veuve gagne les fruits des immeubles ſujets au douaire coutumier, des actions qu'elle a pour raiſon d'icelui, & de la qualité qu'elle peut prendre.

(Art. 256 de la coutume.)

XXXVII. L'inſtant de la mort du mari ſaiſit la veuve de ſon douaire coutumier, c'eſt un préſent de la loi qui opére par elle-même indépendamment de toute action; mais la veuve doit entretenir le bail fait par ſon mari, c'eſt non aliénation, mais acte d'adminiſtration qui influe ſur elle.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3. ſect. 2. pag. 248; de Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 30; le Maître, pag. 299; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 256 de la coutume: quant à l'entretien du bail, voyez Coquille queſt. 156; de Renuſſon, du douaire, chap. 14; & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art. 39.

XXXVIII. De-là il s'enſuit qu'elle n'eſt pas obligée de demander délivrance de ſon douaire, la loi la ſaiſit, & elle en jouit comme tel; & cette ſaiſine légale eſt la ſuite de la ſage prévoyance de la loi, qui par l'établiſſement du douaire a voulu aſſurer des alimens à la veuve qu'il convient lui fournir auſſi-tôt la perte qu'elle a faite de ſon mari.

La caution juratoire portée par l'article 264, n'a lieu que dans le cas d'un douaire conſiſtant en une ſomme de deniers, ſuivant l'uſage du châtelet; en effet, lorſqu'il conſiſte en rente, la caution juratoire eſt ſans objet, puiſqu'il n'y a pas lieu à reſtitution des arrérages, & que le fonds d'un tel douaire n'eſt pas exigible; il faut donc réduire cet article dans le premier cas.

XXXIX. De-là il s'enſuit encore que les fruits qui ſont pendans par les racines au jour de la mort de ſon mari, ſur la portion des héritages qui ſont ſujets à ſon douaire coutumier, lui appartiennent, ce qui a lieu pour les étangs & les bois taillis; c'eſt la ſuite du principe, ce qui s'entend lorſqu'il n'y a pas de bail; car ſi il y avoit bail, on a vu qu'elle doit l'exécuter.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, à la même pag. 248; voyez la citation ſur la cinquieme propoſition de cette diſtinction, c'eſt préciſément ce que décide de Renuſſon, traité du douaire, ch. 14, num. 7, pag. 286; & le Maître, pag. 301. En effet, la coutume ne fait ſur ce aucune diſtinction; mais ſes héritiers les rendent de même.

XL. Ils lui appartiennent non franchement & ſans charge de rembourſement des labours & ſemences, elle doit au contraire ce rembourſement, & elle le doit à la communauté, la coutume diſant qu'elle ne gagne les fruits que du jour du décès, ce qui em-

porte la néceſſité de ce rembourſement; mais ce rembourſement fait, les fruits lui appartiennent.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 14, num. 25, pag. 302; Bacquet eſt contraire, mais il s'eſt lui-même contredit: il faut obſerver que ce rembourſement eſt dû à la communauté, c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; c'eſt elle en effet qui a payé les deniers pour ce néceſſaires, d'où il s'enſuit que la douairiere confond moitié de ce rembourſement dans ſa perſonne ſi elle a accepté la communauté, & cela en faiſant partie.

XLI. A l'égard des fruits civils, comme arrérages de rentes, loyers de maiſon, ils lui appartiennent à compter du jour du décès de ſon mari ſeulement; ainſi ce qui s'en trouve dû lors de la mort du mari fait partie de la communauté, & non de la jouiſſance qui lui appartient à titre de douairiere, qui ne commence que du jour de l'ouverture.

Auſſi ceſſent-ils à l'inſtant même de ſon décès; Dupleſſis, même page 248. A l'égard des bois & étangs, elle en a le fruit ou le produit à proportion du tems qu'elle a joui de ſon douaire, ſuivant de Renuſſon, du douaire, ch. 6, num 5, & dernier; ce qui, je crois, doit être limité à ceux qu'elle a réellement recueilli; car comme elle prend ces bois & ces étangs dans l'état qu'ils ſe trouvent lors de l'ouverture du douaire, ſes héritiers doivent rendre ces mêmes biens dans l'état qu'ils ſont lors de la ceſſation du douaire: on ſe tireroit de cette inégalité, en ne donnant à la veuve de jouiſſance de ces biens, que ſemblables à celle qu'on lui accorde ſur les fruits civils, c'eſt-à-dire, à proportion du tems qu'elle ſurvit ſon mari; cela ſeroit judicieux, & peut-être plus conforme à l'eſprit de la coutume, que la réalité à laquelle on s'attache à cet égard.

XLII. Si le mari avoit fait bail de l'héritage ſujet au douaire, la veuve doit l'entretenir comme on l'a déja dit; c'eſt une adminiſtration de ſa part qu'il devoit à la communauté, & qui doit militer contre la veuve douairiere, abſtraction de la qualité d'acceptante la communauté ou de renonçante à icelle.

C'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 14, num. 17, pag. 289; dans les nombres précédens, il diſcute fort au long cette queſtion, & la redevance de l'année du décès doit ſe partager entre la veuve & l'héritier du mari à proportion du tems; c'eſt auſſi ce que dit le Maître, pag. 301: en effet, en ce cas il ne s'agit plus que d'un fruit civil qui doit ſe partager ainſi, ſi ce n'eſt que par ce partage, la veuve douairiere ne ſouffrît une notable diminution dans la jouiſſance de ſon douaire, auquel cas il ſeroit juſte que la communauté la dédommageât de cette perte.

XLIII. Venons aux actions compétentes à la douairiere coutumiere; elle peut former complainte ſi elle eſt troublée dans la jouiſſance du douaire, parce que c'eſt un droit réel que le douaire coutumier qui lui donne cette action.

Tel eſt l'uſage du châtelet; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 5, num. 31, pag. 140, & ce qui réſulte de l'ordonnance de 1667.

XLIV. Quant à la qualité qu'elle peut prendre, elle peut s'intituler douairiere du fief ou de la ſeigneurie dont elle jouit à ce titre, le douaire coutumier emportant portion de la choſe même lui donne ce droit, il n'en eſt pas de même du préfix; en effet, la veuve qui jouit d'un ſimple douaire préfix, n'a pas ce droit, c'eſt créance hypothécaire, & non jouiſſance ou uſufruit réel de la choſe.

C'eſt l'opinion commune, & la différence entre l'un & l'autre douaire la fonde.

DISTINCTION VIII.

Des charges auxquelles la veuve qui jouit du douaire coutumier eſt aſſujettie.

(Art. 262 de la coutume.)

SUBDIVISION PREMIERE.

Des arrérages de rentes dont elle eſt tenue.

XLV. La veuve qui jouit d'un douaire coutumier eſt tenue de la moitié des arrérages des rentes foncieres & ſeigneuriales dont ſont chargés les héritages ſujets à ce douaire, & ce à compter du jour de ſon ouverture; ces rentes formant une diminution de la choſe même.

Dupleſſis, pag. 243, parce que les charges, dit-il, diminuent d'autant le fonds; c'eſt la diſpoſition de l'art. 242, de la coutume de Melun, elle eſt pareillement tenue des rentes conſtituées, mais par contribution ſeulement; elle n'eſt tenue d'aucune autre dette, ſi ce n'eſt indirectement & par la force de l'hypothéque, auquel cas les héritiers du mari ſont tenus de la garantir de ces pourſuites; le même auteur, traité du douaire, ch. 3, ſect. 4, pag. 249: tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt droit commun. Quelques-uns ont prétendu que les dettes hypothécaires antérieures au mariage, diminuoient le douaire coutumier; mais cette opinion me paroît contraire à la coutume: ſur les charges dont la douairiere eſt tenue, voyez Loyſel, titre du douaire, règle 28, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, même titre, art. 32.

XLVI. En effet, comme on l'a déja vu ci-deſſus, ces charges forment un prélevement qui eſt à faire ſur les fruits, & par conſéquent ſur la douairiere qui a moitié dans iceux; preuve de ce prélevement.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 8, num. 3, pag. 184; le Maître, pag. 307: on a déja vu cela par rapport à l'étendue de ce douaire; on l'examine ici par rapport à ſes charges.

XLVII. Mais la veuve n'eſt jamais tenue au de-là des fruits, n'étant obligée que par

la rédemption de la choſe, par rapport aux autres dont on vient de parler ; & quant aux autres dettes, elle n'en eſt pas tenue ; au rachiſſement total pour ces dernieres, charge reelle pour les autres.

Tout ſucceſſeur ſingulier jouit de ce privilége : voyez le titre des actions, où cela eſt établi ; & telle eſt l'opinion commune fondée ſur ce que c'eſt action purement réelle ; par ce principe elle doit le droit de franc-fief ſi elle eſt roturiere : droit qui eſt la vingtieme partie du revenu, c'eſt-à-dire, de vingt années une ; Bacquet, en ſon traité des francs-fiefs, ch. 9, num. 6 ; en effet, c'eſt charge réelle.

☞ A l'égard du droit de franc-fief, comme il n'eſt dû que pour la jouiſſance que l'on a eu pendant 20 années, il ſemble que la veuve n'y devroit être aſſujettie qu'à proportion du tems qu'elle auroit joui. Voyez Baſnage ſur l'art. 375 de la coutume de Normandie.

XLVIII. Mais la veuve n'eſt tenue en aucune façon des charges que ſon mari depuis le mariage auroit impoſé ſur les héritages ſujets au douaire coutumier, il n'a pu affoiblir un droit acquis ; impuiſſance qui fonde ſon affranchiſſement : en effet, l'étendue du douaire coutumier ſur les biens que le mari poſſédoit au jour de la célébration du mariage doit être fixe, & ne doit pas dépendre des ſuites : d'où il réſulte que ſi depuis le mariage & pendant ſon cours le mari a acquitté une telle rente, cet acquittement n'augmente point le produit du douaire, autrement ce ſeroit ouvrir la porte aux avantages indirects, c'eſt par ce même principe que la douairiere n'eſt point tenue des dettes de la communauté.

Voyez ci-après le chapitre de la faveur du douaire, où cela eſt établi ; & elle ne doit ni foi ni relief. Voyez le titre des fiefs. Quant à la ſeconde partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur ce que la coutume rejette tout avantage indirect ; cependant Pocquet de Livoniere, en ſes régles du droit françois, pag. 226, a penſé que la femme ayant renoncé à la communauté, le produit de ſon douaire coutumier étoit augmenté par un tel rachat ; en quoi je penſe qu'il s'eſt trompé, la renonciation de la femme à la communauté, laiſſant toute la maſſe d'icelle à ſon mari, & ſon acceptation ne lui donnant que le droit de demander récompenſe à cauſe d'un tel rembourſement.

SUBDIVISION II.

Des réparations dont la veuve eſt tenue à cauſe du douaire coutumier, & de l'action qui milite pour ce contre elle.

(Art. 262 de la coutume.)

XLIX. La veuve douairiere coutumiere eſt tenue d'entretenir les maiſons dont elle jouit à ce titre, de toutes réparations, les quatre groſſes exceptées ; telle eſt ſa charge : les quatre groſſes réparations ſont, les gros murs, les voûtes, les poutres, & les couvertures entieres ; telles ſont les réparations dont la veuve douairiere n'eſt point tenue, mais elle eſt tenue des premieres étant charge des fruits qu'elle fait ſiens.

Voyez ſur ce le Brun, des ſucceſſions, page 297 ; Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 4, page 249 ; le Maître, page 307 ; & telle eſt la diſpoſition de l'art. 262 de la coutume.

L. La veuve douairiere eſt encore affranchie de contribuer au rétabliſſement des murs de refan, des eſcaliers & des pans de bois, lorſque ces derniers tiennent lieu de gros murs ; cela eſt ſuite du principe : réduite à l'uſufruit, la faveur eſt de ſon côté, il faut donc la traiter favorablement.

Mais ſi ces groſſes réparations étoient ſurvenues à faire par ſa faute, par exemple, par le défaut d'entretien qui eſt à ſa charge, en ce cas elle ſeroit tenue de ces groſſes réparations ; Dupleſſis, à la même page 249 ; c'eſt ce qu'on va voir plus au long par les propoſitions ſuivantes.

LI. Pour ſa propre ſûreté la veuve, avant d'entrer en jouiſſance des maiſons & bâtimens ſujets à ſon douaire coutumier, doit faire conſtater l'état des lieux, c'eſt une précaution qui prévient l'abus qu'on pourroit faire contr'elle de l'action dont elle eſt tenue.

Je l'ai vu ainſi pratiquer au châtelet : c'eſt prudence.

LII. Ce qui ſe paye pour le ban & arriere-ban, eſt regardé comme une charge des fruits, comme une délibation à faire ſur le total du montant d'iceux, & par conſéquent tombe ſur la douairiere à proportion de ſa jouiſſance.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 8, num. 6, & cela eſt une ſuite de l'eſprit de la coutume.

☞ Voyez auſſi Bacquet en ſon traité des droits de franc-fiefs, chap. 9, nomb. 7 ; Ricard, ſur l'art. 262 de la coutume ; & Dumoulin, ſur l'article 39 de la coutume de Vermandois. De même les charges extraordinaires, telles que les impoſitions pour les réparations d'égliſe & de preſbytere, les dixieme, vingtieme & autres taxes, doivent être ſupportés par la douairiere.

LIII. De cette charge, de certaines réparations dont la douairiere eſt tenue, il s'enſuit que ſi la douairiere n'a pas ſatisfait aux réparations dont elle eſt chargée, & que par le défaut de ces réparations, il en ſoit ſurvenu de groſſes, elle devient tenue de ces dernieres, comme on l'a déja dit, ce qui fonde le plus ſouvent l'action ſubſéquente qu'on va examiner ; & cela eſt

fondé ſur ce que les héritiers de ſon mari ne doivent pas ſouffrir par ſon fait, & par conſéquent il faut l'obliger à en réparer toutes les ſuites; fondement de l'action acceſſoire qui naît de la principale.

Le Maître, page 308.

LIV. Cette action qui naît de la principale, eſt fondée ſur ce que les enfans ſaiſis de la propriété du douaire coutumier, ou plutôt de la propriété des héritages qui le compoſent; & au défaut d'enfans, les héritiers collatéraux du mari ont action contre la douairiere, pour l'obliger à faire les réparations dont elle eſt tenue, & ce pour prévenir les ſuites de leur défaut, & l'obliger à remplir la charge que la loi lui a impoſé.

Cette action réſulte de la doctrine établie par Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 4, & on la leur donne au châtelet, ſans elle la diſpoſition de la coutume qui charge la douairiere de certaines réparations deviendroit inutile, ou du moins imparfaite, s'ils ne pouvoient l'exercer qu'après ſon décès; cette action naît donc de l'art. 262 de la coutume, & elle eſt ſi inconteſtable qu'elle en fait naître une ſubſéquente & acceſſoire.

LV. Cette action principale a encore d'autres ſuites, ils peuvent ſe faire autoriſer à avancer les deniers néceſſaires ſi l'exercice de leur action ne produit pas ſon effet, & ayant avancé ces deniers ils en ont le rembourſement contre la veuve; ce rembourſement étant la ſuite de l'action & de la charge dont la douairiere eſt tenue.

Cela eſt d'uſage au châtelet, & réſulte de la diſpoſition de la coutume.

LVI. Si la veuve dégrade les héritages ſujets à ſon douaire coutumier, elle ne doit pas pour ce être privée de la jouiſſance d'icelui, mais elle doit des dommages & intérêts aux héritiers de ſon mari; c'eſt une ſuite de la condition que la coutume attache à ſa jouiſſance: en effet, il eſt de principe que tout uſufruitier doit jouir en bon pere de famille.

Le Brun, traité des ſucceſſions, page 297 & 298. Nous avons des coutumes qui, en ce cas, la privent de ſon douaire, elles ſont rapportées par de Renuſſon, traité des douaires, ch. 12, num. 21 & 22, page 269; mais c'eſt droit exorbitant.

DISTINCTION IX.

De l'action de la veuve contre les enfans douairiers, ou héritiers du mari au ſujet des groſſes réparations.

LVII. Sur cela il faut diſtinguer les réparations à faire lors de l'ouverture du douaire, & celles qui ſurviennent depuis; la douairiere n'a aucune action pour les groſſes réparations qui ſont à faire, lors de l'ouverture de ſon douaire, ſauf la limitation ci-après; tel eſt le principe général qui eſt fondé ſur la réalité d'un tel douaire.

Voyez les autorités rapportées ſur la propoſition qui ſuit, leſquelles jointes à ce qu'on a vu ci-deſſus, que la veuve jouit de l'héritage dans l'état d'accroiſſement où ſon mari l'a mis, doivent faire rejetter l'opinion de le Maître, qui, à la page 307, lui donne action pour ce qui eſt à réparer lors de l'ouverture du douaire: action qu'on ne peut adopter que dans le cas qu'il y auroit une affectation marquée de la part du mari, comme on le verra ci-après.

LVIII. En effet, elle doit prendre les héritages dans l'état qu'elle les trouve au moment de cette ouverture ſous la reſtriction ci-après; & comme elle gagne par l'augmentation, il eſt juſte que la diminution lorſqu'elle s'eſt faite ſans fraude & ſans affectation, tombe ſur elle; voilà le véritable eſprit de la coutume.

Dupleſſis, dans ſon traité du douaire, ch. 2, ſect. 2, pag. 243, propoſe cette queſtion ſans ouvertement la décider; mais il paroît qu'il incline pour refuſer l'action à la veuve, & il la lui refuſe ouvertement à la page 249. L'auteur des notes ſur le Maître, pag. 297, confirme la propoſition; je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet; & c'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, page 296, dans le cas que les dégradations viennent de vétuſté, ce qui exclut toute mauvaiſe intention de la part du mari. En effet, le douaire coutumier eſt réel, & c'eſt la réalité qu'il faut prendre ſi la fraude ne l'a pas diminué.

LIX. Cependant ſi le mari, pour affoiblir le douaire, avoit par affectation détérioré les héritages qui y étoient ſujets, la veuve auroit action, ce ſeroit de la part du mari une contravention à un droit auquel il a aſſujetti ſes biens; contravention qui feroit ouverture à cette action qui auroit lieu principalement, ſi un mari avoit démoli un bâtiment ſujet au douaire, & employé les matériaux à conſtruire un édifice ſur un autre terrein, non ſujet au douaire; en ce cas la fraude ſeroit viſible.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la même page 243; le Brun, à l'endroit qu'on vient de citer; l'auteur du traité du douaire, ch. 3, num. 77, 78 & 79, pag. 71, 72 & 73, & en ce cas l'action ſeroit pleine & non limitée, comme on le verra par la diſtinction qui ſuit, autrement ce ſeroit rendre le mari maître de ſe ſouſtraire à un engagement qui de ſa part eſt inviolable.

LX. A l'égard des groſſes réparations qui ſurviennent à faire pendant ſa jouiſſance, elle a action pour obliger les enfans ou héritiers à y contribuer, ſi mieux ils n'aiment qu'elle faſſe pour ce les avances néceſſaires; & cette action eſt fondée ſur ce que ſon

douaire ne doit pas lui devenir totalement infructueux ; cependant il le deviendroit ſans cette action : il faut donc la lui donner comme naiſſant naturellement de la diſpoſition de la coutume ; c'eſt une foible raiſon que de dire que c'eſt une perte qui tombe, tant ſur l'uſufruit que ſur la propriété ; c'eſt s'écarter de l'équité & de l'eſprit de la coutume que de l'adopter ; car la coutume en établiſſant le douaire a eu en vue un certain revenu, & c'eſt à cette fin à laquelle il faut tendre par l'adoption des actions qui y conduiſent.

J'ai entendu quatre anciens avocats donner cette action à la veuve ; Dupleſſis, page 249, propoſe la queſtion ſans la décider ; il dit que Tournet rapporte un ancien arrêt qui dénie cette action, mais ſans paroître ſe rendre à cet arrêt ; cependant le douaire ne doit pas être totalement infructueux, pourquoi je ne vois pas qu'on puiſſe lui dénier l'action en répétition, telle qu'elle eſt expliquée & limitée par la propoſition qui ſuit, & par la diſtinction ſuivante ; & l'arrêt rapporté par Tournet, en date du 31 mars 1553, a ſans doute été rendu ſur des circonſtances particulieres, & par conſéquent ne doit pas altérer l'eſprit de la coutume.

LXI. Mais elle n'a pas action pour la totalité du montant de ces réparations, ou pour la répétition d'icelles, ſi elle en a avancé le montant, ſon action ſe réduiſant à une alternative qu'on verra par la diſtinction ſuivante, parce qu'elle doit y contribuer elle-même ; en effet, ces groſſes réparations diminuant le fonds du douaire en diminuent pareillement le fruit ; ce qui néceſſite la contribution qui forme la matiere de la diſtinction qui ſuit, comme méritant un examen particulier.

Voyez l'auteur du traité du douaire, chap. 3, num. 83, page 75, où il ſoutient que la maiſon ſujette à un douaire coutumier, étant entierement ruinée depuis l'ouverture du douaire, la douairiere eſt privée, quant à ce, de tout droit, même de jouir de la place, ce qui eſt outré ; il fonde ſon avis ſur la loi 10, ff. *quibus modis uſusfructus vel uſus amit.* Mais l'uſufruit d'une veuve douairiere lui eſt acquis à titre onéreux, & s'il n'eſt pas abſolument tel, il eſt certain que c'eſt un uſufruit favorable, par l'établiſſement duquel la coutume a voulu lui aſſurer des alimens ; & ſi la maiſon ſe fût trouvée détruite par vétuſté, ou quelque force majeure lors de l'ouverture du douaire, elle auroit eu l'uſufruit de la place ; pourquoi en ſera-t-elle privée, ſi cet événement arrive depuis l'ouverture du douaire ? Cette opinion me paroît contraire à l'eſprit de la coutume & à la nature du douaire, qui eſt un droit favorable : c'eſt préférer de foibles raiſons logiciennes & peu ſatisfaiſantes, à ce que l'exacte raiſon & l'équité manifeſtent.

DISTINCTION X.

De la contribution qui eſt à faire entre la veuve & les héritiers au ſujet des groſſes réparations qui ſurviennent à faire.

LXII. On a déjà annoncé ſur ce une contribution ; en effet, comme ces réparations diminuent le fonds du douaire, elles en diminuent pareillement le fruit ; ainſi la veuve y doit contribuer de la maniere qu'on va l'expliquer : contribution qui conſervant les droits de la veuve & des propriétaires du fonds ſujet au douaire coutumier, reſſerre ces mêmes droits dans les limites de la loi, conformément à ſon eſprit & à la diminution réelle de la choſe qui tombe, tant ſur le fruit que ſur le fonds ; encore une fois, voilà le principe général, voyons-en les conſéquences.

Cela tombe également ſur l'uſufruit & la propriété, dit Dupleſſis à la même page 229, le premier étant une portion diſtraite de l'autre. Voyez les propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

LXIII. Dans le principe de droit, cette contribution doit ſe faire entr'eux à proportion de ce qu'ils amendent dans le douaire ; toute la difficulté ne conſiſte donc plus qu'à fixer leur amendement. Pour faire cette contribution arithmétiquement, il faut que ceux à qui appartient le fonds du douaire avancent tout le montant de la groſſe réparation ou reconſtruction, & que la veuve douairiere leur paye l'intérêt de cette avance à raiſon du denier 20 pour moitié, ſi elle ne jouit que de moitié de l'objet réparé, & pour le tout ſi elle en jouit en totalité : par-là la contribution eſt abſolument arithmétique, & par conſéquent conforme à l'eſprit de l'article 334 de la coutume, qui étant d'une ſouveraine équité, forme un droit commun ſur les contributions.

C'eſt ainſi que j'ai entendu décider cette queſtion par quatre anciens habiles avocats, dont les uns avoient plaidé pendant trente ans, les autres pendant quarante ans au châtelet ; ce qui me paroît très-équitable, & qui ne s'entend toujours que dans le cas que les enfans veulent ſe prêter à cette avance, car ils peuvent s'y refuſer. Voyez la propoſition ſuivante qui explique quel eſt en ce cas le droit de la veuve.

LXIV. Si les enfans douairiers ou héritiers du mari ne veulent pas faire cette avance, car la veuve ne peut les y contraindre, la douairiere a une voie pour empêcher que le fonds de ſon douaire ne lui ſoit infructueux ; c'eſt d'emprunter à conſtitution deniers ſuffiſans pour faire la groſſe réparation, & en payer les arrérages tant qu'elle vit, en totalité, ſi elle jouit en totalité, & pour moitié, ſi elle ne jouit que pour moitié ; ce qui conſerve ſon droit, ainſi que celui des propriétaires qui ſont tenus du fonds de la rente, comme elle eſt tenue des arrérages, ſauf à faire tomber ſur la veuve la diminution que la groſſe réparation ou la reconſtruction auroient pu ſouffrir pendant ſa jouiſſance.

Il eſt prudent qu'elle ſe faſſe autoriſer pour ce par une ſentence ; cela prévient des conteſtations.

LXV. Dans ce dernier cas les douairiers ou héritiers du mari doivent acquitter la ſucceſſion de la femme du capital de cette rente, & des arrérages, à compter depuis le décès de la douairiere ; ce capital étant la charge du fonds qui leur appartient.

Ce fonds eſt leur choſe, & il leur reſte ainſi réparé & augmenté ; c'eſt donc ſur eux que le capital doit tomber.

LXVI. Dans l'un & dans l'autre cas la contribution eſt exacte, le fonds & le fruit du douaire fourniſſent avec une proportion abſolument arithmétique, ſauf l'effet de la diminution naturelle de la nouvelle conſtruction qui doit tomber ſur la veuve, parce que ſans cela on augmenteroit le fruit aux dépens du fonds.

Mais ſi la jouiſſance de la femme avoit été longue, & que pendant icelle le nouveau bâtiment par elle fait fût diminué de valeur, en ce cas les héritiers du mari ou douairiers ne ſeroient tenus du capital de la rente que juſqu'à concurrence de la valeur qu'auroit le nouveau bâtiment, lors de l'extinction du douaire, parce que l'uſufruit doit à proportion ſupporter la charge de cette diminution, puiſque c'eſt pour la conſervation de l'uſufruit, autant que pour celle du fond, que la dépenſe a été faite.

SECTION II.

Quand la veuve eſt privée de ſon douaire.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle en eſt privée par l'adultere.

LXVII. La femme que le mari a fait condamner comme adultere, eſt privée de ſon douaire ; un tel crime l'en rend abſolument indigne & la dépouille de ſes conventions matrimoniales.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 21; Henrys, tome 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 64; le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 20; mais lorſque le mari a diſſimulé l'adultere, & ce pour ſe ménager un certain avantage, pour conſerver un certain intérêt, la privation du douaire n'a pas lieu contre la femme, & les héritiers du mari ne peuvent commencer la pourſuite pour parvenir à cette privation. mais lorſque le mari en a fait plainte, mais ſans pourſuite, la privation du douaire durant la vie de la veuve, eſt appliquée aux pauvres, non aux héritiers du mari; arrêt du 3 février 1656, rapporté dans le premier volume du journal des audiences : jugement équitable, mais duquel il ſeroit difficile de tirer une régle générale. Quant à la maxime contenue dans la propoſition, elle eſt atteſtée par Coquille, queſt. 147; par Loyſel, du douaire, rég. 39, & elle eſt conforme à l'article 336 de la coutume de Tours, & aux arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire art. 43.

LXVIII. L'accuſation de ce crime pourſuivie par le mari, & ſubſiſtante lors de ſon décès, ſuffit pour cette privation, lorſque les héritiers du mari, ſur les erremens de cette pourſuite, font condamner la femme comme adultere ; mais ces derniers ne peuvent la commencer, leur pouvoir ſe réduit à la continuer.

Robert, liv. 1, ch. 14; autre arrêt qui a jugé cette privation en faveur des héritiers du mari, ſur la pourſuite par eux continuée de l'accuſation intentée par le mari, rapporté par de Montholon, ch. 140; Bouguier, let. A, num. 2; Louet, let. J, num. 4; & autrement ce crime, quoique pourſuivi par le mari, deviendroit impuni ; mais le ſilence du mari, ſeul vengeur de ce crime, ferme la bouche aux autres ſur ſa pourſuite. Voyez ſur ce les dernieres citations ſur la propoſition précédente. Quant à la fin de non-recevoir réſultante du ſilence du mari contre ſes héritiers, voyez Louet & Brodeau, let. D, chap. 43 ; & Loyſel, du douaire, reg. 39.

LXIX. La reconciliation entre le mari & la femme depuis cette pourſuite, rend les héritiers du mari non-recevables à la continuer, la reconciliation l'ayant entiérement effacée ; c'eſt ſon juſte effet.

Sur la queſtion de ſçavoir quand la tranſaction ſur le crime d'adultere eſt valable, voyez Bardet, tom. 1, liv. 1, chap. 67; & ſur la queſtion de ſavoir, ſi l'action de ſuppoſition de part appartient aux collatéraux, le mari vivant, voyez le même, tom. 2, liv. 7, ch. 31.

LXX. L'impudicité de la veuve pendant l'année de ſon deuil eſt une cauſe pour la priver de ſon douaire ; mais cette privation dépend beaucoup des circonſtances, ſur quoi il faut diſtinguer entre le convol indécemment précipité, & l'impudicité prouvée pendant l'an du deuil : cette derniere doit emporter la privation du douaire, mais l'autre ne l'emporte pas indiſtinctement.

Robert, liv. 1, ch. 13, rapporte un arrêt qui la prive de ſon douaire, mais l'arrêt du 7 janvier 1648, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 26, juge le contraire. Voyez le Brun, de la communauté, page 475, num. 26; les circonſtances déterminent ; elles effacent ou augmentent l'indignité : par l'arrêt du 20 juin 1664, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, une veuve qui s'étoit remariée trois jours après la mort de ſon mari a été privée de ſon douaire ; l'arrêt du 26 mars 1680, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 96, & dans le quatrieme volume du journal des audiences, a adjugé le douaire à une veuve remariée dans l'an ; mais l'impudicité de la veuve pendant l'an du deuil, la prive de ſon douaire ſuivant l'arrêt du 23 mai 1704, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 50, pag. 405. Voyez Louet, let. D, ch. 43, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, du douaire, art. 43.

☞ La veuve eſt encore privée de ſon douaire & uſufruit ès choſes où elle malverſe ; il y a des

coutumes qui en contiennent des diſpoſitions préciſes, comme celle de Bourbonnois, art. 264, celle du Maine, art. 324, & celle d'Anjou, art. 312 : mais il faut pour opérer cet effet, que les malverſations & dégradations ſoient bien prouvées, & l'abus bien marqué ; auquel cas on peut demander que ſa jouiſſance réelle ſoit convertie en un certain revenu. Voyez Pocquet de Livoniere en ſes remarques ſur l'article 311 de la coutume d'Anjou ; mais il ſemble que le ſentiment de le Brun à cet égard eſt préférable ; il penſe que quand la veuve commence à en abuſer, on doit ſe contenter de prendre des précautions pour empêcher qu'elle ne dégrade les héritages dont elle a la jouiſſance.

LXXI. Le mari ne peut accuſer un particulier d'avoir commis adultere avec ſa femme lorſqu'il ne la pourſuit pas ; ſon ſilence à ſon égard étant inalliable avec une telle pourſuite.

Bardet, tom. 1, liv. 2, chap. 47.

DISTINCTION II.

Que la mort civile de la veuve ne l'en prive pas indiſtinctement, mais bien l'indignité.

LXXII. Lorſque la mort civile de la veuve eſt la ſuite d'une condamnation infamante, elle dépouille la veuve de ſon douaire, telle condamnation la dépouillant de tous les droits qui lui ſont lors acquis, c'eſt-à-dire, de tous les droits de citoyens, & par conſéquent du droit de douaire légal ou conventionnel.

C'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 12, num. 31, pag. 269 ; de le Brun, des ſucceſſions, pag. 298, num. 51 ; de le Maître, pag. 309. Voyez ci-devant le titre de la mort civile, où cela eſt établi ; en effet, cette privation eſt ſuite inévitable de la mort civile infamante qui influe ſur tous droits civils.

LXXIII. De-là il s'enſuit que par une telle condamnation les héritiers du mari & les biens d'icelui ſont affranchis du douaire ; c'eſt conſolidation de l'uſufruit avec la propriété.

Par la loi 16, au code *de uſufructu*, l'uſufruit ſe perd *maximâ & mediâ capitis minutione*, & cette perte ne peut profiter qu'au propriétaire ; c'eſt droit commun.

LXXIV. En effet, par cette condamnation la veuve devient incapable de continuer la jouiſſance, quoique depuis une telle condamnation, elle ſoit capable d'une penſion viagere ; parce que dans ce dernier cas, il ſuffit de vivre pour être capable d'une telle libéralité, & que la préſomption eſt qu'elle n'a été faite, qu'eu égard à ſon état : préſomption qui ceſſe par rapport à un droit acquis avant la mort civile ; droit que cette mort efface entiérement, quoique réduit à un uſufruit, tel étant l'effet de la mort civile qui influe ſur tout droit acquis ; ce qui ne s'étend à la fuite du royaume pour fait religion.

La veuve fugitive pour fait de religion n'éteint pas ſon douaire par ſa retraite, & il ſubſiſte tant qu'elle vit, tant en faveur de ſes créanciers, qu'en faveur de ſes parens, que l'édit du mois de décembre 1689, a ſaiſi de ſes biens, mais qu'il ne ſaiſit que comme une remiſe en leur faveur du droit de confiſcation des biens d'un tel fugitif qui étoit acquis au Roi : arrêt du 19 juillet 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 16, pag. 783 : ce qu'il convient obſerver ſur l'effet que produit la mort civile relativement au douaire.

LXXV. Mais la mort civile qu'une veuve encourt par la profeſſion en religion ne la prive pas de ſon douaire, s'il eſt modéré ; c'eſt en ce cas un aliment favorable & dont la faveur s'augmente par la perſonne qui en doit jouir, & cela eſt fondé ſur ce qu'indépendamment qu'une telle mort civile eſt reſpectable, & que c'eſt le cas d'appliquer la maxime, qu'il ſuffit de vivre pour jouir d'un tel viage ; c'eſt qu'une veuve ne peut faire plus d'honneur à la mémoire de ſon mari que de ſe conſacrer à Dieu après ſa mort, ce qui a lieu pour le préfix comme pour le coutumier ; la faveur pour l'un comme pour l'autre, étant la même : ainſi dans le cas d'une telle mort civile le douaire doit donc ſubſiſter, mais ne doit ſubſiſter qu'autant qu'il eſt proportionné aux beſoins de la veuve qui a encouru cette mort civile.

Cela eſt atteſté par de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 12, num. 24 & ſuivans ; par le Maître & par l'auteur des notes ſur ſon commentaire, pag. 308 ; arrêt du 23 janvier 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 23. Ce même arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 21, ce qui a encore été jugé par un autre arrêt du 2 juin 1636, rapporté par le même auteur, tom. 2, liv. 5, ch. 20. Voyez le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 298, num. 51, où il ſoutient que ſi le douaire eſt exceſſif, il doit être modéré ; c'eſt auſſi le ſentiment de l'auteur du traité du douaire, au même chapitre 12, num. 28, pag. 267 : ce qui eſt très-juſte en ſoi, & conforme aux principes, le douaire ne ſubſiſtant en ce cas que comme aliment. Joignez encore aux autorités ci-deſſus, Montholon, arrêt 135 ; Robert, liv. 4, ch. 16, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art. 41.

LXXVI. L'indignité produit, quant au douaire, le même effet que la mort civile ; la veuve qui ne venge pas la mort de ſon mari eſt privée de ſon douaire : c'eſt de ſa part une indignité qui lui fait encourir cette perte ; c'eſt encore une indignité de ſa part & qui produit le même effet que d'avoir ſans cauſe légitime abandonné ſon mari, & ne s'être pas trouvée avec lui au moment de ſon déces.

De Renuſſon

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 12, num. 12, pag. 258 : voyez le même chapitre ſur les autres cauſes qui privent la veuve du douaire ; quant à la derniere partie de la propoſition, elle eſt conforme aux arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art. 42 ; c'eſt même un droit commun, telle étant la diſpoſition de la coutume de Normandie, art. 376 & 377 ; de celle de Bretagne, art. 430 ; de celle d'Anjou, art. 314, & de celle du Maine, art. 317.

☞ Sur la privation réſultante de l'abſence ſans cauſe, voyez l'arrêt du 7 juillet 1681, rapporté par Brillon en ſon dictionnaire des arrêts, *verb.* douaire, par lequel la veuve du comte de Neuchaiſe a été déclarée déchue de ſon douaire, pour avoir abandonné ſon mari ſans en être ſéparée par juſtice, & ne s'être pas trouvée auprès de lui au moment de ſa mort ; il étoit paralitique, il y avoit déja quelques années, & il tomba dans le feu, où il fut brûlé avant que d'être ſecouru.

SECTION III.

Du douaire coutumier conſidéré dans la perſonne des enfans.

(Art. 249 & 255 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Quel eſt le droit des enfans & des héritiers pendant la jouiſſance de la veuve.

LXXVII. Pendant cette jouiſſance la nue propriété des héritages & immeubles ſujets au douaire coutumier réſide dans leur perſonne, la loi les en ſaiſit & la propriété ne peut être en ſuſpend ; ce qui s'entend dans la coutume de Paris & autres ſemblables, car il y a des coutumes dans l'étendue deſquelles le douaire coutumier n'eſt que viager pour la veuve ; mais ces coutumes ſont reſtées à la moitié de leur chemin.

Voyez les notes ſur la propoſition ſuivante, & les art. 249 & 255 de la coutume de Paris ; l'art. 299 de celle d'Anjou, & l'art. 313 de celle du Maine.

LXXVIII. De-là il s'enſuit que du jour du décès du mari ils peuvent hypothéquer, même aliéner le fonds du douaire, en laiſſant la jouiſſance à la veuve ; c'eſt leur bien, ils peuvent donc en diſpoſer : à plus forte raiſon en mourant, quoiqu'avant leur mere & après le décès de leur pere ils en tranſmettent le droit à leurs héritiers tels qu'ils ſoient, puiſque le droit leur étoit acquis au moment de l'ouverture de leur ſucceſſion ; mais avant ce décès ils n'ont qu'une expectative, qu'un droit conditionnel.

Ce fonds peut être ſaiſi réellement ſur eux, mais à la charge de la jouiſſance de la veuve ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité du douaire, chap. 2, page 349 : c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & ce qui réſulte du texte. Quant à la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur la régle, le mort ſaiſit le vif ſon plus prochain héritier habile à lui ſuccéder. On examinera par la ſubdiviſion ſeconde de la diſtinction ci-après, auquel des héritiers le fonds du douaire appartient : ſa nature détermine ſur cela.

LXXIX. Si la douairiere avoit vendu ſon uſufruit à un étranger, les enfans douairiers ou les héritiers du mari, pourroient l'évincer en lui rendant le prix de la ceſſion ; leur qualité de propriétaires les rendant ſur ce plus favorables qu'un étranger : ce droit qui leur eſt accordé eſt fondé ſur une équité ſouveraine.

Voyez le titre des tranſports, & le Brun, des ſucceſſions, pag. 299, num. 53 : c'eſt rétroceſſion forcée que la faveur ſoutient, ainſi que les principes.

LXXX. Ils ont action contre le ceſſionnaire de la veuve, pour l'obliger à réparer, & pour l'empêcher de dégrader s'ils ne veulent exercer ce droit de préférence, parce qu'en cette partie il repréſente la veuve ; or on a établi que la veuve étoit tenue de cette action : cette même action doit donc militer contre ſon ceſſionnaire qui la repréſente quant à ce.

Cela a été établi ci-deſſus à l'égard de la veuve.

DISTINCTION II.

Du retour effectif du fonds du douaire en faveur des enfans.

SUBDIVISION PREMIERE.

Quand & comment les enfans douairiers jouiſſent pleinement du fonds du douaire, & du jour qu'ils gagnent les fruits.

(Art. 251 de la coutume.)

LXXXI. Les enfans ne ſont ſaiſis du fonds du douaire en qualité de douairiers qu'en renonçant à la ſucceſſion de leur pere ; les qualités de douairier & d'héritier étant incompatibles, & cette renonciation à la ſucceſſion néceſſaire de la part des enfans pour avoir droit & qualité de revendiquer le douaire, eſt de droit commun ; c'eſt table de naufrage, c'eſt l'eſprit du droit coutumier.

Dupleſſis, traité des douaires, ch. 4, ſect. 1, pag. 250. S'ils mouroient avant lui, il eſt caduc à leur égard ; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 5, num. 3, pag. 122 ; ainſi en ce cas le fonds du douaire paſſe comme le ſurplus de la ſucceſſion, c'eſt-à-dire, chargé des hypothéques ; quant à l'incompatibilité, c'eſt le texte même de la coutume qui la prononce, & c'eſt droit commun. Voyez l'art. 399 de la coutume de Normandie dans ſa derniere partie, & l'art. 401.

LXXXII. Par cette renonciation le fonds du douaire leur appartient libre de toutes

dettes contractées pendant le mariage; c'eſt, comme on l'a dit ci-deſſus, une portion que la loi leur aſſigne ſur les biens de leur pere, comme une derniere table de naufrage; par conſéquent portion très-favorable qui leur eſt aſſurée *jure contractus*, *non jure hereditario*, ce qui l'affranchit de toutes dettes poſtérieures au mariage.

Dupleſſis, pag. 239; le douaire a été établi, dit-il, afin qu'un pere ne laiſsât pas par la ſuite des enfans gueux, miſérables & ſans alimens, & c'eſt ce qui réſulte des articles 249 & 250 de la coutume: prudentes diſpoſitions qu'on ne peut trop favoriſer.

LXXXIII. En acceptant la ſucceſſion, le fonds du douaire leur appartient pareillement; mais il leur appartient comme bien héréditaire, & par conſéquent avec la charge des dettes, & ils jouiſſent d'icelui du jour du décès de leur mere qui fait ceſſer ſa jouiſſance; c'eſt en ce cas portion de ſucceſſion qui de fait ſe réunit au tout comme elle l'étoit déja de droit.

Cependant, comme on l'a déja dit ci-deſſus, ſi leur mere avoit vendu ſon uſufruit à un étranger, le Brun, des ſucceſſions, pag. 299, num. 53, eſtime qu'en ce cas les enfans douairiers peuvent retirer cet uſufruit des mains de cet étranger, en lui rembourſant ce qu'il a payé pour ce, comme cela ſe pratique dans les ceſſions des droits héréditaires, ce qui me paroît très-favorable.

LXXXIV. Dans le cas que la mere eſt morte avant le pere, les enfans héritiers, à plus forte raiſon les douairiers, ont la jouiſſance & la pleine propriété de la portion d'immeuble qui forme le douaire coutumier, à compter du jour du décès de leur pere, ce décès y a fait ouverture; & par celui de leur mere, il n'y a plus obſtacle à leur jouiſſance.

Dupleſſis, pag. 250; & c'eſt ce qui réſulte de l'article 256 de la coutume.

LXXXV. Tous les fruits pendans par les racines lors du décès de leur mere leur appartiennent; c'eſt un droit réel que leur douaire, ſauf le rembourſement des labours & ſemences; c'eſt ce qui réſulte encore du texte qu'on vient de citer.

Jugé ainſi par l'arrêt prononcé en robes rouges à la pentecôte 1589, rapporté par de Montholon, ch. 56; Loüet, let. F, num. 10; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 2, page 248. Il obſerve qu'ils doivent à la ſucceſſion de leur mere le rembourſement des labours & ſemences; la faveur qu'ils méritent ſemble les affranchir de ce rembourſement, & c'eſt une opinion aſſez commune; mais cette opinion eſt plus fondée ſur l'équité que ſur les principes. Voyez ci-après la ſection qui ſuit. Quant à la veuve, ou plutôt à ſa ſucceſſion, qui ne peut prétendre les fruits qui ſont pendans par les racines lors de ſon décès; cela eſt encore fondé ſur la regle *fructus naturales ſola perceptione acquiruntur*.

LXXXVI. Cela a lieu pour les étangs & les bois taillis, parce que le douaire eſt un titre lucratif, que la veuve prend & rend dans l'état qu'il ſe trouve; les enfans tiennent ces fruits de la loi & de la nature des choſes ſujettes à leur douaire, & non du fait de leur mere de laquelle ſeule ils peuvent tenir les labours & ſemences.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 14, num. 31, pag. 289, obſerve que cela a lieu, même dans le cas que la veuve douairiere auroit paſſé bail de l'héritage ſujet à ſon douaire; le Brun, des ſucceſſions, pag. 299, num. 1; en effet, le bail ne peut rien changer ſur le droit des enfans par rapport au douaire, s'ils ne ſont pas héritiers de leur mere.

LXXXVII. A l'égard des fruits civils; comme par leur nature, ils ſe partagent de jour à autre, les enfans douairiers ne les font leurs, qu'à compter du jour du décès de leur mere; c'eſt ce décès qui les ſaiſit pleinement quant à la jouiſſance.

Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer 248; le Brun, des ſucceſſions, pag. 300, num. 2.

SUBDIVISION II.

De quelle qualité eſt le fonds du douaire dans la perſonne des enfans, & ſi le pere peut les en priver.

(Art. 249 de la coutume).

LXXXVIII. Les héritages qui forment le fonds du douaire, ſont propres paternels dans la perſonne des enfans douairiers; en effet, c'eſt portion des biens du pere, qui leur tient lieu de portion héréditaire dans ſa ſucceſſion; qualités qui fondent celle de propre.

Dupleſſis, du douaire, ch. 4, ſect. 5, pag. 254; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 5, num. 2, & ch. 6, num. 22, pag. 170 & 171; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 46, pag. 75; le Maître, pag. 310; & cette qualité réſulte du texte même de la coutume.

LXXXIX. Cela a lieu, tant pour le douaire conventionnel, qui conſiſte en une rente, que pour le douaire coutumier; dans l'un & l'autre cas le fonds du douaire leur eſt propre paternel; ainſi le douaire étant d'une rente à prendre ſur les biens du pere, & cette rente étant dûe au jour du décès du douairier, elle paſſe à ſon héritier des propres paternels; il n'en n'eſt pas de même d'un douaire préfix d'une ſomme à une fois payer, il ne peut être ſuſceptible de la qualité de propre.

Si le douaire préfix conſiſtoit en une ſomme en deniers, il ſeroit mobilier dans la perſonne des enfans, ce qui auroit lieu, même dans le cas qu'ils décéderoient mineurs; la fiction portée par l'art.

94. étant de proroger une qualité ſur des deniers repréſentatifs d'un immeuble, mais non de donner une qualité qui n'a jamais été; Dupleſſis, du douaire, ch. 5, ſect. 5, pag. 254; en effet, tel douaire n'a jamais pu être ſuſceptible de la qualité de propres, & c'eſt ce que dit l'art. 259 de la coutume.

XC. Voici ce qui fonde la qualité de propre de l'héritage ou de la rente, qui forment le fonds du douaire; c'eſt une portion de la ſucceſſion du pere, que la loi leur a aſſuré, qui leur tient lieu de portion héréditaire, & qui par conſéquent, doit être propre dans leur perſonne, comme un immeuble qu'ils auroient recueilli à titre d'héritier; c'eſt portion d'hérédité: cette qualité eſt donc une ſuite des principes qui déterminent la qualité de propres.

De Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 5, num. 4, pag. 122; le Maître, tit. 11, pag. 322; & tel eſt l'uſage qui a ſa racine dans le texte de la coutume.

XCI. De-là il s'enſuit, à plus forte raiſon, que le fonds du douaire coutumier, eſt propre paternel dans la perſonne des enfans héritiers de leur pere, puiſqu'en ce cas tel objet eſt véritablement un bien héréditaire, confondu dans la ſucceſſion, & par conſéquent ſujet, comme les autres immeubles d'icelle, à la qualité de propre; d'autant plus que le douaire par l'acceptation de la ſucceſſion, n'eſt plus d'aucune conſidération.

Voyez les autorités rapportées ſur les deux propoſitions précédentes.

XCII Le pere ne peut priver ſes enfans du douaire, que lorſqu'il a cauſe légitime d'exhérédation; c'eſt la ſeule voie que la loi lui laiſſe pour cette privation, lorſque par le contrat de mariage, on n'a pas ſtipulé expreſſément l'excluſion d'icelui; mais l'enfant exhérédé valablement perd ſa portion dans le douaire; le foudre de l'exhérédation l'ayant, pour ainſi dire, retranché de ſa famille, entraîne néceſſairement cette perte & cette privation avec lui-même, puiſque le douaire tient lieu de portion héréditaire.

De Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 6, num. 17, pag. 168. Voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XCIII. En effet le principe eſt conſtant que le douaire eſt une portion de la ſucceſſion; l'exhérédation doit donc influer ſur lui.

C'eſt cette qualité qui fonde celle de propre ci-deſſus établie, & par conſéquent l'effet de l'exhérédation.

XCIV. La part que l'exhérédé auroit eu dans le douaire accroît, de même que ſa portion héréditaire accroîtroit aux autres enfans, parce qu'au moyen de l'exhérédation, il ne fait plus nombre; cela a lieu pour le préfix, comme pour le coutumier; mais n'influe pas ſur le douaire conſtitué par l'ayeul.

Le Maître, tit. 11, pag. 310; à l'égard des enfans de celui qui a été exhérédé, ils ont droit de prendre part dans le douaire conſtitué par leur ayeul, dans le cas qu'ils peuvent avoir capacité & habileté à lui ſuccéder; de Renuſſon, au même ch. 6, num. 18; voyez le même auteur, en ſon traité des propres, ch. 2, ſect. 7, & le titre des ſucceſſions ci-après, où l'on établit les cas dans leſquels les enfans de l'exhérédé ont capacité pour ſuccéder à leur ayeul.

SECTION IV.

Du retour du douaire coutumier au profit des collatéraux du mari; ſi la veuve peut en hypothéquer le fonds, & du rembourſement des labours & ſemences.

(Art. 263 de la coutume.)

XCV. S'il n'y a aucun enfant douairier, ſi même il n'y en a aucun héritier de leur pere, cela ne change en rien le droit de la veuve, par rapport au douaire coutumier, qui eſt un ſimple viage, à moins que par le contrat de mariage, le douaire n'ait été ſtipulé ſans retour, ce qui ne peut s'appliquer qu'au préfix & ne ſe ſupplée pas comme on l'a dit ci-deſſus; il en faut ſtipulation expreſſe: ainſi dans le cas ordinaire, le fonds du douaire retourne aux héritiers du mari; c'eſt portion de ſa ſucceſſion, dont ils ne ſont privés que pendant la durée d'un certain uſufruit, uſufruit auquel la coutume a réduit la veuve, & qui laiſſe par conſéquent, la propriété du fonds d'icelui à ceux qu'elle a ſaiſi de la ſucceſſion du mari, ſi la veuve n'en n'a été expreſſément gratifiée.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248, & c'eſt ce que dit le texte.

XCVI. La différence qu'il y a entre ces derniers & les enfans, c'eſt que ces derniers ne peuvent avoir droit au douaire qu'en qualité d'héritiers du mari, au lieu que les enfans peuvent l'avoir en renonçant; pour les premiers, c'eſt portion aſſurée & affranchie de toutes dettes poſtérieures; pour les autres, c'eſt ſimple droit héréditaire, & le fonds du douaire eſt propre dans la perſonne des héritiers collatéraux, & ce du côté & ligne du mari qui l'a conſtitué, comme il eſt propre dans la perſonne des enfans; c'eſt bien héréditaire dans la perſonne des uns comme des autres, ce qui fonde cette qualité; tout bien recueilli par la voie de la ſucceſſion légitime ayant cette qualité par la diſpoſition de la loi.

Cela ne s'entend que lorſque le fonds du douaire eſt un immeuble ; ſi c'étoit une rente que l'héritier faiſoit à la veuve, les immeubles de la ſucceſſion en ſont d'autant déchargés, & la rente n'étant plus ſubſiſtante, ne peut plus faire la matiere d'une queſtion de propre, ce qui ne peut tomber que ſur un douaire préfix ; l'on examine ici que le coutumier ; ainſi cette limitation ne peut avoir lieu ſur la propoſition.

XCVII. Tous les fruits pendans par les racines au moment du décès de la veuve appartiennent à ces héritiers du mari, comme ils auroient appartenu aux enfans, ſauf le rembourſement des labours & ſemences, qui eſt dû à la ſucceſſion de la veuve, lorſque c'eſt elle qui en a fait la dépenſe.

Fructus naturales ſolâ perceptione acquiruntur, dit Dupleſſis, du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248 : mais les labours & ſemences doivent être rembourſés à la ſucceſſion de la douairiere ; le Maître, & l'auteur des notes qui y ont été ajoutées, pag. 309 ; rembourſement qui dans la bonne régle eſt même dû par les enfans, comme on l'expliquera par la ſuite, la faveur qu'ils ont ne pouvant faire ceſſer cette juſtice.

XCVIII. A l'égard des fruits civils, ils n'appartiennent aux héritiers collatéraux du mari, ainſi qu'aux douariers ou héritiers directs, que du jour du décès de la veuve ; ces fruits dans tous les cas, ſe partageant de jour à autre.

De die in diem debentur ; ce que deſſus s'entend, tant de l'un que de l'autre douaire, c'eſt-à-dire pour le coutumier des rentes foncieres & conſtituées qui y ſont ſujettes, comme du douaire préfix.

XCIX. La veuve ne peut charger le fonds du douaire ; le fonds du douaire coutumier retourne, ſoit aux enfans douairiers, ſoit aux enfans héritiers, ſoit aux collatéraux franc & quitte de toute hypothéque du chef de la veuve, parce que, comme on l'a vu, elle n'a de ce fonds que la jouiſſance, & non la propriété ; d'où il s'enſuit qu'elle n'a pu l'hypothéquer.

Voyez les premiers chapitres de ce titre, cette limitation de ſon droit qui fonde la propoſition, y eſt établie.

C. Du même principe, il s'enſuit que le bail fait par la veuve, de l'héritage, ou maiſon ſujets à ſon douaire coutumier, ne milite pas ni contre les enfans douairiers, ni contre les héritiers, qui peuvent expulſer le fermier, en lui donnant néanmoins délai ſuffiſant ; ce délai eſt juſtice ; il peut même lui être dû un dédommagement.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet ; & c'eſt ce qui réſulte de ce que dit de Renuſſon, traité du douaire, ch. 14, num. 25, pag. 296 ; mais tel bail militeroit contre les enfans s'ils étoient héritiers de leur mere, parce qu'en cette qualité ils ſont tenus de ſes faits.

CI. En cas d'expulſion du fermier introduit par la veuve douairiere, la ſucceſſion de la veuve eſt tenue de le dédommager, ſi par le bail elle a tu ſa qualité d'uſufruitiere ; ce ſilence étant un dol de ſa part : dédommagement qui ceſſe ſi elle a loué en cette qualité, parce que dans ce dernier cas le fermier, le locataire ont ſciemment couru les riſques de l'expulſion.

Voyez le titre des baux où cela eſt établi ; d'où il réſulte que ſi elle n'a pas tû ſa qualité, & qu'au contraire ce ne ſoit qu'en cette qualité qu'elle ait contracté avec lui, ſa ſucceſſion n'eſt ſujette à aucun dédommagement.

CII. A l'égard du rembourſement des labours & ſemences, la ſucceſſion de la douairiere en a-t-elle répétition contre des enfans douairiers ? c'eſt pour eux une derniere table de naufrage ; la faveur de tels enfans feroit-elle que l'équité l'emporteroit ſur la rigueur de la regle, ſuivant laquelle ils me paroiſſent aſſujettis, ainſi que les autres héritiers du mari, à faire un tel rembourſement, n'y ayant qu'un ſeul cas où la ſucceſſion de la douairiere ne puiſſe exiger un tel rembourſement ? c'eſt lorſqu'elle ne l'a pas fait elle-même au tems de l'ouverture du douaire, ce qui juſtifie qu'elle le doit faire elle-même dans ce tems, & autrement ce ſeroit ajouter à la coutume & étendre contre ſa diſpoſition, l'effet d'un titre lucratif, ce qui doit décider contre les enfans.

Je l'ai entendu ainſi décider au châtelet par les plus anciens avocats ; de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 14, num. 38, pag. 304, ne dénie ce rembourſement à la douairiere au num. 40, que lorſqu'elle ne l'a pas fait elle-même lors de l'ouverture de ſon douaire, & que les terres étoient enſemencées : ſentiment qui me paroît concilier & les principes & l'équité, mais qui conduit à charger les enfans de ce rembourſement, lorſque la veuve l'a fait ; parce que dans le cas qu'elle ne l'a pas fait, ce n'eſt plus qu'une balance.

CIII. Quant aux enfans héritiers, & à plus forte raiſon, quant aux héritiers collatéraux du mari, ils doivent inconteſtablement à la ſucceſſion de la veuve douairiere, le rembourſement de labours & ſemences qui ſe trouvent au jour de la mort de la veuve, ſur les héritages qui forment le fonds du douaire ; cela étant conſtant à leur égard, pourquoi en douteroit-on par rapport aux enfans douairiers ? je ne vois pas de raiſons de différence.

Dupleſſis, du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248, notes ſur le Maître, pag. 309 ; pour moi je n'apperçois pas aucune différence.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 19 mai 1589, rapporté par Louet, let. F. num. 10; par Brodeau au même lieu; par Montholon, arrêt 56; par Bacquet, traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 53; par Mornac, ſur la loi 13, *ſi fructuarius quibus modi uſusfructus amittitur*; & par Chopin, liv. 3, *in conſuet.* Andeg. ch. 3, tit. 1, num. 5.

SECTION V.

Quelle coutume régit le douaire coutumier.

CVI. Le douaire légal & coutumier, eſt un droit réel; cette qualité déſigne la loi qui le doit régir : ainſi c'eſt la coutume où ſont aſſis les héritages, qui régit le douaire coutumier; on n'en peut connoître d'autres; cela eſt de droit commun.

De Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 47, pag. 151; il n'en eſt pas de même du préfix, il doit ſe juger ou ſe fixer dans ſon étendue, & ce dans la thèſe générale, par la coutume du domicile des conjoints; arrêt rapporté par Bouguier, let. D, num. 16 : cependant dans les coutumes où le douaire préfix ne peut excéder le coutumier, le préfix ne peut ſe prendre ſur les héritages régis par de telles coutumes que juſqu'à concurrence du coutumier; arrêt du 28 août 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 21; autre du 23 janvier 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 1, pag. 331; ſauf à la douairiere le ſurplus de ſon action ſur les autres biens, ce qui me paroît concilier les principes. Voyez ſur la réalité du douaire coutumier les autres autorités qui ſont rapportées ſur le ch. 6 ci-deſſus; & c'eſt ce que dit l'art. 402 de la coutume de Normandie, qui ne fait par cet article que rapporter un droit commun & fondé ſur les principes généraux.

CV. De la propoſition précédente il réſulte, que l'étendue du douaire coutumier, n'eſt pas déterminé par la coutume du domicile du mari; mais par les coutumes dans l'étendue deſquelles il poſſéde des biens qui y ſont ſujets, & de même par rapport à l'étendue du douaire préfix, lorſque les biens de la coutume de ſon domicile, qui ne mettoit aucune borne au douaire préfix, ſont épuiſés; en ce cas, il faut après cet épuiſement ſe conformer aux limites que preſcrivent les coutumes qui régiſſent les autres biens.

Le Maître, tit. 11, pag. 913, & telle eſt la juriſprudence conforme à la diſpoſition de l'article de la coutume de Normandie qu'on vient de citer.

CVI. De ce même principe, naît une autre conſéquence; il s'enſuit que ſi le mari poſſéde dans deux différentes coutumes, des immeubles ſujets au douaire coutumier, que l'une de ces coutumes donne à la femme pour ſon douaire coutumier le quart de la jouiſſance, l'autre moitié, elle ne jouit que pour un quart des héritages ſitués dans l'étendue de la premiere, & pour moitié de ceux ſitués dans l'autre, & ainſi des autres; car c'eſt ſtatut réel qui doit produire ſon effet ſur les héritages ſur leſquels il a lieu : c'eſt la conſéquence qui réſulte du principe contenu dans la premiere propoſition de cette ſection, & ce qui peut influer ſur un douaire préfix, lorſqu'il y a coutume prohibitive.

Quid, lorſque le douaire eſt préfix, & qu'il y a des biens dans deux différentes coutumes, dont l'une répute le douaire propre aux enfans, & l'autre ſimplement viager, & que par le contrat de mariage il y a ſoumiſſion à la coutume qui le répute propre; voyez la ſection du douaire préfix, qui eſt la cinquieme ci-après; & l'arrêt rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 408, où cette queſtion eſt parfaitement bien traitée, & le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 687. Voyez auſſi de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 4, num. 18 & 19, & ch. 5, num. 48 : indication, comme les précédentes, qu'on ne fait ici que pour éviter la confuſion des principes ſur l'un & ſur l'autre douaire, n'examinant encore une fois ici que ce qui concerne le douaire légal & coutumier; mais il faut obſerver que dans le cas du douaire préfix, quoiqu'à ſon ſujet la coutume ſoit limitative, & que les biens de cette coutume ſoient épuiſés, l'action ſubſiſte ſur les autres biens; c'eſt l'effet naturel de la convention de l'engagement qui influe ſur tous les biens de celui qui l'a contracté.

CVII. Tout cela a lieu, tant pour le douaire coutumier de la premiere femme, que pour celui de la ſeconde, c'eſt-à-dire, que dans l'un & l'autre cas, c'eſt la coutume de la ſituation des héritages qui le régit dans l'un comme dans l'autre cas : ainſi ſur cela nulle diſtinction à faire; c'eſt toujours droit & ſtatut réel.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 50, pag. 77; en effet, ſur cela nulle diſtinction, puiſque les diſpoſitions des coutumes doivent militer pour l'un & l'autre douaire.

SECTION VI.

Du douaire coutumier d'une ſeconde femme, & des enfans d'un ſecond mariage.

(Art. 253 & 254 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De l'étendue de ce douaire lorſqu'il n'y a pas d'enfans du premier mariage, & de ſon étendue lorſqu'il y en a.

CVIII. Dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il n'y a point d'enfant du premier mariage, il a toute l'étendue du douaire coutumier du premier mariage; il en a même plus, comme on le verra ci-après : ce nouvel accroiſſement eſt toujours ſuite de la loi.

En ce cas, dit Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 5, pag. 255, il en ſera comme d'un premier mariage; ce qui prouve la propoſition.

CIX. De-là il s'enſuit qu'en ce cas, il embraſſe tous les biens que le douaire coutumier du premier mariage auroit embraſſé; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: en effet, le motif & l'objet de la réduction ne ſubſiſtant plus, la réduction ne doit plus ſubſiſter.

Voyez Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, cela eſt une conſéquence de la précédente propoſition.

CX. Cette étendue de ce douaire milite, tant en faveur de la ſeconde femme, que des enfans du ſecond mariage; le douaire de l'une, comme on l'a précédemment établi, étant toujours le douaire des autres; c'eſt même principe pour l'un & pour l'autre mariage, il leur eſt commun.

Dupleſſis, à la même page; mais ce douaire a moins d'étendue, lorſqu'il y a un enfant d'un premier mariage, comme on le verra ci-après.

CXI. En ce même cas, le douaire coutumier a plus d'étendue, que n'en auroit eu celui du premier mariage, car il embraſſe la moitié des conquêts que le mari a tiré de ſa premiere communauté; c'eſt en cela que ce douaire a plus d'étendue que celui du premier mariage; ce qui auroit lieu ſi tous les enfans du premier mariage étoient morts avant la célébration du ſecond.

Il en ſeroit de même, ſi les enfans du premier mariage étoient morts avant la célébration du ſecond, dit le Maître, pag. 322; ce qui établit la propoſition, puiſqu'en ce cas ce ſecond douaire coutumier eſt à tous égards regardé comme un premier douaire coutumier, & qu'outre ce, il tombe ſur les conquêts de la premiere communauté, ſuivant l'art. 253 de la coutume.

CXII. Lorſqu'il y a enfant du premier mariage, ce douaire coutumier n'a lieu que ſur la moitié des biens, dont la totalité avoit été pour moitié, ſujette au premier douaire, & ſur la totalité des autres immeubles acquis depuis le premier mariage; tel eſt en ce cas l'étendue du douaire du ſecond mariage: ainſi par rapport aux biens ſujets au premier douaire, celui-ci, c'eſt-à-dire, celui du ſecond mariage eſt réduit au quart de ces mêmes biens, lorſqu'il y a enfant iſſu du premier mariage; mais il s'étend ſur les immeubles acquis pendant le premier mariage, ſur leſquels le premier douaire n'a lieu: il a encore un autre objet qui forme l'avant-derniere propoſition de cette diſtinction; on va de-là tirer les conſéquences qui forment les propoſitions ſuivantes.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 5, pag. 255; c'eſt la diſpoſition de l'art. 253: voyez les propoſitions ſuivantes qui contiennent les conſéquences qui réſultent de cette diſtinction.

CXIII. De-là il réſulte qu'il embraſſe, 1°. le quart des biens ſujets au premier douaire, l'autre quart reſtant libre au mari, comme la moitié d'iceux lui reſtoit libre du premier douaire; tel eſt le premier objet du douaire coutumier du ſecond mariage, y ayant enfant iſſu du premier; car n'y en ayant pas, on a vu par les premieres propoſitions de cette diſtinction, qu'il étoit plus étendu.

Voyez Dupleſſis, à la page citée ſur la derniere propoſition, & c'eſt le texte de la coutume.

CXIV. 2°. Ce même douaire conſiſte en la moitié des conquêts de la premiere communauté; c'eſt ſon ſecond objet qui demande une explication particuliere, & qu'on fera par la diſtinction qui ſuit.

Art. 253 & 254 de la coutume, & cette moitié ne s'entend pas de la totalité d'iceux, mais de la moitié en iceux qui eſt échue au mari qui a convolé: ainſi ſur cela c'eſt le partage de la premiere communauté qui décide; c'eſt lui qui a fini la propriété du convolant.

CXV. 3°. En la moitié des immeubles qui échoient au mari pendant le ſecond mariage, par ſucceſſion ou donation en directe ſeulement; ces biens forment ſon troiſieme objet.

Ces mêmes biens ne doivent point être ſujets au douaire coutumier du premier mariage, parce que la coutume, quant à ce, le réduit ſur ceux qui ſont échus pendant le mariage: or le premier mariage ne ſubſiſte plus après la mort d'un des conjoints; tel eſt le ſentiment de Dupleſſis; le Maître, pag. 321, eſt contraire à Dupleſſis, mais en même-tems au texte, par conſéquent ſon opinion ne peut pas faire impreſſion; & l'on a établi ci-deſſus que les immeubles qui échoient au mari par ſucceſſion directe depuis la diſſolution du mariage, ne peuvent être ſujets au douaire coutumier que ce mariage a produit.

CXVI. 4°. En la moitié des immeubles acquis par le mari, depuis la diſſolution du premier mariage, juſqu'à la célébration du ſecond; de tout ce que deſſus, la veuve a le fruit, & les enfans le fonds; & tel eſt le dernier objet de ce douaire, c'eſt ainſi que la coutume l'a réglé.

Dupleſſis, pag. 254 & 255; voyez les articles 253 & 254 de la coutume.

DISTINCTION II.

Des conquêts de premiere communauté conſidérés relativement à la douairiere ou ſeconde femme, ayant douaire coutumier.

(Art. 253 & 279 de la coutume.)

CXVII. Les conquêts de la premiere communauté, ne ſont pas indiſtinctement ſujets pour moitié au douaire coutumier du ſecond mariage; s'il y a enfant ou enfans du premier mariage, ils n'y ſont ſujets que pour partie, lorſqu'il y a eu acceptation d'icelle & pour partie inférieure au quart, ce qu'on va ex-

pliquer ; on dit partie inférieure au quart, parce qu'il y a portion ſujette à réſerve : réſerve que contient l'article 279 de la coutume, & qui étant de nouvelle coutume, doit prédominer ſur l'ancienne.

Cela s'entend dans le cas des réſerves auxquelles le convol & l'exiſtence d'enfant d'un premier mariage donnent lieu ; voyez ci-après le titre des avantages que ceux qui convolent en ſecondes noces peuvent faire à leur nouveau conjoint ; c'eſt le ſiege de cette matiere, & l'endroit où cette limitation a dû être établie : il eſt vrai que l'art. 253 de la coutume eſt contraire à la propoſition, mais elle eſt conforme à l'art. 279 : voilà donc deux articles à concilier, mais leur conciliation eſt facile, puiſque le dernier eſt de la derniere réformation, & que comme tel, il doit prédominer ; ſans cela, on l'anéantit, & on réduiroit cinq enfans du premier lit à la moitié en faveur du ſeul enfant du ſecond lorſque les premiers doivent avoir les cinq ſixiemes : voyez ci-après la ſixieme diſtinction de la ſect. 5, du chap. ſecond du tit. des donations faites par celui qui a convolé en ſecondes noces.

CXVIII. Les parts que les enfans du premier mariage doivent y amender, & ce dans la ſucceſſion du conjoint qui a convolé (car on ne parle pas ici de leurs portions perſonnelles & qui leur appartiennent de leur chef) ces portions en ſont affranchies, & cet affranchiſſement eſt ſuite de l'article 279 de la coutume ; diſpoſition qui lui eſt particuliere, & exorbitante du droit commun, mais qui doit être regardée à Paris comme inviolable.

Voyez l'art. 279 de la coutume, & le titre indiqué ſur la propoſition précédente ; on y verra que ces portions en ſont affranchies, parce que la nouvelle coutume les leur aſſigne.

CXIX. En effet, la nouvelle coutume leur réſerve ces parts perſonnelles & viriles, mais dans le cas d'acceptation ſeulement de la communauté, & cette nouvelle coutume modifie & prédomine ſur l'ancienne, qui donnoit la moitié des conquêts de premiere communauté pour le ſecond douaire coutumier ; ainſi la ſeconde femme ne peut entamer par ſon douaire coutumier les parts que la nouvelle coutume aſſure aux enfans du premier lit, dans ces mêmes conquêts de premiere communauté ; autrement ce ſeroit anéantir l'addition, la réformation que la nouvelle qui coutume a fait à l'ancienne.

Cela a été ainſi jugé par ſentence du châtelet, rendue ſur production des parties au profit des nommés Brou, au rapport de M. Heron ; j'avois écrit au procès ; voyez l'arrêt du 10 juillet 1656, ajouté à la fin du premier volume du journal des audiences ; & cela eſt ſuite de l'art. 279, qui étant de nouvelle coutume, modifie l'ancienne, & doit prédominer ; ce qu'on examine encore une fois plus à fond ci-après, en examinant les avantages qui ſont licites de la part d'un conjoint convolant en faveur de ſon nouveau conjoint.

CXX. Cette reſtriction de portion des conquêts de premiere communauté affranchis d'un ſecond douaire coutumier, n'a lieu que dans le cas que la premiere communauté a été acceptée par les enfans du premier mariage ; s'il y a eu renonciation elle ceſſe, telle renonciation faiſant ceſſer la réſerve : parce qu'en ce cas elle n'a plus de baſe ni d'objet, & de matiere ſur laquelle on puiſſe l'aſſeoir ; & c'eſt là le cas dans lequel s'applique entiérement la diſpoſition de l'article 253 de la coutume.

Voyez la propoſition qui ſuit qui contient la conſéquence de ce qui réſulte de celle-ci.

CXXI. D'où il réſulte, que s'il y a eu renonciation de leur part à cette premiere communauté, les conquêts d'icelle ſont ſujets pour moitié au douaire coutumier du ſecond mariage, & non pour un quart, comme ils y ſont ſujets dans la théſe générale d'acceptation ; & ce ſauf la limitation pour les parts viriles des enfans du premier lit, expliqué par la premiere & par la ſeconde propoſition de la diſtinction préſente dans le cas de l'acceptation ; parce qu'il faut en ce cas, ſuivant la nouvelle coutume, que ces portions ſoient intégrales, c'eſt-à-dire, qu'elles militent pour l'étendue que la nouvelle coutume leur donne, & a réſervé aux enfans du premier lit.

C'eſt une juriſprudence conſtante au châtelet, que dans le cas de la renonciation à la communauté, on ne conſidere plus les conquêts de premiere communauté, & qu'ils ſont regardés comme biens libres dans la perſonne du pere qui a convolé ; l'opinion contraire n'a aucune baſe : en effet, au moyen de la renonciation il n'y a plus de biens provenans de la commune collaboration ; tels biens par rapport à la réſerve ordonnée par l'art. 279 de la coutume, ne peuvent donc plus être d'aucune conſidération.

CXXII. De cette reſtriction que les parts des enfans du premier lit, dans les conquêts de premiere communauté acceptée & à eux réſervés dans la ſucceſſion du convolant, ne ſont pas ſujets au ſecond douaire coutumier ; il en réſulte que s'il y a deux enfans du premier lit, & un ſeul du ſecond, ces conquêts ne ſeroient ſujets au ſecond douaire, que pour un tiers en la moitié ; c'eſt un ſixieme au total, les enfans du premier lit en ce cas ayant trois ſixiemes en iceux de leur chef, & comme héritiers de leur mere, & deux autres ſixiemes que leur pere, au moyen de ſon convol, a dû leur réſerver par la diſpoſition de la nouvelle coutume ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ſa diſpoſition.

C'eſt ce qui a été jugé par la ſentence dont on a fait mention ſur la troiſieme propoſition de cette ſubdiviſion ; c'eſt une ſentence rendue ſur production ; j'avois écrit au procès : en effet, c'eſt la limite que la nouvelle coutume met à un tel douaire

puiſque par le convol elle veut que les enfans du premier lit ayent leurs portions viriles dans ces mêmes conquêts.

CXXIII. De même, s'il n'y avoit point d'enfans du ſecond mariage, & qu'il y en eût du premier, ces biens n'y ſeroient nullement ſujets, puiſqu'ils ſont en ce cas en totalité réſervés aux enfans du premier lit; c'eſt l'effet de la réſerve qui en ce cas embraſſe tout, n'y ayant que le concours d'enfans du ſecond lit qui puiſſe l'affoiblir.

C'eſt une ſuite de ce que deſſus, puiſque les parts des enfans du premier mariage dans ces conquêts de premiere communauté, que la loi veut qui leur ſoient reſervées, embraſſent le tout: & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans l'eſprit de la coutume.

CXXIV. Mais s'il n'y en avoit aucun enfant du premier lit, c'eſt le cas où ces biens, c'eſt-à-dire, les portions que le convolant a amendé de ſa premiere communauté dans les conquêts d'icelle, ſont abſolument ſujets pour moitié au ſecond douaire, enſorte qu'ils y ſont ſujets pour un quart, les conſidérant dans leur totalité, s'il y a eu acceptation de la premiere communauté, & pour moitié en les conſidérant de même dans leur totalité, s'il y a eu de la part des héritiers de la premiere femme, renonciation à la communauté; c'eſt une autre conſéquence qui réſulte de l'art. 279, & de l'art. 253.

Dupleſſis, pag. 254, tout à la fin, & cela réſulte du texte.

DISTINCTION III.

Que la réduction du ſecond douaire, telle qu'elle eſt expliquée, a lieu, encore que par le contrat du premier mariage il eût été ſtipulé qu'il n'y auroit aucun douaire, ou qu'il ſeroit préfix, & nonobſtant le prédécès des enfans du premier mariage.

(Art. 254 de la coutume.)

CXXV. Le douaire coutumier du ſecond mariage, ſeroit tel qu'il eſt expliqué dans la premiere diſtinction, encore que par le contrat du premier mariage, il eût été ſtipulé qu'il n'y auroit aucun douaire; la loi pour la fixation de ce douaire n'ayant pas admis cette diſtinction, par conſéquent il ne faut pas l'admettre: c'eſt diſpoſition générale.

Cela réſulte de la doctrine établie par Dupleſſis, pag. 255; la coutume, dit-il, n'ayant point établi pour le ſecond mariage d'autre douaire que celui-là, donc il eſt pour tous les cas, ce ſont ſes termes: ce qui me paroît déciſif, parce qu'où la loi ne diſtingue pas, on ne doit pas diſtinguer; voyez la propoſition qui ſuit.

CXXVI. Cela eſt fondé ſur une double raiſon; la premiere, que la loi étant publique, la préſomption eſt que les conjoints s'y ſont conformés, n'ayant pas ſtipulé un douaire conventionnel: la ſeconde, c'eſt que la privation de tout douaire pour le premier mariage, ne doit pasnuire, quant à ce, aux enfans du premier lit, & augmenter le douaire du ſecond mariage à leur préjudice; ſeconde raiſon puiſée dans l'équité, & outre ce, leur qualité d'héritiers leur donne droit d'exciper, & d'oppoſer aux enfans iſſus du ſecond une diſpoſition impérieuſement limitative: de-là il réſulte, à plus forte raiſon, que cette réduction du ſecond douaire coutumier a toujours lieu, quoique le douaire du premier mariage ſoit préfix; cela eſt ſuite de ce que deſſus, puiſque la privation même de tout douaire pour le premier mariage, ne pourroit augmenter le douaire coutumier du ſecond mariage; à plus forte raiſon la ſtipulation d'un douaire conventionnel, doit-elle produire cet effet.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du douaire, ch. 5, c'eſt ſa cinquieme obſervation ſur l'art. 253; le Maître, pag. 320, eſtime qu'en ce cas le douaire coutumier du ſecond mariage ne doit diminuer qu'à proportion ſeulement de ce que le douaire préfix du premier mariage abſorbe les biens ſujets au douaire coutumier du ſecond mariage: il me paroît que c'eſt une opinion ſinguliere qui n'a aucune racine dans la loi municipale, & il eſt bien plus ſimple, & tout enſemble plus conforme à l'eſprit de la coutume, de dire en ce cas que le douaire préfix du premier mariage tient lieu du coutumier, & produit relativement au douaire coutumier du ſecond mariage, tout l'effet que le douaire coutumier auroit produit; tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que l'un eſt repréſentatif de l'autre, & que tel eſt le vrai ſens de la coutume.

CXXVII. Venons à préſent à l'effet que la mort des enfans du premier mariage, peut produire quant à ce: la mort des enfans du premier mariage, arrivée pendant & conſtant le ſecond mariage, n'augmente pas le douaire coutumier du ſecond mariage; la fixation s'en eſt faite au moment de la célébration de ce mariage, & cette fixation eſt invariable: cette mort ne peut donc opérer aucune augmentation au ſecond douaire; il en eſt autrement, comme on l'a vu, s'ils ſont morts avant le convol.

C'eſt la ſeconde obſervation de Dupleſſis ſur l'art. 253, pag. 255; le Maître, pag 321, confirme encore la propoſition. Il en eſt autrement, comme on l'a vu par la premiere diſtinction, lorſqu'ils ſont morts avant la célébration du ſecond mariage; en ce cas, le ſecond douaire a toute l'étendue du premier douaire coutumier, & même en peut avoir davantage, puiſqu'il tombe ſur les conquêts de la premiere communauté, mais avec les modifications & les réſerves qu'on a expliqué. Voyez le Maître, pag. 322, & les art. 253 & 279 de la coutume.

CXXVIII. Il en eſt de même de la renonciation des enfans du premier mariage à la ſucceſſion

ſucceſſion de leur pere remarié, comme de leur mort pendant & conſtant le ſecond mariage; ni l'un ni l'autre de ces événemens ne peut augmenter le douaire coutumier de la ſeconde femme; c'eſt un droit que le moment du convol a fixé, & que des événemens poſtérieurs ne peuvent faire varier.

C'eſt la premiere obſervation de Dupleſſis à la même page; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

CXXIX. Il en ſeroit de même de leur renonciation au douaire; la fixation du douaire du ſecond mariage eſt faite & elle ne peut varier; ce principe étant général embraſſant tous les cas & excluant toute variation, toute incertitude après une fixation légale.

Le Maître, pag. 321; voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, pag. 86; & en effet, le droit de la ſeconde femme, eſt fixe & déterminé dès l'inſtant de ſon mariage, & des événemens poſtérieurs, futurs & contingens, ne peuvent ni l'augmenter ni le diminuer; il faut donc que le douaire coutumier de la ſeconde femme ſoit & demeure toujours tel qu'il étoit au moment de la célébration du ſecond mariage.

DISTINCTION IV.

Quand & comment la ſeconde femme jouit du douaire coutumier, & quand les enfans en jouiſſent.

(Art. 256 de la coutume).

CXXX. Elle en eſt ſaiſie de droit par la mort de ſon mari, comme la premiere femme; ſur ce nulle différence: la loi eſt générale & la coutume établit la même ſaiſine pour l'un & l'autre douaire; en effet, n'ayant pas diſtingué & l'équité & la raiſon étant les mêmes dans l'un & dans l'autre cas, pourquoi admettroit-on une diſtinction?

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248; ce qu'il y dit indiſtinctement de la ſaiſine du douaire, s'applique au douaire d'une ſeconde femme comme au douaire d'une premiere; telle eſt la juriſprudence du châtelet, & cela réſulte du texte même de la coutume, l'art. 256 étant général.

CXXXI. Elle gagne les fruits, comme la premiere femme; ainſi ce qui a été dit ci-deſſus, s'applique à ſon égard: inutile ici de le répéter; mais elle doit le rembourſement des labours & ſemences, comme la premiere femme l'auroit dû ſi elle avoit été ſaiſie du douaire coutumier.

Elle ne doit aucun rembourſement des labours & ſemences, dit le Maître, pag. 301; ce que je ne peux goûter, & il me paroît que c'eſt ajouter à la coutume, qui ne lui donne les fruits que du jour du décès de ſon mari; à la bonne heure qu'elle jouiſſe, quant à ce, de l'accroiſſement que la nature a déja produit ſur ces même fruits de ſon douaire, ſes héritiers peuvent ce même accroiſſement lors de ſa ceſſation; mais que les labours & ſemences ſoient reſpectivement rendus, ce qui conſerve les droits de chacun: ainſi cette opinion de le Maître me paroît auſſi injuſte, qu'elle eſt contraire aux principes de la communauté, & à l'impérieuſe prohibition de tout avantage entre conjoint.

CXXXII. Elle eſt tenue des mêmes réparations que la premiere femme; ainſi inutile de répéter ici ce qui a déja été dit à cet égard, cela eſt commun à l'un & à l'autre douaire; c'eſt charge naturelle des fruits qu'elle fait ſiens.

Cela a été expliqué ci-deſſus, ainſi on peut appliquer ici ce qu'on y a dit.

CXXXIII. La mort civile par la profeſſion en religion, ne le lui fait pas perdre; on l'a déja vu par rapport à une premiere femme, ce qui ne s'entend néanmoins que dans le cas que le douaire eſt modique; s'il n'étoit pas tel, il ſeroit ſujet à réduction de même que le premier; ainſi ce qui a été dit ci-deſſus au ſujet de ce dernier, s'applique à celui-ci: nulle différence à faire ſur cela entre l'un & l'autre douaire.

Arrêt du 23 janvier 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 21; voyez le même auteur tom. 2, liv. 5, ch. 20, où il rapporte un autre arrêt du 2 juin 1636, qui l'a ainſi jugé; & le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 298, num. 51: c'eſt auſſi le ſentiment de l'auteur du traité du douaire, cité ci-deſſus; mais cette mort le diminueroit s'il étoit trop conſidérable pour les menus beſoins d'une religieuſe, comme on l'a vu ci-devant par rapport à un premier douaire, & ſans cela on lui donneroit occaſion de ſortir de ſon état.

CXXXIV. Les enfans du ſecond lit, ont quant à cela, même droit que les enfans du premier; ainſi ſur la ſaiſine & le droit des derniers, on peut appliquer ce qu'on a dit ci-deſſus par rapport aux autres; en effet, par la mort du pere renonçans à ſa ſucceſſion, les enfans nés du ſecond mariage, ſont ſaiſis de la nue propriété des heritages qui le compoſent, mais ils n'entrent en jouiſſance que par le décès de leur mere; c'eſt ce décès lorſqu'elle a ſurvécu, qui fait ouverture à la jouiſſance réelle & à la conſolidation de l'uſufruit à la nue propriété: même droit ici, que par rapport au premier douaire.

Voyez Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 1, pag. 250; mais avant cette jouiſſance réelle, ils peuvent hypothéquer le fonds puiſqu'ils en ſont ſaiſis.

CXXXV. Les héritages qui forment le fonds de ce douaire, ſont propres paternels dans leur perſonne, de même que le fonds du douaire du premier mariage eſt propre

dans la perſonne des enfans qui en ſont iſſus, le ſecond mariage ne pouvant ſur ce apporter aucune différence; dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt portion légitime de ſucceſſion.

Dupleſſis, du douaire, ch. 4, ſect. 5, pag. 254, tout ce qui a été dit quant à ce, au ſujet du douaire du premier mariage, s'applique ici; en effet, c'eſt toujours portion héréditaire réſervée aux enfans par la loi.

CHAPITRE HUITIEME.

DU DOUAIRE PRÉFIX ET CONVENTIONNEL, TANT DE LA PREMIERE QUE DE LA SECONDE FEMME.

SECTION PREMIERE.

DE CE DOUAIRE CONSIDERÉ DANS LA PERSONNE DE LA VEUVE.

DISTINCTION PREMIERE.

Que la convention le régle & qu'il exclut le coutumier.

(Art. 261 de la coutume.)

I. LE douaire préfix dépend de la convention, c'eſt elle qui le fixe & non la loi; ſa dénomination le fait aſſez connoître, & dans telle étendue qu'il ait, ſon hypothéque eſt du jour du contrat de mariage, ſi cela eſt ſtipulé, ſinon du jour de la célébration, ſauf la réduction ſi les biens ſont régis par des coutumes limitatives, & celle que peut produire l'édit des deuxiemes noces, & l'art. 279 de la coutume.

Cependant ſur les biens qui ſont régis par des coutumes qui ne permettent pas d'accorder plus grand douaire que celui qu'elles autoriſent, l'action ſur de tels biens, réſultante de la convention, eſt limitée au douaire coutumier; arrêt du 28 août 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 21; autre du 2, janvier 1703, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 1, pag. 331, qu'on a déja cité ci-deſſus, ſauf à épuiſer les biens qui ſont ſitués dans des coutumes qui ne portent pas une telle limitation; voyez ſur ce l'auteur du traité du douaire, ch. 4, num. 6, 7, 8 & 9; dans le cas d'une coutume prohibitive, c'eſt l'effet de la loi à laquelle les parties n'ont pu donner atteinte; mais ſi la loi n'eſt pas telle, la licence du douaire préfix dans telle étendue qu'on lui ait donné, eſt fondé ſur le principe que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient pas contre les loix prohibitives; quant à l'hypothéque, voyez Loyſel, tit. du douaire, reg. 20; Bouguier, let. D, ch. 15; & Renuſſon, en ſon traité du douaire; c'eſt principe général, c'eſt droit commun.

II. Quoiqu'il excéde le coutumier, ce douaire eſt valable ſans inſinuation, il eſt repréſentatif du coutumier qui milite ſans cette formalité: diſpoſition de notre coutume, plus conforme aux principes qui régiſſent les conventions matrimoniales que l'impérieuſe diſpoſition de celle de Normandie, qui prohibe toute augmentation qu'on voudroit donner au douaire conventionnel au par-deſſus du douaire légal & coutumier

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; c'eſt un préſent que la loi confirme, comme fondé ſur une convention légitime; ſur la derniere partie de la propoſition, voyez l'art. 371 de la coutume de Normandie.

☞ Voyez auſſi notre obſervation ſur la dix-ſeptieme propoſition du chapitre cinq, il n'y a point de diſtinction à faire entre le douaire préfix & le coutumier, relativement à la formalité de l'inſinuation, qui n'eſt néceſſaire ni dans l'un ni dans l'autre cas.

III. Il peut être ſtipulé de la jouiſſance d'un certain immeuble, & dans le cas de cette ſtipulation, la jouiſſance de cet immeuble appartient à la veuve, & la propriété d'icelui aux enfans, le douaire de ceux-ci étant celui de l'autre; c'eſt portion du coutumier réduit par la convention, la proviſion de l'homme fait ceſſer celle de la loi; ce qui a lieu même à l'égard des enfans, & dans le cas qu'ils auroient été directement ſaiſis du douaire.

Quoique le douaire préfix ſoit d'une certaine ſomme pour une fois payer, auſſi-tôt que le douaire aura lieu, il n'en eſt pas moins ſujet à retour, à moins que le contraire n'ait été expreſſément ſtipulé; arrêt du 20 février 1680, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 6; voyez le commencement de ce titre, & de Renuſſon, du douaire, ch. 4, num. 5; en effet, ce retour eſt de ſon eſſence, s'il n'y a dérogation formelle à icelui; mais s'il eſt ſtipulé ſans retour, cette convention a lieu contre les enfans lorſqu'ils ſont héritiers, mais non lorſqu'ils ſont douairiers; cela eſt atteſté par Bacquet, par Dupleſſis & par l'auteur du traité du douaire; Auzanet a penſé que les enfans, quoique héritiers, faiſoient ceſſer la ſtipulation; il n'eſt pas ſuivi.

IV. S'il eſt d'une rente, telle rente eſt ra-

chetable, eu égard au tems de ſon ouverture, non par rapport à la veuve, mais par rapport aux enfans douairiers, le rachat étant toujours favorable; en effet, rien n'eſt plus favorable que la libération.

De Renuſſon, du douaire, ch. 4, num. 37 & 38, & ch. 10, num. 17 & 20, ce qui s'entend de la part des héritiers du mari contre les enfans douairiers, mais non relativement à la veuve qui eſt réduite à un uſufruit & viage qui doit ſubſiſter tant qu'elle vit; elle peut néanmoins compoſer ſur icelui, mais ſa compoſition n'influe pas ſur les enfans douairiers.

☞ La rente eſt rembourſable au denier courant du jour du décès du mari, & non au denier courant au jour du contrat, ni au denier fort; voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, chap. 5, ſect. 2, diſtinct. 3, num. 62; & l'arrêt du 31 juillet 1736, rapporté par Lacombe, *verb.* douaire, ſect. 4, num. 19.

V. On a vu que la ſtipulation d'un douaire préfix emporte l'excluſion du coutumier; en effet, ce ſeroit aller au-delà de la loi que de les faire concourir, l'un entraîne l'excluſion de l'autre : convention qui étant licite doit avoir ſon exécution contre les enfans, comme contre la veuve.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 2, ſect. 2, pag. 244; de Renuſſon, ch. 4, num. 1, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 261 de la coutume.

VI. Lorſqu'il y a ſoumiſſion à une coutume, qui répute le douaire propre aux enfans, ce qui s'entend du préfix; il eſt tel, quoiqu'il y ait des biens dans des coutumes qui le réputent viager; c'eſt diſpoſition exorbitante qui doit céder à la convention & au droit commun, auquel les conjoints ont marqué vouloir ſe conformer par une telle ſoumiſſion, qui doit avoir ſon exécution, & qui doit comme favorable prédominer ſur l'autre coutume qui n'eſt nullement telle.

L'article 162 de la coutume de Sens porte, que ſi la femme va de vie à trépas avant ſon mari, le douaire eſt nul & éteint, tellement qu'il n'eſt propre aux enfans venus de ce mariage; ſur cet article Dumoulin a dit, cela eſt exorbitant de toutes les autres coutumes & auſſi du droit commun, & ne ſçais comment on l'a laiſſé paſſer: il eſt donc juſte pour ce de faire prédominer la ſoumiſſion à une loi ſage ſur cette loi dure & exorbitante; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, du douaire, ch. 4, num. 18 & 19, pag. 104 & 105, & c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 28 février 1676, rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 408: ce qui n'eſt pas contraire à celui du 28 août 1677 ci-deſſus cité, qui, pour la quotité du douaire préfix à prendre ſur des biens régis par des coutumes qui limitent le douaire, & qui par conſéquent ne laiſſent pas à un douaire préfix toute l'étendue qu'on voudroit lui donner, juge qu'il faut ſuivre la limitation, lorſque les biens régis par d'autres coutumes ſont épuiſés, enſorte que ſur ceux régis par la prohibitive, on ne puiſſe aller au-delà de cette limite; en effet, c'eſt diſpoſition prohibitive, mais il n'en eſt pas de même de la qualité de propre du douaire aux enfans, quoique la lettre de ces coutumes exorbitantes ne lui donne pas cette qualité, elles n'empêchent pas les pere & mere de la lui donner; l'arrêt du 12 mai 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 687, a jugé la même choſe; voyez le Maître, pag. 312 & 313; déciſion qui me paroît conforme aux principes comme à l'équité.

DISTINCTION II.

Qu'il ſe prend en entier ſur les biens du mari & qu'il eſt de droit ſujet à retour ſi le contraire n'eſt ſtipulé.

(Art. 260, 263 & 264 de la coutume.)

VII. Le douaire préfix ſe prend en entier ſur les biens du mari & non pas ſur la maſſe de la communauté; le douaire n'étant pas dette d'icelle, mais dette de la ſucceſſion du mari; & de ce douaire il réſulte un droit plus étendu que le coutumier, puiſque le premier ſe prend ſur tous les biens, au lieu que l'autre eſt limité ſur certains biens.

Dupleſſis, du douaire, pag. 244, & même ſur l'office, puiſque tous les biens y ſont affectés; le Maître, pag. 293 : ce qui eſt inconteſtable, puiſque c'eſt une créance qui affecte tous les biens indiſtinctement; & c'eſt ce que dit l'art. 260 de la coutume, qui eſt regardé comme droit commun.

☞ Le douaire préfix doit être conſidéré comme une rente viagere à prendre ſur tous les biens du mari à proportion de l'émolument. Arrêt du 21 juin 1637, rapporté par Auzanet, ſur l'art. 334 de la coutume de Paris.

VIII. En effet, le mari en eſt ſeul débiteur & non la communauté, & ſi on le prenoit ſur la maſſe d'icelle le mari n'en payeroit que moitié, ce qui ne ſeroit pas juſte; c'eſt donc ſur ſes biens qu'on le doit prendre en entier, autrement on le réduiroit à moitié, contre l'eſprit & la lettre formelle de la coutume, & contre le juſte effet de la convention.

Voyez les articles cités en tête de la préſente diſtinction, ils levent là-deſſus toute difficulté; c'eſt droit commun.

IX. On peut ſtipuler qu'il ſera ſans retour; telle convention eſt licite, mais cette ſtipulation ne ſe ſupplée jamais, il faut qu'elle ſoit expreſſe; le retour du douaire, comme on l'a dit, étant en quelque façon de ſon eſſence; mais lorſqu'on y a dérogé, il faut que cette dérogation comme étant licite, ait ſon exécution.

Dupleſſis, pag. 247; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur l'eſprit de la coutume.

X. Le douaire étant d'une ſomme à une fois payer, la veuve en jouit à ſa caution juratoire

toire ; mais ſi elle convole, elle doit donner bonne & ſuffiſante caution pour la reſtitution d'icelui : preuve que la ſtipulation ſans retour doit être expreſſe, & qu'elle ne ſe ſupplée pas.

Voyez la fin du onzieme chapitre du traité du douaire de Renuſſon ; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 264 de la coutume.

DISTINCTION III.

Comment le douaire préfix ſe prend, lorſqu'il y a don mutuel, & lorſqu'il n'y a que des conquêts de communauté.

(Art. 257 de la coutume.)

XI. Lorſqu'il y a don mutuel, le douaire préfix ſe prend en totalité ſur les propres du mari, autrement il n'y auroit plus d'égalité dans le don; on a vu que dans la théſe générale il ne pouvoit ſe prendre ſur la maſſe de la communauté ; mais dans le cas du don mutuel, il ne peut ſe prendre ſur la part en icelle afférante au mari, cela romproit l'égalité dans l'exécution du don mutuel, & il faut l'y conſerver : en effet, en vertu du don mutuel, la veuve a la jouiſſance de la portion afférante à la ſucceſſion de ſon mari, dans les conquêts de communauté, & cette ſucceſſion étant ſeule débitrice du douaire, comme on l'a vu par la diſtinction précédente, il ſe doit prendre ſur les autres biens du mari, autres que ceux que cette même ſucceſſion amende de la communauté, & qui tombent dans le don mutuel.

Voyez le titre du don mutuel, où cela eſt établi, & autrement il y auroit inégalité dans l'exécution du don, qui de ſa nature doit être égal ; Dupleſſis, pag. 246 ; le Maître, pag. 303, & l'art. 257 de la coutume.

XII. Si dans le même cas du don mutuel le mari ne laiſſe que des conquêts, ſes héritiers doivent payer ſur leur propre bien le douaire préfix appartenant à la veuve qui a pour ce action contr'eux, ſinon la veuve a le droit qu'on expliquera ci-après ; cela réſulte de l'article 257, & c'eſt par ce moyen qu'on conſerve l'égalité.

Les arrêts qui l'ont ainſi jugé, ſont rapportés ſur le titre du don mutuel ; & tel eſt l'uſage du châtelet, dans les comptes de communauté, dans leſquels en ce cas, je l'ai toujours vu ainſi régler; c'eſt-à-dire, qu'en ce cas les héritiers de la veuve mettent les arrérages du douaire en dépenſe ; & ce, tant qu'il a eu cours. Voyez l'avant-derniere propoſition ; le Maître, pag. 303 ; & la quatrieme propoſition de la précédente diſtinction, parce qu'encore une fois, il faut conſerver une entiere égalité.

XIII. Cela auroit lieu encore que le douaire préfix fût ſans retour, ou d'une ſomme à une fois payer, ſauf en ce dernier cas le retour en faveur des héritiers du mari, la veuve devant toujours être remplie du douaire.

On ſuit en ce cas au châtelet la même opération; mais en cas de retour du douaire, la dépenſe n'eſt réelle que pour les intérêts, & s'il y a dépenſe pour le capital, cette dépenſe ſe compenſe avec la reſtitution que la ſucceſſion de la veuve devroit faire ſi elle l'avoit reçu ; & dans le cas qu'il eſt ſans retour, ſi la veuve n'a pas fait faire la vente de la nue propriété des conquêts dont ſera parlé ci-après, ſes héritiers mettent dans le compte de communauté qu'ils ſont tenus de rendre tel douaire en dépenſe, tant en principal qu'en intérêts ; voyez la derniere propoſition.

XIV. Si les héritiers du mari ne payent pas du leur, la veuve peut faire vendre la nue propriété des conquêts à la charge de ſon uſufruit réſultant de ſon don mutuel ; cela eſt rigoureux, mais conforme à l'eſprit de la coutume & à la parfaite égalité qui doit régner dans le don mutuel ; cette égalité étant ſa baſe & le principal fondement ſur lequel la coutume l'a autoriſé entre conjoints par mariage.

Cela eſt établi ſur le titre du don mutuel ; l'auteur du traité du douaire, ch. 4, num. 26, 27 & 28, ne paroît pas ſe rendre à la juriſprudence qui eſt bien conſtante, & il trouve de l'inconvénient, que par l'uſufruit on faſſe conſommer la propriété & le fonds de la choſe : il propoſe un tempérament qui en auroit davantage ; voyez le Maître, pag. 303, & il y en a arrêt rapporté par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, titre du don mutuel.

XV. Dans ce dernier cas, la veuve prend ſur le prix de l'adjudication le fonds de ſon douaire préfix, s'il eſt d'une ſomme à une fois payer ; ou les arrérages d'icelui, ſi c'eſt une rente, & continue ſa jouiſſance comme donataire.

Telle eſt ſur ce la pratique du châtelet, fondée ſur l'arrêt du 30 juillet 1697.

XVI. Lorſque la veuve donataire mutuelle n'a pas été ſatisfaite des arrérages de ſon douaire par les héritiers de ſon mari, n'y ayant que des conquêts, & qu'elle eſt reſtée ſur ce dans l'inaction; ſes héritiers, en rendant compte à ceux du mari, ſont en droit de coucher en dépenſe les arrérages ou intérêts du douaire non acquité ; dépenſe juſte & qui met l'équilibre dans l'effet du don mutuel, & qui eſt comme telle inconteſtable de la part des héritiers du mari.

Tel eſt l'uſage du châtelet; ils pourroient même coucher en dépenſe les intérêts des arrérages du douaire ſi la veuve les avoit demandé en juſtice ; le Maître, pag. 303 ; cela eſt rigoureux, mais ces arrérages ſont un capital à ſon égard, & comme tels, ils peuvent produire des intérêts.

XVII. Ils peuvent pareillement coucher en dépenſe le capital du douaire, s'il a été

ſtipulé ſans retour avec les intérêts d'icelui, à compter du jour du décès du mari, parce que de ce jour ce douaire en a produit au profit de la veuve ; ce ſont intérêts légaux pour leſquels il ne faut pas de demande.

La baſe de cette juriſprudence eſt qu'elle rétablit l'égalité qui eſt l'ame du don mutuel, & que ſans cette action ſur la nue propriété des conquêts, cette égalité ne ſubſiſteroit plus, & il faut la conſerver ſuivant la coutume.

DISTINCTION IV.

De quel jour la veuve eſt ſaiſie du douaire préfix & de ce dont elle eſt tenue.

(Art. 256 de la coutume.)

XVIII. La veuve eſt ſaiſie de droit du douaire préfix comme du coutumier, du jour du décès de ſon mari ; c'eſt ce décès qui y fait ouverture, ainſi ce qu'on a dit par rapport au douaire coutumier s'applique ici également : voilà le principe général.

Le Maître, tit. 11, pag. 299 ; & c'eſt la diſpoſition de l'article 256, qui comprend les deux douaires : ſur quoi il faut obſerver que l'ancienne coutume ne donnoit ce privilége qu'au douaire coutumier, la nouvelle l'a étendu au préfix ; cela eſt plus régulier.

XIX. De-là il s'enſuit que ſans demande en juſtice, les arrérages en courent du jour du décès du mari ; c'eſt le juſte effet de ſa ſaiſine légale que la nouvelle coutume contient ſur cela.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 2, pag. 248 ; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, conformément à l'eſprit de la coutume.

☞ Mais s'il y avoit des tiers détempteurs des héritages ſujets au douaire, ils ne ſeroient tenus de rendre les fruits que du jour de la demande qui auroit été formée contr'eux, parce que des acquéreurs d'héritages ſujets au douaire, ſont des poſſeſſeurs de bonne-foi, dans le cas même où ils ſeroient inſtruits que les biens venans du mari étoient ſujets au douaire, attendu qu'il pouvoit arriver que ce douaire n'eût point lieu par le défaut d'enfans.

XX. De même & de ce jour coureroient les intérêts du douaire qui ſeroit d'une ſomme à une fois payer ; ce douaire ayant toute la faveur de celui qui conſiſte en rente ; en effet, ſur cela la loi ne fait aucune diſtinction ; il ne faut donc pas diſtinguer, & par conſéquent la faveur qu'elle admet, a lieu pour tout douaire.

Cela eſt de juriſprudence au châtelet ; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, traité du douaire, ch. 5, num. 38, pag. 145 ; de le Maître, pag. 302 ; c'eſt droit commun.

XXI. Par le même principe, ſi le douaire préfix eſt la jouiſſance d'un certain immeuble, les fruits pendans par les racines ſur icelui lors de la mort du mari, appartiennent à la douairiere ; mais à la charge de rembourſer les labours & ſemences, & cette jouiſſance eſt ſuite de ce que deſſus ; c'eſt toujours douaire, & par conſéquent objet toujours fructueux pour la veuve.

Voyez ci-devant le chapitre du douaire coutumier ; mais en rembourſant les labours & ſemences, autrement ce ſeroit faire remonter ſa jouiſſance, & l'affranchir encore d'une charge ſans laquelle on ne pourroit jouir.

XXII. Dans le cas de la propoſition précédente, c'eſt-à-dire, de la jouiſſance d'un certain immeuble pour douaire préfix, la veuve eſt tenue des mêmes réparations que la douairiere coutumiere relativement à cet immeuble ſeulement, qui fait l'objet de tel douaire conventionnel ; ſon douaire eſt en cela un uſufruit ſujet aux charges d'un uſufruit, & eſt une eſpece de douaire coutumier limité par la convention : qualité de ce droit qui prouve nettement cette charge qui eſt toujours celle des fruits.

Je l'ai entendu juger ainſi au châtelet ; on y regarde un tel douaire comme un douaire coutumier, mais limité ; ce qui eſt conforme à l'eſprit de la coutume & aux principes de l'uſufruit.

SECTION II.

Du douaire préfix conſidéré dans la perſonne des enfans.

DISTINCTION PREMIERE.

Que ce douaire eſt celui de la veuve, que cependant la ſtipulation ſans retour, ceſſe en leur faveur.

XXIII. Il n'y a pas deux douaires, il n'y en a qu'un qui appartient en uſufruit à la veuve, & en propriété aux enfans, celui de ces derniers eſt donc celui de l'autre ; on va examiner les conſéquences qui réſultent de cette régle générale qu'il a fallu d'abord poſer.

Voyez Dupleſſis, du douaire, pag. 245 ; & cette régle a été tirée des uſages du châtelet.

XXIV. De-là il s'enſuit que ſi la veuve a le choix d'un certain douaire préfix ou du coutumier, le choix par elle fait, détermine, quant à ce, le droit des enfans ; ce qu'on a vu ci-deſſus par rapport à la veuve, & qu'il eſt bon de reprendre par rapport aux enfans.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15. Voyez les premiers chapitres de ce titre ; & c'eſt droit commun.

XXV. Si elle n'a pas choiſi, ce droit d'option paſſe aux enfans ; en effet, n'étant pas conſommé, eux ſeuls ont droit & qualité pour le faire.

Dupleſſis, à la même page 245.

XXVI. De la premiere propoſition de cette diſtinction il s'enſuit que s'il eſt ſtipulé, que la veuve n'aura aucun douaire, les enfans n'en ont aucun à prétendre ; c'eſt la loi du mariage qui les a fait naître, & ils ne peuvent la critiquer ; ſeconde conſéquence de la régle qu'on a poſé.

Dupleſſis, pag. 244 à la fin, & 245 au commencement.

XXVII. Voici une troiſieme conſéquence du même principe : ſi le douaire conventionnel étoit une rente ou un certain revenu annuel, les enfans douairiers ne peuvent prétendre que la continuation de la rente & non le capital d'icelle, tel eſt celui de leur mere, le leur eſt le même ; ce qui leur ferme toute ouverture à l'exigibilité, & cela a lieu non-ſeulement à l'égard des détempteurs, mais même à l'égard des héritiers de celui qui a conſtitué le douaire, ſauf à eux à le rembourſer s'ils le jugent à propos ; c'eſt une faculté qu'ils ont, tout rachat de rente de la part du débiteur d'icelle, étant favorable ; mais que l'enfant douairier ne peut exercer, parce qu'il agiroit contre ſon titre.

Cela réſulte de la doctrine éclaircie par Dupleſſis, qu'il n'y a pas deux douaires, que celui de la mere eſt celui des enfans, outre que dans le doute, il faut ſe déterminer pour le débiteur ; mais ſi les douairiers ont action pour demander le fonds de leur douaire ; par exemple, par l'interpoſition d'un décret : ſur quel pied exigeront-ils le fonds de leur douaire ? ils l'exigeront eu égard au tems de l'ouverture d'icelui ; le Maître, tit. 11, pag. 325 : ce qui me paroit très-juridique ; ainſi à préſent ce ſeroit ſur le pied du denier vingt.

XXVIII. Cependant, quoique le douaire de la veuve ſoit celui des enfans, la ſtipulation ſans retour ceſſe à leur égard, & ceſſe ſans aucune difficulté lorſqu'ils ſont renonçans & douairiers, & nonobſtant icelle, le fonds du douaire leur appartient, leur ſurvenance anéantiſſant la ſtipulation ſans retour, quoique à préſent elle n'anéantiſſe pas une donation portée par contrat de mariage & faite par l'un des conjoints à l'autre ; diſpoſition de laquelle on doit conclure que lorſqu'ils ſont héritiers de leur pere, la ſtipulation du douaire ſans retour doit produire ſon effet ; ce qui eſt indifférent lorſqu'ils ſont héritiers de leur mere, puiſqu'en cette qualité ils confondent en leur perſonne leur action en répétition ; mais intéreſſant, lorſqu'ils ont renoncé à la ſucceſſion de leur mere, & qu'ils ſont douairiers ; auquel cas la ſtipulation du douaire ſans retour ceſſeroit à leur égard, mais ne ceſſeroit pas s'ils étoient héritiers de leur pere : qualité ſous laquelle ils ſont tenus de ſes faits, de ſes engagemens.

Dupleſſis, pag. 247, limite cette propoſition, dans le cas que les enfans ont renoncé & ſe portent douairiers ; le Maître, pag. 315, eſt de même avis que Dupleſſis ; mais Auzanet, ſur l'art. 273, a penſé que les enfans héritiers faiſoient ceſſer la ſtipulation ſans retour ; c'eſt opinion ſinguliere qui n'eſt pas ſuivie & qui ſeroit abſolument contraire à l'ordonnance de 1731 ſur les donations.

☞ Le douaire ſtipulé ſans retour eſt propre aux enfans, pourvu qu'ils renoncent à la ſucceſſion de leur pere, parce que ces mots *ſans retour* s'entendent à l'égard des collatéraux, & non des enfans iſſus du mariage ; mais ſi les enfans ſe portent héritiers de leur pere, leur mere le peut vendre. Voyez Choppin, ſur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 2, nomb. 3 ; & Ricard, des donations, part. 3, ch. 9, gloſ. 5.

DISTINCTION II.

De l'action des enfans douairiers contre celui qui s'eſt rendu caution du douaire préfix, & quand ils commencent à jouir de ce douaire.

XXIX. Celui qui s'eſt conſtitué caution d'un douaire préfix, eſt non-ſeulement obligé envers la femme pour ſon viage, mais même envers les enfans pour le fonds d'icelui, cet engagement ayant les ſeconds pour objet comme la premiere ; telle eſt la nature de l'engagement qu'il a contracté, & qu'il a dû connoître.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, à la pag. 259 à la fin ; & tel eſt ſur le douaire l'eſprit de la coutume.

XXX. Si le douaire eſt une rente, la caution n'eſt obligée qu'à la continuer aux enfans, cette détermination ſur le douaire excluant l'exigibilité du fonds d'icelui : en effet, la caution ne peut être plus étroitement obligée que ne le ſont les héritiers du débiteur contre leſquels il n'y a pas d'exigibilité ; il ne peut donc pas y en avoir contre la caution.

Voyez les notes ſur l'avant-derniere propoſition de la diſtinction précédente, elles fondent cette propoſition.

XXXI. Dans ce même cas il eſt obligé de la continuer aux héritiers des enfans douairiers ; ces derniers ayant été ſaiſis de la propriété du fonds du douaire, qui par conſéquent fait partie de leur ſucceſſion ; en effet, le fonds de ce douaire, quoique non exigible, eſt le patrimoine des enfans, ils en pouvoient diſpoſer, & par conſéquent leur action contre la caution, & leur droit paſſe à leurs héritiers, comme faiſant partie de leur ſucceſſion.

Dupleſſis, pag. 250, dit que le fonds du douaire appartient aux enfans du vivant de leur mere & dès le décès de leur pere, de ſorte qu'ils en peuvent diſpoſer dès ce tems-là ; & s'ils mouroient avant leur mere, ils le tranſmettent à leurs héritiers, la coutume dit que c'eſt leur propre héritage : qualité qui fonde la propoſition, & qui écarte toute contradiction.

XXXII. Les enfans en renonçant à la ſucceſſion de leur pere, en ſont ſaiſis de droit comme du coutumier; nulle différence à faire, même faveur pour l'un comme pour l'autre, le préfix tenant lieu du coutumier: de-là il s'enſuit que ſi ce douaire eſt une rente, les arrérages d'icelle leur appartiennent, à compter du jour du décès de leur mere, ſi elle a ſurvécu; & ſi le douaire a été d'une certaine ſomme & que leur mere l'ait reçue, ils en ont la répétition comme on le verra par la diſtinction qui ſuit.

Les fruits civils s'acquierent *de momento ad momentum*, dit Dupleſſis, pag. 248. Ce qui rend la propoſition inconteſtable par rapport à la ſucceſſio du pere, & la faveur la ſoutient, quant à celle de la mere.

XXXIII. Dans le cas que leur pere a ſurvécu, les arrérages de la rente, formant le douaire, leur appartient du jour du décès de leur pere, puiſqu'ils en ſont ſaiſis de droit à compter de ce jour; c'eſt la diſpoſition de la coutume: & lorſque le douaire préfix eſt la jouiſſance d'un certain immeuble, les enfans en jouiſſent du jour du décès de leur mere, ſi elle a ſurvécu leur pere, ſinon du jour du décès de leur pere, ſi ce dernier a été ſurvivant; ce douaire étant conſidéré comme un douaire coutumier, limité par la convention, il doit donc pour ce qu'il embraſſe, produire tout le même effet que le coutumier, dont les douairiers ſont ſaiſis de plein droit.

Cela réſulte évidemment de ce que deſſus, c'eſt la ſuite de la ſaiſine légale des enfans douairiers. Voyez Dupleſſis, pag. 250.

XXXIV. De ce jour les fruits pendans par les racines ſur ce même héritage, leur appartiennent, ce qui s'entend dans le cas que le pere a ſurvécu la mere, ſinon ils leur appartiennent du jour du décès de leur mere; mais ſi les enfans étoient morts avant le pere, le douaire ſeroit caduc, & par conſéquent ne ſeroit plus d'aucune conſidération, par la régle que jamais mari vivant n'a payé douaire, & par la condition légalement attachée à tout douaire que les enfans ſurvivront leur pere; d'où il réſulte qu'en ce cas les créanciers des enfans n'ont aucun droit ſur les biens qui avoient été affectés au douaire, leur débiteur n'en ayant jamais eu aucun.

Arrêt du 4 juillet 1643, qui juge qu'en ce cas les créanciers des enfans n'ont aucune hypothéque ſur le fonds du douaire, il eſt rapporté par de Renuſſon, traité du douaire, ch. 5, num. 3, pag. 222. Voyez la note de Dumoulin, ſur l'art. 177 de la coutume de Senlis; en effet, l'engagement du douaire eſt conditionnel, & la condition eſt qu'il y aura des enfans qui ſurvivront.

DISTINCTION III.

De l'action en répétition des enfans contre la ſucceſſion de leur mere, lorſque le douaire eſt d'une ſomme fixe, & que leur mere l'a reçue, & de quelle qualité eſt le douaire préfix dans leur perſonne.

(Art. 255 & 259 de la coutume.)

XXXV. Si le douaire préfix étoit d'une ſomme à une fois payer, & que la veuve l'eût reçue, les enfans douairiers ont l'action en répétition de cette ſomme contre ſa ſucceſſion, le fonds d'un tel douaire, comme celui de tout autre, leur appartenant; il eſt repréſentatif de celui que la coutume leur accordoit.

Cela s'entend étant renonçans à cette ſucceſſion, car s'ils étoient ſes héritiers, ils la confondroient dans leurs perſonnes, par l'effet de cette qualité qui les rendroit débiteurs & créanciers de cette même ſomme.

XXXVI. L'intérêt de cette ſomme eſt dû par cette ſucceſſion, c'eſt-à-dire, par la ſucceſſion de la veuve qui l'a reçue, à compter du jour de ſon ouverture, & ce en faveur des enfans douairiers; car à l'égard des autres il en faut demande pour en faire courir l'intérêt; on dit en faveur des enfans douairiers & non en faveur des autres; en effet, la différence eſt entiere dans le premier cas: le douaire ne s'eſt point éteint par la mort de la veuve; c'eſt ce même droit qui ſubſiſte & qui conſerve par conſéquent ſa qualité & ſa faveur dans la perſonne des enfans douairiers: mais dans le ſecond cas dans la perſonne des héritiers directs ou collatéraux, ni la qualité, ni la faveur de ce droit ne ſubſiſtent plus, & c'eſt un ſimple droit de répétition ordinaire, & qui ne peut par conſéquent produire intérêts que du jour de la demande; c'eſt portion mobiliaire d'une ſucceſſion.

Je l'eſtime ainſi, dit Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 2, lorſque tel douaire retourne à des enfans douairiers: cela eſt favorable & conforme à l'eſprit de la coutume ſur le douaire.

XXXVII. Dans le cas d'un tel douaire & que le pere qui l'a conſtitué a ſurvécu ſa femme, les enfans renonçans à la ſucceſſion, ſont ſaiſis d'icelui du jour du décès de leur pere, & les intérêts de la ſomme courent à leur profit de ce jour & de plein droit ſans demande.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, déja rapporté, c'eſt à la page 248 qu'il le décide ainſi: c'eſt la diſpoſition de la coutume & l'uſage du châtelet.

XXXVIII. Venons à la qualité du douaire préfix dans la perſonne des enfans; le douaire préfix eſt propre paternel dans leur

perſonne, lorſqu'il eſt d'une rente ou de la jouiſſance d'un certain immeuble ; ces objets étant les ſeuls qui ſoient ſuſceptibles de la qualité de propres.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 217 : Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 1, pag. 250, & la ſection 5 du même chapitre, pag. 254 : de Renuſſon, du douaire, ch. 5, num. 2, & ch. 6, num. 23, pag. 171 ; Bacquet, des droits de juſtice, pag. 75 ; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

XXXIX. Mais s'il étoit d'une ſomme à une fois payer, cette ſomme eſt purement acquêt dans la perſonne des enfans, ſe confondant en ce cas dans tout le ſurplus de leur mobilier ; ce qui a lieu encore qu'ils n'euſſent pas touché la ſomme, & qu'elle fût entre les mains de leur mere : il ſuffit qu'ils aient ſurvécu leur pere, & que par cette ſurvie ils aient été ſaiſis du droit ; au moyen de quoi, par leur décès ſans enfans, la part du décédé dans un tel douaire, appartient à la mere en qualité d'héritiere mobiliaire de l'enfant décédé.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 254 qu'on vient de citer ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 9 ; & le Maître, pag. 322, ſont de même ſentiment ; en effet, une telle ſomme, un tel douaire ne peut être ſuſceptible de la qualité de propre : c'eſt droit commun, parce que c'eſt un ſimple mobilier ſur lequel il n'y a fiction ni légale ni conventionnelle contraire.

XL. Cela auroit lieu encore que les enfans décédaſſent en minorité après avoir recueilli ce douaire, la minorité ne pouvant que proroger & non donner les qualités d'immeuble & de propre ; ainſi ce n'eſt point le cas d'appliquer la diſpoſition de l'art. 94 de la coutume, qui ne s'applique qu'aux immeubles dénaturés pendant la minorité, mais qui ne donne pas une qualité qui n'a jamais été.

Cela eſt encore atteſté par Dupleſſis, au même endroit ; mais à l'égard de l'héritage délaiſſé à l'enfant pour lui tenir lieu du douaire en rente conſtituée par ſon pere, il lui eſt propre du côté paternel, comme repréſentatif de la rente ; jugé ainſi par deux arrêts, ils ſont rapportés par de Renuſſon, traité du douaire, ch. 6, num. 25 & 26, p. 172 & 173 : voyez auſſi le num. 32 ; en effet, c'eſt héritage tenant lieu de portion héréditaire ; & comment cela pourroit-il ſouffrir difficulté, lorſqu'il eſt conſtant que l'héritage donné au fils en payement de la dot à lui conſtitué en deniers lui eſt propre ? il y a dans tous ces cas parfaite & égale ſubrogation qui fonde inconteſtablement cette qualité.

XLI. Pour juger ſi le douaire préfix paſſe aux enfans, ou s'il n'eſt que viager, c'eſt la coutume du domicile des conjoints qu'il faut ſuivre, & non celle des héritages hypothéqués à icelui ; c'eſt droit commun qui doit prédominer ſur une diſpoſition ſinguliere, & c'eſt la véritable intention des parties contractantes.

Arrêt du 2 mai 1602, rapporté par Bouguier, let. D, num. 16. Autre du 28 février 1676, rapporté dans la ſeptieme partie du journal du palais, pag. 408. Troiſieme arrêt du 12 mai 1694, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 687 ; ils ont déja été cités ci-deſſus, & cette déciſion eſt auſſi favorable que juridique.

☞ Il faut ſuivre la coutume du domicile du mari qui a conſtitué le douaire. Ainſi le mari ayant ſon domicile à Paris, & ſes biens immeubles ſitués en Bourbonnois, où le douaire préfix eſt réputé viager, il eſt propre aux enfans ſuivant la coutume ; & de même un douaire conſtitué en faveur de la femme ſans parler des enfans dans un contrat paſſé à Paris, par perſonnes domiciliées en pays de droit écrit & ſans ſoumiſſion à la coutume de Paris, doit être conſidéré comme propre aux enfans : voyez Dupleſſis, conſultation 27.

SECTION III.

Comment les enfans héritiers de leur pere contribuent au payement du douaire préfix.

XLII. Par rapport au douaire préfix, tous les enfans héritiers y contribuent également, parce que c'eſt une charge de la ſucceſſion qui doit être payée également & qui ſe repartit comme toute autre dette ; c'eſt donc la charge commune de tous.

Cela réſulte de la doctrine de Dupleſſis, traité du douaire, pag. 246, vers le milieu. L'auteur du traité du douaire, examine fort au long cette queſtion, & la décide ainſi au num. 12 du ch. 13, pag. 279. Il paroit que l'art. 332 de la coutume ne laiſſe là-deſſus aucune difficulté.

XLIII. De-là il s'enſuit que l'aîné ayant droit d'aîneſſe, ne contribue pas pour au plus grande portion que les autres au payement de ce douaire ; il n'en eſt pas de même du coutumier, comme on le va voir, ce dernier eſt charge réelle, l'autre n'eſt qu'une dette hypothécaire : or quant à de telles dettes la coutume a fait le préſent entier à l'aîné, ne l'ayant pas pour ce aſſujetti à plus forte contribution que ſes freres & ſœurs ; il eſt donc certain par rapport à un douaire préfix, qu'il n'en paye que ſa part virile.

Voyez le titre des ſucceſſions, où cela eſt établi en général par rapport aux dettes ; ce qui s'applique ici, tel douaire n'étant autre choſe qu'une dette.

XLIV. Mais ſi le douaire eſt coutumier, l'aîné ayant portions avantageuſes, y contribue plus que les autres ; c'eſt en ce cas prélevement ſur les biens qui y ſont ſujets, c'eſt diminution réelle de la choſe même.

Dupleſſis,

Dupleſſis, pag. 246, vers le milieu dit, tel douaire eſt réel, & comme tel il ne peut tomber que ſur ceux à qui la propriété appartient; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 13, num. 3, pag. 274; & telle eſt la juriſprudence & c'eſt droit commun. En effet, c'eſt une charge réelle inhérente ſur les immeubles qui ſe diviſe ſur la choſe même, & qui ne peut tomber ſur les propriétaires qu'à proportion de la part qu'ils ont dans le fonds; puiſque, encore une fois, c'eſt portion de la propriété, c'eſt délibation ſur le fonds même: qualité qui rend la propoſition inconteſtable.

SECTION IV.

Comment les collatéraux ſaiſis d'abord comme héritiers ou devenans héritiers par la renonciation des enfans, contribuent au payement du douaire, & ſi la veuve héritiere d'un enfant en confond partie.

XLV. Si le douaire eſt préfix, comme c'eſt une charge qui ſe repartit ſur toute la ſucceſſion, chacun des héritiers du mari qui l'a conſtitué doit y contribuer à proportion de l'émolument qu'il tire de la ſucceſſion; c'eſt charge d'icelle en la prenant dans ſa totalité, & qui doit par conſéquent ſe repartir ſur tous les biens qui la compoſent; il n'en eſt pas de même du douaire coutumier comme on l'explique par la troiſieme propoſition de cette ſection, c'eſt réalité; ici, c'eſt ſimple créance.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité du douaire, ch. 2, ſect. 2, pag. 246. En effet, le paſſif doit ſe balancer par l'actif; & c'eſt ce qui réſulte de l'article 334 de la coutume.

XLVI. Dans le cas que le douaire préfix ſeroit la jouiſſance d'un certain propre, il eſt entiérement à la charge de l'héritier qui ſuccéderoit à ce propre, la conſtitution de ce douaire eſt diſpoſition entre-vifs, contre laquelle on ne peut alléguer l'indiſponibilité du propre; ainſi la diſpoſition étant telle, c'eſt entiérement ſur lui qu'elle tombe, puiſque c'eſt diſpoſition réelle de la choſe même, qu'il ne trouve dans la ſucceſſion qu'avec cette charge.

Dupleſſis, à la même page 246; en effet, l'héritier ne peut aller contre le fait de celui qu'il repréſente, lorſque ce fait eſt autoriſé par la loi.

XLVII. Lorſque le douaire eſt coutumier, il eſt à la charge de tous ceux des héritiers collatéraux qui ſuccédent aux biens qui y ſont ſujets; c'eſt charge réelle inhérente ſur iceux, & ils ne les prennent qu'avec cette charge que la loi même a imprimé ſur eux; elle eſt donc indiviſible de leur ſaiſine légale, puiſque même la convention peut leur imprimer & les aſſujettir à une telle charge.

Cela réſulte de ce que dit encore Dupleſſis, à la même page 246, & on vient de le voir ci-deſſus par rapport aux enfans héritiers; ce qui ne peut varier par rapport aux héritiers collatéraux, c'eſt toujours même principe, & principe inconteſtable, puiſque c'eſt charge réelle.

XLVIII. De la contribution qui eſt à faire par rapport au douaire préfix, & qui eſt telle qu'elle ſe repartit ſur tous les héritiers à proportion de leur émolument, il s'enſuit que la mere héritiere mobiliaire de ſon fils en confond une partie, c'eſt-à-dire, à proportion de ce qu'elle a amendé dans la ſucceſſion de l'enfant décédé; c'eſt l'effet de ſa qualité d'héritiere & de la charge qu'elle entraîne avec elle.

De Renuſſon, du douaire, ch. 4, num. 32, 33 & 34, pag. 114 & 115, & chapitre 13, num. 14, pag. 280; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, qui me paroît inconteſtable, ayant ſa racine dans l'art. 334 de la coutume.

SECTION V.

A qui le douaire préfix retourne après la mort de la veuve, dans le cas qu'il n'y a pas d'enfans douairiers.

(Art. 263 de la coutume.)

XLIX. Dans ce cas le douaire retourne aux héritiers du mari, comme faiſant partie de ſa ſucceſſion; c'étoit portion d'icelle dont la veuve douairiere n'avoit que la jouiſſance, limitation à ſon droit qui ſeule étoit ſuffiſante pour fonder ce retour; mais pour lever toute difficulté, la coutume l'a expreſſément ordonné par l'art. 263.

Dupleſſis, du douaire, ch. 3, ſect. 1, pag. 247; on a déja vu cela ci-deſſus par rapport au douaire coutumier, il en eſt de même du préfix, les maximes ſur l'un & ſur l'autre étant les mêmes.

L. Dans le cas que le douaire conſiſtoit en une rente, chacun des héritiers du mari, par le décès de la veuve, s'affranchit d'icelle pour la part qu'il en ſupportoit, ſans qu'icelle portion puiſſe jamais revivre; par la diſpoſition de droit, l'obligation éteinte ne peut plus revivre; d'où il s'enſuit que dans leur ſucceſſion, cette rente qui formoit le fonds du douaire n'eſt plus d'aucune conſidération; ce n'étoit qu'une charge momentanée que le tems a entiérement effacée.

Cela eſt établi ſur le titre des actions, on peut voir auſſi ci-deſſus celui des propres.

LI. Si c'étoit la jouiſſance d'un certain immeuble, cette jouiſſance ceſſe par le décès de la veuve, en faveur de l'héritier, qui a été ſaiſi lors de l'ouverture de la ſucceſſion du mari de la nue propriété de cet

immeuble qui en étoit chargé, ce décès ayant fait extinction d'une telle charge, qui ne peut plus revivre & qui revivroit en vain, puiſque dans la ſucceſſion de cet héritier, elle ne pourroit appartenir qu'à celui que la coutume ſaiſira de l'héritage.

C'étoit charge réelle dont il étoit ſeul tenu; Dupleſſis, pag. 246: ſa ceſſation ne peut donc opérer qu'en ſa faveur.

LII. Dans le cas que le douaire préfix eſt d'une ſomme à une fois payer & ſujet à retour, & que chacun des héritiers l'a payé à proportion de ſon émolument, la répétition de cette ſomme appartient non à l'héritier du mobilier, mais à tous les héritiers pour la part & portion que chacun d'eux y a contribué; ce n'étoit qu'une charge momentanée qui ſe repartiſſoit ſur tous, elle ceſſe donc en faveur de tous, lorſque la loi la fait ceſſer; la répétition doit donc leur appartenir à proportion de ce que chacun a fourni, ils n'en devroient, pour ainſi dire, que l'intérêt ou plutôt le dépôt du fonds.

Ils ont pour ce hypothéque ſur les biens de la douairiere, à compter du jour de la ſoumiſſion qu'elle a fait au greffe; Dupleſſis, du douaire, ch. 3, ſect. 1, pag. 247: en effet, c'eſt acte judiciaire qui produit hypothéque, & ces héritiers ne devoient que l'avance de cette charge ſous la condition du retour.

CHAPITRE NEUVIEME.

DU PARTAGE DE L'UN ET L'AUTRE DOUAIRE ENTRE LES ENFANS.

(Art. 250, 251 & 252 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE LES ENFANS N'Y PRENNENT PART QU'EN RENONÇANT; LE PRENANT AINSI, QU'ILS NE PAYENT AUCUNE DETTE; ET DE L'INCOMPATIBILITÉ DES QUALITÉS D'HÉRITIER ET DE DOUAIRIER.

I. LE douaire eſt la derniere table de naufrage des enfans; c'eſt, comme on l'a dit dans le commencement de ce titre, un ſalutaire effet de la prévoyance de la loi, qui leur a aſſuré cette ſubſiſtance contre tous les créanciers & à leur excluſion; mais pour en jouir c'eſt dans l'exercice de ce droit qu'ils doivent ſe reſſerrer, ſans rien prétendre en qualité d'héritier: en effet, la qualité d'héritier qui feroit réfléchir contre eux les engagemens de leur pere, leur rendroit cette table inutile; c'eſt la diſpoſition de la coutume.

Dupleſſis, du douaire, pag. 239: ce que la ſuite va éclaircir.

II. De ce que le douaire eſt une derniere table de naufrage, il s'enſuit qu'ils ne peuvent demander le douaire qu'en renonçant à la ſucceſſion de leur pere, tel eſt l'eſprit & la lettre formelle de la coutume; & de-là il s'enſuit que les qualités d'héritier & de douairier ſont incompatibles; celle d'héritier rendant relativement aux créanciers le bénéfice du douaire inutile aux enfans; mais ils peuvent être douairiers dans la ſucceſſion de leur pere, & héritiers dans celle de leur ayeul, & douairiers dans cette derniere, & héritiers dans l'autre; ce ſont divers droits qu'ils peuvent exercer à leur gré, & ſur leſquels on ne peut alléguer l'incompatibilité, qui ne milite que dans une même hérédité ou ſucceſſion, & qui ne peut influer ſur une autre, lorſque dans chacune d'elle il n'y a qu'une qualité que la coutume autoriſe, & ſur laquelle elle donne le choix aux enfans: la repréſentation opérant par rapport aux petits enfans dans la ſucceſſion de leur ayeul, tant par rapport au douaire que par rapport à la ſucceſſion, le premier étant une imitation de l'autre.

Quia douarium debet conferri, dit Dumoulin, ſur l'art. 178 de la coutume de Senlis, ce qui ſuffit pour prouver cette incompatibilité qui eſt inconteſtable, puiſque c'eſt diſpoſition formelle de la coutume: voyez Dupleſſis, pag. 250; le Maître, pag. 317, & c'eſt droit commun.

III. Mais ſi l'enfant avoit accepté par bénéfice d'inventaire, il peut conſerver ſon douaire contre les créanciers & même contre ſes cohéritiers, ce qui ne peut ſouffrir quelque difficulté que par rapport à ces derniers; difficulté qu'on croit lever par la ſection 3 de ce chapitre, cela méritant un examen particulier.

De Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 9, après avoir long-tems balancé la queſtion, conclut au num. 24 de ce chapitre, que le bénéfice d'inventaire met l'enfant à l'abri du rapport, tant à l'égard des créanciers que de ſes cohéritiers: voyez le titre des ſucceſſions, & le Maître, pag. 315 & 316, & la ſection 3 ci-après, où cela eſt expliqué plus au long; quant aux créanciers, c'eſt l'effet de ces lettres d'écarter toute confuſion, à leur égard il n'y a pas de difficulté, & il ne doit

pas y en avoir beaucoup plus à l'égard des héritiers.

☞ Il n'y a en effet, aucune difficulté à l'égard des créanciers, parce que vis-à vis d'eux l'enfant qui a accepté par bénéfice d'inventaire, *debet abire indemnis.* Voyez Argou en ſes inſtit. au droit françois, liv. 3, ch. 10, où il dit que ce ſentiment eſt conforme à la juriſprudence des arrêts; M. le Camus ſur l'article 251 de la coutume de Paris, & l'annotateur de le Brun, traité des ſucceſſions, addition 81; mais à l'égard des héritiers, ce n'eſt pas ſans raiſon que notre auteur annonce qu'il y a de la difficulté.

SECTION II.

De la part des enfans douairiers dans le fonds du douaire, lorſqu'il y a d'autres enfans ayant différentes qualités.

IV. Chacun des enfans peut prendre telle qualité qu'il lui plaît, ſoit ſur l'acceptation du douaire, ſoit ſur celle de la ſucceſſion, ſans que la qualité priſe par rapport à ces objets, & la détermination d'icelle de la part de l'un puiſſe gêner l'autre; chacun d'eux pouvant uſer à ſon gré d'un droit dont il eſt ſaiſi, il peut donc y avoir ſur cela variété de qualités: tel eſt le principe général qui conſerve tous les droits, comme on va l'expliquer, cela ne formant pas accroiſſement au douaire.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du douaire, pag. 250, déja cité tout à la fin de cette page; c'eſt auſſi celui de Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 6, num. 1, pag. 158, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, conformément à la propoſition qui ſuit; c'eſt double droit incompatible à la vérité, mais ſur leſquels chacun d'eux peut choiſir à ſon gré, n'y ayant lieu à l'incompatibilité, que lorſque c'eſt une même perſonne qui veut réunir les deux qualités.

V. Dans la théſe générale celui qui ſe tient au douaire n'a que ſa portion virile dans icelui; c'eſt repréſentation de portion héréditaire, qui doit ſe fixer par le nombre des enfans; autrement ce ſeroit augmenter la charge du douaire contre le vœu de la loi, au préjudice des créanciers, qui ne peuvent être privés par les douairiers que juſqu'à concurrence de leur portion virile dans le douaire.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 69, pag. 85, & cela ſe pratique ainſi au châtelet.

VI. De-là il s'enſuit que s'il y a trois enfans, un héritier, un renonçant, pour ſe tenir à un don & un douairier; ce dernier, quoique ſeul douairier, n'a que le tiers dans le fonds du douaire; tel eſt l'eſprit de la coutume, qui n'aſſure le douaire aux enfans que collectivement; & par conſéquent, que la portion virile à chacun d'eux; le contraire ſeroit injuſtice: ce qu'on développe par la ſection quatrieme.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 250, & c'eſt ce qui a été jugé par les arrêts intervenus ſur cette queſtion, ils ſont rapportés par de Renuſſon, traité du douaire, ch. 6. num. 3, pag. 159: voyez ces arrêts, ils levent toute difficulté ſur la propoſition.

VII. Cela eſt fondé ſur ce que les deux autres prenant ſous différentes qualités une portion des biens du pere, font nombre; que cette portion leur tient lieu de celle dans le douaire, qui ne pourroit accroître au douairier ſans faire en ſa faveur un double emploi de ces mêmes portions, au préjudice des héritiers & des créanciers; d'où il s'enſuit que ces portions doivent reſter dans la ſucceſſion, ce qui a lieu en faveur des créanciers comme des héritiers; le droit des uns & des autres eſt ſur ce égal: ces derniers ont l'hérédité, les premiers ont leur gage à conſerver.

Voyez Bacquet, à la page citée ſur l'avant-derniere propoſition, & telle eſt la juriſprudence du châtelet; on verra dans la ſection 4, les portions qui accroiſſent aux douairiers, & les cas de cet accroiſſement qui demande un examen particulier, mais qui n'a lieu ici.

SECTION III.

Que l'incompatibilité des qualités d'héritier & de douairier ceſſe par les lettres de bénéfice d'inventaire, indiſtinctement à l'égard des créanciers, mais non indiſtinctement par rapport aux autres enfans.

(Art. 251 de la coutume.)

VIII. Cette incompatibilité des qualités d'héritier & de douairier ceſſe relativement aux créanciers par l'obtention des lettres de bénéfice d'inventaire en ſatisfaiſant à la condition d'icelles; ces lettres élevant un mur de ſéparation entre les patrimoines du défunt & de l'héritier.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 31: voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 540; le Maître, pag. 318, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

IX. En effet, le droit qui réſulte du douaire forme une eſpece de créance, & par ces lettres l'héritier évite la confuſion des droits qu'il a contre la ſucceſſion; c'eſt l'effet du mur de ſéparation dont on vient de parler & qui laiſſe toujours diſtinguer les droits provenans du défunt & ceux de l'héritier; or le douaire eſt un droit perſonnel que la loi donne aux enfans, ils le conſervent donc contre les créanciers en évitant la confuſion.

Cela eſt de juriſprudence au châtelet; voyez le chapitre 9 du traité du douaire de Renuſſon, où il rapporte tous les arrêts intervenus ſur la queſtion, qu'il traite avec beaucoup d'étendue & qui ne paroît pas pouvoir former la matiere d'un

doute, du moins par rapport aux créanciers, doute qui ne peut tomber que sur les héritiers & qu'on examinera ci-après.

X. De-là il s'enſuit que le fils héritier bénéficiaire de ſon pere, peut en rendant compte aux créanciers, revendiquer le fonds du douaire, c'eſt-à-dire, la portion qui lui compéte dans icelui, & exercer ſur les biens ſes droits & ſes actions pour ſe remplir de ce douaire; c'eſt l'effet de ces lettres qui laiſſent contre les créanciers ſubſiſter tous ſes droits & ſes actions ſur les biens du défunt; deſquels biens la coutume a diſtrait le douaire pour l'aſſurer aux enfans douairiers.

Pour ce il n'a pas beſoin de lettres de reſciſion; arrêt du 23 février 1702, il eſt cité dans la note marginale ſur Dupleſſis, pag. 150. Mais ſuivant la même note, il n'a pas ce droit contre ſes cohéritiers, lorſqu'il a accepté la ſucceſſion en majorité, ce que je ne peux indiſtinctement goûter par les moyens qu'on va voir par la ſuite.

XI. Voyons l'effet de ces mêmes lettres par rapport aux cohéritiers: il me paroit que l'incompatibilité au moyen des lettres, ceſſe même relativement aux autres héritiers par rapport auxquels l'héritier bénéficiaire peut revendiquer ſa portion dans le douaire, de même qu'il l'a revendiqué contre des créanciers, s'ils ont tous même droit & même qualité; mais non s'ils ont droit ou qualité différentes: voilà, ſelon moi, ce qui décide entre cohéritiers, par rapport au douaire.

Carondas & Tournet ſont d'avis contraire, ainſi que les auteurs des notes ſur Dupleſſis, cités ſur la propoſition précédente, mais voyez la propoſition qui ſuit; où il n'y a pas d'intérêt, il ne peut y avoir d'action; c'eſt une maxime qu'on ſuit inviolablement, qui me paroît fonder la propoſition qui eſt conforme au ſentiment de Renuſſon, du douaire, ch. 9, num. 24, pag. 217; or lorſqu'il y a même droit & même qualité, l'enfant douairier n'a nul intérêt d'empêcher l'héritier bénéficiaire de revendiquer ſa portion dans le douaire; cela lui étant indifférent, puiſque le concours de l'un n'affoiblit pas la portion de l'autre dans le douaire.

XII. En effet, il n'en eſt pas du douaire comme du rapport auquel l'héritier bénéficiaire eſt aſſujetti relativement à ſes cohéritiers; parce que la revendication que l'héritier bénéficiaire fait de ſa portion dans le douaire, conduit les enfans à l'égalité, au lieu de les en écarter, dernier effet qui produiroit l'affranchiſſement du rapport; outre que cette revendication ne peut intéreſſer les autres douairiers, puiſque cet héritier bénéficiaire faiſoit nombre dans le douaire, enſorte que ſon retour au douaire n'affoiblit en rien leur portion: il en ſeroit autrement ſi un puîné héritier bénéficiaire vouloit prendre le douaire ſur des biens ſubſtitués, auxquels l'aîné ſeroit appellé; la différence de leur droit & de leur qualité fonderoit en ce cas l'incompatibilité des qualités ou le retour au douaire de la part d'un héritier bénéficiaire, même par rapport aux autres héritiers; mais ceſſant cet intérêt & la variété de qualité qui le fonde, je ne vois pas qu'un enfant qui a accepté la ſucceſſion par bénéfice d'inventaire, ne puiſſe après avoir rendu compte revendiquer ſa portion virile dans le douaire: revendication qui ne tombe que ſur les créanciers, & non ſur les douairiers, qui n'ont toujours que leurs parts ſans accroiſſement de l'autre.

Ces raiſons me déterminent à préférer le ſentiment de Renuſſon à celui des autres; & en effet, la conteſtation ne peut naître contre d'autres enfans qu'en qualité de douairiers, ou en qualité d'héritiers purs & ſimples, contre un héritier bénéficiaire qui veut retenir ou veut revendiquer ſa portion virile dans le douaire; en l'une ou en l'autre qualité, ils ne peuvent être intéreſſés à exclure leur frere héritier bénéficiaire, à prendre ſa part virile dans le douaire, puiſque cette part devroit toujours lui reſter comme héritier, ſa qualité ne pouvant l'empêcher de faire nombre, comme on va le voir par la ſection qui ſuit, ſoit par rapport aux héritiers, ſoit à l'égard des douairiers; ainſi il leur eſt indifférent d'aſſocier leur frere héritier bénéficiaire au droit réſultant du douaire, ce qui eſt fort différent du rapport, comme on l'explique ci-après dans le titre des ſucceſſions; mais j'excepte deux cas de cette réſolution, qui ne peuvent militer que par la loi municipale; le premier, s'ils étoient appellés inégalement à la ſucceſſion, voyez ſur ce la note ſur le Maître, pag. 317. Le ſecond, ſi par la contribution les héritiers ſouffroient quelque préjudice par le retour au douaire de l'héritier bénéficiaire, en ces deux cas ce dernier ne peut revendiquer ſa portion virile dans le douaire, parce que les autres en ſouffriroient; mais s'ils n'en ſouffrent pas l'héritier bénéficiaire, a droit même contr'eux, de revendiquer ſa portion virile dans le douaire, d'autant que cela n'opére effet que contre les créanciers

☞ Voyez cependant l'arrêt du 21 avril 1682, rapporté au journal des audiences, tom. 4, liv. 5, chap. 13, & au journal du palais, tom. 2, pag. 202: voyez auſſi l'arrêt du 23 février 1702, cité ſur la dixieme propoſition ci-deſſus, dont la publication a été ordonnée au châtelet pour ſervir de réglement, & par lequel la cour a jugé que l'héritier bénéficiaire ne pourroit en renonçant à la ſucceſſion prendre le douaire vis-à-vis des autres héritiers; d'où il ſemble réſulter qu'il n'y a point de diſtinction à faire entre les héritiers qui ont même droit & même qualité, & ceux qui ont droit ou qualité différentes, & conſéquemment que l'héritier bénéficiaire ne peut revendiquer le fonds du douaire vis-à-vis des autres héritiers, mais ſeulement contre les créanciers.

SECTION IV.

Des enfans qui ſont nombre dans le partage & la diviſion du fonds du douaire, & de ceux dont les portions accroiſſent au profit des douairiers.

XIII. Les enfans vivans lors du décès du pere ſont nombre, ceux qui ſont morts avant

lui, ſont relativement au douaire, regardés comme s'ils n'avoient jamais été; ainſi ces derniers ne peuvent, quant à ce, faire nombre, le fonds du douaire ne pouvant être regardé autrement qu'une ſucceſſion légitime; dans le partage de laquelle les prédécédés avant ſon ouverture, ne ſont d'aucune conſidération.

Dupleſſis, du douaire, pag. 250 & 254; de Renuſſon, du douaire, ch. 6, num. 14, pag. 166; c'eſt droit commun.

☞ Mais ſi l'enfant qui eſt décédé du vivant de ſon pere a laiſſé des enfans, il leur tranſmet ſon droit, c'eſt à-dire, la faculté de ſe porter héritiers de leur ayeul ou de s'en tenir au douaire.

XIV. La mort civile imitant la mort naturelle, il s'enſuit de cette parfaite imitation, que les enfans morts civilement lors du décès du pere, ne ſont pas comptés & ne font point nombre par rapport au douaire, relativement auquel il faut capacité civile; comme il faut cette capacité pour la ſucceſſion, le douaire en eſt l'image.

Dupleſſis, pag. 254. C'eſt l'effet de la mort civile qui fait plus ici qu'un accroiſſement en faveur des enfans douairiers; car il eſt plus régulier de dire en ce cas, que les portions des morts civilement ne leur décroiſſent pas, les morts civilement avant le pere n'y ayant jamais eu de part; ainſi c'eſt droit de non décroiſſement & non droit d'accroiſſement.

XV. Cette incapacité des enfans réſultante de la mort civile, a lieu, quoique la veuve morte civilement, puiſſe jouir de ſon douaire, comme on l'a vu ci-deſſus; la différence en ce que pour jouir d'un viage il ſuffit de vivre, au lieu que pour être ſaiſi en propriété du fonds du douaire, il faut avoir une capacité civile, c'eſt-à-dire, la qualité de citoyen qui fonde la poſſeſſion des biens; la portion dans icelui tenant lieu d'une portion héréditaire: ainſi nulle comparaiſon à faire ſur cela entre la mere & les enfans, leur droit eſt totalement différent; ce qui confirme la propoſition précédente.

Le douaire a ſa racine dans le droit civil, encore plus que dans la nature; voyez ci-devant le titre de la mort civile, ſur lequel l'incapacité qu'elle produit eſt établie, & cela eſt de droit commun.

XVI. Le renonçant pour s'en tenir à un don, fait nombre parmi les enfans dans la diviſion du fonds du douaire; l'un lui tenant lieu de ſa portion dans l'autre; autrement, c'eſt-à-dire, ſi les portions des enfans donataires accroiſſoient aux douairiers, on feroit ſupporter aux héritiers & aux créanciers une double défalcation qui leur ſeroit très-déſavantageuſe, & qui ſeroit abſolument contraire à l'eſprit de la coutume; ainſi l'accroiſſement qui a lieu dans le douaire, eſt différent de celui qui a lieu en ſucceſſion: en effet, en ſucceſſion la part de l'enfant renonçant & avantagé, accroît à tous les héritiers, & il ne fait pas nombre dans la ſucceſſion, ſi ce n'eſt pour diminuer les portions avantageuſes de l'aîné; mais dans le partage du douaire, la part dans icelui de l'enfant avantagé & renonçant, n'accroît point aux autres douairiers, au contraire, il fait nombre dans ce partage, & ſa portion reſte dans la ſucceſſion; c'eſt le juſte intérêt des héritiers & des créanciers qu'il faut conſerver.

Dupleſſis, à la même page 254, ſon don lui tient lieu de portion héréditaire; voyez la propoſition ſuivante, qui contient ſur ce une diſtinction; & ſans cela ce ſeroit faire ſupporter double charge, double diminution aux héritiers & aux créanciers.

XVII. L'enfant qui a renoncé ſans avoir été avantagé, n'eſt pas compté dans le partage du douaire, celui-là eſt relativement à l'intérêt des autres, regardé comme s'il ne fût pas né, cependant ſa part dans le douaire appartient à l'héritier & non aux douairiers; le premier a la grande main & les autres n'ont que leur portion virile dans le douaire: telle eſt la rigueur de la régle, l'équité paroîtroit conduire au parti contraire; cependant favoriſeroit-on plutôt le douairier que l'héritier qui ſupporte toutes les charges?

Il eſt équitable que ſa portion accroiſſe au douaire, dit Dupleſſis, à la même page 254, la faveur qu'on attache au douaire ſoutient cette opinion; mais ſuivant la rigueur des principes, l'accroiſſement doit ſe faire au profit de l'héritier, c'eſt lui qui a le droit univerſel; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, traité du douaire, ch. 6, num. 4, pag. 160, de le Maître, pag. 316, que j'adopte juſqu'à ce que l'équité du parti contraire ſoit entiérement autoriſée, & ce ſeroit la porter trop loin.

XVIII. Mais s'il y a trois enfans, nul d'entr'eux héritier, ſavoir un renonçant, pour ſe tenir à un don, un renonçant ſans aucun avantage, & un troiſieme douairier, ce douairier a moitié du douaire n'y ayant plus alors d'héritier qui ait la grande main & le titre univerſel, qui fait ceſſer le droit d'accroiſſement: on ne peut partager le douaire qu'eu égard au nombre des enfans qui prennent part dans les biens; ainſi n'y en ayant que deux ſans qu'aucun d'eux ſoit héritier, le douairier, doit avoir moitié: c'eſt l'effet de l'accroiſſement qui y a lieu.

Suivant le ſentiment de Renuſſon, à la page citée ſur la cinquieme propoſition de cette ſection, l'enfant douairier ne doit avoir qu'un tiers dans le fonds du douaire; voyez le même auteur au même chapitre, num. 17, pag. 168: ce qu'il dit en ce dernier endroit, paroît contrarier ce qu'il a dit au num. 4, pag. 169. Mais je penſe qu'en ce

cas on doit ſuivre le ſentiment de Dupleſſis, qui eſtime que le renonçant ſans aucun don, ne fait pas part par rapport au douaire, parce qu'en ce cas il n'y a aucun héritier intéreſſé, & que cela ne peut intéreſſer que des créanciers qui ſont primés par le douaire; créanciers, en faveur deſquels la renonciation ne peut faire aucun accroiſſement, cela paroît déciſif.

XIX. L'enfant valablement exhérédé ne fait pas nombre; il eſt par le foudre de l'exhérédation retranché de la famille: ainſi par ce retranchement qui eſt total & abſolu, il ne peut pas faire nombre dans la diviſion du douaire.

De Renuſſon, à la page qu'on a cité en dernier lieu ſur la propoſition précédente; en effet, ne faiſant pas nombre dans le partage de la ſucceſſion, comment feroit-il nombre dans celui du douaire qui en eſt l'image? c'eſt droit commun.

SECTION V.

De la diviſion du douaire entre les enfans d'un même mariage.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'opération de cette diviſion lorſque les enfans ont des qualités différentes.

XX. Il n'y a d'opération à faire pour ce, que lorſque le douaire eſt coutumier, ou réduit à certain héritage; car s'il eſt d'une rente, la diviſion s'en fait de droit en autant de parts qu'il y a d'enfans douairiers, & faiſant nombre dans le partage d'icelui; mais par rapport au coutumier, il faut un partage réel.

Nomina & actiones ipſo jure dividuntur; l'opération de la diviſion n'eſt donc à faire qu'à l'égard du coutumier, & c'eſt ce qu'on va examiner.

XXI. Si le douaire eſt coutumier, & que tous les enfans ſoient douairiers, il faut partager le fonds de ce douaire en autant de parts qu'il y a d'enfans & tirer les lots au ſort, la qualité étant égale; il ne peut y avoir ſur ce de difficulté: c'eſt portion de ſucceſſion légitime aſſurée par la loi & qui doit ſe partager comme une ſucceſſion intégrale; il faut eſtimation préalable des héritages qui forment le fonds du douaire coutumier avant de les diviſer; c'eſt cette eſtimation qui eſt la baſe de la diviſion.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, ce qui eſt inévitable dans le cas que dans cette diviſion il y a des mineurs intéreſſés; mais ſi tous étoient majeurs, l'eſtimation entr'eux peut ſe faire à l'amiable.

XXII. Lorſque les enfans n'ont pas une même qualité; par exemple, s'il y avoit quatre enfans, l'un héritier, l'autre donataire & renonçant, & les deux autres douairiers; les premiers, faiſant nombre relativement au douaire, & leur portion héréditaire, ou leur don leur tenant lieu de la portion dans le douaire; les deux enfans douairiers n'ont à mettre en maſſe & à partager entr'eux, que la moitié du fonds du douaire coutumier; c'eſt à quoi l'exiſtence des deux autres réduit leur droit, & c'eſt entr'eux ſeulement & pour la moitié du fonds d'un tel douaire, qu'il y a lieu de procéder au partage d'icelui; & ce ſans droit d'aîneſſe: c'eſt table de naufrage, dans laquelle la coutume a eu également les enfans en vue.

Non-ſeulement ce douaire ſe partage ſans droit d'aîneſſe, comme on va le voir dans la diſtinction qui ſuit; mais ce douaire contre l'aîné héritier eſt préférable à ſon droit d'aîneſſe; arrêt du 16 avril 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 135, dans l'eſpece de cet arrêt les biens ſur leſquels le douaire étoit à prendre, étoient régis par la coutume de Senlis, mais elle ne contient rien quant à ce, de ſingulier.

XXIII. Il en ſeroit de même du préfix, il s'en fait partage, lequel ſe fait de plein droit pour les portions viriles en icelui compétentes aux douairiers, & l'hypothéque qui en réſulte eſt préférable au droit d'aîneſſe; par conſéquent dans ce douaire, comme dans le précédent, le droit d'aîneſſe n'eſt d'aucune conſidération.

Voyez Dupleſſis, pag. 250 à la fin, ce qui s'entend pour la même eſpèce contenue dans la propoſition précédente, c'eſt-à-dire que l'héritier & le donataire y font nombre.

DISTINCTION II.

Que le douaire ſe partage également & ſans droit d'aîneſſe, & qu'il ſe partage par ſouches.

(Art. 250 de la coutume.)

XXIV. Approfondiſſons ce que nous avons déja annoncé: encore que le fonds du douaire coutumier fût un fief, l'aîné douairier n'a ſur icelui aucun droit d'aîneſſe; c'eſt une derniere table de naufrage, non véritable ſucceſſion; c'eſt eſpece de créance dont le partage ne peut ſe faire que par portions égales, la coutume aſſurant le douaire aux enfans a porté ſa précaution juſques-là; c'eſt ſageſſe conforme aux vrais principes de la nature du douaire, qui eſt bien plus une créance, qu'un droit ou diviſion héréditaire: ſageſſe dont la coutume de Normandie s'eſt écartée.

Voyez ſur ce l'ancien arrêt rapporté par M. le Veſt, c'eſt le ſixieme de ſon recueil; Papon, liv. 21, tit. 5, num. 4; Louet & Brodeau, let. D, num. 44; le Brun, des ſucceſſions, pag. 309, num. 51; quoique cela ſoit de nouvelle coutume, ce partage avoit lieu avant la derniere réformation, comme jadis, il fut jugé en la maiſon de Montmorenci, dit Dumoulin ſur l'art. 112 de la coutume de Valois, & telle eſt l'addition qui a été faite à l'art. 250 de la coutume, qui n'expri-

me par conſéquent qu'un droit conſéquent aux anciennes diſpoſitions ſur le douaire : ſur la derniere partie de la propoſition, voyez l'art. 402 de la coutume de Normandie, qui eſt contraire à ce vrai principe, que le douaire eſt donné *jure contractus*, & non *jure hereditario*, en quoi elle s'écarte du droit commun.

☞ Hors la coutume de Normandie qui contient une diſpoſition contraire, celle de Paris qui dit que le douaire ſe partage également & ſans droit d'aîneſſe, a été étendue aux autres coutumes qui n'en parlent point, & n'ont pas des diſpoſitions contraires. Voyez l'arrêt du 31 mars 1582, rendu pour la coutume de Chartres, il eſt rapporté par Brodeau ſur Louet, num. 44.

XXV. Cela auroit lieu dans le cas même que toute la ſucceſſion du pere, ne conſiſtât qu'en un fief limité au principal manoir; c'eſt toujours douaire & le droit des douairiers y eſt égal; en effet, la coutume n'ayant pas diſtingué ſur cela, on ne peut admettre aucune diſtinction ſur un droit civil à la vérité, mais qui a ſa premiere racine dans la nature.

De-là il s'enſuit que le douaire coutumier même appartenant à une fille d'un premier mariage, doit être préféré au droit d'aîneſſe de l'aîné mâle d'un ſecond mariage; voyez l'arrêt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 39, & cela eſt ſuite de l'art. 250 de la coutume.

XXVI. Cela eſt fondé, comme on l'a dit, ſur ce que c'eſt une table de naufrage que la loi donne également aux enfans à titre de créance qu'elle forme elle-même ſur les biens du pere en faveur des enfans, ſauf le droit de l'aîné contre les héritiers, s'il y en a; mais ſon droit n'influe pas ſur les douairiers, il ne milite que contre les autres; c'eſt contre eux ſeulement que la coutume le lui donne par leur qualité commune d'héritier.

Sur ce partage du douaire ſans droit d'aîneſſe, Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 2, pag. 251, obſerve que ce droit de partage égal conduit ſouvent les puînés à renoncer, quoique la ſucceſſion ſoit bonne, & à ſe porter douairiers; mais que s'il y en avoit qui fuſſent héritiers, du nombre deſquels ſeroit l'aîné, alors le reſtant des biens ſe partageroit avec droit d'aîneſſe entr'eux ſeulement, ce qui ſeroit toujours étranger aux douairiers; c'eſt ce que dit auſſi de Renuſſon, traité du douaire, ch. 6, num. 31, pag. 170: ce qui eſt juſte, & ce qui conſerve pour ce cas le droit de chacun & qui concilie les différentes diſpoſitions de la coutume, qui tombent ſur les différens partis que les enfans peuvent prendre; ſur quoi il faut obſerver que pour fixer les portions avantageuſes de l'aîné héritier, contre ſes freres & ſœurs auſſi héritiers comme lui, les enfans douairiers font nombre, puiſque par l'acceptation du douaire, ils tirent leur portion de la ſubſtance & des biens du pere commun; ainſi ils diminuent le droit d'aîneſſe.

XXVII. Cette diſpoſition de notre coutume eſt ſi favorable qu'elle a été étendue aux autres coutumes qui ont ſur ce gardé le ſilence; ainſi cette diſpoſition eſt droit commun du royaume.

De Renuſſon, du douaire, ch. 6, num. 20, pag. 170.

XXVIII. Suivons ſur ce partage l'eſprit de la loi : le douaire préfix comme le coutumier, ſe partage par ſouches comme toute ſucceſſion directe, il en repréſente une partie, ſi ce n'en eſt pas une totale; on va expliquer l'effet de ce partage qu'on a déja annoncé; la repréſentation ayant lieu par rapport au douaire, comme elle a lieu par rapport à la ſucceſſion: preuve de la juſtice de ce partage.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 2, pag. 251, & les propoſitions ſuivantes.

XXIX. De-là il s'enſuit que les petits enfans repréſentans leur pere & renonçans à la ſucceſſion de leur ayeul, prennent conjointement dans le douaire, la part que leur pere y auroit eu, s'il avoit ſurvécu leur ayeul; tel eſt l'effet du partage par ſouche: en effet, le douaire eſt une portion de la ſucceſſion du pere que la loi aſſure à ſa deſcendance; il doit donc ſe partager eu égard au nombre des branches & non eu égard au nombre des têtes.

Si leur pere a ſurvécu leur ayeul, mais qu'il fût mort ſans avoir déterminé s'il ſeroit héritier ou douairier, ce droit paſſe dans la perſonne des petits-enfans; Dupleſſis, à la même page; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet: mais en ce cas ils ne peuvent exercer ce droit que du chef de leur pere, & comme ſes héritiers & non de leur chef, au lieu que dans le cas précédent ils l'exercent de leur chef.

SECTION VI.

Du partage du douaire lorſqu'il y a des enfans douairiers de deux lits.

DISTINCTION PREMIERE.

Du partage du double douaire coutumier.

XXX. Lorſqu'il y a des enfans de deux lits & également ſaiſis, & chacun en droit ſoi d'un douaire coutumier, il faut faire un double partage, l'un entre les enfans du premier lit, & l'autre entre les enfans du ſecond, & ce ſur les biens & héritages qui ſont ſujets à l'un & à l'autre douaire; c'eſt par ce double partage que les droits de chacun ſont conſervés.

Tel eſt l'uſage; voyez les propoſitions ſuivantes, qui expliquent ſur ce les opérations.

XXXI. Les enfans du premier mariage

partagent entr'eux, comme il eſt dit ci-deſſus, les biens qui forment le fonds du premier douaire coutumier, & ceux du ſecond partagent entr'eux les biens qui forment le ſecond douaire ; c'eſt-à-dire, celui que la coutume fixe pour le ſecond mariage, & ce ſuivant les fixations qu'on a expliqué par le chapitre ſixieme de ce titre.

Il ſe fait pour ce des eſtimations & des lots dans l'un & l'autre partage, comme on l'a expliqué ci-deſſus, & tout cela eſt ſuite de la coutume.

XXXII. Il n'y a aucun concours entre les enfans du premier & ceux du ſecond mariage, la coutume les a ſur ce partagé, en diſtinguant pour chaque lit l'objet du douaire ; autre ſuite de la coutume & du double partage que ſa diſpoſition rend inévitable.

Non-ſeulement il n'y a aucun vrai concours, mais le prédécès de tous les enfant du premier lit n'occaſionne aucune augmentation du douaire coutumier du ſecond mariage, comme on l'a dit ci-deſſus ; voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, pag. 86 : il en ſeroit autrement, comme on l'a déja dit, s'ils étoient morts avant le ſecond mariage, parce que dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt l'inſtant même de la célébration du ſecond mariage, qui a déterminé le montant du douaire coutumier qu'il a produit.

XXXIII. De-là il s'enſuit que la renonciation gratuite, le prédécès de l'un des enfans, ne produiſent accroiſſement qu'en faveur des autres enfans nés du même mariage ; que la part de l'enfant ainſi renonçant ou prédécédé n'accroît qu'à ſes freres & ſœurs nés du même mariage que lui, & non à ceux nés de l'autre mariage : troiſieme ſuite des diſpoſitions de la coutume ; c'eſt entr'eux ſeuls qu'il y a lieu à l'accroiſſement.

L'accroiſſement dont parle Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 4, pag. 254, ne peut s'entendre que dans le ſens de la propoſition ; & tel eſt l'uſage du châtelet ſur le partage des deux douaires.

DISTINCTION II.

Du partage du double douaire préfix.

XXXIV. Les enfans du premier lit exercent leurs droits & leur hypothéque pour le payement de leur douaire préfix & le partagent entr'eux ; c'eſt créance en leur faveur qui prime l'autre, & qui n'a rien de commun avec le douaire de pareille nature conſtitué pour le ſecond mariage, & ce douaire eſt rembourſable, la faveur de la libération le rend tel.

Le fonds d'un tel douaire eſt rembourſable ſur le pied de la conſtitution des rentes au tems du contrat du premier mariage ; arrêt du 5 avril 1691, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 19, pag. 479 ; voyez la note ſur la propoſition qui ſuit, qui éclaircit celle-ci.

XXXV. Il en eſt de même du partage du douaire préfix du ſecond mariage, les enfans qui en ſont nés le partagent entr'eux, ſans que ces deux partages ayent rien de commun, le premier marchant avant l'autre par la force de l'hypothéque, & le dernier ne produiſant effet qu'après que le premier eſt rempli.

Juſques-là, dit Dupleſſis, pag. 255, que les enfans du ſecond lit ne peuvent prétendre de légitime ſur le premier douaire ; ſur quoi cependant il faut faire une diſtinction, comme on va le voir par la ſection qui ſuit, mais qui ne tombe que ſur le douaire coutumier du premier mariage, & par rapport à ce douaire, que ſur les augmentations qui ont été faites ſur le fonds d'icelui depuis la célébration du ſecond mariage, & nullement ſur le préfix conſtitué pour le premier mariage, lequel n'eſt jamais ſujet à la légitime des enfans nés du ſecond mariage.

SECTION VII.

Si le douaire du premier mariage, ſoit coutumier, ſoit préfix, eſt ſujet à la légitime des enfans du ſecond lit.

XXXVI. Le douaire coutumier des enfans du premier lit n'eſt pas ſujet à la légitime des enfans du ſecond lit ; tel eſt ſur ce le principe général qui reçoit cependant une exception qu'on expliquera ci-après ; principe général qui naît de la coutume, qui a ordonné le douaire comme une portion aſſurée aux enfans pour leſquels elle l'a établi : ce qui influe ſur le droit d'aîneſſe contre l'aîné des enfans mâles iſſus du deuxieme mariage.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du douaire, à la fin du ch. 5, pag. 255 ; de la Maître, tit. 11, pag. 322, & tel eſt l'uſage du châtelet. *Quid*, du droit d'aîneſſe de l'aîné mâle du ſecond mariage, lorſqu'il n'y a que des filles iſſues du premier mariage, lui ſera-t-il préféré ? Voyez l'arrêt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 39, & la diſtinction ſeconde de la cinquieme ſection ci-deſſus, où l'on a établi la négative ſur un arrêt qui y eſt cité.

XXXVII. Cette préférence du douaire coutumier des enfans du premier lit ſur la légitime des enfans nés du ſecond, eſt fondée ſur une double raiſon ; c'eſt la loi qui leur donne ce douaire & non l'homme, & ce douaire appartient aux enfans du premier lit à titre de créanciers ; double raiſon qui l'affranchit de toute petition de légitime, ainſi que du droit d'aîneſſe.

Voyez le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 238, num. 9 ; l'addition faite ſur Bardet, tom. 1, pag. 597.

XXXVIII.

XXXVIII. Cependant les augmentations faites pendant le ſecond mariage, ſur l'héritage ſujet au premier douaire coutumier, ſont ſujettes à la légitime des enfans du ſecond mariage, parce que ces augmentations faites pendant ce tems, produiſent un véritable avantage en faveur des enfans du premier lit, au préjudice de ceux du ſecond; & c'eſt en ce cas, l'homme qui donne ou qui augmente ce que la loi donnoit, ce qui aſſujettit à la légitime, la diſpoſition de l'homme y étant toujours ſujette.

Cela ne fonde qu'une action en pétition de légitime, & non un rapport total de la valeur de ces augmentations, comme il paroît que Dupleſſis voudroit l'inſinuer à la page 242; mais la note marginale réduit les enfans du ſecond lit ſur ces mêmes augmentations à un droit de légitime, ce qui eſt conforme aux principes; ainſi les enfans du ſecond lit ſont réduits à demander la moitié du montant des augmentations; voilà ſur cela tout leur droit.

XXXIX. De-là il s'enſuit, que ſi un pere qui a été marié deux fois, & qui a un enfant de chaque mariage, ne laiſſe pour tout bien qu'une maiſon ſujette au douaire coutumier du premier mariage & qu'il ait augmenté cette maiſon de deux mille livres pendant ſon ſecond mariage, les créanciers antérieurs au ſecond mariage ſe vengent ſur la moitié de cette maiſon ainſi augmentée, & l'autre moitié appartient au douairier, ſeul enfant né du premier mariage, mais ſur laquelle il eſt obligé de rendre 250 livres à ſon frere pour ſa légitime, dans mille livres dont cette maiſon a été augmentée: voilà en ce cas où ſe réduit l'effet de la légitime & l'application de la propoſition précédente, qui n'a lieu que lorſque l'enfant du ſecond lit ſe trouve réduit à ſa légitime, & qu'il ne reſte pas d'autres biens dans la ſucceſſion que l'augmentation que le pere a fait ſur le fond du douaire.

Cette augmentation ne forme pas un droit héréditaire, ou un avantage fait expreſſément par l'homme, car en ce cas il y auroit incompatibilité de qualité, mais un accroiſſement au douaire, qui eſt tout enſemble légal & volontaire; & c'eſt par cette derniere qualité qu'il eſt ſujet à la légitime des autres enfans, mais non ſa premiere baſe, qui en eſt affranchie comme venante de la loi.

XL. Examinons à préſent le droit de légitime par rapport au douaire conventionnel: le douaire préfix du premier mariage, comme le coutumier, n'eſt pas ſujet à la légitime des enfans du ſecond, ni pour le tout, ni même pour l'excédent du coutumier, parce qu'il eſt toujours regardé comme une créance, il faut convenir que c'eſt porter ſa faveur bien loin; mais ſa faveur eſt grande & cela en eſt la ſuite.

Je l'ai entendu ainſi décider au châtelet, par les plus habiles avocats; Dupleſſis a paru varier à la page 242. Il demande, quand ce ſont des enfans d'un ſecond lit, ne pourront-ils rien prétendre au gros douaire du premier? Il paroît qu'en cet endroit il reſte indécis ſur la queſtion, mais en ce même endroit il ne l'examine que par rapport aux augmentations qu'un pere auroit fait pendant ſon mariage ſur les héritages ſujets à un premier douaire coutumier, ſur leſquelles augmentations, comme faites *tempore prohibito*, il donne droit d'indemnité aux enfans du ſecond lit, ce qui ſe réduiroit à une action de légitime ſur ce, comme on vient de le voir: mais au ch. 5 du même traité, pag. 225, il dit ouvertement que le douaire du premier mariage, quoique préfix, n'eſt point ſujet à la légitime des enfans du ſecond mariage; c'eſt le ſentiment de Renuſſon du douaire, ch. 11, num. 6; de le Maître, pag. 322; ce que la qualité de créance qu'on donne juſtement à un tel douaire, me paroît fonder; mais d'un autre côté, c'eſt la propre ſubſtance du pere, & qui ayant la convention, la diſpoſition de l'homme pour baſe, ne provient pas de la loi, mais de ſa libre diſpoſition; cependant il faut s'en tenir à cette faveur, d'autant plus que ce droit eſt la condition d'un mariage; condition qui doit avoir ſon exécution.

XLI. En effet, ils ne l'ont qu'à titre onéreux, comme une dette & comme la condition du mariage dont ils ſont nés; c'eſt donc comme condition du mariage, plutôt que comme diſpoſition, qu'ils doivent l'avoir: qualité qui affranchit ce droit de la légitime des enfans du ſecond lit.

C'eſt ſur ce moyen que Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, fonde ſa déciſion; en effet, c'eſt la condition ſous laquelle deux familles ſe ſont unies, nul événement poſtérieur ne peut y donner atteinte, & telle eſt l'opinion commune: c'eſt à la vérité faveur, mais faveur très-juridique.

XLII. De-là il s'enſuit, que ſi le douaire préfix du premier mariage, eſt de 30 mille livres, & qu'il y ait deux enfans, l'un du premier mariage, l'autre du ſecond, & ſeulement 30 mille livres de biens, l'enfant du ſecond ne peut prétendre que 7 mille 5 cens livres, faiſant moitié de ſa portion héréditaire dans les 30 mille livres: portion qu'il auroit eu, ſi le pere n'en avoit diſpoſé à titre de douaire pour le premier mariage; ainſi le premier douaire préfix reſte toujours de trente mille livres, tel qu'il a été ſtipulé, quoiqu'il abſorbe tous les biens.

C'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, à la page citée ſur la précédente propoſition; & par conſéquent en ce cas, l'enfant du ſecond lit reſte ſans légitime; il faut cependant convenir que ſi c'eſt conſéquent aux principes, cela eſt bien rigoureux.

SECTION VIII.

De la préférence du premier douaire ſur le ſecond & ſur la dot de la ſeconde femme.

XLIII. Par l'antériorité d'hypothéque, le

douaire préfix du premier mariage marche avant le douaire du ſecond mariage, ce qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt droit acquis qu'un droit poſtérieur ne peut affoiblir ; c'eſt principe général, c'eſt droit commun.

Le dernier ne peut jamais faire préjudice au premier, dit Dupleſſis, à la fin du cinquieme chapitre de ſon traité du douaire, & cela eſt inconteſtable ; ce qui influe même ſur la dot de la ſeconde femme.

XLIV. Ce privilége, ou plutôt l'effet de cette antériorité d'hypothéque a lieu même ſur les biens ſubſtitués, parce qu'entre privilégiés, il faut régler leur hypothéque ſuivant le droit commun; ainſi ſur de tels biens, le premier douaire doit toujours marcher avant le ſecond ; ils ont ſur ce privilége commun, mais ils n'ont pas la même hypothéque, & ce dernier droit doit opérer.

Voyez le titre des ordres où cela eſt établi ; c'eſt le ſiege de cette matiere.

XLV. La même préférence, la même antériorité du premier douaire préfix a lieu contre la répétition de la dot de la ſeconde femme, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit.

Voyez le titre de l'hypothéque où cela eſt établi, & la propoſition qui ſuit qui explique celle-ci.

XLVI. Si le premier douaire eſt coutumier, & qu'il y ait eu des augmentations ſur le fonds d'icelui pendant le ſecond mariage, la portion de ces augmentations appartenante à l'enfant du premier lit à titre de douaire coutumier, peut-être ſujette à l'hypothéque de la dot de la ſeconde femme, comme elle eſt ſujette à la légitime des enfans du ſecond mariage ; dernier objet qu'on a établi & qui influe ſur celui-ci : en effet, ces augmentations ſont ſujettes à la légitime des enfans du ſecond lit, & par le même principe, elles doivent l'être à la dot de la ſeconde femme, lorſqu'elles ont été faites depuis le ſecond mariage ; d'autant plus que ce droit eſt la condition d'un mariage, condition que doit avoir ſon exécution.

Ces augmentations ne ſeroient ſujettes, ni à l'un ni à l'autre, ſi elles avoient été faites avant le mariage ; mais comme elles ſont ſujettes à la légitime des enfans du ſecond lit, lorſqu'elles ont été faites pendant le ſecond mariage ſuivant la note marginale ſur Dupleſſis, pag. 242, comme faites *tempore prohibito*, & comme on l'a établi précédemment, dans ce même tems le mari n'a pu avantager les enfans de ſon premier mariage au préjudice de l'hypothéque de ſa ſeconde femme; mais les autres créanciers auroient-ils un pareil droit qu'elle ? j'incline pour la négative, à moins qu'ils n'euſſent la femme pour obligée, auquel cas ils pourroient exercer ſes droits, & notamment ſon action de récompenſe qui lui ſeroit dûe ſi elle étoit commune, pour raiſon d'une augmentation faite ſur un des propres de ſon mari pendant la ſeconde communauté.

CHAPITRE DIXIEME.

QUAND LE DOUAIRE DE LA SECONDE FEMME EST SUJET A RETRANCHEMENT.

SECTION PREMIERE.

QUE LE DOUAIRE COUTUMIER N'Y EST JAMAIS SUJET, MAIS BIEN LE DOUAIRE PRÉFIX.

I. LORSQUE le douaire de la ſeconde femme eſt coutumier, il n'eſt pas ſujet à retranchement, abſtraction faite des conquêts de premiere communauté ſur leſquels ſeulement il peut y être ſujet, parce que c'eſt la loi & non l'homme qui le donne ; ſource qui l'affranchit de réduction : cependant le droit de la ſeconde femme, à cet égard ſur les conquêts de la premiere communauté, ne peut excéder les parts & portions dont les enfans du ſecond lit amendent dans ces mêmes conquêts, les parts des enfans du premier lit leur étant réſervées par la loi; autrement dans le cas qu'il y auroit quatre enfans du premier lit & un du ſecond, & qui ſe porteroit douairier, il ſe trouveroit que les enfans du premier lit auxquels leur pere a dû réſerver les quatre cinquiemes dans les conquêts de premiere communauté, ſeroient réduits à la moitié de ces conquêts, & que l'enfant du ſecond lit contre la prohibition de la coutume auroit moitié dans ces conquêts, au lieu d'un cinquieme auquel la loi l'a réduit : voyez la diſtinction 6, de la ſect. 5, du chap. 2, du titre des donations faites par celui qui a convolé.

L'article 279, qui eſt de nouvelle coutume, prédomine ſur l'article 253, comme en étant l'explication, ce qu'on verra plus au long par la ſeconde ſection ci-après ; ce n'eſt donc qu'à l'égard de ces biens que le douaire coutumier d'une ſeconde femme peut être ſujet à retranchement ; c'eſt exception à la régle générale.

II. Mais le douaire préfix peut être ſujet à réduction ; ſi le douaire préfix accordé à une ſeconde femme, n'excéde pas le cou-

tumier, il n'y eſt pas ſujet, parce que la convention ſe trouve alors limitée à la diſpoſition légale, & que l'homme n'a fait que ce que la loi faiſoit elle-même ; mais s'il excéde, il eſt ſujet au retranchement pour ce qu'il excéde le coutumier, ſi cet excédent eſt plus fort qu'une portion d'enfant, qui eſt la limite des avantages qu'une ſeconde femme peut recevoir de ſon mari ; mais ſi cet excédent ne va pas au-delà d'une portion d'enfant, le douaire ſubſiſte dans tout ſon entier.

Voyez le titre des donations, faites par ceux qui ont convolé en ſecondes noces, & les autorités qui y ſont citées; l'auteur du traité du douaire, ch. 11, num. 7 & 8, pag. 246 & 247, où ſont rapportés les arrêts qui l'ont ainſi jugé; ainſi l'excédent du douaire préfix au par-deſſus du coutumier, milite s'il n'eſt pas plus fort qu'une portion d'enfant, & eſt retranché juſqu'à concurrence de cette portion s'il eſt plus fort.

☞ Voyez auſſi l'acte de notoriété donné par M. le lieutenant civil, le 1 mars 1698, portant à l'égard du douaire, s'il a été convenu préfix, qu'il ſera réductible à la valeur du douaire coutumier ; enſorte que ſi lors du mariage, il n'y avoit dans les biens du mari aucun immeuble ſujet au douaire coutumier, le douaire préfix deviendroit caduc : cependant le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 6, ſect. 1, diſt. 4, num. 24, eſt d'un ſentiment contraire, il penſe que dans le cas où il n'y a aucuns biens ſujets au douaire coutumier ; en ce cas pour régler le préfix que l'on prétend exceſſif, il faut arbitrer ce que la femme doit avoir de douaire, & lui donner outre cela une part égale à celle du moins prenant des enfans, ce qui paroît plus judicieux; voyez auſſi Dupleſſis, en ſa conſultation 32, où il dit : comme les enfans du premier lit ont l'option d'exécuter le contrat, ou de ſe renfermer dans les termes de l'édit des ſecondes noces, il faut qu'ils faſſent eux-mêmes eſtimer la valeur de l'uſufruit du douaire préfix, par rapport à ce que la veuve pourroit emporter aux termes de l'édit, afin de connoître ce qui ſera plus avantageux pour en faire le choix.

SECTION II.

Que cette réduction du douaire préfix d'une ſeconde femme n'eſt pas de droit, & n'eſt établie que pour empêcher un avantage prohibé; ſi la ſeconde femme peut demander la converſion de ſon douaire, & ſe venger pour icelui ſur les conquêts de premiere communauté.

III. L'action en réduction d'un tel douaire, n'appartient qu'aux enfans du premier lit, elle leur eſt relative, & ce n'eſt qu'en leur faveur qu'elle a lieu ; ainſi nul autre qu'eux ne peut la demander ; & par conſéquent s'il n'y a pas d'enfant du premier lit, le douaire préfix de la deuxieme femme, tel qu'il a été ſtipulé, doit avoir ſon exécution.

Cela eſt établi ſur le titre indiqué ſur la propoſition précédente, & cette action n'a lieu que lorſque par un tel douaire, une ſeconde femme ſe trouve avantagée au-delà de la portion que le conjoint convolant pouvoit lui donner; voyez la propoſition ſuivante qui établit que telle eſt la fin de la loi, c'eſt-à-dire, de réduire tous les avantages faits à une ſeconde femme dans les limites qu'elle a preſcrites.

IV. Elle ne leur appartient même qu'avec une charge, qui eſt qu'en demandant la réduction du douaire préfix de la ſeconde femme au douaire coutumier, il faut pour cette réduction qu'ils lui donnent une portion d'enfant dans les biens libres, ſon mari ayant pu l'avantager juſqu'à cette concurrence ; elle doit jouir de cet avantage, telle dénomination qu'on lui ait donnée, puiſque la loi n'y eſt pas violée.

Cela ſe juge ainſi tous les jours au châtelet, ces ſortes de conteſtations y étant très-fréquentes; en effet, ſi le mari qui a convolé, n'a pas donné à ſa ſeconde femme au de-là du douaire coutumier & de la portion d'un enfant par le douaire préfix, il ne lui a donné que ce qu'il pouvoit lui donner ; telle diſpoſition doit donc avoir ſon exécution.

V. Approfondiſſons cela : cette réduction eſt établie, pour que la ſeconde femme à titre de douaire préfix, n'ait pas plus que la loi permet de lui donner, c'eſt-à-dire, douaire coutumier que la loi donne elle-même, & portion d'enfant dans les biens libres ; portion qui eſt la limite des avantages que ſon mari lui a pu faire ; ainſi lorſque ce douaire n'excede pas, il doit ſubſiſter dans toute ſon étendue ; c'eſt-à-dire, lorſqu'il n'excede pas le douaire coutumier & une portion d'enfant dans les biens libres.

Voyez l'édit des ſecondes noces, rapporté en ſon ordre, il fonde la propoſition, ainſi que la coutume.

VI. La voie de la converſion du douaire préfix en coutumier n'eſt pas ouverte à la ſeconde femme ; en effet, la ſeconde femme, quoique ſujette de la part des enfans d'un premier mariage de ſon mari, à ſouffrir la réduction de ſon douaire préfix en coutumier, n'a pas le droit de demander contr'eux cette même converſion, cette demande de ſa part ſeroit une ſubverſion de ſon titre & de la loi ; la ſtipulation d'un douaire préfix emportant l'excluſion du coutumier, tant pour le ſecond mariage que pour le premier, nulle raiſon de différence.

Quod favore alicujus introductum eſt, non debet duriori interpretatione in ejus perniciem verti; en effet, cette converſion n'a été établie qu'en faveur des enfans ; voyez la propoſition qui ſuit.

VII. On a dit que de ſa part, ce ſeroit une ſubverſion de ſon titre, parce que la ſtipulation de ſa part d'un douaire préfix emporte l'excluſion du coutumier, comme on l'a établi ci-deſſus; & ſubverſion de la loi, parce que ce ſeroit tourner contre les enfans du premier lit, la converſion qui n'eſt établie qu'en leur faveur, & pour réduire dans les juſtes bornes l'avantage exceſſif, fait à une ſeconde femme à titre de douaire préfix: qualification qui ne peut empêcher que la loi prohibitive ne produiſe ſon effet, & qu'elle n'opere ſur tous les avantages, abſtraction faite de la dénomination qu'on leur a donné.

Dupleſſis, du douaire, ch. 2, ſect. 2, pag. 244, & cela a déja été établi ci-deſſus; telle eſt l'opinion générale au châtelet, & cela ſe pratique ainſi, comme ſuite & conſéquence de l'édit & de la coutume.

VIII. Si la converſion en coutumier du douaire préfix de la ſeconde femme n'eſt pas demandée de la part des enfans du premier mariage, la ſeconde femme, pour ce douaire, ne peut ſe venger ſur les portions que les enfans du premier lit amendent dans les conquêts de premiere communauté, la loi les leur réſervant par le convol; cette réſerve doit avoir ſon exécution, autrement on écarteroit la loi nouvelle qui doit prédominer pour exécuter l'ancienne qui doit lui céder, & qui ne parle que du coutumier; en effet, quoique les enfans ne prennent ces portions qu'à titre de réſerve coutumiere, & par conſéquent ſujets aux dettes, tel douaire préfix eſt moins une dette qu'un avantage que leur pere n'a pu faire au préjudice de la réſerve de leur portion dans ces mêmes conquêts que la loi a établi en leur faveur; prohibition que l'héritier peut faire valoir, puiſque c'eſt pour lui qu'elle eſt établie.

Voyez le titre des donations faites par ceux qui ont convolé en ſecondes noces; ces biens ſont regardés relativement à la ſeconde femme, comme on regarde les réſerves coutumieres des quatre quints des propres; c'eſt ainſi qu'on les conſidere au châtelet, par rapport à elle: qualité qui affranchit ces mêmes portions de tous avantages à elle faits.

IX. La ſeconde femme ne peut donc avoir douaire préfix, elle ne peut même avoir douaire coutumier ſur les parts & portions afférantes aux enfans du premier mariage dans les conquêts de premiere communauté, enſorte que ſur ces mêmes biens, ſon droit de douaire coutumier ne peut excéder les portions afférantes en iceux aux enfans du ſecond lit; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, c'eſt-à-dire, de la réſerve, par rapport aux uns, & de la diſponibilité, par rapport aux portions des autres, & à plus forte raiſon, cela doit-il avoir lieu pour le douaire préfix, puiſqu'on a établi que cela avoit lieu pour le coutumier.

Cela a été ainſi jugé par ſentence rendue, au rapport de Heron, au profit des nommés Brou; j'avois écrit au procès, il y étoit queſtion d'un douaire coutumier beaucoup plus favorable & bien plus ſoutenable de la part d'une ſeconde femme, qu'un douaire préfix par lequel leur pere en convolant n'a pu entamer les portions que la loi leur réſerve.

X. De-là il s'enſuit encore, que s'il n'y a aucun enfant du ſecond lit, elle n'a rien à prétendre à titre de douaire coutumier ſur les conquêts de premiere communauté, leur totalité en ce cas, étant réſervée par la coutume aux enfans du premier lit; autrement ce ſeroit anéantir cette loi pour partie, & elle doit être efficace dans ſa totalité.

C'eſt ce qui réſulte du jugement mentionné ſur la propoſition précédente, qu'on a déja ci-deſſus cité; voyez la propoſition qui ſuit qui contient le motif de ce jugement.

XI. En effet, c'eſt l'ancienne coutume qui lui donne douaire coutumier ſur ces mêmes biens, & c'eſt la nouvelle qui en réſerve de certaines portions aux enfans du premier lit, & la nouvelle coutume, comme dérogation à l'ancienne, doit prédominer ſur elle; la nouvelle coutume produit donc la réduction ci-deſſus, c'eſt-à-dire, l'affranchiſſement du douaire ſur les parts afférantes aux enfans du premier lit.

Voyez les actes de notoriété de feu M. le lieutenant-civil le Camus, ils établiſſent la propoſition, qui d'ailleurs eſt conforme à la juriſprudence du châtelet, & qui réſulte de la diſpoſition de la coutume, comme on l'a expliqué par la premiere propoſition de la ſection précédente, & comme on l'expliquera plus au long en examinant les avantages qu'un convolant peut faire à ſon nouveau conjoint, & notamment par la ſixieme diſtinction de la ſection cinquieme des donations faites par un convolant.

CHAPITRE ONZIEME.

SI DANS LE CAS D'INSUFFISANCE DE BIENS POUR UN SEUL ET PREMIER DOUAIRE LA VEUVE EST PRÉFÉRABLE AUX ENFANS.

I. LA veuve pour une telle insuffisance n'a aucune préférence sur ses enfans, ainsi l'insuffisance de biens tombe sur elle comme sur les enfans : régle générale qu'on va expliquer par les propositions suivantes; ainsi le principe général est que la perte se repartit sur chacun, même titre, même droit, même sort.

De Renusson, en son traité du douaire, ch. 10, examine cette question fort au long, depuis le num. 23, jusqu'au num. 34, & est contraire à la proposition, quoiqu'il rapporte l'arrêt qu'on cite sur la proposition qui suit; le Maître, pag. 314, confirme la proposition, ce qui suit en contient la preuve, & l'opinion contraire ne peut gueres se concilier avec la loi qui doit l'emporter sur une opinion qui n'a de base que de vaines subtilités, que l'esprit de la loi comme l'équité écartent.

II. Cela est fondé sur ce qu'ayant un même titre, la veuve & les enfans doivent marcher de pas égal; ce seroit donc en divisant ce titre, y ajouter encore en faveur de la veuve que de lui donner une préférence sur ses enfans; addition qu'il ne paroît pas qu'on puisse faire, ce seroit dénaturer l'acte.

Arrêt de la cour des aides, du 12 mai 1694, rapporté dans la douzieme partie du journal du palais, pag. 502; il est aussi rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 10, pag. 687 : ce qui a encore été jugé par un autre postérieur, & qui est rapporté sur la proposition qui suit.

III. De-là il s'enfuit que s'il y a insuffisance de biens, cette insuffisance doit être supportée par proportion & par régalement, tant par la veuve que par les enfans; c'est le juste effet de l'égalité de leur droit, & autrement on dépouilleroit les enfans de leur derniere table de naufrage, qui est au moins aussi favorable que le droit de leur mere, & qui par conséquent doit être conservé comme ce dernier.

La cour l'a ainsi jugé par l'arrêt d'ordre des biens de M. Portail, seigneur de Chatou, du 10 décembre 1718; il est vrai que l'ancienne jurisprudence étoit contraire : en effet par arrêt du 19 août 1689, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 36, la cour avoit jugé que les arrérages du douaire devoient être colloqués avant le fonds d'icelui; celui du 22 mai 1692, rapporté dans le même volume, pag. 618, avoit jugé de même; mais l'arrêt de 1694, suivi de celui de 1718, fixent sur cela la jurisprudence, & écartent entierement l'opinion de Renusson, contraire à l'équité, contraire aux principes, & dans laquelle il paroît de la singularité, & il y a lieu de s'étonner qu'elle ait été adoptée pendant un certain tems.

IV. Cela a lieu tant pour le second douaire que pour celui d'un premier mariage, l'ordre d'hypothéque gardé entre les douaires; en effet, on ne peut sur ce établir aucune différence, l'un & l'autre douaire se réglant par les mêmes principes : ainsi dans le cas d'un second douaire préfix, & qu'il y a insuffisance de biens, il y a concurrence entre la veuve & les enfans.

On peut appliquer à cette proposition les autorités précédentes, elles lui sont communes.

V. Cela a lieu, soit qu'il y ait insuffisance de biens lors de l'ouverture du douaire, soit qu'elle survienne après coup, par la diminution sur les biens; venons à l'opération au sujet de l'insuffisance. Toute l'opération à laquelle l'insuffisance de biens donne lieu aboutit à une réduction de jouissance à l'égard de la veuve, pour laisser ce qui reste de fonds aux enfans; par-là les droits sont conservés, le fruit porte la réduction du fruit, & le fonds celle de la réduction du fonds.

Voyez l'arrêt cité sur la seconde proposition de ce chapitre, celui cité sur le troisieme, & la proposition qui suit qui éclaircit celle-ci.

VI. De-là il s'ensuit que, quoique la jouissance de ce qui reste de fonds ne suffise pas pour remplir la veuve des arrérages de son douaire, néanmoins elle ne peut entamer ce restant de fonds qui reste libre aux douairiers affranchis de l'action de leur mere; ce qui repartit arithmétiquement l'effet de l'insuffisance : en effet, l'insuffisance produit de droit un retranchement réel & forcé, tant sur le fruit que sur le fonds du douaire; c'est donc à la jouissance de ce qui reste de fonds que la veuve doit être réduite, & sans cela le fonds du douaire pourroit se trouver réduit à rien.

Quoique la dot marche avant le douaire, comme cela est établi ci-dessus sur le titre de la communauté, il faut observer que cette préférence n'a lieu que lorsqu'il s'agit des intérêts de la veuve & des créanciers qui l'ont pour obligée,

qui juſqu'à concurrence de la dot de leur débitrice priment le douaire : mais s'il n'eſt plus queſtion que des intérêts des enfans, dont les uns ſoient héritiers de leur pere & mere, & d'autres héritiers de leur mere, mais douairiers dans la ſucceſſion de leur pere, en ce cas la dot ne doit avoir aucune préférence ſur le douaire, & l'un & l'autre doivent marcher de pas égal, & ce relativement aux enfans : le Brun, de la communauté, pag. 409, num. 31 ; ce qui confirme les propoſitions ci deſſus & celles du chapitre précédent ; ſur quoi il faut obſerver que l'enfant héritier du pere devient le propre débiteur du douaire, ce qui détruit dans ſa perſonne le privilege de la dot.

VII. La veuve peut ſouffrir retranchement ſans que l'enfant douairier en ſouffre, c'eſt lorſqu'il y a deux enfans, l'un renonçant & donataire, l'autre douairier, & que le douaire eſt de 500 livres de rente au principal de dix mille livres, & qu'il ne reſte dans la ſucceſſion que cinq mille livres, en ce cas la veuve eſt réduite à l'uſufruit de ce fonds qui eſt de 250 livres ; enſorte qu'elle perd moitié de ſon viage, lorſque l'enfant douairier conſerve en plein ſa portion dans le douaire, qui eſt moitié d'icelui, & par conſéquent de cinq mille livres, ſauf l'action hypothécaire de la veuve contre l'enfant donataire : mais action qui n'a pas lieu, ſi le don fait à l'enfant ne comprend que du mobilier, ce qui eſt vraiment le cas où s'applique la propoſition.

Voyez la propoſition ſuivante qui développe celle-ci.

VIII. Cela paroît contraire au principe fondamental de ce chapitre, en ce que la veuve & l'enfant ayant un même titre, devroient ſupporter proportionnellement l'effet & le retranchement que produit l'inſuffiſance ; la veuve les ſupporte à proportion de l'évaluation de ſon viage, & l'enfant douairier à proportion de ſon fonds : mais l'équité doit l'emporter ſur cette rigueur, parce que telle petite portion qu'on puiſſe accorder à la veuve à prendre ſur le fonds, il pourroit arriver que ce même fonds pendant longues années, pendant leſquelles la veuve peut ſurvivre ſon mari, deviendroit à rien, ce qui priveroit l'enfant douairier de cette table favorable de naufrage que la loi a voulu lui conſerver ; ce qui me fixe à la propoſition : la coutume ayant voulu par l'établiſſement du douaire pourvoir à la ſubſiſtance de la veuve & des enfans, & même aſſurer un fonds à ces derniers, ce qu'elle refuſe à l'autre, puiſqu'elle la réduit à un ſimple uſufruit.

Je l'ai entendu ainſi décider par de très-habiles avocats ; c'eſt un cas ſingulier, mais il peut arriver.

IX. Dans un autre cas d'inſuffiſance, la veuve a un droit plus étendu que l'un des enfans qui eſt douairier ; par exemple, ſi le mari qui a conſtitué le douaire n'a laiſſé que du mobilier, que le douaire ſoit de 500 liv. de rente au principal de dix mille livres, & qu'il y ait deux enfans, l'un douairier, l'autre donataire renonçant, mais donataire d'un pur mobilier, & qui n'a ſuite par hypothéque, la veuve entre en contribution ſur le mobilier, pour ce à quoi on évalue ſon viage de 500 livres de rente par an, & l'enfant y entre pour ſa portion dans le fonds qui eſt de cinq mille livres, déduction faite en l'évaluant du droit de viage de la veuve ; c'eſt-à-dire, qu'il n'entre en contribution que pour une nue propriété de cinq mille livres, défalcation faite ſur cette ſomme de l'évaluation qu'on donne à l'anticipation de l'ouverture de ſon droit, qui ne devroit ſe faire que par le décès de la veuve douairiere, parce qu'il faut qu'il conſerve & qu'il exerce ſon droit, totalement différent de celui de ſa mere ; & qu'il faut liquider & conſommer ce droit, avant de diſtribuer ce qui revient de la vente du mobilier.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 63, pag. 83, où il établit que pour le douaire on vient ſur le mobilier à contribution, ce qui embraſſe tous ceux auxquels le douaire peut appartenir ; mais ſi les enfans étoient tous douairiers, en ce cas il n'y auroit plus toutes ces difficultés, la veuve & les enfans conjointement entreroient en contribution pour le fonds du droit ; & de ce qui ſeroit revenu d'une telle contribution on en feroit emploi pour la veuve jouir d'icelui, & la propriété reſter aux enfans ; ce qui forme la derniere propoſition de ce chapitre.

X. La raiſon qui fonde la propoſition précédente, eſt que le droit de la veuve ne doit pas s'affoiblir, parce que l'un des enfans eſt donataire & renonçant, & de ce que ſon exiſtence & la détermination de ſa qualité réduiſent le fonds du douaire à la moitié, à l'égard du ſeul enfant douairier ; cette réduction n'étant que relative aux enfans & aux créanciers, ne peut influer ſur elle, qui a un droit fixe & indépendant du parti que prennent ſes enfans : il faut donc en ce cas que la veuve entre en contribution pour tout le montant de la jouiſſance du douaire.

Cela s'éclaircit par la propoſition qui ſuit, & me paroît ſuite de l'eſprit de la coutume ſur le partage du douaire.

XI. Dans le même cas ſi tous les enfans étoient douairiers, on feroit entrer la totalité du fonds du douaire en contribution ; & ce que cela auroit produit par l'effet de la contribution du mobilier, la veuve en jouiroit ſa vie durant, & les enfans en auroient la nue propriété pour entrer en jouiſſance au moment de la mort de leur mere ; l'uniformité applanit ici toute difficulté.

Obſerver que ce cas eſt tout différent de celui examiné dans l'avant-derniere propoſition, dans lequel il y avoit différence de qualité

CHAPITRE DOUZIEME.

DES RAPPORTS AUXQUELS LA QUALITÉ DE DOUAIRIER ASSUJETTIT.

(Art. 252 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE CES RAPPORTS DANS LA THÈSE GÉNÉRALE NE SE FONT QU'EN FAVEUR DES HÉRITIERS ET DES CRÉANCIERS.

I. LA coutume a toujours l'égalité en vue; en effet, l'enfant qui accepte le douaire, ou ſa portion afférante en icelui, eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion de ſon pere ce qu'il a reçu de lui, le douaire étant une imitation d'une ſucceſſion légitime & qui ſe partage de même, ou de précompter & d'imputer ce qu'il a reçu ſur la portion à lui afférante dans le douaire; rapport qui n'a cependant pas lieu indiſtinctement, mais en faveur de certaines perſonnes ſeulement; ce qu'on expliquera par la ſuite: rapport qui n'a lieu entre les enfans que du jour du décès de la veuve douairiere lorſqu'elle a ſurvécu ſon mari, ſauf à la veuve l'exercice de ſon action hypothécaire ſur les immeubles donnés aux enfans: rapport en un mot relatif & non abſolu.

Bacquet, des droits de juſtice, chap. 15, num. 41, page 75; Dupleſſis, page 252; Loyſel, en ſes inſtituts au droit coutumier, art. 24, dit que tout ce qui ſe compte en légitime, ſe compte en douaire; en effet, le douaire eſt regardé comme portion héréditaire: qualité qui aſſujettit au rapport; tel eſt le principe de l'art. 252.

II. Cela auroit lieu encore que ce que le douairier auroit reçu, fût un pur mobilier exempt de toute hypothéque; c'eſt déduction fondée ſur une action perſonnelle: c'eſt rapport qui milite, abſtraction faite de la nature de ce qui a été reçu; c'eſt droit commun par rapport aux enfans douairiers & aux créanciers.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 306, num. 36; en effet, c'eſt favorable égalité, adoptée par la coutume de Normandie, art. 401.

III. De-là il s'enſuit que les qualités de douairier & de donataire, & celle de douairier & de légataire, ſont incompatibles relativement aux héritiers en ligne directe, & aux créanciers de la ſucceſſion de celui qui a conſtitué le douaire; ſauf l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire qu'on a examiné ci-deſſus.

Sur la queſtion de ſavoir ſi par les lettres de bénéfice d'inventaire, l'enfant qui les a obtenues peut conſerver ſon don, ou revendiquer le douaire, tant à l'égard des héritiers, que des créanciers. Voyez la ſect. 3, du chap. 9 du préſent titre, où cette queſtion eſt examinée.

IV. L'incompatibilité de ces qualités eſt fondée ſur l'égalité, & ſur ce que le douaire eſt regardé comme une portion de la ſucceſſion du pere, ou tient lieu d'icelle; portion qui ne peut concourir avec un legs ou une donation, parce que ce concours feroit une inégalité que la coutume a proſcrit entre héritiers, & ceux qui, par la qualité de créancier, ont intérêt d'affoiblir le douaire.

Cette incompatibilité des qualités de donataire & de douairier, n'a lieu qu'à l'égard des enfans ou héritiers directs, & non à l'égard des collatéraux; Ricard, des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 15, num. 660 & ſuivans, pag. 143; ce qui fonde la propoſition qui réſulte de l'art. 252 de la coutume.

V. Mais ce rapport n'a lieu qu'en faveur des héritiers, c'eſt-à-dire, des enfans qui ont accepté la ſucceſſion, & des créanciers, & non en faveur des codouairiers qui ne peuvent prétendre que leur portion, ſauf le cas de la ſection ſuivante qui eſt celui de l'inſuffiſance de biens; approfondiſſons cette limitation: ce rapport a lieu en faveur des héritiers, parce qu'ils ſont intéreſſés à augmenter la ſucceſſion qu'ils ont à partager, & dont ils ſupportent les charges; ainſi quant à eux le douairier doit donc rapporter, & ce ſont principalement ces héritiers, c'eſt-à-dire, des héritiers directs que la coutume a eu en vue en ordonnant ce rapport.

L'incompatibilité eſt efficace à leur égard, puiſque par ſon effet, ou le don leur revient, ou la portion du donataire dans le douaire leur reſte; ce qui fonde dans leur perſonne l'allégation de cette reſpective & non abſolue incompatibilité. Voyez le Brun, des ſucceſſions, p. 306, num. 37.

VI. Ce même rapport a lieu en faveur des créanciers, parce qu'ils ſont intéreſſés à faire valoir des déductions ſur un douaire qui les prime par l'hypothéque, & ſe conſerver par là plus de biens libres dans la ſucceſſion de leur débiteur, ſur lequel ils puiſſent ſe

venger de leurs créances; ainſi par rapport aux créanciers, il faut de la part du douairier rapport du don ou imputation du montant d'icelui ſur la portion virile que le donataire a à prendre dans le douaire; cette imputation eſt juſte exception qui compéte à tous créanciers.

Le Brun, à la page citée; Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, num. 8, pag. 160; juſques-là, qu'un fils ſe portant douairier, eſt obligé à l'égard des héritiers & des créanciers de rapporter ce que ſon pere a donné à ſes enfans; le Brun, des ſucceſſions, pag. 307, num. 38; Ricard, traité des donations, part. 1, chap. 3, ſect. 5, num. 68, page 149; ce qui confirme d'autant plus la propoſition, & ce qui eſt ſuivi au châtelet.

VII. Mais l'enfant douairier dans la théſe générale ne peut demander le rapport, parce qu'en ſa qualité il ne peut prétendre au-delà de ſa portion virile dans le douaire; l'inſuffiſance de bien fonderoit néanmoins le rapport, comme on le verra dans la ſection ſuivante; mais il n'y a que dans ce cas qu'il puiſſe le demander, hors ce cas n'ayant pas d'intérêt au rapport, il ne peut le prétendre.

Tel eſt le ſentiment de le Brun; Dupleſſis paroît contraire; mais où il n'y a pas d'intérêt, il ne peut y avoir d'action, l'opinion de Dupleſſis ne peut faire impreſſion, ce qu'on établira par la ſection ſuivante; ainſi l'on peut regarder comme conſtant que l'incompatibilité des qualités de donataires & de douairiers ne peut être alléguée par un douairire, parce qu'il ne pourroit tirer aucun fruit d'une telle allégation.

VIII. De-là il s'enſuit, que s'il n'y a que deux enfans, tous deux renonçans à la ſucceſſion du pere & douairiers, & l'un d'eux donataire du pere commun, ces deux enfans partagent également le douaire, & le donataire y prend ſa moitié en conſervant ſon don, ſauf la légitime de ſon frere contre lui, ſi ce frere n'en étoit pas rempli par ſa moitié dans le douaire; ce qui n'auroit pas lieu par rapport aux créanciers ſi ils n'avoient pas d'hypothéque ſur les immeubles donnés; car quant aux meubles, ils ne ſont ſujets à ſuite: mais à l'égard des créanciers, l'enfant donataire eſt obligé d'imputer ce qui lui a été donné en avancement d'hoirie ſur ſa portion dans le douaire.

Cela réſulte de la doctrine établie par le Brun. Il n'en eſt pas de même des créanciers qui forcent le donataire d'imputer le montant du don par lui reçu ſur ſa part virile dans le douaire, comme on l'a vu ci-deſſus, & la différence eſt ſenſible; les créanciers, en obligeant le donataire à rapporter à la ſucceſſion ſa donation, ou d'en imputer le montant ſur ſa portion dans le douaire, s'acquittent d'autant de cette portion, au lieu que le rapport à l'égard d'un enfant douairier ne pourroit rien produire, puiſqu'il n'auroit toujours que ſa part virile dans le douaire, ſans pouvoir rien prétendre dans la donation, que le rapport d'icelle, s'il avoit lieu, en ce cas auroit replacé dans la ſucceſſion, dans laquelle il ne peut rien demander, au moyen de ſa renonciation à icelle; ce qui me paroît déciſif.

SECTION II.

Quand le rapport au douaire a lieu en faveur des codouairiers.

IX. Les deux précédentes propoſitions reçoivent une exception; l'enfant douairier a droit de demander le rapport à ſon frere donataire & douairier, lorſque dans la ſucceſſion du pere il y a inſuffiſance pour former le fonds du douaire: ce qui a déja été annoncé, & qui reſte à approfondir: alors un juſte intérêt fondant le rapport, il peut donc le demander.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 252, où il dit que le douaire tient lieu de légitime, & que c'eſt une maxime que le pere ne peut, par tel acte que ce ſoit, affoiblir la légitime de ſes enfans; ſur quoi on peut obſerver que la force de l'hypothéque produit cet effet.

X. En ce cas voici l'opération qui ſe fait dans l'eſpece qu'il y auroit deux enfans douairiers, & dont l'un d'eux ſeroit donataire: l'enfant non doté prend ſur les biens de la ſucceſſion ſa portion virile dans le douaire, qui eſt ſa moitié en icelui; & ne laiſſe à l'enfant doté que ce qui reſte de biens dans la ſucceſſion pour ſa portion dans le douaire, quoique le reſtant ſoit inſuffiſant pour lui former ſa moitié dans ce même douaire, la donation lui tenant lieu de ce qui s'en manque. La raiſon de ce, eſt que par l'inſuffiſance de biens dans la ſucceſſion, l'enfant doté eſt obligé par forme de rapport de précompter ſur ſa portion virile dans le douaire, ce qui manque dans la ſucceſſion pour former la totalité de ce même douaire; mais c'eſt à quoi ſe réduit un tel rapport, le douairier ne pouvant prendre part dans le ſurplus du don qui ne ſe trouve plus dans la ſucceſſion.

C'eſt en ce ſeul cas que le douairier peut demander le rapport à ſon codouairier qui a été donataire, parce qu'il a intérêt à lui faire faire ce rapport ou cette imputation, ſuivant ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, page 252, & c'eſt cet intérêt marqué qui en ce cas fonde le rapport.

XI. Il y a un cas dans lequel le ſort de l'enfant doté & qui a accepté le douaire, peut devenir encore plus déſavantageux; c'eſt lorſque ce qui lui a été donné, & ce qui reſte de biens dans la ſucceſſion, ſont enſemble inſuffiſans pour fournir le fonds du douaire; en ce cas l'enfant doté, & qui s'eſt indiſcrettement porté douairier, eſt obligé au rapport total de ce qu'il a reçu, & ce qu'il a ainſi rapporté, enſemble ce qui s'eſt trouvé dans

dans la ſucceſſion, ſe partage également entreles deux enfans : en effet, ce don eſt effacé par le rapport totald'icelui; rapport que l'enfant ſimplement douairier a intérêt ſenſible de faire faire à ſon frere donataire, intérêt qui lui donne le droit de l'exiger de lui, & en ce cas chacun de ces deux enfans doit ſouffrir également de l'inſuffiſance des biens qui néceſſite le rapport qui les conduit à une parfaite égalité.

C'eſt une ſuite de ce que deſſus, & de la maxime poſée par Dupleſſis, que le douaire eſt une eſpece de légitime; droit de légitime qui fonde le rapport, mais juſqu'à concurrence du montant du douaire ſeulement.

XII. De ce que deſſus, il réſulte que de la part d'un enfant doté, la qualité par lui priſe de douairier, n'eſt pas indifférente, puiſqu'elle peut tendre à anéantir ſon don en tout ou partie, au lieu qu'en renonçant purement & ſimplement, il ne peut être ſujet qu'à une action en pétition de légitime; ou en déclaration d'hypothéque ſur l'immobilier que ſa donation comprendroit.

Il eſt intéreſſé à renoncer dans le cas que la portion virile dans le douaire de chaque enfant qui fait nombre, eſt plus forte que la légitime, & qu'il y a de quoi remplir la légitime & non le douaire, parce qu'en ce cas il n'eſt ſujet qu'à l'effet de l'hypothéque.

☞ Mais ſi l'enfant doté avoit reçu de l'argent ou d'autres effets mobiliers non ſujets au douaire coutumier, en renonçant il ne ſeroit tenu que de la légitime des autres enfans douairiers & non vis-à-vis des créanciers qui n'auroient rien à prétendre contre lui, que dans le cas où la donation comprendroit des immeubles ſuſceptibles de l'hypothéque. Voyez de Renuſſon, traité du douaire, chap. 6, nomb. 7 & 8.

SECTION III.

Des choſes ſujettes au rapport relativement au douaire.

(Art. 252 de la coutume.)

XIII. L'enfant doté par le pere, pour prendre ſa part dans le douaire, n'eſt obligé de rapporter que ce qui eſt provenu de la ſubſtance du pere; & ce qui ſeroit rapportable à ſucceſſion, s'il étoit héritier; ce qu'on va expliquer: ainſi il ne rapporte pas ce qu'il a reçu d'ailleurs; voilà le principe général.

De-là il s'enſuit qu'il n'y rapporte pas ce qu'il a reçu de ſa mere; & ſi le don lui avoit été fait d'un propre de ſa mere, quoique tel don lui eût été fait conjointement par ſes pere & mere; Dupleſſis, page 254 tout au commencement, eſtime qu'en ce cas, par une bénigne interprétation, l'enfant devroit être déchargé de tout rapport au douaire, ce qui ne me paroît pas régulier, eſtimant qu'en ce cas pour prendre ſa part dans le douaire, il doit pour ce rapport de moitié; en effet, en ce cas telle donation provient pour moitié de la libéralité du pere qui eſt tenu d'indemniſer ſa femme de cette moitié, ce qui rend le rapport d'icelle inconteſtable, puiſque par l'indemnité dont la ſucceſſion du mari eſt tenu, il eſt vrai de dire que c'eſt ce mari, c'eſt ce pere qui a donné moitié.

XIV. De-là il s'enſuit qu'il ne rapporte pas ce qu'il a reçu à titre de reſtitution de ſubſtitution dont ſon pere avoit été chargé envers lui; parce que tel don ne vient pas de la ſubſtance du pere, mais de celui qui a fait la ſubſtitution: origine qui l'affranchit en ce cas du rapport limité à ce qui eſt provenu de la ſubſtance ou de la libéralité du pere; & par le même principe ſi un enfant a reçu de ſes pere & mere un conquêt de communauté, il ne rapporte que moitié de ce conquêt ſur le douaire, l'autre moitié provenante de la libéralité de ſa mere.

Cela réſulte, à plus forte raiſon, du ſentiment de Dupleſſis, qu'on vient de citer, mais que je ne peux goûter; auſſi la propoſition a-t-elle ſa baſe, non dans cette opinion, mais dans la maxime *ſubſtitutus capit à gravante non à gravato* : vraie baſe de la propoſition.

XV. Dans ce rapport l'enfant doté qui le fait, doit rapporter les fruits ou intérêts de ce qui lui a été donné, à compter du jour que le douaire s'eſt ouvert en ſa faveur, & qu'il commence à jouir du douaire ou de ſa portion dans icelui; tout rapport dû produiſant intérêt du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, c'eſt-à-dire, du jour que le rapport eſt dû; c'eſt principe général.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, page 302, num. 9, & page 307, num. 3; Dupleſſis, traité du douaire, ch. 4, ſect. 3, page 253 à la fin; & tel eſt ſur ce rapport l'uſage du châtelet.

SECTION IV.

Que le douairier eſt obligé de rapporter ce que ſon pere a donné à ſes enfans, ce qui a lieu pour le petit-fils douairier par rapport à ce qui a été donné à ſon pere.

XVI. Le douairier rapporte non-ſeulement ce que ſon pere lui a donné, mais encore ce que ſon pere a donné à ſes enfans; le partage du douaire ſe réglant par les mêmes principes que celui d'une ſucceſſion directe; en effet, il en eſt la parfaite imitation: on y doit donc ſuivre les mêmes principes ſans néanmoins donner atteinte à cette derniere table du douairier de naufrage qui a pour ce, non-ſeulement une action contre ſon fils donataire, mais encore une action contre ſubſidiaire au défaut de celle-là, & de ſon effet ſur les biens de ſon pere : c'eſt aſſurance légale.

Dupleſſis, traité du douaire, chap. 4, ſect. 3, pag. 252 & 253, traite la queſtion & la trouve

ambiguë; il ſe détermine contre le rapport, parce que cette régle, que ce qui eſt donné au fils eſt cenſé donné au pere, n'a lieu qu'en ſucceſſion; mais le douaire qui en eſt une portion, ſe régle par les mêmes principes : on pourroit dire pour cette opinion, c'eſt-à-dire, pour cet affranchiſſement de rapport, que le pere n'ayant pu donner atteinte au douaire par des actes de commerce, n'a pu le faire par des actes de libéralité, auſſi le pere en ce cas-là a-t-il action contre ſes enfans, mais les autres branches ni les créanciers n'en doivent pas ſouffrir, ce qui me paroit déterminant; en effet, le Maitre, page 318, confirme la propoſition qui n'a lieu que par rapport aux héritiers & aux créanciers, & non relativement aux autres douairiers; mais ſi le pere ne pouvoit par ſon fils donataire, & par ſon inſolvabilité, être payé de ſa portion virile dans le douaire qui eſt une eſpece de légitime, c'eſt le cas dans lequel j'adopterois le ſentiment de Dupleſſis, & j'y ſuivrois les mêmes principes que ſur la légitime; ainſi comme ſa portion du douaire n'a pu recevoir affoibliſſement par des aliénations, de même elle n'en n'a pu recevoir par une donation faite à un deſcendant, qui l'a diſſipée, contre lequel il doit d'abord ſe pourvoir, mais dont la diſſipation ne doit pas le priver d'une derniere table de naufrage, ce qui me paroit concilier ces deux opinions, en les renfermant chacune dans leur vrai cas.

XVII. Il en rapporte pareillement l'intérêt à compter du jour de l'ouverture du douaire, parce que quant à ce, le pere & les enfans ſont cenſés une même perſonnne; & que par cet avantage fait par l'ayeul, le pere ſe trouve d'autant déchargé de l'établiſſement de ſes propres enfans, cet intérêt étant une ſuite du capital, au rapport duquel il eſt aſſujetti.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, page 307; en effet, cette décharge, ainſi que l'eſprit de la coutume, fondent ce rapport.

XVIII. Cependant en ce cas, le pere a action contre ſes enfans pour les obliger à l'acquitter ou à l'indemniſer de ce rapport, parce que le douaire eſt une table de naufrage que la loi avoit réſervé pour lui-même, & non directement pour ſes enfans, réſerve qui fonde cette action qui eſt même indépendante de l'hypothéque, puiſque c'eſt action perſonnelle : action fondée ſur ce que le pere qui auroit conſtitué le douaire, n'a pu y donner atteinte par tel acte que ce ſoit; ce qui confirme d'autant plus la premiere propoſition, & les remarques qu'on a faites ſur icelle.

C'eſt, ſuivant la doctrine de Dupleſſis, une eſpece de légitime; voyez le chapitre de la légitime dans le cas qu'un pere a pour ce action contre ſes enfans : action qu'on y a établi, & qui eſt ici la même, puiſque le douaire eſt une réſerve légitimaire.

XIX. Les petits enfans ſont auſſi ſujets au rapport, ou à précompter ſur leur portion virile dans le douaire conſtitué ou aſſis par leur ayeul, ce que leur ayeul a donné à leur pere : en effet, par le principe que le partage du douaire eſt regardé comme un partage entre enfans, d'une portion de la ſucceſſion de leur pere; il s'enſuit que les petits enfans, prenant dans le douaire conſtitué par leur ayeul, la portion que leur pere qu'ils repréſentent, y auroit pris, ſont tenus de rapporter ou précompter ſur leur portion dans ce douaire, ce que leur pere a reçu de leur ayeul, lorſque le rapport au douaire a lieu; ce que leur pere a reçu devant être conſidéré comme un payement fait ſur ce par anticipation, & en ce cas, & lorſque leur pere a tout diſſipé, ils ne doivent pas même dans la rigueur de la régle, avoir action ſur la ſucceſſion de leur ayeul lorſque leur pere a été rempli, la dette étant en ce cas acquittée par l'ayeul.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, page 253, au commencement, & celui de le Brun, des ſucceſſions, page 30; de le Maitre, page 319; en effet, une telle diſpoſition eſt un vrai payement par anticipation.

XX. Le petit-fils eſt obligé à ce rapport, encore qu'il eût renoncé à la ſucceſſion de ſon pere; parce qu'il ne peut prétendre dans ce douaire que la portion qui compéte à ſa branche & juſqu'à concurrence ſeulement de ce dont cette branche n'eſt pas remplie, au moyen dequoi le petit-fils n'a pas ſur les biens de ſon ayeul l'action ſubſidiaire qu'on a expliqué par la premiere propoſition de cette ſection, & ce, quoiqu'il ne trouve rien dans la ſucceſſion de ſon pere pour ſe remplir de la portion dont il a été perſonnellement ſaiſi dans le douaire de l'ayeul; c'eſt créance acquittée pour partie, ce qui n'eſt pas, lorſqu'il s'agit de faire rapporter par un pere ce qui a été donné par le ſien à ſes enfans.

Voyez dans le titre des ſucceſſions, le chapitre des rapports, où ce principe eſt établi par rapport à la portion héréditaire des petits enfans : établiſſement qui eſt commun à la part qu'ils doivent avoir dans le douaire conſtitué par leur ayeul, puiſque cette part dans le douaire repréſente leur portion héréditaire dans cette même ſucceſſion.

CHAPITRE TREIZIEME.

DE LA FAVEUR DU DOUAIRE.

(Art. 249 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUAND LE FONDS D'ICELUI EST INALIÉNABLE DE LA PART DU MARI.

DISTINCTION PREMIERE.

Que cela n'a lieu que pour le douaire coutumier.

I. LORSQUE le douaire eſt coutumier, la moitié des héritages ſujets à ce douaire, & qui forme le fonds d'icelui, eſt inaliénable de la part du mari; telle eſt la faveur de cette table de naufrage que la coutume a voulu rendre effective, & la fin de cette aſſurance que la loi a faite pour les enfans, & qu'elle a rendue indépendante de tout événement; tel eſt l'eſprit général du droit coutumier, par rapport au douaire: autrement il dépendroit du pere de rendre la loi inutile.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, pag. 255, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 249 de la coutume; voyez ſur cela les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du douaire, art 31, & l'art 379 de la coutume de Normandie, qui porte, que ſi le mari durant le mariage a vendu de ſon héritage, la femme en peut demander douaire à celui qui le poſſéde; c'eſt l'action en révocation de l'aliénation juſques à concurrence.

II. La vente que le mari en fait, eſt nulle relativement à la veuve & aux enfans douairiers; conſéquence inévitable de la propoſition précédente, & de la prohibition de la loi; c'eſt ſeconde vente après une premiere aliénation que la loi municipale a rendu irrévocable.

Cette nullité, mais relative, eſt de juriſprudence, & elle réſulte évidemment du texte de la coutume, & de celle de Normandie qu'on vient de citer; enfin elle réſulte des obſervations précédentes.

III. Cette nullité eſt fondée ſur ce que par un tel douaire le mari ceſſe d'être propriétaire de la portion d'héritage qui forme le fonds du douaire coutumier, telle conſtitution le dépouillant juſqu'à concurrence de cette moitié; tel eſt l'eſprit de la loi qui a établi le douaire, & ce, tant en faveur de la femme que des enfans douairiers qui ont la nue propriété d'icelui, la coutume le dit pour le coutumier; ce qui influe, comme on le verra ci-après, ſur le préfix, c'eſt même eſprit: mais en ce cas, c'eſt ſimple hypothéque & non propriété.

C'eſt vente faite *à non domino*, mais ſi la vente de l'immeuble ſujet au douaire avoit été faite depuis la paſſation du contrat de mariage; mais avant la célébration d'icelui, non-ſeulement la vente ne ſeroit pas nulle, mais le décret que l'acquéreur auroit fait faire avant le mariage auroit purgé le douaire, & s'il n'y avoit pas eu de décret, la preſcription en ce cas pourroit s'achever pendant le mariage; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 287, num. 23, 24, 25: pour moi j'irois plus loin, & je dirois que toute convention matrimoniale ne devenant réelle que par la célébration, qu'en ce cas la vente ſeroit bonne; mais il eſt conſtant que depuis le mariage, il y a incapacité dans la perſonne du mari de vendre l'héritage ſujet au douaire coutumier.

☞ La vente faite par le mari entre la paſſation du contrat de mariage & la célébration ſeroit également nulle, parce que le douaire coutumier conſtitué à la femme par ſon contrat de mariage, a lieu du jour du contrat lorſqu'il y en a un. Voyez Auzanet dans ſes mémoires ſur l'article 248 de la coutume, & l'arrêt du 17 mars 1718, rapporté par Bouguier, lettre D, nombre 17.

IV. Cependant la vente que le mari auroit fait de l'héritage ſujet au douaire coutumier, & ce depuis le mariage même, n'eſt pas nulle dans ſon principe, mais annullable, s'il y a ouverture au douaire, c'eſt-à-dire, ſi la veuve ou les enfans douairiers ſurvivent le mari; c'eſt la condition attachée à toute conſtitution de douaire, que l'une ou les autres ſurvivront le mari, telle condition eſt de droit, & par conſéquent le prédécès l'efface; c'eſt-à-dire, qu'il en empêche l'accompliſſement: défaut d'accompliſſement qui fait valider la vente.

Cette néceſſité de ſurvie eſt établie dans les premiers chapitres de ce titre, elle fonde la propoſition.

V. Dans le cas que le mari a vendu pendant le mariage, un héritage ſujet au douaire coutumier, & qu'il y a une veuve ou des enfans douairiers ſurvivans, ils ont droit de faire révoquer la vente pour moitié, comme étant faite de leur propre choſe; tel eſt leur droit dans le cas d'une telle vente: révocation qui eſt une ſuite néceſſaire de l'impuiſſance dans laquelle la coutume conſtitué le mari d'aliéner le fonds du douaire pendant le mariage.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 256, en ce cas, dit-il, l'aliénation eſt nulle pour moitié, & ils ne ſont tenus pour ce d'aucune action envers ceux qui ont contracté avec leur pere, parce que, ſuivant la note de Dumoulin ſur l'art. 113 de la coutume de Valois, les enfans prennent le douaire *Jure contractûs non jure ſucceſſionis*; c'eſt ce qui réſulte de l'art. 249 de la coutume: nullité de vente qui ne s'entend toujours ici que dans le cas d'un douaire coutumier; & c'eſt ce que dit l'art. 403 de la coutume de Normandie, mais qui influe par rapport à un douaire préfix, relativement auquel la veuve & les enfans ont action en déclaration d'hypothéque contre l'acquéreur de l'héritage hypothéqué à leur douaire préfix; ce ſont diverſes voies d'aſſurance.

VI. Approfondiſſons cette nullité; s'il n'y avoit point d'enfans, mais une veuve ſeulement, la nullité de la vente faite par un mari de l'héritage ſujet à un douaire coutumier, ne tomberoit que ſur l'uſufruit que la veuve doit avoir en nature, mais la vente reprendroit toute ſa force après la mort de la veuve; elle ſe trouveroit bonne quant à ce, la veuve n'ayant aucun droit de propriété, & par conſéquent la diſpoſition de la coutume reſte ſans objet par rapport à cette même propriété; & ne ſubſiſte que par rapport à la veuve & à ſon uſufruit, qu'il faut rendre réel & efficace en ſa faveur; c'eſt en ce cas à quoi ſe réduit l'action réſultante du douaire, ce qui influe ſur ſa confiſcation.

Il en eſt de même de la confiſcation; le crime du mari qui a entraîné la confiſcation de ſes biens ne donne aucune atteinte au droit de la veuve ni des enfans, réſultant de leur douaire; enſorte que ſi dans ce cas il y avoit une veuve, mais aucun enfant, la confiſcation, quant aux biens ſujets au douaire, ne frappe que la nue propriété; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 3, pag. 61: ce qui établit la propoſition; en effet, la confiſcation eſt une ſorte d'aliénation, & la coutume les prohibe toutes; ainſi dans l'un comme dans l'autre cas, le même principe doit décider, tant pour la veuve que pour les enfans.

☞ La confiſcation pour crime de leze majeſté n'y donne pas même atteinte. Voyez l'arrêt du 6 avril 1598, rapporté par Brodeau ſur Loüet, let. C. ſom. 35; Carondas, liv. 2, rep. 15, liv. 9, rep. 51, liv. 13, rep. 20; Montholon, arrêt 97, & Chenu, cent. premiere queſtion 97.

VII. Suivons cette nullité; s'il y avoit deux enfans, l'un héritier, l'autre douairier, la vente de l'héritage ſujet au douaire coutumier ne ſeroit nulle, quant au fonds, que pour un quart, ſauf la jouiſſance de la veuve pour la moitié; c'eſt une ſuite inconteſtable de ce que deſſus; & l'héritier repréſentant le vendeur en cette qualité, ſeroit garant envers l'acquéreur de la portion qui ſeroit un quart, dont il ſeroit évincé par l'enfant douairier; c'eſt l'effet des différentes qualités.

Sur la queſtion de ſavoir ſi un acquéreur évincé à l'occaſion d'un douaire coutumier, a action pour ſes améliorations, voyez la diſtinction 3 ci-après; quant à la propoſition, elle a été formée ſur l'uſage fondé ſur le partage que fait la coutume du fonds du douaire, & le juſte effet des deux différentes qualités des deux enfans, ce qui a été éclairci ci-deſſus.

DISTINCTION II.

Que l'action révocatoire n'a lieu en faveur de la veuve, ni des enfans douairiers, ſur les ventes d'offices.

VIII. Le mari ayant pendant le mariage, vendu un office domanial ſujet au douaire coutumier, la veuve ni ſes enfans ne peuvent faire révoquer cette vente, les proviſions obtenues par l'acquéreur ayant purgé; ce qu'on va développer par les deux propoſitions ſuivantes.

Voyez le titre des offices; non-ſeulement ils ne peuvent faire révoquer cette vente, mais ils n'ont aucun droit de ſuite, ni même d'action contre l'acquéreur; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, num. 61 & 62, pag. 62 & 63.

☞ Voyez auſſi l'arrêt du 11 février 1747, rapporté par d'Hericourt, en ſon traité de la vente des immeubles par décret, ch. 9, nomb. 29; il confirme la propoſition fondée d'ailleurs ſur l'édit de 1683, aux termes duquel le ſceau des proviſions des offices purge toute eſpèce d'hypothéque, même le douaire & les ſubſtitutions.

IX. De ce double raiſon; la premiere, c'eſt que l'intérêt public doit l'emporter ſur le particulier, que le mari ſe ſentant hors d'état de remplir ſa charge, il importe au public qu'un autre la rempliſſe, & pour cela il faut qu'il ne ſoit pas ſujet à être troublé dans la poſſeſſion de l'office; enfin c'eſt qu'un office n'eſt vénal & héréditaire que par accident, & que la démiſſion le replaçant dans ſa ſource dans la main du roi, il en ſort pur de même que s'il n'en fût jamais ſorti; ainſi ce droit a ſa racine dans la nature même de l'office.

D'Hericourt, en ſon traité de la vente des immeubles par décret: arrêt du 11 juillet 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 34, pag. 253; de Renuſſon, au num. 63, cité ſur la premiere propoſition de cette diſtinction, & cet affranchiſſement a lieu même pour un douaire non ouvert; la faveur du nouveau titulaire qui ſert le public l'a juſtement emporté ſur la faveur du douaire.

X. Mais dans ce cas la veuve & les enfans douairiers ont pour la vente de l'office domanial du mari & par lui vendu, & qu'il poſſédoit lors de ſon mariage, indemnité ſur les autres biens toute ſemblable à celle qu'ils ont dans le cas du rembourſement d'une rente conſtituée ſujette au douaire coutumier & rembourſée pendant le mariage; le fait du mari n'ayant pu leur faire perdre un droit qui leur étoit acquis ſur ſes biens;

droit qui n'a pas lieu par rapport aux autres offices qui ne ſont pas ſujets au douaire coutumier.

Cela s'entend dans le cas du douaire coutumier & dans le cas que l'office y étoit ſujet; voyez le chap. 7 de ce titre, ſection 1, diſtinction 5; & ſur cette indemnité, voyez la diſtinction 4 de la ſection 1 du même chapitre 7.

XI. Pour cette indemnité ils ont hypothéque du jour du contrat de mariage ſur les autres biens du mari & pere qui a conſtitué un tel douaire, c'eſt la ſource de leur droit & non la vente; c'eſt donc à ce jour que remonte pour ce leur hypothéque.

L'arrêt du 24 juillet 1618, cité par M. Auzanet, ſur l'art. 248, s'applique à ce cas-ci, comme au rembourſement d'une rente conſtituée ſujette dans ſon origine à un douaire coutumier; pour moi je n'y vois aucune différence.

☞ Voyez notre obſervation ſur la note étant enſuite de la troiſieme propoſition de ce chapitre.

DISTINCTION III.

Que cette même action en faveur des douairiers de faire révoquer les ventes des immeubles réels ſujets au douaire coutumier, n'a lieu lorſque le douaire eſt préfix.

XII. Dans le cas d'un ſimple douaire préfix & conventionnel, la veuve ni les enfans douairiers n'ont pas le droit de demander la nullité des ventes, des héritages hypothéqués à un tel douaire, c'eſt-à-dire, à un douaire préfix, mais ils ont une action qui leur conſerve l'effet de leur douaire; la différence entre l'un & l'autre douaire eſt entiere, le coutumier eſt propriété, le préfix n'eſt que ſimple créance: il ne peut donc produire une action en revendication de la choſe même, mais une ſimple demande en déclaration d'hypothéque qu'on a déjà annoncé.

Cela eſt d'un uſage inviolable au châtelet, ce qui ne donne atteinte à la régle, que le fonds d'icelui eſt inaliénable, comme on va le voir par ce qui ſuit; régle qui a lieu encore en faveur des enfans, dans le cas que le douaire auroit été ſtipulé ſans retour, leur ſurvenance ayant effacé cette ſtipulation; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 46, pag. 75. Voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, quant au douaire préfix, mais qui ne s'entend que lorſque les enfans ſont douairiers, & non lorſqu'ils ſont héritiers.

XIII. En effet, le douaire préfix ne forme qu'une créance & une hypothéque ſur les biens & non une propriété de portion d'iceux comme le douaire coutumier; qualité qui les exclut de demander la nullité de la vente, ſauf à eux l'exercice de l'action hypothéquaire qui leur compéte pour ce, & qu'on va examiner; c'eſt à cette action qu'ils ſont réduits lorſque le douaire eſt de cette nature.

La nullité de la vente dont parle Dupleſſis en ſon traité du douaire, pag. 256, ne s'entend que dans le cas du douaire coutumier, non dans le cas du préfix; ſur ce dernier, voyez la propoſition qui ſuit qui développe ce que dit ce commentateur.

XIV. Mais ils ont une action qui produit à peu près le même effet, c'eſt l'action en déclaration d'hypothéque contre les acquéreurs, par laquelle ils les obligent ou de payer leur douaire, ou de déguerpir les héritages par eux acquis & ſujets à leur hypothéque: action impreſcriptible même pendant le mariage, & qui leur conſerve tout l'effet de leur douaire, qui ſe réduit à une action, à une créance, & qui n'eſt nullement une propriété.

Mais par l'effet de cette demande l'acquéreur de bonne-foi ne doit les fruits que du jour d'icelle; ſa bonne-foi a fait ſiens tous les fruits antérieurs; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 5, num. 32, pag. 141; ce qui eſt plus amplement traité dans ſon ordre ſur le titre des actions; telle eſt l'action qui conſerve à la veuve & aux enfans le droit réſultant du douaire, lorſqu'il eſt préfix & conventionnel.

XV. L'équité veut que lorſque ces acquéreurs déguerpiſſent, la veuve & les enfans douairiers leur rendent le montant des groſſes réparations & des augmentations par eux faites, eu égard à leur valeur réelle au tems du déguerpiſſement; mais la rigueur du principe eſt contraire, & par cette rigueur on fait céder toute la ſuperficie au fonds que la loi leur a aſſigné pour leur gage, ou qu'elle a chargé de leur hypothéque: il me paroît que quant au douaire préfix, c'eſt plus rigueur que principe, puiſque même cela peut paſſer pour tel, par rapport au douaire coutumier, quoique ce dernier ſoit propriété, mais qui ne doit pas augmenter aux dépens d'un tiers.

Cela s'entend dans le cas du douaire coutumier; Auzanet rapporte un arrêt du 7 ſeptembre 1640: il eſt cité dans la note marginale ſur Dupleſſis, pag. lequel il a été jugé qu'un acquéreur ne pouvoit prétendre de rembourſement; cependant par ſentence rendue au parc-civil du châtelet, plaidant M. Barbier & M. Aubri, le 5 mars 1715, il a été jugé que des enfans, revendiquant leur douaire coutumier contre un tiers acquéreur, devoient lui rembourſer le montant des améliorations par lui faites, eu égard à ce qu'elles augmentoient le revenu de la portion qu'ils retiroient de ſa main; ce qui me paroît bien équitable, mais qui s'écarte du principe dont cependant l'équité doit toujours être l'interprete.

XVI. Sur le mobilier les enfans pour le douaire préfix n'ont pas plus de faveur que les autres créanciers, ils viennent comme

les autres à contribution ſur le montant de la vente d'icelui, la loi ne leur donnant pas ce privilége, & tout privilége étant de rigueur ; par conſéquent ſur de tels effets, ils doivent être regardés comme les autres créanciers.

Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 63, pag. 83, & tel eſt l'uſage fondé ſur les diſpoſitions de la coutume, par rapport à la diſtribution du prix provenant des immeubles.

DISTINCTION IV.

Que dans le cas du douaire préfix, la veuve ni les enfans douairiers n'ont pas l'action en déclaration d'hypothéque contre l'acquéreur d'un office hypothéqué au douaire.

XVII. En ce cas, c'eſt-à-dire, pour raiſon d'un douaire préfix, la veuve ni les enfans n'ont pas l'action en déclaration d'hypothéque contre un tel acquéreur ; de même que pour un douaire coutumier & à l'occaſion d'un office domanial, ils n'ont pas l'action en révocation pour moitié de la vente d'icelui, dans l'un comme dans l'autre cas, le ſceau des proviſions ayant purgé leur hypothéque, & même le droit de propriété ; & l'on a vu ci-deſſus que ce droit, cet effet du ſceau des proviſions avoit ſa racine dans la nature même des offices dont la propriété ne peut être que très-imparfaite ; par conſéquent ſur de tels biens après l'effet du ſceau nulle ſuite par hypothéque, ce qui a lieu même à l'égard d'une place de barbier.

Cela s'entend même dans le cas que le douaire ne ſeroit pas ouvert ; arrêt du 12 juillet 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 34, pag. 253 ; telle eſt la loi des offices, & tel eſt ſur ce l'avantage public & commun, on ne peut donc s'en écarter : ſur les places de barbier, voyez ci-deſſus le titre des offices, troiſieme partie, ch. 2.

XVIII. Ce même droit va plus loin ; en effet, ni la femme ni les enfans ne peuvent même pour ce veiller par oppoſition au ſceau du vivant du mari, parce qu'alors leur droit n'eſt pas ouvert & qu'ils ſont ſans action, juſqu'à l'ouverture du douaire qui ne peut arriver que par la mort du mari ; ainſi juſqu'à cette mort aucune action ne leur compete. En effet, tel eſt en ce cas la condition de la femme, qu'elle a dû prévoir par la nature de tel immeuble affecté à ſon douaire, que ce gage pourroit lui être enlevé par le ſeul fait de ſon mari, puiſque, encore une fois, telle eſt la loi qui régit les offices ; ainſi ſur cela ce n'eſt pas rigueur à ſon égard, mais vraye & exacte juſtice.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 256, vers la fin, parce que, dit-il, du vivant du pere ni la femme ; ni les enfans n'ont rien au douaire, étant incertain s'ils ſurvivront ; ce qui s'appliquant à tout immeuble, ſauf ſur iceux l'effet de l'hypothéque que le décret même ne peut purger, s'applique à plus forte raiſon ſur les offices qui ſont tels par leur nature, que le ſceau des proviſions purge toute hypothéque ſur iceux ; ce qui ayant ſa baſe dans le bien public, doit l'emporter ſur celui des particuliers, & par conſéquent influer ſur le douaire, quoique non ouvert.

SECTION II.

Que les actions qui réſultent de l'un & l'autre douaire ſont impreſcriptibles, tant qu'ils ne ſont pas ouverts.

[Art. 117 de la coutume.]

DISTINCTION PREMIERE.

De cette impreſcriptibilité par rapport aux biens du mari, & de ceux de la caution du douaire.

XIX. La loi a pourvu à tout pour l'aſſurance du douaire, la preſcription des actions de la femme & des enfans pour le douaire contre ceux qui ont acquis du mari, ne court pas contr'eux, tant que le mari vit, & ſans cette impreſcriptibilité ſa ſalutaire précaution en établiſſant un douaire ſeroit ſouvent devenue inutile ; puiſqu'envain la loi en auroit empêché l'aliénation, ſi en même-tems elle n'avoit ſuſpendu le cours à la preſcription, en cas d'aliénation.

Louet, let. D, num. 20 ; le Prêtre, cent. 2, ch. 72 ; Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, pag. 258, vers la fin : l'auteur du traité du douaire, ch. 15, pag. 310 ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 76, pag. 88, & c'eſt la diſpoſition préciſe de l'art. 117 de la coutume, & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 379 de celle de Normandie.

XX. Elle ne commence à courir que du jour de l'ouverture du douaire, qui arrive par la mort du pere, parce que tant qu'il vit ils ont les mains liées : impuiſſance d'agir qui arrête le cours de la preſcription, mais qui commence auſſi-tôt que cette impuiſſance ceſſe ; la porter au-delà ſeroit abus.

Dès-lors la preſcription commence à courir encore que la mere fût ſurvivante, & qu'elle eût ſigné au contrat de vente : arrêt du 13 janvier 1616, rapporté par Bouchel, ch. 10, ce qu'on verra plus amplement par la diſtinction 4 ci-après. Cela eſt regardé comme queſtion ; mais dans les vrais principes, cela ne devroit pas en former une.

XXI. En effet juſqu'à ce jour, ni l'une ni les autres ne peuvent agir, leur droit conditionnel n'étant pas ouvert, & il eſt de principe que la preſcription ne peut courir contre celui qui eſt dans l'impuiſſance d'agir ; c'eſt donc ſur les principes du droit civil que cette diſpoſition de notre coutume a été formée ; ainſi on ne peut s'en écarter, puiſqu'elle a ſa racine dans l'exacte raiſon.

Contrà non valentem agere, non currit præscriptio; maxime qui ſuſpend en ce cas toute preſcription, & il auroit été étrange qu'on eût aſſujetti une femme à une pourſuite qui auroit troublé l'union conjugale.

XXII. De ce que deſſus il s'enſuit que, quoiqu'un acquéreur eût joui pendant 30 ans, juſqu'à l'ouverture du douaire, il peut nonobſtant ſon titre & ſa bonne-foi être pourſuivi pour raiſon du douaire; ces 30 années ne lui pouvant être utiles pour la preſcription, puiſqu'elle a été en ſuſpend juſqu'à la mort du mari; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Cela ſe ſuit inviolablement au châtelet, où ces ſortes de demandes ſont très-fréquentes; il ſeroit injuſte d'obliger la femme qui vit en concorde avec ſon mari, d'agir contre ceux avec leſquels ſon mari a contracté; de Renuſſon, traité du douaire, ch. 15, num. 11, pag. 314, & tel a été le motif de la coutume: il eſt précieux, il eſt juridique, c'eſt de conſerver la paix entre les conjoints par mariage, & de conſerver le douaire à ceux pour leſquels la loi l'a établi.

XXIII. Suivons cette impreſcriptibilité temporaire: s'il eſt préfix, il faut que l'acquéreur paye ou qu'il déguerpiſſe, & ce ſur la demande en déclaration d'hypothéque contre lui formée; s'il eſt coutumier, il faut qu'il abandonne la portion de l'héritage par lui acquis, qui forme le fonds ou partie du fonds du douaire coutumier; c'eſt propriété, dans ce dernier cas, dans le précédent c'eſt hypothéque ſubſiſtante; mais dans l'un & dans l'autre la coutume tend à la même fin.

C'eſt *venditio facta à non domino*, dans le cas du douaire coutumier; mais dans le cas d'un douaire préfix, il n'y a que l'action en déclaration d'hypothéque, laquelle eſt en ſuſpend pendant le mariage, comme la revendication de portion de la choſe même l'eſt dans le cas du coutumier: il n'en ſeroit pas ainſi, ſi la vente avoit été faite pendant le tems intermédiaire entre le contrat de mariage & la célébration d'icelui, en ce cas, la poſſeſſion de l'acquéreur eſt une poſſeſſion légitime dans ſon origine, qui fonde d'autant plus juſtement la preſcription, que la condition étant poteſtative, ne peut avoir un effet rétroactif contre un tiers; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 287, num. 26 & 27: ainſi en ce cas, l'acquéreur preſcrit par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; c'eſt le juſte effet de l'antériorité de la vente au mariage.

XXIV. Cette même impreſcriptibilité des actions réſultantes d'un douaire, a lieu par rapport aux biens de la caution d'icelui, ſon engagement ayant la même faveur que celui du débiteur principal; ainſi l'on peut appliquer à ſon égard ce qu'on vient de dire ci-deſſus.

Lorſqu'il y a une caution du douaire, il faut obſerver que relativement à la femme, l'action contre la caution ceſſe, ſi elle a accepté la communauté, ſelon Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 81, pag. 90, mais outre que l'engagement de la caution eſt antérieure à la réformation de la communauté, il me paroit bien plus régulier de dire, que même par rapport aux engagemens qui réfléchiſſent contre la communauté, la femme n'en eſt tenue que juſqu'à concurrence de l'amendement qu'elle a tiré d'icelle communauté: ainſi cette opinion de Bacquet ne me paroit pas avoir été bien réfléchie.

XXV. Cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, cette impreſcriptibilité, encore que cette caution fût célibataire, & que par cette qualité, l'acquéreur n'eût pu préſumer que l'héritage par lui acquis fut hypothéqué à un douaire; il faut cependant convenir que cela eſt bien rigoureux, mais la juſte faveur du douaire ſoutient cette rigueur. En effet, la conſervation du douaire en faveur de la femme & des enfans douairiers, fait en quelque façon parmi nous, une portion du droit public qui doit toujours l'emporter ſur le droit particulier; & elle eſt telle, parce qu'elle ſoutient des concitoyens dont l'indigence ſeroit à charge à l'état.

Telle eſt ſûr ce l'opinion commune au châtelet.

XXVI. De-là il s'enſuit, que celui qui a acquis de la caution du douaire, ne commence à preſcrire contre l'action hypothéquaire réſultante de ce douaire, que du jour de ſon ouverture, puiſqu'à tous égards, ſes biens ſont regardés comme ceux de celui qui a conſtitué le douaire; telle eſt la conſéquence qui réſulte des propoſitions précédentes.

Suite de la propoſition précédente; cela a des inconvéniens, mais la faveur du douaire paroît l'emporter: encore une fois, cette faveur eſt portion de droit public; ſur quoi il faut obſerver que dans tous les cas lorſque le douaire eſt ouvert, & qu'il y a majorité, la preſcription a ſon cours.

DISTINCTION II.

Dans quel cas l'acquéreur d'un conquêt de communauté, quoique hypothéqué à un douaire préfix, ne peut être troublé.

XXVII. Les immeubles que le mari acquiert pendant le mariage, ſont comme tous les autres biens affectés au douaire, toute hypothéque tombant, tant ſur les biens à venir, que ſur les préſens; ainſi les conquêts de communauté qui ont été aliénés, ſont ſujets au douaire, ſauf l'exception qui forme la propoſition qui ſuit; & c'eſt une erreur des praticiens qui ſaiſiſſent une diſpoſition de la coutume en perdant l'autre de vue, ce qui leur arrive aſſez ſouvent, que de prétendre que cette hypothéque du douaire ſur les conquêts de la communauté, donne atteinte au pouvoir que la coutume donne au mari ſur ces mêmes conquêts; toutes les diſpoſitions de cette loi ſont harmoniques, & doivent produire leur effet: ainſi le pou-

voir du mari ſur les conquêts ſubſiſte, mais avec la limitation que la coutume y apporte relativement à l'hypothéque réſultant du douaire qu'elle rend ineffaçable pendant le mariage.

Il eſt de principe que l'hypothéque a lieu, tant ſur les biens préſens, que ſur les biens à venir; cela eſt établi ſur le titre des actions, ce qui fonde la propoſition, la faculté du mari de les vendre n'y faiſant aucun obſtacle, cette faculté étant limitée à la tranſmiſſion de la propriété, ſans donner atteinte à l'hypothéque qui eſt acquiſe; le contraire eſt erreur, ſauf l'exception qui ſuit.

XXVIII. Cependant, celui qui a acquis un conquêt de la communauté, ne peut pas être pourſuivi en déclaration d'hypothéque de la part de la veuve, pour raiſon de ſon douaire, lorſqu'elle a accepté la communauté, ſon acceptation effaçant ſon action, du moins juſqu'à une certaine concurrence, & la rendant la garante du trouble qu'elle voudroit faire à l'acquéreur.

Obſervez que cette impuiſſance eſt limitée à la veuve par la raiſon qui ſuit, & par la doctrine expoſée par Dupleſſis, traité du douaire, pag. 256; encore par rapport à la veuve, y a-t-il une exception qu'on verra ci-après.

XXIX. Cette impuiſſance de la femme, de pourſuivre en déclaration d'hypothéque, pour raiſon de ſon douaire, un acquéreur d'un conquêt de communauté, lorſqu'elle eſt commune, eſt fondée ſur ce que la garantie qui eſt due à l'acquéreur, eſt dûe par la communauté, pour laquelle garantie, il a non-ſeulement l'action perſonnelle pour moitié contre la veuve, mais hypothéque ſur chacun des conquêts; au moyen de quoi, la veuve poſſédant des conquêts de cette même communauté, ſeroit la garante de ſa propre demande: garantie qui encore une fois l'efface.

Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. Maxime qui fonde la propoſition: voyez le titre de la communauté, ſur lequel il a été établi que la veuve commune eſt tenue perſonnellement pour moitié des dettes de la communauté & hypothécairement pour le tout, & c'eſt droit commun.

XXX. Il en eſt de même des enfans, relativement à un acquéreur d'un conquêt, lorſque les enfans ſont héritiers de leur mere commune, cette qualité les rendant garants de leur action pour le douaire, puiſque cette qualité fait réfléchir contr'eux l'action dont leur mere qu'ils repréſentent étoit tenue, mais pour moitié ſeulement, & ſauf la limitation qui ſuit.

Il eſt de principe, que la confuſion éteint l'action, cela eſt établi ci-après dans ſon ordre, & les enfans ſeroient garans en une certaine qualité de l'action qu'ils intenteroient dans une autre qualité.

XXXI. Ce que deſſus n'auroit lieu, ſi la veuve offroit de rendre compte de ſon amendement dans la communauté, parce que la veuve commune ni les héritiers, ne ſont point tenus des dettes & actions paſſives de la communauté que juſqu'à concurrence de leur amendement; au moyen de quoi, la veuve ou les enfans ayant rendu ce compte à l'acquéreur d'un conquêt de communauté, peuvent exercer en plein contre lui leur action en déclaration d'hypothéque, pour raiſon du douaire, & ce ſur le conquêt de communauté, en déduiſant au profit de cet acquéreur, ce qu'il leur reſteroit du compte de communauté par eux rendu; tel eſt l'effet de leur privilége par rapport aux dettes de la communauté.

Voyez le titre de la communauté, où ce privilége de la femme & de ſes héritiers, de n'être tenus des charges de la communauté, que juſqu'à concurrence de leur amendement en icelle, eſt établi; ce privilége eſt inconteſtable, il réſulte de l'art. 228 de la coutume.

DISTINCTION III.

Si la preſcription eſt en ſuſpend à l'égard des enfans juſqu'au décès de leur mere, lorſqu'elle eſt co-veneresſe.

XXXII. Quoique la femme ait ſouſcrit la vente, & même qu'elle ſoit co-veneresſe ſolidaire, la preſcription ne laiſſe pas de courir contre les enfans, du jour de l'ouverture du douaire, c'eſt-à-dire, du jour du décès de leur pere, s'ils étoient majeurs; un événement poſtérieur ne pouvant effacer un droit acquis par l'effet d'une qualité incertaine & contingente dans leur perſonne: voilà le vrai principe, il eſt étrange que par une faveur mal entendue, & qui ſe trouvoit ſans baſe, on ait fait de cela une queſtion controverſée, lorſque la ſimplicité des principes mettent cela en évidence.

Voyez Brodeau ſur Louet, let. D, num. 20; le Prêtre, cent. 2, ch. 72; le Maître, pag. 161; arrêt du 4 mars 1635, rapporté dans la note à la même page, les citations & les remarques ſur la troiſieme propoſition ci-après; on a fait de cela une queſtion, mais de fauſſes ſubtilités logiciennes, plus que la raiſon, l'ont ſoutenu.

☞ La queſtion a été en effet très-controverſée, & il ſemble que le ſentiment qui a prévalu eſt celui qui conſiſte à admettre que la preſcription ne commence à courir que du jour du décès de la mere lorſqu'elle a vendu ſolidairement avec ſon mari les biens ſujets au douaire, mais voyez l'arrêt du 11 août 1711, rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, au rapport de M. de Leſſeville qui a jugé que la preſcription couroit du jour du décès du pere, & même du vivant de la mere, obligée à l'acquiſition; cet arrêt eſt rapporté par Brillon

Brillon en ſon dictionnaire des arrêts *verb.* douaire, & il paroît juſtifier la propoſition de notre auteur, ainſi que celui du 24 juillet 1676, cité ſur la propoſition ſuivante.

XXXIII. En effet, de ce jour ils peuvent agir, & par conſéquent la preſcription doit courir contr'eux, cette puiſſance me paroiſſant ſur ce lever tout doute, puiſqu'il n'y a que l'impuiſſance d'agir qui puiſſe ſoutenir raiſonnablement la ſuſpenſion au cours de la preſcription.

Voyez l'arrêt du 24 juillet 1676, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 11, outre l'arrêt cité ſur la propoſition précédente.

XXXIV. Continuons la preuve commencée : ce ſeroit porter la faveur du douaire au-delà de ſes juſtes bornes, que de ſuſpendre en ce cas le cours de la preſcription contre les enfans, ſous prétexte que leur action réfléchiſſoit contre leur mere, & pourroit être regardée comme une renonciation de leur part à ſa ſucceſſion ; ce moyen foible par lui-même, n'a aucune racine dans le droit, & il ſeroit peut-être difficile de lui en trouver une dans la raiſon, puiſqu'admettant une telle réſolution pour ce cas, il faudroit admettre que la preſcription ne peut courir contre toute action qui peut opérer quelque effet contre celui dont l'on eſt héritier ; ce qui me paroît inſoutenable.

Cependant par l'arrêt du 16 janvier 1652, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 2, il a été jugé, que dans le cas que la mere eſt covendereſſe ſolidaire, la preſcription de l'action du douaire, ne court contre les enfans que du jour du décès de leur mere. Juriſprudence contre laquelle j'ai entendu les avocats les plus expérimentés ſe récrier beaucoup ; cependant pluſieurs excellens auteurs ſont d'avis conforme à cet arrêt : tel eſt l'avis de Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, pag. 259, où il cite, non-ſeulement l'arrêt du 16 janvier 1652, qui étoit dans le cas d'un douaire coutumier, mais qui en cite encore un autre dans le cas du douaire préfix, en date du 7 août 1655 : tel eſt auſſi l'avis de le Brun, des ſucceſſions, pag. 301 & 302. Enfin, j'ai entendu ainſi juger la conteſtation au préſidial, par ſentence du mois de juin 1716, plaidant le Poupet & Sandrier, mais tout le barreau étoit d'avis contraire à cette ſentence. Enfin, cette queſtion eſt traitée à fonds par de Renuſſon, du douaire, ch. 15, où après avoir rapporté tous les arrêts ſur la queſtion, il décide au num. 32, pag. 225, que la preſcription contre les enfans, court du jour du décès du pere, quoique leur mere ait été covendereſſe ; ce que j'adopte d'autant plus volontiers, que l'arrêt du 4 mars 1735, conforme à celui du 24 juillet 1676, ci-deſſus cités, me paroiſſent fixer ſur ce la juriſprudence : voyez encore la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXXV. On ne peut admettre cette ſuſpenſion, qu'en diſant que toute action qui réfléchit contre celui dont on eſt préſomptif héritier, eſt impreſcriptible, juſqu'à l'ouverture de la ſucceſſion, ce qui eſt contre les régles ; il ſuffit donc que l'enfant douairier ſoit maître d'agir, pour que la preſcription puiſſe courir contre lui, ce qui me paroît auſſi déciſif que la raiſon qui fonde le parti contraire eſt peu ſatisfaiſante : or, du jour du décès du pere, l'enfant eſt maître d'agir, & l'engagement de ſa mere ne fait aucun obſtacle à ſon action ; la ſuſpenſion à la preſcription n'a donc aucune baſe, puiſqu'en ce cas il eſt faux de dire que l'enfant ſoit dans l'impuiſſance d'agir pour revendiquer le douaire.

Tel eſt le ſentiment de Ricard, ſur l'art. 177 de la coutume de Senlis, & des auteurs de l'excellente note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 1, pages 495 & 496 ; ce qu'il faut joindre aux autorités précédentes, & qui confirme d'autant plus le parti qu'on a pris : il faut obſerver ſur tous les cas dans leſquels la preſcription a cours & milite contre des enfans douairiers, que cela ne s'entend que lorſqu'ils ſont majeurs, la minorité ſuſpendant la preſcription, mais elle court contre l'abſent majeur, l'abſence n'empêchant pas ſon cours, ſi ce n'eſt celle pour le ſervice du roi.

SECTION III.

Que le décret ne purge pas le douaire coutumier non ouvert.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'effet du décret à ſon égard.

XXXVI. L'eſprit de la loi conſomme ici ſon ouvrage, le douaire étant impreſcriptible pendant le mariage, le ſceau ne purgeant pas le douaire non ouvert, par rapport aux rentes ſur les aides & gabelles ; il en eſt de même du décret relativement aux immeubles réels, il eſt quant à un douaire non ouvert inefficace ; c'eſt une juſte ſuite des précédens priviléges que la coutume a attaché au douaire, & que l'on vient d'examiner : en effet, cette derniere maxime s'eſt formée par une conſéquence néceſſaire des deux précédentes, que le fonds du douaire coutumier eſt inaliénable, & que l'hypothéque, qui réſulte d'un douaire préfix, eſt impreſcriptible, tant que vit celui qui l'a conſtitué, ce qui a conduit à écarter quant à ce, l'effet du décret, & autrement la loi auroit été imparfaite ; ainſi cette impuiſſance des décrets relativement au douaire, eſt une ſuite néceſſaire de ſes diſpoſitions expreſſes, & de l'impuiſſance dans laquelle la coutume met les conjoints de donner atteinte au douaire pendant le mariage.

Voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 74 & ſuivans, pag. 87 & 88, la propoſition ſuivante ; & Renuſſon, en ſon traité du douaire, ch. 10.

XXXVII. Sans cela, ces précautions de

la loi pour la conſervation des douaires, ſeroient inutiles, attendu la fréquence des décrets, tant forcés que volontaires; leur inefficacité a donc été une ſuite de la nature du douaire & de la faveur qui l'accompagne: c'eſt une juſte explication de la lettre de la coutume, d'autant plus, quant au décret volontaire, qu'il eſt une ſuite de la volonté du pere.

Le décret n'opére pas à cet égard, dit Dupleſſis, pag. 256 vers la fin, parce que par l'événement, la femme & les enfans, ſe trouvant propriétaires, le décret ſe trouve fait, *ſuper non domino*, & par conſéquent nul, ce qu'on doit limiter au douaire coutumier, mais il ne purge pas l'hypothéque du préfix; le même auteur, pages 257 & 258; & telle eſt la juriſprudence, ainſi la propoſition eſt commune à l'un & à l'autre douaire; mais pour cela, le decret n'eſt pas abſolument nul: ce qu'on va expliquer par les propoſitions ſuivantes.

XXXVIII. Des diſpoſitions de la coutume, & de ce que deſſus, il réſulte, que lorſque le douaire eſt coutumier, le décret de l'héritage qui y eſt ſujet & fait avant ſon ouverture, eſt nul pour moitié, ſauf l'exception ci-après, mais non pour le ſurplus, ce ſurplus n'étant ſujet au douaire.

Les arrêts qui l'ont ainſi jugé, ſont rapportés par de Renuſſon, en ſon traité du douaire, chap. 10, num. 3, pag. 221. Voyez le Maître, pag. 298, & la propoſition qui ſuit, qui confirme cette nullité, mais qui eſt limitée à la moitié ſeulement; & ce, par la diſpoſition même de la coutume.

XXXIX. Cette nullité eſt fondée, ſur ce qu'il ſe trouve fait ſur celui qui n'étoit propriétaire que pour moitié, ce qui en entraîne néceſſairement la nullité pour cette partie, mais le laiſſe ſubſiſter pour l'autre, à l'égard de laquelle le douaire ne peut produire aucun effet; mais cette nullité du décret pour moitié, ceſſe ſi le pourſuivant, ou même un ſeul des oppoſans, eſt antérieur au douaire, telle antériorité le fait valider, & valider pour le tout, parce que le douaire n'a pu préjudicier à un droit acquis à un tiers, & ce nonobſtant la formation d'un douaire coutumier poſtérieur à ſon titre: quelques-uns ont prétendu que lorſque le créancier antérieur au mariage, n'étoit créancier que d'une ſomme modique, le décret étoit toujours nul pour moitié, mais je ne trouve aucune baſe à cette opinion dans la loi ni dans la raiſon; c'étoit un droit acquis à ce créancier, la modicité de la créance ne peut l'en priver.

Bacquet, en ſon traité des droits de juſtice, ch. 15, num. 73: Chopin, en ſon commentaire ſur la coutume de Paris: Tronçon, ſur l'article 247 de la coutume: Brodeau, let. F, num. 24. Arrêt du premier ſeptembre 1678, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 271, où ſont rapportés les arrêts précédens: voyez auſſi de Renuſſon, traité du douaire, ch. 10, num. 4, pag. 221; & le Maître, pag. 298. Juriſprudence ſuivie par cette raiſon ſatisfaiſante, qu'un créancier n'a pu perdre un droit qui lui étoit acquis par la formation d'un douaire poſtérieur à ſon titre.

XL. Dans ce cas, l'adjudicataire ne peut être évincé, & la veuve & les enfans douairiers, quoiqu'ayant douaire coutumier, ne peuvent que toucher ſuivant l'ordre de leur hypothéque, le montant de l'évaluation de leur douaire coutumier, ſi le créancier antérieur à icelui ne l'a entamé: limitation que la propoſition ſuivante va développer.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, page 256 à la fin, & 257 au commencement; & c'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet: uſage fondé ſur le moyen qu'on vient d'expliquer.

XLI. Lorſque dans ce même cas d'un décret d'un héritage ſujet à un douaire coutumier, fait à la requête d'un créancier antérieur, ou auquel un tel créancier étoit oppoſant, ſi le prix ſe trouve diſtribué avant l'ouverture du douaire, la qualité de pourſuivant, ou celle d'un des oppoſans, de créancier antérieur au douaire, met bien l'adjudicataire à l'abri de l'éviction, mais non de l'hypothéque, pourquoi il faut qu'il paye juſqu'à concurrence du montant du douaire, ſi après ces créanciers antérieurs au douaire acquittés, il y a de quoi le remplir; ſinon il faut qu'il paye tout ce qui a été payé à des créanciers poſtérieurs au douaire, & ce juſqu'à concurrence d'icelui, ces derniers nonobſtant le décret, ne pouvant être payés à l'excluſion de la veuve & des enfans douairiers, & par-là tous les principes ſont conſervés; c'eſt-à-dire, le juſte effet de l'antériorité au douaire, & ſon impreſcriptibilité, relativement à des creanciers poſtérieurs à icelui, qui n'ont pas dûs toucher à l'excluſion des douairiers.

Dupleſſis, pag. 257, fait tomber l'action principale des douairiers, ſur les créanciers poſtérieurs au douaire qui ont reçu, & ne donne aux douairiers une action contre l'adjudicataire, que ſubſidiairement, & après avoir diſcuté les créanciers; il eſt plus conforme aux principes, de leur donner leur action principale ſur leur propre gage: action qui eſt l'action hypothécaire, action à laquelle le décret n'a pu donner atteinte, que juſqu'à concurrence des payemens faits aux créanciers antérieurs aux douaire, en donnant à l'adjudicataire ſon recours contre les créanciers poſtérieurs qui ont touché; ce qui fait la matiere de la diſtinction qui ſuit, ce recours méritant un examen détaillé.

DISTINCTION II.

Du recours de l'adjudicataire, & quand il ne peut plus être inquiété.

XLII. L'hypothéque du douaire étant ineffaçable, cette qualité produit un recours, ſi l'adjudicataire d'un héritage ſujet au douaire coutumier, eſt évincé de la moitié d'icelui

de la part de la veuve ou des douairiers, n'y ayant aucun des créanciers antérieurs au douaire, ce qui anéantit ſon décret pour moitié, en ce cas, moitié du prix de ſon adjudication doit lui être rendue; pour cela il a la répétition contre les derniers créanciers colloqués, en remontant l'ordre des collocations, & ce juſqu'à la concurrence du douaire, qui eſt la moitié du prix de ſon adjudication; c'eſt pour cette moitié qu'il eſſuye un trouble, c'eſt à cette moitié que ſe réduit ſa garantie, pour le maintien de laquelle il a droit de demander que les créanciers poſtérieurs au douaire ne puiſſent toucher qu'en donnant bonne & ſuffiſante caution, & même pour plus grande ſûreté, qu'il ſoit fait emploi du montant de leur collocation.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 257 vers le milieu: voyez l'auteur du traité du douaire, ch. 10, num. 5 & 6, pag. 222; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, la garantie étant limitée par l'étendue du trouble qui la fait naître.

XLIII. Lorſque le décret ſubſiſte par l'antériorité de l'hypothéque du pourſuivant, ou de l'un des oppoſans, l'adjudicataire en ce cas, n'eſt point évincé de la propriété; mais étant ſujet à l'hypothéque du douaire, en ce même cas, il exerce ſon recours contre les créanciers colloqués dans le même ordre que ci-deſſus, mais avec limitation: en effet, il y a cette différence, qu'il ne peut pas indiſtinctement exercer ſon recours, juſqu'à concurrence de moitié du montant de l'adjudication, lorſqu'il y a des créanciers colloqués antérieurs au douaire, parce qu'il ne peut entamer en rien les collocations faites au profit des créanciers antérieurs au mariage; ſon droit eſt cependant conſervé, comme on le va voir; mais ſe réduit à répéter ce que les créanciers poſtérieurs ont reçu, auſſi le douaire n'opére-t-il contre lui que juſques à cette concurrence.

Ce recours ne tombe donc pas ſur les créanciers antérieurs au douaire, auſſi les douairiers ne peuvent-ils le troubler pour ce, mais ſeulement pour l'excédent ſur lequel leur hypothéque eſt réſervée.

XLIV. De-là il s'enſuit, que dans ce cas de créanciers antérieurs au douaire, & payés ſur le montant de l'adjudication; l'adjudicataire ne paye aux douairiers, que juſqu'à concurrence de ce que les créanciers poſtérieurs au douaire ont touché ſur l'adjudication; ainſi ſa garantie le met à couvert de payer deux fois, cette garantie lui ouvrant la répétition: il y a plus, l'adjudicataire eſt totalement à l'abri de ce trouble; ſi tout le prix a été payé à des créanciers antérieurs au douaire, il ne peut plus être inquietté de la part des douairiers; c'eſt une ſeconde conſéquence qui réſulte de ce que deſſus, & du principe que l'hypothéque eſt un droit réel qui abſorbe la choſe juſqu'à concurrence; & la décharge en ce cas, eſt fondée, non-ſeulement ſur ce que l'hypothéque eſt un droit réel qui abſorbe la choſe juſqu'à concurrence, mais encore ſur ce que l'adjudicataire eſt de droit ſubrogé à l'hypothéque des créanciers qui ont touché le prix de ſon adjudication: ſubrogation & effet de l'hypothéque abſorbant, qui la fait regarder comme ſi elle n'exiſtoit plus.

Voyez ci-après le titre de la ſubrogation légale, & un arrêt de 1641, rapporté par Soëfve, qui juge que l'hypothéque eſt un droit réel qui abſorbe la choſe juſqu'à concurrence, & qui ſubroge un acquéreur aux droits des créanciers de ſon vendeur qu'il a acquitté: c'eſt ſubrogation légale & favorable.

XLV. Cependant comme le douaire eſt une derniere table de naufrage, la veuve & les douairiers, ſeroient encore admis, en ce même cas, à pourſuivre l'adjudicataire & à l'obliger de déguerpir, en ſe ſoumettant & donnant caution de faire vendre l'héritage à ſi haut prix, que l'adjudicataire ſoit rembourſé de tout ce qui a été payé à des créanciers antérieurs au douaire; c'eſt juſte faveur du douaire d'autant plus inconteſtable qu'on l'accorde à toute autre créance hypothécaire.

Cela ſe pratique au châtelet, par rapport à tout créancier hypothécaire, auquel le tiers détempteur par lui pourſuivi en déclaration d'hypothéque, oppoſe que le prix a été abſorbé par des créances antérieures à la ſienne, lorſqu'il fait les ſoumiſſions mentionnées en la propoſition; à plus forte raiſon, cela doit-il avoir lieu pour un douaire, qui eſt plus favorable que telle créance que ce ſoit: cela a été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant, pour un ſimple créancier hypothécaire; à plus forte raiſon, cela doit il avoir lieu lorſqu'il s'agit d'un douaire, qui de toutes les créances eſt la plus favorable.

DISTINCTION III.

Que le décret purge le douaire coutumier lorſqu'il eſt ouvert.

XLVI. L'impuiſſance d'agir étant la baſe de ce que deſſus, le douaire coutumier étant ouvert, le décret volontaire ou forcé, purge le droit de propriété réſultant d'icelui, tant contre la veuve, que contre les enfans, parce qu'alors ils ſont en état d'agir & n'ont plus les mains liées ſur leur action; ce qui a lieu par rapport au douaire préfix & à l'hypothéque qui en réſulte, comme on l'expliquera par la ſection ſuivante; d'où il réſulte que ſi un premier acquéreur a fait faire un décret volontaire avant l'ouverture du douaire, mais que depuis ſon ouverture un ſecond acquéreur faſſe faire un tel décret, ce dernier décret produit contre les douairiers tout ſon effet.

L'ouverture du douaire arrive par la mort du pere. Cependant par l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 40, il a été jugé que le décret

fait depuis le décès du pere, mais pendant la vie de la mere, ne purgeoit pas le douaire coutumier; mais c'eſt que tel décret étant fait ſur la mere, étoit nul, comme fait *ſuper non domino*; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 258; & c'eſt la vraie interprétation de cet arrêt, qui par conſéquent ne donne aucune atteinte à la propoſition; en effet, où il y a puiſſance d'agir, le décret & la preſcription doivent produire tout leur effet.

☞ L'arrêt rapporté par Bardet, eſt du 3 avril 1629; il juge en effet que le douaire coutumier des enfans qui ne ſont héritiers du pere & de la mere, n'eſt pas purgé par un décret fait après le décès du pere pendant la vie de la mere; mais il eſt remarqué au même endroit cité de Bardet, pag. 609, dans l'addition aux notes, qu'il y a des arrêts contraires: ce qui confirme la propoſition indépendamment de l'obſervation de notre auteur, ſur l'arrêt cité par Bardet.

XLVII. Cela auroit lieu contre les enfans, encore qu'ils fuſſent mineurs & même deſtitués de tuteurs; il ſuffit pour ce, que leur droit ſoit ouvert, puiſque cette ouverture donne à ceux qui ſont chargés de veiller à leur intérêt, le droit & la capacité d'agir; ainſi il n'en eſt pas du décret comme de la preſcription dont le cours eſt en ſuſpend contre les mineurs, mais contre leſquels le décret (dès que le douaire eſt ouvert) a toute ſon efficacité.

Sur cet effet du décret par rapport au douaire ouvert, voyez Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 74, pag. 87: telle eſt la juriſprudence, fondée ſur la propoſition qui ſuit.

XLVIII. En effet, le droit eſt ouvert & les intérêts des mineurs doivent être régis par le droit commun, lorſqu'il n'y aucune exception particuliere qui milite en leur faveur; or n'y en ayant pas, en ce cas le décret doit donc opérer tout ſon effet, puiſque la coutume ne le ſuſpend que pendant la vie du pere & avant l'ouverture du douaire: ſeul défaut d'ouverture qui laiſſe les enfans ſans action.

Voyez le titre des décrets; cependant Dupleſſis, pag. 258, leur donne action contre l'adjudicataire, ſi leur tuteur eſt inſolvable, ce qui n'eſt pas ſuivi, cet événement caſuel, lorſqu'il y a puiſſance d'agir, ne pouvant nuire à un tiers qui a acquis de bonne-foi.

XLIX. Le décret étant fait ſur les enfans, même en qualité d'héritiers de leur pere, la reſtitution contre l'addition d'hérédité ne détruiroit pas le décret fait ſur eux, *autore prætore*, le droit en eſt acquis & un événement poſtérieur ne peut l'anéantir; autrement l'adjudicataire ſeroit la victime d'un droit auquel il ne pouvoit parer.

Telle eſt l'opinion commune.

SECTION IV.

Du décret relativement au douaire préfix.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il n'en purge pas l'hypothéque, & du recours de l'adjudicataire.

L. Même précaution de la loi pour le préfix, & ſur ce ſimple variété de forme: le décret de l'héritage hypothéqué à un douaire préfix, eſt valable nonobſtant cette affectation; mais il ne purge pas l'hypothéque qui en réſulte: voilà la différence de la forme: en effet, ce douaire ne forme pas une propriété, mais une ſimple créance; qualité qui fait ſubſiſter le décret, mais décret qui ne donne aucune atteinte à l'hypothéque réſultante du douaire à laquelle l'adjudicataire reſte toujours ſujet.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 10, num. 7 & 8, paroit douter de la propoſition, quoiqu'il rapporte un arrêt qui l'autoriſe: au châtelet la propoſition ne ſouffre pas la moindre difficulté & encore une fois réſulte de l'eſprit de la coutume. Voyez Dupleſſis, du douaire, pag. 257.

LI. Suivons ce principe; le décret ne purge pas l'hypothéque du douiare, quoique préfix, lorſque le décret a été fait avant ſon ouverture, & nonobſtant le décret, l'hypothéque du douaire ſubſiſte dans toute ſa force; voilà l'eſprit de la coutume, qui ne milite plus, lorſque le douaire eſt ouvert, parce qu'alors la voie d'agir eſt ouverte: de-là il s'enſuit, que nonobſtant un tel décret fait avant l'ouverture du douaire, la veuve & les enfans peuvent aſſigner l'acquéreur de l'immeuble affecté à icelui, en déclaration d'hypothéque; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, puiſque le décret à leur égard eſt impuiſſant; mais ce qui ne milite pas par rapport à un office, ni indiſtinctement lorſque le douaire eſt ouvert.

Il n'en eſt pas de même du ſceau des proviſions d'un office, il purge l'hypothéque du douaire préfix, quoique non ouvert. Arrêt du 12 juillet 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 34, pag. 253; il a déja été ci-deſſus cité, il forme une eſpece d'exception à la propoſition, qui eſt regardée comme inconteſtable, elle a & la nature de l'office & le bien public pour baſe. Voyez Dupleſſis, pag. 258.

LII. Par la force de cette action, c'eſt-à-dire, de la demande en déclaration d'hypothéque, la veuve & les enfans douairiers obligent l'acquéreur de leur payer leur douaire préfix avec les arrérages d'icelui, à compter du jour de ſon ouverture, ſi mieux il n'aime déguerpir: conſervation d'action qui rend quant à eux, le décret ſans effet, & tel eſt celui de leur action que le décret a laiſſé ſubſiſter dans ſa force; & cela auroit lieu, même

par rapport au décret fait d'un héritage qui auroit appartenu à celui qui ſe ſeroit rendu caution du douaire, ſon engagement ayant la faveur de celui du débiteur.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet ; elle peut avoir des inconvéniens, mais la faveur du douaire paroît l'emporter, comme on l'a dit ci-deſſus.

LIII. Venons au recours qu'une telle demande fait naître : l'adjudicataire d'un héritage hypothéqué à un tel douaire, a recours juſqu'à concurrence du douaire, & répétition contre les créanciers poſtérieurs à icelui, & qui ont été utilement colloqués ; mais il n'a aucune répétition contre les créanciers antérieurs, qui uſant de leur droit en faiſant décreter, n'ont touché que le leur : ainſi à leur égard, toute répétition ceſſe, & le payement fait par l'adjudicataire eſt bon.

Voyez ci-deſſus la ſeconde diſtinction ; quoiqu'elle tombe ſur le recours d'un adjudicataire de bien chargé d'un douaire coutumier, elle peut s'appliquer ici ; les mêmes principes, les mêmes régles décident dans l'un & dans l'autre cas.

LIV. Suivons cette garantie : s'il n'a aucun recours contre les créanciers antérieurs, auſſi ne peut-il être pourſuivi de la part des douairiers, que juſqu'à concurrence de ce qui a été payé aux créanciers poſtérieurs au douaire, les antérieurs lui étant préférables ; ce qui limite l'action.

C'eſt-à-dire, qu'il a abſorbé la choſe juſqu'à concurrence des payemens qu'il a faits aux créanciers antérieurs au douaire ; telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur le principe qu'on a déja rapporté, que l'hypothéque eſt un droit réel qui abſorbe la choſe juſqu'à concurrence ; voyez l'arrêt de 1641, rapporté par Soëfve, qui s'applique au douaire préfix qu'on examine ici, comme au coutumier, puiſqu'on l'applique à toute créance.

SUBDIVISION II.

Que le décret purge l'hypothéque du douaire préfix lorſqu'il eſt ouvert.

LV. Le décret reprend ici tout ſon effet, & en ce cas, il purge le douaire, ou plutôt l'hypothéque réſultante du douaire préfix, comme il purge le coutumier, ſon ouverture laiſſant tout le droit d'agir pour le conſerver.

Dupleſſis, pag. 258 ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, pag. 87 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

LVI. Ce qui fonde en ce cas cet effet du décret, c'eſt qu'alors la veuve & les enfans ſont ſaiſis de leur action & qu'ils peuvent agir ; le décret en ce cas, doit donc contre eux opérer tout ſon effet, ce qui auroit lieu contre les mineurs & même deſtitués de tuteurs, ſauf leur recours contre leurs tuteurs ; on l'a vu ci-deſſus à l'égard du douaire coutumier qui produit réalité, ce qui a lieu à plus forte raiſon, par rapport à un douaire préfix qui ne produit qu'une hypothéque ſur l'héritage ; & ce qui doit militer dans la pureté de la régle, dans le cas même qu'ils n'auroient pas de tuteur, ou que leur tuteur ſeroit inſolvable.

Mais ſi leur tuteur étoit inſolvable, les mineurs perdroient-ils cette derniere table de naufrage, que la coutume a tant pris de précaution pour leur conſerver ? En ce cas, Dupleſſis, à la même pag. 258, paroît incliner à leur donner hypothéque ſur l'immeuble affecté à leur douaire, nonobſtant le décret ; de Renuſſon, ch. 10, num. 16, pag. 229, n'admet pas cette limitation ; ce qui me paroît régulier, comme on l'a déja dit ſur le douaire coutumier : en effet, cet événement étranger, accidentel, peut-il réfléchir contre un tiers acquéreur qui a pour lui l'authenticité d'un décret, & qui a fait tout ce qui étoit en lui pour ſe procurer une ſûreté entiere ? Il faut donc la lui conſerver, lorſqu'on ne peut rien lui imputer.

SECTION V.

Que le douaire ſe prend ſur les biens ſubſtitués.

LVII. Voici un autre privilége attaché à ce droit : par une faveur ajoutée aux précédentes, le douaire ſe prend ſur les biens ſubſtitués, mais non indiſtinctement ; privilége qu'on ne fait ici que poſer, & qu'on approfondit dans ſon ordre ſur le titre des ſubſtitutions, c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

Voyez l'authentique *res quæ communia, de legatis*, & ci après le titre des ſubſtitutions.

LVIII. Cela eſt fondé ſur l'intention préſumée de l'auteur de la ſubſtitution ; cette intention eſt la vraie baſe de ce privilége, le teſtateur étant préſumé avoir voulu tout ce qui tendoit à l'exécution de la ſubſtitution.

De Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, num. 33, pag. 43 ; & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

LIX. En effet, en ſubſtituant en faveur des enfans du grevé, il a voulu que le grevé ſe mariât, ce qu'il ne peut faire convenablement, qu'en aſſurant un douaire ; auſſi ce privilége n'a lieu que dans le cas d'une telle ſubſtitution.

De Renuſſon, au même chapitre 3 ; Bacquet, des droits de juſtice, pag. 73 & 74 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

LX. Le douaire ne ſe prend ſur les biens ſubſtitués, que ſubſidiairement & après avoir épuiſé les biens libres ; c'eſt action ſubſidiaire en faveur de la veuve, mais qui ne s'ouvre à ſon profit qu'après avoir épuiſé

les biens libres de ſon mari, vrai débiteur de ſon douaire & que la ſubſtitution n'a pas libéré; ſubſtitution qu'il faut maintenir lorſqu'il y a d'ailleurs dequoi remplir la veuve.

Voyez le titre des ſubſtitutions & les autorités qui y ſont ſur ce rapportées; mais cela doit-il avoir lieu, limitativement *in liberis primi gradûs*, ou bien *in liberis liberorum*? de Renuſſon, traité du douaire, ch. 3, examine cette queſtion depuis le nombre 34, juſqu'au nombre 44, & il eſtime qu'il n'a pas lieu dans le ſecond degré: mais le fondateur de la ſubſtitution ayant porté ſes vues au-delà du premier degré, la même préſomption de ſa volonté qui fonde cette action ſubſidiaire ſur le premier degré, la fonde pareillement ſur le ſecond; cela me paroit ainſi, & de même ce privilége doit avoir lieu en faveur d'une deuxieme femme, & des enfans d'un ſecond lit, quoique la ſubſtitution n'ait qu'un degré, s'il n'y a point enfant du premier mariage.

☞ Le ſentiment de Renuſſon, que l'affectation du douaire n'a point lieu dans le ſecond degré des ſubſtitutions, ne peut raiſonnablement être adopté; le douaire ſe prend indiſtinctement dans tous les degrés, & cela eſt expreſſément décidé par l'ordonnance des ſubſtitutions du mois d'août 1747, art. 52, qui dit: « Toutes les diſpoſitions » des articles précédens, ſur l'hypothéque ſubſidiaire des femmes, auront lieu également dans » tous les degrés de ſubſtitutions, & en faveur de » chacune des femmes que ceux qui ſont grevés de » ſubſtitutions ſe trouveront avoir épouſés ſucceſſivement, &c. »

CHAPITRE QUATORZIEME.

DES PRÉCAUTIONS POUR SE METTRE A L'ABRI DE L'ÉVICTION A CAUSE D'UN DOUAIRE.

SECTION PREMIERE.

DU CONSENTEMENT DE LA FEMME A LA VENTE, ET DE SON EFFET.

I. ON peut relativement à un douaire, prendre des précautions, mais elles ſont ſouvent imparfaites; le conſentement de la femme à la vente de l'héritage, chargé du douaire coutumier, ou hypothéqué à un douaire préfix, n'opére que contre elle & non contre les enfans, ſon fait ne pouvant nuire à ces derniers; mais il opére contre elle, c'eſt tout l'effet d'un tel conſentement, ſauf ſon indemnité & le privilége de la dot ſur le douaire.

Mais elle conſerve ſon hypothéque pour être indemniſée ſur les autres biens; le Maître, tit. 11, pag. 298; & telle eſt la juriſprudence: en effet, elle n'eſt en cela que caution, & ſon mari lui doit indemnité de ſon cautionnement. Il y a plus, il opére même contre les enfans; ce qui eſt indubitable lorſqu'ils ſont héritiers de leur mere, & il opére même contr'eux lorſqu'ils ne le ſont pas; mais en ce dernier cas, juſqu'à concurrence de la dot ſeulement qui marche avant le douaire.

II. L'effet de ce conſentement à ſon égard, eſt qu'elle ne peut tant qu'elle vit troubler l'acquéreur, parce qu'elle ſeroit elle-même la garante du trouble pour raiſon du douaire.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, p. 256, vers le milieu, parce que, dit-il, chacun peut déroger à ſes droits, ce qui eſt inconteſtable; dérogation néanmoins qui ne milite qu'en faveur de l'acquéreur & non du mari, dont l'engagement eſt irrévocable, par rapport à ſes enfans lorſqu'ils ſont douairiers.

III. Cela a lieu, tant pour le douaire préfix, que pour le coutumier; dans l'un & l'autre cas, tel conſentement produit effet contre elle; mais tel conſentement de la part de la femme, ne nuit pas aux enfans, comme on l'a déja obſervé, parce que le fait d'un tiers ne peut leur nuire, à moins qu'ils ne repréſentent ce tiers, auquel cas tel conſentement réfléchiroit contr'eux, & dans la qualité d'héritiers de leur mere, ils ſeroient les garants de leur propre demande; ſi leur mere étoit covendereſſe ſolidaire, & étant renonçans à la ſucceſſion de leur mere, ils ne peuvent empêcher que l'acquéreur de leur gage qui a leur mere pour obligée, ne faſſe valoir contr'eux, & ſur ce même gage la priorité de la dot ſur le douaire.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, à la fin de la page 259, & eſt de juriſprudence, par la maxime, *quem de evictione tenet actio, eundum agentem repellit exceptio*: quant au privilége de la dot ſur le douaire, il a été établi ci-deſſus à la fin du titre de la communauté.

IV. De-là il s'enſuit, que dans le cas que les enfans douairiers ne ſont pas héritiers de leur mere, ils peuvent pourſuivre l'acquéreur en déclaration d'hypothéque, ſi le douaire eſt préfix, & s'il eſt coutumier, faire révoquer l'aliénation juſqu'à concurrence d'icelui, & ce du jour de l'ouverture du douaire; ſauf la ſuſpenſion de la condamnation, juſqu'à la mort de leur mere, dont le droit, tant qu'il ſubſiſte, met l'acquéreur à couvert de trouble & d'éviction, la jouiſſance des enfans ne pouvant commencer que du jour du décès de leur mere; mais du jour

de l'ouverture, il faut qu'ils agiſſent, ſinon la preſcription auroit cours contr'eux : c'eſt le vrai principe, parce que dès que le douaire eſt ouvert, la preſcription a lieu.

C'eſt l'action en interruption, qui eſt uſitée au châtelet, & que les enfans ne pourroient impunément négliger pendant dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens, puiſque la preſcription court en ce cas contr'eux, à partir du jour du décès de leur pere, ce qui eſt expliqué ſur le titre des preſcriptions ; en effet, de ce jour, ils peuvent agir ; c'eſt donc à eux à le faire par l'exercice de cette action.

V. On a vu ci-deſſus, que dans ce cas, la preſcription court contr'eux du jour de l'ouverture du douaire arrivée par la mort de leur pere, & ce nonobſtant le conſentement à la vente de leur mere, qui ne peut faire obſtacle au cours de la preſcription, dont la minorité ſeule peut les mettre à l'abri ; le contraire m'a toujours paru une erreur.

Voyez la derniere diſtinction de la ſeconde ſection du chapitre précédent, où cela eſt établi ; l'opinion contraire m'a toujours paru n'avoir aucune vraie baſe dans les principes

VI. De tout ce que deſſus, il réſulte que le conſentement de la femme ſeule, n'eſt pas ſuffiſant pour mettre l'acquereur à couvert de l'éviction pour raiſon du douaire, & que pour y parvenir, il faut encore le conſentement des enfans, dont on va voir l'effet : mais il ne faut pas perdre de vue ce qu'on a obſervé, qui eſt que ſi la mere étoit co-vendereſſe ſolidaire & les enfans ſes héritiers, en ce cas l'engagement de la mere militant contre les enfans, efface le douaire & en éteint l'action ; & même dans le cas qu'ils auroient renoncé à la ſucceſſion de leur mere co-vendereſſe ſolidaire, l'acquéreur a droit de faire valoir contre les douairiers le privilége de la dot ſur le douaire ; ainſi pour l'entiere ſûreté de l'acquéreur, il lui faut encore le conſentement des enfans à la vente, ce qui forme la matiere de la ſection qui ſuit.

Voyez les notes ſur les propoſitions précédentes, elles établiſſent celle-ci, puiſque, ſuivant icelles, l'action des enfans reſte ſubſiſtante.

SECTION II.

Du conſentement des enfans à la vente.

VII. Si outre le conſentement de la femme à la vente de l'immeuble ſujet ou hypothéqué au douaire, tous les enfans étant majeurs, ont conſenti à la vente, en ce cas, l'acquéreur ne peut être troublé pour raiſon du douaire, puiſque tous ceux qu'il intéreſſoit s'en ſont déſiſtés à ſon profit ; un tel conſentement joint avec l'autre, le met donc à couvert de tout trouble, pour raiſon du douaire.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 6, pag. 256, au milieu, y apporte une limitation ; c'eſt que s'ils étoient mariés le douaire qu'ils auroient eux-mêmes conſtitué, rendroit l'eſpérance de celui-là certain, pour les enfans qui naîtroient de leur mariage ; ce qui me paroît ne pouvoir s'appliquer que dans le cas du douaire coutumier où d'un certain héritage pour douaire préfix, auquel cas ſeulement, la limitation me paroît bonne ; autrement ce ſeroit conſidérer une ſimple hypothéque, & telle que celle qui réſulte d'un douaire préfix, comme une véritable propriété : ainſi la limitation que propoſe Dupleſſis, me paroît ne pouvoir avoir lieu que dans le cas de deux douaires coutumiers, l'un de la part du pere, l'autre de la part du fils, mais non ſi le douaire conſtitué par ce dernier, n'eſt que préfix.

VIII. Un tel conſentement produit un autre effet ; l'acquéreur peut même faire valoir l'hypothéque du douaire, contre les créanciers poſtérieurs à icelui, qui le pourſuivroient en déclaration d'hypothéque, ſi outre le conſentement à la vente, la femme & les enfans étoient co-vendeurs ſolidaires : la raiſon de ce, eſt que ce double conſentement produit en ſa faveur une ſubrogation à l'hypothéque du douaire, par la ſolidité ſtipulée dans le contrat de vente ; ſubrogation par l'effet de laquelle il prime les créanciers poſtérieurs au douaire.

Mais en ce cas, les créanciers ſur les autres biens, ſeront-ils encore obligés d'eſſuyer l'effet de l'hypothéque du douaire, à la faveur de laquelle on a déja ſouſtrait un héritage à leur pourſuite ? Ne ſeroit-ce pas en faire un double emploi à leur égard ? je le penſe ainſi ; voyez le titre des actions hypothécaires.

SECTION III.

Quand l'acquéreur peut retenir ſon prix ou portion d'icelui pour le fonds du douaire.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il peut retenir moitié de ſon prix lorſqu'il s'agit d'un douaire coutumier, mais qu'il ne le peut dans la théſe générale, lorſqu'il s'agit d'un douaire préfix.

IX. Lorſqu'il s'agit d'un douaire coutumier, l'acquéreur peut pour ſa ſûreté retenir moitié de ſon prix, quoique la totalité d'icelui fût exigible aux termes de ſon contrat ; la vente en ce cas, n'étant réellement bonne que pour moitié ; réduction de la validité & efficacité de la vente qui lui ouvre ce droit, ſon engagement étant relatif à l'objet vendu : cette juriſprudence eſt fondée ſur ce qu'alors le vendeur a vendu une choſe dont la moitié appartenoit à d'autres,

ce qui autoriſe l'acquéreur à garder le prix de cette moitié dont la vente eſt irréguliere, la véritable acquiſition ſe réduiſant à moitié, & cette retenue eſt très-favorable.

Loi 18, §. 1, ff. *de peric. & comm. rei venditæ*, & tel eſt l'uſage.

X. Mais lorſque le douaire eſt préfix, l'acquéreur ne peut retenir le fonds du douaire, la vente en ce cas, étant parfaite, puiſque tel douaire qui ne peut produire qu'une affectation hypothécaire n'y peut donner atteinte; en effet, tel douaire ne forme qu'une ſimple hypothéque, & non une propriété, comme le coutumier, l'acquéreur a volontairement couru les riſques des ſuites de cette hypothéque, perſonne ne devant ignorer la condition de celui avec qui il contracte; ce qui établit qu'en ce cas, il ne peut retenir portion de ſon prix, la ſimple affectation par hypothéque étant totalement différente du défaut de propriété dans la perſonne d'un vendeur: mais en ce cas, c'eſt la juſte préſomption qu'on a de la connoiſſance de la qualité de celui avec lequel on a contracté, qui fonde cette réſolution.

Nemo debet eſſe ignarus conditionis ejus cum quo contrahit; régle qui fonde la juriſprudence ci-deſſus atteſtée, ſauf l'exception qui forme la matiere de la diſtinction qui ſuit.

DISTINCTION II.

Que l'acquéreur peut retenir le fonds du douaire préfix lorſqu'il a acquis en juſtice l'immeuble hypothéqué à icelui; mais qu'en aucun cas, l'acquéreur d'un office ne peut faire cette retenue.

XI. Lorſque l'acquiſition eſt faite en juſtice, ſoit par la voie de l'adjudication ſur décret forcé, ſoit par la voie de la licitation, il y a lieu en ce cas, ou à un emploi, ou à la rétention du fonds du douaire, même préfix; parce qu'en ce cas l'adjudicataire n'a pas été obligé d'approfondir la condition du propriétaire: quelques-uns ont fait, difficulté dans le cas d'une adjudication par licitation, & ils diſent que cette voie n'eſt qu'une forme de contracter, mais cette raiſon eſt peu ſatisfaiſante, & toute la faveur eſt du côté de l'adjudicataire.

Celaa été ainſi jugé au parc-civil, plaidant Langlois & moi; voyez la propoſition qui ſuit, qui explique le moyen qui fonde cette juriſprudence, qui me paroît auſſi juridique qu'équitable.

XII. Cela eſt fondé, ſur ce qu'en ce cas, l'adjudicataire n'a contracté qu'avec la juſtice, & que par conſéquent, il a pu ignorer la condition de ceux ſur leſquels ſe pourſuivoit la licitation ou le décret; & qu'en ce cas le péril d'éviction qu'il n'a pu prévoir étant imminent, la juſtice doit l'en mettre à couvert, ou par la rétention du prix juſqu'à concurrence du douaire, ou par l'emploi: encore une fois rien n'eſt ſi favorable.

C'eſt le cas d'appliquer la diſpoſition de la loi 18, §. 1, ff. *de peric. & comm. rei vend.* ci-deſſus citée, cette loi fonde la propoſition.

XIII. Dans le cas de la ſimple licitation, il garde le fonds du douaire préfix, relativement aux collicitans dont les portions ſont chargées de douaire; cette rétention étant pour lui une ſûreté plus grande que l'emploi, & d'autant plus convenable pour les douairiers, que le fonds reſte toujours affecté à leur douaire, ſauf à lui, s'il le juge à propos, à ſe libérer par la voye de l'emploi & courir les riſques de ſa perte, ou de ſa diminution.

Cette crainte d'éviction n'arrête pas le payement des autres portions non hypothéquées à des douaires; cela eſt encore de juriſprudence au châtelet, le décret volontaire y pare, mais ne produit pas cet effet relativement au douaire.

XIV. Dans le cas de l'adjudication par décret, il n'y a pas lieu à la rétention du fonds du douaire préfix, comme dans le cas d'une adjudication ſur une licitation; dans le premier cas, c'eſt aux créanciers oppoſans que le prix doit être payé: & dans le ſecond c'eſt aux propriétaires même, mais les créanciers poſtérieurs à icelui, ne touchent qu'en donnant caution de rapporter le fonds du douaire, ſi l'adjudicataire eſt troublé pour raiſon d'icelui; il ſeroit même plus ſûr d'en faire emploi, ſauf aux créanciers à en recevoir le produit juſqu'à l'ouverture du douaire, mais on n'adopte pas ordinairement l'emploi; quant à la caution, l'adjudicataire a droit de la demander.

Dans ce cas, j'ai entendu ſoutenir qu'il falloit ſur le prix de l'adjudication, prélever le fonds du douaire & en faire emploi, ſauf aux créanciers à jouir du produit de l'emploi juſqu'à l'ouverture du douaire; ce parti eſt le plus aſſuré pour l'adjudicataire, mais il rend le décret en partie inutile aux créanciers: je crois cependant qu'il eſt juridique & judicieux de s'y tenir.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, l'adjudicataire peut même ſaiſir les deniers par lui conſignés, juſqu'à ce que les créanciers ayent donnés caution pour la ſûreté du douaire, quand il aura lieu; voyez l'arrêt du 10 ſeptembre 1605, rapporté par Peleus, queſt. 144.

XV. Mais dans quel cas que ce ſoit, l'acquéreur d'un office ne peut jamais retenir le fonds du douaire conſtitué par le vendeur de l'office; il eſt ſur ce ſans intérêt par l'effet de ſes proviſions dont le ſceau a tout effacé, & cela auroit lieu, encore que l'office fût domanial & l'adjudication d'icelui faite en juſtice; ſur cela nulle diſtinction à faire, tout office vient réellement du collateur & ſort de ſa main libre comme ſortant de ſa ſource.

Voyez

Voyez le titre des offices, où cela eſt établi.

XVI. En effet, la faveur de ſes proviſions, le met à couvert de toute hypothéque, & même de celle réſultante du douaire, quoique non ouvert; le bien public & la nature des offices le veulent ainſi.

Arrêt du 12 juillet 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, chap. 34, pag. 243; il a déja été cité; cette juriſprudence eſt inviolablement ſuivie, elle eſt atteſtée par d'Hericourt.

TITRE QUATORZIEME.

DU DROIT D'HABITATION EN FAVEUR DE LA VEUVE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DE CE DROIT, DE SON ÉTENDUE, ET DE LA MANIERE DONT LA VEUVE EN DOIT JOUIR.

I. LE droit d'habitation en faveur de la veuve dans l'une des maiſons du mari, n'eſt pas légal, mais de convention; il faut pour qu'il ait lieu, qu'il y en ait une expreſſe; ſans une telle convention, la veuve ne le peut prétendre, cela eſt de droit commun, la lettre de la loi municipale ne lui donnant pas ce droit.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 3, ſect. 4, pag. 249, à la fin; le Brun, de la communauté, pag. 391: la femme ayant ce droit par ſon contrat de mariage, ne doit avoir ni le meilleur, ni le pire; le Maître, pag. 298; ce qui ſe verra plus au long par le chapitre qui ſuit, mais il eſt bon d'en faire ici la remarque. Voyez ſur le droit d'habitation, les coutumes qui ſont rapportées par l'auteur du traité du douaire, aux deux derniers nombres du quatrieme chapitre de ſon traité; mais par le droit commun, la veuve n'a pas ce droit; c'eſt ce que porte l'art. 1 des arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, titre du droit d'habitation.

☞ Les coutumes qui donnent le droit d'habitation à la veuve, ſont celle du Maine, art. 322; celle de Vitry, art. 86; celle de Laon, art. 24, & celle d'Amiens, art. 120; mais dans la coutume de Paris, qui n'en parle pas, ce droit n'eſt dû qu'en cas de ſtipulation.

II. Ce droit eſt une ſervitude mixte, dûe par la choſe à la perſonne; telle eſt la nature de ce droit, cependant la veuve peut le céder, comme on le va voir, & c'eſt ce qui réſulte de la nature de ce droit qui eſt mixte, & non purement perſonnel & par conſéquent ceſſible.

Le Brun, de la communauté, pag. 391, num. 2.

III. Si le mari laiſſe un château dans une coutume qui accorde ce droit à la veuve, & qu'il y ait ſoumiſſion à la coutume de Paris, elle n'a plus ce droit, la ſoumiſſion y déroge; c'eſt l'effet de cette ſoumiſſion, lorſqu'il n'y a pas convention qui la limite à cet égard: en effet, c'eſt cette coutume qui régit la communauté, & ce droit fort différent du douaire coutumier qui eſt réel, eſt une ſuite de la communauté.

Voyez le titre de la communauté, ſur lequel a été établi que la coutume à laquelle les conjoints ſe ſont ſoumis, régle leurs droits légaux.

IV. Venons à la maniere dont la veuve doit jouir: celle qui a ce droit peut le céder, elle peut le vendre; c'eſt un droit qui lui appartient & qui eſt dans le commerce; qualité qui en autoriſe la ceſſion, parce que, encore une fois, c'eſt droit mixte & non purement perſonnel.

Arrêt du 17 mai 1603, rapporté par le Prêtre, cent. 1 ch. 82; c'eſt le ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 392, num. 5.

V. Cela eſt fondé, ſur ce qu'il eſt plus étendu que le ſimple uſage qui aſſujettit à une jouiſſance perſonnelle, au lieu que ce droit eſt un véritable uſufruit & par conſéquent ceſſible.

Ricard, en ſon traité du don mutuel, ch. 8, num. 345, pag. 90.

VI. La veuve ayant droit d'habitation, a la jouiſſance des fruits du jardin & des pigeons du colombier, pour en jouir en bon pere de famille; tout cela eſt ſuite de ce droit, lorſque le contrat de mariage le lui donne.

Arrêt rapporté par de Montholon, chap. 60: elle a droit auſſi de jouir des poiſſons du vivier; le Brun, de la communauté, pag. 392, num. 6; en effet, ce dernier objet eſt encore une autre ſuite de ce droit.

VII. Mais dans un certain cas, ce droit a ſes limites : lorſque dans la ſucceſſion du mari, il n'y a qu'un ſeul château, la veuve qui a droit d'habitation, ne peut prendre ce château en entier, elle doit le partager avec l'héritier, il y auroit indécence à le dépoſſéder totalement : partage qui emporte néceſſairement celui des autres objets & autres dépendances ci-deſſus expliquées.

Cela a été ainſi jugé au châtelet, contre la dame des Voutons, plaidant Langlois & moi, conformément au ſentiment de le Brun, de la communauté, pag. 394, num. 14 ; on ne pourroit prendre le parti contraire, ſans violer les bienſéances & l'équité.

CHAPITRE SECOND.

SI LA VEUVE A L'OPTION LORSQU'IL Y A PLUSIEURS CHATEAUX, ET SI ELLE PEUT CHOISIR POUR CE UNE MAISON SISE A PARIS.

I. LORSQU'IL y a pluſieurs châteaux dans la ſucceſſion du mari, la veuve n'a pas droit de choiſir celui qu'elle juge à propos pour ſon habitation ; le droit d'option, comme droit de rigueur, ne pouvant ſe ſuppléer, ſauf ſon droit de douaire coutumier, ſi tel douaire lui appartient : dans ce droit, c'eſt la réalité qui influe ſur tout, qui décide ; dans l'autre qui eſt limité, c'eſt la bienſéance.

Cependant elle peut s'intituler douairiere de la principale terre dont ſon mari étoit propriétaire ; le Brun, de la communauté, pag. 393, num. 8 : ce qui doit, je penſe, être limité dans le cas du douaire coutumier, qui lui donne un droit dans la choſe, au lieu que le préfix ne lui donne que l'hypothéque ; cela a été établi dans ſon ordre : droit naiſſant du douaire qui n'influe nullement ſur l'habitation, qui doit être limité, comme on va l'expliquer.

II. Dans le cas qu'il y a pluſieurs châteaux, l'héritier a droit d'en affranchir un du droit d'habitation de la veuve, parce qu'il eſt plus favorable qu'elle, ſauf après cela le choix qu'on va expliquer. Mais après cette option faite par l'héritier d'un des châteaux ; la veuve a droit de choiſir d'entre tous les autres, celui qu'elle juge à propos pour ſon habitation ; cela conſerve la juſte préférence de l'héritier & le vrai droit de la veuve.

Dupleſſis, traité du douaire, pag. 249, à la fin, dit qu'elle ne doit avoir ni le meilleur, ni le pire, mais entre deux ; le Brun, au chapitre cité : c'eſt auſſi ce que dit le Maître, pag. 298 ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 263 de la coutume de Poitou ; voyez auſſi Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3 du douaire, num. 10 ; ce qui revient à la propoſition.

III. Cependant ce droit n'influe pas ſur toute habitation ; la veuve ne peut choiſir une maiſon ſiſe en la ville de Paris pour ſon habitation, parce que dans la théſe générale ce droit eſt limité à l'un des châteaux des terres dépendantes de la ſucceſſion, ſauf l'exception qui ſuit ; exception qui ſert à confirmer cette régle générale : cependant, s'il n'y avoit aucun château, mais une maiſon ſituée en la ville de Paris, la veuve, pour ſon droit d'habitation, doit y avoir un logement conforme à ſa qualité, mais non la totalité ; ce qui eſt fondé ſur ce que toutes les clauſes d'un contrat de mariage ſont inviolables, & que comme telles, elles doivent avoir leur exécution, autant que l'étendue & la nature des biens qui y ſont ſujets, permettent de le faire.

Cela réſulte de la doctrine établie par Dupleſſis, pag. 249 ; & telle eſt l'opinion commune.

IV. S'il y avoit pluſieurs maiſons à Paris & aucun château, la veuve doit en avoir une entiere pour ſon habitation, qu'elle choiſit entre celles qui reſtent, après que l'héritier a déclaré celle qu'il ſe réſervoit ; cela conſerve le droit des deux, mais ce droit n'a pas lieu ſur les biens ſubſtitués, n'ayant pas la faveur de la dot & du douaire ; c'eſt donation volontaire, & ce droit eſt limité à la dot & au douaire, & n'influe pas ſur les avantages qu'il a plu au mari de faire à ſa femme, quoiqu'il influe ſur le douaire préfix qui tient lieu de celui qui eſt légal.

Le Brun, de la communauté, pag. 397, num. 21 ; en effet, c'eſt avantage extraordinaire, & les biens ſubſtitués ne ſont pas ſujets à ces ſortes d'avantages, comme il eſt établi ſur le titre des ſubſtitutions, autrement le grevé ſeroit maître de donner atteinte à la ſubſtitution ; ce qu'on ne peut admettre.

CHAPITRE TROISIEME.

DE L'INDEMNITÉ DUE A LA VEUVE LORQU'IL N'Y A NI CHATEAU NI MAISON.

I. PAR le principe déja posé, que les clauses d'un contrat de mariage sont inviolables ; dans ce cas, l'héritier doit fournir à la veuve un logement convenable à sa condition, lorsque par le contrat de mariage, la veuve a droit d'habitation ; autrement & par le fait du mari, on anéantiroit une des clauses du contrat de mariage.

Duplessis, traité du douaire, pag. 249, & c'est l'exécution du contrat.

II. Dans ce même cas, ce logement doit être dans la ville de Paris, & pour ce la veuve a hypothéque du jour de son contrat de mariage ; c'est convention qui doit produire effet, & le produit dans le lieu du domicile des conjoints, lorsqu'au moment de la mort du mari il ne se trouve aucun château, ni habitation hors la ville, pour remplir la convention qui, par son authenticité, a produit cette hypothéque.

Tel est sur ce l'usage fondé sur ce que les clauses du contrat de mariage sont inviolables, autrement cela dégénéreroit en avantage indirect, si la vente de la terre, ou le défaut d'acquisition, faisoit perdre à la veuve un droit qui lui est acquis par son contrat de mariage ; telles sont les bases de l'indemnité, qui en ce cas, est dûe à la veuve ; c'est le sentiment d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 221, glos. 3, num. 1 ; de Bacquet, des droits de justice, ch. 21, num. 75 ; de le Brun, de la communauté, pag. 395, num. 15 : quant à l'hypothéque, il est incontestable que le contrat de mariage la produit pour toutes les reprises & conventions matrimoniales de la veuve.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES CHARGES DU DROIT D'HABITATION, ET QUAND CE DROIT CESSE.

I. CE droit d'habitation a ses charges, elles sont foibles ; la veuve n'est tenue que des réparations locatives, elle n'est pas tenue des autres, ni même de celles d'entretien, à moins que sa jouissance n'emporte le produit total de la chose, auquel cas elle est tenue des réparations d'entretien ; en effet, elle n'a qu'un usufruit imparfait qui la doit faire considérer comme un simple locataire, ce qui ne l'assujettit qu'à celles dont ce dernier est tenu, lorsqu'elle ne jouit que d'une partie du château ; mais lorsqu'elle en jouit en totalité, elle est tenue de celles d'entretien & même des charges annuelles.

Le Brun, de la communauté, pag. 397, num. 22, estime que dans le cas que sa jouissance emporte tout le produit, elle est tenue de toutes réparations & des charges annuelles ; ce qui paroît très-juste, pour les charges annuelles & les réparations d'entretien ; mais je ne pense pas qu'elle puisse être tenue des grosses réparations qui sont une charge du fonds.

II. Venons à la cessation de ce droit : le château accordé à la veuve pour son habitation, venant à périr, le droit d'habitation est éteint ; c'étoit à ce château qu'il étoit attaché, il cesse donc avec lui ; c'étoit un droit réel qui ne peut subsister sans la chose.

De Renusson, traité du douaire, ch. 3, num. 83, pag. 75 & 76 ; en effet, c'est droit réel.

III. Cela est fondé, sur ce qu'étant une espece d'usufruit, il cesse avec la chose qui y est sujette, l'un étant inséparable de l'autre ; c'est quant à l'usufruit la disposition de droit : disposition qui doit influer sur le droit qui fait la matiere de ce titre, puisque c'est un usufruit.

Voyez le titre de l'usufruit, & c'est ce que dit le Brun, de la communauté, pag. 196, num. 18 ; ainsi l'héritier n'est pas tenu de faire rebâtir le château ; c'est ce que dit le même auteur, pag. 398, num. 25 : en effet, c'est un droit purement lucratif & bien moins favorable que le douaire.

IV. Il cesse par la mort de la veuve, parce que c'est une servitude dûe à la personne & qui cesse de subsister avec elle ; mais il ne cesse pas par le convol, le convol laissant subsister tous les avantages faits au conjoint qui a convolé, sauf les réserves de ces mêmes avantages, en ce que la loi les assujettit à icelles ; autrement ce seroit ajouter à une loi prohibitive & de rigueur, ce qu'on ne peut faire.

Sur la queſtion de ſavoir, s'il ceſſe par le convol, voyez le Brun, de la communauté, pag. 395, num. 16: à Paris où ce droit ne peut avoir lieu que par la convention, puiſque la loi municipale ne le donne pas, il ne paroit pas qu'il puiſſe ſe perdre par le convol, puiſque le convol ne donne aucune atteinte aux avantages faits au convolant, ſauf la réſerve de ces mêmes avantages, en tant qu'ils peuvent y être aſſujettis; réſerve qui ne peut même tomber ſur un viagé, puiſqu'elle n'embraſſe pas les arrérages du douaire légal ou conventionnel, appartenant à une veuve qui a convolé en ſecondes noces: mais ſi, par cette voye, la ſeconde femme étoit avantagée au delà d'une portion d'enfant, il y auroit lieu à réduction.

TITRE QUINZIEME.

DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

(Art. 238 de la coutume.)

CHAPITRE PREMIER.

QUAND ET EN FAVEUR DE QUI IL A LIEU.

I. CE préciput étoit ſans doute quelque choſe dans ſon origine; dans la pratique il eſt devenu preſqu'à rien: quoi qu'il en ſoit, étant un droit qui peut être exercé, il convient de l'examiner: ce préciput n'a lieu que lorſqu'il y a communauté, & qu'elle a été acceptée par la femme, ſi elle eſt ſurvivante; ce droit étant ſuite de celui de communauté, & modification de ſon partage; voilà le premier principe ſur ce droit qui ne milite qu'au défaut d'enfant.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité de la communauté, l. 2, ch. 4, ſect. 6, p. 459; de le Brun, en ſon traité ſur la même matiere, pag. 346, num. 25; le Maitre, tit. 10, pag. 273, eſtime qu'il a lieu nonobſtant la renonciation à la communauté, mais le terme même de préciput écarte cette opinion; ainſi le premier ſentiment eſt beaucoup plus régulier & plus conforme à l'eſprit de la coutume, que celui de le Maitre, qui me paroit s'en écarter.

II. La loi qui régit la communauté régit ce droit & ſon étendue, c'eſt ſuite d'icelle, & par conſéquent, c'eſt la même loi qui doit les régir, d'autant plus que dans la théſe générale, les meubles ſont régis par la coutume du domicile: coutume ſur laquelle par une convention licite, celle à laquelle les conjoints ſe ſont ſoumis doit dominer, comme étant ſubſtituée à celle-là; ſecond principe qui dérive du précédent.

Notes ſur Dupleſſis, déſignées par une triple R, pag. 455.

III. Il n'a lieu qu'en faveur des nobles; mais il a lieu indépendamment de la convention; c'eſt la loi qui le donne: ainſi pour le faire ceſſer & empêcher le ſurvivant des conjoints nobles de l'exercer, il faudroit qu'il y eût par le contrat de mariage convention contraire; troiſieme principe ſur cette matiere.

L'art. 238 de la coutume, fonde cette propoſition, & prouve que c'eſt droit légal.

IV. La femme non noble de race, mais veuve d'un noble, en a le droit; ſon mariage lui a donné cette qualité, l'ayant acquiſe dans les bras de ſon mari.

Dumoulin, ſur l'art. 116 de l'ancienne coutume de Senlis; le Brun, de la communauté, pag. 346, num. 21.

V. Le prédécédé des conjoints ne peut par ſon teſtament donner atteinte à ce droit; la diſpoſition de l'homme ne pouvant empêcher celle de la loi.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 349 & 350; en effet, c'eſt droit légal, & comme l'un des conjoints ne peut avantager l'autre pendant le mariage, de même il ne peut le priver d'un droit que la loi lui donne.

☞ Il faut encore pour que ce préciput ait lieu que les conjoints ſoient domiciliés dans la coutume de Paris, lors du décès du premier mourant. La tranſlation de domicile pendant la derniere maladie ſeroit frauduleuſe: voyez le Brun, des ſucceſſ., liv. premier, chap. 7, nombre 51.

CHAPITRE SECOND.

DE CE QU'IL EMBRASSE.

I. IL comprend tous les meubles étant hors la ville de Paris, les grains & les beſtiaux; ce qui demande un détail que les propoſitions ſuivantes contiennent; voilà dans la préciſion à quoi ce droit ſe réduit.

Dupleſſis, pag. 456; le Brun, de la communauté, pag. 349, num. 35; cela réſulte de l'art. 238 de la coutume.

II. Il comprend même ceux qui ſe trouvent dans le reſſort d'une autre coutume, leur aſſiette n'étant d'aucune conſidération; mais bien le domicile, lorſque la coutume du domicile ou celle à laquelle il y a ſoumiſſion, donne ce droit au ſurvivant des conjoints.

Le Brun, de la communauté, pag. 346. Voyez la propoſition ſuivante qui ſert de preuve à celle-ci.

III. En effet, ces meubles ſuivent la loi du domicile; & par conſéquent, les diſpoſitions des autres coutumes différentes de celle du domicile ne ſont plus ſur ce à conſidérer; c'eſt celle du domicile qui décide.

Mobilia ſequuntur perſonam, immobilia ſitum, cela a été établi ſur le titre de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel, & cette régle eſt inconteſtable.

IV. Mais il faut pour cela que les conjoints ſoient domiciliés dans l'étendue de la coutume de Paris, ou d'une autre qui accorde un tel préciput, la coutume du domicile réglant les meubles; ſans cela ce préciput n'auroit pas lieu, s'il n'y en avoit convention expreſſe & ſtipulation qui le contint; parce qu'en ce cas au défaut de convention, ni la loi ni la convention ne le donneroient.

C'eſt ce que dit le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 346, num. 23; mais il ſuffit qu'ils y ſoient domiciliés lors de la diſſolution; le Maître, pag. 274: ce qui n'eſt pas ſans difficulté; le changement de domicile ne pouvant changer le droit des conjoints.

V. Il comprend l'argent comptant qui ſe trouveroit dans le château ou maiſon de campagne pour ceux qui ont leur domicile à Paris; à plus forte raiſon, pour ceux qui l'ont toujours à la campagne: en effet, la coutume ne diſtinguant pas, pourquoi admettroit-on une diſtinction?

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité de communauté, pag. 349, num. 37; de Dupleſſis, au même traité, pag. 457; cependant les auteurs des notes à la page ſuivante, ſont d'avis contraire: le Maître, pag. 274, confirme la propoſition qui me paroît conforme à la lettre & à l'eſprit de la coutume, ainſi je crois qu'on doit rejetter l'opinion des auteurs de ces notes, qui ſe réduit à une prétendue réformation du texte même; c'eſt ſingularité, ſans raiſon ſatisfaiſante.

VI. Sur cette étendue ſur l'argent comptant, la raiſon de douter pour le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſque les conjoints avoient leur domicile principal à Paris, étoit qu'il n'y eſt qu'accidentellement & pour fournir à la dépenſe pendant le ſéjour à la campagne; mais la raiſon de décider eſt que la coutume qui attache des charges à ce droit ne l'excepte pas; il ne faut donc pas l'excepter.

Voyez les autorités rapportées ſur la propoſition précédente, elles fondent celle-ci.

VII. Il comprend pareillement la vaiſſelle d'argent, non-ſeulement celle qui reſte toujours à la campagne, mais encore celle qui a été tranſportée pour le ſéjour; mais il ne comprend pas les bijoux, ces derniers ne pouvant être compris ſous le mot de meubles dont la coutume s'eſt ſervi, & ils ne peuvent avoir d'aſſiette: quant à la vaiſſelle d'argent qui ſe trouve hors Paris, elle doit y être compriſe indiſtinctement par la raiſon déja dite, qui eſt que la coutume ne diſtingue pas ſur cela, & qu'elles attachent des charges à ce droit.

Les autorités ci-deſſus rapportées au ſujet des deniers comptans militent encore plus pour la vaiſſelle d'argent; par rapport aux bijoux, cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 458, tout au commencement, qui ne fait tomber ce préciput que ſur les choſes qui ont une certaine ſituation, & non les bijoux qui ſuivent la perſonne lorſqu'elle a un domicile à Paris.

VIII. Mais à l'égard des nobles qui ſont toujours demeurans hors la ville de Paris, leur retraite annonçant le peu d'importance de leur mobilier, le préciput comprend à plus forte raiſon que dans le cas précédent, les deniers comptans, toute la vaiſſelle d'argent, & même les bijoux; mais ne comprend pas les dettes actives.

Le Maître, pag. 275, atteſte, quant aux dettes actives, que ce préciput légal ne les comprend dans aucun cas; Dumoulin, ſur l'art. 116 de l'ancienne coutume, a été de ſentiment contraire, mais ſon ſentiment n'a pas été ſuivi, ce qui eſt atteſté par Dupleſſis, pag. 459; & les auteurs des notes ſur ſon commentaire à la même page, qui eſtiment, ainſi que les deux auteurs précédem-

ment cités, que les dettes actives ne ſont pas compriſes dans ce préciput; voyez le Brun, de la communauté, pag. 349, num. 37, quant aux bijoux, quoique difficilement on puiſſe les comprendre ſous le mot de meubles, n'y ayant point de domicile dans la ville, l'eſprit ainſi que la lettre de la coutume les comprennent dans ce préciput.

CHAPITRE TROISIEME.

DE SES CHARGES ET DE LA CONFUSION QU'IL PRODUIT.

(Art. 238 de la coutume.)

I. LE ſurvivant qui accepte ce préciput eſt tenu de payer toutes les dettes mobiliaires de la ſucceſſion du prédécédé; ce n'eſt qu'avec cette charge que la coutume le lui accorde, elle en eſt inſéparable.

Dupleſſis, pag. 458; le Brun, de la communauté, pag. 347, num. 30, charge que les tems préſens rendent peſante, & qui écarte preſque toujours l'exercice de ce droit.

II. Cette charge entraîne la confuſion de certains droits; en effet, de-là il s'enſuit qu'il perd & confond ſon préciput conventionnel, lorſqu'il eſt en deniers; c'eſt dette mobiliaire, & par conſéquent, charge de ſon préciput légal; la coutume chargeant ce préciput de toutes les dettes mobiliaires; il n'en eſt pas de même s'il a droit d'un préciput conventionnel en nature: ce n'eſt plus dette; alors c'eſt prélevement ſur une maſſe commune.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 459; mais généralement & ſans expliquer la diſtinction qui ſuit; le Maître, pag. 276, eſtime indiſtinctement qu'il n'y a pas de confuſion, ce que je ne peux goûter; voyez la propoſition qui ſuit qui contient la diſtinction qu'il faut faire.

III. Mais il ne le confond pas s'il eſt en meubles à ſon choix; car en ce cas, il peut choiſir pour ſon préciput conventionnel ceux que ſon préciput légal n'embraſſe pas; & c'eſt délibation à faire, non dette à acquitter; qualité d'un tel préciput, qui fonde le concours de l'un & de l'autre, & qui écarte la confuſion, qu'on allégue en vain en ce cas, puiſqu'il n'y en a pas.

Cette diſtinction s'obſerve par rapport à la garde, il me paroît que la raiſon qui la fonde en ce cas, la fonde en celui-ci; voyez le Brun, de la communauté, pag. 345, num. 18; en effet, de l'un à l'autre cas nulle juſte différence.

IV. Il ne confond pas non plus la repriſe de ſon propre fictif ou de ſon propre réel aliéné, c'eſt prélevement à faire ſur la maſſe de la communauté, qui n'eſt compoſée que de ce qui reſte après le prélevement; c'eſt délibation à faire, c'eſt raiſon de partage de communauté, & autrement ce préciput légal que la coutume a voulu rendre égal aux deux conjoints, ceſſeroit de l'être & deviendroit inutile à celui auquel un tel propre ſeroit dû, ſi il excédoit ce que ce droit embraſſe, ce qui ſeroit contraire à la coutume, qui n'a établi le droit de préciput légal entre les nobles, que comme un droit parfaitement égal.

Le Maître, tit. 10, pag. 274, la garde n'opére pas confuſion de ces droits; même raiſon quant à ce préciput.

V. Il en eſt de même des recompenſes & indemnités, elles ſont dûes à la communauté, & c'eſt opération du partage d'icelle & non dettes de ſucceſſions; cela ne peut donc être charge de ce préciput.

Cette propoſition & la précédente, ſont atteſtées par le Brun, de la communauté, p. 349, num. 32; par Dupleſſis, pag. 458. J'ajouterai que ce qui ſe régle ſur cela dans le cas de la garde, doit ſe régler dans le cas de ce préciput.

VI. A l'égard du douaire, s'il étoit d'une ſomme à une fois payer, la veuve le confondroit; mais s'il eſt annuel, elle ne le confond pas, c'eſt charge des fruits des biens de la ſucceſſion qui s'ouvre chaque jour, & non charge dûe lors de l'ouverture de la ſucceſſion; tel douaire reſte donc à la charge des héritiers, ce qu'on ne peut appliquer au deuil.

A l'égard du deuil la veuve le confond, en acceptant le préciput légal des nobles; le Brun, de la communauté, pag. 349, num. 34; Dupleſſis, à la pag. 458, obſerve que cela fait manquer la réciprocité de ce droit; mais, quoi? la loi ne diſtingue pas & charge le ſurvivant de toutes dettes mobiliaires; charge qui entraîne néceſſairement cette confuſion; j'y trouve cependant beaucoup de difficulté, parce que cela rompt l'égalité.

VII. Pour l'acquittement de ces dettes, la veuve, mais non le mari, jouit de plein droit du bénéfice de n'être pas tenue au-delà de ſon amendement; c'eſt une ſuite de ſon droit de communauté pour l'acceptation de laquelle elle a ce privilége: c'eſt ſuite de ſon droit principal auquel ce bénéfice eſt attaché.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 459; de le Maître, pag. 275, & tel eſt l'eſprit de la coutume.

VIII. Il n'en eſt pas de même du mari, il eſt tenu indiſtinctement, ainſi qu'il l'eſt des dettes de communauté ; mais c'eſt cette derniere, c'eſt ſa qualité de mari plus que le préciput légal qui l'aſſujettit à cette charge.

La raiſon contraire dont ſe ſert Dupleſſis, pour fonder que le mari jouit d'un même privilége, eſt de dire que *omnia debent eſſe paria ;* mais quand on adopteroit cette raiſon par rapport à ce privilége, cela affranchiroit-il le mari de payer le ſurplus des dettes dont la coutume le charge dans le cas que la femme a épuiſé ſon amendement ? Il eſt donc chargé de ce indiſtinctement & non juſqu'à concurrence du bénéfice qu'il tire de ce préciput, & ſi ce n'eſt pas à raiſon d'icelui, c'eſt à raiſon de la communauté, dont la coutume l'avoit conſtitué le chef, & comme étant celui dont les créanciers ont ſuivi la foi & la ſolvabilité ; ainſi je ne peux goûter l'opinion de Dupleſſis, elle eſt contraire à la coutume, & il ne la conſidere qu'en partie, au lieu de l'examiner de tous ſes côtés.

CHAPITRE QUATRIEME.

QUAND CE PRÉCIPUT N'A PAS LIEU.

(Art. 238 de la coutume.)

I. L'EXISTENCE d'enfans ou de petits enfans, ſoit des deux conjoints, ſoit de l'un d'eux ſeulement, & d'un précédent mariage, empêche que ce préciput n'ait lieu ; le défaut d'enfant étant la condition que la coutume a attaché à ce droit.

Dumoulin, ſur l'art. 116 de l'ancienne coutume ; le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 347, num. 29, & c'eſt la diſpoſition du texte.

II. Le décès d'un enfant unique arrivé incontinent après la diſſolution de la communauté, n'y feroit pas ouverture : ce décès ne faiſant pas l'accompliſſement de la condition ; en effet, le droit eſt acquis à l'enfant qui a ſurvécu le prédécédé de ſes pere & mere : mais les meubles ſujets à ce préciput faiſant partie de ſa ſucceſſion mobiliaire, ils appartiennent au ſurvivant comme le ſurplus de ſa ſucceſſion mobiliaire.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 347, num. 29 ; en effet, la ceſſation de ce droit une fois acquiſe, ce même droit n'a pu revivre.

III. Par le convol, le conjoint qui a profité de ce préciput, n'eſt point obligé de le réſerver aux enfans de ſon premier lit, c'eſt un avantage de la loi & non de l'homme ; & les premiers ne ſont pas ſujets à la réſerve, ſi ce n'eſt le douaire coutumier ſur les conquêts de premiere communauté qui peut y être ſujet.

Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 9, glof. 7, num. 1310, pag. 720 ; c'eſt moins un avantage qu'une liquidation légale ; d'ailleurs la réſerve étant de rigueur & n'étant pas ordonnée par la loi, ne peut ſe ſuppléer.

TITRE SEIZIEME.

DU DROIT DE LA VEUVE AVANT LA DÉTERMINATION DE SA QUALITÉ SUR L'ACCEPTATION OU LA RENONCIATION A LA COMMUNAUTÉ, DE RETENIR LA VAISSELLE D'ARGENT, EN SUBSTITUANT DENIERS COMPTANS A LA PLACE.

I. LA veuve a droit avant la détermination de ſa qualité de prendre moitié de la vaiſſelle d'argent, en lui ſubſtituant deniers à la place; la raiſon eſt que la vaiſſelle d'argent des ſucceſſions n'eſt pas commerçable, mais doit être portée à la monnoie, ſauf ce privilége de la veuve qui empêche cet apport & celui de l'héritier qui concourt; c'eſt une faveur, c'eſt une juſtice même que l'une & l'autre ont mérité.

C'eſt la diſpoſition de l'édit ſur ce intervenu.

II. Suivons le droit de la veuve; il ſembleroit qu'elle devroit avoir ce droit par préférence à l'héritier, parce qu'elle continue une poſſeſſion de choſes à l'uſage deſquelles elle eſt habituée, au lieu que l'autre voudroit la commencer, cependant elle ne peut prendre que moitié; tel eſt l'uſage, & ce partage eſt plus judicieux que la préférence en faveur de la premiere.

L'édit leur donne ce droit par concurrence.

III. Elle n'a plus ce droit lorſqu'elle a renoncé à la communauté, elle ne peut plus rien avoir dans la maſſe ou choſe qui n'eſt plus commune; en ce cas la vaiſſelle d'argent appartient à l'héritier; ce droit là, n'étant qu'une ſuite du droit & de l'eſpérance qu'elle pourroit avoir dans un partage général duquel ſa renonciation à la communauté l'exclut totalement.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune; en effet, ce droit ſe réduit à un partage partiaire & anticipé; partage qui ne peut avoir lieu, n'y ayant plus lieu au partage général; mais ce droit étant conſommé ſubſiſte, quoique par la ſuite la veuve ait renoncé à la communauté.

IV. Elle n'a pas ce droit par rapport aux corps certains légués en vaiſſelle d'argent, ſauf ſon indemnité, ſi elle accepte la communauté; ce que je crois devoir être reſtraint dans le cas que les legs de ces corps certains n'excédent pas la moitié dans la totalité d'iceux, auquel cas ce ſeroit aux légataires à exercer leurs actions de recompenſe & à ſe venger ſur les autres biens, le mari ne pouvant par les diſpoſitions de ſon teſtament, donner atteinte aux droits de la veuve: parce que s'il vit comme maître, il meurt comme aſſocié, comme on l'a établit ci-deſſus.

Voyez le titre de la communauté, où cette impuiſſance du mari eſt établie.

V. Sur la queſtion de ſavoir ſi un legs univerſel dépouille l'héritier du droit de prendre la vaiſſelle d'argent, en ſubſtituant des deniers comptans, j'ai vu la juriſprudence du châtelet varier ſur icelle, mais il me paroît qu'on y incline à préſent à dire, que l'héritier n'a pas ce droit au préjudice d'un légataire univerſel qui tient lieu d'héritier.

L'édit réſerve ce doit à la veuve, héritiers & autres; ce ſont ſes termes, derniers termes qui fondent le droit du légataire; cependant j'ai entendu juger une premiere fois au châtelet que l'héritier du ſang avoit ce droit contre un légataire univerſel; mais dans l'eſpece de ce premier préjugé, le legs univerſel étoit fait à l'hôpital général, auquel la vaiſſelle d'argent en nature auroit été inutile; ainſi ce premier préjugé contre le légataire univerſel, ne parut pas faire impreſſion: la même queſtion s'eſt préſentée au préſidial, au ſujet du teſtament de M. de Brebart, maître des comptes, qui avoit inſtitué ſes légataires univerſels, M. Daligre, M. le Lieutenant-civil, & M. de Benoiſe; l'héritiere prétendit avoir droit de prendre la vaiſſelle d'argent en ſubſtituant le montant d'icelle à ſa place; mais il faut obſerver qu'alors les payemens ſe faiſoient en billets de banque; par la ſentence il fut jugé que l'héritiere ſubſtitueroit des deniers comptans, ce qui ne jugeoit pas la queſtion, eu égard au tems, car ſi d'un côté on jugeoit que les légataires univerſels n'avoient pas ce droit, on leur en donnoit un autre qu'ils ne paroiſſoient pas avoir; enfin la queſtion s'eſt encore préſentée au parc-civil, il y a environ quatre ans, au ſujet du teſtament de la dame comteſſe de Veru; mais le légataire univerſel étoit l'un des héritiers du ſang, & il fut jugé que la vaiſſelle d'argent ſe partageroit entre tous, enſorte que le légataire univerſel y auroit ſa part; aucun de ces préjugés ne régle ouvertement la queſtion, mais il me paroît encore une fois qu'on incline à préſent à dire, que l'héritier du ſang n'a pas ce droit contre un légataire univerſel, & il me paroît que les termes de l'édit conduiſent là; en effet, ce ſont les corps mêmes héréditaires, & tels que le teſtateur les a laiſſés qui lui ſont légués, c'eſt ſur ce fondement que l'héritier du ſang ſeroit mal fondé à prétendre pouvoir retirer des mains du légataire univerſel les biens du teſtateur, en offrant de lui en payer la valeur; pourquoi auroit-il ce droit, par rapport à la vaiſſelle, il ne l'auroit pas contre un légataire

légataire particulier auquel le teſtateur auroit légué quelques pieces de vaiſſelle d'argent ; pourquoi donc l'auroit-il contre un légataire univerſel qui a la grande main, & qui eſt pour le moins auſſi favorable que le légataire particulier? Cependant par ſentence du parc-civil, du vendredi 8 juin 1750, plaidans MM. Doutremont & Dumoulin, il a été jugé que l'héritier avoit le droit contre un légataire univerſel ; mais le teſtament étoit attaqué.

TITRE DIX-SEPTIEME.

DES SUCCESSIONS.

DIVISÉ EN QUATRE PARTIES:

LA PREMIÈRE, *De l'ouverture des ſucceſſions, & des incapables de ſuccéder.*

LA SECONDE, *Des ſucceſſions des aſcendans, en faveur des enfans & des deſcendans.*

LA TROISIEME, *Des ſucceſſions des enfans & deſcendans, en faveur des aſcendans.*

LA QUATRIEME, *Des ſucceſſions collatérales.*

CHAPITRE PRELIMINAIRE.

DU MOTIF DE LA LOI DANS L'ORDRE DE CES DIFFÉRENTES SUCCESSIONS.

(Article 318 de la coutume.)

I. ICI la loi civile a pris pour guide la loi naturelle, elle a puiſé l'ordre des ſucceſſions dans le cœur même de l'homme ; toute la ſuite de ce titre va confirmer cette propoſition ; ainſi l'ordre des ſucceſſions a ſa ſource dans le droit naturel, il ne pouvoit en avoir une plus pure, plus inconteſtable ; c'eſt cette ſource que notre coutume a ſuivi, & que le droit civil lui a indiqué.

Novelle 118, ch. 1 ; le Brun, en ſa préface, traité des ſucceſſions; voyez la propoſition qui ſuit, elle renferme cette preuve en abrégé.

II. Elle appelle à ſucceſſion, ceux au profit deſquels elle a eu juſte ſujet de préſumer que l'homme en auroit diſpoſé lui-même s'il avoit teſté ; c'eſt ce qui ſe manifeſte par l'ordre qu'on va expliquer dans les quatre parties de ce titre ; cet ordre a donc le droit naturel & les juſtes penchans de la nature pour guide.

Au défaut des parens prochains les éloignés ſuccédent, & l'éloignement, tel qu'il ſoit, n'empêche pas la ſaiſine légale, juſques-là que le parent à tel degré qu'il ſoit, exclut le fiſc ; Dumoulin, ſur l'art. 32 de la coutume de Tours, dit qu'il ſuffit même d'être *in quaſi poſſeſſione parentelæ* ; c'eſt auſſi ce qui eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, pag. 98, num. 8, & ſuivans.

III. Cet ordre légal de ſuccéder puiſé dans la nature même, & dans les juſtes penchans qu'elle donne au cœur de l'homme, rend l'héritier légitime toujours plus favorable que le légataire ; maxime dont on verra les ſuites & les branches dans le titre des teſtamens ; actes pour leſquels la coutume laiſſe à l'homme un empire preſque abſolu ſur ſes biens après ſa mort ; car quand elle dit que l'inſtitution d'héritier n'a lieu, ce n'eſt pas pour l'empêcher quant aux biens diſponibles, mais ſeulement pour décider qu'elle n'eſt pas néceſſaire pour faire valider le teſtament : auſſi lorſque le teſtament la contient, elle vaut diſpoſition & legs de tout ce dont le teſtateur pouvoit diſpoſer par cet acte, ſauf la faveur de l'héritier légitime contre l'héritier inſtitué dans tous les cas, dans leſquels on peut raiſonnablement l'appliquer ; tel eſt le vrai ſens de cette régle que porte notre coutume, inſtitution d'héritier n'a lieu.

In legatis quod minimum ſequitur ; maxime qui a ſa racine dans cet ordre que la loi a priſe pour modele.

IV. Au défaut d'héritiers les conjoints ſe ſuccédent ; c'eſt une ſucceſſion légitime que la loi civile a établie entr'eux & adoptée par nos mœurs ; elle a encore ſa racine dans le principe poſé ; en effet, au défaut d'héritier du ſang, perſonne ne doit nous être plus cher que notre épouſe légitime ; juſte préſomption, qui a dû fonder comme elle a fondé en effet, une ſucceſſion légitime.

Papon, liv. 21, tit. 1, num. 19 ; Louet, let. F, num. 22 : ce qu'on verra ci-après plus au long, après avoir examiné les ſucceſſions préférables à celle-là, qui n'a de baſe qu'une préſomption, mais plus foible que celle que le ſang entraîne avec lui.

V. Cet ordre général de ſuccéder eſt de droit public ; delà, la convention ni la diſpoſition de l'homme ne peuvent jamais faire un héritier légitime, c'eſt la loi qui les fait ; c'eſt la loi de la nation qui défere les ſucceſſions légitimes : l'homme ne peut donc ſe faire qu'un héritier teſtamentaire, non un héritier légitime ; tel eſt le droit commun du royaume.

Cela a été établi ci-deſſus ſur le titre des propres fictifs, ce qui reçoit une limitation expliquée par la propoſition qui ſuit ; les propres fictifs en forment une autre, ce qui ſera expliqué dans ſon ordre.

VI. Venons à la premiere limitation à cette régle : les héritiers inſtitués par contrat de mariage, ont cependant tous les avantages que la qualité d'héritier légitime donne, mais la faveur d'un contrat de mariage peut ſeule ſoutenir une telle diſpoſition ; c'eſt exception qui confirme la régle générale qu'on vient de poſer.

Voyez ci-après le titre des inſtitutions contractuelles d'héritiers, où cela eſt établi.

VII. Quoique l'ordre de ſuccéder ſoit puiſé dans la nature, la loi indulgente laiſſe à l'homme après ſa mort un eſpece d'empire ſur ſes biens, en lui permettant d'intervertir cet ordre & de diſpoſer de ſes biens par teſtament ; ſeconde exception au principe, mais imparfaite ; c'eſt legs limité & non vraie ſucceſſion ; legs qui n'embraſſe pas les biens que la coutume a rendu indiſponibles.

Voyez le titre des teſtamens, où l'on voit les effets & les limites de cette interverſion.

VIII. Un teſtateur ne doit pas uſer de cette faculté pour ſatisfaire ſa paſſion & dépouiller l'héritier que la loi lui donne ; il n'en doit faire uſage que pour récompenſer la vertu & remplir la gratitude ; autrement ce ſeroit de ſa part s'écarter du motif de la loi & abuſer de ſa diſpoſition qui n'a voulu lui laiſſer qu'un empire juſte, & non pas une puiſſance dont il peut abuſer pour ſatisfaire ſes paſſions.

Voyez le titre des teſtamens, où il eſt établi que la loi eſt toujours plus ſage que l'homme : maxime qui ſert de preuve à la propoſition, & à faire rejetter les diſpoſitions contraires à l'eſprit de la loi.

PREMIERE PARTIE DES SUCCESSIONS.

DE LEUR OUVERTURE ET DES INCAPACITÉS DE SUCCÉDER.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'OUVERTURE DES SUCCESSIONS.

SECTION PREMIERE.

DE L'OUVERTURE DE SUCCESSION PAR MORT NATURELLE.

(Art. 318 de la coutume.)

I. L'INSTANT même de la mort fait celui de l'ouverture de la ſucceſſion du décédé ; c'eſt ce que la coutume exprime fortement par ces termes, *le mort ſaiſit le vif* : on verra par la ſuite les conſéquences de ce principe ; il eſt bon d'abord de s'y fixer, il eſt de droit commun ; & s'il y a double mort, une juſte préſomption détermine l'héritier.

Lorſqu'un aſcendant & un deſcendant périſſent dans un même combat ou dans un naufrage, lequel des deux eſt préſumé avoir ſurvécu & avoir recueilli la ſucceſſion de l'autre pour la tranſmettre avec la ſienne à ſes héritiers ? L'aſcendant eſt préſumé mort le premier, & le fils pubere, comme plus robuſte, avoir plus long-tems réſiſté à la mort, loi 9, §. 1 & 22 ff. *de rebus dubiis* ; mais ſi l'enfant étoit un enfant à la mammelle, ſa foibleſſe fait préſumer qu'il eſt mort le premier, & que le pere ou la mere lui ont ſuccedé ; loi 26, ff. *de pactis dotalibus* : arrêt du 9 février 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 25 : voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 4 ; le Maître, pag. 491 ; Ricard, en ſon traité des diſpoſitions conditionnelles, pag. 224. Quant à la régle générale, elle va être développée par la ſuite de tout ce titre ; elle eſt de droit commun.

II. De cette régle, le mort ſaiſit le vif, il s'enſuit que l'héritier commence à poſſéder dans l'inſtant même que la poſſeſſion du décédé ceſſe, il n'y a aucun vuide entre l'une & l'autre de ces poſſeſſions ; l'une commence dans le même point de tems que l'autre finit ; l'ordre public, la néceſſité de maintenir les poſſeſſions y ont conduit.

Omnis hæreditas licet quamvis poſtea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur, loi 138, ff *de reg. jur.* voyez auſſi la loi 193 du même titre ; loix que nous avons adoptées ; telle eſt la premiere conſéquence qui réſulte de la régle générale qu'on vient de poſer ; de-là l'héritier eſt cenſé héritier du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, & non pas ſeulement du jour de ſon acceptation. Arrêt du 9 août 1683, rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, pag. 24 ; cela eſt ſuite de cette conſéquence.

III. C'eſt l'inſtant de cette ouverture des ſucceſſions qui détermine l'étendue des biens qui les compoſent, ainſi qu'il fixe ceux qui y ſont appellés ; par conſéquent, il faut prendre les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent au moment de leur ouverture ; & l'un des héritiers décédant un inſtant après le défunt, il meurt ſaiſi de ſa portion héréditaire, il la tranſmet à ſes héritiers.

Voyez les notes ſur la premiere propoſition de cette ſection, & la ſection premiere du chapitre ſuivant ; c'eſt une ſeconde conſéquence de la même régle.

IV. Quoique le bâtard ne puiſſe ſuccéder, comme on le verra par la ſuite, ſa mort fait ouverture à ſa ſucceſſion en faveur de ſes enfans légitimes & non d'autres ; la faveur que méritent les premiers leur donne une capacité que la pureté de la régle dénie aux autres ; ils ont la qualité civile que les derniers n'ont pas ; fondement inébranlable de la capacité à ſuccéder de ceux-là, qui eſt juſtement & légitimement donnée aux autres.

Si ſpurius ab inteſtato deceſſerit, jure conſanguinitatis, aut agnationis, hæreditas ejus, ad nullum pertinet, l. 4, ff. *unde cognati* ; ces mots *ad nullum pertinet*, s'expliquent par la loi au code *de bon. vac. Scire debet gravitas tua, inteſtatorum res, qui ſine legitimo hærede deceſſerint fiſci noſtri, rationibus vindicandas* ; voyez le titre des bâtards, où il eſt établi que leurs enfans légitimes leur ſuccédent : ainſi autre application de la régle.

V. Cependant ſi le bâtard étoit légitimé par lettres, ſa mort feroit ouverture légitime de ſa ſucceſſion, en faveur de ſes parens naturels qui ont conſenti à ſes lettres, l'or-

dre de succéder gardé entr'eux ; mais en ce cas ils tiennent leur droit de succéder, non de la nature, mais de la grace du roi, qui par l'effet de ces lettres a bien voulu se désister de son droit en leur faveur.

Voyez ci-devant le titre des bâtards, où cela est établi.

VI. Voici une faveur d'ouverture de succession légitime : la mort du religieux sécularisé par l'épiscopat, fait en faveur de ses parens ouverture à sa succession, quoiqu'il soit incapable de leur succéder, la sécularisation l'ayant, quant à ce, rendu au siécle, mais sans lui donner la faculté active : c'est une double justice qui étoit dûe aux familles, & qui maintient l'ordre public.

Voyez ci-après la section 4 du chapitre 3, où cela est établi.

SECTION II.

De l'ouverture des successions par mort civile.

§. I.

De cette ouverture lorsque la condamnation est contradictoire.

VII. La mort civile imitant la naturelle fait ouverture à la succession du condamné, comme la mort naturelle y feroit ouverture ; c'est un effet commun de l'une & de l'autre mort, la derniere produisant civilement tous les effets que l'autre produit par la nature.

Le Brun, des successions, liv. 2, ch. 1, sect. 2 ; c'est droit commun fondé sur les premiers principes de la capacité pour posséder les biens.

VIII. C'est l'instant de la mort civile, comme celui de la naturelle, qui détermine l'étendue des biens & ceux qui ont droit à la succession, comme on l'a vu par rapport à cette derniere par la section précédente ; & toute condamnation contradictoire qui emporte la perte de l'état & la qualité de citoyen, fait ouverture à la succession du condamné, parce qu'elle emporte mort civile, & que cette mort produit cet effet comme la mort naturelle : mais cette ouverture ne se fait pas en faveur des héritiers, quoique capables de succéder, parce que si ils sont capables le condamné ne l'a pas été de leur transmettre ses biens ; en effet, celui qui confisque le corps confisque les biens : confiscation qui est une suite inévitable d'une telle condamnation ; c'est le texte de la coutume, c'est droit commun dans le royaume, puisqu'il est fondé sur les ordonnances.

Damnatione bona publicantur, cùm vita adimitur aut civitas, l. 1. ff. *de bonis damnatorum* ; ce qui est conforme à la disposition de la coutume, art. 183, art. puisé des ordonnances ; voyez le Brun, en la section qu'on vient de citer.

IX. Venons à la conséquence qui naît de cette régle : de-là il s'ensuit que telle ouverture de succession se fait au profit du fisc & non au profit des héritiers du sang, c'est une succession particuliere qui assujettit celui qui en profite au payement des dettes ; mais qui ne l'assujettit à ce payement qu'à cause des biens au-delà desquels il ne peut être tenu, ce qui le différencie d'un heritier pur & simple, qu'une qualité personnelle & indélebile assujettit au payement des dettes, au lieu que le confisquant, n'y est assujetti qu'à cause de la possession des biens.

Par le droit romain on faisoit part des biens aux enfans du condamné, telle est la disposition de la loi 7. ff. *de bonis damnatorum* ; ce qui n'a lieu parmi nous, le droit commun de la France étant contraire à cette disposition, qui étoit cependant très favorable, mais peu politique, parce qu'on ne peut inspirer trop d'horreur pour le crime, ainsi sur cela notre droit, comme plus prudent que le droit romain, lui est préférable.

§. II.

De quel jour la condamnation par contumace fait ouverture à succession.

X. La condamnation par contumace, fort différente de celle qui est contradictoire, ne fait pas incontinent ouverture à succession, comme le fait la condamnation contradictoire ; si le condamné meurt dans les cinq ans, il meurt dans l'intégrité de l'état de citoyen ; ses biens passent à ceux que la loi en saisit au moment de sa mort naturelle, c'est l'effet de la juste présomption qu'on a pour l'innocence.

Le Brun, des successions, pag. 6, num. 4 ; cela a déja été établi dans le premier livre sur le titre de la mort civile, il convient de le reprendre ici.

☞ C'est la disposition de l'article 28 de l'ordonnance de Moulins, il donne cinq ans pour purger la contumace, pendant lesquels le condamné jouit de l'intégrité de son état ; &, quoique sa conviction soit certaine, néanmoins on présume en faveur de son innocence, & que par le jugement sur l'appel il auroit été abusous.

XI. Ce délai est accordé au condamné par contumace pour la purger, & tant que ce délai subsiste, il faut présumer l'innocence ; juste présomption qui lui fait transmettre sa succession à ses héritiers légitimes, & qui milite lorsqu'il meurt avant la condamnation quoiqu'accusé & détenu dans les fers.

A plus forte raison, il est présumé mourir innocent, & il transmet sa succession à ses héritiers légitimes, s'il meurt avant la condamnation,

quoiqu'accusé d'un crime capital pour lequel il seroit détenu dans les fers, *Si quis post accusationem in custodia fuerit defunctus, testamentum ejus valebit*, l. 9. ff. *qui testam. fac. poss.* le Brun, des successions, pag 6, num. 6; & cela est suite de la proposition précédente.

XII. Il en seroit de même, c'est-à-dire, que le condamné par défaut mourroit en possession de l'état de citoyen, & transmettroit sa succession à ses parens, si après ces cinq ans il mouroit, s'étant représenté à la justice, & ayant interjetté appel de la condamnation, telle représentation, tel appel proroge la présomption favorable de son innocence: base de la capacité, ainsi que des deux précédentes.

Si cùm capitali pœna, vel deportatione damnatus esset, appellatione interposita & in suspenso, fati diem functus est, crimen morte finitum est, loi derniere, cod. *Si. re vel acc. mort. fue.* Voyez le Brun, de la communauté, pag. 6, num. 5, & cela est de droit commun.

XIII. De ce que dans ces cas le condamné par contumace meurt en possession de son état de citoyen, il s'ensuit que non-seulement il transmet sa succession à ses parens, mais encore qu'il recueille les successions qui lui sont échues pendant ce tems; l'un est une suite de l'autre, & dans ces deux cas, la succession du condamné par contumace, n'est ouverte que du jour de sa mort naturelle, puisqu'il est réputé du nombre des citoyens: de-là il s'ensuit que sa succession appartient à ceux qui sont ses plus prochains héritiers, lors de son décès, & non à ceux qui étoient les plus prochains, lors de la condamnation par contumace, puisqu'en ce cas cette condamnation n'est plus à considérer; cela dérive du même principe, l'accusation est effacée, & il n'en peut plus rester aucun effet.

Cela résulte évidemment de la maxime qu'en ce cas il meurt *integri status*; & la proposition n'est qu'une conséquence des précédentes; en effet, c'est alors le droit commun qui régit sa succession: ce n'est donc dans ces cas que du jour de la mort naturelle que la succession est réputée ouverte.

XIV. Mais si le condamné par contumace, meurt après les cinq ans, sans s'être représenté, en ce cas, telle condamnation produit les effets d'une condamnation contradictoire; sa succession est ouverte du jour de la condamnation: on a vu que c'étoit au profit du fisc, & ce par la règle, qui confisque le corps, confisque les biens; en effet, en ce cas la condamnation est réputée contradictoire.

C'est ce que dit le Brun, des successions, pag. 6, num. 3, & cela est suite des ordonnances.

XV. Voici une autre conséquence du même principe: de-là il s'ensuit qu'en ce cas le condamné, du jour de la condamnation, a été incapable de recueillir aucune succession, & que la part qu'il auroit recueilli, s'il avoit été capable, est accrue aux autres.

Voyez le titre de la mort civile, où cela est établi; cela est une autre conséquence de ce que dessus.

§. III.

De cette ouverture par la profession en religion, & si le banniſſement y donne lieu.

XVI. Quoique la mort civile que la profession en religion entraîne avec elle, soit aussi glorieuse que celle dont on vient de parler est infamante, elle emporte également ouverture à succession, c'est toujours mort civile; elle produit donc cet effet comme l'autre.

Le Brun, des successions, liv. 1, ch. 1, sect. 3, & la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

XVII. En effet, elle emporte une abnégation de tous biens, & par conséquent une incapacité de les posséder, & une incapacité de les recueillir de la part de celui qui a eu la vertu de s'y soumettre; c'est une disposition aussi prudente que celle du droit civil l'étoit peu, qui admettoit pour le monastere une capacité qu'elle dénioit aux religieux. Voyez les ordonnances d'Orléans & de Blois.

Le Brun, en la section qu'on vient de citer.

XVIII. Le moment de la profession du religieux est le moment de l'ouverture de sa succession; c'est de ce moment qu'il est retranché du nombre des citoyens; c'est donc ce moment qui fait ouverture à sa succession.

De-là il s'ensuit que celui de ses parens qui seroit mort avant la profession n'auroit pu lui succéder, la premiere capacité pour succéder étant de survivre à celui auquel on prétend succéder.

XIX. Venons à l'effet du banniſſement: le banniſſement à perpétuité hors le royaume fait ouverture à la succession de celui qui est ainsi banni; un tel banniſſement retranchant entiérement de la société celui qui y a été condamné.

Voyez l'art. 29, du titre des défauts & contumace de l'ordonnance de 1670, & la proposition suivante qui développe celle-ci en établissant ses bornes.

XX. Mais celui à tems, celui d'un certain ressort n'y fait ouverture, il n'emporte pas un tel retranchement, par conséquent il ne peut faire ouverture à succession; la loi civile imitant toujours la loi naturelle.

Cela est fondé sur ce qu'on ne meurt pas pour

un tems ou pour un lieu, & que la fiction doit toujours imiter la vérité & se modéler sur elle ; d'où il résulte que le banniſſement à tems & celui d'un certain lieu, ne peuvent emporter mort civile ; voyez ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 6, addition au nombre 7, & cela eſt droit commun, comme réſultant des ordonnances.

SECTION III.

De l'ouverture de ſucceſſion par l'abſence.

§. I.

Que lorſqu'il s'agit des intérêts de l'abſent, & de ceux qui ont contracté avec lui, il eſt préſumé vivre juſqu'à ce qu'il ait atteint cent ans.

XXI. Ici tout eſt exacte préſomption ou juſte faveur ; abſence ſans nouvelles, après un certain tems, eſt une préſomption de mort naturelle : on verra ci-après les effets de cette préſomption à laquelle il eſt bon d'abord de ſe fixer, & c'eſt cette préſomption qui fait une eſpece d'ouverture de ſucceſſion, mais ouverture imparfaite, & juſtement limitée dans ſes effets.

Mais cette préſomption a-t-elle lieu pour les ouvertures de ſubſtitutions qui doivent arriver par la mort naturelle du grevé, & telle abſence équipolle-t-elle à la mort naturelle ? Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5, ſect. 4, num. 366, pag. 181, tient la négative, ce qui ne me paroît pas ſans difficulté : pourquoi l'abſence en certains cas fera-t-elle ouverture à ſucceſſion, & ne le fera pas à une ſubſtitution ? Si l'ouverture de la ſubſtitution emporte la néceſſité de la ſurvie, le droit de ſuccéder ne l'emporte pas moins ; je ne vois pas ſur cela une abſolue différence ; car s'il faut conſerver les droits des héritiers, faut-il moins conſerver ceux des appellés à une ſubſtitution ?

☞ Il n'y a en effet aucune différence pour l'ouverture de ſubſtitution. Au bout de dix ans d'abſence du grevé, le ſubſtitué peut demander le fidéi-commis en donnant caution ; voyez Deſp. tom. 2, pag. 182, nomb. 26.

XXII. Telle abſence fait ouverture à ſucceſſion dans le cas ci-après exprimé, mais c'eſt ouverture imparfaite, & qu'on peut regarder plus comme un dépôt que comme ſucceſſion, ſauf l'effet de l'abſence pour fait de religion qui fait une ouverture parfaite.

La fuite hors le royaume pour fait de religion, fait auſſi-tôt ouverture à ſucceſſion, & ſaiſit les plus proches parens du fugitif au moment de ſa fuite ; édit du mois de décembre 1689, art. 2 ; ce qui eſt moins droit ſucceſſif, qu'une grace du roi, ces biens lui étant acquis par droit de confiſcation ; déclaration du 21 mars 1718 ; c'eſt donc ceſſion des droits du roi, plus que ſucceſſion légitime.

XXIII. Suivons l'effet de l'abſence : au défaut de certitude de la mort ou de la vie de l'abſent, & pour l'ouverture de ſa ſucceſſion, il faut avoir recours à des préſomptions, & la préſomption de la vie de l'abſent s'étend plus loin par rapport à lui qu'à l'égard de ſes héritiers ; la faveur, la protection des loix que l'abſent mérite produiſent le premier effet : les inconvéniens qu'il y auroit à laiſſer long-tems le droit des héritiers en ſuſpens ont produit le ſecond effet ; on va les développer, mais tels ſont les premiers principes ſur cette matiere.

Voyez les propoſitions ſuivantes qui vont développer celle-ci : c'eſt ſur ce double moyen qu'eſt fondée la différence qu'on va voir ci-après par l'application qu'on fera de ce principe général & de cette différence qui eſt adoptée ; mais, malgré la faveur que mérite l'abſent, la preſcription court contre lui, même celle du douaire, à compter par rapport au douaire du jour de ſon ouverture, ſauf le doublement du tems que l'abſence produit.

XXIV. L'abſent eſt préſumé vivre juſqu'à cent ans, lorſqu'il s'agit de ſes intérêts ; mais préſomption qui n'a lieu qu'en ſa propre faveur & en celle de ſes créanciers, & non en faveur d'autres ; ſauf la limitation expliquée par le paragraphe qui ſuit, qui concerne une juſte preuve du fait contraire, & qui écarte la préſomption, comme la lumiere diſſipe les ombres.

Voyez l'arrêt de Tillement, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 10 ; Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, let. A, ch. 4, pag. 22, où il convient de la maxime, en diſant néanmoins, que ce terme de 100 ans lui paroît trop long, & qu'il faudroit le reſtreindre à 30 années, afin d'aſſurer le repos des familles : raiſon qui eſt d'un grand poids, malgré laquelle il faut ſe tenir à la régle ; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 2, num. 2.

XXV. Cette même préſomption a lieu lorſqu'il s'agit de l'intérêt de ſes créanciers, parce que lorſqu'on eſt réduit à conjecturer faute de preuve, la conjecture la moins hardie, eſt la plus raiſonnable, & par conſéquent la plus juſte : il faut donc en leur faveur, réputer l'abſent vivant juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 100 ans ; c'eſt juſte application de cette préſomption.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet ; voyez la propoſition ſuivante, qui contient la conſéquence de celle-ci.

XXVI. De-là il s'enſuit, que les créanciers d'un abſent recueillent pour lui les ſucceſſions qui lui échoient, juſqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 100 ans, c'eſt-à-dire qu'ils exercent leurs droits ſur ces ſucceſſions, comme ſi leur débiteur étoit préſent, puiſqu'en leur faveur & pour lui procurer à lui-même ſa propre libération, on le répute vivant pendant ce tems ; c'eſt l'effet du principe poſé, & qui doit s'appliquer dans l'un & l'autre cas, c'eſt-à-dire en faveur de l'abſent & de ſes créanciers.

Arrêt du 13 février 1672, rapporté dans la pre-

miere partie du journal du palais, pag. 169. Par ſentence rendue au parc-civil, le 23 juillet 1715, plaidant Foreſtier & Pothouin, il a été jugé que la femme d'un abſent depuis 1692, étoit encore préſumée en communauté avec lui: ſuite du même principe; voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 88, *quid*; de la répétition des repriſes de la femme de l'abſent, & relativement à elle & à ſes droits, de quel jour réputera-t-on mort ſon mari abſent? Il faut diſtinguer la reſtitution de la dot & les gains nuptiaux, tels que ſont le douaire, le préciput, le partage du bénéfice de la communauté; par rapport à la dot, Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, let. A, pag. 5, eſt d'avis que la femme de l'abſent, peut répéter ſa dot après cinq ans d'abſence, & il obſerve que cette voie ne peut lui être déniée, l'abandon qu'elle produit, faiſant ouverture à la ſéparation de biens; mais ce n'eſt que la ſéparation de biens & non l'abſence qui peut lui donner ce droit; cela me paroît ainſi: mais par rapport aux gains nuptiaux, elle doit attendre un tems plus conſidérable, ce qui eſt juſte, & la ſéparation n'en peut produire en ſa faveur l'exigibilité. Cependant pour la conſervation de ſes droits, ainſi que de ceux de ſon mari, il eſt juſte de lui confier l'adminiſtration de la communauté, par l'effet d'une autoriſation en juſtice, lorſqu'elle eſt commune; cela ménage ſes droits & ceux de ſon mari, mais ce ſeroit ajouter aux gains nuptiaux que de lui en accorder l'exercice ſur le fondement de l'abſence de ſon mari.

§. II.

Que cette préſomption de la vie de l'abſent juſqu'à ce qu'il ait atteint 100 *ans ceſſe dans le cas d'une bataille ou d'un naufrage.*

XXVII. Cette préſomption que l'abſent eſt préſumé vivre juſqu'à 100 ans, & à laquelle il faut ſe tenir, tant qu'elle ne ſera pas abrégée, mais qui ne milite que lorſqu'il s'agit de ſes intérêts ou de ceux de ſes créanciers, n'a lieu que relativement à celui qui a quitté ſon domicile, par inconſtance, par dérangement d'affaires, ou autrement; mais cette même préſomption, n'a pas lieu dans d'autre cas, ce ſeroit l'outrer; en effet, celui qui a ceſſé de paroître après une bataille, ayant été du nombre des combattans & dont on n'a pas de nouvelles, eſt préſumé mort à tous égards du jour du combat; la juſte préſomption qui naît d'un fait ſi déterminant fait ceſſer toutes les autres, & c'eſt à cette juſte préſomption qu'il faut s'arrêter.

Cette préſomption, après un fait ſi déterminant, paroît plus naturelle, que d'attendre cinq ans; voyez Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, let. A, ch. 3, p. 9; le Brun, des ſucceſſions, pag. 2, num. 3; & la propoſition qui ſuit, qui contient un autre exemple dans lequel la diſtinction a lieu.

XXVIII. Il en eſt de même de celui qui a entrepris un voyage de long cours, & qui s'eſt embarqué ſur un vaiſſeau, dont on n'a pas de nouvelle, il eſt réputé mort à tous égards, c'eſt-à-dire, quoiqu'il fût même queſtion de ſes intérêts ou de celui de ſes créanciers, du jour de l'embarquement; dans ces deux cas, le fait certain eſt un bon guide, & une baſe à la préſomption de la mort, & bien plus forte que celle que la faveur que mérite un abſent ſoutient, & qui ne peut s'appliquer à ce cas.

Le Brun, à la même page, num. 4, & la propoſition.

XXIX. De-là il s'enſuit que la ſucceſſion de l'un & l'autre, c'eſt-à-dire, du combattant, ou du voyageur, appartient à ceux de leurs parens, qui ſont les plus prochains au jour du combat ou de l'embarquement; ce ſont ces jours qui fixent l'ouverture de ſa ſucceſſion, & par conſéquent ceux qui en ont été ſaiſis.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, plaidant Langlois & de la Broſſe, ce qui m'a paru très-conforme aux principes; le fait alors déterminant, conduiſant à l'application de la régle, le mort ſaiſit le vif.

XXX. Suivons les conſéquences: de-là il s'enſuit encore, que de ce jour, ces deux abſens & très-raiſonnablement préſumés morts, ſont l'un & l'autre incapables de recueillir les ſucceſſions ouvertes depuis icelui, & que ces mêmes ſucceſſions paſſent aux autres, qui ſont les plus prochains, au moyen de cette préſomption par laquelle ils ſont réputés mort, & par conſéquent antérieurement à l'ouverture de la ſucceſſion; ce qui naît du principe qu'on a établi.

Cette propoſition eſt une conſéquence des précédentes qui ſont établies; ainſi leur établiſſement ſert de preuve à celle-ci.

§. III.

Que lorſqu'il ne s'agit que de déterminer quels ſont les héritiers de l'abſent, s'il eſt réputé mort du jour de ſon abſence, ou du jour du partage proviſionnel.

XXXI. En ce cas, l'abſent eſt-il réputé mort du jour de ſon abſence, c'eſt-à-dire, lorſqu'il ne s'agit que de la ſaiſine & de la diviſion de ſes biens? L'affirmative eſt ſur ce l'opinion la plus commune, mais j'incline pour l'opinion, qui relativement à ſes héritiers, ne le répute mort que 10 années après l'abſence; elle me paroît plus raiſonnable, on n'examine ici que le droit des héritiers de l'abſent, & non ſa capacité ou incapacité à ſuccéder, qu'on examinera ci-après.

L'avis de Bretonnier, dans ſes déciſions alpha-

létiques, pag. 11, eſt ſur ce affirmatif; il y cite un arrêt qui l'a ainſi jugé, du 23 mars 1688; il eſt rapporté dans le cinquieme volume du journal du palais, pag. 164, ſous la date du 9 mars 1688, j'y trouve beaucoup de difficulté; car comme on le verra par la derniere propoſition de ce paragraphe, c'eſt admettre en un même cas deux préſomptions différentes, puiſque l'abſent pendant 10 années, eſt regardé comme capable de recueillir des ſucceſſions, & l'on veut le réputer mort à l'égard de ſes héritiers; cela eſt peu concordant, & toutes les réſolutions me paroiſſent devoir être harmoniques; ce qui me fait rejetter cette opinion.

XXXII. Approfondiſſons cette queſtion: cette opinion affirmative, que je ne goûte pas, eſt fondée ſur ce qu'en ce cas, il eſt auſſi raiſonnable de conjecturer ſa mort que ſon exiſtence, & que l'incertitude pour ſes héritiers auroit des inconvéniens; mais j'en trouve de plus grands à le réputer tout enſemble mort, relativement à ſes héritiers, & cependant ſuccédant à ſes parens: ainſi pour rendre ſur ce toutes les déciſions analogiques, autant qu'on le peut faire, j'inclinerois à penſer que relativement même à ſes héritiers, l'abſent n'eſt préſumé mort que 10 années après ſon abſence, & du jour que ſes parens ont commencé à agir pour parvenir au partage proviſionnel de ſes biens; cela concilie les principes de cette matiere qui me paroiſſent ſe combattre dans l'autre opinion: & de-là il s'enſuit qu'après le partage proviſionnel les héritiers de l'abſent l'ayant eux-mêmes réputé mort, ne peuvent le réputer vivant pour recueillir une ſucceſſion & la leur tranſmettre; telle abſence, tel partage le font réputer mort à leur égard, & par conſéquent par rapport à eux incapable de ſuccéder, ſauf à l'abſent à revendiquer ſa portion dans une telle ſucceſſion s'il reparoît.

Lapeyrere, let. M, pag. 248, ſoutient que les héritiers, qui doivent être ſaiſis de ſa ſucceſſion, ſont ceux qui ſe trouvent les plus prochains après les 10 années de l'abſence, & non les plus prochains au tems que l'abſence a commencé; encore une fois, ce ſentiment me paroît plus raiſonnable; voyez auſſi ſon apoſtillateur. Le Brun, dans ſon traité des ſucceſſions, ch. 1, eſt de même avis, & ſoutient que la ſucceſſion de l'abſent, doit être adjugée à ceux de ſes parens qui ſe trouvent ſes plus prochains héritiers après les 10 années de ſon abſence; le ſentiment de Bretonnier, eſt contraire, comme on l'a déja dit; il eſt cité ſur la propoſition précédente, il me paroît qu'il n'eſt pas analogique, & que les principes s'y croiſent. Je penſe donc, malgré l'eſtime que j'ai pour ce dernier auteur, que c'eſt au premier ſentiment qu'il faut s'arrêter; ſur la derniere partie de la propoſition, c'eſt-à-dire, ſur le droit de tranſmiſſion que les héritiers voudroient faire valoir; voyez l'art. 269 de la coutume d'Anjou; l'art. 287 de celle du Maine; l'art. dernier du chapitre 17 de celle de Hainault; Mornac, ſur la loi 4, au code de *poſt liminio reverſis*; la loi 56, ff. de *uſu fructu & quem ad modum*; la huitieme, au ff. *de uſu & uſu fruc.* l'arrêt du 2 janvier 1634, rapporté dans le premier tome du journal des audiences; & le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, chap. 2, num. 12.

XXXIII. Dans le cas d'une bataille ou d'un embarquement, ce ſeroit en vain qu'on alléگueroit à cet égard, la longue préſomption de la vie de l'abſent en faveur de ſes créanciers; cette préſomption n'a été admiſe à leur égard, que dans la crainte de leur faire perdre un droit qui pourroit leur être acquis, & dans cette crainte la juſtice ſupplée à l'incertitude du fait par une préſomption favorable, qui n'a lieu pour les héritiers; il faut donc à leur égard, pour fixer leur ſaiſine, un tems moins long, &, ſelon moi, c'eſt le partag proviſionnel.

Voyez le paragraphe premier de cette ſection; & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXXIV. Auſſi-tôt l'abſence, l'abſent n'eſt pas incapable de ſuccéder, ce ſeroit le dépouiller, & il mérite au contraire de la protection, ce qui ſe verra ci-après; il ſuccéde donc ou eſt préſumé ſuccéder; ce qui me paroît néceſſairement conduire à un délai par rapport à la ſaiſine de ſes héritiers légitimes.

Voyez les notes ſur la ſeconde propoſition du paragraphe premier qui limitent celle-ci, qui ſert de preuve à ce qui a été dit ci-deſſus.

§. IV.

Que malgré cette préſomption relative de la mort de l'abſent, c'eſt-à-dire, que malgré l'ouverture que l'abſence fait à ſucceſſion après un certain tems, en faveur de ceux qui ſe trouvent les plus prochains, ſes parens héritiers ne peuvent ſe mettre en poſſeſſion de ſes biens qu'après un certain tems, & quand ils peuvent partager.

XXXV. Malgré la préſomption expliquée dans le paragraphe précédent, de la mort de l'abſent, établie en faveur de ſes héritiers, les héritiers ne peuvent ſe mettre en poſſeſſion des biens de l'abſent qu'après un certain tems; ce tems eſt dix années, & c'eſt ce laps de tems, qui fait ouverture à ſa ſucceſſion; & cela conſerve tout intérêt, cette ouverture étant fort imparfaite.

Voyez les art. 269 de la coutume d'Anjou, & 287 de celle du Maine, qui forment ſur ce un droit commun, par rapport au partage proviſionnel des biens d'un abſent.

XXXVI. En effet, cette préſomption ne doit faire impreſſion qu'après qu'un certain tems d'abſence, ſans nouvelle, l'a aſſuré; & comment ſes parens lui ſuccéderoient-ils, incontinent après ſon abſence, ſi lui-même ſuccéde, comme on l'a vu par la derniere propoſition du précédent paragraphe? C'eſt ainſi que notre juriſprudence ſur cette matiere, eſt exactement harmonique dans toutes ſes parties.

L'art.

L'art. 287 de la coutume du Maine, autorise le partage provisionnel après 7 ans; à Paris, on ne permet ce partage, qui est purement provisionnel, qu'après 10 ans d'absence; le Brun, des successions, pag. 2, num. 5, l'atteste, & tel est sur ce l'usage, & c'est droit commun.

XXXVII. Ce juste délai est fondé sur ce qu'autrement la moindre absence occasionnée par le goût d'une retraite momentanée, ou par un penchant à voyager, auroit des inconvéniens infinis, si incontinent après l'absence les héritiers de l'absent, pouvoient se mettre en possession de ses biens; ce seroit exposer l'un à la spoliation, & les autres à des frais, & à une restitution ruineuse: inconvéniens auxquels pare la jurisprudence qu'on vient d'expliquer.

L'usage du châtelet, est de faire stipuler les intérêts de l'absent, soit dans les inventaires, soit dans les partages, par un des substituts de M. le procureur du roi, ce qui confirme encore le délai du partage, &, selon moi, la saisine des héritiers, pour ce tems seulement & non avant.

XXXVIII. Il y a lieu au partage provisionnel après dix ans, les héritiers de l'absent partagent provisionnellement ses biens après ce tems, sauf les limitations qui forment le paragraphe qui suit.

Voyez l'arrêt du 2 janvier 1634, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 119; Lapeyrere, let. P, pag. 292; mais il ne le peuvent avant, ce qui est indépendant de la question examinée, dans le paragraphe précédent, de savoir quels sont ses héritiers.

XXXIX. Ce partage qui est purement provisionnel, ne les rend pas vraiement propriétaires, mais dépositaires & régisseurs des biens de l'absent; ce n'est qu'à ce titre qu'ils sont envoyésen possession, comme étant ceux qui, après l'absent, sont les plus intéressés à leur conservation; c'est cette juste présomption qui fonde cet envoi qui n'est même après ce délai, que simplement provisoire: qualité qui ménage les droits de tous; & pour conserver plus efficacement ceux de l'absent, il faut caution.

Henrys, tom. 2, liv. 4, quest. 46; Lapeyrere, let. M, décision 34; pag. 247, & 248, & la proposition qui suit qui éclaircit celle-ci.

XL. La loi choisit pour dépositaires de ces biens, ceux qui sont les plus intéressés à leur conservaion, les plus prochains parens de l'absent habiles à lui succéder; c'est un soin qu'ils doivent à leur parent, s'il revient, & qu'ils ne prennent que pour eux-mêmes, s'il ne reparoît plus; on ne pouvoit donc choisir de plus convenables dépositaires.

Les coutumes du Maine & d'Anjou les obligent à restituer en cas de retour de l'absent; ce qui est inconteſtable & forme un droit commun, ce qui s'établit par les deux propositions suivantes; c'est la condition de leur envoi en possession.

XLI. Après ce tems de dix ans, les héritiers n'obtiennent l'envoi en possession, que sur les conclusions du procureur du roi, qui doit veiller à la conservation des biens de l'absent; autre preuve que cet envoi est simplement provisoire: pour cette conservation, les héritiers de l'absent, n'obtiennent l'envoi en possession, & le partage provisionnel, qu'en donnant bonne & suffisante caution de rendre à l'absent les capitaux & les fruits de ses biens, s'il reparoît, ce qui assure ses intérêts; & c'est ainsi que par cette voie judiciaire, la justice conserve les intérêts de tous.

Tel est sur ce l'usage, qui confirme ce que dessus, sauf la limitation qui suit.

XLII. Mais si l'absent étoit absent depuis trente ans, sans avoir donné de ses nouvelles, ses héritiers dans ce cas, ne seroient plus assujettis à donner caution, ce tems les en affranchit, & les fait regarder comme ne possedans plus que pour leur propre intérêt; au lieu que dans l'autre cas, c'est-à dire, avant le laps de trente ans, ils sont regardés comme ne possédans que pour les intérêts même de l'absent; sauf toujours la restitution, s'il y a lieu à icelle.

Voyez le Brun, à la page citée sur la proposition qui suit, & tel est l'usage.

XLIII. Approfondissons la limitation: malgré cette longue absence, ils seroient toujours obligés de rendre, si l'absent reparoissoit; c'est toujours dépôt à la restitution duquel il a été juste de veiller de plus près, dans un cas, que dans un autre; mais la restitution est inévitable, dès que l'absent reparoît; elle est de droit.

Le Brun, des successions, pag. 2 & 3.

§. V.

Que nonobstant l'absence de 10 années, l'envoi en possession, ni le partage provisionnel, n'ont lieu lorsque l'absent a donné de ses nouvelles ou laissé procuration.

XLIV. Ce que dessus reçoit les exceptions qu'on va expliquer: lorsque l'absent a donné de ses nouvelles, les dix années pour l'envoi en possession des biens en faveur de ses plus prochains parens, habiles alors à lui succéder, ne commencent à courir, que du jour de la derniere nouvelle, puisqu'elle constate son existence au tems d'icelle; ce n'est donc en ce cas, que de ce jour qu'on peut compter le délai de dix ans: premiere exception à ce que dessus, la donation universelle en forme une seconde.

C'est une maxime qu'on regarde comme constante au châtelet; le partage provisionnel cessera

core, ſi l'abſent a fait une donation univerſelle; le Brun, des ſucceſſions, pag. 3, num. 9: en effet, cette donation l'a dépouillé lui-même, & ſes héritiers ne peuvent pas avoir plus de droit que lui; autre exception: ainſi en ce cas & après le délai de 10 ans, c'eſt le donataire qu'il faut envoyer en poſſeſſion; mais en donnant caution de rendre & même les fruits, lorſque le donateur abſent ſe les étoit réſervés.

XLV. Voici une troiſieme exception: ſi en partant, l'abſent avoit laiſſé procuration pour l'adminiſtration de ſes biens, les héritiers ne ſont envoyés en poſſeſſion qu'après trente ans, leur droit n'étoit fondé que ſur la préſomption de la volonté de l'abſent: préſomption qui ne peut plus faire impreſſion lorſqu'il y a volonté expreſſe & contraire; volonté qui réſulte de la procuration.

Lapeyrere, let. M, pag 248; le Brun, des ſucceſſions, pag. 3, num. 8, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

☞ Les auteurs diſtinguent deux cas: ou la procuration a été laiſſée par l'abſent à un de ſes héritiers préſomptifs, ou il l'a laiſſée à un étranger. Au premier cas, il n'y a point lieu à partage proviſionnel, après les dix années d'abſence, & la procuration s'exécute juſqu'au retour de l'abſent ou juſqu'à la nouvelle de ſa mort; & au ſecond cas, on procéde au partage après les dix années: voyez ſur le premier, cas le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 1, ſect. 1, nomb. 6; & ſur le ſecond, Chenu, cent. 1, queſtion 77.

XLVI. En effet, on ne les envoie en poſſeſſion au défaut de procuration au bout de dix ans, qu'en vertu d'un mandat tacite & préſumé de la part de l'abſent; & la vérité conſtante qui réſulte de la procuration que l'abſent a laiſſé, fait taire toute préſomption contraire, & exclut tout mandat tacite, puiſqu'il y en a un exprès & ſubſiſtant; c'eſt donc, en ce cas, à ce dernier qu'il faut ſe tenir.

Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, let. A, page 12, où il cite un arrêt du parlement de Toulouſe, qui l'a ainſi jugé; mais la fuite hors du royaume, pour fait de religion, ſaiſit les parens du fugitif, de ſes biens & droits, comme la mort naturelle, ſuivant l'édit du mois de décembre 1689; ce qui cependant eſt moins un droit ſucceſſif, comme on l'a déja obſervé, qu'une grace du roi, les biens lui étant acquis par droit de confiſcation; déclaration du 21 mars 1718, enregiſtrée au parlement le 7 avril ſuivant; ce qu'on reprend ici pour éviter la confuſion de ce droit avec celui qui peut naître de la ſimple abſence; ce n'eſt qu'avec toutes ces précautions, qu'avec ces limitations, que l'abſence peut faire ouverture à ſucceſſion; on examinera par la derniere ſection du chap. 3 ci-après, quelle incapacité à ſuccéder l'abſence opére.

CHAPITRE SECOND.

DE CE QUI RÉSULTE DU PRINCIPE, QU'IL FAUT PRENDRE LES SUCCESSIONS DANS L'ÉTAT QU'ELLES SE TROUVENT.

(Art. 318 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE CET INSTANT DÉTERMINE LES HÉRITIERS SAISIS, ET LES DETTES, ET QUE LES CHANGEMENS SUR LES PROPRES, NE SONT PAS A CONSIDÉRER.

I. ON a vu dans la premiere ſection du chapitre précédent, que c'eſt le moment de l'ouverture des ſucceſſions qui détermine ceux que la loi en a ſaiſis: principe puiſé dans la loi & dans la nature, & qui applanit les difficultés: on va voir ici les conſéquences & les effets de ce principe général par rapport aux biens; c'eſt ſur cela ce qui reſte à expliquer, ce moment déterminant auſſi toute l'étendue des biens qui compoſent la ſucceſſion.

Sur le principe, qu'il faut prendre les ſucceſſions en l'état qu'elles ſe trouvent au moment de leur ouverture, voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 546, num. 65, & ſuivans; ce principe eſt regardé comme inconteſtable; il tombe principalement ſur les biens; c'eſt droit commun, tant pour la fixation des héritiers que pour celle des biens.

II. C'eſt donc ce même moment qui fixe l'étendue des biens qui les compoſent, comme il détermine ceux qui en ſont ſaiſis.

Omnia ferè jura hæredum perinde habentur ac ſi continuo ſub tempore mortis hæredes extitiſſent, l. 193. *de Reg. juris*: ce qui eſt adopté; & c'eſt ſur cette régle que le texte de la coutume a été formé.

III. Par ce même principe, on ne conſidere pas dans les ſucceſſions, l'origine des dettes, puiſqu'il faut les prendre comme elles ſe trouvent au moment de leur ouverture; premiere conſéquence qui naît du principe, toute dette, à l'exception des rentes foncieres,

eſt dette de la ſucceſſion qui s'en eſt trouvée chargé au moment qu'elle s'eſt ouverte.

Voyez dans les ſucceſſions collatérales, le chapitre de la contribution aux dettes, où cela eſt établi, en développant ce principe général; d'où il s'enſuit qu'il eſt indifférent qu'elles procédent, ſoit de la ſucceſſion du pere, ſoit de celle de la mere, puiſqu'encore une fois, leur origine eſt totalement indifférente, ſauf les rentes foncieres qui ſont chargées de leur objet, comme on l'établira dans ſon ordre.

IV. En effet, par l'acceptation de ces ſucceſſions, faite par celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, elles ſont devenues dettes de ſa propre ſucceſſion; il ne faut donc pas remonter plus haut, & par conſéquent, l'origine eſt inutile à conſidérer; une juriſprudence contraire auroit eu autant d'inconvéniens qu'elle auroit été bizarre.

Cela eſt établi ci-après, & ſur ces dettes indiſtinctement, on ſuit la diſpoſition de l'art. 334 de la coutume.

V. Suivons cette régle: venons aux changemens ſur les propres: du principe, qu'il faut prendre les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent, il s'enſuit que les changemens que le défunt a fait ſur ſes biens, ne ſont nullement à conſidérer; l'état dans lequel ces biens ſe trouvent au moment de l'ouverture de la ſucceſſion, formant la matiere de la ſaiſine que la coutume donne à l'héritier de ces mêmes biens; c'eſt-à-dire, des propres, & ce dans leur état actuel: ce qui influe à plus forte raiſon ſur les acquêts; de-là il s'enſuit que ſi le défunt a augmenté un de ſes propres, par des bâtimens, celui que la loi appelle pour ſuccéder à ce propre, le prend dans l'état qu'il eſt; c'eſt l'objet de la réſerve que la loi fait de ce même bien en ſa faveur; & ce purement, ſimplement & ſans charge: ſeconde conſéquence du principe.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; l'auteur du traité des propres, ch. 1, ſect. 11, num. 4 & 5, pag. 85, penſe ſingulierement le contraire; il n'eſt en cela nullement ſuivi, & il ſeroit difficile de trouver dans le droit une bonne baſe à cette opinion; c'eſt ſingularité, c'eſt ſubverſion de la loi municipale.

VI. Pour ce, il ne doit aucune récompenſe à l'héritier des meubles & acquêts, c'eſt une ſuite du même principe; ce ſeroit ajouter à la coutume, que de l'aſſujettir à une telle récompenſe; & par le même principe, ſi le défunt a aliéné un de ſes propres, & que du prix, il en ait acquis un autre immeuble, qui lui eſt acquêt, l'héritier des propres n'a rien à cauſe de ce, à répéter contre l'héritier des meubles & acquêts, qui profite de cette acquiſition; parce que tous les héritiers conſidérés collectivement, doivent prendre la ſucceſſion dans l'état qu'ils la trouvent au moment de ſon ouverture: troiſieme conſéquence.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 4; tel eſt l'uſage du châtelet, ce qui prouve qu'à tous égards, il faut prendre les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent au moment de leur ouverture.

VII. Il en eſt de même, ſi le défunt a vendu un de ſes propres pour acquitter des dettes; ces dettes une fois acquittées, ne peuvent plus revivre; tout cela eſt fondé ſur le même principe, qu'il faut prendre les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent; telles ſont les conſéquences qui naiſſent du principe dont l'examen a fait la matiere de cette ſection; il reçoit une exception qu'on va examiner, & qui a la minorité pour baſe; & tout cela influe ſur la diſponibilité.

C'eſt ſur le fondement de cette même maxime, que la portion indiſponible des propres, ne ſe fixe qu'eu égard à ce qu'il s'en trouve d'exiſtant au moment de l'ouverture de la ſucceſſion; Dupleſſis, en ſon traité des teſtamens, ch. 1, ſect. 3, p. 580; ce qui confirme encore ce que deſſus.

SECTION II.

Que ce principe qu'il faut prendre, les ſucceſſions en l'état qu'elles ſe trouvent, n'a lieu en ſucceſſion de mineur.

(Art. 94 de la coutume.)

VIII. Venons à l'exception qu'on a annoncé: ce principe n'a lieu, lorſqu'il s'agit de la ſucceſſion d'un mineur, parce que pendant la minorité, les biens du mineur ne peuvent changer de nature: de-là il s'enſuit que ſi le propre du mineur a été vendu pendant ſa minorité, les deniers de l'aliénation ſont ſubrogés au propre même, & le repréſente dans ſa ſucceſſion s'il décéde mineur; de même ſi une rente propre au mineur a été rembourſée pendant ſa minorité, les deniers du rembourſement ſont repréſentatifs d'icelle: ce qui n'a pas lieu relativement à un partage, comme on l'établira par la propoſition qui ſuit.

Dupleſſis, pag. 165 & 166; le Maître, p. 125, le même article de la coutume 94.

IX. Dans l'un & dans l'autre cas, & par la fiction de la loi qui regarde les deniers de l'aliénation & du rembourſement, comme l'effet même, l'héritier des propres du mineur décédé mineur, reprend ſur les meubles & acquêts du mineur, le montant du propre aliéné, ou de la rente rembourſée; ce qui ne s'entend toujours que dans le cas que le propriétaire décéde en minorité: mais cette fiction ne milite pas par rapport à un partage fait avec un mineur, quoique par

ce partage & pour éviter le morcellement des biens, on ait fait tomber une ſoulte dans le lot du mineur ; cette ſoulte reſte mobiliaire dans ſa ſucceſſion, parce que une telle opération qui a été de néceſſité, n'eſt point l'aliénation dont parle l'art. 94 de la coutume, parce qu'il faut prendre, quant à ce, les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent lors de leur ouverture, & qu'un partage qui n'eſt point introductif d'un droit nouveau, mais ſimplement déclaratif d'un droit déja acquis a un effet rétroactif, effet qui eſt tel que tout partageant eſt cenſé n'avoir jamais eu, relativement à la ſucceſſion dont la loi l'a ſaiſi, que ce qui eſt échu dans ſon lot.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les partages : ſur le fondement de l'article 94 de la coutume déja cité, voyez les propoſitions précédentes, qui en ſont des conſéquences, celle-ci contient la conſommation de ſon effet : & ſur la derniere partie de la propoſition, concernant le lot de partage échu à un mineur, voyez le journal du palais, *in*-4°. tom. 11, pag. 484 & 485 & ſuivantes, où cela eſt établi très-ſolidement.

X. Cette fiction ne dure donc qu'autant que la minorité ; elle ceſſe, nonobſtant l'aliénation en minorité, ſi le mineur eſt mort majeur ; la majorité fait rentrer les choſes dans le droit commun, la minorité étant la ſeule baſe de l'exception, & cette fiction ceſſe dans une ſeconde ſucceſſion nonobſtant la minorité, autrement ce ſeroit entaſſer fiction ſur fiction.

Voyez les auteurs cités ſur la ſeconde propoſition de cette ſection ; & cela ſe pratique ainſi au châtelet, comme n'étant plus le cas de l'application de la coutume.

XI. Du même principe, il s'enſuit que ſi on a vendu le propre du mineur, pour payer ſes dettes, & que ce mineur décéde en minorité, il faut regarder ces dettes rembourſées, comme ſi elles étoient ſubſiſtantes, au moment de l'ouverture de ſa ſucceſſion ; c'eſt une ſuite de ce que deſſus, & par-là, chacun des héritiers contribue à rembourſer l'héritier des propres, du montant du propre ainſi aliéné, dans laquelle contribution, ce même héritier confond ſa part, qui eſt celle qu'il auroit ſupporté, ſi la dette n'eût pas été rembourſée avant la mort du mineur, & ſon propre ainſi aliéné ; tel eſt en ce cas l'effet de la juſte fiction que produit la coutume, & ſon application pour ce cas-ci.

C'eſt ce qui s'obſerve très-ſcrupuleuſement au châtelet, & ce qui conſomme la fiction légale, puiſque par ce moyen on remet les droits des héritiers dans l'état qu'ils ſe ſeroient trouvés, ſi l'aliénation du propre & le rembourſement des dettes n'euſſent pas été faits pendant la minorité ; ce qu'il faut néceſſairement faire, puiſque, ſuivant la coutume, tous les changemens ſurvenus ſur les biens d'un mineur & décédant mineur, ne ſont d'aucune conſidération par rapport à ſes héritiers.

CHAPITRE TROISIEME.

DES INCAPABLES DE SUCCÉDER.

SECTION PREMIERE.

DE L'INCAPACITÉ NATURELLE.

PARAGRAPHE PREMIER.

Du mort-né, du monſtre, & de celui qui n'eſt pas conçu lors de l'ouverture de la ſucceſſion.

L'ENFANT mort-né eſt incapable de recueillir aucune ſucceſſion ; il ne fut jamais qu'une portion inanimée de la matiere, il ne peut donc avoir la capacité à ſuccéder.

Qui mortui naſcuntur, neque nati, neque procreati videntur, quia nunquam liberi apellari potuerunt, l. 129, ff. *de verb. ſignif.* diſpoſition du droit civil, qui a ſa racine dans la nature.

II. Par la même incapacité, il n'en tranſmet aucune, étant cenſé n'avoir jamais exiſté, & réduit, en le conſidérant par rapport à l'humanité, comme n'ayant jamais exiſté ; mais il faut que la mort ſoit certaine, car on préſume pour la vie.

Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 5, queſt. 2. Dans le doute, on préſume plutôt pour la vie, que pour la mort ; ſur la queſtion de ſavoir, quels ſont les ſignes qui font connoître, ſi le part eſt venu vivant au monde ; voyez Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5, ſect. 5, num. 500, pag. 211.

III. Il en eſt de même du monſtre ; il eſt incapable de ſuccéder autant que le mort-né, malgré la vie animale qui l'anime ; il n'eſt pas compté au nombre des enfans, puiſqu'il ne peut l'être au nombre des hommes : preuve inconteſtable de ſon incapacité.

Non ſunt liberi, qui contra formam humani generis, converſo more procreantur, l. 24, ff. *de ſtatu hom.* c'eſt à la tête que l'on juge du monſtre ; le

Brun, des ſucceſſions, pag. 36, num. 19; cette partie du corps ne peut être ſur ce équivoque.

IV. Celui qui n'eſt ni né, ni conçu au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, eſt incapable de ſuccéder; la premiere capacité pour ſuccéder étant de ſurvivre celui auquel on veut ſuccéder.

Arrêt du 11 mars 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 5, pag. 592; voyez le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3; le Maître, tit. 15, p. 490, où par équité, il combat la propoſition: ce qui ne peut balancer la certitude du principe; en effet, comment pourroit-on fonder cette capacité dans un être de raiſon? & l'enfant ni né, ni conçu, ne peut être conſidéré que comme tel. Voyez encore Louet & Brodeau, let. R, num. 38, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre des ſucceſſions.

☞ De même celui qui n'eſt ni né, ni conçu lors du fidéi-commis, ou de la ſubſtitution ouverte, n'a aucun droit aux biens ſubſtitués qui paſſent à l'héritier le plus proche, nonobſtant la ſubſtitution. Voyez Bouguier, let. F, num. 2; & Montholon, arrêt 84.

V. Mais celui qui eſt conçu, quoique non né lors de l'ouverture de la ſucceſſion, eſt ſaiſi de la part qu'il auroit dans la ſucceſſion, s'il étoit né lors de l'ouverture; la loi dès-lors lui doit ſa protection, & par-là le répute vivant: qualité qui lui donne l'habileté à ſuccéder, habileté qui a ſa racine dans la nature.

Henrys, tom. 2, liv. 6, queſtion 25, prouve & adopte cette maxime pour la directe, mais ſemble en douter pour la collatérale; le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, ſect. 4, pag. 38, confirme la propoſition qui eſt conforme à l'uſage, tant pour l'une que pour l'autre ſucceſſion; je n'y vois pas de diſtinction à faire, *antiqui libero ventri ita proſpexerunt, ut in tempus naſcendi, omnia ei jura integra reſervarent*, l. 3 & 4, ff. *Si pars hæred. petatur.* La ſeule conception équipolle à la naiſſance, dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 32, num. 4; & il ne paroît aucune baſe de diſtinction entre l'une & l'autre ligne dans cet auteur, & il ne m'en paroît pas même dans la raiſon, ni dans la nature; pourquoi donc y en admettroit-on une?

VI. De-là il s'enſuit que le poſthume a tous les droits d'enfant légitime; la loi parle & agit pour lui, ſi au moment de la mort de ſon pere il eſt hors d'état de le faire lui-même, ce qui milite à l'égard de celui qui meurt auſſi-tôt ſa naiſſance; mais l'abſent après le partage proviſionnel de ſes biens, eſt incapable de tranſmettre une ſucceſſion à ſes héritiers, l'exercice de ce droit de leur part ſeroit contradictoire avec leur procédé, ſauf à l'abſent à exercer tous ſes droits en cas de retour.

Il en eſt de même de celui qui meurt auſſi-tôt après ſa naiſſance, il recueille ſucceſſion & tranſmet la ſienne, pourvu qu'il ſoit né viable, loi 2, au cod. *Poſt. hæred. inſt.* en effet, ſa mort précipitée ne l'a pas empêché de faire une portion, quoique foible, de la ſociété: ſur la derniere partie de la propoſition, voyez ci-deſſus le §. 2 de la ſect. 3 du premier chapitre de cette partie de ce titre.

§. II.

De l'enfant qui naît avant les ſept mois, & de celui qui eſt ou qui n'eſt pas viable.

VII. L'enfant qui naît avant le ſeptieme mois de groſſeſſe n'eſt pas réputé viable; & cela a lieu, quoiqu'il ait donné quelque ſigne de vie par le mouvement; il n'eſt pas ſeul déterminant pour cela, & le tems prématuré de ſa naiſſance en efface tout l'effet, qui par lui-même eſt équivoque.

Sur les mouvemens & ſignes de vie, voyez Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, chap. 5, ſect. 5, num. 500: dans ce cas ces ſignes ſont totalement impuiſſans; & ſur la premiere partie de la propoſition, voyez Domat, pag. 313; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 54, num. 2.

VIII. De-là il s'enſuit que l'enfant né avant le ſeptieme mois de groſſeſſe ne recueille ni ne tranſmet à d'autres aucune ſucceſſion; il n'a jamais été la vraie eſpérance d'un homme, puiſque, ſuivant la nature, cette eſpérance ne pouvoit jamais ſe réaliſer.

Jugé par l'arrêt rapporté par Louet, let. E, num. 50, & par celui du 17 avril 1635, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 9; voyez Mornac, ſur la loi 12, ff. *de ſtatu hom.* Lpaeyrere, let. S, déciſion 223, page 468; Domat, ſur les loix civiles, ſeconde partie, liv. 1, tit. 1, ſect. 2, addition au nombre 5; & telle eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente; voyez auſſi le Prêtre, cent. 3, ch. 35; & le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, ſection premiere.

IX. Il n'en eſt pas de même de celui qui eſt viable, quoique mort un inſtant après ſa naiſſance; celui-là a la capacité tant active que paſſive de ſuccéder, comme on l'a vu dans les notes ſur la derniere propoſition du paragraphe précédent; la loi civile ſuit la loi naturelle, & ſa mort précipitée n'a pu le dépouiller des droits que la premiere lui avoit donné.

Cela a lieu encore qu'on n'eût pas entendu ſa voix; le Brun, des ſucceſſions, pag. 35, num. 15; voyez Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5, ſect. 5, num. 500, pag. 211; mais il faut qu'il ait donné des ſignes certains de vie, d'où il s'enſuit qu'il ſuccéde & qu'il tranſmet la ſucceſſion par lui recueillie; Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 5, queſt. 21, ces ſignes aſſurent ſon droit.

X. L'enfant qui naît par l'opération céſarienne eſt viable, pourvu que cette opération n'ait pas été faite avant le ſeptieme mois; de-là il réſulte qu'il eſt capable de ſuc-

céder, même à ſa mere, dont il a cauſé la mort par néceſſité : funeſte événement qui ne peut affoiblir en rien ſa qualité d'enfant vialable & légitime qui lui donne cette capacité.

Le Maître, tit. 15, pag. 490 ; mais l'enfant qui eſt né à quatre mois & demi, par l'effet de cette opération n'étant pas viable, n'eſt pas capable de ſuccéder à ſa mere, ni par conſéquent de tranſmettre la ſucceſſion de ſa mere à d'autres. Arrêt du 17 avril 1635, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 4, ch. 12 : ce qui fonde la propoſition ; c'eſt exception qui confirme la régle.

XI. Celui qui naît dans le huitieme mois eſt réputé viable, & celui qui naît dans les onze mois eſt réputé légitime ; qui pourroit approfondir les reſſorts de la nature & ſes ſecrettes reſſources ! par la force de la complexion des uns, par la foibleſſe de celle des autres, elle prémature dans les premiers ce qu'elle ralentit dans les ſeconds : incertitude qui, par la force des circonſtances, influe ſur la légitimité ; quoique l'enfant naiſſe après les onze mois.

Tel eſt ſur la premiere partie de la propoſition le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, p. 34, num. 9 & 35, num. 12 & ſuivans ; voyez Ricard, des diſpoſitions conditionnelles, ch. 5, ſect. 5 ; le Maître, tit. 15, pag. 488. Quant à la ſeconde, c'eſt le fait & la nature qui décident.

SECTION II.

De l'incapacité du bâtard ; qu'il ſuccéde à ſes enfans légitimes, & que ces enfans lui ſuccédent, & de la capacité du légitimé par mariage ſubſéquent.

(Art. 158 de la coutume.)

XII. Tout bâtard eſt incapable de ſuccéder : c'eſt la loi de la nation & non la nature ſeule qui défére les ſucceſſions ; fondement inébranlable de cette incapacité inférée dans le texte de la coutume.

Vulgò quæſitos nullos habere cognatos manifeſtum eſt, dit le paragraphe 4, *inſt. de ſucceſſ. cognat.* cette incapacité a lieu en pays de droit écrit, comme en pays coutumier ; voyez l'arrêt rapporté par Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 3, queſt. 9 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 9, num. 1 ; & c'eſt ce que la coutume exprime fortement par l'art. 158, de même perſonne n'a droit de lui ſuccéder, ſes enfans légitimes & ſa femme exceptés, les uns & l'autre ayant capacité : ce qu'on verra ci-après ; juſques-là que le droit de réverſion, s'il n'eſt conventionnel, n'a pas lieu en faveur de ſon pere naturel ; le même auteur, pag. 58, num. 8 & ſuivans ; en effet, ce droit eſt ſucceſſion légitime, comme on le verra ci-après : il ne peut donc avoir lieu en faveur du pere du bâtard qu'autant qu'il eſt conventionnel ; & alors c'eſt l'effet de la convention licite & non celui de la loi.

XIII. Cette incapacité reçoit une exception ; en effet, le bâtard ſuccéde à ſes enfans légitimes, le lien qui les attache à lui n'eſt pas ſeulement naturel, mais civil ; ſource de toute ſucceſſion légitime, & qui fonde ſa capacité, quant à cette ſucceſſion, c'eſt une juſtice qui eſt dûe à l'un & aux autres ; cette capacité milite encore paſſivement en un cas, & par la même raiſon ſes enfans légitimes lui ſuccédent, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus ; non-ſeulement la nature parle hautement en leur faveur, mais encore par leur naiſſance il forme la premiere racine d'une famille légitime : ſource inconteſtable de capacité à ſuccéder ; on ne peut donc la dénier à ceux-là.

Le Brun, des ſucceſſions, page 9, livre 1, chap. 1, ſect. 4.

☞ Le bâtard ſuccéde auſſi à ſa femme à défaut d'héritiers. Voyez le Brun, des ſucceſſions, part. 2, ſect. 4, nomb. 1.

XIV. Venons à la légitimation par le mariage ſubſéquent : le légitimé par le mariage ſubſéquent de ſes pere & mere, eſt capable de toute ſucceſſion même collatérale ; le mariage ſubſéquent de ſes pere & mere lui donnant tous les droits que la nature ne pouvoit lui donner : mais pour ce, il faut qu'au tems de ſa conception ou de ſa naiſſance, ſes pere & mere fuſſent libres & en état de contracter enſemble un mariage légitime ; cela ceſſant, le mariage ſubſéquent ne peut plus produire cet effet ; c'eſt la condition de ſa capacité, la loi ne pouvant aller au-delà de la nature.

Voyez la loi 5, cod. *de natur. liber.* le Brun, des ſucceſſions, pag. 15, num. 8 ; le Maître, tit. 15, pag. 486 & 487 ; & l'arrêt du 4 juin 1697, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 2.

XV. Cette légitimation a un effet rétroactif & donne à l'enfant ainſi légitimé, tous les droits que la loi municipale a attaché à la primogéniture, pourvu qu'il ne s'agiſſe pas de faire perdre à un tiers un droit qui lui eſt acquis, auquel cas elle ne l'auroit pas ; ce qui s'explique par la propoſition qui ſuit.

Sur la premiere partie de la propoſition, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 17, num. 22 & 23 ; & la propoſition qui ſuit ſur la ſeconde.

XVI. De-là il s'enſuit que ſi dans le tems intermédiaire entre la naiſſance du fils naturel & du mariage ſubſéquent qui l'a légitimé, l'un de ſes pere & mere eût eu un fils légitime, qui eût été ſaiſi du droit d'aîneſſe, la légitimation du fils naturel, né avant le fils légitime, ne dépouilleroit pas ce dernier du droit d'aîneſſe qui lui auroit été acquis ; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente, c'eſt droit acquis, & qu'un fait poſtérieur ne peut effacer au préjudice d'un tiers que la coutume en avoit ſaiſi.

Dumoulin, ſur l'art. 8 de la coutume de Paris, gloſ. 1, num. 34 & ſuivans; le Brun, des ſucceſſions, pag. 159 & 160, eſt d'avis contraire; il ne me paroît pas que cette opinion ait fait impreſſion, celle contraire eſt ſuivie, elle eſt bien plus juridique.

SECTION III.

De l'incapacité des religieux.

(Art. 337 de la coutume.)

XVII. La profeſſion en religion, emportant mort civile, emporte incapacité de ſucceder; c'eſt le premier effet de cette mort, outre que ce droit eſt incompatible avec la renonciation que le religieux a fait aux biens du ſiécle: par le droit civil le monaſtere ſuccédoit & recueilloit pour lui une portion héréditaire, c'étoit abus que la ſageſſe de nos loix a fait ceſſer; mais par cette même ſageſſe qui eſt toujours leur baſe, les parens du religieux ne peuvent lui ſuccéder quant à ſon pécule, dans le cas qu'il en auroit un, mais bien l'abbaye ou le monaſtere, dont il étoit membre; c'eſt une juſte réciprocité.

Art. 19 de l'ordonnance d'Orléans, & 28 de celle de Blois; le Brun, des ſucceſſions, chap. 2, ſect. 2, num. 1 & 2, pag. 24, qui cite ces deux ordonnances; le Prêtre, cent. 1, ch. 28: voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 107, qui a jugé qu'un particulier ayant été hermite dix-ſept ans, étoit incapable de ſuccéder; Bardet, tom. 2, liv. 2, ch. 10, pag. 134, & liv. 6, du même tome, ch. 24. Cependant par l'arrêt du 16 juillet 1657, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 2, la cour a jugé qu'une fille qui avoit pendant trente ans porté l'habit de religieuſe dans un couvent, ſans y faire profeſſion, étoit capable de ſuccéder; voyez auſſi Baſſet, tom. 1, liv. 1, ch. 17: ce ſont faits ſinguliers des circonſtances deſquels doit naître la déciſion. Quant à l'incapacité abſolue du religieux, elle eſt exprimée dans les termes les plus forts par l'art. 337 de la coutume; c'eſt droit commun: ainſi nulle difficulté ſur l'incapacité du religieux, trop légitime, trop ſalutaire pour être ſujette à contradiction.

XVIII. Le religieux qui eſt ſécariſé par l'épiſcopat reſte toujours incapable de ſuccéder activement, quoique ſes parens lui ſuccédent; ſa ſécariſation lui donne bien la capacité paſſive, mais non la capacité active: celle-là préjudicieroit à des tiers & à des droits qui leur ſont acquis; c'eſt ce qui réſulte de l'article 336 de la coutume, qui donnant pour ce cas la faculté paſſive, par rapport à ſa ſucceſſion, lui dénie par ſon ſilence la faculté active, & ce qu'elle décide poſitivement par l'article 337 qui eſt général.

Robert, liv. 4, ch. 3; de Montholon, ch. 33; Louet, let. E, num. 4; journal des audiences, premier volume, liv. 3, ch. 22; Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 22; le Brun, des ſucceſſions, pag. 7, num. 2, & pag. 24, num. 15; Loyſeau, des ordres, pag. 20; & c'eſt droit commun. Voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, des incapables de ſuccéder, art. 3 & 17. Quant aux eccléſiaſtiques & même aux bénéficiers qui n'ont point encouru mort civile, ils ſuccédent à leurs parens, puiſqu'ils ſont citoyens; & par la même raiſon, leurs parens leur ſuccédent. Par le droit canonique romain, les meubles & acquêts des bénéficiers devoient paſſer à l'égliſe & non à leurs parens, qui, en ce cas, étoient réduits aux propres, ſur le fondement que ce qui venoit de l'égliſe n'en devoit pas ſortir: maxime dont les ſuites pourroient être auſſi préjudiciables à l'égliſe qu'à l'état, duquel proviennent les biens qu'elle poſſéde ſous la protection des loix civiles.

☞ A l'égard des religieux ſécariſés par l'épiſcopat, leur incapacité de ſuccéder réſulte d'un arrêt ſolemnel, rendu en la ſeconde chambre des enquêtes, *conſultis claſſibus*, le 16 avril 1585.

XIX. Quant au religieux qui a été rendu au ſiécle, ſuccédera-t-il, ou ſera-t-il incapable de ſuccéder? cette queſtion ſe réſout par la diſtinction qu'on va examiner.

Il faut diſtinguer, s'il a réclamé dans les cinq ans, & que ſa réclamation ait été fondée ſur la force & la violence, & ſon bref fulminé ſuivant les formalités; non-ſeulement en ce cas il devient capable de ſuccéder, mais il recouvre encore les biens que ſa mort civile avoit fait paſſer à d'autres; dans de telles circonſtances ſa juſte réclamation produit tout ſon effet, & même effet rétroactif: mais il n'en ſeroit pas de même ſi pour autre cauſe, de religieux profès qu'il étoit, il étoit devenu ſéculier; voyez le journal des audiences, liv. 4, ch. 22; & Lapeyrere, let. R, déciſion 34, pag. 364, ou s'il étoit relevé par le pape du laps de cinq ans; le parlement ne reconnoît pas ces reſcrits de grace, il les déclare abuſifs, & ordonne aux impétrans de rentrer dans leurs monaſteres: les parlemens de droit écrit reçoivent ces reſcrits, mais ſans rendre le religieux capable de diſpoſitions; voyez ſur cette différence de juriſprudence, Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 274, & 275. Quoiqu'il en ſoit, c'eſt par cette diſtinction que ſe décide la queſtion; & l'ordre public qui doit toujours être la loi ſuprême, tend à une ſévérité dont il ne ſeroit pas prudent de s'écarter.

☞ Il n'y a point de diſtinction à faire, c'eſt une maxime conſtante en France, que tout religieux profès diſpenſé de ſes vœux & rendu au ſiecle, ne peut y ſuccéder; voyez l'arrêt du 17 juillet 1659, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 3; c'eſt auſſi le ſentiment de Maſſue; titre des ſucceſſions, num. 18; de Rebuffe, ſur les ordonnances, trait. des reſtit. art. 1, gloſ. 2, num. 2; & de Ranchin, *de ſucceſſio. ab inſt.* ff. 16, num. 1.

XX. Voici une autre ſuite de cet effet de la mort civile: les chevaliers de Malte ſont, comme les autres religieux, incapables de ſuccéder; lorſqu'ils ont fait profeſſion elle emporte mort civile, mais avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit; il en eſt de même des jéſuites, ils encourent mort

civile ou incapacité à ſuccéder, mais non pas incontinent après leurs premiers vœux, mais ſeulement après qu'ils ont faits leurs derniers vœux, ou qu'ils ſont reſtés dans la maiſon des jéſuites juſqu'à trente-trois ans accomplis; dans leſquels deux cas leur mort civile, qui étoit incertaine & ſimplement conditionnelle, devient abſolue, mais devenant telle, elle doit avoir non-ſeulement par rapport à eux, mais encore par rapport à leurs héritiers, un effet rétroactif au jour des premiers vœux.

Voyez Papon, liv. 1, tit. 10, il leur donne une capacité de ſuccéder, mais en uſufruit ſeulement: capacité qu'ils n'ont pas; Bouchel, liv. 2, ch. 54, Louet, let. C, num. 8 & 18, & Brodeau, qui rapporte les autorités qui confirment la propoſition, & les arrêts qui l'ont ainſi jugé. Par l'arrêt du 11 mars 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, en déclarant le chevalier de Malte incapable de ſuccéder, la cour lui a adjugé une penſion alimentaire; ce même arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 2; voyez Loyſeau, des ordres, pag. 20; limitation qui forme la propoſition ſuivante; c'eſt juſte faveur: ſur la deuxieme partie de la propoſition concernant les jéſuites, voyez l'édit de 1715, ſur quoi on obſervera que le jéſuite rentrant dans le ſiecle avant d'avoir acquis l'âge complet de 33 ans, les parens qui ont recueilli conditionnellement les biens qu'il avoit laiſſé, ne ſont obligés que de lui remettre les fonds & non les fruits qu'ils ont faits leurs, ce qui prouve que dans le cas que toute ouverture eſt fermée au jéſuite pour rentrer dans le ſiecle; ſa mort civile de conditionnelle ou d'imparfaite qu'elle étoit lors de ſes premiers vœux, devient abſolue, & par l'accompliſſement de la condition, doit avoir un effet rétroactif au jour des premiers vœux, & par conſéquent que ſa ſucceſſion doit appartenir à ceux qui étoient habiles à lui ſuccéder au tems de ces mêmes vœux, à quoi on peut appliquer l'exemple de la ſucceſſion d'un abſent.

☞ La ſeconde partie de la propoſition concernant les jéſuites porte maintenant à faux, au moyen de l'entiere extinction de cette ſociété dans le royaume.

XXI. Cependant ces chevaliers ont droit de demander une penſion ſur les portions héréditaires dont ils auroient été ſaiſis, ceſſante leur mort civile; mais telle penſion ne ſubſiſte que juſqu'à ce que le chevalier ait obtenu une commanderie; ſa poſſeſſion le fait rentrer dans ſon véritable état & dans l'incapacité qui en eſt la ſuite.

Sur la rançon qui doit être payée pour lui, voyez Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 72; c'eſt une autre faveur auſſi juſte que la précédente.

SECTION IV.

Des condamnations qui emportent incapacité de ſuccéder.

XXII. Dans le chapitre de l'ouverture des ſucceſſions on a traité de la capacité paſſive, il eſt queſtion ici de la capacité active; ce ſont deux différens points de vue ſous leſquels il faut conſidérer cet objet; c'eſt ce ſecond point de vue qu'on examine par la préſente ſection: venons donc à cette incapacité active. Toute condamnation contradictoire qui prive de la qualité de citoyen, rend incapable de ſuccéder activement, parce que c'eſt de la qualité de citoyen que découlent tous les droits civils, & l'habilité à les exercer: cependant l'incapacité à ſuccéder réſultante des condamnations, ne s'entend que ſous les limitations ci-après expliquées; mais hors les cas de ces limitations, l'incapacité eſt certaine & milite, tant activement que paſſivement: en effet, le condamné étant incapable de poſſéder ſes biens lorſque la condamnation a tout ſon effet, comment pourroit-il en acquérir en conſéquence de la diſpoſition de la loi?

Loi 13, ff. *de bon. poſſ.* voyez l'art. 29, du titre de défauts de l'ordonnance de 1670, & l'arrêt du 26 juillet 1626, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 115; & c'eſt droit commun.

XXIII. Paſſons aux exceptions à cette incapacité: l'accuſé, quoique accuſé d'un crime capital, eſt capable de ſuccéder, lorſque la ſucceſſion eſt ouverte avant la condamnation; la juſte préſomption de l'innocence fonde cette capacité, & autrement ce ſeroit le punir d'un crime avant qu'il ſoit conſtant qu'il en eſt l'auteur, & dont il eſt peut-être innocent; il reſte donc capable.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 26, num. 1; telle eſt la premiere exception à cette incapacité active.

XXIV. Voici une ſeconde exception; le condamné par contumace, mourant dans les cinq ans qui lui ſont accordés pour ſe juſtifier, recueille les ſucceſſions de ſes parens, échues juſqu'au jour de ſa mort naturelle, parce que mourant pendant ce tems, il meurt en poſſeſſion de l'état de citoyen; ce tems eſt pour ainſi dire, une trêve que la loi lui accorde pour ſe juſtifier, & qui lui laiſſe toute ſa capacité.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 26, num. 3; le Maître, tit. 15, pag. 489: trêve qui laiſſe ſa capacité ſubſiſtante lorſqu'il meurt pendant ſon cours, & non s'il meurt après, ſauf la limitation qui ſuit.

XXV. Il en eſt de même, ſi mourant après les cinq ans, il meurt après s'être repréſenté à la juſtice; en ce cas il recueille non-ſeulement les ſucceſſions échues depuis l'accuſation, mais même celles échues depuis la condamnation, que ſa mort naturelle arrivée dans ces circonſtances, anéantit.

Voyez l'ordonnance de 1670; le Brun, des ſucceſſions,

ceſſions, pag 26, num. 8, & telle eſt la troiſieme exception à l'incapacité exprimée par la ſeconde propoſition de cette ſection.

XXVI. De-là il s'enſuit que dans ce cas par la préſomption de ſon innocence, il tranſmet à ſes héritiers les ſucceſſions qui lui ſont échues avec la ſienne ; c'eſt l'effet de ſa capacité ; c'eſt la conſéquence qui naît de la propoſition précédente, ſa ſaiſine légale fondant inconteſtablement celle de ſes héritiers.

Le Maître, tit. 15, page 489 ; en effet ſur ce nulle raiſon de différence entre la capacité active & la capacité paſſive ; dès que l'une a lieu, l'autre a lieu pareillement.

XXVII. Mais pendant les cinq années l'accuſé ne ſe repréſentant pas, ni lui ni ſes créanciers n'ont droit dans les ſucceſſions échues depuis la condamnation ; alors elle produit tout ſon effet, & le produit du jour qu'elle a été rendue, lorſque celui qui a été ainſi condamné eſt mort ſans s'être repréſenté ; il en eſt de même de l'abſent dont les biens ont été partagés proviſoirement par ſes parens du jour du partage, & relativement à ſes parens il eſt réputé incapable de recueillir une ſucceſſion, & par conſéquent de la tranſmettre à d'autres : ces parens ne pourroient prétendre le contraire ſans ſe trouver en contradiction avec eux-mêmes.

Jugé par l'arrêt rapporté par Louet, let. C, num. 25 ; Lapeyrere, let. S, déciſion 212, & la note ſur icelle ; en effet, c'eſt trêve, c'eſt eſpérance à la capacité qui ne ſe réaliſe qu'autant que la condition qui y eſt attachée a été accomplie ; ſur la derniere partie de la propoſition, voyez ci-deſſus le ff. §. 3, de la ſection troiſieme du 1. ch. de cette partie de ce titre.

SECTION V.

Des condamnations qui n'emportent pas incapacité de ſuccéder, & des enfans des condamnés.

XXVIII. Examinons les autres exceptions à cette incapacité, & qui viennent de la nature de la condamnation : le banniſſement d'un certain reſſort & non de tout le royaume & à perpétuité, n'emporte pas incapacité de ſuccéder ; on a déja vu qu'il ne faiſoit pas ouverture à ſucceſſion ; la raiſon eſt ici la même ; ainſi un tel banni reſte donc capable de ſuccéder, mais non celui qui eſt banni hors le royaume & à perpétuité.

Voyez Louet, let. B, num. 17 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 27, num. 16 ; le Maître, tit. 15, pag. 489, & cela réſulte des ordonnances.

XXIX. Il en eſt de même de la condamnation aux galéres à tems ; quoique ces condamnations emportent infamie, elles n'emportent pas mort civile, & par conſéquent elles n'emportent pas incapacité à ſuccéder ; en effet, on ne meurt pas pour un lieu ni pour un tems, & la fiction doit imiter la vérité ; d'où il réſulte que telles condamnations n'effacent pas la capacité de ſuccéder.

Voyez dans le livre premier le titre de la mort civile, & cela s'entend, tant de la capacité active que de la paſſive.

XXX. Venons aux enfans des condamnés : lorſque les condamnés ſont eux-mêmes capables de ſuccéder nonobſtant la condamnation, à plus forte raiſon leurs enfans le ſont-ils dans ce même cas ; mais lorſque les condamnés ſon incapables, leurs enfans le ſont auſſi quelquefois. Lorſque l'enfant du condamné par une condamnation contradictoire, ou du condamné par contumace, qui eſt mort après les cinq ans, ſans s'être repréſenté, eſt né d'un mariage contracté avant la condamnation, cet enfant eſt capable de ſuccéder à ſon ayeul, non-ſeulement de ſon chef, ce qui eſt pour le cas auquel il n'y a que des petits enfans ſuccédans, mais encore par repréſentation de ſon pere, ſi des oncles ou tantes concourent avec lui, & ce encore que ſon pere fût vivant. Cela eſt l'effet du droit de repréſentation, par l'effet de laquelle il eſt placé dans le premier degré que la mort civile de ſon pere rend vacant, ſans lui faire encourir ſon incapacité, lorſque par lui-même il eſt capable de ſuccéder, & qu'il a les droits civils & de citoyen.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 27, num. 15, limite l'incapacité aux enfans, qui ſont nés d'un mariage contracté depuis la condamnation ; voyez le même auteur, au même traité, page 46, num. 18 ; ce qui fonde la propoſition que la ſuivante confirme ; en effet, ces enfans ont une capacité perſonnelle.

XXXI. Cela eſt fondé dans le dernier cas, qui eſt celui de la repréſentation, ſur ce que le degré de ſon pere ſe trouve vacant par ſa mort civile, qui par une fiction de droit le retranche de la ſociété civile, comme la mort naturelle l'en retrancheroit réellement ; & dans le premier, ſur ce qu'étant capable, il ſuccéde de ſon chef, autrement on le puniroit du crime d'un autre, ce qui ſeroit injuſte.

Dupleſſis, pag. 193 ; le Brun ; des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, ſect. 6, diſtinct. 2 : ainſi l'enfant ayant capacité, elle doit opérer dans l'un & dans l'autre cas.

XXXII. Mais pour cela il faut que le petit-enfant ſoit né ou du moins conçu avant la mort de ſon ayeul, puiſque ſuivant ce qu'on a établi ci-deſſus, la premiere capacité requiſe pour ſuccéder eſt d'être né, ou

du moins conçu, lors de l'ouverture de la ſucceſſion; c'eſt une rigueur que l'équité pouvoit tempérer dans le cas d'un mariage contracté avant la condamnation.

Arrêt du 11 mars 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 5, pag. 592, qui juge qu'il y a inhabilité à ſuccéder, ſi l'enfant n'eſt ni né, ni conçu lors de l'ouverture de la ſucceſſion; arrêt qui écarte l'opinion de Henrys, qui avoit penſé le contraire, comme on l'a ci-deſſus obſervé.

XXXIII. Mais le petit enfant qui ſeroit né d'un mariage contracté par le condamné depuis la condamnation, qui a emporté la mort civile abſolue de ſon pere, eſt comme ſon pere incapable de ſuccéder à ſon ayeul, tant de ſon chef que par repréſentation; ni ſon pere incapable, ni le mariage qui n'a pu produire d'effets civils, n'ont pu lui donner la capacité.

Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 1, queſt. 6, où il traite encore la queſtion de ſavoir, ſi cet enfant né d'un tel mariage ſeroit incapable de ſuccéder à ſon frere né d'un précédent mariage contracté avant la condamnation, & rapporte arrêt qui a jugé cet enfant capable; mais les ordonnances le déclarent incapable, ſur quoi on peut voir l'art. 278 de la coutume de Normandie, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

☞ Voyez l'ordonnance de 1639, qui déclare les enfans proſcrêés de ceux qui ſe marient après avoir été condamnés à mort, même par ſentence rendue par défaut, incapables de toutes ſucceſſions auſſi bien que leur poſtérité, ſi avant leur décès ils n'ont été remis en leur premier état, ſuivant les voies preſcrites par les ordonnances.

XXXIV. L'inhabilité de cet enfant eſt fondée ſur ce que depuis la condamnation, le pere a été incapable de contracter un mariage qui pût produire effets civils, & par conſéquent de donner aux enfans nés de ce mariage l'exercice de ces mêmes droits dont la capacité à ſuccéder eſt le principal; & cette incapacité des petits-fils dans ce cas, auroit lieu encore que l'autre conjoint eût contracté le mariage de bonne-foi, parce que les condamnations ſont toujours préſumées publiques, ce qui écarte ſur ce l'effet de la bonne-foi; c'eſt une rigueur qui a pour baſe une ſage politique, & dont on ne peut trop maintenir l'exécution.

Cela eſt établi ſur le titre des mariages; il y a cependant préjugé contraire rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, daté du 25 mars 1705, mais la déciſion a eu pour fondement des circonſtances particulieres; on ne peut donc les tirer à conſéquence; voyez les art. 5, & 6 de l'ordonnance de 1639; le Brun, des ſucceſſions, pag. 27, num. 15; & le Maitre, pag. 488 de la deuxieme édition de ſon commentaire ſur la coutume.

☞ Cependant différens arrêts ont jugé en faveur de la bonne-foi des conjoints ou de l'un d'eux; voyez Brodeau ſur Louet, let. E, nomb. 8, il tient qu'au cas de la bonne-foi de la mere, les enfans peuvent lui ſuccéder: c'eſt auſſi le ſentiment de le Brun, titre 7, ſi ceux qui ſont prévenus de crime, &c.

XXXV. Mais ſi le condamné par contumace mourroit dans les cinq ans, les enfans nés du mariage qu'il auroit contracté depuis la condamnation, ſeroient capables de ſuccéder & même à leur pere ainſi condamné, puiſqu'en ce cas leur pere, comme on l'a déja vu, meurt dans la poſſeſſion entiere de l'état de citoyen; à plus forte raiſon une telle condamnation ne peut donc rien opérer contre eux, telle mort a tout effacé, & a laiſſé à tous égards les effets de la parfaite légitimité, à laquelle une telle condamnation n'a pas donné la moindre atteinte.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 28, num. 19, & cette capacité ne peut ſouffrir difficulté, puiſque le pere en ce cas, meurt en poſſeſſion de tous les droits de citoyen; cela a été établi ci-deſſus, & ſert de preuve à la propoſition.

SECTION VI.

De l'incapacité de l'étranger à ſuccéder.

XXXVI. Voici une autre incapacité de ſuccéder, tant active que paſſive, elle a pour baſe une judicieuſe politique: l'étranger eſt incapable de toute ſucceſſion légitime ouverte en France, ſauf l'exception expliquée ci-après; il eſt bon d'abord de ſe fixer à la propoſition générale, à cette incapacité qui eſt raiſon écrite.

Peregrini capere non poſſunt hereditatem, l. 1, au code, *de hæred. inſt.* Voyez Ricard, des donations, pag. 1, ch. 3, ſect. 4, num. 209, pag. 48, & la propoſition qui ſuit qui explique le motif de celle-ci.

XXXVII. En effet, c'eſt la loi de la nation qui défére les ſucceſſions, & l'étranger ne peut l'invoquer, c'eſt-à-dire, en appliquer les diſpoſitions en ſa faveur; fondement inébranlable de ſon incapacité à ſuccéder à des biens étant en France.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 10, num. 9, & pag. 29, num. 1, & cela eſt fondé ſur les ordonnances.

XXXVIII. Cette incapacité ceſſe dans de certains cas, venons donc aux exceptions: les étrangers, enfans d'un naturel françois, qui viennent s'établir en France, ſont réputés naturels françois, & comme tels ſont capables de recueillir toute ſucceſſion; la faveur de leur origine, leur retour dans la patrie de leur pere, qu'ils reconnoiſſent par ce retour être la leur, leur procure cet avantage: premiere exception.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 31, num. 17; le Maître, tit. 15, pag. 490 : cette capacité eſt auſſi juridique que ſage politique; il en eſt de même des enfans de l'étranger nés en France, ce qui forme la propoſition qui ſuit.

XXXIX. Voici une ſeconde exception : les étrangers nés en France, non-ſeulement ne participent pas au vice de pérégrinité limité à la perſonne de leur pere, & ils ſont non-ſeulement capables de lui ſuccéder, mais encore leur capacité influe ſur leurs freres & ſœurs, quoique nés en pays étranger; troiſieme exception à la régle générale: mais celle-ci n'eſt fondée que ſur la faveur de l'égalité; pour l'autre, c'eſt-à-dire, pour les enfans nés en France, elle eſt abſolue.

Cela eſt atteſté par le Brun, à la même pag. 31, num. 14 & 15; le Maître, tit. 15, pag. 489, & cela eſt fondé ſur la faveur de l'égalité, c'eſt elle qui procure ce droit aux freres & ſœurs étrangers de celui qui eſt né en France; voyez le titre des aubains, & Bacquet; quant à la capacité des premiers, elle ne peut faire la matiere d'un doute, puiſqu'ils ſont nés ſujets du roi.

XL. Il n'en eſt pas de même des collatéraux de l'étranger, quoique nés en France; en effet, quoique capables par eux-mêmes de ſuccéder, ils ne recueillent pas les biens de leur parent étranger à titre d'héritiers, & ne peuvent le faire, parce que le défunt a été incapable de leur tranſmettre ſa ſucceſſion : incapacité qui influe ſur eux, la ſeule faveur des enfans nés en France pouvant la lever dans la ligne directe; en effet, l'étranger n'a la faculté paſſive de ſucceſſion que relativement à ſes enfans, lorſqu'il en a qui ſont nés en France; la faveur que méritent ces derniers l'emporte ſur l'incapacité de l'autre & la fait ceſſer, mais à leur égard ſeulement, & non des collatéraux.

Voyez Bacquet, & ci-deſſus le titre des aubains; c'eſt juſte & favorable exception à l'incapacité paſſive; exception qui confirme l'excluſion ou l'inhabilité & incapacité des autres.

SECTION VII.

De l'incapacité du françois à ſuccéder lorſqu'il eſt établi en pays étranger.

XLI. On traite toujours ici de l'incapacité active. Le françois établi en pays étranger ſans eſprit de retour, eſt incapable de ſuccéder en France; c'eſt renoncer à ſa patrie que de faire un tel établiſſement, & ſe rendre indigne de pouvoir invoquer les droits que ſon origine & la loi de la nation lui donnoient; indignité qui produit cette juridique incapacité : mais il faut qu'il ne paroiſſe de ſa part aucun eſprit de retour, pour qu'il y ait lieu à cette incapacité; eſprit de retour ſi naturel, ſi favorable, qu'on doit facilement le préſumer.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 29, num. 2. Sur l'eſprit de retour, voyez les dernieres propoſitions de cette ſection; & ſur l'incapacité qui forme la premiere partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 9 février 1660, rapporté dans le deuxieme volume du journal des audiences.

☞ Mais une femme françoiſe, qui ſe ſeroit mariée hors du royaume, ſeroit-elle incapable de ſuccéder en france? Voyez Ferriere, en ſon commentaire, ſûr l'art. 318 de la coutume, nomb. 14, il cite un arrêt rendu en la chambre de l'édit le 28 août 1630, par lequel il a été jugé, qu'une femme mariée à un anglois qui l'avoit emmenée en Angleterre, viendroit à partage avec les autres héritiers à la charge néanmoins de ne pouvoir aliéner les immeubles qui lui écherroient, ſinon en faiſant le remploi d'iceux en France.

XLII. Dans le cas de l'application de cette incapacité, la portion du françois établi en pays étranger accroît aux autres héritiers, il ne fait pas nombre entr'eux, & il eſt cenſé ne pas exiſter; ce qui produit néceſſairement ce droit d'accroiſſement pour les autres, que la loi appelle ſeuls collectivement à la ſucceſſion.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 30, num. 8, 9 & 10, & c'eſt ce qui ſe pratique.

XLIII. S'il étoit ſeul héritier, la ſucceſſion eſt dévolue à celui qui eſt dans le dégré le plus prochain après lui, & non au fiſc; ſon incapacité ſaiſit l'autre, & l'étranger comme le françois réputé tel, ne peut tranſmettre au fiſc un droit qu'il n'a pas eu lui-même, & par conſéquent en priver ceux qui l'ont à ſon excluſion; ainſi en ce cas, c'eſt l'ordre de ſuccéder, établi par la loi qu'il faut ſuivre, l'incapable non compris dans ſa diſpoſition exclut de cet ordre.

Cette propoſition & la précédente ſont ſuite de l'incapacité dans laquelle eſt un tel françois à ſuccéder; incapacité limitée au ſujet qu'elle frappe & qui ne peut embraſſer les autres.

XLIV. Cette incapacité du françois établi en pays étranger, ceſſe, comme on l'a déja dit ci-deſſus, en marquant la limitation à cette incapacité; s'il paroît dans le françois établi en pays étranger, un eſprit de retour & qu'en effet il retourne en France, ce retour efface l'incapacité.

Le Maître, tit. 15, pag. 490, & telle eſt ſur ce la juriſprudence, que la raiſon, l'équité & la ſage politique fondent.

XLV. Mais en ce cas, c'eſt-à-dire, après ſon retour en France, & lorſqu'après ce retour il lui échet une ſucceſſion, il eſt tenu de donner caution qu'il n'aliénera pas les biens qu'il prend en France en qualité d'héritier; c'eſt la prudente condition qu'on attache à ſa capacité.

Je l'ai entendu ainſi ordonner au châtelet, & cela conſerve le droit public & celui des particuliers.

XLVI. Ce que deſſus reçoit des exceptions ; les officiers, les domeſtiques qui ſuivent les princeſſes de France mariées à des princes étrangers, ne perdent aucun des droits de la qualité de citoyen, & par conſéquent reſtent toujours capables de ſuccéder en France ; leur fait ne marque qu'une obéiſſance & un attachement de leur part, & non une abdication aux droits que leur donne leur patrie.

Cela eſt atteſté par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 30, num. 7 : c'eſt juſte aplication de l'effet de l'eſprit de retour.

XLVII. Il en eſt de même du françois qui s'établit en pays étranger avec la permiſſion du roi ; cette permiſſion manifeſtant ſon attachement à ſon ſouverain & à la patrie, détruit toute préſomption contraire.

La propoſition précédente fonde celle-ci ; dans la précédente la permiſſion tacite du roi ſuffit, & à plus forte raiſon l'expreſſe : cependant le teſtament d'un françois retiré en pays étranger pour fait de religion, dans le cas même qu'il ſeroit retiré avec la permiſſion du roi, n'a aucune exécution, ainſi qu'il a été jugé au ſujet du teſtament de madame le Cocq.

SECTION VIII.

De l'incapacité de ſuccéder réſultante de l'indignité.

XLVIII. L'homicide de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, eſt indigne de lui ſuccéder, indignité plus forte encore que l'incapacité ; elle produit donc le même effet que cette derniere, & elle le produit dans l'un ou l'autre ligne directe ou collatérale.

Toto titulo, de his qui in indignis auferuntur ; voyez Papon, liv. 21, tit. 1, num. 2 ; Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 63 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 551. La condamnation pour ce a effet rétroactif ; arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 1 : voyez auſſi le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 10 ; le Maître, pag. 489 : & cette régle de juriſprudence a ſa racine dans la nature même : elle eſt encore atteſtée par Louet, let. C, ch. 23, let. H, ch. 3 ; par Robert, *rei jud.* liv. 3, ch. 7 : voyez auſſi le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, ch. 27, & liv. 7. ch. 20.

XLIX. Cette indignité de l'homicide eſt-elle étendue à ſes enfans ? l'horreur de ce crime porte à l'étendre juſqu'à eux en directe ; il en eſt autrement dans la collatérale.

Arrêt du 7 août 1604, rapporté par Louet, let. S, num. 29 ; autre du 15 juin 1665, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences : le Brun, pag. 51, qui juge l'affirmative ; il y en a un contraire, il eſt cité dans les notes ſur l'avant-derniere propoſition de cette ſection.

L. La preſcription du crime de parricide n'emporte pas celle de l'indignité, nul tems n'en peut effacer l'horreur : ainſi le parricide, nonobſtant tout laps de tems, eſt toujours incapable de ſuccéder à celui auquel il a ôté la vie, encore qu'il ne puiſſe plus être pourſuivi pour raiſon de ſon crime ; cette horreur & l'incapacité qu'elle produit ne peuvent ceſſer qu'avec lui-même, & influe ſur ſes enfans, la plus ingénieuſe ſévérité ne pouvant trouver des peines proportionnées à l'horreur d'un tel crime.

Arrêt du 14 mai 1665, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 56 ; en effet, c'eſt droit, pour ainſi dire, naturel, & par conſéquent impreſcriptible.

LI. Voici une autre indignité de ſuccéder : celui qui ne venge pas la mort du défunt eſt pareillement indigne de lui ſuccéder ; ſauf l'exception en faveur de l'héritier mineur, & de celui qui eſt dans une entiere indigence, & lorſque la perſonne eſt auſſi chere que celle qui eſt à venger.

Voyez Louet & Brodeau, let. H, num. 5 ; cependant ſi l'héritier étoit dans une entiere indigence, cette indigence le mettroit à couvert de cette indignité, telle eſt l'exception ; arrêt du 30 juillet 1630, rapporté dans le premier volume du journal des audiences ; ce même arrêt eſt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 117 : il en eſt de même de la minorité, elle met l'héritier à couvert de cette indignité, cependant les enfans ne peuvent agir contre leur pere, pour l'homicide par lui commis en la perſonne de leur mere, ainſi qu'il a été jugé par l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 7, ch. 9 ; l'inaction des enfans en ce cas ne peut produire contr'eux aucune indignité, & la juſtice ſe charge d'une pourſuite à laquelle la nature met de leur part un obſtacle invincible ; ainſi troiſieme exception.

LII. La portion de l'indigne accroît à ſes cohéritiers, il ne fait plus nombre entre eux ; retranchement qui conduit néceſſairement à cet accroiſſement, les autres ſe trouvant ſeuls ſaiſis de la ſucceſſion par l'incapacité de l'indigne de concourir avec eux, & ce ſans charge qui puiſſe venir de la part de dernier.

L'amende prononcée contre l'homicide ne peut ſe prendre ſur la part à laquelle il auroit ſuccédé ; arrêt du 9 juin 1656, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 2, ch. 27 ; Lapeyrere, pag. 101 : ce qui confirme la propoſition ſur l'accroiſſement qui me paroît inconteſtable.

LIII. Si l'indigne de ſuccéder avoit été ſeul ſaiſi (ceſſante ſon indignité) la ſucceſſion eſt dévolue au degré ſuivant & non au fiſc ; ſon indignité produit vacance de ſon degré.

Arrêt qui l'a ainſi jugé, rapporté par Robert, liv. 3, ch. 8 ; autre arrêt du 4 décembre 1618, rapporté par Bardet, tom. 1, ch. 49 ; mais le

meurtre commis par le pere, peut-il rejaillir sur ses enfans, à l'effet de les rendre indignes de succéder à la personne homicidée? Arrêt du 18 janvier 1652, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 89, qui juge que les enfans de l'homicide ne sont pas indignes de succéder à la personne homicidée; il paroîtroit qu'ils mériteroient cette indulgence dans la ligne collatérale, mais non dans la directe. En effet, si un enfant ne peut par un mariage contracté contre le gré de son pere, lui donner des héritiers, comment pourroit-il le faire en lui ôtant la vie? action que la plus ingénieuse sévérité ne peut assez punir; mais indignité qu'on ne peut pas étendre aux enfans, lorsque l'un des conjoints a ôté la vie à l'autre; autrement ce seroit punir ce dernier dans la personne de ses enfans.

LIV. Mais peut-il dans le dernier cas profiter des biens de celui qu'il a tué, en qualité d'héritier de ses enfans? & pour l'en priver remontera-t-on à leur origine? & si l'on le fait, n'est-ce pas étendre une loi pénale d'un cas à un autre? & ces biens ne sont-ils pas devenus des biens libres dans la personne des enfans? Je les crois tels, c'est la lettre de la loi qu'il faut suivre, & non se livrer sans guide à l'horreur qu'a fait naître un tel crime.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 5, quest. 20; les principes conduisent là, si les mouvemens de la nature laissent encore quelques nuages.

☞ Il semble que l'assassin ne peut profiter indirectement en qualité d'héritier de ses enfans, que dans le cas où l'homicide seroit excusable, comme celui d'un mari qui auroit tué sa femme surprise en adultere; voyez l'arrêt du 7 juillet 1715, rapporté par Brodeau sur Louet, let. S, num. 20; celui qui empêche de tester ou qui supprime le testament, est encore indigne de la succession; voyez l'arrêt du 19 mai 1733, cité par Lacombe, en son recueil de jurisprudence, *verb.* indignité.

SECTION IX.

De la privation de la portion héréditaire par l'exhérédation.

§. I.

De l'effet de l'exhérédation contre l'exhérédé, & des causes qui la rendent valable.

LV. L'exhérédé valablement devient par l'exhérédation incapable de recueillir la succession ou portion de la succession de celui qui l'a prononcé contre lui, dès qu'il l'a prononcé conformément à la disposition de droit, & que comme telle elle est valable; de-là il résulte que, quoique l'institution d'héritier n'ait pas lieu parmi nous, néanmoins nous admettons les exhérédations lorsqu'elles sont faites aux termes du droit, & telle disposition n'est sujette à aucune forme.

Ricard, tom. 1, pag. 620; voyez aussi le traité des propres, pag. 158 & 629; par l'arrêt du 16 avril 1654, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, il a été jugé que les débauches & mauvais déportemens d'un fils qui fréquentoit de mauvaises compagnies, n'étoient pas causes valables d'exhérédation; ce même arrêt est rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, chap. 64; les causes d'exhérédation sont rapportées par le Maître, pag. 442, & sont expliquées dans la novelle 115, ch. 3. Quant à la forme de l'acte qui contient l'exhérédation, elle est indifférente, elle peut être faite, soit par testament, soit par un simple acte, mais par-devant notaire, qui est pour ce suffisant, dès qu'il fait foi de la volonté de son auteur, & que l'exhérédation est faite au terme de droit; voyez le journal des audiences, tom. 1, liv. 3, ch. 51; & Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, sect. 4.

☞ La mauvaise conduite d'un fils ne donne d'autre pouvoir au pere, que celui de substituer sa part & portion.

LVI. La part de l'exhérédé valablement accroît à ses cohéritiers, & s'il est seul la succession est dévolue au degré suivant, sauf les limitations ci-après en faveur de ses enfans, qui peuvent faire obstacle à l'accroissement par leur capacité; mais quant à l'exhérédé, il n'a droit de légitime, pas même celui de demander des alimens, mais sa reconciliation fait cesser l'exhérédation.

Loi 17, ff. *de inoffic. testam.*, & tel est l'usage; sauf le droit des enfans de l'exhérédé, la reconciliation fait cesser l'effet de l'exhérédation: sur la question de savoir quelle doit être la réconciliation, voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 20; les arrêts notables, ch. 45; Loisel, en ses opuscules, pag. 373; Ricard, des donations; le journal des audiences, tom. 5, liv. 11, ch. 14: est à observer que la bénédiction donnée par le pere au fils par lui exhérédé, & ce à l'article de la mort, n'est pas suffisante pour opérer cette réconciliation; arrêt du 27 avril 1695, rapporté dans le cinquieme volume du même journal, pag. 781; sur la réconciliation, voyez aussi le Brun, des successions, pag. 572; aux causes d'exhérédation, portées par le droit civil, nos ordonnances en ont ajouté une autre contre les enfans qui se marient avant un certain âge sans le consentement de leur pere & mere; voyez l'ordonnance de 1556, celle de 1630, & l'édit du mois de mars 1697, & ci dessus, le livre premier, titre des mariages: sur la derniere partie de la proposition, c'est-à-dire, sur l'incapacité de l'exhérédé à demander une légitime, voyez Loysel en ses opuscules, pag. 392; Louet & Brodeau, let. A, ch. 4, & le journal des audiences, tom. 1, liv. 2, chap. 29.

§. II.

De l'effet de l'exhérédation contre les enfans de l'exhérédé valablement.

LVII. Les enfans de l'exhérédé valablement qui est mort avant son pere, succédent à leur ayeul, nonobstant l'exhérédation prononcée contre leur pere par leur ayeul, c'étoit une peine personnelle; en effet, c'est la loi même qui les saisit, toute abstraction

faite de la perſonne de leur pere, dès qu'ils ont par eux-mêmes la qualité de citoyen & les droits qui en découlent, ſauf la limitation ci-après : ainſi hors le cas de cette limitation, ils ſuccédent à leur ayeul, mais dans le cas du prédécès de leur pere ſeulement ; en effet, l'exhérédation d'elle-même peu favorable, ne peut dans la théſe générale être étendue d'une perſonne à une autre ; & il auroit été injuſte de punir les petits-enfans pour la faute de leur pere : équité, juſte commiſération qui fondent la propoſition.

Dupleſſis, pag. 193 ; le Maître, pag. 443 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 439, num. 10 & ſuivans ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci ; & Loiſel, en ſes opuſcules, pag. 373 ; Robert, liv. 2, ch. 9 ; & Montholon, art. 31.

LVIII. En effet, par la mort de leur pere ils trouvent le degré vacant & viennent par repréſentation, n'étant pas moins du ſang de leur ayeul, quoiqu'ils l'ayent reçu par un canal impur, ce qui ne s'entend que pour la théſe générale, l'exhérédation du fils en un certain cas influant ſur ſes enfans, nonobſtant le prédécès de leur pere : ce qu'on va expliquer ; mais dans la théſe générale, la capacité des petits-enfans eſt le juſte effet de la repréſentation qu'on explique ci-après : repréſentation qui eſt du degré & non de la perſonne.

Voyez Ricard, des donations, partie 3, ch. 8, ſect. 4, num. 950 ; ce que la propoſition ſuivante qui contient l'exception confirme.

LIX. Mais l'exhérédation prononcée contre un fils qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſon pere, & ſans ſommation au défaut de conſentement, lorſque la voie des ſommations lui étoit ouverte, telle exhérédation influe ſur les enfans de l'exhérédé pour une telle cauſe, encore qu'ils euſſent ſurvécu leur pere ; ce dernier n'ayant pu donner à ſon pere des héritiers contre ſon gré : c'eſt prudente exception que les ordonnances ont établies par rapport à la régle contenue dans les deux propoſitions précédentes : exception qui influe même ſur le douaire.

C'eſt la diſpoſition de l'ordonnance de 1629 ; les enfans de l'exhérédé par cette cauſe ne peuvent même demander leur part dans le douaire conſtitué par leur ayeul qui a prononcé l'exhérédation : en effet, le douaire relativement aux enfans, eſt une imitation de la ſucceſſion légitime, il en tient lieu ; arrêt du 1 avril 1668, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 26 ; voyez le Maître, pag. 443, qui confirme encore la propoſition ; cependant le Brun, liv. 3, de la repréſentation, ſect. 2, eſtime que telle exhérédation n'influe pas ſur les petits-enfans ; l'auteur des notes ſur le Maître, tit. 15, pag. 491, dit qu'il y a lieu de ſuivre le ſentiment de le Brun, parce que l'ordonnance de 1629 n'a pas été enregiſtrée ; voyez Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, qui loue beaucoup la ſageſſe de cette ordonnance, & j'ai appris qu'elle étoit enregiſtrée ; ainſi le Brun ne ſe fondoit que ſur un mauvais moyen, ce qui doit faire rejetter ſon opinion, qui d'ailleurs s'écarte d'une loi, qui indépendamment de ſon autorité, eſt très-équitable & très-ſalutaire.

LX. En effet, dans le cas d'un mariage contracté ſans le conſentement du pere, il n'eſt jamais obligé de reconnoître la poſtérité née d'un mariage qu'il a déſapprouvé ; l'exhérédation en ce cas doit donc influer ſur les enfans de l'exhérédé ſans autre effet.

Mais l'exhérédé même, & à plus forte raiſon ſes enfans, ne ſont point par l'exhérédation, incapables de ſuccéder aux autres perſonnes de la famille ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 441, num. 22 ; l'injure n'eſt faite qu'au pere, il n'appartient qu'à lui ſeul de la venger, & la peine à laquelle elle ſoumet l'enfant qui l'a faite, eſt limitée ſur les biens du pere & ne va pas au-delà.

LXI. Cette juſte rigueur reçoit un adouciſſement ; en effet, lorſque les enfans nés d'un tel mariage, ont ſurvécu leur pere, qui eſt mort avant l'ayeul, on leur accorde par grace & non à titre d'héritiers, une partie de la portion héréditaire qu'ils auroient eu dans la ſucceſſion de leur ayeul s'ils avoient été capables de la recueillir en qualité de ſes héritiers, ce qui eſt grace & non droit ; ce qui confirme les deux propoſitions précédentes.

Robert, liv. 2, ch. 9, rapporte un arrêt, qui dans ce cas avoit admis les petits-enfans à ſucéder ; on ne leur accorde qu'une ſimple portion, & quelquefois même on les réduit à de ſimples alimens ; voyez ſur ce le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 441, num. 21 ; ce qu'il dit confirme la propoſition.

LXII. Mais lorſque l'exhérédé a ſurvécu ſon pere, quand l'exhérédation ſeroit pour autre cauſe que celle qu'on vient d'examiner, les enfans de l'exhérédé, pour telle cauſe que ce ſoit, n'ont rien à prétendre dans la ſucceſſion de leur ayeul, lorſque l'exhérédation eſt valable ; ils ne ſont pas en ce cas ſaiſis de leur chef, ils ne pourroient ſuccéder que par le bénéfice de la repréſentation & le degré eſt rempli : raiſon déciſive pour leur excluſion, mais qui n'a pas lieu en faveur des collatéraux.

Arrêt du 3 ſeptembre 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 18 ; c'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 439, num. 10 & ſuivantes : ce qui n'auroit pas lieu ſuivant la juſte limitation que ce même auteur apporte, ſi les enfans de l'exhérédé, & même pour un mariage contracté ſans le conſentement du pere, n'avoient que des collatéraux de leur ayeul à combattre ; ce n'eſt qu'en ce cas que j'adopte le ſentiment de l'auteur des notes ſur le Maître, & non dans le cas que ce ſont des héritiers directs.

☞ Outre les incapacités de ſuccéder ci-deſſus, on regarde encore comme incapables ceux qui ont renoncés à la ſucceſſion depuis ſon ouverture, & les filles qui avant ſon ouverture, ont renoncé par leur contrat de mariage, pour s'en tenir à leur dot; mais en ce dernier cas, elles pourroient ſuccéder, ſi lors de l'ouverture de la ſucceſſion, il ne ſe trouvoit aucun héritier direct, ou que n'ayant renoncé qu'en faveur des mâles, qui eſt le vrai cas d'admettre de telles renonciations anticipées, il ne ſe trouveroit aucun mâle lors de l'ouverture de la ſucceſſion.

SECTION X.

De l'incapacité de l'abſent lorſqu'il y a dix ans qu'on n'a eu de ſes nouvelles.

LXIII. Telle abſence, ou plutôt la juſte préſomption qu'elle fait naître produit incapacité à ſuccéder; en effet, dans ce cas l'abſent eſt réputé incapable de ſuccéder à la perſonne décédée depuis dix années révolues depuis ſon abſence, & la ſucceſſion ſe partage comme s'il n'exiſtoit pas, autrement ſes héritiers qui ſe ſont faits envoyer en poſſeſſion de ſes biens ſe contrarieroient eux-mêmes; mais cette incapacité purement relative à ceux que la préſomption de droit a fait regarder comme ſes héritiers, & qui ont partagé proviſoirement ſes biens, n'influe pas ſur l'abſent en cas de retour, qui le fait rentrer dans tous ſes droits, & il eſt bien fondé à exercer l'action en revendication de ſa portion virile dans une telle ſucceſſion contre ceux qui l'ont partagée comme s'il n'exiſtoit plus; parce qu'il eſt plus juſte & plus naturel que ceux que la loi a ſaiſi d'une telle ſucceſſion en profitent, que d'y faire prendre part du chef de l'abſent à ceux qui ont partagé proviſoirement ſes biens, & qui ſouvent ſont autres que ceux que la coutume a ſaiſi de cette ſucceſſion.

C'eſt ce qui ſe pratique, quant aux parens & héritiers de l'abſent: voyez l'arrêt du 2 janvier 1634, rapporté dans le premier volume du journal des audiences; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 2, num. 12; la coutume d'Anjou, art. 269; celle du Maine, art. 287; celle de Hainault, ch. 17, art. dernier; & Mornac, ſur la quatrieme, au code de *poſt. fim. reverſis*, & les loix 56 & 8, aux ff. *de uſufruc. & quem ad mod.* & ff. *de uſu & fruct.*

LXIV. Avant ce tems il faut lui conſerver ſa part, comme on l'a vu ci-deſſus. Son abſence loin de le dépouiller de ſes droits, lui procure pour leur conſervation, la protection de la juſtice, & la propoſition précédente ne la conſerve qu'indirectement.

L'uſage eſt de le faire repréſenter par un ſubſtitut de M. le procureur du roi, qui ſtipule ſes intérêts; il a donc capacité: ainſi après que ſes propres héritiers ſe ſont fait envoyer en poſſeſſion, la part de l'abſent accroît à tous ceux ſaiſis de la ſucceſſion lors de ſon abſence, ſi depuis on n'a eu de nouvelles de lui, ſauf le droit de ſes créanciers relativement auxquels il ſuccéde, étant cenſé vivre juſqu'à cent ans relativement à eux, & ſauf la reſtitution qu'il lui faut faire, ſi depuis il reparoît: c'eſt exception; mais qui ne milite pas pour ceux qui ſe ſont fait envoyer en poſſeſſion de ſes biens.

SECONDE PARTIE DES SUCCESSIONS.

DES SUCCESSIONS DES PERE ET MERE ET AUTRES ASCENDANS, AU PROFIT DES DESCENDANS.

CHAPITRE PREMIER.

DE CEUX QUI SONT APPELLÉS A CETTE SUCCESSION.

(Article 302 de la coutume.)

I. LA loi des ſucceſſions ſe conformant au vœu de la nature, comme on l'a annoncé dès le commencement de ce titre, nous donne pour premiers héritiers nos enfans & deſcendans, qui ſont les premiers objets de notre affection ; ceux-là comme ayant la grande main ſuccédent à tous les biens à l'excluſion de tous autres ; nul parent dans la nature ne peut concourir avec eux, aucun pareillement n'y peut concourir dans le droit de ſuccéder.

Recte prætor à liberis initium fecit ab inteſtato ſucceſſionibus ut ſicuti contra tabulas ipſis defert, ita & ab inteſtato ipſos vocet, loi 1, §. 2, ff. *Si tabulæ teſtam. nullæ extabunt. Unde liberi*, & c'eſt ſur ces principes qu'ont été formés les art. 302 & 318 de la coutume.

II. Ils ſont ſaiſis indiſtinctement de tous les biens du pere ou aſcendant décédé ; la ſaiſine que la coutume leur donne eſt générale & nul bien n'en eſt excepté ; en effet, nul parent n'ayant avec eux aucun concours de proximité, comment pourroient-ils avoir un concours de ſaiſine & de faveur ? & la loi donne cette ſaiſine générale à tous ceux ſortis du défunt de la ſucceſſion duquel il s'agit, ſoit médiatement, ſoit immédiatement, ſauf entre eux la différence que produit dans la diviſion des biens, la repréſentation dont les effets feront la matiere du chapitre qui ſuit ; mais cet effet même eſt une ſuite du principe général qu'on vient de poſer.

Le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, ſect. 4, num. 1, pag. 39 ; ſur la régle *le mort ſaiſit le vif*, voyez le même traité, liv. 3, ch. 1, pag. 368 ; & c'eſt principalement aux deſcendans que cette régle s'applique, quoique générale ; cette excluſion embraſſe les aſcendans du défunt, de même que tous les autres parens, l. 11, cod. *de ſuis & legit. hæredibus* ; Dupleſſis, en ſa préface du traité des ſucceſſions, pag. 191 ; ce qui eſt auſſi conſtant parmi nous que dans le droit civil, qui admettoit cependant la limitation qu'on va voir, mais limitation qui eſt rejettée par l'art. 302 de la coutume.

III. Par le droit civil, la femme qui avoit été mariée ſans dot concouroit avec ſes enfans dans la ſucceſſion de ſon mari & y avoit une part, ce que le droit françois a rejetté & à quoi il a pourvu par l'établiſſement du douaire ; établiſſement dont la ſage prévoyance s'étend même ſur les enfans, & par conſéquent plus ſalutaire que celle du droit civil.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 39, num. 6 ; voyez ci-deſſus le titre du douaire.

CHAPITRE

CHAPITRE SECOND.

COMMENT LES ENFANS ET DESCENDANS SUCCÈDENT.

SECTION PREMIERE.

DE LA REPRÉSENTATION.

(Art. 319 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'elle a lieu à l'infini, & qu'il n'eſt pas néceſſaire d'être héritier de celui qu'on repréſente, mais que le degré étant rempli, elle ne peut avoir lieu.

I. LA repréſentation a lieu entr'eux à l'infini, & par ſon effet & ſa gradation, le deſcendant plus éloigné devient concurrent avec ceux qui ont la proximité du degré ſur lui, ſauf les ſubdiviſions qu'on expliquera ci-après, & qui naiſſent de la racine du principe primitif.

C'eſt la diſpoſition de la novelle 118, par laquelle l'empereur Juſtinien a mis la derniere main à la matiere des ſucceſſions, par l'ancien droit du royaume, la repréſentation n'y avoit pas lieu, même en ligne directe, ce qui étoit inconſéquent & même inhumain; Ricard, de la repréſentation, ch. 24, num. 22, pag. 539; le Maître, tit. 15, pag. 491: choſe étrange, qu'il ait fallu un certain tems pour reconnoître une vérité ſi ſenſible par elle-même, & qui avoit ſa racine dans la nature; cette maxime eſt atteſtée par Loyſel, tit. des ſucceſſions, reg. 5, & par les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. des ſucceſſions, num. 26; c'eſt droit commun, toute coutume contraire eſt injuſte.

II. Par l'effet de la repréſentation, les deſcendans d'un enfant à tel degré qu'ils ſe trouvent, concourent avec les enfans de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit; on dit à tel degré, puiſque ſon effet va à l'infini, & cet effet eſt de faire entrer les repréſentans dans la place & les droits du repréſenté; au moyen de quoi dans cette ligne, & lorſqu'il y a lieu à la repréſentation, les biens s'y partagent toujours par ſouches: partage qu'on développera par la ſection ſeconde de ce chapitre, & qui eſt une ſuite de la repréſentation.

Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 309, appelle avec raiſon les coutumes qui rejettent cette repréſentation, des coutumes dures, iniques & bizarres; auſſi dans les coutumes qui n'en font pas mention, il faut l'admettre ſuivant le droit commun du royaume; Ricard, de la repréſentation, ch. 8, num. 60, pag. 557: cependant on ſuit encore dans la coutume de Ponthieu une telle injuſtice, parce que le texte dur & bizarre de cette coutume, comme le dit Bretonnier, l'autoriſe; ſans doute que quelque jour l'autorité la fera ceſſer; ſur la derniere partie de la propoſition, voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 19: & le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 5, ſect. 1.

III. Par-là, c'eſt à-dire, par l'effet de la repréſentation, les petits enfans prennent collectivement la part que l'enfant qu'ils repréſentent, qui eſt leur pere, ayeul, ou biſayeul, auroit s'il vivoit: voilà l'effet juſte de la repréſentation, en la conſidérant en général, on va la développer.

Si quem eorum deſcendentium filios relinquentem, mori contigerit, illius filios, filias aut alios deſcendentes, in proprii parentis locum ſuccedere. Novel. 118, ch. 1; voyez Ricard, de la repréſentation, ch. 1, num. 6, pag. 535, & c'eſt ſur ces principes que l'art. 319 de la coutume a été formé.

IV. Pour profiter du bénéfice de la repréſentation, il n'eſt pas néceſſaire d'être héritier de celui qu'on repréſente; c'eſt un bénéfice de la loi, abſolu, général, fondé ſur les droits du ſang, & par conſéquent indépendant de la qualité civile & accidentelle d'héritier de la perſonne qui eſt repréſentée; d'où il s'enſuit qu'il n'eſt pas néceſſaire d'être ſon héritier.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 192, à la fin; le Brun, même traité, pag. 435, num. 10 & 11, & ſuivans; Ricard, en ſon traité de la repréſentation, ch. 1, num. 10, pag. 536, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle ci.

V. En effet, la repréſentation n'eſt pas une tranſmiſſion des droits de la perſonne repréſentée, mais une ſaiſine légale de ſon degré; tel eſt en cela l'objet de la loi & la conſommation de ſa diſpoſition qui eſt abſolue: cela eſt de droit commun, qui s'applique dans le cas de l'exhérédation.

Dupleſſis, au même endroit; de-là il s'enſuit que les enfans de l'exhérédé viennent par repréſentation, ſi leur pere eſt mort avant leur ayeul, & ce contre d'autres enfans, pourvu que l'exhérédation n'ait pas été prononcée à l'occaſion d'un mariage contracté ſans le conſentement du pere, comme on l'a vu ci-deſſus; & ils viendroient même à la ſucceſſion, quoique leur pere fût vivant, s'ils n'avoient à combattre que des collatéraux de leur ayeul; le Brun, des ſucceſſions, pag. 439.

num. 10 & ſuivans, parce qu'en ce cas, ils ſont ſaiſis de leur chef, ce qui ſert à prouver la propoſition qui réſulte de l'art. 319; en effet, dans le dernier cas il n'eſt point queſtion de repréſentation: c'eſt ſaiſine perſonnelle.

VI. Il n'eſt pas même néceſſaire que celui qui vient par repréſentation, ſoit né, ni même conçu du vivant de celui qu'il vient repréſenter; encore une fois, l'effet de la repréſentation eſt de placer le repréſentant dans le degré qu'occupoit le repréſenté: ce qui a lieu lorſque c'eſt un deſcendant au troiſieme degré qui ſe préſente.

Ricard, de la repréſentation, ch. 8, num. 61, pag. 557, & cela eſt ſuite du texte.

VII. Mais il faut vacance du degré; en effet, le degré étant rempli, on ne peut s'y placer par la force de la repréſentation; elle n'a pas lieu en cas-là, la fiction ne pouvant aller plus loin que la vérité: ainſi les enfans de l'exhérédé ne peuvent par le bénéfice de la repréſentation, venir à la ſucceſſion de leur ayeul lorſque leur pere exhérédé eſt vivant.

Dumoulin, ſur le 241 art. de la coutume du Maine; Louet, let. R, num. 41; Dupleſſis, pag. 193, & le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, ſect. 6, diſtinct. 1, num. 25, pag. 48 & 49, & pag. 436, num. 14, & tel eſt ſur cela le droit commun.

VIII. Venons à une autre conſéquence de cette régle, qu'il faut pour qu'il y ait lieu à la repréſentation, que le degré ſoit vacant; de cette régle il s'enſuit, que lorſqu'il y a pluſieurs enfans d'un défunt, & que l'un d'eux renonce à la ſucceſſion, les enfans de ce renonçant n'ont aucune part dans la ſucceſſion de leur ayeul, ne pouvant occuper un degré qui eſt rempli par leur pere; ce qui influe ſur les enfans de l'exhérédé qui eſt vivant: c'eſt même principe.

Par le même principe, les enfans de celui qui eſt valablement exhérédé, ne peuvent venir à la ſucceſſion de leur ayeul, lorſque leur pere exhérédé eſt vivant; arrêt du 3 ſeptembre 1683, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 18: ce qui ne ſeroit pas, comme on l'a déja dit, s'ils n'avoient à combattre que des collatéraux; en effet, en ce cas ils n'auroient pas beſoin du bénéfice de la repréſentation, ils viendroient de leur chef; voyez Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 4, pag. 680, & ſuivantes; le Maître, tit. 15, pag. 481, confirme la propoſition qui naît de l'eſprit du texte & des principes de la repréſentation.

IX. Suivons la propoſition précédente: la raiſon qui fonde l'inhabilité des enfans du renonçant à venir, par l'effet de la repréſentation, à la ſucceſſion de leur ayeul, eſt non-ſeulement, comme on l'a déja obſervé, que le degré eſt rempli, mais encore que l'inſtant de l'ouverture de la ſucceſſion a déterminé ceux qui en étoient ſaiſis, & que la part du renonçant s'eſt accrue à celles des acceptans, qui étoient ſaiſis ſans concurrence entr'eux, & un petit-enfant plus éloigné qu'eux, ſauf cependant l'effet de la concurrence, s'ils étoient en égalité de degré: enfin, parce que ces petis-enfans, enfans du fils renonçant, n'ont aucun droit de leur chef, & qu'ils n'en pourroient avoir que par le droit de repréſentation qu'ils n'ont pas.

Voyez la dixieme partie du journal du palais, pag. 165 & 166, où toutes les autorités qui fondent cette propoſition ſont rapportées: le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, p. 46 & 47, où il traite la queſtion de part & d'autre; il conclut que les enfans du renonçant ne peuvent venir à la ſucceſſion, encore que leur pere eût renoncé *nullo accepto*. En effet, ils ne peuvent en ce cas profiter du bénéfice de la repréſentation, cependant cela ceſſeroit, s'il y avoit concurrence de degré, comme on va le voir par la diſtinction qui ſuit; cela me paroît naître de la coutume, & c'eſt ainſi qu'il faut entendre le ſentiment de le Brun.

DISTINCTION II.

Que néanmoins les repréſentans un renonçant étant en parité de degré en directe, concourent, & que la mort civile rend le degré vacant.

X. Si les enfans du fils renonçant, étoient en parité de degré avec les acceptans, en ce cas ils viendroient à la ſucceſſion; ce qui n'a lieu que dans la ligne directe & non dans la ligne collatérale, où la part du renonçant accroît aux acceptans: la faveur & la certitude de l'égalité dans la premiere, a fait rejetter ce qui dans l'autre deviendroit une ouverture à la fraude; parce que dans l'une on partage par ſouches, au lieu que dans l'autre on partage par têtes.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 193; le Brun, des ſucceſſions, pag. 47, eſt d'avis contraire; mais il convient à la page 46, qu'il n'a pas toujours été de cette opinion; voyez le même auteur, au même traité, pag. 436, num. 15; le Maître, tit. 15, pag. 481, confirme la propoſition qui eſt conforme à l'opinion commune, fondée ſur ce qu'en ligne directe on partage toujours par ſouche, & ſur la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XI. En effet, en ce cas les enfans du renonçant à une ſucceſſion directe, viennent de leur chef à la ſucceſſion; la loi les ſaiſit comme les autres en qualité des plus prochains, la renonciation de la part de leur pere renonçant, ayant un effet rétroactif qui fait qu'il n'a jamais été ſaiſi; il eſt vrai que cela ne ſeroit pas encore ſuffiſant, car on pourroit alléguer les mêmes raiſons en collatérale: mais ce qui décide en ce cas, c'eſt qu'ils n'ont que la part de leur pere, toujours ſujette à la légitime des autres, & qu'ils rapportent ce que leur pere a reçu.

Voyez les autres raiſons dans le Brun, pag.

46 ; mais ils rapportent ce que la perſonne qu'ils repréſentent a reçu du défunt ; voyez ci-après le chapitre des rapports, où cela eſt établi : rapport qui conſerve l'égalité, & écartant toute fraude, fonde la diſtinction dans la ligne directe.

XII. La mort civile laiſſe vacant la place & le degré que le mort civilement occupoit, parce que celui qui rempliſſoit ce degré eſt retranché de la ſociété, & eſt cenſé ne plus exiſter ; ainſi elle fait ouverture à la repréſentation, comme la mort naturelle, parce que dans ſes effets civils, elle imite tous les effets de cette derniere.

Dupleſſis, pag. 193 ; voyez ci-deſſus, où l'incapacité du mort civilement a été établie, & il eſt conſtant que la mort civile produit les effets de la mort naturelle ; c'eſt droit commun.

XIII. De-là il s'enſuit, que les enfans d'un homme mort civilement concourent avec leurs oncles, dans la ſucceſſion de leur ayeul ; la mort civile a rendu le degré vacant : par la repréſentation les petits-enfans entrent dans le degré, & par ce moyen deviennent au niveau de leurs oncles, & par conſéquent concourent avec eux, pourvu qu'ils ſoient nés d'un mariage contracté avant la mort civile ; mais il faut cette condition pour leur donner cette capacité, autrement ils n'en auroient pas.

Dupleſſis, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente ; Auſanet, ſur l'art. 319, pag. 291, eſt d'avis contraire, & exclut les enfans du mort civilement, tant que leur pere conſerve la vie naturelle ; opinion que je ne peux goûter, elle va à effacer l'effet principal de la mort civile, & à punir les enfans du crime de leur pere, ce qui ne me paroît pas pouvoir être admis.

☞ Il y a en effet une raiſon de douter fondée ſur ce que le fils étant devenu incapable de ſuccéder à ſon pere, ſon fils, en le repréſentant, ne peut ſuccéder à ſon ayeul, au lieu & place de ſon pere ; mais la raiſon de décider eſt que le petit-fils ſuccéde à ſon ayeul, non par repréſentation, mais par une ſubrogation légale au degré du pere ; ainſi le ſentiment d'Auzanet ne donne aucune atteinte à la propoſition de notre auteur, d'ailleurs établie par deux arrêts, l'un du 22 décembre 1584, remarqué par Tournet, ſur l'article 319 de la coutume, & l'autre du 24 mars 1603, rapporté tout au long avec le plaidoyer de Servin, au 10 liv. de ſes plaidoyers.

SECTION II.

De quelle portion ſont ſaiſis ceux qui viennent par repréſentation à une ſucceſſion directe.

§. I.

Quand il y a concours d'enfans en degré inégal, quelles ſont les portions entr'eux.

XIV. Tous les droits ſont ménagés dans l'établiſſement de la repréſentation ; tous ceux qui repréſentent une même perſonne, n'ont enſemble que la portion que la perſonne qu'ils repréſentent, auroit eû ſi elle eût vecu lors de l'ouverture de la ſucceſſion, ce qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt l'effet de la repréſentation.

Dupleſſis, pag. 192 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 436, num 19, & l'art. 308 de la coutume.

XV. La propoſition précédente eſt une ſuite néceſſaire du principe, qu'en directe, repréſentation a lieu à l'infini, ce qui a conduit droit au partage par ſouches & le rend dans cette ligne inévitable, comme on le verra ci-après ; autrement ce ſeroit faire replier la loi municipale ſur elle-même, & le bénéfice de la repréſentation, juſtement établi pour maintenir les droits des enfans dans une égalité qui a ſa racine dans la nature même, tendroit à autoriſer entr'eux l'inégalité.

Ricard, en ſon traité de la repréſentation, ch. 1, num. 6, pag. 535 ; Dupleſſis, pag. 192 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 441, num. 24 & 25 ; Loyſel, des ſucceſſions, rég. 8.

XVI. De-là il s'enſuit encore, qu'en directe on n'a pas égard au nombre des héritiers qui ſuccédent, mais ſeulement au nombre des enfans au premier degré, nés de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit ; & c'eſt ce nombre qui fixe les lots qu'on doit faire, & qui ſe ſubdiviſent enſuite, eu égard au droit & au nombre des repréſentans : voilà l'effet de la repréſentation.

Dupleſſis, à la même page 192 ; ce qui eſt d'un uſage certain, comme ſuite de l'eſprit de la coutume.

XVII. Le partage par ſouches, devient inutile lorſqu'il n'y a que des enfans au premier degré, ou plutôt, il ne différe plus de celui par têtes ; en effet, il ſe fait alors par têtes, parce que chacun eſt également ſaiſi, & que le nombre des héritiers fixe chaque part individuelle de chacun d'eux : c'eſt même principe ſous différence de nom.

Il faut obſerver que le partage ſubordonné qui ſe fait entre les repréſentans, lorſqu'il y en a, n'eſt qu'une ſubdiviſion qui leur eſt relative, ce qui conſomme le même principe.

§. II.

S'il y a repréſentation, quand il n'y a que des petits-enfans en degré égal.

XVIII. Malgré l'égalité du degré, quoiqu'il n'y ait que des petits-enfans venans à la ſucceſſion de leur ayeul, la repréſentation a lieu & eſt efficace ; en effet, en ce cas, le partage ſe fait toujours par ſouches & non par têtes, quoique nul des héritiers ne vienne à la ſucceſſion par repréſentation ; c'eſt le moyen de conſerver l'égalité dans les branches, & cela eſt une ſuite inconteſtable

de la premiere propoſition du paragraphe précédent.

Nepotes ex diverſis variis numeri, avo ſuccedentes, ab inteſtato, non pro virilibus portionibus, ſed ex ſtirpibus ſuccedunt, l. 8, cod. *de ſuis & legit. hæred.* Le parlement a fait honneur à Azon, d'adopter ſon ſentiment par un arrêt de réglement; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 441, num. 24 & 25; c'eſt un autre effet de la repréſentation, & toujours ſuite du même principe qui a l'égalité pour baſe; cela eſt atteſté par Loyſel, des ſucceſſions, rég. 8; il eſt étrange que cela ait été conteſté.

XIX. Cela a lieu, & il faut toujours partager par ſouches, parce qu'il faut toujours égalité, nonobſtant l'égalité du degré qui n'empêche pas l'inégalité de la ſaiſine, puiſque ce n'eſt pas le nombre des héritiers ſuccédans qu'il faut conſidérer, mais ſeulement celui des enfans du premier degré, tant ceux qui ſont exiſtans, que ceux qui ont laiſſé poſtérité; ce qui aſſujettit les petits-enfans de rapporter à la maſſe ce que leur ayeul avoit donné à leur pere: néceſſité de rapport qu'on examinera dans ſon ordre.

Mais dans le cas qu'une mere a laiſſé trois enfans qu'elle auroit doté, mais inégalement, que les trois enfans qui ont renoncé, ont chacun des enfans, & que la ſucceſſion eſt acceptée par les petits-enfans des trois branches, ces petits-enfans, en partageant par ſouches, ſeront-ils obligés de rapporter ce qui a été donné par leur ayeul à leur mere? Par l'arrêt rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 160, il a été jugé qu'en ce cas ils n'étoient pas obligés au rapport, & qu'ils devoient ſeulement partager les biens qui ſe trouvoient dans la ſucceſſion, parce que la repréſentation n'a été introduite que par un ſentiment d'équité pour conſerver aux petits-enfans la portion qu'auroit eu leur pere ou mere, s'ils ne fuſſent prédécédés, & que leur pere ou mere l'avoient déja en leur poſſeſſion, puiſque pour la conſerver, ils avoient renoncé; mais ces raiſons ſemblent conduire à un partage par tête, & non à un partage par ſouches: il y a donc lieu de penſer qu'il y avoit quelques circonſtances dans l'eſpece de cet arrêt, cellantes leſquelles il me paroît qu'il faudroit rapport & partage par ſouches; le droit de ces enfans a toujours ſa racine dans la loi. Je ne penſe donc pas qu'on puiſſe tirer cet arrêt à conſéquence.

XX. De la propoſition précédente, il s'enſuit que ſi un pere a eu deux enfans morts avant lui, dont l'un laiſſe un enfant, l'autre quatre, on ne fait que deux lots, & le petit-fils iſſu unique d'un enfant autant que les quatre autres, ni l'un ni les autres ne devant perdre ni profiter du prédécès de leur pere; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus & le juſte effet de la repréſentation: c'eſt toujours le même principe que ces différentes eſpeces développent.

Dupleſſis, pag. 192, & l'arrêt de réglement cité ſur la premiere propoſition du préſent paragraphe; c'eſt ce que cet arrêt a jugé.

CHAPITRE TROISIEME.

COMMENT LES BIENS SE PARTAGENT ENTRE LES ENFANS.

SECTION PREMIERE.

DU PARTAGE ENTR'EUX DE TOUS LES BIENS DANS LA THÈSE GÉNÉRALE, ET ABSTRACTION FAITE DES FIEFS.

[Art. 302 de la coutume.]

I. CESSANTES les diſpoſitions de l'homme (le fief & terres nobles exceptés, & dont on verra par la ſuite la diviſion & le partage particulier que la loi municipale en fait entre les enfans par le privilége qu'elle y accorde à l'aîné) tous les biens doivent ſe partager également entre ceux du premier degré, & par rapport à ceux du ſecond, ou autre ſubſéquent degré, ſuivant qu'il a été expliqué dans la ſection derniere du chapitre précédent, où l'on a examiné l'effet que produit la repréſentation par rapport à la diviſion des biens; tel eſt le droit des deſcendans, notre coutume n'admettant aucune diſtinction entre les nobles & les roturiers, ſauf le droit de l'aîné ſur les fiefs, qui a lieu indiſtinctement, abſtraction faite de la nobleſſe: voilà l'idée générale du partage.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, pag. 194, & cela réſulte des art. 302 & 319 de la coutume; ſur la limitation, voyez les différentes diſtinctions de la ſection qui ſuit, qui concerne le droit d'aîneſſe.

II. De-là il s'enſuit, qu'on fait autant de lots qu'il y a de ſouches, & chaque ſouche a un lot; ce qu'on a déja obſervé en expliquant l'effet de la repréſentation, & que l'ordre veut qu'on reprenne en traitant de la diviſion des biens, cela étant une conſéquence de la propoſition précédente; mais ſi l'un

des enfans avoit cédé sa portion à un étranger, il est permis aux autres d'exclure l'étranger du partage, en lui remboursant le prix de sa cession; c'est favorable exception: en effet, sa présence dans le partage, son droit dans la division pourroit leur être préjudiciable, & c'est ce préjudice qui fonde ce droit, par l'exercice duquel ils s'en mettent à l'abri.

Cela s'observe au châtelet, & est établi sur le titre des cessions & transports; voyez la citation sur la proposition qui suit, elle est commune à celle-ci.

III. Si la cession avoit été faite par un petit-fils, ses freres & sœurs qui auroient à subdiviser avec l'étranger cessionnaire, des droits héréditaires de l'un d'entre eux petits-enfans issus d'une même branche, sont préférables pour ce aux autres héritiers; c'est une suite de l'exception: & pourquoi? c'est qu'ils ont d'abord le droit de ces derniers, & outre ce une subdivision à faire, qui les rend préférables.

Voyez le Brun, des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 3, & tel est l'usage du châtelet.

SECTION II.

Des droits de l'aîné sur les fiefs.

(Art. 13, 14, 15 & 16 de la coutume).

DISTINCTION PREMIERE.

Du motif du droit d'aînesse, & que ce droit est de droit public.

IV. La section précédente & le partage égal qu'elle contient reçoivent une notable exception; en effet, la loi regardant les fiefs comme l'appui des familles, en fait leur soutien, en donnant dans iceux à l'aîné, plus de droit qu'aux autres enfans: ainsi par rapport aux fiefs, la division égale mentionnée dans la section précédente, n'a pas lieu; la loi en fait une autre, qui est fondée sur ce que la noblesse est un des principaux soutien de l'état, qu'elle employe ses biens à le servir, & que des partages égaux & réitérés la faisant tomber dans l'indigence, la mettroit hors d'état de s'acquitter de ce devoir; c'est par ces raisons que la loi assure à l'un des enfans, qui devient comme le chef de la famille, une portion dans les fiefs, plus considérable qu'aux autres: avantage qui doit toujours lui rappeller le motif qui l'a fait établir, en quoi la loi a eu principalement la noblesse pour objet, quoique sa disposition influe sur les roturiers possédans des fiefs; mais si l'on ajoute à ce privilége, ne le porte-t-on pas trop loin?

Les avantages que les pere & mere peuvent joindre à ceux de la loi en faveur de l'aîné, sont regardés si favorablement, que par l'arrêt du 6 juin 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43, il a été jugé que l'aîné pouvoit être légataire universel dans une coutume, & héritier dans une autre; preuve de la faveur qu'on accorde à l'aîné, ce qui ne seroit pas sans difficulté, si la question se présentoit de nouveau; mais on a porté loin cette faveur, comme on le verra en traitant de la légitime. Sur la question de savoir, si l'aîné conserve ses avantages sur le prix du fief acquis par son pere, sous faculté de réméré, lorsque la faculté est exercée depuis l'ouverture de la succession du pere, voyez Louet, let. R, num. 15, le Maître, tit. 15, pag. 462, tient l'affirmative; ce qui est conforme au sentiment de le Brun & de Renusson, qu'il cite; ce qui est conforme aux principe des actions, qui tiennent de la nature de l'objet auquel elles tendent, comme on l'a établi dans le second livre: il faut donc conclure que sur un tel prix, l'aîné conserve les droits qu'il avoit sur le fief; cela est suite de la coutume & de l'éviction que l'aîné essuie.

V. L'objet de ces avantages que la coutume fait à l'un des enfans sur les fiefs, est l'aîné des mâles & non aucun autre des enfans; d'où il s'ensuit que c'est la nature, non le choix ou le caprice du pere qui fait un aîné, & par conséquent qui détermine celui des enfans qui doit profiter de ces avantages; ce qui milite même dans le cas de deux jumeaux, le choix du pere n'auroit fait que troubler l'ordre, & enfanter les inimitiés & les jalousies.

S'il y a deux jumeaux, celui qui est né le premier, a le droit d'aînesse; si la priorité de la naissance n'a pas été constatée, en ce cas, le droit d'aînesse se partage entre les deux jumeaux; Henrys, tom. 2, liv. 6, quest. 8; ce qui fonde la proposition & que la suivante confirme.

VI. En effet, pour confirmer encore la proposition précédente, si la volonté du pere eût pu former un aîné, les jalousies eussent désolé les familles, & l'enfant choisi en seroit devenu plus plein de sa propre estime; la primogéniture à laquelle ce droit est attaché, écarte sagement ces inconvéniens: c'est donc à elle seule sur ce droit à laquelle il faut s'attacher, telle est la lettre & l'esprit de la coutume, & ce droit tant que la succession n'est pas ouverte, n'est pas même cessible de la part de l'aîné à un puîné; c'est droit public auquel le particulier ne peut déroger.

Ce droit ne peut même du consentement de l'aîné être transféré à un puîné; arrêt rapporté par Louet, let. E, num. 7; ce qui confirme de plus en plus la proposition précédente, ainsi que celle-ci.

VII. Les avantages que la coutume assure à l'aîne, sont de droit public; qualité de laquelle il résulte, que le pere ne peut, ni directement, ni indirectement, déroger au

doit d'aîneſſe, c'eſt-à-dire, en priver celui à qui la loi l'aſſigne ; c'eſt la loi qui le lui donne, & le pere n'a pu ſe ſouſtraire à ſa diſpoſition ; & par conſéquent ce ſeroit en vain, laiſſant un fief dans ſa ſucceſſion, qu'il ordonneroit un partage égal.

Cela réſulte de l'arrêt cité ſur la propoſition précédente, d'où il s'enſuit, qu'il ne peut ordonner un partage égal de ſes fiefs entre ſes enfans; le Brun, des ſucceſſions, pag. 165, num. 30; le Maitre, tit. 15, ch. 1, pag. 460: ce ſeroit de ſa part contrevenir à la loi municipale, & s'ériger en réformateur de ſa diſpoſition, ce qu'il ne peut faire, & ce qui fonde la propoſition.

VIII. Cela eſt encore fondé, ſur ce qu'outre que ce n'eſt pas ſon choix qui le fait, ces prérogatives que la loi fait à l'aîné, ſont regardées parmi nous comme faiſant partie du droit public, & auquel par conſéquent les particuliers ne peuvent déroger ; le pere n'y peut donc donner atteinte, ſauf la limitation que contient la diſtinction qui ſuit au ſujet des diſpoſitions de fiefs, pourvu qu'elles ne ſoient pas faites au profit d'enfans puînés.

Par le même principe, il ſemble qu'un pere par une convention avec le ſeigneur, ne peut éteindre & ſupprimer la qualité féodale de ſon héritage, & en faire une roture au préjudice des droits de ſon aîné ſur icelui; arrêt du 13 février 1632, rapporté par Bardet, t. 2, liv. 1. ch. 7. Cependant Dumoulin, ſur l'art. 8, de la coutume, gloſ. 3, num. 23, & le Brun, des ſucceſſions, pag. 168, num. 36, ſont de ſentiment contraire; ce que je n'adopte pas, parce que ce ſeroit toujours de la part du pere contravention à une loi impérieuſe, qu'il n'eſt pas en ſon pouvoir d'éluder : contravention de ſa part, que le concours du ſeigneur ne paroît pas pouvoir purifier.

DISTINCTION II.

Si un pere peut diſpoſer de ſon fief au préjudice du droit d'aîneſſe, & ſi ce droit a lieu entre roturiers.

IX. Approfondiſſons ce que nous avons annoncé : l'établiſſement du droit d'aîneſſe, n'emporte pas dans la perſonne d'un pere poſſeſſeur d'un fief, l'incapacité de diſpoſer d'un fief ou de pluſieurs, quoique la vente préjudicie au droit d'aîneſſe ; ce droit ſe réduit à empêcher un pere de diſpoſer de ſon fief en faveur d'un de ſes puînés, au préjudice de ſon aîné, & ne va pas au de-là ; ainſi toute autre diſpoſition lui eſt permiſe, c'eſt l'effet de la puiſſance générale que la loi a confié à l'homme.

Voyez Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 2, pag. 206, à la fin; autrement cet établiſſement emporteroit interdiction relativement aux fiefs, ce qui ſeroit injuſte, & par conſéquent éloigné de l'eſprit de la loi municipale.

X. Voyons les effets de cette capacité : un homme ayant enfans mâles, peut diſpoſer par donation entre-vifs, & même par legs, de ſon fief en faveur d'un étranger ; mais il ne le pourroit, comme on le verra ci-après, en faveur d'un puîné, au préjudice de l'aîné ; dans ce dernier cas, ce ſeroit contravention à la loi ; dans le précédent, c'eſt ſon exécution.

Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer; ce que la propoſition ſuivante confirme encore.

XI. Il le pourroit même dans le cas qu'il auroit marié ſon fils aîné, comme aîné & principal héritier ; cette déclaration n'eſt tout au plus qu'inſtitution d'héritier, qui n'empêche pas l'inſtituant de diſpoſer à titre particulier : faculté qui s'étend ſur les fiefs, comme ſur les autres biens, pourvu que la diſpoſition du fief ne ſoit pas faite au profit d'un puîné; c'eſt la limitation à ce pouvoir, mais hors cette limitation, l'inſtitution d'héritier n'empêche pas l'inſtituant de diſpoſer à titre particulier.

Voyez ci-après le titre des inſtitutions d'héritier; la note de Dumoulin, qui traitant de telles inſtitutions, a dit, *non impedit quin donator diſponere poſſit titulo particulari;* ce qui établit la propoſition.

XII. Mais un pere ne peut diſpoſer de ſon fief par libéralité, c'eſt-à-dire, par donation entre-vifs, ou par teſtament, en faveur d'un de ſes puînés, au préjudice de ſon aîné ; & ce quand même l'aîné n'auroit pas été marié comme aîné, ſa qualité qu'il tient de la nature, lui ſuffit pour revendiquer des mains d'un puîné la portion dans le fief que la loi lui a aſſigné ; parce qu'encore une fois telle diſpoſition ſeroit une contravention à ſon droit, ce qui écarte toute tranſlation du droit d'aîneſſe

Le Maître, tit. 15, pag. 460 ; & la tranſlation du droit d'aîneſſe, faite du conſentement de l'aîné en faveur d'un puîné, doit être rejettée; le Brun, des ſucceſſions, pag. 166, num. 37 & ſuivant. Il y apporte une limitation (ſi ce n'eſt que le fils aîné fût majeur) ce qui me paroît ſouffrir beaucoup de difficulté, le droit d'aîneſſe étant, ſuivant l'avis du même auteur, portion du droit public, auquel les particuliers ne peuvent par conſéquent déroger; ainſi je n'adopte pas cette limitation, elle eſt contraire à l'eſprit de la coutume.

☞ L'opinion de le Brun eſt contraire à la juriſprudence : il y a en effet un arrêt du 14 avril 1616, rapporté par Auzanet, liv. 2, ch. 31, qui a déclaré nulle la renonciation au droit d'aîneſſe faite par un aîné prêtre, en faveur de ſon frere puîné, par ſon contrat de mariage du conſentement de ſes pere & mere : déciſion qui fait bien voir que le droit d'aîneſſe eſt une portion du droit public, auquel il n'eſt pas permis de déroger.

XIII. Si le pere le fait, c'eſt-à-dire, que ſi le pere diſpoſe d'un fief en faveur d'un puîné, vrai objet de la prohibition ou de l'incapacité, le fils aîné a l'action pour faire révoquer cette donation, juſqu'à une certaine quan-

tité qu'on verra par la propoſition qui ſuit: révocation qui eſt une ſuite néceſſaire de la prohibition & de l'incapacité du puîné, de profiter d'un tel avantage au préjudice de ſon aîné; cela me paroît inconteſtable, comme étant une ſuite néceſſaire de ce que deſſus, & ce qui peut même quelquefois influer ſur une donation en deniers.

La donation en deniers, & à prendre ſur tous les biens, ſeroit même révocable pour partie, ſi elle donnoit atteinte au droit d'aîneſſe, & qu'elle fût faite en faveur d'un puîné; arrêt du 14 avril 1654, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 36: ce même arrêt eſt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 73; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 167, num. 42; en effet, en ce cas même, c'eſt voye détournée: c'eſt fraude à un droit que le pere n'a pu faire paſſer à un puîné.

XIV. Cette action révocatoire de la donation d'un fief faite à un puîné, & militante en faveur de l'aîné, n'a lieu que juſqu'à concurrence de ce qui doit appartenir à l'aîné dans le fief en qualité d'aîné, & non pour l'excedent pour lequel la diſpoſition du pere vaut, parce que pour ce, il n'y a ni incapacité, ni prohibition; & par conſéquent nul intérêt, nulle action de la part de l'aîné.

De-là il s'enſuit, que la légitime de l'aîné eſt préférable à la dot en deniers, qui auroit été promiſe à ſa ſœur; voyez l'arrêt cité ſur la derniere propoſition, & celui du 1 juillet 1647, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 2, ch. 25: légitime qui embraſſe la totalité de ſon droit d'aîneſſe en ce cas, comme on le verra par la ſuite, cela demandant un examen très-détaillé.

XV. Si l'aîné n'exerce pas l'action révocatoire, il a droit d'indemnité ſur les autres biens, il a l'option entre l'un & l'autre droit, & cette action lui conſerve toute l'étendue de ſon action.

Ne ſeroit-il pas plus régulier de ne lui donner en ce cas que l'action révocatoire, par la régle que l'aſcendant a fait ce qu'il ne pouvoit faire, ſans lui donner l'option qui ſemble le rendre maître quant à ce du droit de ſes autres freres & ſœurs? Mais ce qui me paroît lever la difficulté, eſt qu'il n'en eſt maître que bien imparfaitement, puiſque ſon action révocatoire de la donation du fief, ouvre en faveur du donataire d'icelui, une action en garantie contre les autres enfans.

XVI. Par la diſtinction ci-deſſus expliquée, on voit que par rapport aux diſpoſitions de fief faites en faveur des puînés, la loi eſt plus rigoureuſe qu'à l'égard des diſpoſitions des mêmes biens, faites en faveur d'étrangers: c'eſt l'effet de ſa ſage prévoyance; & cette rigueur eſt fondée, ſur ce que dans le premier cas, la contravention à ſa diſpoſition eſt apparente, non dans l'autre, & que la loi défend plus rigoureuſement ce qui arriveroit, ſans ſa prévoyance, plus ordinairement; tels ſont les motifs de ſa prohibition & de cette diſtinction prudente & ſalutaire.

Dumoulin, ſur la coutume, §. 13, gloſ. 3, *in verbo*, pour ſon droit d'aîneſſe, n. 7, dit *Pater, non poteſt ullo modo aufere, transferre, diminuere, vel alterare, quia iſtud non eſt beneficium patris, ſed legis, ſive conſuetudinis, unde non poteſt à patre auferri*; ce qui confirme ce que deſſus, qui me paroît généralement adopté, mais limité aux diſpoſitions de fiefs, faites au profit des puînés; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 163, num. 21.

XVII. Le droit d'aîneſſe eſt indépendant de la nobleſſe; le fils aîné du roturier a ſur les fiefs, dépendans de la ſucceſſion de ſon pere, ou autre aſcendant, les mêmes droits que le fils aîné du noble; c'eſt réalité, parce que la loi, à cet égard, conſidére plus la nature du bien, que la nobleſſe perſonnelle; par conſéquent le fils du roturier a ſur les fiefs, le même droit que le fils aîné du noble.

Il en eſt autrement dans les coutumes qui défendent aux roturiers de poſſéder des fiefs; telle eſt celle de Vitry: arrêt de réglement du 16 mars 1678, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 416, où cette queſtion eſt très-doctement traitée; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 181; arrêt qui jugeant l'exception, confirme la régle générale que contient la propoſition; il en eſt de même dans les coutumes qui ne donnent droit d'aîneſſe qu'aux nobles, telles que ſont les coutumes de Troyes & de Chaumont en Baſſigny; voyez la propoſition qui ſuit.

XVIII. Il y a une autre raiſon qui fonde encore la propoſition précédente; c'eſt que les familles roturieres riches, remplacent les familles nobles qui s'éteignent, qui ont eu comme celles-là une ſemblable origine; c'eſt ſage politique: il a donc été juſte pour le maintien de l'ordre public, de donner ſur ce au roturier, le même droit qu'au noble; voilà l'eſprit de notre coutume.

De-là il s'enſuit, que la fille qui auroit droit d'aîneſſe, ne le perdroit pas par le mariage qu'elle auroit contracté avec un roturier; Lapeyrere, let. A, ſous le mot (aîneſſe) num. 32, pag. 14, de l'édition de 1725: ce qui ne peut avoir lieu que pour les coutumes qui donnent ce droit à l'aînée des filles, au défaut de mâles, & non à Paris, où l'aînée des filles n'a pas ce droit, ce qu'il ſeroit juſte & conſéquent d'étendre, dans le cas que ce ſont des filles qui repréſentent un aîné mâle.

SECTION III.

A qui appartient le droit d'aîneſſe.

XIX. La nature, comme on l'a déja dit, détermine celui à qui il appartient; le choix du pere eſt pour ce ſans effet; c'eſt donc l'aîné mâle, ſuivant la nature, auquel ce droit appartient.

Dupleſſis, pag. 145, & les propoſitions ſuivantes, & il le tranſmet à ſa poſtérité, comme on l'établira par la ſection cinquieme ci-après; tranſmiſſion qu'il ſeroit conſéquent de ne pas admettre en certain cas.

XX. Lorſqu'il y a deux jumeaux, il appartient à celui qui eſt né le premier; il eſt l'aîné des deux: c'eſt donc à lui à qui doivent appartenir les droits que la loi défére à l'aîné, comme on l'a déja obſervé.

Dumoulin, ſur l'article 8 de la coutume: le Brun, des ſucceſſions, pag. 157, num. 9: Lapeyrere, let. A, num. 33, pag. 14: Mornac, ſur la loi 1, ff. *de ſtatu hominum*, les fait concourir, ce qui n'eſt bon que lorſqu'il y a incertitude ſur la priorité de la naiſſance; le Maître, pag. 459, veut que le ſort en décide, ce qui n'eſt nullement ſuivi; voyez ſur ce Henrys, cité ſur la ſeconde ſection, propoſition troiſieme; la propoſition eſt encore confirmée par d'Argentré, *du partage des nobles*, queſt. 13, & par le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 2, ſect. premiere.

XXI. Le légitimé par ſubſéquent mariage, a droit d'aîneſſe ſur ſes freres & ſœurs nés du mariage qui a produit ſa légitimation; elle produit à leur égard un effet rétroactif, elle le ſaiſit donc à leur égard du droit d'aîneſſe; en effet, il eſt l'aîné de la famille, & ſaiſi de ce droit avant la naiſſance de l'enfant premier né de ce mariage ſubſéquent: mais, comme on l'a vu dans le chapitre de la légitimation, & comme on l'a vu encore dans la premiere partie de ce titre, s'il y avoit eu un mariage intermédiaire, & que de ce mariage il y eût eu un fils, le fils aîné par la nature, & légitimé par le mariage ſubſéquent, n'a pas droit d'aîneſſe, parce qu'il ne peut enlever à un tiers, un droit qui lui étoit déja acquis; autrement ce ſeroit rendre la loi contradictoire, & détruire une de ſes diſpoſitions par une autre.

Lapeyrere, let. A, num. 47, pag. 15, de l'édition de 1725; le Brun, des ſucceſſions, pag. 158, num. 14, eſtime que le légitimé a droit d'aîneſſe au préjudice de l'enfant légitime qui en auroit été ſaiſi; c'eſt une opinion ſinguliere qui feroit perdre un droit déja acquis à un autre, & qui par conſéquent, ne peut pas faire d'impreſſion; voyez le Maître, pag. 460 de la derniere édition.

XXII. Le ſacerdoce reſpectable, l'imbécillité mépriſable, ou la fureur du fils aîné, ne le privent pas de ce droit dans la théſe générale; cet état conduit à le protéger dans ſes droits & non à l'en dépouiller, & le premier en attachant à ſa perſonne un juſte reſpect, n'a pas affoibli ſes droits civils.

Dumoulin, *verbo* le fils aîné, gloſ. 1, num. 25: Lapeyrere, pag. 12; de l'édition de 1725, excepté en principauté ſouveraine, c'eſt la juſte limitation que ces auteurs y apportent: mais comme l'imbécillité dans la théſe générale, ne prive pas l'aîné de ſon droit d'aîneſſe, il faut ajouter, encore moins le ſacerdoce, qui n'a rien d'incompatible avec le droit d'aîneſſe; le même auteur, let. P, ſur le mot prêtre, pag. 334, déciſion 105: le Maître, tit. 15, pag. 459: ce qui me paroit inconteſtable.

SECTION IV.

Que les filles n'ont aucun droit d'aîneſſe; que néanmoins les petites filles repréſentantes l'aîné, l'ont, la repréſentation y ayant lieu.

(Art. 19 & 324 de la coutume.)

XXIII. Le défunt ne laiſſant que des filles, étant au premier degré ſans aucun mâle, ou n'en laiſſant aucune repréſentante un aîné mâle, il n'y a aucun droit d'aîneſſe entr'elles, & par conſéquent, dans le partage de ſa ſucceſſion, nul préciput, nulles portions avantageuſes à former; ce qui arrive par conſéquent en deux cas: le premier, quand le défunt ne laiſſe que des filles qui le ſurvivent & qui ſont ſaiſis de ſa ſucceſſion; le deuxieme, lorſqu'il n'a eu que des filles, mais mortes avant lui, & qui ont laiſſé des mâles qui n'ont, comme leur mere, aucun droit d'aîneſſe à prétendre.

Tiracqueau, *de jure primogen.* queſt. 10; le Maître, tit. 15, pag. 468, & Dupleſſis, pag. 194, dit que ce droit ayant été établi pour la conſervation des familles, ne peut être pour les filles, puiſqu'elles en ſortent: cette réflexion juſte par elle-même, n'a cependant pas lieu dans le cas de la repréſentation: peut-être, ſuivant ce véritable eſprit de la loi, devroit-il en être autrement; cela me paroit ainſi, & l'on y viendra peut-être quelque jour.

XXIV. Cependant les filles repréſentantes l'aîné mâle, recueillent collectivement le droit d'aîneſſe, que leur pere auroit eu s'il avoit ſurvécu le ſien, & le partagent également & ſans prérogative en faveur de l'aînée d'entr'elles; cela eſt peu conſéquent à l'eſprit de la coutume, ou du moins me paroît tel & auroit, je penſe, beſoin de réformation; en effet, en ce cas, la fin du droit d'aîneſſe n'eſt point rempli.

Voyez le 41 arrêt du recueil de le Veſt; Dumoulin, ſur l'art. 8, gloſ. 3 de la coutume de Paris, & les citations ſur la propoſition qui ſuit. Quoi qu'il en ſoit, c'eſt la diſpoſition de l'art. 324, de la coutume; ainſi il faut s'y tenir juſqu'à ce que l'autorité faſſe ceſſer une telle diſpoſition nullement conſequente aux autres.

XXV. Cette juriſprudence eſt fondée ſur ce que par le bénéfice de la repréſentation, elles ont conjointement le droit de leur pere; mais cela eſt peu ſatisfaiſant, encore une fois, puiſque cela va directement contre la fin que la coutume s'eſt propoſée dans l'établiſſement du droit d'aîneſſe, qui eſt le maintien du chef de la famille; ſoutien qu'on ne peut trouver dans une fille qui par le mariage perd ſon nom, & fait paſſer ſes biens dans une autre famille; ce qui juſtifie l'obſervation qui termine la propoſition précédente.

Dupleſſis,

Dupleſſis, pag. 195; le Brun, des ſucceſſions, pag. 55, num. 4; en ce cas, on pourroit dire, que c'eſt préférer la lettre de la loi à ſon eſprit, & que cela eſt une inconſéquence; il faut cependant s'y tenir.

XXVI. Des deux propoſitions précédentes, il s'enſuit que l'aîné mâle, étant mort avant ſon pere, les enfans qui le repréſentent, prennent dans la ſucceſſion de leur ayeul, le droit d'aîneſſe, tel que leur pere l'eût pris, ce qui eſt d'autant moins inconteſtable, par rapport aux petits-enfans mâles, qu'on a vu dans les propoſitions précédentes, que cet effet de la repréſentation avoit même lieu en faveur des petites-filles repréſentantes l'aîné mâle; ce qui ne peut donc ſouffrir difficulté par rapport aux mâles, & ce qu'on examinera plus au long par la ſection qui ſuit, où l'on verra que dans l'effet qu'on donne en ce cas à la repréſentation, tous les principes ſont conſervés.

Dupleſſis, pag. 195, & 201; le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 160, num. 16; Ricard, en ſon traité de la repréſentation, ch. 1, num. 6, pag. 535; le Maître, pag. 469: ce qui eſt inconteſtable quand il y a des mâles; mais ce que j'ai peine à goûter quand l'aîné n'eſt repréſenté que par des filles; en effet, en ce cas, je répéterai qu'il paroîtroit plus conforme à l'eſprit de la coutume, de faire paſſer le droit d'aîneſſe dans la perſonne du ſecond des mâles, puiſque ce droit établi pour la conſervation des familles, ne paroît pouvoir être pour les filles qui en ſortent, comme Dupleſſis l'obſerve.

XXVII. Si le défunt n'avoit eu qu'une fille morte avant lui, il y a droit d'aîneſſe entre les enfans de cette fille, qui ſuccédent en ce cas de leur chef; mais c'eſt cela ſeul qui fonde ce droit, & non la repréſentation dont ils ne ſe ſervent pas, & pour cela il faut qu'il y ait un mâle; s'il n'y avoit que des filles, nul droit d'aîneſſe.

Le Maître, tit. 15, pag. 468; voyez la cinquieme partie du journal du palais, pag. 142; & tel eſt l'uſage.

SECTION V.

De l'effet de la repréſentation dans la ſubdiviſion relativement au droit d'aîneſſe & aux puînés.

(Art. 324 de la coutume.)

XXVIII. Non-ſeulement les petits-enfans repréſentans l'aîné prennent conjointement le droit d'aîneſſe, que leur pere qui étoit l'aîné auroit eu, comme on vient de le voir; mais encore entr'eux & dans leur ſubdiviſion, l'aîné prend le droit d'aîneſſe, ce qui a lieu, quoiqu'il ait déja pris droit d'aîneſſe dans la ſucceſſion de ſon pere; ce ſont tous droits diſtincts, & qui doivent chacun avoir leur exécution; tel eſt l'eſprit de la diſpoſition de la coutume qui eſt ſur cela générale en faveur des aînés mâles, & embraſſe toute ſucceſſion directe.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, pag. 202; les autorités rapportées ſur la propoſition qui ſuit confirment la ſeconde partie de la propoſition, de laquelle il réſulte que l'aîné de la branche aînée a ſeul le droit de choiſir le préciput dans la ſucceſſion de ſon ayeul, ſans que ſes freres puiſſent conteſter ce choix, puiſque ce choix l'intéreſſe ſeul.

XXIX. Pareille opération ſe ſuit dans la ſubdiviſion de chaque lot échu aux petits-enfans repréſentans un puîné; l'aîné d'entr'eux prend droit d'aîneſſe ſur les biens nobles qui ſont tombés dans leur lot; & s'il y a de quoi fournir en nature un préciput à chaque branche de puînés, le droit du préciput appartient à l'aîné de chacune d'elle; c'eſt droit acquis dans chaque ſubdiviſion, comme il l'eſt dans la ſucceſſion de l'ayeul pour la branche aînée.

Tiracqueau, en ſon traité du droit d'aîneſſe, queſtion 42, après avoir agité la queſtion de part & d'autre, eſt reſté dans l'indéciſion; voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 156 & 157, où il atteſte que cette opération ſe fait dans chacune des ſubdiviſions des lots, & à plus forte raiſon, ou du moins égale raiſon, dans la branche aînée: c'eſt auſſi le ſentiment de le Maître, pag. 469, c'eſt ce qui ſe pratique, & c'eſt ce qui eſt conforme au ſentiment de Ricard, établi dans l'une de ſes conſultations qui ſe trouve à la fin de ſes œuvres, pag. 561; Dupleſſis, à l'endroit qu'on vient de citer, qui eſt la page 202, obſerve que ſur la ſubdiviſion dans les branches des puînés, la coutume eſt tout-à-fait muette; mais il paroît approuver le droit d'aîneſſe dans ces ſubdiviſions, puiſqu'il cite deux coutumes qui l'ordonnent, & ce droit naît de l'art. 324, qui exclut le droit d'aîneſſe lorſqu'il n'y a que filles: donc il l'admet lorſqu'il y a mâle, cela me paroît décidé; ainſi il n'eſt pas vrai de dire que la coutume ait gardé abſolument le ſilence.

SECTION VI.

Quand le droit d'aîneſſe paſſe à un puîné, & quand il ceſſe.

(Art. 310, 250 & 27 de la coutume.)

XXX. Le droit d'aîneſſe paſſe à l'aîné des puînés, lorſque l'aîné meurt avant le pere ſans laiſſer poſtérité, ce prédécès le rendant l'aîné de la famille; ce qui eſt en ce cas ſans difficulté, puiſque toutes les parties de la loi y trouvent leur exécution, & qu'il faut prendre la ſucceſſion dans ſon état au moment de ſon ouverture, mais il y en a un peu dans le cas de la renonciation: ce qu'on examine par la troiſieme propoſition ſuivante.

Voyez dans la premiere partie de ce titre, le chapitre de l'ouverture des ſucceſſions; d'ail-

leurs la ſeule régle, le mort ſaiſit le vif, ſuffit pour fonder la propoſition.

XXXI. La mort civile de l'aîné ſans poſtérité, fait pareillement paſſer le droit d'aîneſſe dans la perſonne du premier des puînés, mais non la promotion de l'aîné aux ordres ſacrés; telle promotion ne le dépouille pas de ſon droit d'aîneſſe, mais bien la mort civile, qui en tout imite les effets de la mort naturelle, au lieu que l'autre état mérite du reſpect & de la faveur.

Dupleſſis, pag. 201; voyez le titre de la mort civile, où l'incapacité qu'elle produit eſt établie; & ſur la ſeconde partie de la propoſition, Lapeyrere, let. P, pag. 334.

XXXII. Le droit d'aîneſſe ceſſe par la renonciation de l'aîné à la ſucceſſion du pere, ou autre aſcendant, tant à l'égard de l'aîné, que des autres; lui ſeul étoit ſaiſi de ce droit, ſa renonciation l'éteint donc, d'autant plus que l'aîné ne renonce que pour ſe tenir à des avantages qui excédent ceux que la loi lui déféroit les faire paſſer à un autre, ce ſeroit les doubler, ce qui ſeroit injuſte.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 201; ce qui a lieu indiſtinctement, c'eſt-à-dire, encore que l'aîné renonce *nullo accepto*; ſur quoi il faut voir la note ſur la propoſition ſuivante, & ſur celle-ci, outre Dupleſſis cité, voir encore le Maître, tit. 10, pag. 268; Lapeyrere, pag. 12 de l'édition de 1725; le Brun, des ſucceſſions, pag. 548, num. 94, & l'art. 27 de la coutume le dit dans le cas qu'il y a donation.

XXXIII. Dans le cas de la renonciation de l'aîné, à la ſucceſſion du pere, tous les biens ſe partagent également, ſans que l'aîné des puînés puiſſe prétendre quelque avantage par cette renonciation; ce qui eſt inconteſtable lorſque l'aîné renonce au moyen des avantages à lui faits, puiſque cette renonciation efface ce droit à l'égard de tous, & autrement les puînés ſouffriroient une double diſtraction, principalement dans le cas que l'aîné a été avantagé.

Quelques-uns ont prétendu, que lorſque la renonciation de l'aîné étoit faite, *nullo accepto*, *jus primogenituræ devolvitur in ſecundum*, & c'eſt ce qui avoit été jugé par l'ancien arrêt rapporté par le Veſt; mais la coutume réformée dit, que la part du renonçant accroît ſans droit d'aîneſſe aux acceptans; voyez Papon, liv. 21, tit. 5, num. 1; la note ajoutée à Lapeyrere, ſur le nombre 29, pag. 13, dit, que ſi l'aîné renonce *aliquo dato*, pour éviter le rapport, *jus primogenituræ accreſcit ſingulis*; que s'il renonce, ſans avoir rien reçu, en ce cas, que ce droit eſt déféré au puîné, ce qu'on ne doit entendre que lorſque l'aîné a renoncé avant l'ouverture de la ſucceſſion, en ſuppoſant que telle renonciation peut valoir, ce que je n'eſtime pas; mais s'il a renoncé depuis, c'eſt le cas d'appliquer la diſpoſition de la coutume, qui veut que la part du renonçant accroiſſe aux acceptans & ſans droit d'aîneſſe: pour le cas où l'aîné renonce *al quo dato*, il ne peut pas y avoir droit d'aîneſſe, autrement ce ſeroit en faire ſupporter deux à une même ſucceſſion, puiſqu'en ce même cas l'aîné ne renonce que pour conſerver une donation qui lui eſt plus avantageuſe que ce qu'il auroit eu en qualité d'héritier; tel eſt le ſentiment de Lalande, ſur l'art. 359 de la coutume d'Orléans; c'eſt la diſpoſition préciſe de l'art. 27 de la coutume, & le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 169, num. 47 & 48; & pour le cas auquel l'aîné renonce, *nullo accepto*, la coutume leve toute difficulté, ſelon moi, par l'accroiſſement qu'elle établit de la portion de l'aîné, à celle des autres ſans droit d'aîneſſe entr'eux: c'eſt autorité à laquelle il faut ſe rendre, quoique la raiſon ſemble la croiſer.

XXXIV. Il ceſſe de même ſi tous les enfans ſe portent douairiers, parce que cette derniere table de naufrage (le douaire) doit ſe partager entr'eux également; le douaire ſe partageant ſans droit d'aîneſſe, ſa nature, le motif de ſon établiſſement qui a été de fournir aux enfans une certaine ſubſiſtance, ont conduit naturellement à ce partage; partage d'une derniere table de naufrage qui eſt très-favorable, & pour lequel la raiſon ſe réunit avec l'autorité.

Cela a été établi ſur le titre du douaire, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 250 de la coutume.

XXXV. On a déja vu que l'engagement du fils aîné dans les ordres ſacrés, ne le prive pas de ſon droit d'aîneſſe, cet engagement reſpectable ne peut affoiblir ſes droits, parce qu'il ne ceſſe pas d'être dans le ſiécle, & l'aîné de la famille; il doit donc en cette qualité avoir le droit d'aîneſſe, le reſpect dû à la religion, & la loi civile ſe réuniſſent en ſa faveur.

Il profite même de l'inſtitution contractuelle faite au profit de l'aîné par le contrat de mariage de ſes pere & mere; Lapeyrere, let. P, déciſion 105, pag. 334; ce qui prouve d'autant plus la propoſition.

XXXVI. On a vu pareillement dans les ſections 4 & 5 de ce chapitre, que la mort de l'aîné qui laiſſe poſtérité ne fait pas ceſſer le droit d'aîneſſe; ce qu'il eſt convenable de reprendre ici; c'eſt l'effet déja expliqué du droit de repréſentation, mais ce qui ne milite pas dans le cas de l'exhérédation de l'aîné.

Il n'en eſt pas de même de ſon exhérédation, lorſqu'elle eſt valable, par icelle le droit d'aîneſſe paſſe au plus vieux des mâles après lui; ainſi telle exhérédation ne fait pas ceſſer ce droit, mais le transfere; Dupleſſis, pag. 201: tranſlation qui a pour baſe l'incapacité de l'aîné par le foudre de l'exhérédation qui le fait regarder comme s'il n'exiſtoit plus.

SECTION VII.

Du préciput de l'aîné.

(Art. 13, 14 & 15 de la coutume.)

§. I.

En quoi consiste ce droit.

XXXVII. Le droit d'aîneſſe conſiſte en préciput, en portions avantageuſes; on ne traite ici que du premier, du préciput, & voici en quoi il conſiſte. L'aîné a droit de prendre pour ſon préciput dans les ſucceſſions de ſes pere & mere & dans chacune d'elle, celui des châteaux bâti ſur terre noble, qu'il juge à propos, le nombre des terres n'augmente pas ſon droit & n'étend que ſon choix, ce qui s'entend par rapport à chaque coutume: on verra dans le paragraphe ſuivant que lorſqu'il y a des fiefs ſitués dans pluſieurs coutumes, l'aîné a autant de préciput que de coutumes qui le lui donnent, chacune d'elles devant opérer ſon effet; c'eſt la ſuite de l'empire que chaque coutume a ſur les biens qui ſont ſitués dans ſon étendue: différence de coutume qui ne paroît pas en ce cas compatir avec l'équité & l'eſprit général du droit coutumier.

Le Maître, tit. 15, ch. 1, pag. 461; mais ce droit n'a lieu que dans les coutumes qui l'accordent expreſſément à l'aîné, *cùm jus præcipui ſit ſtrictum & exhorbitans locum non habet extrà caſum & perſonas à conſuetudine expreſſas*, dit Dumoulin, ſur l'art. 301 de la coutume de Bourbonnois: on dit bâti ſur terre noble, parce que, comme l'a remarqué Dupleſſis, pag. 195, *in rebus non feudalibus nullus eſt locus præcipuo*; ce qui eſt inconteſtable, puiſque ce droit eſt limité ſur les fiefs, & que c'eſt privilége, *privatum jus, privata lex*, qui ne peut être étendu d'un cas à un autre.

XXXVIII. L'aîné mâle a ce droit tant dans l'une que dans l'autre des ſucceſſions de ſes pere & mere, ce droit militant ſur chacune d'elles; ce qui forme un préciput ſur l'une & ſur l'autre ſucceſſion; & le choix fait, conſomme ſon droit, mais il milite dans chacune des deux ſucceſſions.

Lorſqu'il a fait ſon choix, ſoit pour l'une, ſoit pour l'autre ſucceſſion, il ne peut plus varier; le Brun, des ſucceſſions, pag. 179, num. 83; en effet, en ce cas il a conſommé ſon droit, mais il a ce droit dans les deux ſucceſſions; ce qui eſt inconteſtable & fait la matiere du paragraphe qui ſuit, pour le cas où un ſeul fief eſt commun aux deux ſucceſſions des pere & mere.

§. II.

Quand il a droit de prendre pluſieurs châteaux, & dans quel cas il n'en a qu'un, tant pour la ſucceſſion du pere que celle de la mere.

[Art. 17 de la coutume.]

XXXIX. S'il n'y avoit dans les deux ſucceſſions, qu'un château commun aux pere & mere, l'aîné en ce cas n'a pour préciput, dans l'une & l'autre ſucceſſion que ce château, & ce que la coutume regarde comme dépendances du château; ce qu'on verra par les deux propoſitions ſuivantes: ce ſont des acceſſoires du préciput qu'on examine ici en général; mais dans le cas d'un ſeul château, il ne peut pas doubler, chaque ſucceſſion ne devant que moitié.

Dupleſſis, pag. 195, à la fin; le Maître, tit. 15, pag. 463, & cela ſe pratique ainſi au châtelet, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit: en effet, chaque ſucceſſion n'ayant que moitié dans le château, le droit de l'aîné, quant à ce, dans chaque ſucceſſion, ſe trouve réduit à cette moitié, & ces deux moitiés réunies ne peuvent former qu'un ſeul & même droit de préciput en total, en conſidérant ce droit tel que la coutume le donne; c'eſt l'avis de Brodeau, ſur l'art. 15 de la coutume, num. 4; le Brun eſt d'avis contraire, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 176, num. 73, & eſtime que le château lui appartient pour une des deux ſucceſſions, & un arpent de terre pour l'autre; mais c'eſt feindre deux fiefs où il n'y en a qu'un, & préférer la fiction à la vérité; ce qui ne me paroît pas pouvoir s'admettre étant abſolument contraire à l'art. 17 de la coutume; & c'eſt non-ſeulement une contradiction à la loi municipale, mais c'eſt encore s'écarter de l'équité, qui en ce cas parle hautement pour les puînés.

XL. Lorſque dans une même ſucceſſion il y a des fiefs ſitués en différentes coutumes, en ce cas l'aîné a un préciput dans chaque coutume: préciput qui embraſſe non-ſeulement le château, mais encore les dépendances qu'on verra ci-après, & ce ſuivant les coutumes, chacune d'elle devant opérer ſon effet; c'eſt autorité, c'eſt conſéquence rigoureuſe tiré de l'empire de chaque coutume, plus qu'équité.

Dumoulin, ſur la coutume, art. 8, gloſ. 4, num. 2; Louet, let. L, num. 17; Lapeyrere, *in verbo* aîneſſe, pag. 13, à la fin de l'édition de 1725, & l'on le pratique ainſi, ſur le fondement de la propoſition qui ſuit.

XLI. Cela eſt fondé ſur ce que chaque coutume a ſon empire particulier, & que chaque ſucceſſion doit ſe diviſer en autant de patrimoine qu'il y a de coutume qui la régiſſent; ce qui conduit néceſſairement à donner à l'aîné autant de préciput qu'il y a de coutumes différentes qui admettent ce droit & qui régiſſent des fiefs dépendans de la ſucceſſion; la diſpoſition de chaque coutume devant ſur ce produire ſon effet, qui ne pourroit ceſſer que par l'effet bien ſalutaire d'une coutume d'une loi générale.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, p. 195; le Brun, traité ſur la même matiere, pag. 177, num. 77; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 224 de la coutume d'Anjou: ce qui néanmoins ne doit pas s'entendre des ſimples coutumes locales, je le penſe ainſi; voyez le Maître, tit. 15, pag. 462, qui con-

firme encore la propoſition, & elle forme une eſpece de droit commun.

§. III.

Que l'aîné prend le château en l'état qu'il le trouve; des dépendances de ce droit, & de ſon indemnité lorſqu'il n'y a pas de château bâti.

(Art. 18 & 13 de la coutume.)

XLII. L'aîné prend le château & principal manoir du fief dépendant de la ſucceſſion, dans l'état qu'il le trouve lors de l'ouverture de la ſucceſſion, & il le remplit tel qu'il eſt de ſon préciput, abſtraction faite de ſon état; ainſi il n'a aucune action au ſujet des dégradations, ſauf ſa recompenſe s'il y avoit un anéantiſſement preſque total: c'eſt réalité.

C'eſt ce que diſent Dupleſſis, pag. 178, tout à la fin; le Maître, tit. 15, pag. 467, & ce qui le pratique; autrement ce ſeroit ajouter à loi que d'obliger les puînés à le rétablir, d'où il s'enſuit que l'aîné ne peut prétendre récompenſe des réparations qui ſe trouvent à y faire; la coutume le lui donne tel qu'il eſt, il ne peut donc prétendre autre choſe; Dupleſſis lui dénie pour ce toute action. Cependant s'il n'y avoit plus que d'inutiles maſures dont on pût dire *hîc locus eſt ubi troja fuit*, il pourroit en ce cas prendre l'arpent de terre; le Brun, des ſucceſſions, pag. 177, num. 78 à la fin; ce qui eſt très-équitable & qui me paroît comme tel devoir être adopté, d'autant plus que cela eſt conforme à l'eſprit de la coutume, qui en donnant un préciput à l'aîné a entendu lui donner une réalité; encore une fois, tel eſt le véritable eſprit de la coutume.

XLIII. Venons au cas dans lequel il n'y a aucun château: lorſqu'il n'y a pas d'habitation ſur terre noble, l'aîné pour ſon préciput prend à ſon choix un arpent de terre dans toutes celles qui ſont tenues en fief; il n'y a que ces terres qui ſoient l'objet de ſes avantages, non les autres; ce n'eſt donc que ſur les premieres qu'il peut prendre cet arpent de terre: telle eſt la recompenſe que la coutume lui donne faute de château.

Le même auteur; Dupleſſis, pag. 198, où il obſerve que la plus petite habitation ou terre noble, empêche l'aîné de prendre cet arpent de terre; ce qui réſulte évidemment du texte de la coutume, ſauf la limitation qu'on a remarqué ſur la propoſition précédente.

XLIV. Son droit étant limité ſur ce qui eſt tenu en fief, il ne peut choiſir cet arpent qui lui tient lieu de ſon préciput au défaut de château; il ne peut, dit-on, prendre cet arpent ſur les terres en rotures, ni en bois ou vignes, étant même tenus en fief, qu'au défaut de terres labourables; cela réſulte de ce que deſſus, autrement ce ſeroit ajouter à la coutume: tout privilége étant de rigueur, & devant comme tel être plutôt reſtreint qu'étendu.

Le Maître, tit. 15, pag. 467; le Brun, des ſucceſſions, pag. 178 & 179; en effet, le prendre en vigne ou en bois, ce ſeroit ajouter à la loi municipale, qui dit un arpent de terre, ce qui ne peut s'entendre que des labourables; elles forment un juſte milieu, & cela réſulte du principe qui termine la propoſition.

☞ Par rapport à la meſure de l'arpent, on ſuit celle de la juriſdiction où le fief eſt ſitué, & s'il ſe trouve dépendant de différentes juriſdictions; alors c'eſt la meſure de la juriſdiction où l'arpent eſt ſitué, qui en régle l'étendue. Voyez Dumoulin, ſur la coutume de Paris, §. 18, nomb. 5; & l'arrêt du 7 ſeptembre 1572, rapporté par Tronçon, ſur la même coutume.

XLV. Ce château, ce principal manoir que l'aîné a droit de prendre dans chaque ſucceſſion; c'eſt-à-dire, dans chacune de celle de ſes pere & mere, & même dans chaque coutume, comprend les dépendances du château, & ces dépendances ſont les foſſés, la baſſe-cour & le jardin; & à plus forte raiſon, la cour du château. Il y a cependant une limitation par rapport au jardin qu'on expliquera par les deux propoſitions ſuivantes; mais tel eſt ſur ce la régle générale: telles ſont les dépendances que le préciput embraſſe dans la coutume de Paris; pour les fiefs ſitués en d'autres coutumes, il faut ſe conformer à leurs diſpoſitions, elles doivent avoir leur effet.

Dupleſſis, pag. 196; & les deux propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

XLVI. Les premiers, c'eſt-à-dire, la cour, les foſſés & la baſſe-cour y ſont compris, de quelque étendue qu'ils ſoient; mais le jardin n'y eſt compris que juſqu'à concurrence d'un arpent; s'il contient plus de terrein, l'aîné en doit recompenſe à ſes puînés.

Le ſurplus, dit Dupleſſis, tombe en partage, c'eſt à la même page 196: ce qui prouve la propoſition, ſauf l'explication qui ſuit.

XLVII. Néanmoins l'aîné peut retenir en tous les cas le ſurplus du jardin en recompenſant ſes puînés en deniers, de la valeur de ce ſurplus dans lequel il a ſa part, telle qu'il l'a dans les autres terres nobles dépendantes du fief.

Ad decora domus, dit le même auteur: récompenſe qui ſe fixe ſuivant l'eſtimation.

§. IV.

Que ce préciput embraſſe le droit de patronage, four & preſſoir conſtruits dans les préclôtures, lorſqu'ils ne ſont pas bannaux, & non le moulin ni les profits de fief.

(Art. 14 de la coutume.)

XLVIII. Venons aux autres dépendances du préciput. Le droit de patronage attaché à la terre appartient à l'aîné & fait partie de

ſon préciput, c'eſt un droit indiviſible : indiviſibilité d'icelui qui le concentre dans ce droit & le laiſſe tout entier à l'aîné.

Dupleſſis, pag. 198, la raiſon ſur laquelle il fonde ſon ſentiment, eſt que ce droit eſt indiviſible de ſa nature ; c'eſt ce que dit auſſi le Maître, tit. 15, pag. 463. Cependant le Brun, des ſucceſſions, pag. 178, num. 80, ne trouve pas que ce droit ſoit indiviſible & eſt d'avis contraire ; ſon opinion ne me touche nullement, & l'indiviſibilité de ce droit me paroît l'écarter & fonder la premiere opinion que j'adopte, elle me paroît tout enſemble plus juridique & plus judicieuſe que l'autre.

XLIX. Le four & le preſſoir non bannaux qui ſont dans les préclôtures lui appartiennent, ils ſont de vraies dépendances du château, & conſtruits uniquement pour la commodité de ceux qui l'habitent ; ils doivent donc lui appartenir : ce ſont vrais acceſſoires de l'objet capital que la loi municipale lui donne.

Dupleſſis, pag. 197 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 178, num. 79, ſauf la bannalité qui eſt ſujette à partage, comme on va l'expliquer ; ce n'eſt plus alors ſimple acceſſoire, ſimple dépendance du château, c'eſt portion de fief.

L. Approfondiſſons la limitation : il n'en eſt pas de même du four bannal & du preſſoir bannal, qui ſe trouveroient conſtruits au même lieu ; ils ne lui appartiennent pas, parce qu'en ce cas, ils produiſent un revenu qui doit ſe partager comme le ſurplus du fief ; l'on ne peut les regarder comme une dépendance du château, puiſqu'ils ſont une portion de tout le fief conſidéré en général : ils ſont donc ſujets à partage, comme le ſurplus du fief & non portion du préciput.

Les mêmes auteurs, aux mêmes endroits cités ſur la propoſition précédente ; & tel eſt l'uſage, il eſt fondé ſur l'eſprit de la coutume.

LI. A l'égard du moulin, quoique conſtruit dans le même lieu, il ne fait pas partie du préciput, quoique non bannal ; il ne peut pareillement être regardé comme dépendance du château ; c'eſt portion du fief, & par conſéquent, partageable comme le fief : cependant l'aîné peut le retenir en recompenſant ſes puînés ; il en eſt de même du four & du preſſoir lorſqu'ils ſont bannaux.

Arrêt du dernier décembre 1556, rapporté par Brodeau, ſur Louet, let. M, num. 21 ; Lapeyrere, *in verbo* aîneſſe, num. 26, pag. 14 ; Dupleſſis, pag. 197 ; en effet, quoique non bannal, il produit toujours un revenu qui doit ſe partager comme le ſurplus du fief ; ce préciput n'embraſſe donc pas un tel objet ; mais l'aîné peut retenir tout le profit des choſes ci-deſſus, & ces mêmes choſes en récompenſant ſes puînés ; Dupleſſis, pag. 198, ce qui eſt uſité, & ce pour éviter les embarras de la poſſeſſion commune.

☞ A l'égard du colombier & pigeons, des poiſſons & lapins qui ſe trouvent dans l'étendue de l'arpent du préciput, ils appartiennent à l'aîné, ſans être tenu d'en faire récompenſe aux puînés, non plus que des bâtimens conſtruits ſur le principal manoir ; parce que *ſuperficies ſolo cedit*, que ces choſes ſont immeubles & font partie du fonds. Voyez Brodeau, ſur l'art. 14 de la coutume, nomb. 4 ; & Ricard, ſur le même article.

LII. Par le même principe, les profits de fief & ceux de la juſtice n'appartiennent pas à l'aîné, mais ſont partageables, comme le ſurplus du fief qui doit ſe partager entre tous les enfans ; ainſi & de la maniere qu'on expliquera ci-après : jouiſſance commune, qui n'autoriſe pas cependant la diviſion de la juſtice, qui, par elle-même, eſt indiviſible.

Mais toute juſtice eſt individue ; c'eſt-à-dire, que les copartageans ne peuvent ſe faire de juſtices ſéparées, art. 25 de l'ordonnance de Charles IX, de 1564 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 183, num. 103 ; ainſi le droit de juſtice doit toujours reſter attaché au corps total du fief, ſans diviſion d'icelui ; c'eſt bien public.

LIII. Le partage des profits de fief eſt fondé ſur ce que les droits ou les profits des fiefs ne ſont pas attachés au ſeul principal manoir, mais à toute la terre & ſeigneurie dans laquelle les puînés ont part ; ils doivent donc avoir part dans ces droits comme dans le ſurplus du fief.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la page déja citée 198 vers le milieu, & il ajoute qu'il ſeroit à ſouhaiter que la coutume eût permis à l'aîné de retenir tous les profits de fiefs en récompenſant les puînés, pour éviter la difficulté du partage ; mais cette même difficulté lui ouvre la porte à la licitation. Il y a plus, ſa qualité d'aîné lui donne droit de retenir en récompenſant, ce qu'une poſſeſſion commune affoibliroit ; voyez le même auteur, à la page 200, & il peut par cette voie ſortir de cet embarras ; ainſi la difficulté que propoſe ce commentateur ſe diſſipe d'elle-même.

§. V.

Que l'aîné peut s'intituler ſeigneur de la terre, & même la retenir lorſqu'elle eſt titrée, en récompenſant.

LIV. Malgré la diviſion de la terre, qui eſt annoncée par le paragraphe précédent, & que l'on expliquera par celui-ci, l'aîné en porte le nom, de même que s'il étoit ſeul propriétaire de la terre ; en effet, il en a la plus noble & la plus conſidérable partie : il en peut donc porter le nom ; c'eſt une ſuite inévitable de ſon droit d'aîneſſe.

Art. 14 de la coutume de Troyes, art. 200 de celle de Sens, qui forment ſur ce un droit commun de la France ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 183, num. 104 ; le Maître, pag. 460.

LV. A l'égard des puînés ils ne peuvent prendre que la qualité de ſeigneurs en partie ; c'eſt à une partie que ſe réduit leur droit dans la terre : leur qualité ne doit pas annon-

cer un droit plus étendu ; autrement ce ſeroit une vaine & orgueilleuſe uſurpation qu'ils tendroient de faire ſur leurs aînés, en s'égalant à lui par la qualification vague de ſeigneur.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 175, num. 69, & ſur la queſtion de ſavoir quels noms peuvent prendre les propriétaires des fiefs, lorſqu'il y en a pluſieurs dans l'étendue d'une même paroiſſe ; voyez Louet, let. F, num. 31, & l'arrêt du 26 février 1661, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 19.

LVI. Le partage du fief n'a lieu que dans la théſe générale ; car ſur les terres titrées l'aîné a un droit plus étendu que ſur les ſimples ſeigneuries : ce qu'on va expliquer par les propoſitions ſuivantes ; leur indiviſibilité fondée ſur le bien & l'ordre public, a conduit à ce droit de l'aîné, qu il faut ajouter au précédent; mais celui-ci eſt conditionnel.

Conſtitution de l'empereur Fréderic, *de feudis non alienandis* ; l'art. 278 de la coutume d'Anjou, fonde, quant à ces terres, le droit d'indiviſibilité, & il eſt adopté par l'uſage.

LVII. Les terres titrées ſont les duchés, marquiſats & comtés ; c'eſt ſur de tels fiefs que l'aîné a un droit plus étendu que ſur les autres ; droit qu'on va expliquer.

C'eſt la diſpoſition du paragraphe *præterea*, de la conſtitution citée ſur la propoſition précédente, *ducatus, marchia, comitatus non dividantur*; voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 5 ; les autres fiefs ne ſont pas ſujets à ce droit.

LVIII. Sur ces terres, l'aîné outre ſon préciput & ſes portions avantageuſes, a le droit de les retenir en totalité, en recompenſant ſes puînés de ce qui leur revenoit dans ces terres ; mais ce n'eſt que ſous cette condition & avec cette charge que l'aîné ſur ſes fiefs a ce droit de retenue ; droit encore une fois que le bon ordre a fait établir.

Voyez ſur cette propoſition & les 2 précédentes, le Brun, des ſucceſſions, pag. 175, num. 70 & 71 ; Loyſeau, en ſon traité des ſeigneuries, ch. 6, num. 12 & ſuivans, pag. 31 ; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 8, num. 1106, pag. 660 ; le Maitre, pag. 463 ; & ſi le fief n'a pas une de ces qualités, l'aîné pour ſe tirer de l'embarras d'une poſſeſſion commune, a la voie de la licitation, & il peut même en récompenſant retenir tout ce qui ſe trouveroit affoibli par une poſſeſſion commune ; c'eſt un autre droit que celui qu'on examine ici.

LIX. Outre le préciput, l'aîné a dans les fiefs une portion avantageuſe ; c'eſt la matiere de la ſection ſuivante, par laquelle on expliquera en quoi conſiſte cette portion avantageuſe indépendante de ſon préciput.

SECTION VIII.

De la portion avantageuſe de l'aîné dans les fiefs; de ce qui la détermine, & de ſes autres droits.

(Art. 15 & 16 de la coutume.)

LX. L'aîné outre ſon préciput qu'on vient d'examiner, & dont on a expliqué l'étendue, a des portions plus fortes dans les fiefs, que celles compétantes aux puînés ; ce ſont ces portions avantageuſes de l'aîné qui forment la matiere de cette ſection, & l'uſage lui donne encore quelque autre avantage ſur les choſes indiviſibles, ou purement honorifiques : voilà la régle générale qu'il a fallu d'abord poſer.

Outre les prérogatives & portions avantageuſes dans les fiefs, contenues dans les deux articles de la coutume indiqués en tête de cette ſection, les aînés doivent avoir les tableaux de famille, les armes du pere, ſes manuſcrits, les livres apoſtillés de ſa main, & le dépôt des titres qui ſont indiviſibles ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 588, num. 42 & 43 ; & tel eſt ſur ce l'uſage, ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition qu'on va développer; ce ſont avantages de la primogéniture.

LXI. Voici le montant de cette portion avantageuſe ; s'il n'y a que deux enfans, l'aîné compris, il a pour ſes portions avantageuſes les deux tiers des fiefs, & les deux tiers des droits en dépendans ; telle eſt en ce cas ſa portion avantageuſe indépendante de ſon préciput, pour leſquels la coutume lui fait le préſent tout entier ; puiſque nonobſtant ſon préciput & ſa portion avantageuſe, il ne contribue pas pour plus grande part à l'acquittement des dettes, comme on le verra par la ſect. 3, du chapitre 12, ci-après.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 199, & les art. 15 & 16 de la coutume.

LXII. Venons à la fixation dans le cas d'un plus grand nombre : s'il y a plus de deux enfans, à tel nombre qu'ils puiſſent monter, l'aîné en ce cas a moitié dans toutes les terres nobles, & chacun des puînés n'a que ſa part virile dans l'autre moitié ; voilà en quoi conſiſte la portion avantageuſe de l'aîné dans les fiefs, & le partage qui ſe fait d'iceux entre lui & les puînés; ce qui n'entraîne pas le partage de la juſtice qui doit toujours reſter indiviſe.

Sur le partage de la juſtice, voyez Loyſeau, des ſeigneuries, ch. 6, num. 21, pag. 31 ; c'eſt la principale dépendance du fief; le droit en ſoi en eſt indiviſible, mais non les profits de fief, qui le ſont, comme on l'a vu ci-deſſus.

LXIII. Cette moitié appartenante à l'aîné, en ce cas, & ce pour ſa portion avantageuſe, comprend la moitié des droits qui y

ſont attachés, d'où il s'enſuit que l'autre moitié ſe partage entre les puînés, à un tel nombre qu'ils puiſſent être; comme dans le cas précédent, il auroit eu les deux tiers de ces droits, & le puîné un tiers ſeulement: partage qui milite dans le cas du réméré exercé ſur les deniers qui en proviennent.

Sur cela il eſt à propos d'obſerver que ſi le fief avoit été acheté par le pere, à faculté de réméré, & que cette faculté fût exercée depuis l'ouverture de la ſucceſſion, l'aîné conſerveroit ſur le prix tous les droits qu'il avoit ſur le fief; le Brun, des ſucceſſions, pag. 172, num. 55; ce qu'on a déja obſervé ci-deſſus, & qu'il eſt bon de remarquer ici.

LXIV. C'eſt le moment de l'ouverture de la ſucceſſion, qui fixe le montant des portions avantageuſes compétantes à l'aîné dans les fiefs, c'eſt-à-dire, qui détermine ſi l'aîné aura moitié ou les deux tiers; on a déja établi ce principe général, qu'il faut prendre les ſucceſſions en l'état qu'elles ſe trouvent au moment de leur ouverture, c'en eſt ici l'application par rapport aux portions avantageuſes de l'aîné; mais les incapables ne font pas nombre, leur incapacité les écarte.

Les incapables de ſuccéder ne font point nombre; Dupleſſis, pag. 199: voyez les notes ſur les deux propoſitions ſuivantes.

LXV. Venons à la conſéquence qui réſulte de ce principe: de-là il s'enſuit que s'il y avoit trois enfans & que l'un des puînés eût renonçé, l'aîné n'a que moitié dans les fiefs; c'eſt la conſéquence de ce principe & de la propoſition précédente, qui s'appliquent principalement lorſque le renonçant n'a renoncé que pour ſe tenir à un don qui lui tient lieu de portion héréditaire; ce qui en ce cas, eſt ſans difficulté, & qui même doit avoir lieu dans le cas que par une biſarrerie qui ſeroit étrange, il auroit (& ſans avoir rien reçu) renoncé à une bonne ſucceſſion, quoique la coutume par ſon article quinze, ne paroiſſe conſidérer que les enfans venans à ſucceſſion; mais par-là elle ne retranche de leur nombre, que ceux qui ſont incapables de ſuccéder: ce qu'elle manifeſte par une autre diſpoſition qu'elle contient au ſujet de l'accroiſſement de la part du renonçant.

Dupleſſis eſt d'avis contraire, & ſoutient à la pag. 199, que le renonçant ne fait pas nombre, & que par conſéquent l'aîné doit en ce cas avoir les deux tiers; mais la note marginale a corrigé cette opinion contraire à l'art. 310 de la coutume, ce qui eſt conforme au ſentiment de le Maître, pag. 464; le Brun, des ſucceſſions, pag. 182, num. 97 & 547, num. 70, a penſé comme Dupleſſis; à l'égard de Dumoulin, il a eu ſur la queſtion une opinion ſinguliere; elle eſt refutée par le Brun, pag. 548, num. 73; il paroît que l'art. 310 de la coutume décide nettement cette queſtion, puiſqu'il dit que la part du renonçant accroît aux acceptans ſans droit d'aîneſſe: les raiſons qui déterminent que le renonçant fait nombre, ſont, qu'il faut conſidérer le moment de l'ouverture de la ſucceſſion, & que la part du renonçant qui étoit un quart, ſe partage entre l'aîné & l'autre puîné, conformément à l'article 310, c'eſt-à-dire, ſans prérogative ni droit d'aîneſſe; ainſi la renonciation de l'un des puînés ne peut donc ſur les fiefs augmenter les droits de l'aîné; autrement le puîné héritier ſouffriroit un double préjudice, l'un par la portion avantageuſe que l'aîné voudroit avoir, comme s'il n'y avoit que deux enfans lorſqu'il y en a trois, & l'autre par le don fait au puîné, qui, par ſa renonciation, s'affranchit d'en faire le rapport: cela eſt inconteſtable en ce cas, & dans l'autre, l'autorité le décide ainſi.

☞ La queſtion de ſavoir comment le droit de l'aîné eſt augmenté dans le cas où un pere ayant laiſſé trois enfans, l'un d'eux a renoncé à la ſucceſſion, a été fort controverſée; mais le ſentiment de notre auteur paroît préférable à celui de Dupleſſis. L'aîné a la moitié dans les biens féodaux, outre le principal manoir; ſavoir, un quart à titre d'héritier, & un quart par préciput, & le puîné qui concourt avec lui a un quart à titre d'héritier, & le quart du puîné qui a renoncé ſe partage entre l'aîné & ſon cohéritier; de ſorte que s'il y a pluſieurs cohéritiers avec l'aîné, & que quelques-uns des enfans renoncent, l'aîné & chacun des cohéritiers prennent chacun part égale dans les portions de ceux qui renoncent; & tel eſt auſſi le ſentiment de Delauriere.

SECTION IX.

Si le droit d'aîneſſe eſt préférable à la légitime des puînés & y peut donner atteinte, & s'il eſt préférable au douaire.

LXVI. Le droit d'aîneſſe établi en faveur de l'aîné ne l'emporte pas ſur la légitime des puînés; ce qui a lieu non-ſeulement dans le cas qu'il n'y a qu'un ſeul château, mais encore dans le cas qu'il y a d'autres biens, mais inſuffiſans pour fournir la légitime de droit aux puînés; un droit purement politique pourroit-il l'emporter ſur celui qui a ſa racine dans la nature même? La coutume dans l'établiſſement de la légitime, l'a pris pour guide, & ce ſeroit s'écarter de ſa ſageſſe que de donner la préférence à leur droit.

Coquille, queſt. 169; Lapeyrere, lettre A, *verbo* aîneſſe, num. 30, pag. 13 de l'édition de 1725; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 200, où il dit, que s'il y a d'autres biens, mais qui ne ſoient pas de proportion, les puînés ont la liberté d'abandonner leurs parts égales en ces autres biens, & ſe reſtreindre à la légitime coutumiere; c'eſt-à-dire, de droit; il ajoute qu'en ce cas, cette légitime ſe régle par l'art. 298; c'eſt l'avis de Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 8, gloſ. 4, num. 6 & ſuivans, *numquam jus primogenituræ excludit filiorum legitimam, imò legitima præfertur juri primogenituræ*; ce qui établit la propoſition: établiſſement pour lequel l'équité concourt avec l'eſprit

de la loi & l'autorité, *lex civilis naturali a jura corrumpere non poteſt.*

LXVII. Venons à la conſéquence de ce principe: de-là il s'enſuit que les puînés, ſe reſtreignant à leur légitime de droit, ils doivent avoir chacun la moitié de la portion héréditaire qu'ils auroient eu, ſi tous les biens avoient été également partageables & ſans prérogative en faveur de l'aîné : c'eſt la conſéquence de ce principe, que le droit de légitime eſt préférable à celui d'aîneſſe; autrement on préféreroit un droit purement politique à celui qui a ſa racine dans la nature.

Cela réſulte des autorités ci-deſſus ; voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 163, num. 25 ; ce n'en eſt que la conſéquence, ſauf la modification qui ſuit; en ce cas, la légitime des puînés ſe régle, non ſuivant les art. 15 & 16 de la coutume, mais ſuivant l'art. 298 : ce qui concilie la diſpoſition des deux premiers & de l'article 17 avec le dernier, & donne à chacun leur exécution dans les cas différens de leur application.

LXVIII. Cependant dans ce même cas, l'aîné peut retenir le principal manoir en récompenſant ſes puînés en argent; par ce moyen le droit naturel, l'équité & les diſpoſitions de la coutume ſont conſervées autant qu'elles peuvent l'être : ainſi en ce cas même, il a double avantage, le premier d'avoir ſa portion virile & la moitié de celle des autres, & l'autre de retenir la choſe en ſa totalité en récompenſant ſes puînés.

Cela concilie & fait concourir les deux différentes parties de la loi municipale renfermant la diſpoſition politique dans ſon objet, mais ſans affoiblir la loi naturelle.

LXIX. De ce que deſſus, il réſulte que dans le cas qu'il n'y auroit que deux enfans & que le puîné déclareroit ſe tenir à ſa légitime, il ne s'enſuit pas que l'aîné ſoit entiérement privé de ſon droit d'aîneſſe; car au lieu des deux tiers qu'il auroit eu dans les biens nobles, & de ſa moitié dans les autres biens & de ſon préciput en totalité (ceſſant cette déclaration de la part du puîné) il a les trois quarts dans tous les biens de la ſucceſſion, & ce indiſtinctement ; & ce ſont ces portions alors qui forment les avantages qu'il peut avoir comme aîné : il en eſt de même s'il y a trois enfans & que les deux puînés déclarent ſe tenir à leur légitime, mais cela n'eſt intéreſſant que lorſque le fief ſe réduit à un château & principal manoir ; la diviſion des biens ſe fait entr'eux, en ce cas, conformément au même principe; mais par cette déclaration le préciput n'eſt plus d'aucune conſidération, s'il n'y a qu'un château, ou que les autres biens ne peuvent entrer en conſidération.

Cela réſulte naturellement du ſentiment des deux commentateurs ci-deſſus cités ; Dumoulin, Dupleſſis ; voyez la propoſition ſuivante qui contient l'application.

LXX. Dans ce cas l'aîné, comme dans le cas précédent, conſerve une partie de ſon droit d'aîneſſe ; car outre ſon droit de retenir le principal manoir, en mettant dans la ſucceſſion la valeur d'icelui, il eſt dédommagé de cette valeur, puiſque ceſſant la déclaration de ſes puînés, qu'ils ſe tiennent à leur légitime de droit, il n'auroit eu que moitié dans les fiefs & un tiers dans les autres biens, au lieu qu'au moyen de la déclaration de ſes puînés, il a deux tiers dans tous les biens indiſtinctement ; la légitime de ſes deux puînés n'étant pour chacun que d'un ſixieme dans tous les biens : c'eſt dans ce cas, ainſi que dans le précédent, à quoi ſe réduiſent les avantages que la qualité d'aîné lui donne.

L'art. 298 fixe la légitime à la moitié de la portion héréditaire, & fonde cette propoſition, ainſi que la note ſur la troiſieme propoſition de cette ſection.

LXXI. Voyons le cas intéreſſant. Lorſqu'il n'y a dans la ſucceſſion qu'un château ou principal manoir, ou que le ſurplus des biens n'eſt pas conſidérable, les puînés en ce cas ont droit de légitime ſur ce château, ou plutôt la valeur d'icelui, puiſque l'aîné a toujours droit de le retenir, en récompenſant pour ce ſes puînés en deniers; c'eſt le cas d'appliquer le principe contenu dans la premiere propoſition de cette ſection, c'eſt-à-dire, la préférence de la légitime au droit d'aîneſſe, ſur laquelle l'équité & la raiſon ne permettent pas de balancer.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 115, rendu au ſujet de la maiſon du crucifix ſaint Jacques, dépendante de la ſucceſſion de Jean Cordelle, notaire, qui eſt un fief & qui paroiſſoit être le ſeul bien qu'il y avoit dans ſa ſucceſſion : par cet arrêt, il eſt adjugé en totalité à l'aîné ; la juriſprudence eſt à préſent contraire ; voyez le Maître, pag. 465; & Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 6, num. 1033 & ſuivans, pag. 644, & l'art. 17 de la coutume, qui leve toute difficulté.

LXXII. De-là il s'enſuit que dans ce cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il n'y a pour tout bien dans la ſucceſſion qu'un château ou principal manoir, & même lorſqu'il y a quelques autres biens, mais qui par leur peu d'importance ne peuvent entrer en conſidération, & les puînés ayant déclaré ſe tenir à leur légitime de droit; ſi en ce cas il n'y a que deux enfans, le puîné a le quart de la valeur du château, & s'il y en a trois, les deux puînés ont chacun pour leur légitime un ſixieme dans cette valeur : c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, & de la diſpoſition de la coutume.

Dupleſſis,

Dupleſſis, pag. 200, obſerve que les puînés, par la coutume ne devant avoir aucune part ſur le fief réduit à un château, il ſemble qu'ils ne doivent pas y avoir de légitime, mais qu'on peut dire que la coutume la leur donne, *in hoc caſu;* cela m'a toujours paru ainſi, & je n'y vois pas de difficulté, c'eſt la diſpoſition de l'art. 17.

LXXIII. De ce que deſſus il réſulte, que ſi l'aſcendant par des diſpoſitions en faveur de l'aîné, a réduit les puînés à leur légitime, ils la prennent ſur tous les biens, & même ſur la valeur du château ; la lettre, l'eſprit de la coutume & l'enchaînement des principes me paroiſſent conduire là ; cependant cette conſéquence exacte & naturelle n'eſt pas conforme à l'opinion qui eſt ſur cela plus commune; on admet la légitime des puînés ſur le château, lorſqu'il fait le ſeul objet de la ſucceſſion & que l'aîné eſt héritier, & l'on ne veut pas l'admettre ſur ce qui forme le droit d'aîneſſe lorſqu'il y a des biens, & que l'aîné eſt inſtitué légataire univerſel, s'il y a différence entre l'un & l'autre cas, elle ne m'eſt pas ſenſible : ce qu'on approfondira ci-après.

Cette propoſition eſt contredite par de très-habiles gens, quoique conforme à l'équité, & la propoſition me paroît réſulter de toutes celles de cette ſection ; voyez la ſection 11 ci-après, où cela eſt plus amplement examiné ; il a été à propos d'en faire ici la remarque & d'annoncer cette difficulté.

LXXIV. Le douaire eſt préférable au droit d'aîneſſe, ce qui s'entend tant du préfix que du coutumier, l'un & l'autre forment une créance & une créance très-favorable, au lieu que le droit d'aîneſſe n'eſt qu'un droit ſucceſſif; le coutumier eſt à la vérité un droit réel & légal, mais la coutume lui donne la préférence ſur le droit d'aîneſſe, & avec raiſon, le douaire étant une table de naufrage qu'elle fournit à tous les enfans ; & le préfix étant une vraie créance, doit primer un droit qui n'eſt purement qu'héréditaire, d'autant plus qu'il repréſente le coutumier.

Voyez l'arrêt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, chap. 39, la cinquieme partie du journal du palais, pag. 135 ; par l'arrêt qui eſt du 16 avril 1677, il a été jugé que le douaire étoit préférable au droit d'aîneſſe, la queſtion étoit dans la coutume de Senlis, qui ne differe pas, quant au douaire coutumier, de celle de Paris ; Dupleſſis, pag. 200, tout à la fin ; le Maître, tit. 15, ch. 1, pag. 466, & tel eſt ſur ce l'uſage, il a pour baſe le texte même de la coutume qui veut que le fonds du douaire ſe partage entre les douairiers, ſans droit d'aîneſſe, comme on l'a établi ſur le titre du douaire ; ce qui entraîne cette préférence qui réſulte de l'art. 17 de la coutume.

SECTION X.

Des droits de l'aîné lorſqu'il eſt réduit à ſa légitime.

DISTINCTION PREMIERE.

De ſon action révocatoire, de la donation de fief faite par ſon pere à ſon puîné, & de ſon indemnité s'il n'exerce pas cette action.

(Art. 298 de la coutume).

LXXV. Le pere ayant donné entre-vifs un fief à un puîné, l'aîné réduit à ſa légitime a droit de faire révoquer cette donation juſqu'à concurrence de ce qu'il doit avoir dans le fief donné, & de ce qu'il auroit dans icelui, comme aîné, ſi le pere n'en avoit ainſi diſpoſé ; & comment en ce cas lui dénieroit-on cette action, puiſqu'il l'a dans le cas même qu'il n'eſt pas réduit à ſa légitime, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus ? Il a donc ce droit à plus forte raiſon dans ce dernier cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il eſt réduit à ſa légitime, le droit d'aîneſſe étant un droit auquel le pere n'a pu déroger.

Le droit d'aîneſſe eſt une légitime coutumiere, qu'il n'eſt pas au pouvoir du pere de transférer à des puînés ; Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 1, pag. 206 ; ce qui fonde évidemment la propoſition qui eſt conforme à ce qui ſe pratique, & ce qu'on a déja établi.

LXXVI. L'aîné a cette action révocatoire, ſoit comme pleinement héritier, ſoit comme légitimaire, & s'il n'exerce pas cette action, il a indemnité, ce qui fait la matiere des propoſitions ſuivantes ; c'eſt à lui à opter entre l'un ou l'autre de ces deux partis, il a ce droit, & chacun de ces deux partie lui conſerve la totalité de ſa légitime qui comprend tout ſon droit d'aîneſſe contre d'autres enfans.

Sur quoi il faut obſerver que ce n'eſt pas la réduction de l'aîné à ſa légitime, qui fonde cette action révocatoire, mais bien l'indiſponibilité du fief en faveur d'un puîné au préjudice de l'aîné ; cela réſulte de ce que dit le Brun, pag. 162. num. 20, & cette indiſponibilité relative aux puînés a déja été établie ci-deſſus, en examinant les droits de l'aîné, comme héritier de toute ſa portion, à plus forte raiſon l'a-t-il lorſqu'il eſt réduit à ſa légitime ; cela me paroît inconteſtable, l'un étant ſuite de l'autre.

LXXVII. Venons à l'indemnité lorſque l'action révocatoire n'eſt pas exercée. Si l'aîné réduit à ſa légitime n'exerce pas le droit qu'il a contre la donation du fief faite par ſon pere à ſon préjudice au profit d'un puîné, on doit lui fournir en deniers, ou en corps héréditaire, le montant de la valeur de ſon préciput, & des portions avan-

tageuſes qu'il auroit ſur le fief donné à ſon puîné ; ſi ce fief ſe trouvoit dans la ſucceſſion, & la moitié de ſa portion héréditaire dans le ſurplus des biens, & la totalité de ſon droit héréditaire dans les fiefs extans dans la ſucceſſion : droit qu'il n'a pas ſi étendu lorſque le donataire du fief eſt un étranger, comme on l'établira par la diſtinction troiſieme ci-après ; dans le premier cas, la prohibition eſt entiere, dans l'autre elle n'eſt que partiaire.

Tel eſt ſur ce l'uſage ; j'aimerois mieux qu'on le réduisit à ſon action révocatoire, parce que, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus, par l'option qu'on lui donne d'exercer cette action ou l'indemnité, on le rend maître ſur ce du ſort des autres enfans : au lieu que réduit à l'action révocatoire, il obligeroit le puîné donataire d'un fief, de réduire ſon don à la moitié du fief, ſi mieux il n'aimoit rapporter la totalité à la maſſe & ſe porter héritier ; mais pour cela il faudroit dénier au puîné donataire, l'action en garantie, contre la ſucceſſion de ſon pere donateur : action qu'il a, & qui fait réflechir celle de l'aîné ſur la ſucceſſion ; ainſi cela revient au même.

LXXVIII. De-là il s'enſuit que dans ce cas de reduction à ſa légitime & de révocation de la donation du fief, il ne confond rien de ſa légitime féodale ; c'eſt-à-dire, que ſa légitime féodale eſt l'intégralité de ſa portion héréditaire dans les fiefs, & telle qu'il l'auroit eu ſi le pere n'avoit pas diſpoſé en faveur des puînés.

Il n'eſt même tenu en ce cas d'aucune garantie, comme on le verra par la derniere propoſition ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

LXXIX. Cela eſt fondé ſur ce que la diſpoſition que ſon pere a fait d'un fief en faveur d'un puîné, ne peut affoiblir ſa légitime féodale, & que relativement à ſes freres, il doit avoir quant à ce autant qu'il auroit eu ſi le pere n'eût ainſi diſpoſé du fief, parce qu'en diſpoſant ainſi, il a excédé ſon pouvoir, ce qui anéantit quant à ce ſa diſpoſition : mais ſi l'aîné dans le cas d'une donation de fief, faite à ſon puîné, ne ſe trouve pas réduit à ſa légitime, qu'il ſoit pleinement héritier, & qu'en cette qualité il exerce ſon action révocatoire, en ce cas il ſupporte l'effet de la donation, qui ſe doit prendre par délibation ſur les biens exiſtans, autres toutefois que les portions de l'aîné dans les fiefs ; & il la ſupporte avec les autres héritiers, dès que cette garantie ne donne pas atteinte à ſon droit d'aîneſſe, & qu'elle ſe peut exercer ſur d'autres biens qu'il recueille.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 207, tout au commencement ; voyez la propoſition ſuivante qui éclaircit celle-ci, & la note ſur la troiſieme propoſition de cette diſtinction ; c'eſt nullité relative & non abſolue, relative aux autres enfans, mais qui ne milite pas contre les étrangers.

LXXX. Par cette opération qui ſe fait par délibation, il ſupporte lui-même une portion de l'indemnité qui eſt dûe au donataire du fief, parce que la garantie de la donation eſt dûe par la ſucceſſion du donateur dont il eſt héritier : garantie qui par conſéquent réfléchit en ce cas ſur lui ; mais garantie qui, dans le cas précédent de réduction à la légitime, ne peut aller à affoiblir ſa légitime, ni féodale, ni de droit ; parce que le légitimaire, quoique héritier, ne garantit pas la diſpoſition qui va à donner atteinte à ſa légitime, & que cette garantie iroit à affoiblir la légitime qui eſt affranchie de toute diſpoſition gratuite, puiſque c'eſt ſur de telles diſpoſitions que la loi lui donne droit de la prendre.

Cela eſt établi ſur le chapitre de la légitime ; on ſe tireroit de tout cet embarras, ſi l'on adoptoit la note ſur la troiſieme propoſition de cette diſtinction, c'eſt-à-dire, en regardant une telle donation comme prohibée, & par conſéquent nulle pour moitié.

DISTINCTION II.

De la quotité de la légitime de l'aîné, relativement à ſes freres & ſœurs, & à ſes enfans qui lui ſont ſubſtitués, lorſqu'il n'eſt pas enfant unique.

LXXXI. L'aîné comme les autres enfans peut être grevé de ſubſtitution, ſoit en faveur de ſes enfans, ſoit en faveur d'autres perſonnes ; mais cette charge dans le cas qu'il n'eſt pas enfant unique, & relativement à d'autres enfans, ne peut donner aucune atteinte aux droits qu'il a ſur les fiefs, comme aîné ; c'eſt portion non diſponible de la part d'un aſcendant en faveur d'un deſcendant au préjudice de l'aîné auquel la loi l'aſſure.

Dupleſſis, pag. 206, à la fin ; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 11, addition au num. 1156, pag. 675 ; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 162 ; & tel eſt l'uſage fondé ſur les principes ci-deſſus.

LXXXII. L'impuiſſance du pere de faire paſſer en tout ou en partie, le droit d'aîneſſe ſur la tête d'un puîné, comme on l'a dit ci-deſſus, n'empêche pas cette réduction de l'aîné à ſa légitime ; mais elle en diminue l'effet, en l'anéantiſſant relativement aux fiefs ſeulement.

Cette impuiſſance parmi nous, eſt fondée ſur ce que la coutume donne le droit d'aîneſſe à l'aîné,

jure præcipui non jure hereditario. Dans les coutumes, comme dans celle de Picardie, où le droit d'aîneſſe leur eſt donné, *jure hereditario*, leur réduction à la légitime emporte réduction de droit d'aîneſſe : voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 163, num. 22 & 23 : diſtinction qui fonde la propoſition & la précédente.

LXXXIII. Cette impuiſſance, relativement à ſes freres & ſœurs, produit cet effet qu'à leur égard la légitime de l'aîné dans les fiefs, eſt auſſi étendue que ſon droit héréditaire, & comprend ce droit en entier ; il en eſt de même contre ſes enfans à lui ſubſtitués, lorſqu'il n'eſt pas enfant unique, le concours d'autres enfans avec lui, l'ayant ſaiſi de cette légitime, c'eſt-à-dire, de tout ce qui compoſe ſon droit d'aîneſſe, dont il n'a pu être dépouillé ; mais pour cela il faut ce concours d'un ou de pluſieurs autres enfans.

Voyez Lapeyrere, let. L, déciſion 75, pag. 220 de l'édition de 1725 ; & Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 6, num. 1036, & ſuivans, pag. 644 & 645 ; le Maître, tit. 14, pag. 441, & la diſtinction précédente, dans laquelle on a examiné ſon action révocatoire de la diſpoſition du fief, au profit d'un puîné ; action qu'il a, ſoit comme héritier, ſoit comme étant ſimplement légitimaire : ici on n'examine que la quotité de ſa légitime ſur les fiefs, relativement à ſes puînés & à ſes propres enfans, dans le cas qu'ils lui ſont ſubſtitués.

LXXXIV. De-là il s'enſuit, que l'aîné réduit à ſa légitime, par les diſpoſitions que le pere a faites en faveur de ſes petits-enfans, en les lui ſubſtituant, a par rapport aux fiefs, autant qu'il auroit eu, ſi le pere n'eût ſubſtitué ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, c'eſt indiſponibilité : on examine toujours le cas qu'il y a pluſieurs enfans ; car il en ſeroit autrement s'il n'y avoit qu'un enfant.

L'arrêt du 13 août 1664, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 46, n'adjuge néanmoins à des créanciers d'un aîné grevé de ſubſtitution, que la moitié de la portion que leur débiteur avoit dans les fiefs, & l'autre moitié aux appellés ; c'eſt une exception qui ne peut ſervir qu'à confirmer la régle atteſtée par Dupleſſis, pag. 206, où il dit que la légitime de l'aîné à l'égard de ſes freres, eſt du droit d'aîneſſe tout entier dans les fiefs, & de la moitié des autres biens ; & la diſſipation de la part du fils qui alloit à faire ſortir les biens de la famille, contre l'intention que la coutune a eu dans l'établiſſement du droit d'aîneſſe, a conduit à cette exception.

LXXXV. En effet, l'aîné juſqu'à concurrence de ſon droit d'aîneſſe, a l'action révocatoire des diſpoſitions de fief faites à ſes puînés, ou action d'indemnité, & le concours l'a ſaiſi de ce droit contre ſes enfans à lui ſubſtitués ; mais s'il étoit fils unique & grevé de ſubſtitution envers ſes enfans, il n'auroit pour ſa légitime que la moitié dans tous les biens, la loi le ſaiſiſſant en ce cas, du tout, & n'y ayant que le concours qui lui donne droit d'aîneſſe ; c'eſt ce ſeul concours qui lui donne ce droit ; & où il n'eſt pas, ce droit ne peut être.

Voyez Argou, en ſes inſtituts : eſt à obſerver qu'on n'examine ici la ſubſtitution dont l'aîné eſt grevé, que dans le cas qu'il n'eſt pas fils unique ; on l'examinera dans le cas qu'il eſt fils unique par la quatrieme diſtinction ci-après ; cela mérite un examen particulier.

DISTINCTION III.

De la quotité de la légitime de l'aîné, relativement à des donataires étrangers, & à un légataire univerſel étranger.

LXXXVI. Ici ſa légitime de l'aîné n'eſt pas ſi étendue : lorſque le pere a diſpoſé d'un fief en faveur d'un étranger, & que l'aîné eſt réduit à ſa légitime, cette réduction relativement à un étranger, réduit le droit d'aîneſſe à moitié ; de même ſi la part héréditaire étoit ſubſtituée en faveur d'un étranger : on a déja vu cette réduction en traitant du droit d'aîneſſe en général, il eſt néceſſaire de la reprendre en examinant quels ſont les droits de l'aîné, lorſqu'il a été réduit à ſa légitime ; cette réduction reſtreignant la qualité d'héritier ; & par conſéquent, le droit d'aîneſſe, lorſque la diſpoſition du fief ne ſe trouve pas par la perſonne qui en a été gratifié totalement prohibée.

Voyez la note de l'apoſtillateur de Lapeyrere, ſur la déciſion 75 de la let. L, pag. 220 ; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 1, pag. 206 ; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 162, num. 20 ; le Maître, tit 14, pag. 441, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui ne s'entend que dans le cas qu'il y a concours de pluſieurs enfans.

☞ La propoſition eſt conforme au ſentiment des meilleurs auteurs ; cependant ne devroit-on pas la reſtreindre au cas où le pere n'auroit laiſſé d'autres biens pour la légitime de ſes enfans que le fief dont il a diſpoſé ? S'il a laiſſé d'autres biens qui ſoient ſuffiſans pour cette légitime, pourquoi donner à l'aîné un recours contre un étranger donataire, lorſque le fief donné n'eſt plus dans les biens du pere au tems de ſon décès ? Où il n'y a plus de fief, il ne doit plus y avoir de droit d'aîneſſe pour l'aîné, du moins il ſemble que ſon recours contre le donataire ne devroit lui être accordé que ſubſidiairement.

LXXXVII. Cela eſt fondé, comme on l'a déja obſervé, ſur ce que le pere à cet égard ; c'eſt-à-dire, en diſpoſant d'un fief en faveur d'un étranger, n'a pas eu les mains liées, comme il les avoit relativement à ſes autres enfans ; & que contre l'étranger, l'aîné n'a pas l'action révocatoire de la donation du fief, mais

ſeulement, l'action en pétition de légitime de droit ; ce qui réduit ſa légitime à la moitié de ſa portion héréditaire dans le fief ainſi donné, comme elle ſe trouve réduite par rapport aux autres biens, la poſſeſſion d'un fief ne portant pas avec elle-même la prohibition d'en diſpoſer.

Mais en ce cas, l'aîné doit-il ſe pourvoir contre les donataires de fiefs, ou doit-il garder l'ordre des donations ? Dupleſſis, pag. 207, tout au commencement, eſtime qu'il doit ſuivre l'ordre des dates ; cependant à la page précédente, il donne pour ce à l'aîné l'action *in-rem ſcripta* : action qui ne me paroit reguliere que par rapport aux autres enfans ſeulement ; voyez ſur cela la cinquieme diſtinction ci-après, & les diſtinctions premiere & ſeconde de la ſection ſeconde du chapitre troiſieme ci-deſſus.

LXXXVIII. Cette reduction va plus loin, s'il n'y a qu'un fils unique ; en effet, ce fils pour la pétition de ſa légitime contre un légataire univerſel, autre que l'un de ſes freres & ſœurs, ou autre deſcendant du teſtateur, n'a que la répétition de la moitié de tous les biens indiſtinctement, les fiefs compris dans la maſſe d'iceux, la ſaiſine intégrale excluant tout prélevement en ſa faveur : en effet, ce fils unique auroit eu le tout, ſi le pere n'eût diſpoſé ; il a diſpoſé, ſa diſpoſition licite le réduit à moitié, c'eſt ſon effet naturel ; ainſi le droit d'aîneſſe en ce cas, n'eſt d'aucune conſidération : je le penſe ainſi, & la coutume qui n'a établi le droit d'aîneſſe que dans le cas du concours d'autre enfant, va droit à ce ſentiment.

Il ne peut y avoir droit d'aîneſſe où il n'y a pas de concours d'autre héritier, & cette réduction du fils à la moitié de tous ſes droits héréditaires, réſulte du ſentiment de Dupleſſis, rapporté ſur la diſtinction précédente ; ce que la propoſition ſuivante confirme, & que l'autre qui la ſuit limite.

LXXXIX. Cette réduction a été déja établie : l'aîné n'a préciput que par le concours légal d'un cohéritier légitime & ſaiſi par la loi ; ceſſant ce concours, tout droit d'aîneſſe ceſſe, puiſque lui ſeul le fait naître ; & outre ce premier moyen, le préciput, la portion avantageuſe qui compoſent le droit d'aîneſſe ne ſont indiſponibles de la part du pere, que relativement aux puînés, ſur leſquels le pere ne peut faire tomber le droit d'aîneſſe, mais par rapport à un légataire étranger, les biens nobles dans la perſonne du pere, ſont autant diſponibles que les biens roturiers : la légitime, en ce cas, ne peut donc être que de la moitié dans le tout ; mais s'il y avoit eu d'autres enfans & diſpoſition du fief en faveur d'un étranger, l'aîné a pour ſa légitime, moitié de ce qu'il auroit eu comme aîné, ceſſante la diſpoſition.

Dupleſſis, pag. 206, à la fin ; c'eſt auſſi ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 162, num. 20, & pag. 163, num. 21 ; voyez ci-deſſus les diſtinctions premiere & ſeconde de la ſection ſeconde du chapitre troiſieme ci-deſſus.

XC. De cette diſponibilité des fiefs au profit des étrangers, il faut excepter le fief titré qui ſe trouveroit compris dans un legs univerſel ou particulier fait à un étranger ; le fils ayant part dans le fief & étant intéreſſé à le conſerver dans ſon intégrité, & à porter ſeul le nom de la terre, peut le retenir en récompenſant le légataire : de ces droits naît celui de retenue ; c'eſt exception qui ſert à confirmer la régle générale ci-deſſus poſée.

Le légataire ne peut avoir plus de droit qu'un enfant héritier, contre lequel on a établi ci-deſſus qu'il avoit ce droit ; ce qui prouve qu'à plus forte raiſon, il doit l'avoir contre un légataire univerſel étranger, toujours moins favorable qu'un héritier.

DISTINCTION IV.

De la légitime du fils unique ſur les fiefs, lorſqu'il eſt grevé de ſubſtitution envers ſes enfans.

XCI. Dans ce cas, comme dans la précédente diſtinction, le fils unique n'a pour ſa légitime, que la moitié dans tous les biens ſans aucun autre avantage ſur les fiefs ; ce qui eſt différent du cas qui a fait la matiere de la ſeconde diſtinction, dans laquelle on a vu que par le concours d'autres enfans, ſa légitime contre ſes enfans au profit deſquels il étoit grevé de ſubſtitution, embraſſoit tous ſes droits héréditaires dans les fiefs ; au lieu que dans le cas de la préſente diſtinction ſa légitime dans iceux eſt réduite à la moitié de ce que la loi lui déféroit comme héritier, parce qu'il ne peut y avoir de préciput, où il n'y a pas de concours d'autre héritier : le premier me paroît inconcevable ſans l'autre.

Voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 162, num. 20, à la fin, où il dit indiſtinctement, que l'aîné grevé de ſubſtitution envers ſes enfans, n'a pour ſa légitime, que moitié de ce qu'il auroit eu, ſi le pere n'eût diſpoſé ; enſorte qu'il le prive indiſtinctement de la moitié de ſon droit d'aîneſſe, ce qui ne me paroît pas régulier, que dans le cas que le fils grevé de ſubſtitution, eſt fils unique : mais dès que par le concours d'autres enfans, il a été ſaiſi de la totalité de ſon droit d'aîneſſe pour ſa légitime, il ne me paroît pas que dans une même ſucceſſion, il puiſſe y avoir deux différentes légitimes ; ainſi en ce cas, il doit avoir contre ſes enfans à lui ſubſtitués, ce dont il a été ſaiſi contre ſes freres & ſœurs ; mais nul préciput, nulles portions avantageuſes, s'il n'a eu aucun autre héritier concourant avec lui dans la ſucceſſion, diſtinction qui me paroît juſte ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XCII. Les raiſons ſont les mêmes pour l'un & l'autre cas ; c'eſt-à-dire, contre un étranger, ou contre ſes enfans lorſqu'il eſt

fils unique ; la loi (ceſſant toutes diſpoſitions) le ſaiſiſſoit de tout, & la loi ne lui donne des avantages ſur les fiefs que par le concours légal des cohéritiers ; & il ſeroit peu juſte de regarder les petits-enfans d'un teſtateur, ſubſtitués & non héritiers de leur ayeul, plus défavorablement qu'un légataire univerſel étranger, outre que par une telle diſpoſition, ce n'eſt pas un aîné que le teſtateur veut ſe choiſir à ſon gré, il tend au contraire au maintien de ſon nom, par la conſervation de ſes biens, dans la deſcendance de ſon fils unique : il eſt vrai qu'on pourroit alléguer cette raiſon dans le cas qu'il y a pluſieurs enfans, & que l'aîné eſt grevé de ſubſtitution envers les ſiens ; mais dans le même cas de ſubſtitution, cette raiſon fait plus d'impreſſion lorſqu'il n'y a qu'un fils unique ; & il ſeroit inconſéquent, que l'aîné grevé de ſubſtitution, eût une certaine légitime contre ſes freres qui ne militeroit pas contre ſes enfans : je ne vois aucune juſte raiſon de différence entre l'un & l'autre cas.

Je l'ai entendu ainſi décider par Barbier, ancien avocat, qui joignoit à des lumieres profondes une très-longue expérience ; voyez Argou, en ſes inſtituts.

CXIII. Mais ſi le fils aîné, grevé de ſubſtitution envers ſes enfans, a un ou pluſieurs cohéritiers dont le concours l'a ſaiſi d'un droit d'aîneſſe ; en ce cas, il a contre ſes enfans, & pour la diſtraction de ſa légitime, la totalité de ſon droit d'aîneſſe, comme on l'a dit par la ſeconde diſtinction de cette ſection : cela eſt une ſuite des principes ci-deſſus.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 206, que le droit d'aîneſſe, eſt une légitime coutumiere, que le pere ne peut transférer, & c'eſt ainſi que ce droit eſt regardé au châtelet, c'eſt-à-dire indiſponible relativement aux autres enfans ſeulement ; pour cela, il faut que l'aîné en ait été ſaiſi, & il l'eſt lorſque d'autres héritiers concourent avec lui, mais il ne peut l'être le concours ceſſant ; c'eſt ce qu'on a déja vu dans la ſeconde diſtinction, où l'on a examiné quelle eſt la légitime d'un aîné, lorſqu'il eſt grevé de ſubſtitution en faveur de ſes enfans, & dans le cas qu'il a des freres : ici on examine quelle eſt cette légitime lorſqu'il eſt fils unique, ce qui eſt différent ; dernier cas dans lequel il ne doit avoir que la moitié de ce qu'il auroit eu ſi le pere n'avoit pas fait une ſubſtitution.

DISTINCTION V.

De l'ordre que l'aîné doit obſerver dans la pétition de ſa légitime, lorſqu'il la demande contre des donataires.

XCIV. Dans le cas que relativement aux fiefs, il agit contre des puînés, il ne doit pas ſe pourvoir contre ſes puînés donataires, en remontant l'ordre des dates des donations, & épuiſer la derniere faite, avant d'entamer la pénultiéme ; cet ordre n'a lieu que pour les biens indifférens, mais par rapport aux fiefs, il doit ſe pourvoir indiſtinctement contre tous ſes puînés donataires de fief du pere commun, ſon droit eſt plus réel qu'arithmétique : ce ſont ceux-là qui ont les choſes dans leſquelles il a part comme aîné ; il doit donc ſe pourvoir également contre tous, puiſque tous donnent atteinte à ſon droit, & ce, à proportion de la diſpoſition faite à leur profit, qui, relativement à lui, & abſtraction faite des dates des donations, ſont en partie & également prohibées.

Sa véritable action contr'eux eſt, *actio in rem ſcripta*, comme le dit Dupleſſis, elle a été ci-deſſus établie ; nature de ſon action qui fonde la propoſition.

XCV. Par-là il retire des mains de ſes puînés, ce qu'il auroit eu dans les fiefs en qualité d'aîné, ſi le pere n'eût diſpoſé ainſi de ſes fiefs, telles diſpoſitions ne pouvant lui préjudicier ; c'eſt donc contre tous les puînés donataires de fief qu'il doit également & conjointement ſe pourvoir.

Tel eſt l'effet de cette action ; on l'a examiné relativement à la revendication de ſa part & portion héréditaire, on l'examine ici relativement à la pétition de ſa légitime, encore plus favorable ; mais dans ce dernier cas, ſon action eſt entierement efficace, au lieu que dans l'autre il en eſt garant pour la part & portion dont il eſt héritier : voilà la différence qui naît de celle des qualités.

XCVI. Voyons ce même ordre contre des donataires étrangers : dans le cas qu'il agit contre des étrangers ; il en eſt autrement, & quoique ces donataires ſoient donataires de fief, il ne doit pas ſe pourvoir contr'eux indiſtinctement, mais ſuivre en rétrogradant l'ordre des donations, & épuiſer la derniere avant d'entamer la pénultiéme, parce que telles donations ne péchent pas dans leur principe ; c'eſt-à-dire, par l'incapacité de celui auquel elles ſont faites, comme elles péchent lorſqu'elles ſont faites au profit de puînés : fondement de la différence ; ainſi en ce cas, il faut ſuivre le principe général, puiſqu'en ce cas, il n'y a pas de prohibition dans la perſonne des donataires, & qu'il n'y a que la derniere ou les dernieres donations qui donnent atteinte à ſa légitime.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 1, pag. 207, au commencement ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci, qui réſulte de ce qu'on a établi précédemment ; voyez la ſection 8 du chap. 10 ci-après.

XCVII. En effet, il n'a pas contr'eux l'action révocatoire des donations, mais la ſimple action en pétition de l'évaluation de

ſa légitime, pour laquelle il doit ſuivre l'ordre général établi pour cette pétition ; c'eſt donc à cet ordre contr'eux auquel il doit ſe conformer, & ſa légitime en ce cas, n'embraſſe que la moitié de ſon droit héréditaire, en y comprenant le droit d'aîneſſe.

Dupleſſis, pag. 206, dit que la coutume ne prohibe pas les donations de fief à des étrangers ; ce qui a été établi ci-deſſus, & ce qui fonde la propoſition.

XCVIII. Dans cette évaluation, on ne comprend pas la totalité de ſon droit d'aîneſſe, comme on la comprendroit contre ſes puînés ; mais ſimplement la moitié d'icelui, la réduction à cette légitime le réduiſant à l'égard des donataires étrangers, à la moitié de ce droit, comme elle le réduit à la moitié des autres droits ſucceſſifs ; & cela par le moyen déja expliqué, qui eſt que la féodalité ne produit qu'une indiſponibilité relative aux enfans, & non une indiſponibilité abſolue ; cela eſt ſuite des principes précédens.

Voyez la troiſieme diſtinction ci-deſſus, où cela eſt établi, & Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 11, addition au num. 1156, pag. 675 ; & tel eſt ſur cela l'uſage.

XCIX. Les donataires étrangers doivent lui fournir cette évaluation en corps héréditaires ; pourquoi les derniers donataires, doivent être évincés en ſa faveur des fiefs même à eux donnés, juſqu'à concurrence de ce qui lui revient pour ſa legitime, telle qu'on a vu ci-deſſus qu'elle étoit fixée à leur égard.

Dupleſſis, pag. 206, & l'on a vu que cette légitime ſe réduiſoit en ce cas à la moitié de ſes droits, comme aîné, mais c'eſt en corps héréditaires qu'il faut la lui fournir.

C. Mais l'éviction ſoufferte par les derniers donataires, rempliſſant l'aîné de ſa légitime, les autres donataires reſtent intactes & ſont exempts de toutes prétentions de ſa part ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus, ce qu'on approfondit ci-après en traitant de la légitime.

Cela réſulte de la doctrine de Dupleſſis, ci-deſſus rapportée ; voyez ci-après le chapitre de la légitime, où l'on établit cet ordre, & l'affranchiſſement des premiers donataires, lorſque l'épuiſement des dernieres donations a rempli la légitime : c'eſt-là le ſiege de cette matiere, & cela fonde la propoſition ; la nature des biens donnés à des étrangers ne changeant pas ce même ordre, qui ne peut être changé que relativement à des puînés incapables relativement à leur aîné, des donations de fiefs.

SECTION II.

De la légitime des puînés, dans le cas que l'aîné eſt donataire univerſel.

CI. On marche ici entre deux écueils également dangereux ; ſi dans le cas que l'aîné eſt inſtitué légataire univerſel, ou donataire univerſel, on regarde les fiefs, comme les biens roturiers, c'eſt-à-dire, ſi l'on donne aux puînés le droit de prendre leur légitime ſur la totalité des fiefs, ſans en diſtraire à ſon profit ni le préciput, ni les portions avantageuſes que la loi donnoit à l'aîné en qualité d'héritier, on rend à cet égard ſa prévoyance inutile, & on met les pere & mere, ayant des fiefs, dans une eſpece d'interdiction d'avantager leurs aînés ; l'autre partie n'a pas moins d'inconvéniens, leur expoſition forme la propoſition qui ſuit ; il ſeroit à ſouhaiter qu'on les fit ceſſer, en donnant la préférence à un droit naturel ſur un droit purement politique.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 164, num. 28, fait concourir en faveur de l'aîné tous les avantages que la loi lui fait, & ceux de l'homme, ce qu'on va examiner par la ſuite avec quelque étendue, comme étant une des parties du droit françois, qui ſouffre, ſelon moi, le plus de difficulté, mais que l'équité devroit faire ceſſer.

CII. Suivons cette difficulté. D'un autre côté, ſi l'on réduit la légitime des puînés à la moitié de ce qu'ils auroient eu, ſi le pere n'eût pas diſpoſé, on fait concourir en faveur de l'aîné, la diſpoſition de l'homme & celle de la loi ; réunion que les principes généraux de la coutume, rendent incompatible, & on cumule contre les puînés, la rigueur de la loi & celle de l'homme ; lorſque la loi n'a établi les avantages en faveur de l'aîné, que pour remédier à l'imprévoyance de l'homme qui n'auroit pas ſongé à la conſervation de l'éclat de ſa famille, en donnant des avantages à l'aîné qui doit la ſoutenir ; du moins faut-il donner aux puînés une légitime ſur tous les biens & même ſur les fiefs, le droit de légitime ayant ſa racine dans la nature, & il eſt dur de diſtraire le droit d'aîneſſe de la maſſe.

Ces raiſons, également fortes de part & d'autre, rendent la fixation de la légitime des puînés fort épineuſe, dans le cas que l'aîné eſt donataire ou légataire univerſel ; difficultés qu'on va tâcher d'éclaircir par ce qui ſuit, ſans néanmoins entreprendre de faire rejetter l'opinion qui eſt ſur cela plus commune.

CIII. Le parti le plus commun aujourd'hui & le plus goûté ſur cette queſtion, eſt de réduire en ce cas les puînés légitimaires à la moitié de ce qu'ils auroient eu, ſi leur pere ou leur mere, n'eût pas diſpoſé en faveur de leur aîné ; par-là l'aîné en conſervant ſes

avantages que la loi lui faiſoit dans les fiefs, prend encore la moitié des portions héréditaires de ſes puînés, tant dans les fiefs, que dans les autres biens; ce qui paroît peu conforme à l'eſprit de la coutume qui n'a diſpoſé en faveur de l'aîné qu'au défaut de diſpoſition du pere en ſa faveur : diſpoſition de la loi qui lui a paru ſuffiſante pour remplir ſon motif, & qu'il ne faudroit pas faire concourir avec un autre, ce concours paroiſſant contraire à ſon eſprit.

Voyez l'arrêt du 6 juin 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43. Cet arrêt a même jugé que l'aîné pouvoit être légataire univerſel dans une coutume, & héritier dans une autre; voyez les propoſitions ſuivantes de cette ſection, elles contiennent les moyens qu'on peut alléguer contre cette réunion des avantages réſultans de la diſpoſition de la loi, & de ceux réſultans de la diſpoſition de l'homme : encore une fois, on les expoſe, non pour faire rejetter l'opinion commune, mais pour approfondir la queſtion, l'opinion commune étant abſolument dure.

CIV. Suivons toujours cette difficulté. La facilité de l'opération qui eſt à faire en ſuivant ce parti, paroît d'abord l'avoir fait goûter; le parti contraire me paroît plus conforme à l'équité & à l'eſprit de la loi, qui veut expreſſément que la légitime ſoit préférable au droit d'aîneſſe: on a établi ci-deſſus cette derniere partie de la propoſition qui eſt inconciliable avec la réunion de ces avantages; c'eſt-à-dire, cette préférence que la raiſon & l'équité manifeſtent, & que la lettre de la coutume confirme.

Voyez Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 4, addition au num. 1156, pag. 675; & les propoſitions ſuivantes, où l'on examine ce parti en expoſant les moyens qui le ſoutiennent.

CV. Premierement, lorſque la loi donne un préciput, & des portions avantageuſes à l'aîné, c'eſt à l'aîné héritier, & non à l'aîné renonçant; car c'eſt un héritier légitime qu'elle partage ainſi, & non un inſtitué & avantagé par l'homme, autant qu'il a pu le faire : pourquoi donc donnera-t-on à l'aîné, les avantages que la loi ne lui donne que comme héritier, lorſqu'il renonce à la ſucceſſion pour accepter le legs? Succeſſion à laquelle la loi a attaché ces avantages : premier moyen qui fait obſtacle à la perſuaſion ſur l'opinion contraire, quoique la plus commune, & auquel il ſeroit difficile de donner une bonne réponſe.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, chapitre de la légitime, ſect. 6, num. 22 & ſuivans, établit que dans la liquidation de la légitime des puînés, l'aîné fait part avec préciput, c'eſt-à-dire que lui inſtitué légataire univerſel, ne contribue pas à la légitime de ſes puînés, à proportion de ſon droit d'aîneſſe; il répéte la même choſe au même traité, liv. 4, ch. 2, ſect. 3, num. 9, pag. 633, & c'eſt à préſent l'opinion commune; j'ai entendu M. Gacon, ancien avocat, dont on ne peut trop regretter la perte, me dire qu'il avoit eu bien de la peine à ſe conformer à cette opinion, & qu'il ne la ſuivoit que par l'impuiſſance de réſiſter au torrent qui avoit entraîné tous les autres; il m'ajoûta, en traitant enſemble du montant de la légitime de madame la princeſſe de Naſſau, contre le marquis de Neſle ſon frere, à la liquidation de laquelle nous travaillions, & ſur laquelle tomboit la queſtion qu'on examine ici, que le parti de faire concourir les avantages de la loi & ceux de l'homme en faveur d'un aîné, n'avoit de baſe qu'un arrêt rendu par des commiſſaires nommés par le roi, auquel il falloit ſe conformer, tant qu'il n'y en auroit pas de contraire : mais avec un tel guide, je réclame les principes contre ce préjugé, qui ne peut, ſelon moi, s'allier avec aucun; mais encore une fois, on n'examine cela que pour approfondir la queſtion, & non pour rejetter une déciſion qu'on reſpecte; & ſans s'écarter de-là, quoique l'aîné inſtitué légataire univerſel puiſſe en cette qualité ſe regarder comme ſaiſi par la loi de ſon droit d'aîneſſe; du moins faudroit-il que les puînés, abſtraction faite des fiefs, c'eſt-à-dire en les regardant comme les autres biens, euſſent une légitime de droit, & par conſéquent que chacun d'eux eût la moitié d'une portion. Voilà, en regardant tous les biens d'un même œil, comme on l'a vu ci-deſſus par la ſect. 9 de ce chapitre; voilà l'équité & le véritable eſprit de la coutume qui l'a toujours pour guide.

CVI. Secondement, la loi par l'établiſſement de ces droits en faveur de l'aîné, n'a voulu que remédier à l'imprévoyance de l'homme, qui en négligeant le ſoutien de ſon nom, ne donneroit pas à celui qui en eſt chargé le moyen de le faire; mais lorſqu'il l'a fait, & qu'il l'a fait dans toute l'étendue, que la loi lui permettoit de le faire, l'intention de la loi eſt remplie, & par conſéquent ſa diſpoſition ne doit plus avoir lieu; cette conſéquence eſt juſte, pourquoi donc la rejetter, elle qui a ſa racine dans l'eſprit de la loi?

Il a été établi ci-deſſus, que telle eſt la baſe du droit d'aîneſſe; ce moyen va donc encore directement contre l'accumulation de tous ces avantages en faveur de l'aîné.

CVII. Continuons cet examen. Troiſiemement, les qualités de légataire & d'héritier, ne ſont-elles pas incompatibles, & la loi a établi cette incompatibilité, abſtraction faite de la nature des biens? Pourquoi par rapport aux fiefs, l'aîné réunira-t-il les effets de ces qualités? Cette incompatibilité tombe principalement ſur les effets, & c'eſt réunir tous les effets de ces qualités incompatibles; puiſque par-là on donne à l'aîné ce qu'il a par la diſpoſition de la loi, en lui conſervant ce qu'il a par la diſpoſition de l'homme; ainſi cette opinion qui va à faire concourir en faveur d'un aîné les avantages de l'homme & ceux de la loi, paroît heurter cette derniere de tout côté.

Cette incompatibilité eſt ci-après prouvée dans

ſon ordre, en examinant les avantages que les peres peuvent faire à leurs enfans, & cette incompatibilité s'oppoſe ouvertement à cette accumulation de qualité.

CVIII. Quatriemement, la reſtriction de l'effet d'un legs univerſel, fait au profit de l'aîné, en regardant les biens comme roturiers, & lui déniant les avantages que la loi lui faiſoit dans les fiefs, en ſa qualité d'aîné & comme héritier, ne le bleſſe point, puiſqu'il eſt maître de s'en tenir à la diſpoſition de la loi, ou d'accepter la diſpoſition de l'homme: option à laquelle il ſeroit auſſi analogique qu'équitable de l'aſſujettir; en effet, s'il accepte le legs, & que par-là, il n'ait plus ſes portions avantageuſes dans les fiefs, il ne le fait, que parce qu'il eſt bien dédommagé par le legs univerſel, qui lui donnant une portion héréditaire, lui donne encore la portion héréditaire de ſes freres, & ſœurs, pour l'excédent de leur légitime; c'eſt donc à lui à prendre ſon parti, & comment s'en plaindroit-il, puiſqu'il dépend de ſon choix? il ſeroit donc juſte de l'obliger d'opter; quatrieme moyen qui ne peut s'allier avec cette opinion commune. Cinquiemement, en accumulant les avantages de l'homme & de la loi, & les rendant compatibles en faveur de l'aîné, on ne voit plus que rigueur, que dureté par rapport aux puînés; on réunit la prévoyante politique de la loi, celle de l'homme & ſa prédilection, pour les dépouiller; ce qui paroit bleſſer l'équité & l'eſprit de la loi, ce qui conduit même à s'écarter de ſa diſpoſition littérale, comme on le va voir par les notes; ce qui forme deux autres moyens qui ne ſont pas moins forts, ni moins juridiques que les précédens.

Ceux qui ſoutiennent ce parti, ne ſont pas tout-à-fait uniformes dans les effets que produit leur ſentiment, comme on le verra dans les remarques ſur la propoſition ſuivante; car, quoique l'aîné ne contribue pas plus aux dettes que les puînés, ils ont eſtimé, que dans le cas qu'il eſt légataire univerſel, il contribue au payement des dettes, à proportion de tout ſon amendement; ce qui n'eſt pas analogique avec la baſe de cette opinion que je combat: ainſi la dureté de leur opinion leur fait rejetter une partie de ſon effet, ce qui ſe croiſe; car s'ils veulent que les diſpoſitions de la loi, & celle de l'homme puiſſent agir tout enſemble pour l'aîné, qu'ils n'énervent donc pas la diſpoſition de la premiere, pour laquelle l'aîné n'eſt pas aſſujetti à contribuer plus au payement des dettes que les puînés: c'eſt ainſi qu'en s'écartant de l'équité & du véritable eſprit de la loi, on tombe dans des inconvéniens qui découvrent la foibleſſe de ces ſortes de partis.

CIX. Sixiemement, il eſt vrai que la légitime eſt la moitié de la portion héréditaire, que le légitimaire eût eu, ceſſant la diſpoſition de l'homme; or il eſt ſenſible que par-là la loi a entendu moitié d'une portion virile & dans tous les biens, puiſqu'elle n'excepte rien: c'eſt donc agir contre la loi que d'affranchir portion de ces biens de la légitime des puînés. Pourquoi la fixation de la légitime ne peut-elle avoir un autre ſens qu'une moitié intégrale? c'eſt que par une diſpoſition générale, le mort ſaiſit le vif, c'eſt-à-dire, que chacun eſt ſaiſi de ſa portion virile; & ſi enſuite la loi, en particuliſant ſa diſpoſition générale, donne à l'aîné une portion avantageuſe dans les fiefs, ce n'eſt qu'une modification de la loi générale, mais modification que la loi n'a établi qu'en faveur de l'aîné héritier, & non pour augmenter l'effet d'un legs inofficieux, que la loi même retranche pour donner la légitime aux puînés: modification, exception qui ne peut avoir lieu que dans le cas que la loi adopte; ainſi plus on approfondit ce parti, plus on s'apperçoit qu'il eſt contraire à l'eſprit de la coutume; toutes les propoſitions de cette ſection le démontrent.

Cependant, malgré ce penchant d'accumuler en faveur de l'aîné, les avantages de l'homme & ceux de la loi, quoique l'aîné, dans le cas qu'il eſt héritier, ne contribue pas plus au payement des dettes que ſes puînés; néanmoins dans le cas qu'il eſt légataire univerſel, &, comme on l'a déja obſervé, il y contribue à proportion de tout ſon émolument, c'eſt-à-dire, à proportion du montant de ſon droit d'aîneſſe, comme des autres biens dont il profite en qualité de légataire univerſel; c'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 3, num. 9, pag. 633: ce qui va à détruire ce parti, c'eſt-à-dire, l'accumulation de ces différens droits en faveur de l'aîné, puiſque c'eſt ſuppoſer que le legs univerſel comprend en faveur de l'aîné, non-ſeulement la moitié des portions des puînés, mais encore les droits légaux de l'aîné héritier dans les fiefs, puiſque s'il tenoit ces derniers de la loi, il ne devroit pour ce contribuer davantage au payement des dettes: on ne l'y aſſujettit donc qu'en jugeant que ſon legs les embraſſe, & il ne peut embraſſer que la portion diſponible, & non au-delà; & la moitié diſponible eſt la moitié dans le tout, abſtraction faite de ſa nature: cela me paroît déciſif.

CX. Enfin, comment veut-on qu'une diſpoſition purement politique, l'emporte ſur un droit qui a ſa ſource dans la nature même? La loi veut, comme on l'a expliqué dans la neuvieme ſection ci-deſſus, que lorſqu'il n'y a qu'un château & quelqu'autres biens inſuffiſans, pour remplir les puînés de leur légitime de droit, que la légitime des puînés ſoit préférable au droit d'aîneſſe. La diſpoſition de l'homme ſera-t-elle plus efficace, que celle de la loi? & lorſque l'homme aura tout épuiſé en faveur de ſon aîné, les puînés pour la liquidation de leur légitime, ne pourront mettre en maſſe ce même château & les portions avantageuſes dans les fiefs? La loi dit tout le contraire dans le cas d'un fief réduit à un château, & dans le cas de l'inſuffiſance de biens pour la légitime des

des puînés, le plus d'étendue du fief ne change rien, ce ſeroit leur faire ſouffrir double retranchement; ce qui eſt fort oppoſé à l'eſprit de la loi, auquel le dernier parti eſt plus conforme, que l'opinion ſur ce qui paroît à préſent la plus commune, & à laquelle indépendamment de l'équité & de l'analogie, il ſeroit bien difficile de trouver une bonne baſe, ſoit dans l'eſprit, ſoit même dans la lettre de la coutume; il faut cependant s'y tenir, tant qu'il n'y aura pas arrêt contraire: mais pourquoi la légitime des puînés s'étendra-t-elle ſur un château, que la loi dans la théſe générale aſſigne à l'aîné, lorſque c'eſt le ſeul objet de la ſucceſſion, ou que les autres ne méritent pas de conſidération; & que dans le cas qu'il y a des biens conſidérables, la légitime des puînés ne s'étendra pas ſur le montant du droit d'aîneſſe, lorſque l'aîné eſt légataire univerſel? Il ſeroit difficile de faire ſentir cette différence, pour moi je ne la ſens pas.

La difficulté de cette queſtion, & le peu de ſatisfaction qu'on trouve dans ce parti à préſent ſuivi, ont paru m'autoriſer à examiner cette queſtion, & à la traiter avec étendue; parce qu'il ſeroit à ſouhaiter, tant par l'équité que par les principes, qu'on réglât la légitime des puînés dans le cas que leur aîné eſt légataire univerſel, comme on la régle dans le cas que la ſucceſſion eſt réduite à un château, & de la maniere qu'on l'a établi par la ſect. 9.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE L'ÉGALITÉ REQUISE ENTRE ENFANS HÉRITIERS DE LEUR PERE.

(Art. 302 & 303 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUAND L'INCOMPATIBILITÉ DES QUALITÉS DE LÉGATAIRE, DE DONATAIRE ET D'HÉRITIER, A LIEU ENTR'EUX.

I. ICI la prévoyance de la loi paroît dans ſon jour, l'égalité eſt ſon objet principal dans le partage des biens entre enfans; en effet, tous les biens, à l'exception des fiefs & rentes ſeigneuriales, ſe partagent également, entre les enfans héritiers de leur pere ou autre aſcendant, comme on l'a vu dans la ſection premiere du troiſieme chapitre de ce titre, parce que leur qualité étant égale, leur condition ne peut être différente: égalité qui a fait naître l'incompatibilité des qualités d'héritiers & de légataires, & ce indiſtinctement dans les deux lignes, & dans la directe même celle de donataire & d'héritier.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 2, pag. 194; ce qui a lieu même entre nobles, parce que la nature n'ayant point mis de différence entre les hommes, il n'eſt pas juſte que la coutume y en mette dans le droit de ſuccéder, le même auteur, au même endroit, en exceptant néanmoins les fiefs qui forment exception fondée ſur une ſage politique; exception dont on vient d'expliquer l'étendue & ſon effet.

II. Cette égalité rend donc entr'eux les qualités de légataire & d'héritier, celle de donataire & d'héritier incompatible; leur réunion romproit cette égalité qui eſt le vœu de la coutume: on dit entr'eux, car ſi la donation ou legs étoient faits à un petit-fils, ces avantages ſubſiſteroient, quoique le pere du donataire ou légataire eût accepté la ſucceſſion, mais à la charge de rapporter ou de précompter ſur ſa portion héréditaire le montant de la donation ou du legs, ce qui revient au même: ainſi par-tout l'égalité entre enfans eſt la fin de la coutume.

Voyez cependant l'arrêt du 6 juin 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43. Si par cet arrêt la cour a jugé qu'un fils aîné pouvoit être légataire dans une coutume, & héritier dans une autre, c'eſt par la faveur que mérite un aîné, qu'on conſidere comme le ſoutien de la famille: mais celui du 13 juillet 1705, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 61, pag. 468, confirme la propoſition: ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez le ch. 6, ci-après, qui eſt celui des rapports; c'eſt là où ce moyen qui tend à l'égalité, doit être examiné.

III. Cette incompatibilité étant établie pour maintenir l'égalité entr'eux, elle leur eſt relative, elle n'eſt pas abſolue, c'eſt pour eux ſeulement que la loi l'a établi; les propoſitions ſuivantes expliquent les conſéquences de celle-ci qui eſt générale, qui eſt l'eſprit de la coutume; rendre ſa ſage diſpoſition abſolue, ce ſeroit s'en écarter.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 658, pag. 147; l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 10, atteſtent cette propoſition générale, elle eſt inconteſtable.

IV. De-là il s'enſuit que contre un légataire univerſel étranger, & même contre un

enfant qui auroit cette qualité, un enfant peut être tout enſemble héritier & légataire; ce n'eſt pas pour un légataire que la coutume a établi l'égalité, & il agiroit contre ſon titre de l'alléguer, puiſque c'eſt la diſpoſition faite en ſa faveur qui la rompt.

Voyez l'arrêt du 17 mars 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 78, qui a jugé que ces deux qualités étoient compatibles en collatérale contre un légataire univerſel étranger: voilà la premiere exception à la régle qu'on vient de poſer ſur cette incompatibilité relative & non abſolue, & la raiſon eſt la même en directe, ſi telle eſt la juriſprudence. En effet, je ne vois ſur ce aucune différence entre l'une & l'autre ligne, ce qui s'étend même, comme on le va voir, contre un héritier du ſang, légataire univerſel. Tel eſt l'eſprit de la coutume, autrement ce ſeroit la faire replier ſur elle-même, & interpréter contre l'héritier ce qui n'a été établi qu'en ſa faveur.

V. Cette réunion de qualité de légataire & d'héritier qui a lieu contre un légataire univerſel étranger, a lieu même contre un frere qui ſeroit légataire univerſel, ainſi qu'on le verra dans la ſection qui ſuit; il ſuffit ici d'obſerver que c'eſt lui-même qui fait obſtacle à l'égalité pour ſe convaincre qu'il ne peut raiſonnablement l'alléguer: ſeconde exception à la régle.

Voyez l'arrêt cité ſur la propoſition précédente, le légataire univerſel dans l'une comme dans l'autre ligne, héritier légitime comme étranger, rompt l'égalité, & ne peut aller contre ſon titre qui eſt le teſtament; je le penſe ainſi, parce que la loi ne l'a pas eu pour ſon objet, ce qui ſert de preuve à la propoſition, & autrement ce ſeroit faire replier la loi ſur elle-même, comme on l'a dit.

VI. Voyons à préſent ce qui réſulte du principe général. De cette incompatibilité relative, il s'enſuit que le legs fait à l'un des enfans qui ſe porte héritier, eſt caduc relativement à ſes cohéritiers dans le cas qu'il n'y a pas de legs univerſel; mais s'il y en avoit un, j'eſtime qu'il feroit valider le legs fait à l'héritier; on l'établira, mais ſa renonciation à la ſucceſſion applanit toute difficulté.

Mais s'il renonce, ſa qualité d'héritier du ſang n'empêche pas même à l'égard de ſes cohéritiers qu'il ne puiſſe accepter le legs qui lui eſt fait, en quoi la coutume eſt conforme à la diſpoſition de la loi 17, §. 1, ff. *de legatis* 1, qui dit en parlant d'un enfant, *ſed & ſi abſtinuerit ſe hereditate, conſequi eum hoc legatum conſtat*: ce qui eſt inconteſtable, puiſqu'il ne peut y avoir incompatibilité de qualité où il y a entiere uniformité de qualité, & c'eſt ainſi que les différentes parties de la coutume, l'incompatibilité & la faculté de diſpoſer ſe concilient.

VII. De cette même incompatibilité de cette égalité requiſe entre enfans héritiers, il s'enſuit que la donation faite par le pere au fils devient caduque, lorſque le fils accepte la ſucceſſion du pere, ou autre aſcendant qui lui a fait la donation, & ce par la loi de la collation qui replace le bien donné dans la ſucceſſion; ſes qualités de donataire & d'héritier étant auſſi incompatibles dans cette ligne, que celles de légataire & d'héritier, & cela auroit lieu encore que par la donation il eût été affranchi du rapport, parce que cet affranchiſſement eſt un avantage qui eſt lui-même rapportable, & que la loi de la collation l'anéantit: telle clauſe ne peut donc affoiblir en rien la néceſſité du rapport, autrement il dépendroit des peres de ſe ſouſtraire à l'impérieuſe prohibition de la coutume.

Telle eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet, autrement un pere ſeroit maître d'éluder la loi qui veut que la condition des enfans héritiers ſoit égale, ce qu'un pere ne peut faire, cela étant une loi à laquelle il ne peut déroger.

VIII. Tout enfant donataire eſt donc obligé de rapporter à la maſſe ce qui lui a été donné, ou moins prendre s'il eſt héritier; c'eſt ce qui réſulte des propoſitions précédentes, & celle qui ſuit le confirme, encore l'option de moins prendre n'a-t-elle lieu qu'en certains cas.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 60, pag. 144; & c'eſt ce que porte le texte même de la coutume.

IX. C'eſt cette égalité requiſe, cette incompatibilité des qualités de donataire & d'héritier qui forme le principe des rapports qui feront la matiere du chapitre ſixieme ci-après.

C'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 500, num. 1: en effet, le rapport a ſa premiere racine dans l'incompatibilité des qualités d'héritiers & de donataires dans la ligne directe.

SECTION II.

Quand cette incompatibilité n'a pas lieu entre héritiers du ſang, & même entre héritiers civils.

X. Examinons l'exception annoncée: comme le vœu de l'égalité entre les enfans eſt le principe de cette incompatibilité de certaines qualités, on a vu dans la ſection précédente qu'un légataire univerſel ne pouvoit pas l'oppoſer, ce n'eſt pas pour lui que la loi l'a établie, lui qui rompt cette égalité favorable; égalité ſeule pour laquelle la coutume avoit établi l'incompatibilité: le légataire univerſel ne peut donc l'oppoſer, cela eſt inconteſtable; c'eſt la premiere exception au principe, expliquée par la ſection précédente.

Chopin, en ſon commentaire ſur la coutume

d : Paris, liv. 2, tit. 4, num. 17, parlant de cette incompatibilité, dit : *ſi extraneus eſſet legatarius mobilium & conqueſtuum, cum onere dandi certam ſummam filiæ teſtatoris, hæc ſimul erit hæres patrimoniorum, & ſummam ex teſtamento capiet*; ce qui eſt ſuivi au châtelet, & la raiſon me paroît auſſi forte contre un héritier légataire univerſel.

XI. Cela a lieu non-ſeulement contre un légataire univerſel étranger, mais même contre un enfant légataire univerſel, comme on l'a déja annoncé par la ſection précédente, enfant qui ne peut empêcher que ſon frere ne ſoit légataire particulier & héritier des quatre quints des propres : en effet, le premier profitant à titre univerſel de la diſpoſition de l'homme, ne peut plus invoquer celle de la loi; ce qui eſt pour le cas auquel il n'y auroit que deux enfans & qui eſt ſans difficulté, l'un légataire univerſel, & l'autre héritier & légataire particulier : on va voir par les deux propoſitions ſuivantes la réſolution de cette même queſtion dans le cas qu'il y a trois enfans.

Cela réſulte évidemment de l'arrêt cité ſur la ſection précédente, du 17 mars 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 78 : voyez ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 469, num. 31 : ainſi il ne faut pas reſtreindre le ſentiment de Chopin, qu'on vient de citer, au ſeul cas qu'un étranger eſt légataire univerſel, & telle eſt ſur ce l'opinion commune, & c'eſt le véritable eſprit de la coutume.

XII. Cela auroit lieu même quand il y auroit trois enfans, un légataire univerſel & les deux autres légataires particuliers, mais gratifiés par le pere commun avec inégalité; ces deux derniers, outre leurs legs particuliers auroient chacun moitié des quatre quints des propres; il y a plus de difficulté lorſque le troiſieme enfant n'eſt honoré d'aucun legs, & qu'il n'a qu'une ſeule & unique qualité qui eſt celle d'héritier : difficulté qu'on va examiner; mais dans le cas de la propoſition, je n'en vois aucune.

Voyez Ricard des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 5, num. 986 & 987; il ne peut y avoir difficulté par rapport au légataire univerſel, la difficulté ne peut être qu'entre les deux autres enfans, attendu l'inégalité de leurs legs particuliers, ce qui s'applanit par l'uniformité de leurs qualités, puiſqu'elles leur ſont communes; telle eſt l'opinion : chacun d'eux a des qualités égales & uniformes, celle d'héritier leur profite également, & en celle de légataire particulier, chacun d'eux tire le plus qu'il peut du légataire univerſel; c'eſt leur adverſaire commun, mais entr'eux nul ſujet juridique de conteſtation.

XIII. Cela auroit encore lieu quand dans le même cas des trois enfans, il y en auroit un légataire univerſel, un ſecond légataire particulier & un troiſieme qui ne ſeroit honoré d'aucun legs; c'eſt-à-dire, qu'en ce cas, ce dernier outre ſon legs n'auroit pas moins ſa moitié dans les quatre quints des propres : j'avoue qu'en ce cas cela peut ſouffrir beaucoup de difficulté, mais je le penſe ainſi, lorſque l'autre héritier ne peut profiter du legs, lorſque le légataire particulier y renonceroit; parce qu'en ce cas l'héritier agiroit ſans intérêt, ſi ce n'eſt pour avoir la totalité des quatre quints des propres, à l'égard deſquels il ne peut empêcher le concours par la renonciation à un legs qui ne le regarde pas. En effet, dans ce dernier cas l'enfant légataire particulier, peut en profitant de ſon legs dont l'abdication ne pourroit profiter à l'autre, ſe porter héritier des quatre quints des propres avec ſon autre frere & y prendre part, ſans que ſon autre frere, ſur le fondement du legs particulier dont il profite, puiſſe l'en exclure, à moins que ce dernier en oppoſant à ſon frere légataire l'incompatibilité, ne puiſſe par-là profiter de la moitié du legs; c'eſt à quoi je trouve que ſon droit ſe réduit : ainſi ſi le legs particulier par la renonciation à icelui, reſte dans la ſucceſſion, le troiſieme enfant qui n'a aucun legs, peut oppoſer l'incompatibilité; mais ſi tel legs particulier par la renonciation à icelui de la part du deuxieme enfant qui en eſt honoré, accroiſſoit au légataire univerſel (ce qui dépend des termes du teſtament) en ce cas le troiſieme enfant qui n'eſt honoré d'aucun legs, ne pourroit oppoſer l'incompatibilité au ſecond qui a été honoré d'un legs, l'intérêt devant être la meſure de toute action.

Si en ce cas ou autre ſemblable, l'enfant n'obtenoit pas à ſes fins, & ne pouvoit faire concourir en ſa faveur les droits réſultans des deux qualités, il pourroit par la ſuite varier dans ſes qualités. Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 5, num. 988, pag. 634; ce qui ſert déjà à établir la propoſition en partie : mais j'eſtime qu'il peut les faire concourir, n'étant plus queſtion d'égalité, dès qu'il y a un legs univerſel qui la rompt totalement, & c'eſt ce qu'on va établir par ce qui ſuit; du moins le legs particulier & la diſtraction des quatre quints des propres doivent-ils militer contre le légataire univerſel; & même en faveur du ſecond enfant légataire particulier, lorſque par la renonciation à icelui, le troiſieme enfant n'en pourroit profiter : voyez Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, & la ſixieme propoſition de cette ſection.

XIV. Mais le légataire univerſel héritier du ſang ne peut contre ſes cohéritiers faire valoir cette compatibilité, c'eſt-à-dire, prendre part virile dans les quatre quints des propres; elle n'eſt que pour les autres, & pour les rapprocher de l'égalité & forcer le légataire univerſel d'abdiquer ſon legs qui la rompt; autrement on agiroit contre la fin de la loi.

Voyez la propoſition qui ſuit, il faut donc excepter de ce que deſſus le légataire univerſel, quoique héritier du ſang, qui ne peut en la premiere

qualité avoir les biens disponibles, & en la seconde une part dans les quatre quints des propres ; c'est contre lui que l'incompatibilité a été établie, mais non contre les autres, contre lesquels on ne peut interpréter ce qui a été établi en leur faveur.

XV. Approfondissons ce que dessus : cette compatibilité des qualités de légataire & d'héritier, est fondée sur les raisons suivantes, & ce, dans le cas d'un legs universel à l'un des enfans, d'un legs particulier à l'autre, & qu'il y a un troisieme enfant qui n'est honoré d'aucun legs ; 1°. L'égalité est rompue par le legs universel ; ainsi, il n'est plus question de tendre à son maintien : 2°. Cette compatibilité auroit lieu si le légataire universel étoit un étranger, sa qualité d'enfant ne peut rien changer : 3°. Le légataire universel, enfant comme étranger, est le seul & le vrai adversaire des deux autres enfans, dont le droit est de tirer des mains du légataire universel tout ce qu'ils en peuvent tirer : 4°. L'intérêt doit être la mesure de toutes les actions, où l'intérêt cesse toute action est déniée ; or l'enfant qui n'est honoré d'aucun legs n'a nul intérêt d'obliger son frere à renoncer au legs particulier à lui fait, à moins que ce ne soit pour le partager : partage qui demande nécessairement une acceptation d'icelui, si en y renonçant il accroissoit au légataire universel : acceptation qui ne peut se faire que de la part de celui qui en a été honoré ; & pourquoi n'a-t-il aucun intérêt d'obliger son frere à renoncer au legs ? C'est que la renonciation à ce legs de la part de son frere, ne lui apporteroit aucun profit dans le cas qu'on examine, puisque tout l'effet d'une telle renonciation seroit de faire accroître le legs particulier au legs universel ; tout son intérêt seroit donc en ce cas d'obliger son frere légataire particulier de partager son legs avec lui, mais il ne peut le forcer de renoncer aux quatre quints. De ce que dessus, il faut donc conclure que le concours des deux qualités de légataire & d'héritier est absolument indifférent à l'enfant qui n'est honoré d'aucun legs. Cependant si le legs particulier fait à l'un des enfans, restoit dans la succession sans accroître au légataire universel ; en ce cas, celui des enfans qui n'est honoré d'aucun legs seroit bien fondé à opposer à son frere l'incompatibilité, ce qui arriveroit si le pere testateur, après avoir disposé à titre particulier avoit dit, & quant au surplus de tous mes biens, je les légue à un tel ; en ce cas, il n'y a que ce surplus qui soit compris dans le legs universel, & la renonciation à des legs particuliers, les laisse dans la succession ; c'est donc en ce cas que celui des enfans non honoré peut, nonobstant le legs universel, opposer efficacement à son frere l'incompatibilité, afin d'avoir seul les quatre quints, ou de l'obliger par-là de renoncer au legs dans lequel il prend sa part, puisqu'il reste en ce dernier cas dans la masse de la succession : mais cessantes ces circonstances, je ne pense pas qu'il puisse justement alléguer l'incompatibilité, mais seulement le partage du legs particulier, lorsqu'il en peut profiter par la renonciation à icelui, & non autrement. En effet, ce seroit en vain que l'enfant non honoré ou plus foiblement honoré, voudroit dire qu'il est intéressé à soutenir l'incompatibilité, parce qu'en excluant son frere de succéder aux quatre quints des propres, il profiteroit de la totalité d'iceux ; ce seroit tomber dans la pétition du principe, & donner pour solution un droit d'exclusion qu'il n'a pas ; il ne l'a pas ce droit, parce que l'effet d'un tel legs ne tombe ni sur lui ni sur les biens auxquels il succéde, & qu'il ne les diminue pas de la moindre portion ; il ne peut donc exciper de ce legs, ni exclure son frere de la succession des quatre quints des propres, leur vocation est pour ce égale, & si la loi a défendu la réunion des qualités d'héritier & de légataire, c'est pour affoiblir les avantages qui rompent l'égalité, & non pour augmenter ces avantages au profit de celui en faveur duquel l'égalité a été rompue, autrement ce seroit faire de la disposition relative de la loi, une disposition absolue, & préférer sa lettre à son esprit. On ne peut d'ailleurs admettre l'incompatibilité en ce cas, sans ouvrir la porte aux fraudes, aux conventions clandestines & secrettes : le légataire universel achetera secretement une renonciation au legs particulier ; par-là il s'en affranchira en partie, & cette partie par cette voie détournée accroîtra à son legs universel ; s'il ne veut pas se prêter à cet accord secret, les deux autres enfans en feront un entr'eux de même nature, ils conviendront secretement qu'un seul d'eux se portera héritier des quatre quints des propres, & que l'autre tirera son legs des mains du légataire universel pour partager le tout également. En rejettant cette compatibilité, on rend la loi contradictoire avec elle-même, on l'a fait agir & opérer contre son intention, & on fait combattre les deux enfans les moins avantagés pour affoiblir leurs droits considérés en général, & pour enrichir de leurs dépouilles celui seul dont ils avoient intérêt, suivant l'esprit de la loi, d'affoiblir les droits : en un mot, l'égalité étant rompue entre tous les héritiers considérés en général, il n'est plus question d'y ramener quelqu'un d'eux, il ne s'en agit plus au moyen du prélevement de tous les biens disponibles ; & il n'est plus question entre les héritiers non avantagés, ou moins avantagés que de tirer des mains de celui qui enleve tous les biens disponibles, tout ce qu'ils en peuvent tirer, sauf la légitime de droit pour l'enfant qui n'a eu aucun legs, si sa part virile dans les réserves coutumieres ne l'en remplit pas ; il faut donc que le legs

particulier & la totalité des réſerves ſoient d'abord tirés des mains du légataire univerſel; ſi le legs particulier balance les réſerves, à la bonne heure, que celui auquel il eſt fait n'ait que le legs, & l'autre la totalité des réſerves; mais s'il ne les balance pas, que l'enfant légataire particulier ait l'un & l'autre, ſauf à partager avec ſon frere le bénéfice du legs particulier, ſi la renonciation à icelui le laiſſoit dans la ſucceſſion; ces moyens me paroiſſent fonder, en ce cas, la compatibilité des deux qualités: ainſi, dans le cas qu'il y a trois enfans, l'un légataire univerſel, le ſecond légataire particulier, & le troiſieme qui n'eſt honoré d'aucun legs, il faut d'abord diſtraire du legs univerſel, non-ſeulement les quatre quints des propres; mais encore le legs particulier; & que celui des trois enfans qui en a été honoré en profite, quoiqu'héritier & qu'en cette qualité il prenne part dans les réſerves, à moins que par la renonciation à icelui, tel legs ne reſte dans la ſucceſſion; auquel cas il faudroit partager également le legs particulier, & les réſerves entre les deux derniers enfans, ſi mieux n'aime le légataire particulier ſe tenir à ſon legs.

Mais cette compatibilité n'auroit pas lieu ſi le teſtateur l'avoit prohibée, ou s'il naiſſoit du teſtament une prohibition ſur ce tacite; je conviens qu'en ce cas cela ſuffiroit pour empêcher la compatibilité, ou même ſi le teſtament contenoit un eſpece de partage entre les enfans, ceſſante cette prohibition expreſſe ou tacite, il faut s'en tenir au véritable effet du teſtament, & préſumer que le teſtateur a preſſenti cette réunion de qualité: intention, diſpoſition teſtamentaire qu'il vaut mieux ſuivre, que de donner lieu à des conventions clandeſtines entre les enfans, qu'on a expliqué par la propoſition, & qui empêcheroient la fin à laquelle on doit tendre autant qu'on le peut, qui eſt l'alliance de la diſpoſition de la loi avec celle de l'homme.

XVI. Examinons pour le même cas l'effet du rapport: par les mêmes raiſons l'enfant non légataire, en ſuivant toujours la même eſpece des trois enfans, ſavoir un légataire univerſel, un légataire & donataire particulier, & un troiſieme non avantagé; ce dernier peut-il obliger ſon frere légataire particulier au rapport de ce qu'il auroit reçu entre-vifs? Je tiens ſur ce l'affirmative, parce qu'il a qualité pour profiter du rapport, ou qu'obligeant ſon frere de renoncer à la ſucceſſion, il profite ſeul des quatre quints des propres; ce qui n'eſt pas du legs particulier, lorſque par la renonciation à icelui, il accroîtroit à un legs univerſel; car le rapport ſe fait au profit des héritiers, & non d'un légataire univerſel.

Voyez les moyens établis dans l'arrêt du 17 mai 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 78, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XVII. Douteroit-on du rapport par la raiſon, que celui qui prend les réſerves coutumieres doit abandonner le ſurplus des biens à l'exception de ce que le teſtament lui donne, & que l'égalité étant une fois rompue par une diſpoſition univerſelle valable, les autres enfans n'ont, ou que les réſerves coutumieres, ou que la légitime de droit, & par conſéquent nul rapport à demander? Mais ce qui décide eſt que ſon abandonnement ne tombe que ſur les biens extans, & non ſur les biens rapportés; collation qui replace dans la ſucceſſion par l'effet du rapport, les biens donnés à ſon cohéritier, & ſur leſquels le legs univerſel ne peut s'étendre; d'où il faut conclure que l'enfant non gratifié ni par donation ni par legs, peut dans le cas de trois enfans, l'un légataire univerſel, & le ſecond donataire qui veut prendre comme héritier ſa moitié dans les quatre quints des propres que l'enfant qui n'a rien reçu, peut oppoſer à l'enfant donataire, l'incompatibilité des qualités d'héritier & de donataire; parce que par-là il l'oblige de renoncer, & s'aſſure par cette voie la totalité des quatre quints des propres, ou l'oblige par le rapport qui ne le fait que pour lui & non pour le légataire univerſel, de partager avec lui ce qui comprend la donation.

Voyez ci-après le chapitre 4, & le titre des teſtamens.

XVIII. La compatibilité ci-deſſus expliquée a lieu à plus forte raiſon en pareil cas, en collatérale il y a encore moins de difficulté, puiſque l'égalité n'y eſt pas ſi ſcrupuleuſement ſuivie; mais l'incompatibilité a lieu entre enfans, quoique les biens ſoient régis par différentes coutumes, dans l'une deſquelles un enfant prétendroit être légataire, & héritier dans l'autre; mais il peut être légitimaire dans une coutume & prendre les réſerves coutumieres dans une autre, ſi dans cette derniere il n'a pas d'autre légitime; parce que cette coutume ayant pourvue à la réſerve en faveur de l'héritier, cette réſerve eſt une vraie légitime dont la quotité doit ſe régler par les coutumes qui régiſſent les biens, & qu'en ce cas ce n'eſt plus la coutume de Paris qui doit décider, puiſque la coutume a pourvue à ce.

L'arrêt du 13 juillet 1705, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 61, pag. 468, confirme la premiere partie de la propoſition; à l'égard de ſa ſeconde partie, j'ai entendu agiter au châtelet la queſtion qu'elle renferme, & telle fut ſur cette queſtion l'opinion la plus commune.

☞ Sur la ſeconde partie de la propoſition, voyez Ricard, des donations, partie premiere, n. 696, où il décide que l'on peut être héritier dans une coutume, & légataire dans celle qui exclut de la ſucceſſion; ce qu'il fonde ſur ce que dans le cas où une coutume exclut, par exemple, des neveux,

ils n'y ont point qualité d'héritiers & ne prennent rien dans cette coutume, ils peuvent y être légataires, quoiqu'ils ſoient héritiers dans une autre, parce que les coutumes étant renfermées dans leur territoire, elles n'ont aucune force ailleurs.

Cette opinion eſt conforme aux véritables principes, & eſt d'ailleurs fortifiée par différens arrêts qui l'ont ainſi jugé. Le premier eſt celui des Barraux, du mois de janvier 1563, dans l'eſpece de cet arrêt, M. Barrau, avocat, avoit pour héritier un frere & une ſœur & pluſieurs neveux d'un frere & d'une ſœur décédés, & avoit laiſſé des biens ſitués dans la coutume de Montfort : il avoit légué ſes meubles & acquêts à ſes neveux, qui prétendoient prendre les legs & ſuccéder avec leur oncle & leurs tantes aux propres, ce qui a été admis par l'arrêt. Il y en a deux autres conformes, l'un du 8 février 1624 & l'autre du 10 février 1643, rapportés dans le journal des audiences.

Enfin cette juriſprudence eſt affermie par l'arrêt rendu en la cinquieme chambre des enquêtes le 23 mars 1739, en faveur de M. Coignet, conſeiller au parlement, l'un des héritiers du préſident Seguin. Ce dernier arrêt eſt rapporté par Lacombe & par Denifart, dans leurs recueils de déciſions, *verb.* incompatibilité : mais il n'y a que le cas d'excluſion légale d'héritier dans la coutume où on eſt légataire, qui puiſſe faire admettre les deux qualités; & hors ce cas, la diverſité de biens ni la différence des coutumes ne peuvent rendre les deux qualités compatibles; voyez le Brun, ch. 6, ſect. 2, nomb. 34; Ricard, *loco ſup.* cit. & l'arrêt rapporté par Augeard.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES AVANTAGES QUE LES PERE ET MERE ET AUTRES ASCENDANS PEUVENT FAIRE A LEURS ENFANS.

(Art. 307, 300 & 303 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE L'ENFANT N'EN PEUT PROFITER QU'EN RENONÇANT.

I. NONOBSTANT le vœu de l'égalité, la loi a laiſſé à l'homme la faculté de diſpoſer; par cette faculté, mais ſagement limitée, les pere & mere peuvent avantager celui de leurs enfans qu'ils jugent à propos; c'eſt une ſuite du pouvoir, que la loi donne à l'homme après ſa mort ſur ſes biens, mais elle a mis des bornes à ces avantages.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, p. 203, voudroit que ce pouvoir des pere & mere d'avantager leurs enfans, fût limité aux donations, & n'eût lieu, par rapport aux teſtamens, parce qu'ils n'ont lieu qu'après la mort, & qu'alors c'eſt la coutume, qui eſt dame & maîtreſſe des biens; mais il convient que l'opinion contraire a prévalu; & en effet cette opinion iroit à dépouiller un pere de la faculté de teſter relativement à ſes enfans : il faut cependant convenir que ce pouvoir eſt indulgence de la loi, ſa diſpoſition étant plus ſage que celle de l'homme; mais encore une fois c'eſt indulgence qu'il faut reſpecter comme le ſurplus de ſa diſpoſition; & d'ailleurs n'a-t-il pas fallu laiſſer la voye de récompenſer ou de punir le mérite ou le démérite?

II. Ce pouvoir eſt limité, & par les bornes dans leſquelles la coutume l'a renfermé, les aſcendans doivent laiſſer la légitime aux autres enfans : voilà la limite de ce pouvoir; on examinera par la ſuite l'effet de cette limite : on s'arrête d'abord ſur les principes généraux; voilà une borne auſſi ſalutaire que la faculté de diſpoſer, en général, eſt judicieuſe.

Cela eſt établi ci-après dans ſon ordre, & eſt principalement fondé ſur l'art. 298 de la coutume, qui, dans le cas du ſilence des autres, forme un droit commun dans le royaume.

III. Cet empire que la loi donne à l'homme ſur ſes biens après ſa mort, ne doit être par lui employé qu'à récompenſer la vertu, & non à ſatisfaire ſes paſſions : dans ce dernier cas, ce ſeroit abuſer de cette puiſſance d'une maniere contraire à l'eſprit de la loi, mais ſur ce, c'eſt le fait ſeul qui décide; mais ce pouvoir par rapport aux enfans, n'a lieu dans les coutumes d'égalité, telle qu'eſt celle de Vitry, qui eſt jugée telle pour la directe & non pour la collatérale par l'arrêt du 4 juillet 1729; il a été rendu public par l'impreſſion.

Voluntatis noſtræ juſta ſententia; ceſſante cette juſtice la loi dénie ce pouvoir, mais l'application de ce principe, vrai dans la théorie, eſt difficile dans la pratique, étant bien difficile de démêler un motif intérieur, & ſi c'eſt raiſon ou paſſion.

IV. L'enfant avantagé conſerve le don en renonçant à la ſucceſſion de l'aſcendant donateur, ſauf la légitime des autres; tel eſt l'effet du pouvoir que la coutume donne à l'homme, mais les enfans n'en peuvent profiter que ſous cette condition, les qualités de donataire & d'héritier étant incompatibles en ligne directe, ſuivant la ſage diſpoſition de notre coutume.

Ex cauſa donationis, vel aliundè tibi quæſita, ſi

avi ſucceſſionem reſpueris, fratribus conferre non potes, l. 25, cod. *famil. erciſcun*; voyez Dupleſſis, p. 203, ceſſante la renonciation, la donation eſt effacée par l'incompatibilité de qualités; c'eſt droit commun dans le royaume, & par la limite à ce pouvoir la loi a rempli ſa ſageſſe.

V. De même l'enfant légataire conſerve le legs ſous la même réſerve de la légitime des autres enfans, en renonçant, la renonciation à la ſucceſſion eſt abſolument néceſſaire pour faire ſubſiſter ces avantages; on a vu ci-deſſus l'effet de l'incompatibilité des qualités de donataire & d'héritier; & de légataire & d'héritier, effet qui eſt tel que les avantages ne peuvent ſubſiſter que par la renonciation: c'eſt elle dans cette ligne qui les fait ſubſiſter, ſans elle la collation & l'incompatibilité les anéantit.

Voyez cependant l'arrêt du 6 juin 1685, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43; il n'eſt contraire à la propoſition que par une exception à la regle, & par la faveur que mériteroit le légataire, qui par cet arrêt a cumulé ſes qualités; on ne peut donc le tirer à conſéquence, la coutume y eſt contraire; c'eſt dans la theſe générale, à ſa judicieuſe diſpoſition qu'il faut s'arrêter.

VI. Dans l'un & l'autre cas l'enfant avantagé profite du don ou legs, parce que la qualité d'héritier ceſſante, la néceſſité de l'égalité ceſſe pareillement par rapport à lui, c'eſt à cette qualité que la loi l'a attaché; & lorſque le partage ſe doit faire entre les enfans conformément à ſa diſpoſition, mais non lorſqu'il ſe fait ſelon la volonté & diſpoſition de l'homme, que la loi autoriſe en ce cas pour lui donner le moyen de recompenſer l'amitié & le mérite.

Dupleſſis, pag. 207 à la fin, dit que l'enfant ne peut avoir de la loi & de l'homme, mais qu'il peut recevoir de l'un ou de l'autre. Sur l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, & de celle de donataire & d'héritier, voyez Ricard, des donations, part. 1, ch. 2, ſect. 15, pag. 142, & le chapitre précédent.

SECTION II.

Que l'enfant peut être légataire de ſa portion héréditaire & d'un prélegs, & quand le ſeul prélegs eſt valable.

VII. Le legs fait à un enfant par forme de préciput eſt valable contre un étranger ou contre un autre enfant légataire univerſel; mais dans la théſe générale il n'eſt pas tel contre un héritier du ſang, diſtinction que les propoſitions ſuivantes éclairciſſent: il eſt nul contre un héritier, parce que ſon effet ſeroit de réunir deux qualités qui ſont incompatibles contre l'héritier; mais incompatibilité purement relative & non abſolue.

Sur les prélegs, voyez Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, pag. 146 & 147, & la propoſition trouve ſon établiſſement dans le chapitre précédent, où l'on a établi l'incompatibilité des qualités de légataire, & d'heritier, & ce à l'égard des héritiers ſeulement

VIII. Contre des héritiers du ſang le prélegs fait à un enfant eſt donc nul, ſi la diſpoſition à ſon égard ſe réduit au prélegs, parce qu'il eſt ſujet à rapport, ou plutôt à s'anéantir par l'acceptation de la ſucceſſion comme étant diſpoſition contraire à la loi, qui défend dans une même perſonne la réunion de ces deux qualités.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; mais il en eſt autrement en pays de droit écrit, où le prélegs eſt valable; voyez Lapeyrere, let. P, pag. 309, à la fin, & 310 de l'édition de 1725. juriſprudence que le texte de la coutume rejette formellement.

IX. Mais ſi l'aſcendant, outre ce prélegs, avoit inſtitué celui de ſes enfans ou deſcendans auquel il eſt fait, légataire de ſa portion héréditaire, outre le prélegs, c'eſt-à-dire, qu'il lui eût légué l'un & l'autre: en ce cas, cette double diſpoſition eſt valable & doit avoir ſon exécution; telle diſpoſition pour en recueillir tout l'effet ne demandant qu'une ſeule & même qualité qui eſt celle de légataire, à laquelle il faut donner toute ſon étendue.

Niſi ſit datum in præcipuum & quatenus non ledit legitimam aliorum filiorum, dit Dumoulin, ſur les art. 309 & 321 de la coutume du Bourbonnois; voyez la propoſition ſuivante, elle confirme celle-ci, qui a été formée ſur l'uſage & ſur l'eſprit de la coutume.

X. En effet, en ce cas, du legs de la portion héréditaire & d'un prélegs, le deſcendant ne profite que de la diſpoſition de l'homme & non de celle de la loi, il peut invoquer l'une, mais non les deux enſemble, ni les faire concourir en ſa faveur; une telle diſpoſition doit donc dans ſa double partie produire tout ſon effet: c'eſt exécution de teſtament & non contravention à ſucceſſion légitime, puiſque celui qui en profite n'eſt pas héritier.

Arrêt du 26 avril 1649, rapporté par Soëfve, tom. 1, ch. 10; voyez ſur la validité d'un tel prélegs ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 455, num. 6, & 456, num. 14, d'où il s'enſuit que le legs d'une double part fait à un enfant eſt valable; le même auteur, à la pag. 457, num. 15, & cela eſt ſuite de ce que deſſus, ſauf toujours la réſerve de la légitime en faveur des autres enfans; dans ce dernier cas, comme dans le précédent, l'enfant avantagé n'eſt toujours que légataire.

CHAPITRE SIXIEME.

DES RAPPORTS QUE LES ENFANS AVANTAGÉS, SONT OBLIGÉS DE FAIRE A LA SUCCESSION DE L'ASCENDANT LORSQU'ELLE EST PAR EUX ACCEPTÉE.

(Art. 304 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE CEUX QUI OBLIGENT LES ENFANS A FAIRE LE RAPPORT.

I. LA néceſſité du rapport eſt une autre ſuite du vœu de l'égalité dont on vient de traiter, mais le rapport ne peut être demandé que par les héritiers coacceptans la ſucceſſion, & non par autre; ce n'eſt que pour les premiers que la loi municipale l'a établi, pour maintenir entr'eux l'égalité, & l'aſſujettiſſement au rapport de la part d'un enfant acceptant; mais aux héritiers eſt une ſuite de la régle, que l'incompatibilité des qualités de donataire & d'héritier, n'eſt pas abſolue, mais établie ſeulement en faveur des héritiers: ce ſont donc ces derniers ſeulement dans la théſe générale qui peuvent demander le rapport; c'eſt la premiere conſéquence qui nait de ce principe; cependant des enfans inſtitués légataires univerſels, mais à la charge de rapporter ce qu'ils ont, reçu en avancement d'hoirie du teſtateur ne peuvent prendre part dans le legs qu'en rapportant, c'eſt la charge qui y eſt attachée & qui en eſt inſéparable.

Sur les rapports, voyez le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 3, ch. 6, pag. 454. Il eſt inconteſtable que ce n'eſt que pour les héritiers légitimes que le rapport eſt établi; & la propoſition ne s'entend que pour la ligne directe, car il n'a lieu en collatérale; & dans le dernier cas, ce n'eſt plus la coutume qui agit, mais la condition de la libéralité qui opére.

☞ Le rapport n'ayant été introduit que pour conſerver légalité entre les enfans dans le partage des ſucceſſions de leurs aſcendans, il n'a pas lieu dans la ligne collatérale, ſi ce n'eſt dans les coutumes d'égalité, où on ne peut avantager ſes préſomptifs héritiers.

II. De-là il s'enſuit que le légataire univerſel (fut-il même enfant du teſtateur) n'a pas droit de demander le rapport, de ce qui a été donné à un enfant, la loi n'a pas établi l'incomparibilité pour lui, & le rapport n'eſt qu'une ſuite d'icelle; ſeconde conſéquence du même principe qui influe ſur les héritiers teſtamentaires, ſi la condition contraire n'eſt portée par le teſtament.

Par le même principe, le rapport n'a lieu entre héritiers teſtamentaires; le Brun, des ſucceſſions, p. 458, num. 19, ce qui établit la propoſition que le rapport n'eſt autre choſe que la ſuite de l'incompatibilité de certaines qualités entre héritiers légitimes; c'eſt à dire, des qualités de donataires & d'héritiers.

III. De même les créanciers n'ont pas le droit de le demander à l'enfant héritier bénéficiaire, ſauf leur hypothéque, s'ils l'ont ſur le bien donné; troiſieme conſéquence qui naît du même principe, parce que le rapport n'eſt pas ordonné pour eux, n'étant établi que pour le maintien de l'égalité entre cohéritiers, ainſi l'héritier bénéficiaire s'affranchit de leur action en leur repréſentant ou leur comptant du contenu en l'inventaire; ce n'eſt que de cela dont il eſt comptable envers eux: ce qu'on approfondira par la ſuite.

Cela eſt établi ci-après dans ſon ordre, en traitant de l'effet de ces lettres, ſur quoi l'on peut voir encore ci-deſſus la ſection de l'incompatibilité des qualités, cette propoſition en réſulte.

IV. Mais les cohéritiers peuvent le demander, encore que le défunt l'ait prohibé, telle prohibition étant par elle-même ſujette à rapport; ce qui l'anéantit & ce qui réſulte évidemment de ce que deſſus, nul ne pouvant déroger à la loi publique, & empêcher que la coutume ne régiſſe le partage de ſes biens; que le teſtateur n'a-t-il diſpoſé conformément à la loi par une diſpoſition expreſſe, en faveur de celui qu'il vouloit gratifier, mais l'héritier ne peut profiter tout enſemble de la diſpoſition de l'homme & de celle de la loi.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 456, num. 8, & telle eſt ſur ce la pratique du châtelet.

SECTION

SECTION II.

De ceux qui ſont obligés au rapport.

DISTINCTION PREMIERE.

Du rapport de l'enfant avantagé ou débiteur, & de ſon droit d'accepter la ſucceſſion.

(Art. 304 de la coutume.)

V. L'enfant, quoiqu'avantagé, peut accepter la ſucceſſion en rapportant à la maſſe de la ſucceſſion ce qu'il a reçu, autrement ce ſeroit agir contre la nature du don & le rendre nuiſible à celui à qui il eſt fait que de le réduire à icelui: il a donc ce premier droit; mais il conſerve le don en renonçant, comme on l'a vu ci-deſſus, ou ſuccéde en rapportant.

Voyez la loi 17, au cod. *de collation*; mais s'il accepte, tout avantage par lui reçu doit être par lui rapporté à la maſſe, relativement à ſes cohéritiers; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 2, num. 208; Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 640; c'eſt ce qui forme la propoſition ſuivante & qui ſert de preuve à celle-ci.

VI. De ce que deſſus, il réſulte donc que l'enfant avantagé & qui accepte la ſucceſſion, eſt obligé de rapporter, ou moins prendre, alternative qui dépend de la forme du rapport qui ſera expliqué ci-après; c'eſt ſimple forme, mais qui n'affoiblit en rien la néceſſité du rapport au fonds, qui produit l'égalité entre enfans ayant même qualité.

Novelle 18, ch. 6. Ce rapport eſt ſi juſte, que Dumoulin commentant l'art. 19 de la coutume de Chauny, qui en exempte les enfans, dit *Stulta & iniqua conſuetudo reſpectu lineæ directæ*; expreſſions auſſi juſtes que fortes.

VII. A l'égard du legs fait à un deſcendant, même celui fait à un collatéral, comme on le verra ci-après; dès que l'un ou l'autre accepte la ſucceſſion, le legs, ſauf les cas eſquels la compatibilité des qualités peut avoir lieu, & qu'on a ci-deſſus expliqué: le legs, dit-on, devient caduc relativement à ſes cohéritiers, ne pouvant être à leur égard héritier & légataire dans l'une comme dans l'autre ligne; la prohibition de la réunion de ces deux qualités étant abſolue, au lieu que celle de donataire entre-vifs & d'héritier, n'a lieu qu'en directe.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 208, tout au commencement, & cela étant fondé ſur le texte de la coutume, eſt d'un uſage inviolable.

VIII. Le rapport embraſſe ce que le pere a prêté au fils; l'égalité parfaite qu'il faut conſerver dans les branches néceſſite ce rapport, outre que le prêt, lorſqu'il eſt fait par un aſcendant, eſt plus avancement d'hoirie que vrai prêt: ce qui a lieu même par rapport à une rente, dont le fonds devient imputable par le rapport.

Dupleſſis, à la même pag. 208; voyez ci-après où ce rapport eſt traité; & ſi c'eſt à titre de rente, il eſt obligé d'en rapporter le capital, ſans être reçu à la continuer; le Maître, tit. 15, pag. 472. Ne devroit-on pas limiter cela dans le cas qu'il peut faire un tel rembourſement avec ſon lot? mais je ne l'eſtime pas, l'aliénation même du capital étant à ſon égard un avantage, & qui eſt comme tel ſujet à rapport; cela eſt rigoureux, mais tel eſt l'eſprit de la coutume.

IX. Venons au rapport de ce qui a été conſtitué en dot. La fille dotée qui accepte la ſucceſſion de l'aſcendant qui a conſtitué la dot, eſt obligée à la rapporter à ſa ſucceſſion, quoique ſon mari l'ait reçu; c'eſt vraiment à elle à qui un tel avantage eſt fait & non à ſon mari: elle eſt donc tenue du rapport, nonobſtant une telle réception, & du rapport réel & non de ſon action.

Loi 17, au cod. *de collation*. Voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 103; Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 208; en effet, en cette partie le mari n'a été que ſon mandataire: qualité qui l'aſſujettit à la réalité du rapport.

X. Elle ne s'affranchiroit pas de ce rapport en offrant de rapporter à la ſucceſſion la ceſſion de ſon action en répétition contre ſon mari: encore une fois il n'a en cela agi que pour elle, il étoit ſon mandataire; il l'a donc engagé, preuve de la réalité de ce rapport.

Louet & Brodeau, let. R, num. 54; Dupleſſis, pag. 211, vers le milieu; ce rapport auroit lieu dans le cas même que ſon mari ſeroit inſolvable; le Maître, tit 15, pag. 473; ce qui eſt ſuivi au châtelet, & qui forme la derniere propoſition de la préſente diſtinction.

XI. En effet, le conſentement de ſa part au mariage, a été un conſentement que cette dot fût remiſe à ſon mari, & la ratification de ſa procuration tacite; juſques-là que l'inſolvabilité même entiere de la part de ſon mari, ne l'affranchiroit pas de ce rapport: c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus.

C'eſt la diſpoſition de la novelle 97, ch. 6; ce qui eſt, comme on l'a déja dit, ſuivi; voyez Bouchel, ch. 36; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 455, num. 4 & 5.

DISTINCTION II.

Quand la femme doit rapporter ce qui lui a été donné par ſon pere pendant ſon mariage.

§. I.

De ce qui a été ainſi donné à elle & à ſon mari.

XII. La donation étant faite à la fille &

au gendre, postérieurement à leur mariage, & par eux acceptée, la fille est tenue du rapport intégral de ce qui a été ainsi donné & reçu, quoique donné à elle & à son mari, & par eux deux conjointement reçu, & ce toute abstraction faite du tems auquel le rapport doit se faire; c'est-à-dire, qu'il auroit lieu encore que la communauté fut subsistante: en effet, telle donation doit être regardée comme si elle eût été faite à la fille seule, le mari ne paroissant que comme legitime administrateur des droits de sa femme, la présence du mari dans la donation, son acceptation même personnelle n'affoiblit donc en rien le rapport de la femme; & cela auroit lieu encore que la chose donnée fut mobiliaire, & que le contrat de mariage ne contînt pas la clause, que ce qui seroit donné aux conjoints leur seroit propre, c'est toujours la femme qui est censée l'objet de la libéralité, sauf les exceptions ci-après: ce qui est d'autant plus incontestable, que le rapport auroit lieu dans le cas même que la donation auroit été faite au mari seul, sans autre explication, pourvu qu'elle ait aptitude pour en profiter; mais dans ce dernier cas, il faut cette aptitude pour nécessiter le rapport.

C'est le sentiment de le Brun, des successions, pag. 464, num. 11; voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

XIII. Cela est fondé sur ce que la fille est regardée comme l'objet de cette libéralité, & que la communauté n'en profite que par son canal; c'est donc à elle à en faire raison à ses cohéritiers, je n'y vois pas de difficulté; autrement ce seroit adopter une voie détournée pour avantager l'un des enfans au préjudice des autres: ce qui n'a lieu lorsque la fille est exclusé de succéder.

Lorsqu'il y a des biens dans deux coutumes, l'une qui exclut la fille dotée de succéder, comme la coutume de Bourbonnois, l'autre qui l'admet à succéder, comme celle de Paris, quel sera le rapport de la fille qui n'a aucune part héréditaire dans les biens de Bourbonnois? question qu'il paroit naturel d'examiner sur la proposition. Quelques-uns estiment que son rapport ne doit être qu'à proportion de ce à quoi elle succede, en sorte que si les biens de Bourbonnois forment le quart de la succession, elle ne doit le rapport de sa dot que pour les trois quarts; il faut convenir que ce parti est judicieux, cependant je ne peux goûter ce sentiment, parce qu'il faut considérer qu'il y a autant de successions qu'il y a de coutumes qui régissent les biens, & que la fille, pour prendre part dans les biens de Paris, doit faire le rapport total de sa dot, parce que la coutume de Paris l'ordonne ainsi; que ces coutumes sont aussi diverses qu'elles sont indépendantes l'une de l'autre, & que ce prétendu accord de ces deux coutumes est inalliable avec les dispositions de chacune d'elles, ce qui me détermine pour le rapport intégral: il faut cependant convenir que l'autre opinion est plus équitable, mais moins juridique.

§. II.

Que la fille n'est obligée à rapporter que moitié, lorsque par la donation faite par son pere à elle & à son mari, ce dernier est expressément gratifié, & qu'elle n'a pas d'enfant.

XIV. Dans le cas que la fille & le gendre sont également & expressément gratifiés, la fille n'est obligée à rapporter que moitié, mais pour cela il faut le concours de deux choses; la premiere, que le beau-pere ait voulu expressément gratifier son gendre, indépendamment de la communauté; la seconde, condition pour ce nécessaire, forme la proposition qui suit; mais celle-ci est la base de l'autre; il faut, 1°. gratification expresse & personnelle pour le gendre, pour affranchir la fille du rapport total.

C'est ce que dit Dumoulin, sur l'art. 141 de la coutume de Troyes, *Disserté & expiicaté, aliàs præsumitur datum soli parti conjunctæ*: outre cette condition il faut encore celle qui suit; ce concours est pour ce absolument nécessaire.

XV. La seconde condition pour réduire le rapport de la fille mariée à la moitié du contenu en la donation à elle faite & à son mari, & par laquelle son pere auroit expressément marqué vouloir gratifier son gendre comme sa fille, c'est qu'il faut pour ce qu'il n'y ait pas d'enfant né du mariage; d'où il s'ensuit que quand, par la donation, le donateur auroit expressément dit qu'il gratifioit son gendre pour moitié, nonobstant ce, la fille du donateur est obligée au rapport intégral, s'il y a enfant, parce qu'ils en doivent profiter, & que ce dont les enfans peuvent profiter, est censé donné à leur pere & mere; ceux-ci & les enfans étant regardés ne faire qu'une seule & même personne: base du rapport du par la fille, en ce cas, de ce qui a été ainsi donné à son mari par son pere.

Le Brun, des successions, pag. 464, num. 12; voyez la proposition qui suit qui confirme celle-ci.

XVI. En effet, les pere & mere sont obligés de rapporter ce que leur pere a donné à leurs enfans, c'est le texte de la coutume; ce qui fonde la proposition précédente, & ce que l'on développera par la section troisieme ci-après.

Cela est établi par le paragraphe 5, de la sect. 3, ci-après.

☞ Il y a une troisieme condition, il faut que le pere ait précédé le mari; car si le mari étoit mort auparavant & que la fille acceptât la communauté, elle seroit obligée de rapporter la moitié de la moitié de l'objet donné au mari, dont elle profiteroit, attendu que cette moitié donnée au mari seroit tombée dans la communauté, suivant l'art. 236 de la coutume, qui fait entrer dans la communauté tout ce qui n'est point

échu par ſucceſſion directe ou collatérale, ou qui n'a pas été donné par un des aſcendans du donataire.

DISTINCTION III.

Si la fille eſt obligée de rapporter ce que ſon pere a donné à ſon mari ſeul

§. I

Si le rapport d'une telle donation a lieu lorſqu'elle eſt en mobilier, & que la communauté eſt ſubſiſtante ou qu'elle eſt acceptée.

XVII. Examinons ſi la donation faite au gendre ſeul, & faite expreſſément pour le gratifier, aſſujettit la fille du donateur au rapport. Le principe fondamental de cette matiere, eſt que par rapport à de telles donations faites par un beau-pere à ſon gendre ſeul & en mobilier, la fille du donateur n'eſt tenue d'en faire rapport qu'autant qu'elle a aptitude pour profiter ou pour partager la libéralité : voilà le principe fondamental, qu'on va développer par ſon application ; en effet, une telle donation eſt totalement différente de celle dans laquelle parle la fille du donateur, qui l'aſſujettit au rapport, comme on l'a expliqué par les deux paragraphes précédens ; mais dans le cas qu'on examine ici, il n'y a pas lieu au rapport indiſtinctement : voilà le principe général.

On peut appliquer à cet égard ce qui eſt dit ci-après au ſujet du prêt fait par un beau-pere à ſon gendre, duquel prêt la femme ne doit le rapport qu'autant qu'elle en profite ; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 461, num. 5.

XVIII. De-là il s'enſuit que ſi la donation eſt faite avec déclaration expreſſe du beau-pere, que c'eſt pour gratifier ſon gendre ſeul, & que le contrat de mariage contienne la clauſe de propre ; en ce cas, la fille du donateur n'eſt tenue à aucun rapport, parce qu'en ce cas la donation ne peut profiter à la fille, & que c'eſt le gendre ſeul qui en profite, ſauf toutefois le rapport, s'il y avoit enfant du mariage, comme on l'a dit ci-deſſus.

Dumoulin, ſur l'art. 141 de la coutume de Troyes, déja cité.

XIX. Mais dans ce même cas, ſi le contrat de mariage ne contenoit pas la clauſe de propre, & que la fille eût accepté la communauté, elle doit le rapport pour moitié, parce qu'en ce cas elle en profite juſqu'à cette concurrence, quoique la donation ait été faite à ſon mari ſeul & pour lui : la loi du rapport eſt réelle, & elle le doit même, quand la communauté ſeroit ſubſiſtante, parce qu'en ce cas, elle a aptitude pour profiter.

Elle le devroit même quand la communauté ſeroit ſubſiſtante, ce qui prouve de plus en plus la proposition, une libéralité étant fort différente d'un prêt ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 465, num. 15 & 16 : en effet, elle a en ce cas l'aptitude pour profiter de moitié d'une telle libéralité, ce qui eſt ſuffiſant pour l'aſſujettir à faire le rapport de cette moitié.

XX. Si la donation en mobilier n'eſt pas faite pour gratifier expreſſément le gendre, quoiqu'elle ſoit faite à lui ſeul, & que la fille du donateur n'y ait pas parlé, elle eſt tenue au rapport intégral du don, de même que s'il eût été fait à l'un & à l'autre ; mais elle n'eſt pas tenue d'icelui indiſtinctement, lorſqu'elle n'a pas parlé : cela auroit lieu, c'eſt-à-dire, que la femme ſeroit aſſujettie au rapport du don fait par ſon pere à ſon mari ſeul, encore que le contrat de ſon mariage ne contînt pas la clauſe, que ce qui lui ſera donné lui ſera propre ; pour l'aſſujettir au rapport intégral dans ce cas, il ſuffit que la fille ait une eſpérance, une aptitude pour profiter du don, comme dans le cas précédent : cette même aptitude la charge du rapport pour moitié ; mais ce rapport de la part de la femme, du don mobilier fait par ſon pere à ſon mari ſeul, n'a lieu que lorſque la communauté eſt ſubſiſtante, ou qu'étant diſſoute, la femme fille du donateur l'a acceptée, parce que dans l'un & l'autre cas la fille du donateur profite, ou peut profiter du don, & que l'acceptation de la communauté eſt de ſa part une approbation de la donation & de l'acceptation, que ſon mari en a fait ſeul ; il en eſt autrement dans le cas de la renonciation, c'eſt ce qui forme la propoſition ſuivante : en ce cas, nul rapport de ſa part à faire ; autrement il arriveroit contre la prohibition de la coutume, que le mari, par ſon fait, auroit donné atteinte aux propres de ſa femme.

C'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 464, num. 14 & 15, & telle eſt ſur ce l'opinion commune ; voyez le Maître, tit. 15, pag. 470 & 471.

XXI. Mais ſi la femme avoit renoncé à la communauté, en ce cas elle n'eſt tenue d'aucun rapport du don mobilier fait par ſon pere à ſon mari ſeul, & ſans participation, pourvu qu'elle n'ait pas d'enfans qui profitent de la donation : exception qu'on a établi ci-deſſus. La différence entre le don fait à une fille & à un gendre, ou au gendre ſeul, conſiſte en ce que dans le premier cas, la femme confie à ſon mari la libéralité, ce qui l'aſſujettit indiſtinctement au rapport & même total ; au lieu que dans le ſecond cas, n'ayant rien confié à ſon mari, elle n'eſt aſſujettie au rapport qu'autant qu'elle a aptitude à profiter du don, ou qu'elle en a réellement profité ; mais en ce même dernier cas, ſon aptitude à profiter d'un tel don, ou par elle-même, ou par ſes enfans, l'oblige au rapport intégral, parce que la donation, quoique faite à ſon mari, n'étant pas faite pour lui perſonnellement, elle en eſt toujours cenſée l'objet principal, & que ſes cohéritiers ne doivent pas ſouffrir

ſi dans ſon contrat de mariage on a omis ſur ce la clauſe de propre.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet ; elle me paroît juſte.

§. II.

Que la fille eſt indiſtinctement obligée de rapporter l'immeuble donné par ſon pere à ſon mari ſeul.

XXII. A l'égard d'une donation d'un immeuble, qui, par cette nature peut tomber en communauté, la fille du donateur, quoique non préſente à la donation, eſt obligée indiſtinctement & dans tous les cas au rapport total de l'immeuble ainſi donné & reçu ; enſorte que dans ce cas, l'acceptation ou la renonciation à la communauté n'eſt pas à conſidérer, & elle eſt obligée à ce rapport, encore que la communauté ſoit ſubſiſtante, puiſque diſſoute, la renonciation ne l'en affranchiroit pas : ce qui ne s'entend que lorſque par la donation, le mari n'eſt pas expreſſément gratifié de tout ce que contient la donation.

Voyez le Maître, tit. 15, pag. 470 & 471, & la propoſition qui ſuit qui fonde celle-ci ; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 464, num. 10.

XXIII. La raiſon de ce eſt que dans ce cas, & abſtraction faite de toute ſtipulation de propre fictif, tel immeuble eſt propre à la fille du donateur, ſon mari étant cenſé n'avoir accepté que pour elle & comme un mandataire légal, & adminiſtrateur des droits de ſa femme ; elle doit donc le rapport dans le cas même que la communauté ſubſiſte.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, au nombre cité ſur la premiere propoſition de ce paragraphe, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur l'eſprit de la coutume.

XXIV. Cependant ſi par la donation même, quoique faite d'un immeuble au mari ſeul, il étoit clairement exprimé, qu'elle n'étoit faite que pour gratifier le gendre ; en ce cas, elle ne ſeroit aſſujettie au rapport, qu'autant qu'elle profiteroit de la libéralité en qualité de commune, ou qu'il y auroit des enfans ; mais pour cela il faut que le don ſoit expreſſément fait au gendre.

Dumoulin, ſur l'art. 141 de la coutume de Troyes ; ainſi on peut appliquer à cet égard ce qui a été dit dans le paragraphe 1, de la diſtinction 2 ci-deſſus, au ſujet d'une donation mobiliaire faite par un beau-pere, à ſon gendre & pour le gratifier.

☞ Voyez le même auteur ſur l'art. 55 de l'ancienne coutume de Paris, gloſ. 1, num. 100 & 101, où il dit que la donation d'un immeuble, quoique faite au mari ſeul, eſt cenſée faite à la fille & en conſtitution de dot ; *niſi ſpecialiter dicatur quod datur genero pro ſe & ſuis, non cenſetur ei datum in ſponſalitiam largitatem, ſed in dubio cenſetur ei datum in dotem & pro dote ſponſâ, quamvis hoc non dicatur* ; ce qui confirme les quatre propoſitions de ce paragraphe.

DISTINCTION IV.

Si la fille eſt obligée de rapporter ce que ſon pere a prêté à ſon mari

XXV. Le prêt eſt fort différent d'une donation. Dans la théſe générale, la fille n'eſt pas obligée de rapporter à la ſucceſſion de ſon pere, ce qu'il a plu à ſon pere de prêter à ſon mari ; un prêt fait à un gendre étant bien différent d'une donation que ſon beau-pere lui auroit fait, ce qui reçoit cependant des limitations qu'on va expliquer ; mais tel eſt ſur cela le principe général.

Voyez Louet & Brodeau, let. R, num. 13 ; le Prêtre, cent. 1, ch. 103, *in fine* ; en effet, il faut que les diverſes diſpoſitions de la coutume opérent ; & c'eſt ce qui eſt confirmé par le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 2, num. 5 ; & par les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre des rapports, art. 10.

XXVI. Mais elle y eſt obligée dans pluſieurs cas : 1°. Elle y eſt obligée, ſi elle a parlé dans l'obligation ; en ce cas elle eſt cenſée l'objet & le motif du prêt, ce qui l'aſſujettit indiſtinctement au rapport, & même au rapport total ; ce qui eſt ſans difficulté, lorſque l'obligation contient ſolidité, & même ſi l'obligation ne la contient pas, parce qu'il eſt toujours vrai de dire que c'eſt à elle-même à qui ſon pere a voulu prêter, ſauf à elle à exercer ſon action d'indemnité contre ſon mari : en ce cas, comme dans celui de la donation dans laquelle elle a concouru, elle eſt cenſée le vrai & le ſeul objet qui a déterminé ſon pere à prêter comme à donner.

Le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 2 ; le Maître, & l'auteur des notes ſur ſon commentaire, tit. 15, ch. 1, pag. 472 ; & tel eſt ſur cela l'uſage.

XXVII. 2°. Elle y eſt obligée, ſi elle a profité du prêt par l'acceptation de la communauté, ce qui ne s'entend que pour moitié, ſa qualité de commune fondant ſeule ce rapport, ne l'aſſujettiſſant qu'à cette portion ; encore quant à ce, jouit-elle comme par rapport à toutes les autres dettes de la communauté, du privilége de n'en être tenue au-delà de ſon amendement ; autrement ſon mari auroit donné atteinte à ſes propres, ce que la coutume lui défend ; mais ſi la communauté étoit ſubſiſtante lors de l'ouverture de la ſucceſſion du pere, elle ſeroit tenue pour moitié du rapport d'un tel prêt, à moins que pour s'en décharger elle n'obtînt contre ſon mari la ſéparation de biens, précédée, d'une renonciation à la communauté, qui eſt une des baſes de l'autre.

Jugé par les deux arrêts rapportés par Louet, let. R, num. 13; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité des ſucceſſions, tout à la fin de la derniere ſection du troiſieme chapitre, pag. 212; le Brun, même traité, pag. 461, num. 5; & en ce cas même elle ne rapporte que moitié, dit le Maître, pag. 473, ce qui eſt encore conforme à l'uſage.

XXVIII. Hors ces deux cas, elle n'eſt pas tenue du prêt fait par ſon pere à ſon mari ſeul; un prêt encore une fois étant fort différent d'une donation qui a dépouillé le donateur pour revêtir le donataire, ce qui peut s'appliquer à des petits-enfans qui ſe trouvent réduits à leur légitime dans la ſucceſſion de leur ayeul, dont la loi les a ſaiſis par le prédécès de leur pere, dont la ſucceſſion à laquelle ils auroient renoncé, ſeroit débitrice envers celle de leur ayeul.

Dupleſſis, pag. 212, qu'on vient de citer; le Prêtre, cent. 2, ch. 98, à la fin, cite deux arrêts qui avoient jugé que la femme renonçante à la communauté, devoit à la ſucceſſion de ſon pere le rapport de ce que ſon pere avoit prêté à ſon mari; mais il obſerve bien juſtement qu'une telle juriſprudence anéantiroit la diſpoſition de la coutume; voyez les arrêts ci-deſſus cités qui ſont poſtérieurs & abſolument contraires, & qui en ce cas déchargent la femme du rapport; voyez auſſi la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XXIX. En effet, c'eſt acte de commerce dans lequel elle n'a pas participée, & ſon mari par ſon ſeul fait ne peut engager ſes propres; il le feroit cependant contre la prohibition de la coutume, ſi par un prêt fait à ſui ſeul par ſon beau-pere il aſſujettiſſoit ſa femme au rapport du montant d'un tel prêt; ce qu'on ne peut admettre.

Si le pere qui a prêté à ſon gendre, meurt pendant la communauté ſubſiſtante entre ſon gendre & ſa fille, cette derniere n'eſt point obligée au rapport; le Brun, en la ſection citée ſur les notes ſur le Maître, tit. 15, pag. 472, & cela eſt ſuite de la diſpoſition de la coutume, qui rend le mari incapable de donner atteinte aux propres de ſa femme; mais pour aſſujettir la femme au rapport de moitié, il s'agit qu'elle ait aptitude pour profiter de la moitié d'un tel prêt; ainſi pour s'en affranchir, il faut ſéparation.

SECTION III.

De ceux qui ſont obligés de rapporter ce qui a été donné à un autre.

§. I.

Du rapport que doit le fils aîné pour la fille qui a renoncé en ſa faveur.

XXX. Le fils aîné au profit duquel une fille a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere par le contrat de ſon mariage, doit rapporter ce que cette fille a reçu en dot, ou le précompter ſur la portion héréditaire de cette fille; on verra dans les notes ſur cette propoſition, comment un tel rapport ſe conſomme de ſa part: ce qui eſt de conſtant, c'eſt que ſa qualité d'une part & la renonciation d'une autre l'oblige au rapport; le droit des autres héritiers devant être conſervé.

Voyez ci-après le chapitre des renonciations à ſucceſſion future; ce rapport ſe conſomme par le fils aîné, ainſi qu'il eſt dit dans la propoſition en précomptant par l'aîné, c'eſt-à-dire, en rapportant à la maſſe, ce qui a été donné en dot à la fille qui a renoncé en ſa faveur, & ce par fiction, & faiſant tomber dans le lot de cette fille ce rapport fictif comme s'il étoit réel; tel eſt l'uſage du châtelet dans les partages il conſomme ces droits, réduit l'aîné à l'accroiſſement qu'il doit avoir, & conſerve l'égalité pour les autres enfans.

XXXI. En effet, il eſt ſubrogé aux droits héréditaires de cette fille, qui lui ſont dévolus par la renonciation qu'elle a faite en ſa faveur au moyen de ſa dot; il doit donc faire ce qu'elle auroit fait elle-même ſi elle venoit à la ſucceſſion.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 476, num. 57; c'eſt encore ce qu'il rapporte au même traité, pag. 527, num. 67, & l'effet de la ſubrogation rend cela inconteſtable.

§. II.

Du rapport du ſurvivant des pere & mere pour l'enfant de la portion duquel il a droit de jouir par le contrat de mariage du dernier

XXXII. Le ſurvivant des conjoints qui jouit de la portion afférante à l'un des enfans, dans la ſucceſſion du prédécédé d'entr'eux, en vertu de la clauſe ſuppléante au don mutuel, eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion de ſon conjoint prédécédé, ce que l'enfant qui s'eſt ſoumis à cette clauſe a reçu de la libéralité du conjoint prédécédé; l'on fait tomber ce rapport dans le lot même de cet enfant, & il compoſe partie d'icelui, & c'eſt de ce lot ainſi compoſé, dont le ſurvivant jouit, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit: voilà d'abord l'opération primitive.

C'eſt ainſi qu'on opére au châtelet dans les partages, dans le cas de cette clauſe, pour fixer ce dont le ſurvivant des pere & mere doit jouir en vertu d'icelle; voyez ci-après le titre de la convention ſuppléante à don mutuel; c'eſt le ſiége de cette matiere, & il eſt certain que par cette opération tous les droits des intéreſſés à la ſucceſſion ſont conſervés, & l'on ne pourroit s'en écarter ſans les violer.

XXXIII. La raiſon de ce, eſt la même que dans le paragraphe précédent; le ſurvivant des pere & mere au moyen de cette clauſe eſt ſubrogé, quant à l'uſufruit, aux droits héréditaires de cet enfant; il fait ce rapport par fiction, la ſomme ainſi donnée ſe met en maſſe, & on la fait tomber dans le lot de l'en-

fant dont le ſurvivant doit avoir l'uſufruit ; ce qui conſomme le rapport & remplit les autres enfans de leur portion d'icelui, la jouiſſance du ſurvivant des pere & mere, ne tombant réellement que ſur le ſurplus du lot de l'enfant ainſi doté.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 465 num. 17 & 18.

§. III.

Que les petits-enfans, ſuccédans à leur ayeul, doivent rapporter ce que leur ayeul a donné à leur pere, & juſqu'à quelle concurrence ils doivent ce rapport.

(Art. 308 de la coutume.)

XXXIV. Ce rapport eſt une ſuite néceſſaire du partage par ſouches qui a lieu dans la ligne directe, le petit-fils ſuccédant à ſon ayeul, rapporte à la ſucceſſion, ce que ſon ayeul a donné à ſon pere ; autrement il y auroit inégalité dans les branches, ce que la coutume prohibe & ce qui néceſſite ce rapport.

Voyez Bouguier, let. R, num. 19 ; Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 210 ; le Brun, même traité, pag. 473, num. 42 ; le Maitre, tit. 15, pag. 478, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 308 de la coutume ; ce rapport a ſa racine dans les principes capitaux de cette matiere, & ce rapport a pour baſe, non-ſeulement l'égalité requiſe en directe, mais elle eſt encore fondée ſur ce que dans cette ligne on partage par ſouches & non par tête ; autre regle qui aſſujettit encore le petit-fils à un tel rapport.

XXXV. Le petit-fils doit ce rapport de ce que ſon pere a reçu, dans le cas même qu'il auroit renoncé à la ſucceſſion, de ſon pere ; ſa qualité d'héritier ou de renonçant, eſt ſur ce indifférente ; & toute abſtraction faite d'icelle, il faut toujours conſerver l'égalité dans les branches, & par conſéquent obliger le petit-fils au rapport, nonobſtant ſa renonciation à la ſucceſſion de ſon pere.

C'eſt ce que dit l'art. 308 de la coutume ; voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 71, & cent. 2, ch. 98 ; Dupleſſis, à la pag. 210 : mais le don fait à un gendre depuis le décès de la fille, n'eſt rapportable par les petits-enfans, que dans le cas qu'ils ſont héritiers de leur pere ; le Maître, pag. 471, tit. 15, ch. 1. Je trouve beaucoup de difficulté dans cette limitation.

XXXVI. Cependant dans le cas de cette renonciation de la part du petit-fils à la ſucceſſion de ſon pere, qui avoit été avantagé par le ſien, ce rapport doit-il donner atteinte à la légitime du petit-fils dans la ſucceſſion de l'ayeul ? Il eſt perſonnellement ſaiſi du droit de cette légitime, parce que c'eſt à lui à qui la loi la donne, & que ſon ayeul n'a pu y donner atteinte ; tel rapport ne peut donc donner atteinte à la légitime, telle eſt la rigueur de la régle ; l'équité ſemble conduire au parti contraire, pourquoi lui préféreroit-on des idées logiciennes ? & lorſqu'un pere a donné à ſon fils qui naturellement doit le ſurvivre, ne s'eſt-il pas acquitté juſqu'à concurrence de la dette civile & naturelle de la légitime ?

C'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 258 : il lui conſerve ſa légitime ; Dupleſſis eſt d'avis contraire, & cependant il donne l'action en ſupplément ſur la ſucceſſion, même dans le cas de la derniere propoſition du paragraphe ſuivant : ce qui s'écarte de la préciſion ; Dumoulin a varié ſur la queſtion ; la juriſprudence du châtelet eſt conforme au ſentiment de le Brun, parce qu'encore une fois, c'eſt lui qui eſt ſaiſi du droit de légitime, droit auquel ſon ayeul n'a pu donner atteinte : mais ce raiſonnement, quoiqu'il paroiſſe conſéquent, doit-il l'emporter ſur un autre qui ne l'eſt pas moins, qui eſt que le pere s'eſt acquitté de la dette dont la coutume le chargeoit envers ſon fils & ſa deſcendance, que cette dette acquittée ne doit plus revivre ? & ſi ces raiſons doivent ſe balancer, il n'eſt pas douteux que l'équité décide pour l'imputation d'un tel don ſur la légitime du petit-fils.

XXXVII. En rejettant l'imputation, le petit-fils, pour ſe conſerver cette légitime, doit d'abord épuiſer les biens donnés par ſon ayeul à ſon pere ; mais il a pour ce ſon action ſubſidiaire, ſur les biens de la ſucceſſion de ſon ayeul, ſi les biens de ſon pere ne ſuffiſent pas pour l'en remplir, ſi l'on rejette l'imputation.

Voyez le Brun, à la page qu'on vient de citer ; & cela eſt ſuite du principe expliqué.

XXXVIII. Il y a un cas dans lequel les petits-enfans ſuccédans à leur ayeul, ſont affranchis de rapporter ce que leur ayeul avoit donné à leur pere ; c'eſt lorſque tous les enfans du premier degré, ont été avantagés & ont renoncé ; en ce cas, les petits-enfans acceptans la ſucceſſion de leur ayeul, partagent entr'eux par ſouches, & ſans rapport, ce qui ſe trouve dans la ſucceſſion : mais pour conſerver les principes, il faudroit en ce cas que le partage ſe fît par têtes & non par ſouches ; car cette derniere maniere de partager conduit au rapport, le contraire s'écarte des principes.

Arrêt rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 160 ; voyez ci-deſſus, le paragraphe 2, de la ſection 2, du chapitre de la repréſentation ; je trouve beaucoup de difficulté à faire application de cet arrêt, à moins qu'en ce cas l'on admette que les petits-enfans, doivent entr'eux partager par têtes & non par ſouches, parce que cette derniere maniere de partager, paroît rendre le rapport inévitable, parce que ſans lui l'égalité ne peut être conſervée dans les branches.

☞ Mais ſi les avantages faits au profit des enfans qui ont renoncés étoient inégaux, les pe-

tits enfans, quoique venans de leur chef à la ſucceſſions de leur ayeul, ſeroient obligés au rapport de ce qui auroit été donné à leur pere, parce que dans la ligne directe, où l'on ſuccéde toujours par ſouches, les branches doivent être égales & ce qui eſt donné au fils eſt réputé donné à toute la branche; telle eſt la véritable eſpece de l'arrêt cité dans la note ci-deſſus, qui eſt du 1 avril 1686; il a ordonné que des petits enfans rapporteroient, mais ſeulement juſqu'à concurrence de ce qu'ils amenderoient de la ſucceſſion, de ſorte qu'aucun des petits enfans n'y pourroient rien prétendre qu'au préalable le moins avantagé ne fut égal au plus avantagé, & qu'après l'également, le ſurplus ſeroit partagé entr'eux.

§. IV.

Que les petits enfans ſuccédans à leur ayeul, ſont tenus de rapporter ce qui a été donné à ceux de leur branche.

XXXIX. La précaution pour l'égalité eſt ici portée bien loin, mais cette rigueur naiſſoit du principe capital; non-ſeulement les petits-enfans ſuccédans à leur ayeul, rapportent ce qui a été donné par leur ayeul à leur pere, mais encore ce que leur ayeul à donné à l'une de leur branche; la néceſſité de conſerver l'égalité dans les branches, a conduit juſques-là, parce que ſans cela, l'égalité ne s'y trouveroit plus; il faut donc encore à leur égard, admettre la néceſſité d'un tel rapport, parce que ſans lui l'égalité ne ſe trouveroit plus.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 29; le Maître, tit. 15, pag. 478; & tel eſt l'uſage, fondé ſur la coutume; cela eſt une ſuite du principe ci-deſſus établi, qu'en directe, on partage par ſouche, & que l'une des ſouches ne doit avoir plus qu'une autre, ce qui néceſſite ce rapport, & fonde la remarque ſur la dernire propoſition du paragraphe précédent; voyez Brodeau, ſur Loüet, let. R, num. 56; le Brun, des ſucceſſions, pag. 474.

XL. On conçoit que ce rapport n'eſt qu'à la charge de la branche de laquelle l'un des petits-enfans a été avantagé, ce qui opére quant à ce, une eſpece de ſolidité entr'eux; de-là il s'enſuit que ſi dans une même branche, il y avoit trois petits-enfans, dont deux euſſent été avantagés par l'ayeul, & renonçans à la ſucceſſion, & l'autre acceptant, ce dernier doit rapporter à la ſucceſſion de ſon ayeul, ce que cet ayeul a donné à ſes deux freres; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus: cela eſt rigoureux, mais une conſéquence de la coutume & de l'égalité qu'elle requiert.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 474 & 475; Dupleſſis, pag. 210 au milieu; & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XLI. Cela eſt fondé ſur l'égalité & ſur la balance qu'il doit y avoir entre le lot de cette branche, & le lot des autres branches; en effet, ceſſante la néceſſité de ce rapport, l'égalité ne s'y trouveroit plus, & la loi veut qu'elle y ſoit; mais ce que deſſus reçoit une limitation: en effet, le petit-fils héritier ne peut par ce rapport, être privé de ſa légitime, & comment pourroit-il l'être? lorſque la donation même faite à ſon pere, ne pourroit l'en priver, comme on l'a vu dans le paragraphe précédent; & pour cette légitime, il a d'abord action ſur les biens donnés à ſes freres, & ſubſidiairement ſur tous les biens de la ſucceſſion de ſon ayeul: il a cette derniere action, parce qu'étant ſaiſi perſonnellement de ce droit de légitime que la coutume a ordonné qui lui fût conſervé, ſon ayeul n'a pu par ſes diſpoſitions y donner atteinte; impuiſſance qui fonde cette derniere action ſubſidiaire, qui, en ce cas, me paroît fort juridique, parce qu'ils ſont tous en même degré; au lieu que ce qui eſt donné au pere même, eſt un véritable acquittement de la légitime.

Auroit-il cette action ſubſidiaire dans le cas que les avantages auroient été faits à ſon pere? Voyez le paragraphe précédent; à plus forte raiſon, doit-il l'avoir lorſque les avantages ont été faits à ſes freres & ſœurs. Voyez Dupleſſis.

§. V.

Que le fils doit rapporter à la ſucceſſion de ſon pere, ce que ſon pere a donné à ſes enfans, & même ce que ſon pere leur a prêté.

(Art. 306 de la coutume.)

XLII. Voici une autre ſuite du même principe, & de l'intention de la loi à en conſerver l'effet. Le fils ſuccédant à ſon pere, non-ſeulement rapporte ce que ſon pere lui a donné, mais encore ce que ſon pere a donné à ſes enfans; telle donation étant toujours faite à ſa décharge, ce qui l'aſſujettit au rapport, puiſqu'il profite indirectement d'une telle diſpoſition; & c'eſt une autre ſuite de l'égalité que requiert la coutume; ce qui n'influe pas ſur les alimens.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 208 vers le milieu; le Brun, au même traité, pag. 473, num. 41; & c'eſt la diſpoſition de la coutume: mais il faut en excepter les nourritures que l'ayeul auroit fourni à ſon petit-fils qu'il auroit pris chez lui. Arrêt du 20 avril 1649, rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 6; c'eſt exception qui confirme la régle, & cette exception eſt conforme à l'uſage du châtelet.

XLIII. Ce rapport par un fils de ce qui a été donné à ſes enfans, ſe fait néceſſairement de ſa part, non en nature, mais en précomptant l'eſtimation de ce qui a été donné par ſon pere à ſes enfans, ou à l'un d'eux, & ce ſur la portion héréditaire; c'eſt-à-dire, en rapportant fictivement cette valeur: valeur dont on compoſe ſon lot juſqu'à concurrence, d'où il s'enſuit que ſi le don fait au petits-fils excédoit la portion héréditaire du pere, ce

dernier pour s'affranchir du rapport, eſt obligé de renoncer à la ſucceſſion, en ſe réſervant de ſe pourvoir pour ſa légitime aux termes de droit, légitime qui lui appartient inconteſtablement.

C'eſt ainſi que ce rapport ſe pratique au châtelet; voyez Ricard, des donations, partie 1, ch. 3, ſect. 15, num. 756, pag. 169: le Maître, tit. 15, pag. 477. Voilà pour la premiere partie de la propoſition: quant à la deuxieme partie qui ſe développe par la propoſition qui ſuit, la néceſſité du rapport fonde en un tel cas, la néceſſité de la renonciation à la ſucceſſion; mais c'eſt renonciation conditionnelle & limitée, & qui ne donne aucune atteinte à la pétition de légitime de l'enfant, qui ſe trouve ainſi dépouillé par les avantages faits par l'ayeul à ſon petit-fils légitime, dont il eſt le premier objet & dont il n'a pu être privé.

XLIV. Si, au moyen de ce rapport, le fils ne ſe trouvoit pas rempli de ſa légitime, il auroit d'abord action contre ſon fils donataire de ſon ayeul, pour le parfournilſement d'icelle; & ſi ce fils étoit inſolvable, il auroit ſon action ſubſidiaire ſur les biens de la ſucceſſion de ſon pere, après avoir épuiſé les premiers, il a cette derniere action, outre la précédente, parce que ſon pere par telle voie que ce ſoit, n'a pu le priver de ſa légitime; c'eſt-à-dire, de cette portion dans la ſucceſſion que la coutume a eu la précaution de lui aſſurer; c'eſt pour lui que cette aſſurance a été faite, & au moyen de cela, on ne peut appliquer ici ce qu'on a dit ci-devant ſur la légitime des petits-enfans, lorſque leur pere, véritable objet de cette aſſurance, a reçu du ſien par donation entre-vifs; car en ce cas, c'eſt autant d'acquitté; ſuivant le vœu de la loi; dans l'autre, c'eſt ſubverſion de ſa diſpoſition.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 209 au commencement; le Brun, des ſucceſſions, pag. 256 & 257, lui donne l'action directe ſur les biens de ſon pere, mais cette action ne ménageroit pas les droits des autres enfans; l'opinion commune eſt de ne lui donner cette action que ſubſidiairement; voyez ci-après le chapitre de la légitime, la diſtinction des imputations ſur icelle; & le Maître, tit. 15, pag. 478, qui confirme la propoſition plus réguliere que l'action directe que donne Dupleſſis, cette action s'écartant des vrais principes.

XLV. Cette action ſubſidiaire qu'on a déja établi, mais pour d'autres cas, eſt encore dans celui-ci fondée ſur ce que le fils ſaiſi par la loi de la qualité d'héritier, n'a pu être privé de ſa légitime, par la libéralité qu'il a plu à ſon pere de répandre ſur ſes enfans, & que la ſucceſſion de ſon pere eſt garante envers lui du choix qu'il a fait d'un donataire diſſipateur: garantie qui fonde cette demande ſubſidiaire.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, à la pag. 209 qu'on vient de citer, n'étant pas juſte, dit-il, qu'un fils reſte ſans alimens, tandis qu'il y a de la ſubſtance dans la ſucceſſion du pere; mais les choſes ainſi diſſipées par le petit-fils donataire entreront-elles en maſſe? J'incline pour la négative, parce qu'autrement les autres enfans ſouffriroient pour ce un double retranchement: l'équité conduit-là.

XLVI. Non-ſeulement le fils rapporte à la ſucceſſion de ſon pere, ce que ſon pere a donné à ſes enfans, mais même ce que ſon pere a prêté à ſes enfans, ſauf au pere à exercer la créance contre ſes enfans, & ſauf ſa légitime comme deſſus; tel prêt non acquitté, eſt regardé comme avancement d'hoirie, & par conſéquent néceſſite le rapport; mais ne peut encore moins qu'une donation, donner atteinte à la légitime du fils.

Brodeau ſur Louet, let. R, num. 13; Dupleſſis, pag. 209 vers la fin; à plus forte raiſon, ce qui lui a été prêté à lui-même; c'eſt la matiere de la ſection qui ſuit.

SECTION IV.

Que les enfans ſont tenus de rapporter ce qui leur a été prêté par leur pere.

XLVII. Le fils eſt obligé de rapporter, non-ſeulement ce qui lui a été donné, mais encore ce qui lui a été prêté par ſon pere, encore que ſon obligation ne fût pas échue; elle devient un avancement d'hoirie, lorſqu'au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, elle ne ſe trouve pas acquittée, & cette imputation eſt abſolue, & milite même ſur la légitime: mais par rapport à ce dernier droit, il en peut être autrement ſi ce ſont eux qui ont été perſonnellement ſaiſis de ce droit dans la ſucceſſion de leur ayeul.

Dupleſſis, pag. 208; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 460, num. 3; & les deux propoſitions ſuivantes qui confirment celle-ci, formées ſur l'uſage. Voyez Louet & Brodeau, let. R, ch. 13; Bouguier, lettre R, ch. 19; le Prêtre, cent. 3, chap. premier, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, chapitre des rapports, art. 9.

XLVIII. Cela auroit lieu, encore que la dette fût une rente, & même à denier fort, comme le denier 30, le denier 40; la faveur d'un tel prêt le faiſant encore plus regarder comme avancement d'hoirie, & ſans cela les enfans ne ſeroient pas également partagés: il faut donc en ce cas, même aſſujettir l'enfant débiteur d'une telle rente au rapport d'icelle, & dont on fait tomber le capital dans ſon lot.

Je l'ai vu ainſi régler dans les partages au châtelet; Ricard, ſur l'art. 304 de la coutume, en rapporte arrêt du 28 juin 1614. Voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 460, num. 3; & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XLIX. Cela auroit lieu, encore que le fils

fils débiteur fût insolvable, & que par son insolvabilité, il y eût à perdre pour les créanciers; parce que les lots sont par privilége affectés à la garantie les uns des autres, au moyen duquel privilége, l'imputation du montant de la dette sur le lot de l'enfant débiteur, & ce par privilége, devient inévitable, puisqu'elle évite le circuit des actions; c'est donc par cette voie d'imputation totale qu'un tel rapport doit se consommer; il y a une autre voie.

Cette imputation est si inévitable, qu'elle a même lieu en collatérale: ce qui est doctement établi par le Brun, pour la ligne collatérale, dans son traité des successions, pag. 462, num. 7; à plus forte raison doit-elle avoir lieu dans la directe, dans laquelle l'égalité doit être encore plus scrupuleusement observée.

L. L'autre opération usitée à cet égard, est que chacun des autres enfans choisit sur tous les biens de la succession, jusqu'à concurrence de ce qui est dû par l'enfant débiteur, au moyen de quoi chacun est rempli selon l'esprit de la loi; c'est-à-dire, avec égalité, ce qui revient au même.

Ce même rapport a lieu de la part des petits-enfans succédans à leur ayeul, pour ce que leur ayeul leur a prêté; voyez Bouguier, let. R, num. 19. Voyez le paragraphe ci-dessus; dans l'un & l'autre cas, c'est même opération à faire.

SECTION V.

De ceux qui sont obligés de rapporter ce qui a été précédemment rapporté pour eux.

LI. Voici encore une autre suite de l'égalité ordonnée par la coutume. Le fils succédant à son pere, rapporte à la succession de son pere ce qui lui a été donné par son ayeul, & que son pere avoit été obligé de rapporter à la succession du sien; si on l'affranchissoit d'en faire le rapport, il se trouveroit plus avantagé que ses freres & sœurs, & ce par une diminution de la substance même de son pere qui a rapporté pour lui: premier rapport qui rend celui-ci inévitable, & qui est toujours une suite de l'égalité requise.

Dotem quam dedit avus paternus an potest mortem avi, mortuo in matrimonio filio, patri reddi oporteat quæritur; occurrit æquitas rei, ut quod pater meus propter me, filiæ meæ nomine dedit perindè sit atque ipse dederim, quippe officium avi circa nepotem ex officio patris erga filiam pendit, & quia pater filiæ, ideo avus propter filium dare debet: c'est sur le fondement de cette loi, que Domat, liv. 2, tit. 4, sect. 3, num. 12, pag. 382, fonde sa proposition générale, que le fils succédant à son pere, rapporte à cette succession ce qu'il a reçu de son ayeul; ce qui reçoit néanmoins une limitation qu'on va voir par la proposition qui suit. Voyez le Brun, des successions, pag. 473, num. 45; & l'arrêt du 23 février 1732, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 88, sert de preuve à cette proposition, ainsi qu'à la suivante, & l'une & l'autre sont conformes à ce qui se pratique au châtelet; c'est suite de la coutume.

LII. Cela reçoit une exception plus subtile qu'équitable; ce rapport de la part du fils à la succession de son pere, de ce qui lui a été donné par son ayeul, n'auroit pas lieu, si le pere étant seul héritier du sien, n'eût pas réellement rapporté; la rigueur de la régle le veut ainsi: il me paroît que l'équité desireroit le contraire; car qu'importe qu'il n'y ait point eu d'opération de rapport, parce qu'il n'y avoit pas de concurrent, lorsqu'il y a en faveur d'un descendant une diminution certaine de biens?

C'est le sentiment de Dupleſſis, traité des successions, pag. 209 à la fin, & 210 au commencement. Voyez le Brun, des successions, pag. 256, & pag. 474, num. 47; le Maître, pag. 477: il me paroît que cela est peu équitable; en effet, ce n'est que par une espece de subtilité qu'on affranchit en ce cas le petit-fils, du rapport envers ses freres, tous enfans d'un fils unique: car, qu'importe que le pere ait souffert le retranchement sur son lot, que la donation faite à l'un de ses enfans a produit, ou qu'il l'ait souffert sur la masse de la succession dont la loi le saisissoit, ses biens en sont-ils moins diminués dans l'un que dans l'autre cas? Je desirerois donc qu'en ce cas il y eût lieu indistinctement au rapport; & il me paroît que c'est-là l'esprit de la coutume.

☞ Il en seroit de même s'il y avoit plusieurs enfans qui eussent renoncé à la succession, & qu'il n'y en eût qu'un qui se fût porté héritier, parce qu'il n'y a point de rapport quand il n'y a pas d'également à faire, ni d'inégalité à craindre dans la succession, la chose donnée ne venant pas des biens du pere. Voyez l'arrêt du 16 mars 1596, rapporté par Louet, let. D, nomb. 38, & celui du 23 février 1632, rapporté par Brodeau, au même endroit.

SECTION VI.

Des intérêts des rapports.

(Art. 309 de la coutume.)

LIII. Le fils avantagé, rapporte les fruits de l'immeuble à lui donné, du jour de l'ouverture de la succession de l'ascendant donateur; l'égalité a encore conduit à cette rigueur, l'accessoire rentre dans la masse avec son capital.

Filia quæ soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit, veri boni arbitratu cogitur usuras quoque dotis conferre, liv. 5, §. 1, ff. *de dot. collatio*. Voyez le Maître, tit. 15, p. 480; & cela est droit commun: telle est la disposition de l'art. 261 de la coutume d'Anjou, & de l'art. 280 de celle du Maine, comme de celle de Paris; c'est droit commun.

LIV. Si ce qui lui a été donné, est une som-

me en deniers, il en rapporte l'intérêt du même jour, c'eſt-à-dire, du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, & ce à raiſon du denier vingt : rapport qui ne ſe conſomme ordinairement que par la voie de l'imputation, & qui ne ſe fait pas en nature ; rapport qui ne doit avoir lieu à l'égard de l'intérêt d'un prêt que par les circonſtances.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 216 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 496, num. 55 : voyez ſur la fixation au denier vingt, le même auteur, pag. 477, num. 62 : cela eſt fondé ſur ce que le rapport a effet rétroactif, & replace le bien rapporté dans la ſucceſſion, comme s'il n'en fût pas ſorti, & que les fruits augmentent les biens de la ſucceſſion ; mais ce qui eſt échu avant, eſt pour la ſubſiſtance de l'enfant, & par conſéquent, non ſujet à rapport. Mais doit-il l'intérêt de la ſomme à lui prêtée ? Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, ne l'eſtime pas ſans demande, ce qui eſt bien judicieux : on penche pour l'opinion contraire, & ſous prétexte d'égalité on tombe dans l'uſure qui eſt odieuſe, & que nulle faveur apparente ne doit autoriſer. Cependant ſi, pour le maintien de l'égalité, ce qui a été donné produit des intérêts de plein droit, du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, pourquoi ce qui a été prêté n'en produira-t-il pas de pareils ? J'y trouve une différence ; ce qui eſt donné eſt pour établiſſement, & fructifie au profit de l'enfant ; ce qui lui eſt prêté eſt ordinairement pour ſatisfaire à un beſoin preſſant, & par conſéquent infructueux ; ainſi quant au prêt, ce ne doit être que par les circonſtances ; c'eſt-à-dire, ſuivant la faveur où la défaveur que mérite le rapportant qu'on doit lui faire produire intérêts.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES CHOSES SUJETTES AU RAPPORT.

(Art. 304 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU RAPPORT DE CE QUE LE PERE A ACHETÉ POUR SON FILS.

I. TOUT avantage d'aſcendant à deſcendant fonde le rapport ; de-là il s'enſuit que ſi les pere & mere ont exercé un retrait lignager ſous le nom de leur fils, il doit le rapport des deniers employés pour l'exécution d'un tel retrait ; mais l'héritage retiré lui appartient ; c'eſt avantage déguiſé, ou imparfaitement exprimé, mais ſuffiſant pour fonder le rapport ; à plus forte raiſon, quant à la donation ou avantage exprès, nulle incertitude ſur le rapport, tout avantage y eſt ſujet.

Cela eſt d'uſage au châtelet, & réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 211 ; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 486, num. 16, atteſte ce rapport, ainſi que le Maître, tit. 15, pag. 470, autrement il y auroit inégalité entre les enfans.

☞ Par rapport au retrait exercé ſous le nom du fils, voyez les arrêts des 7 ſeptembre 1570 & 12 mai 1640, rapportés par Carondas & Brodeau ſur l'art. 139 de la coutume de Paris ; ils confirment la propoſition.

II. De même s'ils ont acheté & payé pour lui un immeuble, ce qui réſulte évidemment de la propoſition précédente : tout avantage, encore une fois, de telle nature qu'il ſoit, fondant le rapport ; ce qui peut même influer ſur une vente.

Tout avantage même indirect, forme matiere à rapport ; ainſi la vente faite par un pere à ſon fils à bas prix eſt ſujette à rapport ; ce qui forme la derniere propoſition de cette ſection, de même la dette ſimulée y donne lieu pareillement ; Dupleſſis, pag. 212 ; ce qui établit à plus forte raiſon la propoſition où l'avantage eſt à découvert, & par conſéquent néceſſite le rapport.

III. Dans l'un & dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, du retrait ou de l'achat d'un immeuble de la part d'un pere pour ſon fils, ce dernier ne doit pas le rapport de la choſe, qui ne vient pas de la ſubſtance du pere, mais le rapport des deniers payés par l'aſcendant à ce ſujet : mais il ne devroit plus ce rapport en deniers, en abandonnant la choſe, s'il ſe trouvoit léſé par le retrait ou l'acquiſition, & qu'il eût été reſtitué contre l'effet d'iceux ; c'eſt l'effet de la reſtitution en entier.

Voyez la loi 20 au cod. *de collation.* & les autorités rapportées ci-après, au ſujet du rapport à faire pour un office acheté & payé par le pere, pour le fils ; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 486, num 15 ; quant au cas de la ceſſation du rapport, c'eſt l'effet de la reſtitution en entier qui met le reſtitué au même état qu'il étoit avant l'acte.

IV. Dans l'un & l'autre cas, ſi le fils renonçoit, il ſeroit débiteur envers la ſucceſſion ; c'eſt acte de commerce, & non de libéralité, & le fils ne devroit ni rapport, ni payement, s'il juſtifioit que ſon pere avoit à lui deniers ſuffiſans ; il y auroit eu alors compenſation, qui eſt un payement légal qui éteint la dette comme le payement exprès.

Mais l'obligation qu'un pere a paſſé à ſon fils, de même le prix de l'immeuble qu'il lui a vendu & dont il y a quittance, ne ſont ſujets à rapport, que dans le cas que les circonſtances font connoître que c'eſt avantage; le Maître, tit. 15, ch. 1, pag. 469; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, ce qui s'y décide ordinairement par l'affirmation.

V. La vente à très-vil prix, du pere au fils, donne lieu au rapport; c'eſt contravention à la diſpoſition de la loi: contravention qu'on fait ceſſer, en remettant les choſes dans leur état juſte & naturel; ce que le rapport opére.

Tout ce qui peut s'imputer ſur la légitime, eſt ſujet au rapport, l. 20, cod. *de collation.* mais la vente faite par un pere à ſon fils, à vil prix, donne-t-elle lieu au rapport? Dumoulin, ſur l'art. 278 de la coutume du Maine, eſt d'avis du rapport, ce qu'on ne peut admettre que lorſque la léſion eſt conſidérable, ſuivant le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 483, num. 7; auſſi la propoſition ne renferme que la vente faite à très-vil prix, & approchant de celle qui emporteroit léſion d'outre moitié.

SECTION II.

Que les frais de doctorat, ceux de réception à maîtriſe, ſont rapportables, & non ceux des études.

VI. Les frais de doctorat ſont rapportables, c'eſt un établiſſement: ce qui aſſujettit au rapport de leur montant, ſauf la limitation contenue dans les deux dernieres propoſitions de cette ſection; quelques-uns ont prétendu même que les frais du doctorat honoraire n'étoient pas rapportables: diſtinction qui me paroît bien légere.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, ſect. 2, pag. 211, tout à la fin; voyez le Maître, tit. 15, pag. 473; tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet.

VII. Il en eſt de même de ceux de réception à maîtriſe; c'eſt encore un établiſſement plus marqué que le précédent. Il y a donc encore ici lieu au rapport.

Le Maître, au même endroit, ce qui eſt encore conforme à l'uſage du châtelet; cela peut même être regardé comme un droit commun, telle étant la diſpoſition de la coutume de Châlons, art. 206; de celle de Reims, art. 323, & de celle de Vermandois, art. 96: voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, des rapports, art. 24.

VIII. Ceux de licence ne ſont pas rapportables, ils ſont ſimples frais d'étude que les peres doivent à leurs enfans.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 495, num. 50, ce qui eſt conforme à la diſpoſition du droit civil: *Quæ pater filio emancipato ſtudiorum cauſâ peregrè agenti ſubminiſtravit, ſi non credendi animo pater miſiſſe fuerit comprobatus, ſed pietate ductus, in rationem portionis quæ ex defuncti bonis ad eum filium pertinet, computari æquitas non patitur*, liv. 50, ff. *famil. erciſcundæ*; le Maître, tit. 15, pag. 473; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les partages.

IX. De-là il s'enſuit que dans le rapport des frais de doctorat, on n'y comprend pas ni ceux d'étude, ni même ceux de licence; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; & il en eſt de même des frais d'aprentiſſage, leſquels ne ſont pas ſujets à rapport, & doivent être déduits ſur le rapport dû de la réception à maîtriſe.

On ne comprend pas ce qui a été dépenſé pour lui acquérir les degrés de baccalauréat & de licence, parce que cela fait partie de l'étude, dit Dupleſſis, pag. 211, tout à la fin; ce qui prouve la propoſition dans ſa premiere partie: quant à la ſeconde, c'eſt la diſpoſition de la coutume de Vermandois, art. 95; de celle d'Orléans, art. 303 & 509; de celle de Reims, art. 322; de celle de Tours, art. 304; de celle d'Anjou, art. 261, & de celle du Maine, art. 179: ainſi, cela eſt de droit commun dans le royaume: voyez les arrêtés cités ſur la ſeconde propoſition de cette ſect. art. 12.

☞ Les frais faits pour obtenir un bénéfice par le pere pour ſon fils ſont-ils ſujets à rapport? Loyſeau, traité des offices, liv. 4, ch. 6, nomb. 15, les regarde comme tels; mais Chopin, au traité des donations, nomb. 19, eſt d'avis contraire: ſentiment qui paroît préférable à l'autre, parce qu'il eſt avantageux pour les familles qu'il y en ait quelques-uns qui ſoient pourvus de bénéfices, & que les enfans ne peuvent être préſumés avoir profité de ces frais, eu égard aux charges attachées aux bénéfices.

CHAPITRE HUITIEME.

COMMENT SE FONT LES RAPPORTS.

SECTION PREMIERE.

COMMENT LES SOMMES DE DENIERS SE RAPPORTENT.

[Article 304 de la coutume.]

(*ou moins prendre.*)

I. LES deniers comptans donnés aux enfans, ne ſe rapportent pas en nature, ils ſont donnés pour être employés, ou pour être conſommés : fin d'un tel avancement d'hoirie qui affranchit du rapport en nature, qui en ce cas, auroit été manifeſtement injuſte, puiſque des deniers comptans ſont par eux-mêmes infructueux ; de-là s'enſuit que le rapport ne s'en fait qu'en moins prenant, parce qu'étant ſtériles d'eux-mêmes, les pere & mere ne les donnent à leurs enfans que pour les employer ; telle eſt la forme de ce rapport : forme qui concilie tous les intérêts.

C'eſt l'uſage du châtelet, on n'y ſuit pas l'avis de Dupleſſis, pag. 204, vers la fin, qui dit que la monnoye ſe rapporte, eu égard au tems du don ; c'eſt ce que dit auſſi le Maître, tit. 15, pag. 475 & 476 ; ce qui ne me paroît pas pouvoir être admis : *conferre aut minus tanto accipere*, novelle 93 : alternative adoptée par la coutume, & plus juridique que cette opinion.

II. Venons à l'opération à faire pour ce rapport. Pour le conſommer, on diſtingue, s'il y a deniers ſuffiſans dans la ſucceſſion, chacun des autres enfans en prélève autant que celui qui en a reçu ; s'ils n'y en a pas, ils choiſiſſent d'autres biens juſqu'à concurrence, ſuivant l'eſtimation : c'eſt toujours même effet dans l'opération, qui remplit les autres du montant de leur lot, & qui prouve que tel rapport ne ſe fait pas en nature ; ce qui influe ſur les donations d'effets mobiliers lorſqu'ils ont été eſtimés.

A l'égard des autres effets mobiliers qui ne ſe conſomment pas par l'uſage, tels que ſont les perles & les diamans ; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, en admet le rapport en nature ; l'uſage du châtelet eſt contraire, lorſque leur valeur a été fixée par leur donation ; ce qu'on développe par la ſection troiſieme de ce chapitre.

SECTION II.

Comment les immeubles ſe rapportent.

(Art. 305 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Quand en nature, & des fruits qui y ſont pendans.

III. Quant aux immeubles donnés, ils doivent ſe rapporter en nature & être mis en maſſe, ſauf les exceptions ci-après ; telle eſt ſur ce la régle générale, les exceptions la confirment, on les verra ci-après ; & cette régle générale a toujours la parfaite égalité pour baſe.

Ou il faut moins prendre, *conferre aut minus tanto accipere*, dit la novel. 93, ch. 6 : ce qui ſe pratique dans le cas de la propoſition ſuivante ; voyez Dupleſſis, pag. 213 & 214, & étant mis en maſſe, toute hypothéque du chef du rapportant eſt effacée : le Brun, des ſucceſſions, pag 498, num. 1 : ce qui établit, quant à ce, le rapport en nature qui reçoit les exceptions ci-après.

IV. Ce rapport en nature, ceſſe s'il y a dans la ſucceſſion des immeubles pour remplir les autres de biens de pareille valeur & bonté ; dans ce cas, l'avantagé prend moins & ne rapporte pas en nature : on ne rapporte que fictivement & pour former la maſſe ſeulement, ſon rapport formant ſon lot ou portion d'icelui ; & les autres ſont en ce cas, également remplis en biens de même nature & bonté, ce qui revient au même, puiſqu'on compoſe en partie ſon lot de ſon propre rapport ; en ce cas, l'autre enfant a le droit d'option : droit qui conſerve tous les intérêts.

En ce cas de non-rapport en nature, par l'exiſtence des biens de pareille valeur & bonté, l'enfant non avantagé pour ſe remplir & s'égaler, a le choix ſur les autres biens ; Bouchel, ch. 15, en rapporte un arrêt du 12 janvier 1626 ; c'eſt l'uſage du châtelet, qui a ſa racine dans l'eſprit de la coutume ; il eſt conforme non-ſeulement à l'arrêt & à l'auteur qu'on vient de citer, mais encore aux arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. des rapports, art. 24 ; c'eſt l'eſprit de la coutume.

V. Le rapport en nature de l'immeuble, comprend les fruits qui y ſont pendans, ils en ſont acceſſoires ; & le rapport remontant à l'ouverture de la ſucceſſion, ils en font partie ; par conſéquent le rapport doit les embraſſer.

Incremento fructuum augeri, loi 9, cod. *famil. erciſc.* ce qui ne s'entend que ſous la limitation ci-après.

VI. Il faut que la ſucceſſion rembourſe à celui qui fait un tel rapport, c'eſt-à-dire, un rapport réel comprenant des fruits pendans par les racines ſur l'heritage, le montant des façons, labours & ſemences; c'eſt ſa choſe, non celle de la ſucceſſion, de laquelle par conſéquent cette derniere doit lui faire raiſon.

Dupleſſis, pag. 214, vers le milieu; le Maître, tit. 15, pag. 475, & tel eſt l'uſage, il eſt inconteſtable, une ſouveraine équité le fonde, autrement ce ſeroit étendre le rapport.

DISTINCTION II.

Que le rapport en nature, ceſſe par l'aliénation & non par l'amélioration, & de ce qu'elle produit.

(Art. 305 de la coutume.)

VII. Voyons quand le rapport en nature n'a pas lieu. Le rapport en nature ceſſe, ſi le fils a aliéné ſans fraude l'immeuble à lui donné en avancement d'hoirie, en ce cas, il fait le rapport de la valeur ſuivant l'eſtimation. Cette eſtimation doit dans ce cas, ſe faire, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, c'étoit alors que le rapport à la maſſe s'en devoit faire; c'eſt donc, eu égard à ce tems, qu'on doit eſtimer, toute abſtraction faite du prix de la vente, qui étant du fait du rapportant, ne peut nuire à ſes cohéritiers.

Dupleſſis, pag. 214, au milieu; tel eſt l'uſage du châtelet; ce qui auroit lieu, encore que la choſe par elle-même fût augmentée de valeur; le Brun, des ſucceſſions, pag. 489, num. 29: car l'amélioration, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit, ne diſpenſe pas du rapport en nature.

VIII. L'amélioration faite ſur l'immeuble donné, ne diſpenſe pas du rapport en nature, ni le changement ſurvenu ſans le fait de l'héritier; on va voir ce que l'un & l'autre produiſent: il eſt bon de ſe fixer d'abord à ce principe, qui naît de ce que la loi étant générale, & ne renfermant pas des exceptions, on ne doit en admettre que dans le cas que le rapport en nature eſt impoſſible.

Mais le changement forcé en diſpenſe, ainſi ſi la donation étoit d'une rente fonciere, & que le dérempteur de l'héritage qui en étoit chargé l'eût déguerpi, l'enfant peut rapporter l'héritage déguerpi, & non la rente qui ne ſubſiſte plus: cela me paroît inconteſtable; le Brun, des ſucceſſions, pag. 489, num. 26; en effet, en ce cas, l'un eſt vraiment repréſentatif de l'autre.

IX. Venons relativement au rapport, à l'effet de l'amélioration. Comme perſonne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, ſi l'héritage ſujet à rapport, a été amélioré par l'enfant donataire d'icelui, le montant de l'amélioration doit être rembourſé ſur la ſucceſſion à l'enfant qui le rapporte, ſauf aux autres à l'affranchir du rapport en nature, en réduiſant le rapport à la valeur de la choſe, lors de l'ouverture de la ſucceſſion, déduction faite de l'amélioration; ce tempérament conſerve les droits de tous.

Cùm dos confertur, impenſarum neceſſariarum fit diſtractio, liv. 1, §. 5, ff. *de dot. collat.* Dupleſſis, pag. 214, vers le milieu, & tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur l'art 305 de la coutume, ſur le 279 de celle du Maine, & le 261 de celle d'Anjou; c'eſt eſpece de droit commun.

X. Ce rembourſement de l'amélioration ſe fait, eu égard à la valeur de l'amélioration, au moment de l'ouverture de la ſucceſſion; ce qui fonde la premiere propoſition de la préſente diſtinction, fonde celle-ci: mais les cohéritiers s'affranchiſſent de ce rembourſement en conſentant que leur cohéritier retienne l'immeuble à lui donné & par lui amélioré; ſon fait ne doit pas leur nuire, & ce rapport en ce cas, ſe fait comme il eſt dit par la propoſition qui ſuit.

Sentence rendue au parc-civil, le 15 mai 1726, qui le juge ainſi.

XI. Dans ce cas il rapporte, non l'immeuble même, mais la valeur de l'immeuble, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, & on déduit ſur l'eſtimation, le montant des améliorations, qui ſont ſa propre choſe, & non celle de la ſucceſſion; ce que les experts doivent diſtinguer, & ce qui encore une fois conſerve les droits de tous.

Il en ſeroit de même que ci deſſus, c'eſt-à-dire, que le rapport de l'immeuble amélioré, & ce en nature, ceſſeroit, ſi l'objet de l'avancement d'hoirie étoit une maiſon qui eût été brûlée par accident & rebâtie; en ce cas l'enfant ne doit que le rapport de la valeur de la place, ſi mieux n'aiment ſes cohéritiers, lui rembourſer la reconſtruction, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion; le Brun, des ſucceſſions, pag. 491, num. 39; ce qui me paroît bien juſte ſous la reſtriction qui ſuit, qui me paroît devoir être ajoutée au ſentiment de le Brun.

XII. Dans le cas de ce rembourſement, les impenſes voluptuaires ne ſont d'aucune conſidération, autrement le goût de celui qui les a fait faire préjudicieroit aux autres, ce qui ne doit être; ainſi lorſqu'il eſt queſtion d'une telle eſtimation, il faut en retrancher l'appréciation faite de ces ſortes d'impenſes.

Tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on rejette le rembourſement de ces ſortes de dépenſes.

DISTINCTION III.

Comment les enfans rapportent les offices à eux donnés, ou vendus à eux, par leur pere.

§. I.

Que l'office ne ſe rapporte pas en nature, & du rapport du prix de celui acheté par le pere, pour le fils.

XIII. Le rapport de l'office ne peut ſe faire

en nature, ſoit que le pere ait réſigné ſon office à ſon fils, ſoit qu'il en ait payé un pour lui; c'eſt toujours du prix que le rapport eſt dû, & c'eſt à ce prix auquel ſe borne tel rapport, l'office ne pouvant être aux riſques de nul autre que du titulaire d'icelui: maxime qui écarte le rapport en nature.

Dupleſſis, traité des droits incorporels, pag. 176: cela auroit lieu, encore que l'office eût été ſupprimé; que le fils s'impute, dit le même auteur, traité des ſucceſſions, pag. 215, d'avoir voulu être officier; ce qui forme la troiſieme propoſition & qui confirme évidemment celle-ci, qui eſt de droit commun dans le royaume.

XIV. Ce prix rapportable eſt différent, ſuivant qu'il va être expliqué, dans le cas que le pere a réſigné ſon office à ſon fils; mais s'il a acquis pour ſon fils, le rapport eſt du prix de l'acquiſition, & en ce dernier cas, il n'y a plus de diſtinction à faire; c'eſt un premier point fixe ſur cette matiere, ce ſont vrais deniers fournis à l'enfant.

Le Maître, tit. 15, pag. 473, & tel eſt ſur ce l'uſage; voyez pour le cas de la réſignation du pere au fils le paragraphe ſuivant.

XV. Le rapport du prix ſeroit dû, encore que l'office eût été ſupprimé, & ce tant dans le cas de la réſignation, que celui de l'acquiſition; l'office, comme on l'a dit, étant toujours aux riſques du titulaire d'icelui.

Dans le cas de la réſignation du pere au fils, Dupleſſis, pag. 215, au commencement, admet le rapport en eſſence, parce que *res æque erat peritura*; mais en ce même cas, je l'ai toujours vu rejetter au châtelet; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 493, num. 43 & 44: ſentiment auquel je crois qu'on doit s'arrêter dans l'un comme dans l'autre cas, & non à celui de Dupleſſis, dans le cas de la réſignation.

XVI. Suivons la diſtinction. Lorſque l'office a été acheté par le pere pour le fils, le fils rapporte tout le prix payé par ſon pere, même les frais de réception, ſi ſon pere les a payé; ces derniers provenans également du pere, n'en peuvent être plus exempts que le prix principal de l'office, qui en ce cas, n'eſt que l'emploi choiſi par le fils de la libéralité du pere, & non ſon objet.

Ce rapport auroit lieu même pour un office de la maiſon du roi; le Brun, traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 3, num. 41; Dupleſſis, des droits incorporels, pag. 177, & au traité des ſucceſſions, pag. 215; voyez le Maître, pag. 47, il cite un arrêt du 14 avril 1603, ce qui prouve d'autant plus la propoſition ſur l'office héréditaire.

☞ A l'égard des offices de la maiſon du roi, ſi la charge avoit été donnée au pere par le roi, il pourroit la donner à ſon fils & le décharger du rapport, ainſi qu'il a été jugé par un arrêt rapporté par le Prêtre; mais ſi le pere en donnant cet office à ſon fils, n'a point déclaré qu'en conſéquence du don qu'il en avoit reçu du roi, il en faiſoit ainſi un don gratuit à ſon fils, alors l'office ſeroit ſujet à rapport.

§. II.

Quel eſt le prix rapportable, lorſque l'office a paſſé de la perſonne du pere, dans celle du fils, par la voie de la réſignation.

XVII. Le montant du rapport varie en ce cas, ſelon les circonſtances; le pere ſe démettant de ſon office en faveur de ſon fils en peut fixer le prix au-deſſous de ſa valeur: fixation qui ſur ce, détermine le montant du rapport, pourvu que cette fixation ne ſoit pas au-deſſous de ce qu'il l'a lui-même acheté; on verra par les propoſitions ſuivantes, quel doit être le montant du rapport, lorſque la fixation n'a pas été faite; voilà le principe général.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 492, num. 42, confirme cette propoſition: voyez l'arrêt rapporté par Bouchel, ch. 55; Dupleſſis, pag. 177 & 215; le Maître, tit. 15, pag. 473, & la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XVIII. Cela eſt fondé ſur l'intérêt public, qui l'emporte ſur le particulier, & ſur ce, qu'il eſt de l'intérêt public, que le fils exerce la charge qu'il a vu exercer par ſon pere, & pour l'exercice de laquelle il s'eſt par conſéquent formé depuis ſa jeuneſſe; raiſons qui font en ce cas, ceſſer la rigueur de la régle, & réduiſent le rapport à la fixation faite par le pere, pourvu qu'elle ne ſoit pas au-deſſous du prix que le pere l'a acquis; ce qui influe ſur un don que le roi auroit fait de l'office.

Si le roi avoit donné l'office en pur don au pere, & le pere l'ayant de la même ſorte donné au fils, en ce cas, il n'y a lieu au rapport, pourvu que le fils s'y faſſe recevoir; c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt de Favier: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 492, ch. 42; mais ce n'eſt qu'une exception particuliere, qui ſert à confirmer la régle expliquée dans les propoſitions précédentes.

XIX. Voyons le montant du rapport dans l'autre cas: ſi par la démiſſion, le prix n'avoit pas été fixé, le fils rapporteroit la valeur de l'office, au tems de la démiſſion; telle eſt la juſte préſomption de la volonté des contractans, & ce qu'il faut ſuppoſer au défaut de fixation de prix; en effet, c'eſt de ce jour que le fils eſt devenu propriétaire de l'office; c'eſt donc en conſidérant ce jour qu'il en doit rapporter la valeur, cet engagement naît du ſilence ſur le prix.

Dupleſſis, à la même pag. 177; arrêt du 14 avril 1603, il eſt cité par le Brun, des ſucceſſions, pag. 492, ſeconde colonne à la fin; & tel eſt l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans les principes de la vente.

XX. Dans tous les cas, le fils rapporte les frais de réception, s'ils ont été avancés par

ſon pere, & à plus forte raiſon, les taxes payées par le pere; c'eſt avancement d'hoirie qui lui profite: c'eſt acquittement de ſa dette perſonnelle, ce qui l'aſſujettit inévitablement au rapport de ces ſommes ſur leſquelles la faveur de la tranſmiſſion d'un office du pere au fils, ne tombe plus depuis la démiſſion; ce ſont dettes ou charges perſonnelles au fils.

De ce que deſſus, il réſulte évidemment que les taxes payées par le fils, pour la conſervation de l'office que le pere lui a réſigné, ou qu'il a payé pour lui, ne peuvent affoiblir ſon rapport; le Brun, des ſucceſſions, pag. 493, num. 45; au contraire, ſi le pere a payé une taxe pour ſon fils, à cauſe de ce même office, ce payement aſſujettit ce dernier au rapport de la taxe indépendamment de celui du prix de l'office.

§. III.

Si le rapport a lieu pour les offices de la maiſon du roi qui paſſent du pere au fils.

XXI. Non-ſeulement l'office, mais même le prix de tel office, paſſant de la perſonne du pere dans celle du fils, n'eſt pas rapportable, ſi le fils ne s'eſt littéralement conſtitué débiteur de ce prix, parce qu'un tel office n'eſt pas dans le commerce, ſauf l'effet de la convention contraire; en effet, outre que ces offices ſe perdent avec la vie, ce ſont plutôt ſimples commiſſions que vrais offices: nature de ces offices qui affranchiſſent du rapport du prix d'un tel office qui a paſſé de la perſonne d'un pere dans celle d'un fils.

Le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 3, num. 41; note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 176; le Maître, tit. 15, pag. 473, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXII. En effet, le fils tient tel office de la libéralité du roi, & non de celle de ſon pere, qui l'auroit perdu avec la vie; ſource de ſa poſſeſſion qui écarte tout rapport.

Voyez-ci deſſus le titre des offices, où cela eſt établi, & cela réſulte de la nature même d'un tel office.

XXIII. Cependant, ſi le pere ayant permiſſion du roi de vendre cet office, l'avoit vendu à ſon fils, moyennant un certain prix, le fils doit le rapport de ce prix s'il eſt héritier, & s'il renonce, il reſte débiteur de ce même prix envers la ſucceſſion de ſon pere; c'eſt un acte de commerce, que la bonté du roi lui a rendu licite, & qu'il a fait avec ſon fils, comme il auroit pu faire avec un étranger: tels ſont donc, en ce cas, les engagemens de ce fils qu'il doit remplir, & auxquels la nature de l'office ne peut donner atteinte.

Déclaration du roi du mois de janvier 1652 & 1678; voyez le Maître, tit. 15, pag. 473: par le même principe il doit le rapport du prix de l'office chez le roi, lorſque le pere l'a acheté pour lui, c'eſt avancement d'hoirie de ſimples deniers; note ſur Dupleſſis, pag. 176; c'eſt auſſi le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 492, num. 41.

SECTION III.

Comment les effets mobiliers ſe rapportent.

XXIV. Voyons à préſent la forme du rapport d'un ſimple mobilier. Les meubles ne ſe rapportent pas en nature, on en rapporte l'eſtimation ou leur valeur lors du don, leur dépériſſement journalier exclut abſolument cette forme de rapport, c'eſt-à-dire, du rapport en nature.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 4, pag. 212; le Brun, des ſucceſſions, pag. 490, num. 34, admet le rapport en nature pour les bijoux, ce qui n'eſt pas ſuivi au châtelet: rapport que je crois qu'on doit rejetter dans le cas même que les bijoux auroient été évalués par la donation, telle évaluation ayant pour objet le *quantum* du rapport, & non d'autoriſer le rapport en nature.

XXV. Cette eſtimation d'effets mobiliers doit ſe faire, eu égard au tems du don, non au tems de l'ouverture de la ſucceſſion; leur dépériſſement, par l'uſage que le donataire en a eu, rend cette eſtimation inévitable; autrement ce qui a l'égalité pour fin, n'y conduiroit qu'imparfaitement.

Cela eſt fondé non-ſeulement ſur ce que ces ſortes d'effets dépériſſent, mais même s'anéantiſſent par l'uſage, ce qui exclut le rapport en nature; cela s'obſerve au châtelet, conformément au ſentiment de le Maître, tit. 15, pag. 476, qui n'admet pas la diſtinction de le Brun, qu'on a ci-deſſus combattu, & qu'on ne ſuit pas, par le moyen qu'on a expliqué; ainſi qu'il y ait eſtimation par le don, ou qu'il n'y en ait pas, c'eſt toujours leur valeur lors du don qui eſt rapportable.

☞ L'eſtimation doit ſe faire en ce cas, eu égard au tems du partage & non du don; en effet, ſi le donataire a pu faire ſon profit des autres biens à lui donnés, & n'en rapporter les fruits que du jour du décès du donateur; ſuivant l'art. 309 de la coutume, n'a-t-il pas pu auſſi ſe ſervir des meubles qui lui ont été donnés, ſans qu'il ſoit tenu de leur dépériſſement par l'uſage qu'il en a pu faire? Il a eu le droit de ſe ſervir de ces meubles pendant la vie du donateur.

XXVI. A l'égard des billets & obligations, lorſque ces ſortes d'effets donnés à un fils, ſubſiſtent au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, ils peuvent être rapportés en nature à la ſucceſſion, pourvu que lors de ſon ouverture ils ſoient tels, que lorſqu'ils ont été donnés à l'enfant, & que le tems ni la négligence n'y ayent portés aucune atteinte; mais

pour cela il faut qu'on ne puiſſe imputer aucune négligence au rapportant : négligence qui ouvriroit contre lui une action en garantie ; action qui feroit ceſſer le rapport en nature, & ce pour éviter le circuit des actions.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 205, vers la fin, que les principes de la collation comme l'équité ſoutiennent également.

XXVII. S'il y a négligence de ſa part, il rapporte ou précompte le contenu en iceux, parce que les autres ne doivent pas ſouffrir de ſa négligence, que c'eſt ſur lui ſeul qu'elle doit tomber ; & c'eſt par une telle imputation que cette garantie ſe conſomme.

Le même auteur, à la même page, ce que j'ai vu pratiquer au châtelet.

SECTION IV.

Comment ſe fait le rapport d'un immeuble appartenant à l'un des pere & mere, & par eux donné conjointement à l'un de leurs enfans.

XXVIII. Ici la ſource de la libéralité détermine le rapport ; en effet, les pere & mere ayant donné conjointement à l'un de leurs enfans, le propre de l'un d'eux, le rapport ne ſe fait pas en totalité à la ſucceſſion de celui auquel le propre appartenoit, mais ſe rapporte moitié à chacune ſucceſſion, l'un & l'autre des pere & mere étant également donateurs ; qualité qui aſſujettit à un tel rapport : diviſion qui n'affoiblit pas les droits du conjoint qui étoit propriétaire pour la totalité de l'immeuble donné, parce qu'il a une action de recompenſe pour la moitié de la valeur contre l'autre conjoint qui a doté un enfant commun à ſes dépens ; dotation qui fonde inévitablement cette recompenſe.

Tel eſt en ce cas l'uſage du châtelet, conforme à ce que dit le Maître, tit. 15, ch. 1, pag. 470, qui confirme cet uſage, & que les propoſitions ſuivantes vont développer par les opérations qu'on y explique.

XXIX. Suivons cette balance. La ſucceſſion de celui auquel le propre appartenoit, n'en eſt pas pour cela affoiblie, l'indemnité qu'elle a contre l'autre conjoint lui tient lieu du rapport de moitié qui ne s'y fait pas ; ainſi par cette double opération, rapport pour moitié d'un côté, l'indemnité d'une ſemblable moitié d'un autre, ménagent les droits des intéreſſés, & les concilie tous.

Voyez dans le titre de la communauté, le chapitre de l'indemnité où cela eſt établi ; c'eſt le ſiége de cette matiere, & il eſt conſtant que l'indemnité produit ſur ce l'effet du rapport ; & elle va plus loin, parce qu'elle conſerve encore les intérêts de celui des pere & mere qui ſe trouve dépouillé par une telle dotation.

XXX. De-là il s'enſuit qu'après une telle donation l'enfant ne rapporte que moitié à la ſucceſſion du premier mourant, & continue de jouir de l'autre moitié qu'il tient de la libéralité du ſurvivant de ſes pere & mere, & ce toute abſtraction faite de la perſonne de celui des pere & mere qui étoit propriétaire pour le tout de l'héritage ainſi donné ; l'un & l'autre encore une fois, étant également donateur : qualité qui rend un tel rapport inévitable, & qui par la ſuite ſe fait pour l'autre moitié à la ſucceſſion de l'autre conjoint.

Cet uſage du châtelet me paroît plus régulier que le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 479, num. 65, où il eſtime que le rapport doit ſe faire en totalité à la ſucceſſion de celui des pere & mere auquel le propre appartenoit, à moins que les enfans n'ayent commencé par un partage de communauté, dans lequel il ait été fait raiſon de l'indemnité ; cela ne me paroît pas conforme aux principes des partages : en effet, il ſuffit qu'il y en ait action, & la réſolution d'une telle queſtion, ne doit pas dépendre de la conſommation d'une opération qu'il faut faire tôt ou tard, ni qu'on ait commencé par l'un ou par l'autre ; le droit dans l'un comme dans l'autre cas doit être le même : il y a plus, cet auteur prend le change, car il faut commencer par le compte, & c'eſt par le compte qu'on doit faire raiſon des récompenſes.

XXXI. Il rapporte l'autre moitié à la ſucceſſion du ſurvivant, & par ce double rapport & l'indemnité, on conſerve la balance, tant dans la communauté, que dans les deux ſucceſſions ; l'effet & l'opération de cette indemnité ne ſont pas de ce titre, mais de celui de la communauté, où ils ont été examinés ; mais il a été à propos de les reprendre ici pour ce qui influe ſur le rapport.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, dans les comptes de communauté & dans le partage entre enfans, des ſucceſſions de leurs pere & mere ; & il me paroît que dans cet uſage, les principes des ſucceſſions, comme ceux de la communauté, ſont conſervés ; & cela eſt ſi vrai, qu'un tel propre, qui en conſidérant ſon origine, ne devoit l'être que d'un côté, le devient pour moitié des deux lignes : qualité qui prouve ce que deſſus.

SECTION V.

Des effets du rapport en nature.

(Art. 304 de la coutume.)

(Pour avec les autres biens être mis en partage.)

XXXII. Le rapport en nature, produit réſolution parfaite de la donation ou avancement d'hoirie, faite au profit de l'enfant avantagé, parce que la néceſſité du rapport eſt inſéparable du droit & de la qualité du rapportant ; c'eſt condition tacite & légale inhérente au don même, qui s'anéantit par l'acceptation

l'acceptation du donataire de la ſucceſſion du donateur : de-là il s'enſuit que l'immeuble rapporté, eſt regardé comme n'étant jamais ſorti de la ſucceſſion, à laquelle il eſt rapporté, l'événement de la condition ayant effet rétroactif, & de-là naît une autre conſéquence ; il s'enſuit encore qu'il n'eſt plus ſujet aux hypothéques venantes du chef de l'enfant rapportant ; parce qu'au moyen du rapport, il eſt regardé comme n'ayant jamais été propriétaire de cet immeuble ; & que ſes créanciers ne peuvent avoir plus de droit que lui, celui de ces derniers n'étant qu'une émanation de celui de l'autre.

Telle eſt la juriſprudence des ſentences du châtelet, & cela a été ainſi jugé au parc-civil, moi plaidant, contre M. Sandrier ; cela eſt ſuite des principes de la collation.

XXXIII. Mais les créanciers du rapportant conſervent leur vrai droit : les hypothéques, c'eſt-à-dire, celles venantes du chef de l'enfant avantagé & qui rapporte l'immeuble à lui donné, ſe réſervent ſur les biens qui tombent dans ſon lot, pour la conſervation deſquelles les créanciers peuvent intervenir dans le partage ; c'eſt où ſe réduit leur hypothéque, qui eſt effacée à l'égard de l'immeuble rapporté, à moins qu'il ne ſoit tombé dans le lot du rapportant, leur débiteur ; c'eſt juſte échange, c'eſt juſte tranſlation d'hypothéque, & fixation de celle ſur ſon véritable objet, ſi le lot du débiteur ne contient pas l'objet primitif.

Cette intervention eſt encore d'uſage au châtelet ; & ceſſant laquelle, ſi après le rapport, il n'eſt tombé que du mobilier dans le lot d'un héritier débiteur & qui avoit hypothéqué un immeuble qu'il avoit rapporté, c'eſt le cas où les créanciers de cet héritier n'ont plus d'hypothéque : c'eſt ce qui fut jugé, comme on l'a obſervé ſur la propoſition précédente, par la maxime impérieuſe, que le rapport anéantit la donation juſques dans ſa racine ; c'eſt l'effet juridique du rapport de replacer la choſe dans la maſſe commune.

SECTION VI.

Que l'héritier doit rapporter l'héritage en état de réparation d'entretien, mais eſt affranchi du rapport par ſa perte.

(Art. 305 de la coutume.)

XXXIV. L'héritier eſt garant relativement à l'héritage dont il fait le rapport, de ſa diminution arrivée par ſon fait ; de-là il s'enſuit qu'il doit le rapporter en bon état de réparation d'entretien : c'eſt la charge des fruits qu'il a fait ſiens ; il doit donc y ſatisfaire.

Dupleſſis, à la pag. 215, propoſe la queſtion de ſavoir, s'il doit réparer ou rapporter la valeur au tems du don, il ne la décide pas ; mais tel eſt l'uſage du châtelet, par la raiſon contenue dans la propoſition, que ces réparations ſont charges des fruits, & la premiere délibation qu'il devoit faire ſur leur montant, ce dont il eſt comptable, parce que ſa maniere de jouir ne doit pas nuire aux autres, & c'eſt le texte. Où Dupleſſis trouvoit-il donc de la difficulté, lorſque la loi écrite & l'équité l'écartent ?

XXXV. S'il n'eſt pas en cet état, ſes cohéritiers peuvent l'obliger de rapporter la valeur que la maiſon auroit lors du partage, ſi elle avoit été par lui convenablement entretenue, ſi mieux il n'aime rapporter le prix de telles réparations qui ſont à faire : cela eſt une ſuite du principe qu'on vient d'établir.

Tel eſt l'uſage du châtelet, différentes opérations qui produiſent le même effet, & tout cela naît de l'art. 305 de la coutume.

XXXVI. Mais l'anéantiſſement affranchit du rapport : l'héritier, comme tout autre, n'eſt pas relativement au rapport auquel ſa qualité d'héritier l'aſſujettit, tenu des forces majeures ; d'où il s'enſuit que ſi l'immeuble à lui donné eſt péri par force majeure, il eſt affranchi du rapport, non-ſeulement du rapport en nature qui ſeroit impraticable, mais même du rapport de la valeur & de toute imputation à ce ſujet, en rapportant toutefois ce qui en reſte, ſi aucune partie ſubſiſtent encore.

De his quæ ſine culpa filii emancipati, poſt mortem patris perierunt, quæritur ad cujus detrimentum ea pertinere debeant, & plerique putant, ea quæ ſine dolo & culpa perierent ad collationis onus non pertinere, liv. 2, §. 2, ff. *de collat.* voyez auſſi la loi 20, §. 3, *ad ſenat. conſult. Trebell.* le Brun, des ſucceſſions, pag. 492, & Dupleſſis, pag. 215 ; & cela eſt d'une ſouveraine équité, & par conſéquent ne peut recevoir de contradiction raiſonnable.

XXXVII. Cela s'applique à la maiſon incendiée, lorſque l'incendie n'eſt pas arrivé par un cas qu'on puiſſe imputer à l'héritier, & dans ce cas, il ne doit le rapport que de la place ; mais il devroit le rapport en entier, s'il y avoit de ſa faute, il en ſeroit le garant : garantie qui fonderoit toute l'étendue du rapport, ſes cohéritiers ne devant ſouffrir par ſon fait.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 215, & ce qui réſulte de ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 491, num. 39, & 492, num. 40, & des autres autorités citées ſur la propoſition précédente ; mais il doit encore le rapport de l'action, contre celui qui eſt tenu des ſuites de l'incendie, dans le cas qu'on ne peut le lui imputer.

XXXVIII. Par le même principe, la rente ſur la ville donnée ayant été retranchée, l'enfant eſt quitte en rapportant la portion qui lui en reſte, nul n'étant garant des faits

du prince; autre application du principe: application qui eſt adoptée fréquemment au châtelet, & que l'équité rend inconteſtable.

Loi citée ſur la troiſieme propoſition ci-deſſus; ce qui eſt conforme à l'avis de Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 215; il ajoute *idem* des droits ſupprimés & que le pere avoit donné: ce qui eſt pareillement ſuivi au châtelet, & qui confirme la propoſition; c'eſt même principe.

XXXIX. A l'égard de la ſuppreſſion de l'office donné, on a vu qu'elle ne diſpenſoit pas du rapport le fils auquel l'office avoit été donné par le pere, ou pour lequel le pere en avoit payé le prix, la perte ou le gain qui peuvent arriver ſur icelui regardant toujours le titulaire.

Cela eſt établi ci-deſſus ſur le titre des offices, & eſt inconteſtable, étant fondé ſur la nature même de l'office.

CHAPITRE NEUVIEME.

DES CHOSES QUI NE SONT PAS SUJETTES A RAPPORT, ET S'IL A LIEU POUR LES RENTES VIAGERES.

I. IL y a de certains avantages non ſujets à rapport: les alimens, les entretiens, les frais d'études & d'éducation ne ſont pas ſujets à rapport; c'eſt l'acquittement de l'engagement naturel des peres envers leurs enfans: ce qui n'a pas lieu quand le ſurvivant d'eux eſt leur tuteur, auquel cas cela forme une juſte dépenſe dans le compte de tutelle; mais juſqu'à concurrence du montant des revenus des enfans ſeulement, leur tuteur ne pouvant leur faire dépenſer au-delà.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, page 210; voyez l'article 322 de la coutume de Reims; par l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 6, il a été jugé que les alimens fournis par un ayeul à ſon petit-fils ne ſont rapportables par le pere de ce petit-fils; c'eſt office de piété de la part d'un ayeul, c'eſt ſouvent même pour ſa propre ſatisfaction qu'il les fournit; voyez Lapeyrere, let. R, déciſion 26, pag. 347; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 254, num. 25, & 494, num. 47; & tel eſt l'uſage du châtelet, ſauf la reſtriction qui ſuit concernant l'enfant qui a des droits acquis; voyez la loi 27, ff. *de negot. geſt.* & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, des rapports, art. 16.

II. Cependant ſi l'enfant auquel les alimens ont été fournis avoit des droits acquis, il ſeroit obligé d'en tenir compte, ſous la reſtriction, que pendant ſa minorité on n'a pu lui faire dépenſer au-delà de ſes revenus; ce n'eſt qu'en ce cas que les alimens ſont de la part des enfans ſujets à rapport, ou plutôt à imputation; & ce, abſtraction faite, ſi les droits qui leurs ſont acquis viennent d'un pere ou d'une mere ou de toute autre perſonne.

Tel eſt l'uſage du châtelet; & c'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 210, qu'on vient de citer, & le Maître, pag. 473: juriſprudence dans laquelle le droit naturel, l'équité & les principes du droit civil ſont conſervés.

III. Voici d'autres légers avantages non ſujets à rapport. Les frais de noces ne ſont pas rapportables, pas même par l'enfant qui a des droits acquis, ni les petits préſens à lui faits à l'occaſion de ſon mariage; ce ſont pures bienſéances que l'aſcendant obſerve plus pour ſa propre ſatisfaction, & en ſuivant un juſte penchant de la nature, que pour enrichir le deſcendant. Quelques-uns ont prétendus que le trouſſeau & les habits nuptiaux étoient ſujets à rapport: ce que je ne penſe pas, c'eſt la bienſéance qui les occaſionne; autrement ce ſeroit rigueur outrée, à moins qu'on n'en n'ait expreſſément compoſé une portion de la dot.

Dupleſſis, pag. 211, obſerve que le trouſſeau donné à la fille eſt rapportable, ce qui n'eſt pas ſuivi; voyez le Maître, pag. 473, les intérêts de la dot, ne ſont ſujets à rapport que du jour de l'ouverture de la ſucceſſion; Baſſet, tom. 1, liv. 5, tit. 14, ch. 1; voyez Lapeyrere, pag. 357; le Brun, des ſucceſſions, pag. 495, num. 52; quant aux intérêts, c'eſt la diſpoſition de l'art. 309 de la coutume; ce qu'on a examiné précédemment.

IV. Il en eſt de même des frais des procès ſoutenus par le pere pour ſon fils non établi, & ſans droits acquis; ces frais ne ſont pas ſujets à rapport, parceque le pere doit la défenſe à ſon fils, comme il lui doit la nourriture & l'entretien; ce qui affranchit les premiers comme les autres de la néceſſité du rapport; c'eſt droit naturel que le droit civil n'affoiblit pas.

Dupleſſis, pag. 211, & tel eſt l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans le droit naturel & dans l'équité.

V. Lorſqu'une veuve qui a convolé renonce à la communauté qui a été entr'elle & ſon ſecond mari, cette renonciation n'aſſujettit pas les enfans de ſon ſecond lit à aucun rapport, la juſte préſomption étant qu'elle n'a fait ſa renonciation que pour ſe débarraſſer, non pour avantager les enfans du ſecond lit: juſte préſomption qui écarte le rap-

port, qu'on ne pourroit fonder que ſur une fraude qu'on ne doit pas préſumer.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 488; j'ai ſouvent entendu au châtelet conteſter cette propoſition, mais je n'y ai jamais vu autoriſer cette conteſtation.

☞ La juriſprudence des arrêts, eſt que dans le cas de la propoſition ci-deſſus, les enfans du premier lit ne peuvent obliger leur mere à accepter la communauté, même en lui offrant d'acquitter les charges; voyez Brodeau qui cite un arrêt du 2 mars 1626, rendu dans l'eſpece; mais ces arrêts n'ont pas jugé qu'il n'y avoit pas lieu à rapport en pareil cas; & il eſt certain que ſi l'intention de la mere eût été d'avantager ſes enfans du ſecond lit par ſa renonciation, cet avantage ſeroit ſujet à rapport.

VI. Venons au rapport au ſujet des rentes viageres. Si un pere a conſtitué au profit d'un de ſes enfans une rente viagere, les arrérages d'icelle ne ſont rapportables qu'à compter du jour du décès de l'aſcendant donateur, autrement ce ſeroit lui faire conſommer ſon fonds par de ſimples jouiſſances; ce qu'on ne peut admettre, & c'eſt ſophiſtiquer que de prétendre le contraire.

Ce que dit Baſſet, au ſujet de l'affranchiſſement des intérêts de la dot & de tout autre dû, juſqu'au jour de l'ouverture de la ſucceſſion du donateur, tom. 1, liv. 5, tit. 14, ch. 1, peut s'appliquer ici; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

VII. En effet, on oppoſeroit en vain que les arrérages forment le capital du don; ce qui décide pour l'affranchiſſement de rapport relativement à un tel don, c'eſt que juſqu'au jour du décès ces arrérages tiennent lieu d'alimens qui ne ſont pas rapportables.

Telle eſt ſur ce l'opinion commune au châtelet, & la propoſition ſuivante confirme encore celle-ci.

VIII. Par le même principe, ſi une mere avoit fait remiſe à l'un de ſes enfans de la portion qu'il lui devoit pour ſon douaire, & ce en l'établiſſant, ſoit par mariage ou autrement, tel avantage ne ſeroit ſujet à aucun rapport; ce ſont de ſimples alimens procurés à un enfant non rapportables: une équité ſouveraine fonde cette propoſition, ainſi que les deux précédentes.

Celà a été ainſi jugé par ſentence du parc-civil, plaidant feu le Roi le jeune, Aſſorty & moi; autrement ſi la mere ſurvivoit longtems après une pareille remiſe, le fils pourvu ainſi ſe trouveroit avoir conſommé ſa portion héréditaire par un revenu annuel qui lui tient lieu d'alimens, ce qui ne ſeroit pas juſte; il me paroît que ce fut principalement cette raiſon qui donna lieu à la ſentence qu'on vient de citer: cependant les années de nourriture promiſes à un enfant lors de ſon établiſſement, & à lui fournies, ſont ſujettes à rapport; c'eſt capital payé à terme & délai.

☞ Le vol eſt ſujet à rapport; ainſi le fils qui auroit volé à ſon pere quelque ſomme conſidérable, ſeroit tenu de la rapporter, quand même le vol auroit été fait en minorité; voyez Dupleſſis, titre des ſucceſſions, ſect. 2.

Les bibliothéques & les pratiques des procureurs & notaires, ſont auſſi ſujettes au rapport; voyez les obſervations du lieutenant-civil le Camus, ſur l'art. 304 de la coutume.

CHAPITRE DIXIEME.

DES BORNES QUE LA LOI MET AUX AVANTAGES QUE LES PERE ET MERE PEUVENT FAIRE A LEURS ENFANS, ET DE LA LÉGITIME OU PORTION DANS LEUR SUCCESSION QU'ILS DOIVENT LEUR RESERVER.

(Art. 298 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU MOTIF DE LA LÉGITIME, ET A QUI CE DROIT APPARTIENT.

I. ICI éclate la sageſſe de la coutume ; en effet, comme l'enfant avantagé s'affranchit du rapport en renonçant à la ſucceſſion de l'aſcendant donateur, les autres ſe trouveroient ſans ſubſiſtance, ſi le pouvoir des pere & mere de diſpoſer étoit illimité & indéfini : inconvénient auquel la loi a bien pourvu, comme on le va voir, par l'établiſſement de la légitime, qu'on n'examinera plus par rapport aux fiefs, parceque l'on l'a examiné, relativement à ces biens, en traitant du droit d'aîneſſe, dont par rapport à l'aîné la légitime fait partie : on va ici l'examiner en général.

Juſques-là la coutume paroit injuſte ; mais voyons ſon équité, dit Dupleſſis, pag. 204, en commençant à traiter de la légitime ; c'eſt cette légitime qui fait la limite des avantages que les aſcendans peuvent faire à quelqu'uns de leurs deſcendans ; c'eſt le texte même de la coutume qu'on a puiſé dans le droit civil : mais en le perfectionnant, notre coutume étant ſur cela plus égale, plus judicieuſe que ce dernier.

II. C'eſt par ce motif puiſſant que la loi a aſſuré aux enfans, nonobſtant toute diſpoſition, la moitié de la portion héréditaire qu'ils auroient eu ſi leur pere ou mere n'avoit pas diſpoſé ; telle eſt en général l'étendue de la légitime : il ſeroit à ſouhaiter que cela s'étendit ſur les fiefs à l'égard des puînés ; mais on a fait prédominer une diſpoſition politique ſur un droit naturel ; de là il s'enſuit que nonobſtant la renonciation, l'enfant avantagé eſt obligé de rapporter pour fournir cette portion que la coutume réſerve aux autres enfans, & ce, lorſque le pere l'a entamé par ſa diſpoſition : effet principal que produit le droit de légitime.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag 198, num. 1, & cela eſt inconteſtable, étant fondé ſur le texte de la coutume ; c eſt *debitum bonorum ſubſidium*, loi 5, cod. *de inoffic. donat.*

III. Ce rapport, ce retranchement de la donation ſont fondés ſur ce qu'en ce cas le pere a excédé ſon pouvoir ; défaut de puiſſance qui anéantit en partie la diſpoſition, & qui la reſſerre ſur ce dont le pere pouvoit diſpoſer : baſe inébranlable du droit de légitime.

Mais cet excès de la diſpoſition ne la détruit pas comme inofficieuſe, & ne fait ouverture en faveur des enfans ſur qui cet excès tomberoit, qu'à leur action en pétition de légitime, & non à la nullité abſolue de la diſpoſition, *quoniam in prioribus ſanctionibus ut ſi quid minus legitima portione his relictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem movere poterant hoc repleatur ne occaſione minoris quantitat s teſtamentum reſcindatur*, l. 32, cod. *de inoffic. teſtam.* diſpoſition qui eſt adoptée par le droit commun du royaume, & qui réſulte de la coutume qui l'a pris pour modele, & qui eſt beaucoup plus juridique que la querelle d'inofficioſité.

IV. Dans ce cas, c'eſt donc moins rapport qu'anéantiſſement de la donation juſqu'à concurrence de ce qui manque pour la légitime : autre conſéquence de ce que deſſus ; tel eſt l'eſprit de la coutume, comme celui du droit civil ; & notre coutume a été plus loin que ce dernier, par l'établiſſement de l'indiſponibilité.

Outre cette légitime qui eſt celle de droit, il y a encore la légitime coutumiere qui eſt la réſerve des quatre quints des propres, qu'on ne peut entamer par teſtament, & dont il ſera traité ci-après ; mais il faut obſerver que c'eſt aux enfans à opter de l'une ou de l'autre, c'eſt-à-dire, de la légitime de droit ou des réſerves coutumieres, qui eſt, pour ainſi dire une légitime coutumiere : cependant ſi les réſerves coutumieres ne les rempliſſoient pas de leur légitime de droit, ils ſeroient bien fondés à la demander, mais toutes les deux ne peuvent concourir enſemble ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 219, num. 18 : cela eſt encore de juriſprudence au châtelet, & ce qui réſulte du texte qui n'adopte pas ce concours.

☞ Le concours de la légitime & des réſerves coutumieres eſt ſi inadmiſſible, qu'il ne peut avoir lieu, même quand il y auroit pluſieurs héritiers, ni quand les biens ſeroient ſitués dans le reſſort de différentes coutumes : voyez l'arrêt du 13 mars 1666, rapporté par le Brun, des ſucceſſions, liv.

2, ch. 3, sect. 3, num. 19; & celui rendu entre les quatre enfans de M. de Pomereu, le 20 août 1733.

V. Voyons à présent ceux auxquels la légitime est dûe; ce droit appartient à chacun des enfans ou petits-enfans, & ils n'y peuvent renoncer au préjudice de leurs créanciers; ce droit ayant sa racine dans la nature, & étant confirmé par le droit civil; il fait la juste sûreté de ces derniers.

De Montholon, ch. 55, sur la légitime; voyez le traité des successions de le Brun, liv. 2, ch. 3, pag. 198. Ce droit de légitime est tout ensemble & si favorable & si impérieux, qu'on ne peut stipuler par le contrat d'un second mariage, que les enfans qui en naîtront, auront moins que leur légitime; le même auteur, au même traité, pag. 210, num. 14; c'est portion de droit public auquel les particuliers ne peuvent déroger; tel est encore sur ce l'usage du châtelet: qualité de droit public qui exclut toute convention contraire.

VI. Les petits-enfans de chaque branche qui ont droit de légitime, ainsi que les enfans du premier degré, comme on vient de le voir par la proposition précédente, les petits-enfans, en tel nombre qu'ils soient & issus d'une même branche, n'ont conjointement que la moitié de la portion héréditaire que leur pere auroit eu, cessantes les dispositions, & ces petits-enfans subdivisent entr'eux cette moitié de portion héréditaire pour leur légitime; telle est à leur égard l'étendue d'icelle, & c'est l'effet des deux principes cidevant établis, qu'en directe la représentation a lieu à l'infini, & qu'on y partage par souches: partage qui tombe sur la légitime, de même que la portion héréditaire, puisque par la disposition, l'une tient lieu de l'autre.

Voyez ci-devant la section où l'on a traité du montant de la portion de ceux qui viennent par représentation; le Brun, des successions, pag. 219, num. 20. En effet, ce qui régle le partage de la succession, régle celui de la légitime.

VII. Du principe que ce qui régle la succession régle la légitime, il s'ensuit que celui qui est incapable de succéder n'a pas droit de légitime, d'où il s'ensuit que l'exhérédé valablement n'en peut prétendre; c'est portion de succession légitime, il faut donc être capable de la qualité d'héritier pour la recueillir: seconde conséquence aussi sûre que la premiere; autrement la peine méritée de l'exhérédation deviendroit inutile pour moitié, & la loi a voulu la rendre efficace pour le tout.

Ricard, tom. 1, pag. 608, num. 865 & num. 918, pag. 617; & tel est l'usage.

SECTION II.

De la quotité de la légitime.

(Art. 298 de la coutume.)

VIII. On a déja vu que c'est la moitié de la portion héréditaire que l'enfant auroit eu si le pere n'eût pas disposé, sauf le droit d'aînesse, comme on l'a vu ci-dessus, & l'explication que cette limitation paroît mériter & qu'on va faire: fixation plus exacte, plus judicieuse encore une fois, que celle du droit civil, sauf l'effet de la variation des coutumes.

Cela s'entend pour les biens régis par la coutume de Paris; mais si dans la succession il y avoit des biens situés en pays de droit écrit, & dans d'autres coutumes que celle de Paris, en ce cas la quotité de la légitime se régle par chacune des coutumes, sur les biens qui sont dans leur ressort; en effet, ce droit forme un statut réel: Lapeyrere, let. L, décision 33, pag. 213 de l'édition de 1725; voyez ci-dessus le chapitre de la distinction du statut réel & du statut personnel, où cela est établi: en effet, la quotité de la légitime, celle du douaire coutumier, ainsi que la quotité des réserves coutumieres, forment des statuts réels par la novelle 18; la légitime des enfans, lorsqu'ils étoient au nombre de quatre & au-dessous, étoit le tiers, & quand ils étoient cinq & au-dessus, c'étoit la moitié de tous les biens à partager entre les légitimaires; voyez le Brun, des successions, pag. 216 & 217; & Bretonnier, en ses décisions alphabétiques: variété que la coutume évite, & bien inférieure à son uniformité.

IX. Cette fixation à la moitié de la portion héréditaire, établie par la coutume de Paris, a paru si juste qu'elle a lieu dans les coutumes qui ne la déterminent pas; en effet, son uniformité judicieuse est préférable à la variété du droit civil.

Ricard, en son commentaire sur la coutume de Senlis, art. 161, a été d'avis qu'en ce cas il falloit suivre la disposition du droit civil; voyez le même auteur en son traité des donations, troisieme partie, ch. 8, sect. 6, num. 1013 & suivans, p. 640. La jurisprudence des arrêts est contraire; ils sont rapportés par le Brun, des successions, pag. 218 num. 11 & 12; ce qui ne souffre plus de contradiction, & je m'étonne que le profond & judicieux Ricard ait pensé le contraire; puisque la disposition de notre coutume est plus judicieuse, plus simple, plus naturelle que celle du droit civil.

X. De cette juste réserve de la légitime en faveur des enfans, il s'ensuit que celui qui a enfans, ne peut disposer en faveur d'étrangers que de la moitié de ses biens; c'est l'effet de cette réserve légale, & de l'indisponibilité de la moitié des biens, lorsqu'il y a enfant ou enfans auxquels la loi assure cette portion, comme elle assure aux héritiers les quatre quints des propres.

Duplessis, des successions, pag. 204. Les enfans

ont l'option de demander leur légitime de droit, ou les réserves coutumieres, comme on l'a dit; voyez le Maître, tit. 14, pag. 441. *Quid*, s'il y a des biens dans différentes coutumes, peuvent-ils prendre leur légitime de droit dans l'une, & les réserves coutumieres dans l'autre? On pense qu'ils le peuvent faire, pourvu que dans l'une de ces coutumes il n'y ait aucune légitime de droit, parce qu'en ce cas leur qualité est uniforme partout, que le terme de légitime est un terme générique qui embrasse ce que la loi assure à l'héritier légitime, que la réserve d'une portion des propres étant la seule ressource que la loi donne aux enfans; c'est en ce cas une véritable légitime dont la quotité doit se régler par la coutume qui régit les biens, étant de principe que la légitime est réelle; ce qui me paroit juste, parce qu'il faut regarder qu'il y a autant de diverses successions qu'il y a de différentes coutumes qui régissent celle qu'il s'agit de liquider.

☞ Voyez notre observation sur la quatrieme proposition de cette section, elle ne permet pas d'adopter la distinction des coutumes où il n'y auroit point de légitime de droit. Dans tous les cas il ne peut y avoir de concours de la légitime avec les réserves coutumieres.

XI. Mais s'il dispose en faveur d'un de ses enfans, il peut disposer au-delà de la moitié de ses biens, parce que cet enfant a lui-même sa portion virile, qui s'accroît à la moitié dont il est gratifié; mais il ne peut disposer que de moitié en faveur des étrangers; & de-là il s'ensuit que si un homme a trois enfans, & qu'il en institue un légataire universel, ce légataire a les quatre sixiemes des biens disponibles; ce qui renferme sa portion virile, & la moitié de celle des deux autres, qui est pour chacun d'eux un sixieme au total.

La raison de ce est que la portion héréditaire pour chacun des deux autres étoit un tiers qui se trouve par le legs universel réduit à moitié, qui est un sixieme au total: ce qui justifie que dans le cas que la disposition est en faveur d'un enfant, elle peut embrasser au-delà de la moitié des biens. Cette opération arithmétique établit la proposition, & fonde la jurisprudence qui résulte du texte.

SECTION III.

De la liquidation de la légitime.

§. I.

Des biens qui y sont sujets, & comment on opére pour la liquider.

XII. Voici la premiere opération qui est à faire. Pour liquider la légitime, on forme une masse fictive de tous les biens du défunt; on dit fictive, parce que l'on y comprend les biens dont l'ascendant a disposé, comme on le va voir par la proposition qui suit, comme s'ils étoient dans la succession; & c'est cette masse générale qui est le premier guide qui conduit à la fixation de la légitime.

Sancimus repetitionem ex rebus substantiæ patris fieri, l. 36, cod. *de inoffic. testam.* Dupleſſis, pag. 205; c'est ce qui se pratique au châtelet: voyez la proposition suivante qui développe celle-ci, qui est du droit commun.

XIII. On comprend dans cette masse les biens dont l'ascendant a disposé, soit par donation, soit par testament, de même que si l'ascendant n'en eût pas disposé; c'est en cette partie que la masse est fictive, mais réelle en ses effets par rapport à la liquidation de la légitime de l'enfant qui s'y trouve réduit, cette légitime s'étendant sur tous les biens, tant ceux extans que ceux donnés; & c'est principalement quant à ceux-là que la loi a établi la réserve de la légitime, enforte qu'elle ne put être affoiblie par des dispositions gratuites.

Loi 1, au cod. *de inoffic. testam.* Dans cette masse entre la dot fournie à la fille qui a renoncé par contrat de mariage comme les autres donations, c'est cependant une question de savoir si cette dot peut être retranchée pour la légitime d'un autre enfant: voyez Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 52: Dumoulin, conseil 35, num. 27; Lapeyrere, let. L. décis. 38, pag. 214; le Brun des successions, pag. 228, num. 1, tit. 528; ce qui est examiné ci-après sur le chapitre des renonciations à succession future; il suffit ici d'en faire l'indication: mais telle dot entre toujours en masse pour la liquidation de la légitime d'un autre enfant, relativement aux autres enfans avantagés; abstraction faite de la question de savoir si le légitimaire peut se pourvoir sur une telle dot, & l'affoiblir.

☞ Non-seulement la dot entre en masse, mais elle est encore sujette à retranchement pour la légitime d'un autre enfant. Voici ce que porte à cet égard l'article 35 de l'ordonnance du mois de février 1731. « La dot, même celle qui aura été » fournie en deniers, sera pareillement sujette » au retranchement pour la légitime dans l'ordre » prescrit par l'article précédent; ce qui aura » lieu, soit que la légitime soit demandée pendant la vie du mari, ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort, & quand il auroit joui de la dot » pendant plus de 30 ans, ou quand même la » fille dotée auroit renoncé à la succession par » son contrat de mariage, ou autrement, ou » qu'elle seroit exclue de droit suivant la disposition des loix, coutumes ou usages ».

XIV. Voici la seconde opération pour parvenir à cette liquidation. Sur le montant de cette masse, on distrait les dettes & charges, il ne reste de vrai bien qu'après leur prelévement; ce qui rend ce prelévement inévitable, à moins qu'on ne fasse tomber le passif sur le légitimaire à proportion de la part qu'il a dans l'actif; ce qui revient au même.

Dupleſſis, des successions, pag. 205, à la fin: cela se pratique ainsi au châtelet par rapport aux frais funéraires, aux frais d'inventaire & de vente, c'est-à-dire, que par rapport à ceux-là on fait le prélevement; mais par rapport aux autres dettes on n'en fait pas au châtelet le prélevement sur la masse, qu'autant qu'elles ont été acquittées depuis l'ouverture de la succession; celles qui n'ont point

été acquittées reſtent à la charge de chacun à proportion de ſon amendement: voyez Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 12, num. 1157; ce qui indirectement oblige les donataires, quoique particuliers, de contribuer aux dettes, le légitimaire devant avoir réellement la moitié d'une portion héréditaire dans l'actif, c'eſt-à-dire, de ce qui reſte de net & de d'effectif de biens, déduction faite des dettes, & ſans cela il y auroit moins que le que la loi lui aſſigne pour ſa légitime; ce qui réſulte de la garantie qui fait la matiere de la ſection dixieme ci-après.

XV. Paſſons à la troiſieme opération néceſſaire pour parvenir à la liquidation de la légitime. On diviſe cette maſſe totale dont on a ci deſſus parlé, en autant de parts qu'il y a d'enfans au premier degré, & comme on l'a dit, la légitime eſt la moitié de la portion dans cette maſſe que l'enfant ou la branche réduite à leur légitime, auroient recueilli ſi l'aſcendant n'eût pas diſpoſé; telle eſt la derniere opération pour parvenir à la liquidation de la légitime, & cette derniere la conſomme, bien entendu qu'il y a eſtimation des biens.

Cette opération uſitée au châtelet pour les liquidations de légitime, ne ſe fait, ainſi que les partages, qu'après une eſtimation des biens; cette eſtimation eſt le préalable, c'eſt la baſe de la liquidation de la légitime.

XVI. Il y a de certaines diſpoſitions qui n'entrent point en conſidération pour la liquidation de la légitime: ce qui eſt donné en dot à des enfans religieux qui ne font pas nombre, comme on le verra par le paragraphe qui ſuit, n'entre pas dans cette maſſe, ſur laquelle ſe doit faire la liquidation de la légitime; mais la dot, celle même fournie en deniers à un enfant en faveur de ſon mariage eſt ſujette à légitime, comme les autres diſpoſitions; nulle raiſon ne l'en affranchit, & ce ſeroit s'écarter de la lettre, du motif & de l'eſprit de la loi, que de le faire.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 230, num. 13. Il eſt étonnant que quelques-uns ayent voulu affranchir les dots conſtituées en faveur de mariage.

XVII. Les biens dont le pere jouiſſoit & dont la propriété étoit ſubſtituée au profit de l'un des enfans, n'entrent pas dans la maſſe ſur laquelle ſe doit liquider la légitime; en effet, le ſubſtitué les tient de la libéralité du teſtateur & non du grevé; ce qui les fait retrancher de cette maſſe, il en eſt de même du titre ſacerdotal, il entre en maſſe relativement aux donataires & légataires, mais il n'eſt pas ſujet à la légitime, c'eſt-à-dire, qu'il ne peut être diminué par la pétition d'icelle.

Ce qui eſt donné par un pere à l'un de ſes enfans pour lui tenir lieu de titre ſacerdotal, n'eſt point ſujet à la légitime des autres; arrêt du 3 avril 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, ch. 33; autre du 15 juin 1643, rapporté dans le même volume, liv. 4, ch. 7: c'eſt une favorable exception quant aux biens ſubſtitués, leur ſource les en affranchit, cela eſt inconteſtable.

XVIII. L'office chez le roi qui a paſſé du pere au fils, ne ſe comprend pas pareillement dans la maſſe, à moins qu'il n'y en ait contrat de vente, il ne pouvoit être qu'accidentellement dans le commerce; ce qui fonde les deux parties de la propoſition: en effet, ceſſant ce contrat, le fils tient tel office de la libéralité du roi & non de celle de ſon pere; ce qui écarte toute pétition de légitime ſur un tel objet, puiſque hors le cas de la vente, l'office ne peut être regardé comme un bien dépendant de la ſucceſſion; ainſi n'en faiſant pas partie, il ne peut être ſujet à la légitime, ni entrer dans la maſſe des biens pour ſa liquidation.

N'étant ſujet à rapport, comme cela eſt établi en ſon ordre, il ne peut être ſujet à la légitime; parité qui fonde cette propoſition.

§. II.

Quels enfans ſont nombre dans cette liquidation.

XIX. Examinons quant à cette liquidation les enfans qui font nombre. Tous ceux qui ſe portent héritiers, ou qui renoncent pour ſe tenir à quelque avantage, font nombre dans la liquidation de la légitime, & c'eſt ſur ce nombre qu'on fixe chaque portion héréditaire, dont moitié forme la légitime: tous les enfans qui prennent part dans la ſucceſſion, quoiqu'ils la prennent ſous différentes qualités, devant être comptés pour déterminer le montant d'une portion héréditaire, & par conſéquent celui de la légitime.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 204; & tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt droit commun.

XX. D'autres que ceux-là font encore nombre; en effet, on compte parmi eux les douairiers; le douaire leur tient lieu de portion héréditaire, d'où il s'enſuit qu'ils doivent faire nombre pour la liquidation de la légitime; autrement on l'enfleroit contre l'eſprit de la loi, qui regarde la portion d'un enfant dans le douaire comme ſa portion héréditaire.

Dupleſſis, au même endroit, n'exclut les renonçans de faire nombre, que lorſque la renonciation eſt faite *nullo accepto*; ce qui eſt très-équitable & qui fonde la propoſition: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 549 & 550.

XXI. D'autres encore ſont comptés pour cette liquidation; les exhérédés injuſtement font nombre, puiſque par la nullité de l'exhérédation à leur égard, ils doivent jouir des droits que leur qualité d'enfant leur

donne; mais les exhérédés juſtement ne ſont pas nombre, parce que de ce que l'exhérédation ils ſont comme retranchés de la famille, au moyen de quoi ils ne peuvent faire nombre; les premiers ſont comptés, puiſqu'ils prennent part dans les biens, & les ſeconds ne le ſont pas, parce qu'ils n'y prennent aucune part; voilà ce qui décide.

De Montholon, ch. 58; le Brun, des ſucceſſions, pag. 232, num. 11; & tel eſt l'uſage.

XXII. Faiſons aux autres, qui, outre les exhérédés juſtement, ne ſont pas nombre. Ceux qui ſont morts civilement au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, ſur laquelle il s'agit de liquider une légitime, ne ſont pas nombre, & ne ſont pas comptés; auſſi n'ont-ils aucune part héréditaire, ce qui les exclut abſolument de faire nombre au ſujet de cette liquidation, l'un n'étant que la ſuite de l'autre; leur incapacité totale abſolue, produit inévitablement cet effet, & cela eſt une ſuite du principe qu'on vient de poſer.

Dupleſſis, pag. 204, à la fin; le Maître, pag. 419; le Brun, des ſucceſſions, pag. 233, num. 15; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 7, pag. 650; & tel eſt le juſte effet de la mort civile.

☞ Mais ſi celui qui eſt exhérédé juſtement, avoit reçu quelqu'avantage de ſon pere avant ſon exhérédation, il feroit nombre. Voyez le Brun, des ſucceſſions, ſect. 6, nomb. 14.

XXIII. Il en eſt de même de ceux qui renoncent ſans avoir rien reçu, mais non de ceux qui ont renoncé par contrat de mariage; ces derniers ſont nombre, puiſqu'ils ont été dotés, & que par leur renonciation, le ſurplus de leur portion héréditaire accroît à d'autres; mais les premiers n'ayant rien reçu, ne peuvent faire nombre.

De Montholon, ch. 58; Bouguier, let. R, num. 2 & 3, dit que les enfans qui au moyen de la dot à eux fournie, ont renoncé aux ſucceſſions futures de leurs pere & mere, ne ſont pas nombre, ce qui me paroît ne pouvoir être adopté; en effet, dès qu'ils n'ont renoncé que *aliquo accepto*, ils doivent faire nombre dans la liquidation de la légitime, & ce qu'ils ont reçu en dot, doit être compris dans la maſſe des biens; Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, queſt. 55; Dupleſſis, pag. 205; le Brun, des ſucceſſions, pag. 549 & 550, & leur ſupplément va à ceux au profit deſquels ils ont renoncé: le Maître, pag. 449.

XXIV. De la propoſition précédente il s'enſuit que les premiers, relativement à la liquidation de la légitime; c'eſt-à-dire, ceux qui ont renoncé ſans avoir rien reçu, mais non les ſeconds, ſont regardés comme s'ils n'avoient jamais exiſté, & que les ſeconds ſont nombre & avec raiſon, puiſqu'ils ont portion de la ſubſtance du pere: portion qui me paroît conduire néceſſairement à leur faire faire nombre dans la liquidation de la légitime.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 231, num. 4 & 5, & à la pag. 549 & 550, où il traite à fonds la queſtion ſi les renonçans ſont nombre.

§. III.

De l'imputation ſur la légitime.

XXV. Tout ce qui eſt rapportable à ſucceſſion eſt imputable ſur la légitime; principe général dont on va voir les conſéquences par les propoſitions ſuivantes; en effet, la légitime étant la réduction de la portion héréditaire du légitimaire, tout ce qui doit être imputé ſur l'une, doit être imputé ſur l'autre.

On y impute le tiers ſacerdotal; Lapeyrere, pag. 22: voyez la ſixieme propoſition de ce paragraphe, & la loi qui y eſt rapportée: le Brun, des ſucceſſions, pag. 249 & 252; & le principe général que contient la propoſition, eſt regardé au châtelet comme inconteſtable.

XXVI. Le fils réduit à ſa légitime impute ſur icelle, ce que ſon pere a donné à ſon fils, ſauf ſon recours contre ſon fils, & l'action ſubſidiaire contre la ſucceſſion du pere, ſi le petit-fils a diſſipé ce que ſon ayeul lui a donné, comme on l'a dit ci-devant; & en ce cas l'action ſubſidiaire eſt auſſi équitable que juridique, parce qu'en ce cas, l'ordre naturel de la ſucceſſion a été interverti par la volonté de l'homme qui n'a pu ſe ſouſtraire à la loi; mais il ne paroît pas qu'il en doive être de même dans le cas de la propoſition qui ſuit.

Cela a été établi ci-deſſus en traitant des rapports, & cela ſe pratique ainſi au châtelet.

XXVII. Le petit-fils impute ſur ſa légitime dans la ſucceſſion de ſon ayeul, ce que ſon pere prédécédé a reçu de ſon ayeul, & ce relativement à d'autres enfans donataires ou légataires; mais quelques-uns penſent qu'il n'imputeroit pas, s'il avoit renoncé à la ſucceſſion de ſon pere, ce que ſon pere auroit reçu de ſon ayeul, parce qu'étant perſonnellement ſaiſi du droit de légitime, ſon ayeul n'a pu y donner atteinte: ce raiſonnement eſt à la vérité conſéquent, mais l'équité qui doit prédominer s'éleve contre, l'ordre naturel n'ayant point été interverti par une telle diſpoſition faite au profit de celui qui devoit naturellement être héritier, par laquelle le donateur par une eſpece d'ouverture anticipée de ſa ſucceſſion, s'eſt acquitté juſqu'à concurrence de la dette dont la loi le chargeoit envers ſon fils; il ſeroit équitable en ce cas de dénier l'action ſubſidiaire au petit-fils, & de l'aſſujettir à une imputation abſolue, en

Lapeyrere, let. L, déciſion 55, pag. 216. Les conditions qu'il met à cette imputation, n'ont pas lieu en pays coutumier; le Brun, des ſucceſſions, pag.

pag. 258, eſt conforme à la propoſition qui a été formée ſur l'opinion commune au châtelet, mais elle eſt contraire au ſentiment de Dupleſſis : voyez la ſect. 3 du chapitre des rapports, citée ſur la propoſition précédente, elle contient la preuve de la propoſition.

XXVIII. Mais s'il étoit ſeul enfant, il ne ſeroit pas tenu de cette imputation relativement à des étrangers, & ce quand il ſeroit héritier de ſon pere, qui eſt la qualité qui peut contre lui fonder l'imputation, parce que ce rapport, ou cette imputation ſont relatifs, non abſolus, & établis en faveur des cohéritiers ſeulement & non des étrangers ; c'eſt à-dire, des donataires, ou des légataires, & ce qu'on vient de dire de l'imputation d'un don ſur la légitime, quoique le don ne fût pas fait au légitimaire, s'applique à un prêt ; indubitablement un fils impute ſur ſa légitime, ce que ſon pere lui avoit prêté, mais il impute même ſur icelle ce que ſon pere avoit prêté à ſes enfans, s'il peut le retirer de leurs mains : mais ſi par leur inſolvabilité, il ne peut pas le faire, l'imputation ceſſe, quant à la légitime des petits-enfans dans la ſucceſſion de leur ayeul, lorſqu'ils en ont été perſonnellement ſaiſis, quoique ſuivant l'équité, le don fait à leur pere par leur ayeul, doive s'y imputer comme étant un vrai acquittement anticipé de la dette naturelle : il n'en eſt pas de même du ſimple prêt fait par leur ayeul à leur pere, c'eſt acte de commerce, qui ne peut affoiblir la légitime des petits-fils dont la coutume les a perſonnellement ſaiſis ; ce qui s'applique à plus forte raiſon ſur de pareils prêts faits à quelques-uns de leur branche.

Le fils relativement à un étranger n'impute pas ſur ſa légitime ce que ſon pere a donné à ſes enfans ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 257, num. 44 : voyez ci-deſſus où il eſt établi que l'incompatibilité des qualités de donataire & d'héritier n'eſt que relative & non abſolue, ce qui fonde la propoſition, & affranchit le fils légitimaire d'une telle imputation ſur ſa légitime ; c'eſt une conſéquence du principe : voyez ci-deſſus le ch. 6, qui eſt celui des rapports, ſect. 3, §. 3 & §. 5, & ſect. 4 & ſect. 5 du même chapitre.

XXIX. De ce que deſſus il réſulte évidemment que les dots fournies s'imputent ſur la légitime ; c'eſt toujours avancement d'hoirie, & la cauſe favorable qui a donné lieu à cet avancement ne peut affranchir du rapport, & par conſéquent de cette imputation ; le contraire ſeroit bizarre, & il eſt étrange qu'il ait été avancé.

In quartam partem ad excludendam inofficioſi querelam, tam dotem datam, quam ante nuptias donationem præfato modo volumus imputari, ſi in ſubſtantia ejus profecta ſit de cujus hæreditas agitur, l. 29, cod. *de inoffic. teſtam.* loi puiſée dans la raiſon, conforme aux principes fondamentaux de la légitime, & comme telle adoptée.

XXX. Si un pere laiſſe pour héritier un fils, & deux petits-enfans deſcendans d'un autre fils, & que l'un de ces petits-enfans ſe trouve avantagé par l'ayeul, & l'autre réduit à ſa légitime, ce dernier doit imputer ſur ſa légitime ce que ſon ayeul a donné à ſon frere, ſauf ſon action pour être rempli de ſa légitime : cette imputation qu'un petit-fils eſt obligé de faire ſur ſa légitime de ce que ſon ayeul a donné à ſon frere, eſt fondée ſur ce que la liquidation de la légitime ſe fait par les mêmes principes que la liquidation de la portion héréditaire ; & ſur ce qu'en directe, on ſuccéde par ſouches, & qu'une branche ne doit pas être plus avantagée que l'autre ; ce qui a conduit à cette imputation ſur une telle légitime : mais dans ce cas, ce petit-fils légitimaire a action contre ſon frere avantagé pour le fourniſſement de ſa légitime ; c'eſt ce qui lui a été donné qui le réduit à ce droit, c'en eſt donc le premier objet, & la premiere matiere qu'il doit épuiſer, ſauf ſon action ſubſidiaire ſur la ſucceſſion même, dans laquelle la loi l'a ſaiſi perſonnellement d'une légitime. Cas qui eſt bien différent d'une donation faite à un fils, même que l'équité veut que ſon fils impute ſur ſa légitime, comme étant déja une portion d'icelle légitimement remplie, ce qui n'eſt pas d'une donation faite à un petit-fils ; un ayeul en donnant à l'un, n'ayant pu s'acquitter de ce que la loi donnoit à deux.

De même que le fils qui ſe trouve réduit à ſa légitime par la donation que ſon pere a fait à ſon fils, petit-fils du donateur, doit pour le fourniſſement de ſa légitime ſe pourvoir contre ſon fils ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 241, num. 27 ; ce qui fonde la propoſition, la parité étant entiere.

XXXI. Les imputations ſur la légitime de ce qui a été donné à un autre qu'au légitimaire ceſſent, pour ce que la perſonne avantagée ne peut fournir d'une telle légitime, & ce, par ſon inſolvabilité ; pour quoi la ſucceſſion ſur laquelle la légitime eſt à prendre, reſte garante (ainſi qu'on l'a vu dans le titre des rapports) du ſurplus d'une telle légitime, ſauf l'imputation équitable, lorſqu'il eſt queſtion de la légitime d'un petit-fils, & ce, de la donation faite à ſon pere.

C'eſt cette ſucceſſion ſur laquelle elle eſt à prendre, & le défunt n'a pu y donner atteinte.

§. IV.

De ce qui n'eſt pas imputable ſur la légitime.

XXXII. Tout ce qui n'eſt pas rapportable à ſucceſſion, n'eſt point imputable ſur la légitime : principe ſur ce général, dont on va voir les conſéquences par les propoſitions ſuivantes.

Les livres, les armes donnés par le pere au fils, ſuivant leur état, n'y ſont pas imputables ; Lapeyrere, let. L, déciſion 81, pag. 221 ; il en eſt de

même des frais d'études; le Brun, des ſucceſſions, pag. 251, num. 13 & 14: exceptions qui confirment la régle que contient la propoſition, puiſque la légitime ne peut être ſujette à un plus rigoureux rapport que la ſucceſſion.

XXXIII. Voici les objets principaux qui ne ſont pas imputables ſur la légitime; ce dont les enfans profitent en vertu de l'édit des ſecondes noces, n'eſt pas imputable ſur leur légitime; c'eſt de la loi de qui ils le tiennent: je ne ſçai ſi dans la coutume de Paris il en ſeroit de même à l'égard des conquêts de premiere communauté: j'inclinerois pour l'imputation, cette réſerve n'étant qu'une réſerve coutumiere, mais que les enfans tiennent toujours de l'aſcendant convolant par la voie de l'indiſponibilité relative que la coutume a établi.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 256, num. 33; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 11, addition au num. 1156, pag. 675: voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXXIV. En effet, tels biens, c'eſt-à-dire, ceux qui leur ſont réſervés par l'édit, ne leur appartienent pas par la libéralité de leur pere, mais en vertu de la réſerve que la loi en fait en leur faveur, dans le cas du convol; ce qui, je crois, ne doit s'entendre que des gains nuptiaux que le conjoint qui a convolé a tiré de ſon premier mariage, & que la loi l'aſſujettit à réſerver aux enfans qui en ſont nés, & non aux conquêts de communauté, qui reſtent vrais biens héréditaires.

Voyez le titre des donations faites par celui qui convole, où cela eſt établi, c'eſt le ſiege de cette queſtion.

XXXV. Les fruits de l'immeuble ou de toute autre choſe donnée en avancement d'hoirie, ne s'imputent pas ſur la légitime, ſi ce n'eſt du jour de l'ouverture de la ſucceſſion; ils ont tenu lieu d'alimens à l'enfant donataire, & les alimens ne ſont pas rapportables à une ſucceſſion; & par conſéquent, ne ſont pas imputables ſur la légitime.

Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 10, addition au num. 1132, pag. 668; en effet, l'imputation n'eſt que la ſuite du rapport; tels fruits ne ſont donc pas imputables ſur la légitime.

SECTION IV.

Comment la légitime doit être fournie, & de l'eſtimation des biens.

XXXVI. La légitime doit être fournie en corps héréditaires non autrement, enſorte que les donataires ne peuvent la réduire à une action ſur eux; c'eſt diſtraction réelle, c'eſt portion même de la ſucceſſion, qui doit être formée des corps mêmes qui la compoſent.

Dupleſſis, pag. 208; le Maître, tit. 14, pag. 451; le Brun, des ſucceſſions, pag. 259; Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 10, num. 1122, pag. 666; & cela eſt inconteſtable par le texte même de la coutume.

XXXVII. Par cette diſtraction, le légitimaire doit avoir, autant que la diviſion le permet, la moitié des immeubles & du mobilier qu'il auroit eu ſi l'aſcendant n'eût pas diſpoſé; c'eſt ainſi que la légitime doit être fournie en corps héréditaires; c'eſt réalité, c'eſt la conſéquence du principe que contient la propoſition précedente.

Les citations ſur la propoſition précédente prouvent celle-ci, mais il ne faut pas ruiner les biens en les morcellant; le Brun, des ſucceſſions, pag. 259, num. 2: ce qui eſt plus amplement examiné ſur le chapitre des partages; exception prudente qui confirme la régle générale.

XXXVIII. L'eſtimation des biens eſt préalable à la liquidation de la légitime; c'eſt cette eſtimation qui doit y ſervir de guide, ce qui la rend neceſſaire dans une telle liquidation, comme dans un partage égal, puiſqu'elle eſt moitié de la portion héréditaire; elle me paroit dans ce cas-là encore plus que dans l'autre indiſpenſable, le légitimaire étant toujours favorable.

Voyez Henrys, tom. 2, liv. 5, queſt. 33; ce préalable eſt toujours pratiqué au châtelet, parce qu'une liquidation de légitime eſt toujours un partage.

XXXIX. Cette eſtimation ſe fait, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, ce qui embraſſe même les biens donnés; ce n'eſt que de ce jour que le légitimaire eſt ſaiſi, ainſi que l'héritier; c'eſt donc de ce jour qu'on doit eſtimer les biens.

Dupleſſis, pag. 208, fixe cette eſtimation au tems du partage, ce qui doit, à peu de choſe près, revenir au même; & s'il y avoit de la différence, il ſeroit plus régulier de faire cette eſtimation, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion, tems auquel le légitimaire a été ſaiſi de ſon droit: c'eſt ce que dit Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 12, num. 1138; ce qui eſt plus régulier que le ſentiment de Dupleſſis.

XL. C'eſt le moment de cette ouverture, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus, qui doit déterminer les droits, ſoit par rapport au montant des biens, ſoit par rapport aux enfans qui ſont nombre.

Cela a été établi dans le commencement de ce titre, & cela ſe pratique ainſi au châtelet, parce que ſur tout cela, c'eſt le moment de l'ouverture de la ſucceſſion qu'il faut conſidérer.

SECTION V.

Que la légitime produit intérêts & qu'elle doit être fournie libre, & qu'on n'y admet pas de compenſation.

XLI. La légitime produit de plein droit des intérêts à compter du jour du décès de l'aſcendant, ſur la ſucceſſion duquel elle eſt dûe, parce qu'elle tient lieu de portion héréditaire; elle en doit donc produire comme cette derniere en produiroit, & elle eſt encore plus favorable.

Arrêt du 2 janvier 1588, rapporté par Louet, let. F, num. 70; autre du 27 janvier 1590, rapporté par le Prêtre, cent. 2, ch. 4; le Brun, des ſucceſſions, pag. 261 & 351, num. 1; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 13, num. 1164 & 1165, pag. 679. Elle produiroit ces intérêts, quand elle ſe réduiroit à un legs fait à un enfant pour lui tenir lieu de légitime, & que par le teſtament il auroit été dit que ce legs ne ſeroit payable qu'à la majorité de l'enfant, ce qui prouve de plus en plus la propoſition; Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, queſt. 51; Baſſet, tom. 1, liv. 5, tit. 11, chap. 5, & ces intérêts ſont ſi favorables qu'ils ſeroient dûs en totalité dans le cas qu'ils excéderoient le capital; & ce par l'accumulation d'iceux & le long tems qu'on auroit différé le fourniſſement ou le payement d'icelle; le même Baſſet, tom. 2, liv. 8, tit. 5, ch. 3; ce qui confirme encore de plus en plus la propoſition, & eſt ſuite du vrai principe comme de la juſte faveur attachée à la légitime.

XLII. Elle doit être franche de toute ſubſtitution & legs ſubordonné; l'aſcendant ne peut la charger ni de l'un ni de l'autre, ſans excéder ſon pouvoir, puiſque c'eſt la limite que la loi y a poſée, à moins qu'il n'y ait diſſipation prouvée; auquel cas la ſubſtitution de la légitime pourroit valider par les circonſtances.

Voyez le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 2, ch. 3, ſect. 4, pag. 233, & ci-après le chapitre de la ſubſtitution fidéi-commiſſaire, où cela eſt établi; cependant lorſque la ſubſtitution eſt intégrale, elle n'eſt pas nulle pour cela, quoiqu'il n'y ait point de cauſe d'exhérédation, mais réductible ſeulement; elle ceſſeroit même d'être réductible, s'il y avoit diſſipation prouvée de la part du grevé; c'eſt une juſte exception; mais ceſſante telle diſſipation juridiquement prouvée, comme on le verra par la ſuite, le grevé doit avoir diſtraction de ſa légitime, & la ſubſtitution ſubſiſte ſur le ſurplus de la portion héréditaire ſeulement, arrêt du 23 avril 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 23, pag. 151; & tel eſt l'uſage du châtelet à préſent; anciennement, c'eſt-à-dire, il y a 50 ans, on y jugeoit qu'une ſubſtitution intégrale étoit nulle pour le tout ſur la fauſſe application d'une diſpoſition de droit dont on abuſoit; on y eſt revenu à préſent au véritable eſprit de la loi civile & de la coutume, en laiſſant ſubſiſter la ſubſtitution ſur l'excédent de la légitime, & ne laiſſant que cette derniere libre, & affranchie de la ſubſtitution.

XLIII. Si le pere y avoit attaché une telle charge, c'eſt-à-dire, s'il l'avoit chargé de ſubſtitution ou d'un legs ſubordonné, elle s'évanouiroit de droit; cependant il faut pour cela une forme, & cette forme eſt expliquée par la cinquieme propoſition de cette ſection.

Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 2, ſect. 10, num. 1128, pag. 666, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XLIV. En effet, le pere l'auroit impoſée ſur une portion des biens non diſponibles, & en cela il auroit excédé ſon pouvoir; défaut de puiſſance qui vicie, quant à ce, radicalement ſa diſpoſition & qui l'anéantit, puiſqu'elle tomberoit ſur une portion que la loi a abſolument & impérieuſement réſervée à l'enfant légitimaire.

Ipſa conditio vel delatio, vel alia diſpoſitio moram vel quodcunque onus introducens tollatur, liv. 31, cod. *de inoffic. teſtam.* diſpoſition que nous avons adoptée & qui eſt inviolablement ſuivie au châtelet, comme une ſuite de l'art. 298 de la coutume, & c'eſt droit commun

XLV. De-là il s'enſuit donc, comme on l'a déja annoncé, que lorſqu'un pere a grevé un de ſes enfans de ſubſtitution, on doit lui faire diſtraction de ſa légitime contre l'appellé; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, ce qui s'entend dans la théſe générale, & non lorſque la diſſipation eſt juridiquement prouvée, auquel cas la ſubſtitution intégrale doit valider.

Il en eſt de même de toute autre charge & condition, l'une & l'autre n'ont lieu que ſur l'excédent de ſa légitime; Lapeyrere, let. L, déciſ. 58, pag. 217; cela eſt bien fréquent au châtelet, où l'on ordonne cette diſtraction ſur une demande formée à cet effet de la part du grevé contre les appellés ou le tuteur à la ſubſtitution, ſi les appellés ſont des enfans à naître; telle eſt ſa forme.

XLVI. Voyons à préſent ſi la légitime admet compenſation. Lorſque le fils eſt réduit à l'uſufruit d'une portion héréditaire, & ce par une ſubſtitution intégrale de ſa portion, cet uſufruit qui excede la jouiſſance de ſa légitime ne ſe compenſe pas avec la propriété libre qu'il doit avoir, l'affranchiſſement abſolu de ſa légitime exclut telle compenſation, & telle diſpoſition lui donne deux droits qu'on va expliquer: voilà le vrai principe contre lequel on allégueroit en vain les nouveautés, que quelques-uns s'efforcent d'introduire ſur l'indiſponibilité des quatre quints des propres, lorſque la même perſonne ſuccéde aux acquêts.

Dupleſſis, pag. 208; Ricard, tom. 1, pag. 667; & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

XLVII. C'eſt pour cela que nonobſtant la diſtraction de ſa légitime de la ſubſtitu-

tion intégrale, diſtraction qui ſe fait ſur la maſſe du lot héréditaire du grevé de ſubſtitution, & ce en propriété; il a encore droit de jouir de la portion ſur laquelle la ſubſtitution ſubſiſte; la loi lui donne l'un, l'homme lui donne l'autre, il réunit donc les deux droits dans ſa perſonne, parce que les appellés à la ſubſtitution ne peuvent agir contre leur propre titre, qui donne au grevé cet uſufruit, & la loi l'autre: preuve de leur concours, que la loi, comme une juſte faveur, rendent inconteſtable.

Voyez l'arrêt rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 75, infirmatif d'une ſentence du châtelet, qui avoit admis la compenſation; compenſation que je n'y ai jamais vu autoriſer pendant près de 30 ans que j'y ai plaidé; mais de ce que la ſubſtitution eſt intégrale & ſans cauſe, il ne s'enſuit pas qu'elle doive être anéantie, ainſi qu'on le jugeoit au châtelet du tems de M. le lieutenant civil le Camus; voyez ci-après le chapitre de la ſubſtitution fidéi-commiſſaire, où cela eſt examiné plus au long: c'eſt le ſiége de cette matiere, mais il a été à propos d'en faire ici l'obſervation.

XLVIII. Approfondiſſons ce que deſſus. Cela eſt fondé, c'eſt-à-dire, ce concours de la propriété de la légitime & l'uſufruit de ſon excédent, ſur ce que le pere a excédé ſon pouvoir en grevant la légitime de ſubſtitution, & qu'il n'a pas fait ce qu'il pouvoit faire, qui étoit de léguer aux appellés à la ſubſtitution la moitié de la portion héréditaire de ſon fils; ce qui confirme ce que deſſus, c'eſt-à-dire, la réunion des deux droits.

Tel eſt à préſent l'uſage du châtelet; le Brun, des ſucceſſions, pag. 225, eſt d'avis de l'imputation lorſque la ſubſtitution eſt en faveur des enfans du grevé; mais à la pag. 250, num. 10 & 11, il rejette l'imputation ſi la ſubſtitution eſt en faveur d'un étranger: diſtinction qui me paroît ſans fondement, & qui a été rejettée par l'arrêt du 19 février 1704, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 45, pag. 388, quoique la ſubſtitution intégrale fût faite par un pere contre ſon fils en faveur des petits-enfans, & que le teſtament portât que le fils ſeroit réduit à ſa légitime, en cas que le fils le conteſtât, par l'arrêt il fut dit que le fils auroit ſa légitime franche & l'uſufruit du ſurplus: c'étoit moins diſpoſition qu'une peine que le teſtateur, par une arrogance préſomptueuſe, & s'élevant au-deſſus de la loi, avoit impoſé pour faire valoir une diſpoſition que la loi proſcrivoit.

SECTION VI.

Que dans le cas de diſſipation la ſubſtitution intégrale ſubſiſte contre le grevé, mais non contre ſes créanciers.

XLIX. Voici une exception à ce que deſſus, & qu'on a déja annoncé; quoique dans la théſe générale la légitime ne puiſſe être grevée de ſubſtitution; quoique dans la légitime on n'admette pas la compenſation de l'uſufruit laiſſé au grevé, cependant ſi le fils eſt un diſſipateur, la ſubſtitution en ce cas peut s'étendre ſur toute ſa portion héréditaire; c'eſt une exception à la régle générale que la conduite du fils fonde, & ſur laquelle le fait déterminant fait taire la rigueur de la régle.

Voyez le premier volume du journal des audiences, ch. 120; Soëfve, tom. 1, ch. 16, & ci-après le titre des ſubſtitutions; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 206, au milieu; c'eſt la diſpoſition du droit civil qu'on a adopté; en effet, cette diſpoſition pour ce cas eſt très-favorable.

☞ Non-ſeulement la diſſipation prouvée, mais la débauche & la mauvaiſe conduite des enfans pouſſées à un certain point, ſont des cauſes ſuffiſantes pour autoriſer la ſubſtitution de la légitime; c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt rendu au rôle de Poitou, ſur les concluſions de M. l'avocat général d'Ormeſſon, le 10 juillet 1741, par lequel la ſubſtitution même de la légitime du marquis de Gencien a été confirmée; on ne lui oppoſoit aucun fait de diſſipation, mais un dérangement qui pouvoit y tendre; ſur quoi il faut obſerver que la ſubſtitution en pareil cas ne peut être valable qu'autant que la cauſe en eſt exprimée, & qu'elle eſt faite au profit des enfans du grevé ou de ſes plus proches collatéraux, au cas qu'il décéde ſans enfans.

L. Pour cela il faut que la diſſipation ſoit prouvée juridiquement par une interdiction pour prodigalité; ſans cette preuve la diſtraction de ſa légitime auroit lieu: la juſtice n'admet pas des craintes, des conjectures, il faut des preuves juridiques, & ſauf en ce cas même, le droit des créanciers du prodigue.

Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 1, num. 1139, pag. 670; ce qui avoit été ainſi jugé par arrêt prononcé en robes rouges, rapporté par de Montholon, ch. 55: celui du 30 juin 1678, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 117, a jugé la même choſe, ce qui n'a pas lieu à l'égard des créanciers antérieurs du fils diſſipateur grevé d'une ſubſtitution intégrale; mais il en ſeroit autrement ſi les créanciers avoient été les complices de la diſſipation du grevé; voyez l'arrêt rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 42, pag. 539; Dupleſſis, à la pag. 206, donne indiſtinctement aux créanciers du fils cette action, il me paroît qu'il faut y apporter la limitation ci-deſſus marquée, & leur dénier cette action, s'ils ont été les complices de la débauche & de la diſſipation du fils grevé; cette limitation me paroît judicieuſe & juridique à l'égard de tels créanciers, autrement ce ſeroit les faire profiter de leur aſſociation à un vice dont la juſtice doit prévenir les effets.

LI. En effet, les créanciers dans la théſe générale & étant hors l'exception ci-deſſus exprimée, n'ont contracté avec leur débiteur que ſous l'eſpérance de ſa portion héréditaire dans la ſucceſſion de l'aſcendant,

auteur de la ſubſtitution ; ce qui fonde leur droit, quant à la légitime de leur débiteur ; mais il n'y a que les créanciers antérieurs à l'interdiction qui ont ce droit de demander la diſtraction de la légitime de leur débiteur interdit, & qui pour ſa diſſipation a été grevé d'une ſubſtitution intégrale ; & ils ne l'ont que juſqu'à concurrence de leurs créances ; de-là il s'enſuit que ſi elles n'égalent pas la légitime, le ſurplus d'icelle reſte ſubſtitué, puiſque l'exception eſt remplie ; je ne ſais même ſi cela n'eſt pas plus faveur que vrai droit.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 45 ; le Brun, pag 211, num. 16 : tel eſt encore l'uſage du châtelet par rapport aux créanciers antérieurs.

☞ La queſtion de ſavoir ſi les créanciers d'un grevé de ſubſtitution pour prodigalité peuvent demander la diſtraction de la légitime a été fort controverſée, & la juriſprudence à cet égard paroît aſſez incertaine : voyez Deniſart en ſa collection de déciſions, *verbo légitime*, où après avoir traité la queſtion, il rapporte deux arrêts récens, dont le premier rendu au rapport de M. l'abbé Terray, le 23 mars 1760, a débouté les créanciers d'un ſieur Brunot de leurs demandes en diſtraction de légitimes, quoique leurs créances fuſſent antérieures à la ſubſtitution ; & le ſecond du 4 ſeptembre de la même année rendu ſur les concluſions de M. de Saint-Fargeau, a jugé la même choſe en faveur des demoiſelles Simonnet contre les créanciers de leur mere. Mais pour concilier ces derniers arrêts avec la juriſprudence antérieure, il ſemble que l'on doit dire qu'à l'égard des créanciers qui ont prêté de bonne-foi, & avant que la diſſipation ou les débauches du fils fuſſent connues, ſes pere & mere ne peuvent ſubſtituer la légitime à leur préjudice, & qu'ils ſont bien fondés à en demander la diſtraction ; mais que par rapport aux créanciers qui n'ignoroient pas la mauvaiſe conduite du grevé, & qui lui ont donné occaſion de perpétuer ſes débauches par leur facilité à lui prêter, la ſubſtitution faite à leur préjudice eſt favorable & hors d'atteinte de leur part.

SECTION VII.

Quelle qualité eſt néceſſaire pour demander la légitime.

§. I.

Que dans la théſe générale il faut être héritier, que néanmoins elle eſt dûe au légataire.

LII. Dans la théſe générale il faut être héritier de celui ſur la ſucceſſion duquel on prend une légitime ; c'eſt portion héréditaire affoiblie par les diſpoſitions de l'homme : portion que la qualité d'héritier doit fonder, ſauf l'exception qui ſuit, qui conſerve toute la ſage prévoyance de la loi ſur cette portion réſervée à chaque enfant.

Voyez Dupleſſis, p. 206 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 201, num. 12 : voyez les nombres précédens, où il traite la queſtion de part & d'autre ; & Ricard, des donations, part. 1, num. 1668 ; & la troiſieme partie du même traité, ch. 8, ſect. 5, num. 978, pag. 632 : ſur quoi on obſervera que quelques-uns abuſent de ce principe qui eſt régulier en ſoi.

LIII. Cependant le fils légataire a droit de la demander, & le légitimaire n'eſt pas toujours aſſujetti à toutes les dettes, c'eſt ce qu'on va expliquer par les propoſitions ſuivantes ; autrement cette ſage précaution de la loi, cette réſerve deviendroit ſouvent inutile, elle doit être efficace dans la perſonne même d'un fils légataire ; c'eſt portion indiſponible.

Voyez le Maître, tit. 14, pag. 448, qui eſtime que les enfans en leur ſeule qualité d'enfans ont droit de demander leur légitime ce que l'on doit limiter dans les cas qu'ils la demandent ſur des biens donnés, & ce qui ne peut avoir d'application que par rapport à des créanciers, comme on le verra par le paragraphe ſuivant.

LIV. Suivons le droit du légataire. Le fils inſtitué légataire & grevé de ſubſtitution a droit de demander diſtraction de la légitime, dans le cas même qu'il auroit accepté le legs, mais ſous la réſerve de ſes autres droits ; ſans cette réſerve, il auroit acquieſcé au teſtament, acquieſcement qui le prend favorablement, & le rendroit non-recevable à demander diſtraction de ſa légitime.

Cela a lieu, quoiqu'il ait accepté le legs, mais ſous la condition qui va être expliquée, ceſſante laquelle ils ſeroit non-recevable aux termes de la loi 10, §. 1, ff. *de inoffic. teſtam.* l'approbation du teſtament faiſant obſtacle à la pétition de légitime ; Ricard, tom. 1, pag. 634, num. 989 ; mais cela eſt plus rigoureux qu'équitable : il faut cependant ſe tenir à cette rigueur ; car comment l'admettre à ſe replier ſur lui-même, & à revenir contre ſon propre fait.

LV. En effet, ſans cela, c'eſt-à-dire, ſi les enfans en qualité de légataires ne pouvoient demander la légitime, ou ſi des diſpoſitions teſtamentaires pouvoient y donner atteinte, les aſcendans ſeroient maîtres de détruire la légitime & de rendre cette précaution de la loi inutile, ce qu'on ne peut admettre ; ainſi la qualité de légataire incompatible avec celle d'héritier, ne fait donc pas obſtacle à la pétition de légitime : tel eſt l'eſprit de la loi & de la juriſprudence ; aller au-delà, ce ſeroit s'en écarter.

Si le legs à lui fait, quoique ſans charge de ſubſtitution, ne rempliſſoit pas le légataire de ſa légitime, il a action en ſupplément d'icelle : le Brun, des ſucceſſions, pag. 199, num. 6 ; ce qui confirme la propoſition, & tel eſt ſur ce l'uſage.

LVI. La réſerve dont on a parlé, eſt néceſſaire, parce que ceſſant cette réſerve il auroit approuvé la ſubſtitution intégrale de ſon legs & acquieſcé à icelle ; acquieſcement

après lequel il ſeroit non-recevable à la conſtater, nul ne pouvant revenir contre ſon propre fait, ſi ce n'eſt par la voie de la reſtitution en entier, & s'il y a ouverture à icelle; autrement l'acquieſcement doit produire tout ſon effet.

Illud notiſſimum eſt eum qui legatum percepit non recte, de inofficioſo teſtamento dicturum, l. 10, §. 1, ff. *de inoffic. teſtam.* Ainſi l'approbation du teſtament fait obſtacle & même fin de non-recevoir contre la pétition de légitime; Ricard, des donations, tom. 1, pag. 634, num. 989; mais il faut que l'approbation ſoit conſtante.

§. II.

Que le légitimaire prenant part dans les donations n'eſt tenu que des dettes antérieures à icelles.

LVII. Le fils acceptant la ſucceſſion, ainſi qu'il eſt obligé de le faire dans la thèſe générale pour avoir qualité à demander ſa légitime; mais ne l'acceptant que ſous bénéfice d'inventaire, conſerve ſans charge des dettes poſtérieures à la donation, la portion de biens qu'il retire des mains du donataire, pour ſe remplir de ſa légitime; c'eſt une portion de l'effet donné qui entre dans la main du légitimaire, dans l'état qu'il étoit dans celle du donataire, & ſans autre charge & comme une juſte aſſociation à la donation.

Dupleſſis, pag. 206, au commencement; Ricard, des donations, pag. 3, num. 978: voyez l'arrêt rapporté dans le premier volume du journal des audiences, pag. 373; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la propoſition qui ſuit; mais il faut des lettres de bénéfice d'inventaire, ſans leſquelles la qualité d'héritier pur & ſimple aſſujettiroit l'héritier légitimaire au payement de toutes les dettes.

LVIII. Cet affranchiſſement eſt fondé, 1°. ſur ce que le légitimaire devient participant au bénéfice de la donation, ſon droit de légitime lui donnant une aſſociation à la donation; 2°. ſur ce qu'en ſa qualité d'héritier par bénéfice d'inventaire, il ne doit aux créanciers de la ſucceſſion, que la repréſentation des biens qui la compoſent; 3°. que ſans cela la pétition de ſa légitime ſeroit pour les créanciers de la ſucceſſion, & non pour lui, dans le cas que les biens donnés par l'antériorité des donations, ne ſeroient pas aſſujettis à l'hypothéque des créanciers, & c'eſt lui ſeul qui eſt l'objet de la loi & nullement les créanciers; c'eſt donc à lui ſeul à jouir de cet affranchiſſement: c'eſt ainſi que la juriſprudence a balancé équitablement tous les intérêts.

Lapeyrere en donne encore une autre raiſon, let. L, déciſion 46, pag. 215; c'eſt que la légitime ſe prend par quotte de biens & non de l'herédité: je trouve les premieres plus ſolides & plus ſatisfaiſantes.

SECTION VIII.

De ceux contre leſquels les légitimaires exercent leur action en pétition de légitime, ou de parfourniſſement d'icelle.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'ils doivent d'abord ſe pourvoir ſur les biens non légués, & étant de la ſucceſſion, & que les legs y contribuent avant les donations.

LIX. Des biens de la maſſe compoſée, comme on l'a dit ci-deſſus, par la troiſieme ſection de ce chapitre, les légitimaires doivent d'abord épuiſer les biens que le défunt a laiſſé & dont il n'a pas diſpoſé; c'eſt la premiere matiere de leur action qu'ils doivent épuiſer avant de ſe pourvoir ſur les autres biens, qui ne ſont ſujets à leur action que ſubſidiairement.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 205; le Brun, même traité, pag. 243, num. 1, Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, ſect. 9, num. 1107, pag. 661: & cela eſt obſervé au châtelet, c'eſt l'eſprit de la coutume.

LX. Si ces premiers biens ſont ſuffiſans, toutes les diſpoſitions, même celles par teſtament, ont leur entiere exécution; les biens que les diſpoſitions comprennent n'y étant ſujets qu'au défaut des autres: en effet, en ce cas, il eſt conſtant que les diſpoſitions n'ont pas donné atteinte à la légitime; elles doivent donc avoir leur exécution.

Les mêmes auteurs, aux mêmes endroits cités ſur la propoſition précédente, & cela ſe pratique ainſi au châtelet: en effet, en ce cas le défunt n'a pas excédé ſon pouvoir de diſpoſer, puiſqu'il a laiſſé de quoi remplir la légitime; toutes ces diſpoſitions doivent donc en ce cas avoir leur entiere exécution.

LXI. Si ces biens ſont inſuffiſans, les légitimaires doivent ſe pourvoir contre les légataires univerſels; c'eſt-à-dire, épuiſer les biens que le legs univerſel comprendroit, avant de toucher aux biens légués à titre particulier, les legs particuliers étant préférables aux legs univerſels: preuve de cet ordre entre les légataires.

Tel eſt l'ordre que Dupleſſis indique, pag. 205; ce qui eſt conforme à ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 243, num. 2, & épuiſer toutes les diſpoſitions teſtamentaires, avant de toucher aux diſpoſitions entre-vifs; Ricard, des donations, troiſieme partie, ch. 8, num. 1111, pag. 662, le Maître, tit. 14, part. 2, pag. 449: en effet, ces dernieres qui ont emportées avec elles une ſaiſine actuelle, ſont bien préférables aux premieres.

LXII. En ſuivant l'ordre de la pétition, on obſervera que les biens extans, ceux compris dans le legs univerſel, épuiſés de la part des légitimaires, le ſurplus de leur légitime

ne doit pas moins leur être fourni; mais d'abord pour ce surplus, les légitimaires doivent se pourvoir sur les biens légués à titre particulier, avant de toucher à ceux qui ont été donnés entre-vifs: les donataires entre-vifs ayant un droit acquis avant le décès du testateur, & par conséquent préférable à celui des légataires, qui ne s'est ouvert que par sa mort.

Duplessis, pag. 205; le Brun, des successions, pag. 243, num. 3; Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, sect. 2, num. 898 & suivans, pag. 613, & à la sect. 9 du même chapitre, num. 1108. On va voir par la proposition qui suit, comment chacun des légataires y contribue.

LXIII. Le legs universel épuisé, chacun des légataires particuliers, doit contribuer au fournissement de la légitime à proportion de son legs; c'est le bien même plus que la personne qui doit, c'est donc pour ce une contribution à faire entr'eux: ils ont un même titre, ainsi un même droit, & par conséquent le calcul, l'opération de la contribution, décident entr'eux sur cette charge qui leur est commune.

Ricard, des donations, troisieme partie, ch. 3, sect. 9, num. 1109, pag. 662; à quoi il faut ajouter que les legs pieux n'en sont pas même exempts: Ricard, des donations, troisieme partie, ch. 8, sect. 8, num. 1094, pag. 648 & pag. 649, num. 1098. Voyez aussi le Brun, des successions, pag. 247, num. 32 & 33, sauf l'exception qui suit, où cette contribution n'a pas lieu; & tel est l'usage du châtelet.

LXIV. Cette contribution pour le fournissement de la légitime d'un enfant tombante sur les légataires, suivant ce qui est ci-dessus marqué, cette contribution, dit-on, cesseroit si le pere avoit par son testament réduit un de ses fils à l'usufruit de sa portion héréditaire, & légué la nue propriété de cette portion héréditaire; en ce cas, le légataire de la nue propriété devroit seul la légitime, parce que le pere par un tel legs a excédé son pouvoir, & qu'il n'a pu léguer en totalité la propriété d'une portion héréditaire de l'un de ses enfans, sur laquelle la loi lui réservoit sa légitime.

Tel est l'usage du châtelet, fondé sur ce qu'en ce cas, c'est un prélevement à faire sur cette portion qui n'a pu passer au légataire d'icelle, qu'avec cette charge que la loi municipale y avoit imprimé.

DISTINCTION II.

Quand les légitimaires peuvent se pourvoir contre les donataires, & de l'ordre qu'ils y doivent garder.

LXV. Examinons l'action des légitimaires contre les donataires. Ils ne peuvent se pourvoir contr'eux, que lorsque tous les biens extans & tous les biens légués sont épuisés; les biens donnés entre-vifs, n'étant sujets à la légitime que subsidiairement, & après ce total épuisement, comme on l'a déja observé; mais il reste à examiner ici l'ordre que les légitimaires doivent garder contre les donataires. On a déja dit que nulle donation n'en étoit exempte; la dot, même celle en deniers & fournie à un enfant, est sujette comme les autres donations au retranchement pour la légitime, comme on l'a déja dit ci-dessus; en effet, il n'y a aucune raison satisfaisante par laquelle on pût l'en affranchir: je m'étonne que quelques-uns ayent tenté de le faire.

Bretonnier, décisions alphabétiques, pag. 104 & 105; le Brun, des successions, pag. 239, num. 16; & cela a été déja établi ci-dessus, en traitant de la masse sur laquelle la légitime est à prendre, ce que l'ordre oblige de répéter, en examinant l'action du légitimaire contre les donataires; elle milite contre tous.

LXVI. Cela reçoit cependant une exception; en effet, les conventions matrimoniales des pere & mere ne sont pas sujettes à la légitime des enfans nés du mariage, ce qui s'entend des conventions ordinaires, & non des vraies donations, dont la survenance d'enfant pourroit opérer révocation légale, ce qu'on verra ci-après dans son ordre; ainsi cette exception fort éloignée du principe que la précédente proposition contient, puisqu'il ne s'agit pas ici d'une véritable libéralité, ne peut donner la moindre atteinte à ce même principe.

Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, sect. 8, num. 1085, pag. 656. Par la derniere ordonnance, la donation par contrat de mariage de l'un des conjoints à l'autre, n'est sujette à la révocation: ce qui n'influe pas sur les donations universelles, ni même sur les particulieres par rapport à la légitime.

LXVII. Les légitimaires doivent se pourvoir contre le dernier donataire & épuiser les biens à lui donnés, avant d'entamer les autres donations; on verra par les trois propositions suivantes, l'ordre qu'ils doivent garder à l'égard de ces donations; ce qui reçoit une exception par rapport à un enfant donataire qui forme la derniere proposition de cette distinction, lequel enfant conserve la donation à lui faite jusqu'à concurrence de sa légitime: on expliquera les autres cas où cet ordre cesse pareillement.

Tel est le dernier état de la jurisprudence des arrêts. Par celui du 14 mars 1675, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 88; le légitimaire devoit se pourvoir contre tous les donataires qui devoient contribuer au fournissement de la légitime à proportion du montant de leur donation; ce même arrêt est rapporté dans le troisieme volume du journal des audiences, liv. 9, ch. 5, & dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 158. Mais par celui du 19 mars 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 511, &

dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 5, pag. 165, la cour a jugé que le légitimaire devoit d'abord épuiſer la derniere donation, & par-là la cour a confirmé & adopté le ſentiment de Ricard, Bretonnier, dans ſes déciſions alphabétiques, pag. 104, en rapportant ces deux arrêts, ſemble reſter dans l'incertitude ſur la déciſion de la queſtion : cependant le dernier arrêt eſt à préſent ſuivi ſans aucune contradiction : ce qui a encore été jugé par celui du 15 février 1695, confirmatif d'une ſentence du châtelet, & rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 1, pag. 729. Enfin cela a encore été ainſi jugé par l'arrêt du 16 juin 1697, rapporté dans le même volume du journal des audiences, liv. 13, ch. 6, pag. 881, où la queſtion eſt agitée & traitée de part & d'autre dans toute ſon étendue, & avec une profonde érudition, depuis la page 881 juſqu'à la page 955 : voyez auſſi les moyens contenus dans l'arrêt rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 12, pag. 619, & Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 9, num. 1114, qui eſt le premier de nos auteurs qui ait le plus fortement ſoutenu ce ſentiment ; & le Maître, tit. 14, pag. 430 ; ce qui eſt conforme à ce qui ſe pratique à préſent.

LXVIII. Si ces biens compris dans la derniere donation, ne ſont pas ſuffiſans, les légitimaires doivent enſuite ſe pourvoir contre le pénultieme donataire, & épuiſer les biens compris dans ſa donation, avant de ſe pourvoir contre les autres donataires antérieurs ; ſuite néceſſaire de la propoſition précédente ; tel eſt l'ordre qu'ils doivent ſuivre ; ordre qui eſt une ſuite de la juriſprudence qu'on vient d'établir.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 1, pag. 205, & les autorités rapportées ſur la précédente propoſition, qui ſont communes à celle-ci.

LXIX. Les légitimaires pour la pétition de leur légitime, doivent ſuivre ce même ordre contre les autres donataires, remontant toujours ſelon l'ordre des dates des donations ; enſorte qu'un donataire ne ſouffre de retranchement qu'après l'épuiſement des donations poſtérieures à la ſienne ; autre ſuite de cette juriſprudence que Ricard a le premier mis dans tout ſon jour.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 244 & 245 ; & cela ſe pratique ainſi au châtelet, & eſt une ſuite des deux propoſitions précédentes, c'eſt même principe.

LXX. Cet ordre de pétition reçoit cependant une exception : ſi le donataire contre lequel le légitimaire ſe pourvoit, étoit lui-même un enfant, le légitimaire ne pourroit entamer la donation, qu'en ce qu'elle excéderoit la légitime du donataire, ce dernier ayant lui-même un droit de légitime égal à celui du légitimaire, qui en ce cas, doit pour ce qui lui reſte dû de ſa légitime, ſe pourvoir contre le donataire antérieur ; ainſi droit égal de part & d'autre en ce cas, & qui oblige d'interrompre l'ordre de pétition de légitime qu'on vient d'établir ; il y a d'autres cas où ce même ordre n'a pas lieu, ils font la matiere de la diſtinction qui ſuit.

C'eſt ce que dit Dupleſſis à la page qu'on vient de citer ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 203, num. 28 ; & tel eſt l'uſage que l'égalité du droit des deux enfans rend inconteſtable.

DISTINCTION III.

Des cas eſquels cet ordre n'a pas lieu.

LXXI. L'ordre qu'on vient d'expliquer pour la pétition de la légitime, outre la premiere exception qu'on vient de rapporter, qui concerne un enfant donataire ; cet ordre n'a pas lieu lorſqu'un fils ſe trouve réduit à ſa légitime par les avantages que ſon ayeul a fait à ſes enfans, parce que dans ce cas, le fils doit pour ce ſe pourvoir contr'eux, comme on l'a vu ci-deſſus, ſauf ſon action ſubſidiaire ſur les biens de la ſucceſſion : action ſubſidiaire, juſte dans ſa perſonne, & qu'on ne peut juridiquement lui conteſter.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 241, num. 27, & tel eſt en ce cas l'uſage du châtelet : c'eſt la ſeconde exception au principe fondamental contenu dans la diſtinction précédente.

LXXII. De même lorſqu'un petit-fils ſe trouve réduit à ſa légitime, par les avantages que ſon ayeul a fait à ſes freres & ſœurs ; en ce cas, c'eſt à ſes freres & ſœurs à lui fournir ſa légitime, comme on l'a vu ci-deſſus, en traitant des imputations, & ce parce qu'en directe on partage toujours par ſouches ; & dans ce cas, comme dans le précédent, il n'a action contre les autres, que ſubſidiairement : troiſieme cas où l'ordre ci-deſſus pour la pétition de la légitime n'a pas lieu ; mais faute d'être rempli par ſes freres donataires, il a action ſubſidiaire ſur les autres biens.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 237, où il lui donne cette action directe ſur les biens de la ſucceſſion, ſur laquelle la légitime eſt dûe ; au châtelet, on ne la lui donne que ſubſidiairement, ce qui me paroît plus régulier, ce qui s'applique au cas qu'un petit-fils eſt perſonnellement ſaiſi d'une légitime dans la ſucceſſion de ſon ayeul, par rapport à laquelle il doit ſe pourvoir ſur les biens que ſon ayeul a donné à ſon pere quoiqu'il ne ſoit pas héritier de ce dernier, & en ce cas & lorſque le bien donné à ſon pere ſe trouve diſſipé, aura-t-il action ſubſidiaire ſur les biens de la ſucceſſion ? l'équité m'entraîne à lui dénier cette action : c'eſt dette naturellement acquittée par l'ayeul.

LXXIII. L'ordre expliqué ſur la troiſieme propoſition de la diſtinction précédente, c'eſt-à-dire, la néceſſité d'épuiſer les dernieres donations, avant de toucher aux antérieures, n'a pas lieu ſi le dernier donataire doté en deniers, & qui avoit reçu de quoi fournir la légitime, avoit tout diſſipé ; l'ordre qu'en ce cas le légitimaire doit ſuivre pour la pétition de ſa légitime, eſt expliqué par la propoſition

propoſition qui ſuit ; c'eſt alors une vraie garantie de partage qui a ſes régles particulieres & différentes de cet ordre, du moins je le penſe ainſi ; ce qui forme une quatrieme exception à ce que deſſus, & dont il me paroît qu'on ne peut s'écarter ſans confondre des principes différens.

Le Maître, page 451, eſtime qu'en ce cas, le légitimaire perd ſa légitime ; ce qui paroît peu ſoutenable ; lorſqu'il y a un précédent donataire, contre lequel je penſe qu'il peut ſe pourvoir, le légitimaire étant beaucoup plus favorable que le donataire : mais quelle ſera l'hypothéque du légitimaire, ſur les biens du donataire, lorſque le don eſt fait en deniers ? Dupleſſis, pag. 206, eſtime qu'il ſeroit juſte de la lui accorder du jour du don ; voyez l'art. 133 de la coutume de Valois, il donne hypothéque du jour de la donation, ce qui me paroît très-juridique.

LXXIV. En ce cas, c'eſt-à-dire, lorſque le dernier donataire qui n'avoit reçu que du mobilier l'a entiérement diſſipé, & eſt inſolvable (inſolvabilité qui ne me paroît pas pouvoir détruire le droit de légitime), la légitime doit être fournie par tous les donataires à proportion de ce qu'ils ont reçu ; la raiſon de ce, eſt que c'eſt alors action ou garantie de partage, qui ſe repartit ſur tous les autres, ainſi que la portion d'un héritier inſolvable dans une dette : la parité de raiſon m'y paroît entiere.

Telle eſt ſur ce l'opinion la plus commune, & cette parité la fonde, outre la faveur de la légitime.

SECTION IX.

De la durée de l'action en pétition de légitime, ou du parfourniſſement d'icelle & de la garantie.

LXXV. Cette action dure trente ans, tant contre les garans, que contre les donataires, ſa durée devant être la même que celle d'une demande en pétition d'hérédité ; c'eſt dans la théſe générale la durée uniforme des demandes perſonnelles.

Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 5, num. 1003, page 635 ; Lapeyrere, lett. L, addition à la déciſion 73, page 220 ; le Brun, des ſucceſſions, page 264, num. 2, & l'ordonnance des donations.

LXXVI. Ces trente ans ſe comptent du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, ce n'eſt que de ce jour que le légitimaire a pu agir ; tels ſont donc le commencement & la durée de cette action.

Art. 38 de l'ordonnance du mois de février 1731 ; à l'égard de l'action en ſupplément de légitime, elle a la même durée à partir de la date de l'acte, qui en a fait imparfaitement la liquidation ; Henrys, tome 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 76 ; Dupleſſis, page 206, ce qui eſt conforme à l'uſage.

LXXVII. Il y a entre les légitimaires & les donataires, une action réciproque de garantie, dont on verra les effets par la ſection ſuivante, & le légitimaire a encore celle en revendication ; c'eſt par ces actions que la coutume aſſure la légitime.

Outre ces actions, le légitimaire a celle de revendication des biens donnés au préjudice de ſa légitime, & ce juſqu'à concurrence d'icelle, par laquelle non-ſeulement il prime les créanciers du donataire, mais encore il peut évincer ceux qui ont acquis de lui ; Dupleſſis, à la même page 206 ; mais les acquéreurs qui ſont dans la bonne-foi, ne peuvent-ils alléguer la preſcription de 10 & de 20 ans ? queſtion qui ſemble ſe balancer de part & d'autre : le Brun, des ſucceſſions, page 264, eſtime qu'ils ne peuvent le faire, ce qui peut ſouffrir de la difficulté ; Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 5, num. 1005, pag. 637, eſt de même ſentiment que le Brun. On dit que cela peut ſouffrir de la difficulté ; un acquéreur de bonne-foi eſt favorable, un légitimaire l'eſt encore davantage : cependant comme ce tems eſt bien ſuffiſant pour agir, ne pourroit-on pas ſoutenir la validité de cette preſcription, lorſque le donataire n'a vendu que depuis l'ouverture de la ſucceſſion, & la rejetter lorſque la vente a été faite dans un tems, pendant lequel le légitimaire ne pouvoit agir ? cela me paroît ainſi ; ſur cette action en revendication, voyez ci-deſſus la légitime de l'aîné ſur les fiefs, le chapitre troiſieme de la ſeconde partie de ce titre.

☞ Il faut s'en tenir à l'opinion de le Brun & à celle de Ricard qui y eſt conforme ; indépendamment de la faveur dûe aux légitimaires, le tiers détempteurs doit s'imputer d'avoir acquis de celui qui ne pouvoit vendre l'héritage entier qu'il lui vendoit, & dont la propriété en la perſonne de ce vendeur n'étoit pas incommutable n'en pouvant aliéner qu'une partie, enſorte qu'il reſtât aſſez pour fournir la légitime à ceux qui auroient droit de la demander : d'un autre côté la lettre & l'eſprit de la coutume rendent inaliénable, au moins par la voye de la donation, ce qui doit être fourni pour la légitime des enfans.

LXXVIII. Cette action de garantie réciproque entre les donataires & les légitimaires, & qu'on va examiner, a la même durée ; mais les trente années ne commencent à courir que du jour du trouble : c'eſt de ce jour ſeulement, qu'ils peuvent exercer les uns contre les autres, l'action qui naît de l'éviction : ce n'eſt donc que de ce jour que la preſcription peut courir.

Voyez ſur la durée de cette action, le Brun, des ſucceſſions, page 199, num. 7 : on va voir les effets de cette garantie ; quant à ſa durée, elle ſe régle par les principes généraux de la preſcription.

SECTION X.

Des effets de la garantie entre les légitimaires & les donataires.

LXXIX. Si le légitimaire étoit évincé d'un

bien qui lui auroit été donné pour sa légitime, il a action de garantie & de parfourniſſement de légitime contre le dernier donataire, ſuivant l'ordre ci-deſſus expliqué, parce qu'il lui faut une légitime réelle, & que les biens ſont tenus de l'éviction qu'il ſouffre par le fait du défunt; mais cette éviction donne lieu à une nouvelle liquidation, elle fait la matiere de la note & de la propoſition qui ſuit; & ſans cette garantie, l'action en pétition de légitime ſeroit inefficace.

Dupleſſis, des ſucceſſions, à la page 226, où il donne auſſi une garantie aux donataires contre les légitimaires, ce qui eſt très juſte & conforme à ce qui ſe pratique au châtelet; mais il faut obſerver qu'en ce cas on doit faire une nouvelle maſſe ſur laquelle le légitimaire doit toujours avoir ſa légitime; voyez la propoſition ſuivante & la derniere propoſition de cette ſection, où l'on voit à quoi ſe réduit l'action de garantie qu'un donataire peut avoir contre un légitimaire: la propoſition eſt encore conforme au ſentiment de le Brun, traité des ſucceſſions, page 267, num. 17; & eſt fondée ſur ce que la légitime eſt toujours une portion intégrante dans un tout, qui ſe trouvant affoiblie, doit être affoiblie elle-même.

LXXX. Alors dans la nouvelle liquidation, le bien dont il a été évincé, n'entre plus en maſſe, il eſt cenſé n'avoir jamais fait partie des biens; l'éviction ou la perte d'icelui doit produire cet effet, ſans cela la légitime excéderoit la moitié d'une portion héréditaire: ce qui prouve qu'en ce cas, il faut nouvelle liquidation de légitime, puiſqu'il y a une maſſe moins forte que celle ſur laquelle on l'avoit d'abord liquidé; & ce que fonde l'action du donataire contre le légitimaire.

C'eſt ainſi qu'en ce cas on opére au châtelet; tel bien eſt diſtrait de la nouvelle maſſe, & par conſéquent il ne peut plus former un objet pour la légitime; en effet, c'eſt portion dans un tout qui diminue à proportion que le tout a diminué.

LXXXI. Lorſque le donataire qui a fourni la légitime, eſt un enfant, & qu'il ſe trouve évincé d'une portion des biens qui lui reſtoient de ſa donation, pour ſa propre légitime, il a recours de garantie contre ſon frere légitimaire, auquel ſur ſa donation il a fourni la légitime, leur ſort devant être égal. Le moyen qui fonde ce recours de garantie, eſt que le légitimaire ayant participé aux bénéfices de la donation, il y a entr'eux une garantie mutuelle de ce que chacun d'eux poſſéde, lorſque depuis, l'un a ſouffert éviction, & ce, juſqu'à concurrence du montant de la légitime de l'un & de l'autre; tous les deux ayant un droit égal, ne doivent pas ſouffrir de différence dans leur ſort; ce qui rend cette réciproque garantie inconteſtable: en effet, elle réſulte évidemment des diſpoſitions de la coutume.

Ricard, des donations, part. 3, chap. 8, ſect. 9, num. 1121, pag. 664; ce qui conduit à la formation d'une nouvelle maſſe ſur laquelle on régle les deux légitimes. Voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, page 267, num. 18.

LXXXII. Mais ſi le donataire qui a fourni la légitime étoit étranger, il n'auroit pas contre le légitimaire recours de garantie, parce qu'il ne doit avoir que ce qui peut reſter après que le légitimaire eſt rempli, ſauf la nouvelle liquidation: cependant il a droit de demander contre le légitimaire, qu'il ſoit procédé à nouvelle liquidation de ſa légitime, & que dans la maſſe, le bien dont il a été évincé ne ſoit pas compris, parce que ſa diſtraction diminue d'autant la légitime; & ce, de fait & de droit, puiſque la maſſe eſt diminuée.

Tel eſt l'uſage du châtelet; c'eſt l'opération la plus ſimple pour remplir l'intention de la loi; uſage conforme au ſentiment de Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 9, num. 1121, page 664, & qui concilie les principes de la légitime & ceux de la garantie.

SECTION XI.

Des enfans qui ſont privés du droit de légitime.

LXXXIII. Tout enfant n'a pas droit de légitime, ce qu'on va voir. L'enfant mort civilement, au moment de l'ouverture de la ſucceſſion, n'a aucun droit de légitime, parce que la mort civile l'ayant retranché de la ſociété, il eſt cenſé ne pas exiſter; ce qui lui ôte toute capacité à demander une légitime, pour la pétition de laquelle il faut avoir capacité à ſuccéder.

Voyez le titre de la mort civile, où cela eſt établi, c'eſt le juſte effet de la mort civile.

LXXXIV. La fille qui a renoncé par contrat de mariage à la ſucceſſion d'un aſcendant, en faveur de ſon frere, n'a aucun droit de légitime, à moins qu'elle ne ſoit reſtituée contre ſa renonciation, qui ſans cela doit produire ſon effet; cela eſt rigoureux à la vérité, mais c'eſt la ſuite du forfait auquel elle s'eſt aſſujettie, & par lequel elle s'eſt aſſurée une portion affranchie de la légitime des autres: en effet, n'ayant plus de capacité à ſuccéder, elle n'en peut avoir à demander une légitime.

Le Maître, tit. 14, page 444 & 451. Voyez l'arrêt rapporté par de Montholon, chap. 35; le Brun, des ſucceſſions, page 204, num. 53, où il ſoutient, que lorſque la renonciation a été faite en minorité, & qu'elle emporte une léſion ſi énorme, que le deſſein de l'exhéréder paroîtroit évident, en ce cas il y a lieu en la reſtituant de lui accorder ſa légitime; mais la dot qu'elle a reçu eſt-elle ſujette à la légitime des autres enfans? Le Brun, des ſucceſſions, page 239 & 285, tient l'affirmative; Ricard, tome 1, page 664; eſt d'avis contraire; l'avis du premier ne me paroît bon, que dans le cas qu'on verroit; que par une telle dot on

auroit eu intention d'éluder la diſpoſition de la loi & de donner atteinte à la légitime des autres enfans ; mais hors ce cas, le ſentiment de Ricard me paroît meilleur : pourquoi aſſujettira-t-on cette fille à la légitime des autres enfans, lorſque pour ce on lui dénie toute action contr'eux ?

☞ Mais pour opérer la reſtitution en faveur de la fille renonçante, elle doit ſe pourvoir dans les dix ans, du jour de la ſucceſſion échue. Voyez Ricard, part. 3, chap. 8, num. 976 ; & le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, ſect. 1, nomb. 35.

LXXXV. Voici un troiſieme cas dans lequel la pétition de légitime n'a pas lieu. Celui qui eſt valablement exhérédé n'en peut prétendre, il eſt par le foudre de l'exhérédation retranché de la famille ; celui-là n'a donc aucune légitime à prétendre, puiſqu'au moyen de l'exhérédation valable, il n'a aucune portion héréditaire à demander.

Le Maître, tit. 14, pag. 412 & 443, & c'eſt en ce cas ce qui pratique comme le véritable effet de l'exhérédation.

LXXXVI. Voici encore un dernier cas où cette pétition n'a pas lieu. Les enfans de l'exhérédé n'en peuvent pareillement prétendre, tant que l'exhérédé vit ; ils n'en peuvent prétendre de droit, mais ils en ont une de faveur, ce qu'on verra par la premiere diſtinction de la ſection qui ſuit : légitime de faveur fort differente de celle de droit, qu on examine ici.

Voyez Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 4, num. 951, pag. 624, qui eſt d'avis contraire ; avis que je ne peux goûter ; en effet, le degré eſt rempli par l'exiſtence de leur pere ; ils ne peuvent donc s'y placer par le bénéfice de la repréſentation ; cela me paroît ainſi, non par une participation de l'indignité, mais parce que le degré eſt rempli, dit Dupleſſis, pag. 193, ce qui confirme cette propoſition fondée ſur les principes de la repréſentation ; principes bien expliqués par Ricard, & dont il me paroît étrange qu'il ſe ſoit écarté ici.

LXXXVII. Mais ſi leur pere exhérédé, étoit mort avant leur ayeul, & exhérédé pour une cauſe différente que celle expliquée dans la premiere diſtinction de la ſection qui ſuit, & la propoſition ſuivante ; en ce cas, les enfans de l'exhérédé auroient droit de légitime ſur ſa ſucceſſion ; ce ſont eux qui en ſont perſonnellement ſaiſis, & elle leur appartient de leur chef, nonobſtant le fait de leur pere prédécédé, qui ne peut tomber ſur eux ni ſur leurs droits perſonnels.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 193, qui en ce cas donne au fils de l'exhérédé, le droit de ſuccéder à ſon ayeul ; ce qui emporte à plus forte raiſon le droit de légitime ; en effet, en ce cas il eſt capable de ſuccéder, & par conſéquent a droit de légitime.

LXXXVIII. Il faut excepter les enfans de l'exhérédé à cauſe d'un mariage contracté ſans le conſentement de ſon pere : ceux-là n'ont aucun droit de légitime dans la ſucceſſion de leur ayeul, malgré le prédécès de leur pere ; le mariage qui les a fait naître les en rend incapables, autrement les armes que la loi met entre ſes mains, lui ſeroient en partie inutiles, ſauf la limitation qui forme la premiere propoſition de la ſection qui ſuit.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 193, confirme la propoſition, mais Ricard y eſt contraire, & porte ſon opinion juſqu'à rendre en ce cas les petits-enfans capables de légitime, ſentiment qui lui eſt particulier ; voyez cet auteur, en ſon traité des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 4, num. 961, pag. 626 ; & la ſection ſuivante, ainſi que la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci.

LXXXIX. En effet, l'exhérédation en ce cas influe ſur une poſtérité que l'ayeul n'a voulu reconnoître, & qui tire ſa ſource d'un mariage non par lui approuvé ; ce qui fait influer l'effet de l'exhérédation contre de tels enfans de l exhéréde, & ce qu'on va examiner par la ſection qui ſuit ; c'eſt ordre public & execution formelle de la loi : à ces cauſes qui prive de la légitime, on peut joindre le défaut d'inventaire.

Le défaut d'inventaire de la part d'un enfant qui ſe mettroit en poſſeſſion des biens, le romproit, ſuivant l'opinion commune au châtelet, non-recevable en ſa demande en pétition de légitime ; voyez Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 5, num. 994, pag. 635 ; la propoſition réſulte des ordonnances qui ont été rapportées dans le premier livre, ſur le titre des mariages.

☞ Sur le défaut d'inventaire de la part du légitimaire, voyez Fachin, liv. 4, ch. 34, & les auteurs qu'il rapporte ; voyez auſſi le Brun, titre de la légitime, liv. 3, chap. 4, num. 75 ; leur opinion eſt que l'omiſſion d'inventaire n'eſt pas ſuffiſante pour exclure les enfans de leur légitime, ſur le fondement qu'il n'y a aucune loi qui impoſe cette peine : mais Cujas, Covarruvias & Pelleus, ſont d'un ſentiment contraire, & qui paroît préférable : ce dernier auteur rapporte même un arrêt du 12 décembre 1598, qui a déclaré le légitimaire non-recevable en pareil cas dans ſa demande en pétition de légitime : ce qui établit la derniere partie de la propoſition, fondée d'ailleurs ſur ce que l'on peut oppoſer avec raiſon au légitimaire, qu'il y avoit dans la ſucceſſion plus qu'il ne falloit pour lui fournir ſa légitime, & que c'eſt par ſa faute ſi on ne peut pas le prouver.

SECTION XII.

Des légitimes de faveur, fondées ſur le droit du ſang, & ſur la convention.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'eſpece de légitime des enfans de l'exhérédé, pour s'être marié ſans le conſentement de ſon pere, & de celle du religieux qui eſt ſans ſubſiſtance.

XC. Quoique l'exhérédation contre le

fils qui s'eſt marié ſans le conſentement de ſon pere, influe ſur les enfans nés du mariage qu'il a ainſi contracté, c'eſt-à-dire, qu'il a contracté ſans le conſentement de ſes pere & mere, néanmoins ſes enfans ont une eſpece de légitime ſur la ſucceſſion de leur ayeul; c'eſt cette eſpece de légitime qui forme la matiere de la préſente diſtinction.

Voyez le Brun, des ſucceſſions; Ricard, des donations, part. 3, ch. 8, ſect. 4, num. 970, pag. 628, & les ordonnances citées ſur le titre des mariages.

XCI. Cette eſpece de légitime n'a lieu que lorſque leur pere eſt mort avant leur ayeul; elle n'eſt plus celle de la loi, ſa fixation dépend de l'arbitrage du juge; c'eſt plus commiſération que vrai droit: ainſi il eſt donc vrai de dire, que ce n'eſt plus celle de la loi, mais légitime de ſimple faveur.

Cette commiſération peut-elle avoir lieu en faveur des petits-enfans, leur pere étant vivant, dans le cas que les biens de leur pere ont été confiſqués: Ricard a tenu l'affirmative; voyez ce que dit le Maître, tit. 8, ch. 3, pag. 217; ce qui s'entend lorſque leur pere a été failli de la ſucceſſion.

XCII. Elle ſe fixe, cette légitime de grace qu'on accorde à des enfans nés d'un tel mariage, ſur l'état des enfans, eſt ſur le montant des biens de la ſucceſſion de l'ayeul, & c'eſt principalement ſur ce dernier objet, que doit être fondé l'arbitrage que le juge en fait: ce qui ſe ſuit lorſque l'aîné recueille tous les biens, en conſéquence d'une ſubſtitution faite par aſcendant, & à laquelle il eſt ſeul appellé.

Il en eſt de même en pays de droit écrit, lorſque l'aîné mâle recueille tous les biens dont ſon pere jouiſſoit, & ce en vertu d'une ſubſtitution établie par un de ſes ancêtres & non par le pere, ſur laquelle il n'y auroit pas diſtraction de légitime de droit; dans ce cas où la légitime de droit n'auroit lieu, on peut admettre celle de grace qui dépend de l'arbitrage du juge: c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 14 mai 1672, rapporté dans la ſixieme partie du journal du palais, pag. 199; mais cette juriſprudence a-t-elle lieu en pays coutumier? Je ne l'ai jamais vu admettre, l'équité la peut fonder, non les principes, mais elle en eſt la ſource.

XCIII. Le chevalier de malthe a droit de demander des alimens ſur la ſucceſſion de ſes pere & mere, tant qu'il n'a pas de commanderie; mais dès qu'il en a une, cette eſpece de légitime, ou plutôt cette faveur que ſon ſeul état fondoit, lorſqu'il étoit ſans commanderie, la fait ceſſer.

Cela a été établi ci-deſſus, ſur le titre de la mort civile; c'eſt juſte faveur, & non droit étroit.

XCIV. Il en eſt de même du religieux ou de la religieuſe, dans le cas que leur maiſon ne peut leur fournir de quoi ſubſiſter; une certaine faveur qui a ſa racine dans la nature leur donne une eſpece de légitime qui ſe réduit à des alimens: celui qui a donné la vie devant fournir à celui qui l'a tenu de lui, les moyens de la conſerver.

Voyez le titre indiqué ſur la propoſition précédente; c'eſt encore une juſte faveur.

DISTINCTION II.

De la légitime du ſecond conjoint qui a une donation de portion d'enfant.

XCV. Le ſecond conjoint avec lequel celui ou celle qui avoit des enfans d'un premier lit a convolé, avant donation de portion d'enfant, eſt par cette donation un héritier contractuel: qualité qui lui donne une eſpece de légitime qui fait la matiere de cette diſtinction; c'eſt droit, & non ſimple faveur: droit qui naît d'un acte entre-vifs, & que celui qui a ſouffert, ne peut entiérement détruire.

Cette qualité eſt établie ſur le titre des donations, faites par celui ou celle qui convole en ſecondes noces; cette qualité eſt la premiere baſe de ſa légitime: & ſur l'effet de cette qualité d'héritier contractuel, voyez les propoſitions ſuivantes, elles établiſſent ſon droit de légitime, qui naît néceſſairement d'une telle donation.

XCVI. Quoiqu'en cette qualité, il ne puiſſe avoir plus qu'un enfant moins prenant; néanmoins il ne doit pas avoir moins que la légitime d'un enfant, la donation de portion d'enfant comprenant du moins une légitime, c'eſt ce qui réſulte d'une telle donation; de-là il s'enſuit que ſi, par les diſpoſitions faites par le conjoint convolant, un de ſes enfans ſe trouve avoir moins que ſa légitime, & que cet enfant s'en contentât, cela n'empêcheroit pas le donataire de portion d'enfant, de prendre en conſéquence de ſa donation une légitime entiere; parce que ſans cela, celui qui a fait une telle donation ſeroit maître de l'anéantir, ce qui ne peut être, étant lié par un lien de droit irrévocable, & qui par conſéquent, doit produire ſon effet: effet qu'on lui conſerve par cette légitime.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, p. 330, num. 4; de Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 352; de Ricard, des donations, part. 3, ch. 9, gloſ. 6; p. 702, & ſuivantes & notamment à la p. 704, num. 1164, & cela me paroît inconteſtable, parce que cela réſulte de la nature d'une donation de portion d'enfant, qui à la vérité eſt une inſtitution d'héritier, mais qui a l'irrévocabilité d'une diſpoſition entre vifs.

XCXVII. Quoique le ſecond conjoint donataire de portion d'enfant, n'ait pas droit d'obliger les enfans au rapport, comme il ſera établi ſur le titre des donations faites à un nouveau conjoint par celui ou celle qui convole en ſecondes noces; cependant lorſqu'il

eſt réduit à une légitime, ſon droit légitimaire s'étend ſur tous les biens que ſon conjoint a donné, même ſur ceux qu'il a donné avant ſon ſecond mariage; la donation à lui faite d'une portion d'enfant, qui eſt une véritable inſtitution d'héritier & ſujette comme telle à accroiſſement ou à diminution, ne pouvant être diminuée au-delà d'une légitime d'enfant parmi leſquels il eſt cenſé faire nombre; & ſans cela le donateur ſeroit maître de réduire une telle donation à rien.

Cela réſulte de ce qui eſt établi par Ricard, en la gloſe citée ſur la propoſition précédente, & je l'ai vu ainſi pratiquer au châtelet: voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XCXVIII. En effet, ces biens en ce cas doivent entrer en maſſe pour la liquidation de la légitime du ſecond conjoint, parce que ſa légitime à laquelle ſa donation ſe trouve réduite, doit être la même que celle d'un enfant, & qu'un enfant auroit ce droit; il faut donc par conſéquent le donner au nouveau conjoint, puiſque la donation à lui faite, le met dans le rang & le droit d'un enfant légitime, qui, pour la liquidation de ſa légitime, & être rempli de ſon vrai montant, a le droit qu'on vient d'expliquer.

Voyez l'arrêt du 24 juillet 1660, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, ch. 5; Ricard, des donations, part. 3, ch. 9, gloſ. 6, num. 1259, pag. 703.

XCXIX. Cela a lieu, quoiqu'il n'ait pas droit de demander le rapport pour avoir une portion integrale; mais lorſque par des diſpoſitions, il ſe trouve réduit à une légitime, cette réduction qui le rend favorable, lui donne droit ſur tous les biens, cette réduction ne pouvant être plus foible que la moitié d'une portion héréditaire intégrale, moitié qui eſt la légitime, laquelle, ſuivant les principes qu'on vient d'établir, ne peut être déniée à un tel donataire.

Voyez les notes marginales ſur Dupleſſis, pag. 535; Baſſet, tom. 1, liv. 4, tit. 4, ch. 2.

CHAPITRE ONZIEME.

DES PARTAGES DES SUCCESSIONS DE PERE ET MERE ENTRE ENFANS HÉRITIERS.

SECTION PREMIERE.

DES OPÉRATIONS A FAIRE DANS CE PARTAGE.

DISTINCTION PREMIERE.

De l'excluſion des enfans avantagés & qui ſe tiennent à leur don, de l'eſtimation préalable entre héritiers, & de la maſſe de ce partage.

I. L'ENFANT avantagé qui s'eſt tenu à la donation ou legs qui lui a été fait, n'eſt point partie dans le partage, à moins qu'il ne ſoit légataire d'une portion héréditaire; ſa renonciation pour ſe tenir à ſon avantage, le fait regarder comme s'il n'étoit plus, & le bien à lui donné, comme s'il n'étoit pas de la ſubſtance du pere, ſauf la légitime des autres enfans à laquelle la retenue de ſon avantage l'aſſujettit.

Ce n'eſt plus alors qu'un changement de nom, de qualité; il opére néanmoins cet effet, que l'enfant légataire d'une portion héréditaire, ne peut faire valoir un tel legs au-delà des biens diſponibles & du quint des propres, & que de droit, il n'eſt pas tenu des dettes au-delà de ſon amendement d'un tel legs, jouiſſant de plein droit du bénéfice d'inventaire: bénéfice dont l'héritier pur & ſimple ne jouit pas.

II. Chacun peut provoquer la diviſion; mais avant de procéder au partage, on doit procéder à l'eſtimation des immeubles dépendans de la ſucceſſion à partager; c'eſt cette eſtimation qui doit lui ſervir de baſe: ainſi c'eſt une action commune à tout par la régle que perſonne ne demeure en ſociété malgré ſoi.

Chaque héritier peut provoquer le partage, & la pourſuite d'icelui, ſuivant l'uſage du châtelet, appartient au plus diligent; la loi 34, ff. *famil. erſciſt.* donne cette action à tous, *igitur & præſentibus, cæteris & invitis poteris, vel unus arbitrium petere*; cependant par l'uſage du châtelet, le mineur ne peut provoquer un partage; ſon uſage de donner la pourſuite au plus diligent, eſt bon & conforme à la loi 2, §. 1, ff. *communi dividundo*, qui dit, *id magis placuit eum videri actorem qui ad judicium provocaſſet*; mais ſon uſage de dénier au mineur l'action en partage, ne me paroît avoir aucune baſe dans le droit; cet uſage s'y eſt introduit pour conſerver l'intérêt du mineur: cependant ce même uſage y eſt ſouvent contraire, le préjugé ſoutient plus cet uſage que le véritable eſprit de la loi.

☞ Feu le lieutenant-civil le Camus a donné dans un mémoire par lui fait en 1707, par ordre du roi, la raiſon pour laquelle le mineur n'eſt pas reçu à provoquer un partage; c'eſt, dit-il dans

ce mémoire, parce que cet acte eſt regardé comme contenant aliénation & vente : faculté qui n'eſt qu'au pouvoir des majeurs.

III. Venons à ce que cette eſtimation doit embraſſer. Dans cette eſtimation on comprend les immeubles rapportés à la ſucceſſion ; par l'effet de la collation, ils s'y confondent, & ſont partie de la maſſe des biens : par-là ils deviennent donc comme les autres, ſujets à l'eſtimation, puiſqu'ils ſont ſujets à partage ; mais le partage fait par le pere commun, eſt favorable ; & comme tel, doit être exécuté ſans formalité d'eſtimation.

Il n'y a plus lieu au partage entre les enfans, ſi le pere l'a fait par ſon teſtament, & que ce partage ne donne pas atteinte à la légitime : ſur la faveur d'un tel partage, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 578, num. 8 & 9 ; c'eſt exception qui confirme la régle générale que contient la propoſition & la précédente : en effet, il eſt de principe de droit que perſonne ne reſte en ſociété malgré ſoi ; & ſur la faveur du partage fait par un pere entre ſes enfans, il faut obſerver que pour lui conſerver cette faveur, il ſuffit que l'égalité y ſoit harmonique, ſans qu'il ſoit beſoin qu'elle ſoit arithmetique.

☞ Brodeau ſur Loüet, let. P, num. 24, remarque deux arrêts des années 1607 & 1610, qui ont confirmés de partages faits par les peres & meres par un teſtament olographe entre leurs enfans ; il y en a d'autres qui les ont infirmés, mais c'eſt qu'ils n'étoient pas faits ſuivant les uſages des lieux.

IV. Cette eſtimation ſe fait, eu égard au tems de l'ouverture de la ſucceſſion ; c'eſt toujours ce moment qui détermine, non-ſeulement la perſonne des héritiers, mais encore le montant des biens, comme on l'a établi ci-deſſus.

Sur quoi il eſt bon d'obſerver, que nulle famille privée ne peut ſe faire des loix particulieres au ſujet des partages ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 580, num. 18 ; ce qui ſert à confirmer la propoſition.

V. S'il y a des mineurs intéreſſés dans le partage, l'eſtimation doit ſe faire en juſtice ; ils ſont ſous ſa protection, & elle ne confie pas un acte ſi important à la ſeule vigilance du tuteur, elle veut une eſtimation judiciaire.

Le partage avec un mineur, quoique qualifié définitif, n'eſt jamais que proviſionnel ; arrêt du 10 décembre 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43, pag. 205 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 581, num. 22 ; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fort juſte & très différente de celle de dénier à un mineur la capacité de provoquer un partage : juriſprudence que je ne goûte pas, parce qu'elle va contre ſa fin.

VI. Venons à la formation de la maſſe. Comme les enfans ſuccédent indiſtinctement à tous les biens, le partage ne doit contenir qu'une ſeule maſſe, & c'eſt ſur cette maſſe que ſe doivent former les lots, ſauf les exceptions ci-après, qui concernent les fiefs ſur leſquels la loi donne à l'aîné des avantages.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit, & celui de la ſucceſſion duquel il s'agit ne peut indéfiniment défendre le partage de ſes biens entre ceux que la loi en a ſaiſi en qualité de ſes héritiers : maxime encore conſtante au châtelet, & atteſtée par le Brun, des ſucceſſions, pag. 578, num. 6 : on a dit dans la propoſition, qu'il ne ſe faiſoit qu'une ſeule maſſe entre enfans & deſcendans, parce qu'il en eſt autrement en ſucceſſion collatérale, comme on le verra ci-après dans ſon ordre ; dans la directe vocation égale ; dans l'autre, vocation différente.

VII. Cependant, ſi dans la ſucceſſion à partager entre enfans & deſcendans, il y a des fiefs & un aîné mâle, il en faut faire une claſſe ſéparée, pour donner à l'aîné ſur iceux ſon droit d'aîneſſe & ſes portions avantageuſes ; on a vu ci-deſſus en quoi conſiſtoit le droit d'aîneſſe ; & cette maſſe ſéparée a lieu, ſi par ce moyen on remplit plus facilement l'aîné de tous ſes droits ; & il faut encore avoir recours aux maſſes ſéparées lorſque les biens ſont régis par pluſieurs coutumes qui, ſur la diviſion, ont des diſpoſitions diverſes.

On eſt obligé de faire différens partages lorſque les biens ſont régis par différentes coutumes ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 589, num. 45 : on a déja obſervé ci-deſſus, qu'il falloit opérer, comme s'il y avoit autant de ſucceſſions qu'il y a de coutumes différentes qui régiſſent les biens de celle qui eſt à partager ; c'eſt ce qui ſe pratique en ce cas au châtelet, mais ce qui eſt limité aux immeubles, les meubles ſe régiſſant toujours par la coutume du domicile, comme on l'a établi en traitant de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel.

DISTINCTION II.

De la diviſion des biens & compoſition des lots ; de l'effet du partage ; de l'intervention des créanciers de l'héritier, & de la ſubdiviſion entre petits-enfans.

VIII. Après les opérations ci-deſſus expliquées, venons aux ſecondes qu'il faut faire. S'il n'y a que des enfans au premier degré venans à la ſucceſſion, on diviſe la maſſe en autant de parts qu'il y a d'enfans, ſauf les droits de l'aîné ſur les fiefs, & cette diviſion conſomme tout le partage ; ce qui réſulte évidemment de ce que deſſus. En effet, le nombre des héritiers qui ont tous un droit égal, forment celui des lots.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & cela ne peut en ce cas ſe faire autrement, le nombre des enfans réglant celui des lots.

IX. De-là il s'enſuit, que dans ce cas le nombre des lots eſt toujours égal à celui des enfans ; il eſt même tel dans le cas qu'il y a des petits-enfans venans à la ſucceſſion : mais

tous ceux d'une branche ne ſont comptés que pour une tête, ſauf à ſubdiviſer; & c'eſt ce qui forme la propoſition qui ſuit, relative aux petits-enfans: quant aux choſes indiviſibles & purement honorifiques, elles reſtent à l'aîné; c'eſt un droit que ſa qualité lui donne.

Les titres de la famille & ceux des créances qui ſont reſtés en commun, doivent reſter en la poſſeſſion de l'aîné, comme ne pouvant ſe diviſer; cela eſt juſte & néceſſaire exception à ce que deſſus: arrêt du 23 janvier 1707, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, part. 2, liv. 1, ch. 3, pag. 3; *Qui majori ex parte hæres ſit*, dit la loi 5, ff. *famil. erciſc.* ce qui eſt obſervé au châtelet, & avec raiſon, puiſque ces titres ſont indiviſibles; ce qui s'étend aux tableaux de famille & aux livres apoſtillés de la main du pere; mais par rapport au dépôt des titres, ſi l'aîné meurt, laiſſant un enfant mineur, il vaut mieux le remettre au ſecond fils, qu'au tuteur du pupille; ce qui réſulte de la loi 1, §. 9, code *de caducis tollend.* voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 588 de la premiere édition.

X. Mais s'il y a des petits-enfans, il faut diviſer les biens en autant de lots qu'il y a de branches, ou d'enfans iſſus immédiatement du défunt, comme on l'a déja vu ci-deſſus, en expliquant la ſubdiviſion du lot échu aux petits-enfans; ſubdiviſion, pour l'opération qui fait la matiere des dernieres propoſitions de cette diſtinction.

Sur ce partage par ſouches, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 441, num. 24 & 25, & cela eſt ſuite de la diſpoſition de la coutume.

XI. Les créanciers de chaque héritier ont droit d'intervenir au partage; mais après icelui fait, ſoit en leur préſence, ſoit en leur abſence, leur hypothéque ſe réſerve ſur le lot de leur débiteur; c'eſt à eux-mêmes & à leur négligence, qu'ils doivent imputer cette limitation de leur hypothéque.

Robert, liv. 3, ch. 19; le Brun, des ſucceſſions, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, nul créancier ne pouvant avoir plus de droit que ſon débiteur.

XII. On doit éviter, autant qu'il eſt poſſible, de morceller les biens, il vaut mieux égaler les lots par des ſoultes, que de les morceller: ſoultes, pour leſquelles il y a privilége.

Privilége jugé par arrêt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 53; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 584 & 585: cet uſage des ſoultes eſt plus avantageux aux copartageans, que le morcellement des biens, & c'eſt à cette utilité commune qu'on doit s'attacher; c'eſt ce que dit la loi 21, ff. *Communi. divid. judicem in prædiis dividendis quod omnibus utiliſſimum eſt ſequi convenit*; & cet uſage des ſoultes pratiquées parmi nous, eſt fondé ſur la loi 22, §. 3, du même titre. *Sed etiam cum adjudicat, poterit imponere aliquam ſervitutem ut alium alii ſervum faciat ex his quos adjudicat*: diſpoſition dictée par l'exacte raiſon & par l'équité; le Brun, des ſucceſſions, pag. 588, num. 40, atteſte qu'il faut dans les partages, éviter autant qu'il eſt poſſible, le morcellement des biens.

XIII. Venons aux opérations ſubordonnées du partage. Les petits-enfans d'une même branche n'ont conjointement que le lot que leur pere auroit eu, s'il étoit vivant; c'eſt l'effet de la repréſentation, puiſque tous conſidérés conjointement, ne viennent à la ſucceſſion de leur ayeul, que parce qu'ils repréſentent collectivement leur pere prédécédé, & ils ſubdiviſent ce lot entr'eux en autant de parts qu'il y a de petits-enfans de cette branche qui ont accepté la ſucceſſion de leur ayeul: mais dans cette ſubdiviſion, l'aîné d'entr'eux prend ſon droit d'aîneſſe, comme on l'a expliqué dans le chapitre du droit d'aîneſſe.

Voyez ſur ce Tiracqueau, en ſon traité du droit d'aîneſſe, queſt. 42, & c'eſt encore le texte pour la branche aînée; ce qui influe ſur les autres par l'eſprit de la coutume.

DISTINCTION III.

De l'égalité qu'il doit y avoir dans le partage; du jet & de la garantie des lots.

XIV. Voici d'autres opérations ſubordonnées. Les lots doivent être jettés au ſort, ce qui coupe racine à toute conteſtation ſur le choix; cependant cela n'empêche pas la garantie dont on va parler, c'eſt elle qui conſomme l'égalité à laquelle le ſort des lots ne tend qu'imparfaitement.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 588, num. 39, ce qui s'obſerve au châtelet; on parle du jet des lots au ſort.

XV. Suivons la garantie des lots, ils ſont garans les uns des autres, le ſort de l'un des héritiers ne devant être différent de celui des autres, ayant tous même qualité, ils ont même droit; ce qui fonde cette garantie pour laquelle l'hypothéque a lieu du jour du partage, s'il eſt authentique: hypothéque qui auroit lieu quand le partage ne ſeroit pas tel; mais en ce cas, ce ſeroit hypothéque purement légale, mais non moins efficace, que la conventionnelle.

Item curare debet ut de evictione caveatur, his quibus adjudicat, liv. 25, §. 20 & 21, ff. *famil. erciſc.* Pour cette garantie, il y a hypothéque légale ſur les biens de la ſucceſſion; hypothéque qui a lieu par conſéquent, encore qu'elle n'eût pas été ſtipulée; Louet, let. H, num. 2, hypothéque qui doit avoir lieu pour les ſoultes, encore que le partage eût été fait par un commiſſaire, qu'on pourroit dire, ne pouvoir donner hypothéque, quoiqu'en cette partie, il n'agiſſe que comme délégué par le juge, puiſqu'indépendamment de la capacité qu'il a pour ce en ce cas, il y a hypothéque l'égale; de ce principe, il faut donc con-

clure que, quoique le partage ſoit fait devant un commiſſaire, & qu'il contienne ſoulte, il produit hypothéque; cependant j'ai entendu juger le contraire au préſidial, plaidant Pothouin, mais tout le barreau étoit d'avis contraire, la conteſtation étoit contre un acquéreur; ſur cette garantie, voyez le Maître, pag. 480, elle eſt inconteſtable, l'uſage la rend telle, ainſi que les principes; voyez auſſi le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, num. 74, qui donne même tous les effets de l'hypothéque à un partage fait ſous ſignature privée; ce que je goûte fort, car en ce cas, c'eſt hypothéque légale, & qui a lieu du jour de l'addition d'hérédité.

XVI. Cette action reçoit une exception; en effet, cette garantie n'embraſſe pas les faits du prince; mais hors ce cas où elle ceſſe, elle a lieu de droit & ſans ſtipulation, la nature de l'acte, c'eſt-à-dire, le partage même la faiſant naître.

Baſſet, tom. 2, liv. 5, tit. 7, ch. 2; c'eſt action de droit, & c'eſt ce qui réſulte de la loi 11, ff. *de evict.* par rapport aux faits du prince.

XVII. Cependant la garantie pour les faits du prince auroit lieu, ſi elle étoit ſtipulée, autrement nul n'en eſt garant; mais étant ſtipulée, c'eſt convention licite, laquelle, comme telle, doit avoir ſon exécution; en effet, elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives & négatives; elle doit donc avoir ſon exécution.

Voyez la ſect. 4, du ch. 8 des ſucceſſions collatérales.

XVIII. Voici une autre exception que cette action reçoit. Les cas fortuits ne donnent lieu à aucune garantie contre les copartageans, nul n'en étant garant, s'il ne s'y eſt ſoumis; l'équité a dicté cette maxime.

Quæ fortuitis caſibus accidunt, cùm provideri non potuerunt in quibus etiam agreſſio latronum, ex nullo bonæ fidei judicio præſtantur, liv. 4, cod. *de pignerat act.* loi dictée, par l'équité, & comme telle adoptée.

☞ De même la garantie n'auroit pas lieu, ſi l'héritier dans le lot duquel une rente ſeroit tombée, avoit négligé de s'oppoſer au décret des biens de ſon débiteur, ou s'il n'avoit pas fait les diligences convenables, pour ſe procurer ſon payement; voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, num 69, & l'arrêt du 1 février 1602, rapporté par Louet.

XIX. L'égalité eſt l'ame de tout partage, c'eſt le but où l'arbitre du partage doit tendre; cependant toute inégalité n'anéantit pas le partage, ce qu'on expliquera; autrement ce ſeroit expoſer les familles à des troubles continuels.

Communicentur commoda & incommoda, liv. 19, ff. *famil. erſciſc.* Voyez la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci.

XX. En effet, & ſur cette égalité, il faut conſidérer qu'un partage n'eſt pas un acte de commerce où l'on puiſſe gagner ſur l'autre; mais une fixation de ce que chacun des copartageans doit avoir par indivis dans les biens communs, ce qui prouve que l'égalité en doit être la baſe; égalité qu'on fait même influer ſur les ceſſions & les tranſports faits à l'un par un créancier de la ſucceſſion.

De cette égalité il s'enſuit, que ſi l'un des enfans a pris la ceſſion des droits de l'un des créanciers de la ſucceſſion, la remiſe qui lui a été faite par le créancier, devient commune aux autres; arrêt du 29 avril 1589, rapporté par Louet, let. C, num. 5; ce qui a été jugé par ſentence rendue au châtelet, au rapport de l'abbé Palgnon; j'avois écrit au procès.

XXI. Si par le partage on s'eſt écarté du point fixe de cette égalité, les copartageans n'ont pas fait ce qu'ils devoient, ni ce qu'ils vouloient faire, ce qui donne lieu, mais non indiſtinctement à un nouveau partage; on verra ci-après quand la léſion ou l'inégalité donnent lieu à un nouveau partage, & quelle inégalité eſt pour ce néceſſaire: voilà ſur cela la régle générale.

C'eſt ce que dit le Brun, des ſucceſſions, qui ſoutient le partage imparfait, juſqu'à ce que l'égalité y ſoit réparée; c'eſt dans ſon traité des ſucceſſions, pag. 589, num. 48; ce qu'il faut néanmoins limiter, comme on va l'expliquer.

XXII. De-là il s'enſuit qu'en ce cas, c'eſt-à-dire, dans celui où la léſion eſt ſuffiſante pour donner lieu à un nouveau partage; le partage fait, n'eſt qu'un acte ébauché, & qu'il faut recommencer, mais ſous la limitation, & dans le cas ci-après exprimé ſeulement & non autrement.

Ut in omnibus æqualitas ſervetur, liv. 4, ff. *communi divid.*

XXIII. En effet, dans la crainte de troubler les familles par des reſtitutions trop fréquentes contre les partages, qui ſont des actes inévitables dans les familles, la reſtitution en entier contr'eux, n'eſt pas admiſe pour la moindre léſion; on va voir par la ſection qui ſuit, celle qui eſt pour ce néceſſaire, ce n'eſt que dans ce cas que l'inégalité le détruit; tel eſt l'uſage, tel eſt le principe général qu'on développera par la ſection qui ſuit.

Sur la reſtitution contre les partages, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 589 & 590; & la ſection qui ſuit, avec le titre des reſtitutions en entier, conſidérées en général, qui eſt dans le ſixieme livre; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere.

SECTION II.

De la reſtitution en entier contre un partage.

§. I.

De celle en faveur du mineur.

XXIV. Voyons un premier cas d'anéantiſſement:

tiſſement : le partage fait avec un mineur n'eſt que proviſionnel, & le mineur par la ſuite, a la voie ouverte pour en demander un définitif, outre la reſtitution en entier que la moindre léſion ouvre toujours en ſa faveur ; mais il ne doit pas abuſer de cette premiere voie que le privilége attaché à ſon âge, lui ouvre.

Cela s'obſerve au châtelet, & la maxime eſt atteſtée par le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 581, num. 22 ; mais il y faut joindre la limitation qui ſuit, autrement ce ſeroit abuſer de cette régle.

XXV. Cependant ſi le partage étoit arithmétiquement égal, il doit ſubſiſter, un nouveau partage n'opérant que des frais inutiles; autrement ce ſeroit appliquer contre le mineur, le bénéfice de la reſtitution qui a été introduit en ſa faveur, ce qu'on ne peut faire, parce que perſonne ne feroit un tel partage avec eux : partage qui cependant peut ſouvent leur être utile, & convenable à leurs intérêts, mais s'il emporte la moindre léſion contre le mineur, il eſt reſtituable ; c'eſt dans ce cas qu'il n'eſt vraiment que proviſionnel, & non définitif, & qu'il faut nouveau partage ; ſon privilége lui ouvre cette voie.

Arrêt du 10 décembre 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43, pag. 205 ; & cette reſtitution emporte le rapport des fruits ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 581, num. 24, ce qui me paroît devoir être reſtreint au mineur ſeulement, & non être étendu au profit des autres copartageans majeurs : par rapport aux fruits, voyez le même auteur, à la pag. 590, num. 49, où il eſt établi, que par rapport au mineur, la moindre léſion ſuffit pour donner lieu à la reſtitution en ſa faveur, ce qui influe ſur les fruits, ſans cela il reſteroit lézé ; c'eſt une acceſſoire qui eſt une ſuite inévitable du capital.

☞ Le mineur n'a pas même beſoin de lettres pour être reſtitué, ſi ce n'eſt par rapport aux fruits, par la raiſon que le partage n'eſt que proviſionnel à ſon égard ; voyez le Brun, à l'endroit ci-deſſus cité, num. 51.

XXVI. Voyons l'effet d'une telle reſtitution. Lorſque le mineur eſt reſtitué contre la fixation de ſon lot, cela emporte la nullité du partage même par rapport aux majeurs copartageans, d'où il s'enſuit qu'il faut procéder entre tous à un nouveau partage, mais ſans raiſon de fruits, ſi ce n'eſt par rapport au mineur ; cette reſtitution générale & commune à tous les copartageans, eſt fondée ſur ce qu'on ne peut fixer le lot du mineur que ſur une nouvelle maſſe, par une nouvelle diviſion d'icelle, ce qui néceſſite un nouveau partage ; toute autre opération ne ſeroit efficace & n'iroit pas au but, il faut donc en ce cas, & néceſſairement un nouveau partage.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & cette nouvelle maſſe, ou plutôt la nouvelle diviſion d'icelle, ſe peut aiſément faire, toute abſtraction faite des fruits, ſauf à en faire raiſon au mineur ſeulement, par rapport à la portion dans iceux, dont il s'eſt trouvé privé par la léſion ; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 592, num. 58.

XXVII. Cette action en nouveau partage compétente au mineur, ſubſiſte pendant dix ans, à compter du jour de ſa majorité ; mais après l'expiration de ce tems, il eſt non-recevable à demander nouveau partage, parce que ce terme, à partir de ſa majorité, eſt la durée de l'action en reſtitution en entier, qui a été ouverte en ſa faveur ; ainſi après ce tems expiré, il y a fin de non-recevoir contre lui, la propriété des biens ne devant pas reſter dans une perpétuelle incertitude.

A l'égard de la durée de l'action en partage, conſidérée en général, elle eſt de 30 ans, après lequel tems elle eſt preſcrite ; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 597 & 598, établit doctement cette preſcription ; à l'égard de celle mentionnée dans la propoſition, elle eſt établie dans le dernier livre, titre des reſtitutions en entier.

§. II.

De la reſtitution du majeur contre un partage.

XXVIII. La reſtitution pour le majeur contre un partage, eſt plus limitée ; on a vu dans la derniere propoſition de la ſection précédente, que pour ne pas troubler les familles, la juſtice, par rapport aux majeurs ne conſidere pas de certaines léſions que les partages peuvent produire, c'eſt ce qu'il s'agit d'éclaircir ici ; le majeur n'eſt reſtituable contre un partage que lorſque par icelui il eſt léſé du tiers au quart : une léſion plus foible que celle-là ſeroit à ſon égard inſuffiſante, & ne donneroit aucune atteinte au partage ; la juſtice pour le maintien de l'ordre, la rejette, mais ſans l'approuver.

Papon, tit. 16, liv. 17, arrêt 6 ; Mornac, ſur la loi *Majoribus*, cod. *communia utriuſque jud.* le Brun, des ſucceſſions, pag. 590, num. 49, & tel eſt l'uſage du châtelet, que les quatre propoſitions ſuivantes développent.

XXIX. Ce qu'on entend par léſion du tiers au quart, eſt que le majeur ait eu moins que les trois quarts de ce qu'il devoit avoir ; enſorte que la léſion ſoit entre le tiers & le quart de ſa véritable portion héréditaire, & par conſéquent excédente le quart d'icelle.

Voyez ci-après le titre des reſtitutions en entier, & les arrêts & autres autorités qui ſont ſur ce cités, & la propoſition ſuivante qui explique la conſéquence qui réſulte de celle-ci.

XXX. De-là il s'enſuit, que ſi le lot du majeur devoit être arithmétiquement de quarante mille livres, & que par ſon lot de par-

tage il ait eu arithmétiquement trente mille livres, il ne ſeroit pas reſtituable; parce qu'en ce cas il ne ſouffre pas une léſion qui excéde le quart du lot qu'il devoit avoir, elle n'eſt que du quart ſeulement, ce qui n'eſt pas ſuffiſant puiſqu'il faut qu'elle ſoit du tiers au quart, c'eſt-à-dire, au-deſſus du quart; telle eſt la fixation qui ménage l'intérêt du particulier, & celui de chaque famille.

Mais lorſque la léſion eſt du tiers au quart, non-ſeulement l'héritier qui la ſouffre, mais ſes créanciers, ont le droit de ſe pourvoir contre ce partage; le Brun, des ſucceſſions, pag. 592, num. 59, ce qui prouve d'autant plus ce que deſſus; en effet, les créanciers peuvent exercer les droits de leurs débiteurs.

XXXI. Mais ſi, dans la même hypothéſe, c'eſt-à-dire, lorſque le lot de chaque héritier devoit être de quarante mille livres, l'un d'eux n'a eu par ſon lot de partage que vingt-neuf mille livres, en ce cas il eſt reſtituable contre le partage, parce que ſon lot eſt moindre de plus d'un quart, & que par conſéquent il ſouffre une léſion du tiers au quart; double exemple, qui fait connoître ce que c'eſt que la léſion du tiers au quart, qui eſt la ſeule ſuffiſante pour opérer reſtitution en faveur des majeurs; & la forme, ainſi que la qualification qu'on auroit donnée au partage, ne peuvent donner aucune atteinte à cette régle, elle eſt indépendante de la forme.

Cela auroit lieu, encore que le partage eût été fait en forme de tranſaction; mais il n'y auroit plus ouverture à la reſtitution en entier, ſi l'on avoit tranſigé ſur un partage déja fait; cette diſtinction eſt établie par le Brun, des ſucceſſions, p. 590, num. 5; arrêt du 10 décembre 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 43, pag. 205; diſtinction qui eſt tres-conforme aux principes de la reſtitution en entier: en effet, il ne faut pas que les conteſtations ſe perpétuent, & tranſaction volontaire en eſt une juſte fin.

☞ Quelques auteurs prétendent qu'en cas de léſion ſeulement, il n'y auroit pas lieu à reſtitution contre un partage qui ſeroit fait par tranſaction ſur procès, & cela ſur le fondement de l'ordonnance de 1561, qui ne permet pas d'attaquer les tranſactions ſous prétexte de la ſeule léſion; mais il faut faire une diſtinction à cet égard, ſi la tranſaction ſur procès a été précédée d'acte de partage, il n'y auroit point lieu à reſtitution: mais ſi la tranſaction n'a été paſſée que pour parvenir au partage, elle n'y forme aucun obſtacle; c'eſt ce qui a été jugé, non-ſeulement par l'arrêt du 10 décembre 1708 ci-deſſus cité, mais encore par un autre arrêt antérieur du 27 février 1577, auſſi rapporté une par le Brun.

XXXII. Dans le cas de cette reſtitution du majeur on n'anéantit pas le partage & on ne procéde pas à un nouveau, comme on le fait à l'égard du mineur léſé par un partage, qui relativement à lui n'eſt que proviſionnel, mais les copartageans fourniſſent le ſupplément au léſé majeur; voilà à l'égard de ce dernier tout l'effet d'une telle reſtitution en entier, elle conſomme ſon droit plus ſimplement & à moindres frais qu'un nouveau partage.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 592, num. 56 & 57, & c'eſt en ce cas ce qui ſe pratique.

XXXIII. Il n'en ſeroit pas de même s'il y avoit dol perſonnel; en ce cas il faudroit nouveau partage à l'égard même du majeur, parce que le dol l'anéantit dans ſa ſource & pour tous; il faut donc en ce cas en faire un régulier, ſi le vice ne peut être réparé par un ſupplément.

C'eſt ce qu'ajoute le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente; cependant le ſupplément en ce cas en feroit ceſſer l'effet, & cela ſeroit plus judicieux.

XXXIV. L'action en reſtitution contre les partages en faveur des majeurs dure dix ans, du jour du partage; mais après ce tems il y a fin de non-recevoir, il eſt ſuffiſant, un plus long tems ſeroit préjudiciable à l'ordre public; telle eſt la ſalutaire diſpoſition des ordonnances.

Cela eſt établi ſur le titre des reſtitutions, c'eſt le ſiége de cette matiere, & c'eſt la diſpoſition des ordonnances qui y ſont rapportées.

SECTION III.

De l'effet du partage relativement à des tiers, & de la préférence des copartageans contre un ceſſionnaire.

XXXV. Le partage a un effet rétroactif, & par conſéquent remonte au moment de l'ouverture de la ſucceſſion, parce que c'eſt un acte ſimplement déclaratif d'un droit acquis dès-lors, & non pas un acte introductif d'un droit nouveau; ce qui lui fait produire tout ſon effet contre des tiers: effet qui forme la propoſition ſuivante, qui en contient la conſéquence; il eſt à propos de s'arrêter d'abord au principe.

Voyez la loi 7, §. *ultimo*, ff. *quibus modis pig. vel hyp.* & les autorités qui ſont citées ſur la propoſition ſuivante, elles ſont communes à celle-ci.

XXXVI. De-là il s'enſuit qu'après le partage, l'hypothéque des créanciers de l'un des copartageans ſe trouve reſſerrée de droit ſur les biens échus dans le lot de leur débiteur, ils ne peuvent avoir plus de droit que lui; ce qui produit néceſſairement cet effet, & cette limitation de leur hypothéque.

Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 1, gl. 9, num. 43 & ſuivans: arrêt du 2 août 1595, rapporté par Louet, let. H. num. 11; Lapeyrere, let. H, déciſion 38, pag. 162, & tel eſt l'uſage.

XXXVII. Cependant dans la crainte qu'un débiteur, par un partage, ne fraude ſes créanciers en faiſant compoſer ſon lot d'effets mobiliers, dont il pourroit diſpoſer à leur préjudice, & ne donnât par ce moyen atteinte au droit d'hypothéque qui leur eſt acquis, & par-là ne leur enlevât leur ſûreté (*les meubles n'étant ſujets à ſuite*), il leur eſt permis d'intervenir dans le partage pour veiller à la conſervation de leurs droits, en conſervant ceux de leur débiteur; ce qu'on a déja obſervé, & ce que l'ordre oblige de reprendre ici; c'eſt ainſi que la ſageſſe de la juriſprudence conſerve tous les droits légitimes.

Cette intervention eſt très-uſitée au châtelet, pour parvenir à la fin expliquée dans la propoſition.

XXXVIII. Si l'un des enfans avoit cédé ſes droits héréditaires à un étranger, les autres peuvent exclure l'étranger de leur partage, en lui rembourſant le prix de ſon tranſport; la faveur qu'ils méritent fonde leur droit: c'eſt juſte exception à la régle générale qui eſt contraire, mais c'eſt l'équité qui a dicté cette exception.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 3, num. 64. Voyez les loix *per diverſas*, & *ab anaſtaſio*; elles n'ont pas lieu parmi nous dans la thèſe générale, mais elles ont lieu dans ce cas-ci, c'eſt exception; cette préférence eſt fondée ſur l'intérêt qu'ils ont qu'un étranger n'entre pas dans leurs affaires domeſtiques: mais lorſqu'une telle ceſſion eſt faite par un petit-fils, ſes freres & ſœurs ſont préférables pour ce à ſes oncles & tantes; ils ont part dans la ſucceſſion, & ils ont de plus une ſubdiviſion à faire entr'eux, ce qui fonde leur préférence: mais la ceſſion étant faite par l'un des cohéritiers au profit de l'un de ſes cohéritiers, ce droit n'auroit plus lieu, & le tranſport ſeroit exécuté; le Brun, des ſucceſſions, pag. 646, num. 66; ce qui établit la derniere partie de la propoſition.

XXXIX. Les propoſitions de cette ſection & de la précédente, ont lieu dans toutes les ſucceſſions, c'eſt-à-dire, qu'elles ſont communes aux ſucceſſions aſcendantes & aux collatérales.

On ne les répéte pas dans les ſucceſſions des aſcendans & dans celle des collatéraux; ainſi ſur ces ſucceſſions il faut appliquer ce que deſſus, cela leur eſt commun.

CHAPITRE DOUZIEME.

DES DETTES DES SUCCESSIONS DES ASCENDANS.

(Art. 332 & 333 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE LES ENFANS HÉRITIERS PURS ET SIMPLES EN SONT TENUS INDISTINCTEMENT, ET COMMENT ILS Y CONTRIBUENT ENTR'EUX.

I. TOUT héritier pur & ſimple eſt tenu des dettes, cette charge tombant ſur tout ſucceſſeur à titre univerſel, & il en eſt tenu indépendamment du montant de ſon émolument & par rapport à tout autre ſucceſſeur; cette charge eſt fondée ſur ce que les biens ne s'entendent que déduction faite des dettes, ce qui aſſujettit tout héritier, tout ſucceſſeur à cette charge inſéparable de leur qualité: il y a plus par cette réflexion, par cette tranſmiſſion d'engagement, l'héritier pur & ſimple ne peut aller contre le fait du défunt; de-là il s'enſuit que ſi le défunt avoit vendu le bien de l'héritier, ce dernier ne pourroit troubler l'acquéreur, parce qu'il ſeroit lui-même le garant de ſa propre action qui eſt indiviſible, ſauf ſon recours contre ſes cohéritiers pour leur part & portion ſeulement, la ſienne étant confondue dans ſa perſonne.

Cela a lieu, quoique les biens ſoient inſuffiſans pour acquitter toutes les dettes, par rapport à l'héritier pur & ſimple; loi 8, ff. *de acquir. vel amit. hæred.* mais ſi l'un d'eux étoit créancier du défunt, il ne confondroit que ſa part virile, & il reſteroit créancier des autres de la portion perſonnelle de chacun d'eux: *Si filius-familias juſſu patris obligatus ſit, debebit hoc debitum præcipere, ſed etſi in rem patris vertit idem placet*, l. 20, §. 2, ff. *familiæ erciſc.* C'eſt le juſte effet de la diviſion de l'actif, dans lequel il n'a qu'une part & non le tout; ſur la derniere partie de la propoſition voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 654 & 655.

II. Mais il y a cette différence à faire entre l'héritier pur & ſimple, & tout autre ſucceſſeur à titre univerſel, que l'héritier pur & ſimple eſt tenu dans toute ſucceſſion indiſtinctement de toutes les dettes, s'il eſt ſeul héritier, & pour ſa part virile, s'il y en a eu d'autres qui ayent concouru avec lui dans le partage de l'actif; au lieu qu'un ſuc-

ceſſeur à titre univerſel, autre qu'un héritier pur & ſimple, n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence de ce qu'il amende, comme on le verra ci-après; & ces derniers en ſont tenus par la raiſon qui termine la précédente propoſition, qui eſt qu'ils ne peuvent recueillir que ce qui reſte après l'acquittement de dettes: c'eſt la poſſeſſion des biens qui les engage encore plus que leur qualité.

Voyez ci-après le titre des donations & celui des teſtamens, & les autorités qui ſont ſur ce rapportées, qui fondent cette limitation; elle réſulte de l'art. 334 de la coutume, & ce qui ſuit, va encore l'établir.

III. Venons à la répartition de cette charge. S'il y a quatre enfans héritiers purs & ſimples de leur pere, ils doivent chacun contribuer pour un quart au payement des dettes de la ſucceſſion, le paſſif devant ſe balancer par l'actif; tel eſt ſur ce le principe capital.

Loi 2, au code *de hæred. inſtit.* le Brun, en ſon traité des ſucceſſions liv. 4, ch. 2, ſect. 3, pag. 629; & c'eſt la diſpoſition de l'article 332 de la coutume, qui a ſa racine dans la propoſition qui ſuit.

IV. En effet, la diviſion des biens, ſur la totalité deſquels les dettes doivent ſe prendre, forme la diviſion de la charge des dettes; ainſi la part qu'ils ont dans l'actif doit donc former celle qu'ils doivent ſupporter dans le paſſif: preuve de la propoſition précédente, ainſi que de l'équité que contient l'article indiqué; c'eſt droit commun.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 232; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 9, & c'eſt le texte même de la coutume, on va en voir la conſéquence dans le cas de la repréſentation.

V. De là il s'enſuit que s'il y a trois enfans, & des petits-enfans d'un autre enfant prédécédé, ces petits-enfans héritiers conjointement pour un quart ſeulement dans la ſucceſſion de leur ayeul par repréſentation de leur pere, ne contribuent enſemble que pour un quart au payement des dettes, la charge dans le paſſif devant être conforme à la portion dans l'actif, l'un n'étant que la ſuite de l'autre.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 602, num. 10, & ce quart ſe ſubdiviſe entr'eux, eu égard à leur nombre; le même principe fonde cette ſubdiviſion paſſive entr'eux.

VI. Par le même principe que la diviſion des biens fait la diviſion des dettes, le fils qui eſt réduit à ſa légitime ne doit que la moitié d'une portion virile dans les dettes; autrement, c'eſt-à-dire, ſi l'on le chargeoit d'une portion virile & entiere dans les dettes, il ſe trouveroit qu'il auroit moins que ſa légitime, qui doit être de la moitié d'une portion héréditaire; mais les cinq propoſitions précédentes, comme celle-ci, ne tombent pas ſur les charges réelles qui ſuivent toujours la choſe.

A l'égard des charges réelles, telles que ſont les rentes foncieres, elles ne ſe diviſent pas comme ci deſſus, ce qui ſe verra par la ſection qui ſuit; c'eſt exception qu'il convient ici d'obſerver.

SECTION II.

De la contribution lorſqu'il y a un légataire univerſel & des héritiers, & ſi la contribution tombe ſur les charges réelles.

(Art. 334 de la coutume.)

VII. Dans le cas qu'il y a un légataire univerſel, la contribution par rapport aux héritiers, ne ſe fait plus, comme il eſt dit dans la ſection précédente, c'eſt-à-dire, par portion virile, mais les héritiers & le légataire univerſel contribuent chacun pour le payement des dettes à proportion de l'émolument; ce qui revient au même par rapport aux héritiers, mais qui les décharge d'autant qu'ils ſont dépouillés par le legs univerſel qui doit contribuer au payement des dettes, comme les biens auxquels les héritiers ſuccédent.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 232, & cela réſulte de l'article 334 de la coutume. Sur cette charge, juſtement impoſée au légataire univerſel, ainſi qu'à tout autre ſucceſſeur à titre univerſel; voyez d'Argentré, ſur l'art. 219 de la coutume de Bretagne, & Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 3, ſect. 13: mais ces ſucceſſeurs ſont, quant au payement des dettes, différens des héritiers purs & ſimples, en ce qu'ils ne ſont point tenus au delà de leur émolument, ce qui eſt établi ci-après dans le ſixieme livre; voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 39; le journal des audiences, tom. 1, liv. 1, ch. 108, & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, du payement des dettes; art. 7, ſur quoi il faut obſerver que ſi les héritiers ſe ſont tenus aux quatre quints des propres, le légataire univerſel contribue au payement des dettes, à raiſon de tous les biens diſponibles, quoiqu'il y en ait portion d'iceux de légués à titre particulier, parce que ſans cela les diſpoſitions teſtamentaires donneroient atteinte aux quatre quints des propres, ce que la coutume prohibe expreſſément; ce qu'on examinera plus à fond ſur le titre des teſtamens.

VIII. A l'égard des charges réelles, comme redevances, rentes foncieres, elles ne ſont pas à la charge de tous les ſucceſſeurs, ni par conſéquent ſujettes entr'eux à la contribution qu'on examine & qu'on traite ici; mais uniquement à la charge de celui dans le lot duquel l'immeuble qui en eſt chargé eſt tombé; elles en ſont inſéparables, & le ſuivent dans telles mains qu'il paſſe: ce qui a

lieu, tant à l'égard du légataire, & même particulier, qu'à l'égard des héritiers.

Dupleſſis, à la pag. 232 qu'on vient de citer; le Brun, des ſucceſſions, pag. 607, num. 29, & telle rente ſeroit à ſa charge, encore qu'elle fût rachetable; le même auteur, pag. 639, num. 37: mais auſſi dans l'eſtimation d'un tel immeuble, ainſi chargé, a-t-on égard à la charge; tel eſt l'uſage du châtelet, qui conſerve l'égalité, qui eſt l'ame de tout partage, & on y a égard, parce qu'une telle charge eſt une vraie diminution de la choſe même, il faut donc dans l'eſtimation y avoir néceſſairement égard.

SECTION III.

Que l'aîné ayant préciput & avantage n'y contribue pas plus que les autres, & du prix du fief dû.

(Dern. partie de l'art. 334 de la coutume.)

IX. L'aîné, nonobſtant ſes avantages ſur les fiefs, avantages qu'on a expliqué ci-deſſus, ne contribue pas plus au payement des dettes que ſes freres & ſœurs; la loi lui a fait la faveur toute entiere, & l'exempte d'une plus forte contribution; c'eſt privilége.

Robert, liv. 4, ch. 13; de-là il s'enſuit que s'il a payé les dettes, il a ſon recours contre les autres, *in viriles non pro portionibus hæreditariis*: de Montholon, ch. 37, Louet, let. D. num. 16, le Prêtre, cent. 1, ch. 83. La loi lui donne ces droits, *jure præcipui, non jure hæreditario*; ce qui s'entend dans la coutume de Paris & autres ſemblables, dans leſquelles coutumes ce n'eſt pas tant une portion d'héritier, qu'un préciput de naiſſance, dit Dupleſſis, pag 232. Il en eſt autrement dans les coutumes contraires; voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 3, num. 3, pag. 630.

X. Cependant, ſuivant la ſeconde propoſition de la ſection précédente, l'aîné eſt tenu des charges réelles ſur les fiefs, à proportion de la part qu'il y prend; c'eſt diminution de la choſe même, ce qui lui rend ces charges perſonnelles.

Lapeyrere, *verbo*, aîneſſe, num. 28, pag. 13; Dupleſſis, pag. 232, le Brun, des ſucceſſions, p. 171, num. 53: ce qui auroit lieu dans le cas même que la rente fonciere ſeroit rachetable, comme on l'a déja obſervé dans la théſe générale; & ce qui doit par conſéquent avoir lieu contre l'aîné, comme contre les autres héritiers, l'aîné n'ayant ſur ce aucune exemption; le même auteur, au même traité, pag. 639, num. 27; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 31, num. 11: voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci. En effet, ces charges ſont une diminution de la choſe même, plutôt qu'une dette de la ſucceſſion; elles doivent donc toujours ſuivre la choſe, elles en ſont inſéparables, comme on l'a déja dit; il n'y a ſur ce aucune diſtinction à faire: mais dans les coutumes, dans leſquelles les avantages de l'aîné lui ſont accordés, *jure hæreditario*, & non pas *jure præcipui*, il contribue au payement des dettes à proportion de ſon émolument: arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 126: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 607, num. 29 & 631, ſuite du nombre 3, à plus forte raiſon dans ces coutumes, ſupporte-t-il les charges réelles ſur les fiefs à proportion de la part qu'il y prend; cela eſt inconteſtable: ces coutumes me paroiſſent plus judicieuſes que les autres.

XI. Lorſque la dette eſt le prix même du fief, ou de portion d'icelui, l'aîné n'y contribue pas plus que ſes freres, il y contribue à proportion de la part virile & non de la part réelle qu'il y prend; c'eſt une dette purement perſonnelle à laquelle il ne doit contribuer que comme aux autres dettes de cette nature, & c'eſt dans ce cas dans lequel le privilége, l'exemption que la coutume lui accorde me paroiſſent bien dures contre les autres.

Brodeau, ſur Louët, let. D, num. 16, le Prêtre, cent. 1, ch. 37; l'arrêt du 12 mars 1626, rapporté par Bardet, liv. 2, ch. 79. Lepeyrere, let. A. *verbo*, aîneſſe, num. 28, pag. 13 de l'édition de 1725, penſe le contraire; mais il n'appuie pas ſon avis d'aucune raiſon déciſive; la propoſition eſt encore conforme au ſentiment de le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 171, num. 53; de-là il s'enſuit que ſi l'aîné eſt pourſuivi en déclaration d'hypothéque pour raiſon d'une telle dette, il a recours contre ſes freres pour leur portion virile: le Maître, pag. 492, confirme encore la propoſition, qui me paroît inconteſtable, parce que où la loi ne diſtingue pas, il ne faut pas diſtinguer: il eſt vrai que cela eſt rigoureux; mais il faut le reſpecter.

XII. Cela ceſſant, c'eſt-à-dire, ſi ce n'étoit ni dette exigible, ni rente conſtituée pour raiſon de l'acquiſition du fief, mais rente fonciere créée par le pere; en ce cas, comme on l'a déja dit, c'eſt charge réelle qui ſuit le fief; elle ſeroit à ſa charge ſi la rente fonciere étoit ancienne; & pourroit-elle ceſſer de l'être, parce qu'elle a pris naiſſance dans la perſonne du pere? Je n'y vois pas de différence.

Cela eſt atteſté par le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente; voyez auſſi Bacquet, des droits de juſtice, ch. 1, num. 16, & la propoſition qui ſuit.

XIII. Inutile de dire & d'oppoſer contre l'avant-derniere propoſition, que le pere acquéreur du fief, & ſes enfans qui le repréſentent, ne deviennent vraiement propriétaires du fief qu'en payant le prix d'icelui, ce qui, relativement aux enfans, rend cette dette plus réelle qu'hypothécaire; l'engagement eſt vraiement perſonnel, ce qui décide & ce qui rend l'affranchiſſement de l'aîné ci-deſſus expliqué inconteſtable: affranchiſſement qui n'influeroit pas ſur l'exercice de la faculté d'un réméré, & qui n'auroit pas lieu dans les coutumes, qui ne donnent des avantages à l'aîné que *jure hereditario*.

Brodeau, *loco citato*; mais si le pere avoit vendu son fief avec faculté de remeré, & qu'il laissât cette action dans sa succession, les puînés ne contribuent à son exercice qu'à proportion de leur part, parce que c'est une faculté à laquelle les enfans succédent, suivant que la loi les y appelle: je le pense ainsi, & non une dette; le Brun, des successions, pag. 172, num. 17 & 633, num. 8: ce qui est tout ensemble, & conforme aux principes, conforme à l'équité & à la nature d'un tel droit qui n'est dette, mais exercice d'un droit dont les enfans ont été saisis inégalement, mais avec une charge qui y est inhérente.

SECTION IV.

Que la remise faite par un créancier à l'un des enfans, profite à tous.

XIV. Celui des enfans qui a composé avec un des créanciers, ne profite pas seul de la remise, telle remise est commune à tous les cohéritiers; il a agit pour le bien commun, ce qui fonde la répartition du bénéfice ou de la remise: repartition de la remise entre tous, qui a lieu entre les héritiers collatéraux, comme elle a lieu entre les héritiers directs; c'est même principe.

Loüet, let. C, num. 5; le Brun, en son traité des successions, liv. 4, ch. 2, sect. 3, num. 63, pag. 646: voyez la proposition suivante qui confirme ce-ci; c'est mandat tacite, qualité qui fonde cette communication; & l'effet d'icelui est encore attesté par le Prêtre, cent. 3, ch. 46, & par les arrêtés faits chez M. le premier président de Lamoignon, tit. des transports, art. 23.

XV. En effet, il y a pour ce une espece de société, & celui qui a composé est censé ne l'avoir fait que comme mandataire des autres: qualité, quoique tacite, mais légale, qui l'oblige à la répartition mentionnée dans la proposition précédente, qui, indépendamment de ces principes de droit, est encore fondée sur une souveraine équité.

Lapeyrere, sur le mot co-héritier, pag. 43 de l'édition de 1725; & cela a été ainsi jugé au châtelet sur un procès dans lequel j'avois écrit: ce procès a été jugé au rapport de feu M. l'abbé Paignon

SECTION V.

Des actions des créanciers contre les enfans héritiers purs & simples.

§. I.

De la division de leur action.

(Art. 332 de la coutume.)

XVI. Les créanciers n'ont l'action personnelle contr'eux que pour la part & portion dont ils sont héritiers, l'action personnelle du créancier ne va pas au-delà, sauf l'effet de l'hypothéque: on va voir les suites de cette régle, & la division qu'elle produit de droit de l'action du créancier contre les héritiers: on n'auroit pu s'écarter de cette division, & étendre l'action personnelle au-delà de chaque portion virile sans injustice.

Pro hæreditariis partibus hæredis onera hæreditaria agnoscere placuit, l. 2, au code *de hæred. instit.* voyez sur l'action des créanciers contre les héritiers de leurs débiteurs, le traité des successions de le Brun, liv. 4, ch. 2, sect. 1, pag. 599; il fonde la proposition qui est par elle-même irréfutable étant formée sur le texte de la coutume.

XVII. De-là il s'enfuit que s'il y a deux héritiers, les créanciers n'ont l'action personnelle contre chacun d'eux que pour moitié; limitation à cette action, qui auroit lieu encore que l'un de ces deux héritiers fût devenu insolvable: conséquence de ce que dessus; c'est la nature de cette action.

C'est la disposition de droit, *non pro his qui sub vendo non sunt, onerari cohæredes non oportet*, l. 23, ff. *de legatis* 3; & tel est l'usage, c'est suite de la coutume.

☞ Néanmoins Ausanet sur l'art. 332 de la coutume de Paris, rapporte un arrêt du 17 février 1717, par lequel il a été jugé que l'un de plusieurs héritiers condamné personnellement, se trouvant insolvable, les autres héritiers étoient tenus de payer par contribution la portion de l'insolvable; mais Bacquet & Dumoulin sont d'avis contraire, & estiment avec raison que l'insolvabilité retombe sur le créancier.

XVIII. Mais cette action a lieu encore que cela excéde leur émolument, comme on l'a vu ci-dessus, leur qualité d'héritier pur & simple produisant contr'eux cette action, toute abstraction faite de leur amendement; il en seroit autrement s'ils étoient héritiers par bénéfice d'inventaire, ce qu'on verra ci-après; c'est exception que l'inventaire fonde, mais exception qui ne peut avoir lieu lorsqu'il y a entiere confusion: confusion que les créanciers imputent avec raison à l'héritier.

Sur quoi il est à propos d'observer que, quoiqu'il y ait différens héritiers, & qu'ils doivent entr'eux contribuer au payement des dettes, à proportion de leur émolument, succédans inégalement, cette proportion leur est relative, & nonobstant icelle, les créanciers peuvent les poursuivre par portions viriles, ce qu'on verra plus amplement ci-après dans le titre des actions, & ce qui ne peut s'appliquer qu'à la succession collatérale, & non à la directe; voyez Bacquet, des droits de justice, ch. 21, num. 162; Coquille, quest. 236; Lapeyrere, let. H. décision 14, pag. 136; le Brun, des successions, pag. 601, num. 5. Mais si l'un des héritiers s'étoit fait restituer contre son acceptation, en ce cas, les autres héritiers, en abandonnant la part du restitué, & refusant l'accroissement d'icelle à la leur, ne doivent toujours que leur portion vi-

rile & perſonnelle, de laquelle ils étoient tenus avant la reſtitution en entier ; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 539, num. 33 & 626, num. 62 ; & c'eſt la diſpoſition de la loi 61, *ff. de acquir. & amittend. hæred.* ce qui eſt auſſi judicieux que juridique, parce que le fait d'un tiers ne peut réfléchir ſur nous & nous engager.

§. II.

De l'exécution du titre paſſé par le défunt, & ſi le par corps auquel le défunt étoit ſoumis, a lieu contre ſes héritiers, & de l'effet de l'hypothéque.

(Art. 168, 169, & 133 de la coutume.)

XIX. Le titre authentique paſſé par le défunt, n'eſt pas de plein droit exécutoire contre ſes héritiers, c'eſt le texte de la coutume ; l'action dont on vient de parler eſt fort différente de l'exécution, celle-là a ſes régles : on va les expliquer, l'héritier doit être inſtruit avant d'être pourſuivi, & ſon acceptation ne donne aucune atteinte à l'hypothéque de ſes créanciers perſonnels.

Le créancier n'a même hypothéque ſur les biens perſonnels de l'héritier que du jour qu'il a fait déclarer ſon titre exécutoire contre lui ; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 173, pag. 162 : & c'eſt la diſpoſition textuelle de la coutume : le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 1, pag. 608, num. 35 : ce qui eſt un juſte & juridique ménagement des intérêts de ſes créanciers perſonnels ; intérêts qu'un fait poſtérieur du débiteur ne peut affoiblir.

XX. Cependant les créanciers peuvent toujours ſe pourvoir ſur les biens de la ſucceſſion, la mort de leur débiteur ne pouvant affoiblir leur droit, & ce droit leur eſt acquis : on en verra ſes effets par les propoſitions qui ſuivent ; mais le créancier qui avoit le par corps contre le défunt, ne l'a pas contre ſes enfans, ni contre ſes collatéraux en qualité de ſes héritiers ou autres ſucceſſeurs, parce que cette condamnation eſt perſonnaliſſime, ainſi elle s'efface par la mort de celui qui y étoit aſſujetti, le contraire auroit été une dureté contre l'héritier.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 611, num. 43 : ce qui eſt ſuivi au châtelet.

XXI. Venons à l'hypothéque ſur les biens du défunt. Le décès du débiteur n'affoiblit pas l'hypothéque que ſes créanciers avoient acquis ſur ſes biens, elle ſubſiſte ſur iceux comme elle ſubſiſtoit auparavant, & même l'action qui naît en leur faveur de cette hypothéque eſt indiviſible : indiviſibilité à laquelle il eſt bon d'abord de ſe fixer, & dont on va voir l'effet par la propoſition qui ſuit : indiviſibilité par laquelle un droit qui étoit acquis eſt conſervé dans ſon entier.

Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 4, pag. 162. Il n'en eſt pas de même de la ſimple action perſonnelle qui ſe diviſe toujours, & nonobſtant l'inſolvabilité des héritiers, aux termes de la loi 33, ff. *de legatis* 3, citée ſur le premier paragraphe de cette ſection ; telle eſt la différence entre l'une & l'autre action, l'une toujours diviſible, l'autre toujours indiviſible ; & c'eſt ce qui réſulte du texte de la coutume.

XXII. De-là il s'enſuit, que nonobſtant la diviſion de l'action perſonnelle, le créancier peut pourſuivre hypothécairement pour le tout celui des enfans de ſon débiteur qui eſt en poſſeſſion d'un immeuble qui lui eſt hypothéqué, ou même d'une portion d'icelui, l'hypothéque ayant lieu pour le tout ſur chacune des portions du gage, & étant de ſa nature indiviſible, ſauf l'effet, quant à ce, du déguerpiſſement qu'on va examiner : voie de libération de l'action hypothécaire dont il ſeroit étrange de priver l'héritier, puiſque c'eſt la ſeule poſſeſſion de la choſe qui l'y aſſujettit.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 608, num. 34 ; Dupleſſis, des actions, liv. 2, ch. 2, pag. 301 ; & c'eſt ce qui réſulte de l'art. 333 de la coutume.

XXIII. On prétend que cet héritier ne peut s'affranchir de cette pourſuite pour le tout, en offrant de déguerpir l'immeuble ; ce n'eſt cependant que ſa détemption, ce n'eſt du moins que l'immeuble même qui l'aſſujettit à cette action ; cette opinion n'eſt pas de mon goût : en effet, quand la cauſe ceſſe, par quelle ſubtilité praticienne en veut-on laiſſer ſubſiſter l'effet ? cela me paroît étrange.

C'eſt le ſentiment de Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 3, ch. 2, num. 9, pag. 605 ; & au même traité, liv. 4, ch. 4, num. 17 & 18, pag. 87 ; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, l. 4, ch. 2, ſect. 1, pag. 611, num. 41, eſt d'avis contraire, c'eſt-à-dire, qu'il admet le déguerpiſſement, ce qui eſt bien plus équitable & plus juridique que de le rejetter : mais au nombre 34 du même chapitre, il convient que cette opinion eſt contraire à ce qui ſe pratique au châtelet ; on y revient beaucoup de cette opinion, qui ne me paroît fondée que ſur une ſubtilité : en effet, cette opinion eſt fondée ſur ce que cette action en ce cas n'eſt regardée que comme un acceſſoire de l'action perſonnelle, de laquelle il ne peut s'affranchir par le déguerpiſſement ; cela eſt peu ſatisfaiſant, c'eſt donner la préférence aux idées logiciennes, ſur celles de droit qui doivent toujours l'emporter : Dupleſſis, pag. 601, eſtime que par le déguerpiſſement, l'héritier eſt libéré de l'effet de l'hypothéque, ainſi que le Brun ; ſentiment qui me paroît tout enſemble plus ſolide & plus équitable que celui de Loyſeau, vers lequel le torrent paroît entraîner le plus grand nombre : torrent auquel j'ai cru devoir conformer les deux propoſitions précédentes, contre mon propre ſentiment, qui eſt encore confirmé par Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, pag. 274.

☞ L'opinion de Loyſeau & de ceux qui penſent comme lui, que l'héritier pourſuivi hypothécairement, n'eſt point déchargé de la ſolidité par

le déguerpiſſement eſt fondé ſur les art. 102 & 103 de la coutume, qui n'accordent la faculté du déguerpiſſement qu'à un tiers détempteur, contre lequel la ſeule action hypothécaire milite. Mais à cela on peut répondre que ce n'eſt point la qualité d'héritier qui oblige hypothécairement; mais la détention & la poſſeſſion des héritages hypothéqués, enſorte que l'action hypothécaire doit ceſſer dès qu'on n'a plus d'héritage qui puiſſe être pourſuivi par cette action, autrement l'héritier qui ſe trouveroit poſſeſſeur d'un quartier de terre, pourroit donc être pourſuivi pour le tout, ſans être recevable au déguerpiſſement, ce qui ne peut s'admettre. Ainſi il ſemble que l'opinion de Loyſeau n'eſt pas ſoutenable, & qu'il faut admettre au contraire que l'héritier qui a déguerpi, eſt déchargé de l'action hypothécaire. Il y a même pluſieurs arrêts qui l'ont ainſi jugé. Voyez Tronçon, ſur l'art. 333 de la coutume: l'arrêt du premier juin 1621, rapporté par Louet, let. H, nomb. 19, & celui du 2 juillet 1627, rapporté par Brodeau au même endroit.

XXIV. Mais comme cette action hypothécaire, dans l'effet que ce torrent lui donne eſt ſûrement contraire à l'équité, & même aux principes, ſi l'on veut les examiner de près, je crois pouvoir dire que cette même hypothéque, ou l'effet d'icelle, en l'adoptant, ſelon Loyſeau, ne ſe multiplie pas dans la ſeconde & autres ſubſéquentes générations; autrement l'hypothéque & ſon effet ſe multiplieroient à l'infini, ce que la loi n'a voulu faire, mais ſeulement empêcher que par le partage des biens du débiteur originaire, l'hypothéque ne fût affoiblie: mais dans les ſubſéquentes générations, il me paroît que l'action hypothécaire acquiſe ſur les biens de l'héritier, n'eſt que l'acceſſoire de l'action perſonnelle, & que par conſéquent elle eſt limitée à l'étendue de l'action perſonnelle dont il eſt tenu. On ajoutera à ce que deſſus, que l'héritier ne peut jamais aller contre le fait du défunt.

Cette limitation ſe peut même prouver par le ſentiment de Loyſeau, que je ne peux goûter; mais non-ſeulement l'héritier eſt tenu des dettes, mais encore il ne peut aller contre le fait du défunt: de-là il s'enſuit que ſi le défunt a vendu le bien de lui héritier, il ne peut le revendiquer; le Brun, des ſucceſſions, pag. 654 & 655, ſauf ſon action contre ſes co héritiers pour leurs portions viriles, ce qu'il convient obſerver ici.

SECTION VI.

Du privilége des créanciers ſur les biens de la ſucceſſion, & du recours de l'heritier qui a payé plus que ſa portion.

XXV. Les créanciers de la ſucceſſion ſont préférés ſur les biens qui en proviennent aux créanciers perſonnels de l'héritier, qui ne peut avoir que ce qui reſte de biens libres après l'acquittement des dettes; fondement inébranlable de ce privilége, juſte en lui-même, puiſqu'il n'affoiblit pas les droits acquis aux créanciers de l'héritier ſur ſes biens perſonnels, ſur leſquels les créanciers de la ſucceſſion n'ont hypothéque que du jour qu'ils ont fait déclarer leurs titres exécutoires contre l'héritier.

Quoties hæredis bona ſolvenda non ſunt, non ſolùm creditores teſtatoris, ſed etiam eis quibus legatum fuerit impetrare bonorum poſſeſſionem æquum eſt, loi 6, ff. *de ſeparat.* voyez ſur ce privilége le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 1: privilége qui eſt de droit commun, & qui n'empêche pas que pour ce qui peut leur reſter dû après les biens du défunt épuiſés, ils n'ayent droit ſur ceux de ſon héritier; le même auteur, au même traité, pag. 605, num. 25, l'héritier pur & ſimple étant tenu indéfiniment, ce qui eſt établi ci-deſſus; & par conſéquent après l'épuiſement des biens du défunt, l'action reſte ſur les biens de l'héritier: voyez ſur ce privilége, le Prêtre, cent. 1, ch. 75: c'eſt droit commun.

XXVI. Ce privilége a lieu ſur les meubles comme ſur les immeubles de la ſucceſſion: il ſuffit, pour le fonder, qu'il ſoit conſtant que les biens proviennent du défunt: cependant, quant aux meubles par rapport auxquels ſeulement la confuſion eſt à craindre, ce privilége doit être exercé dans un certain tems, ſon expiration ſeroit fin de non-recevoir, ſa durée eſt de cinq ans.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 602, num. 12: voyez le Maître, pag. 544; mais ſur les meubles, il faut l'exercer dans les cinq ans; le même auteur: limitation qui n'a lieu par rapport aux immeubles, où la confuſion n'eſt point à conſidérer, & ſur leſquels l'hypothéque a lieu; telle eſt la juriſprudence du châtelet, par rapport aux immeubles & par rapport aux meubles; ce privilége n'y a lieu que lorſqu'ils ſont vendus après le décès du débiteur, & avant toute confuſion avec ceux de l'héritier: en effet, dès qu'il s'eſt fait une entiere confuſion, ce privilége ne peut plus avoir lieu, n'y ayant plus de vraie matiere ſur laquelle on puiſſe l'exercer.

XXVII. Ce même privilége s'étend encore plus loin; il a lieu ſur le bien donné par le défunt à l'un de ſes héritiers, & par lui rapporté à la maſſe, parce que par le rapport il devient bien de la ſucceſſion: ainſi ſur ce bien les créanciers de la ſucceſſion ſont préférés aux créanciers de l'héritier, de même que ſur ceux qui ſe ſont trouvés dans la ſucceſſion au moment de ſon ouverture; c'eſt bien héréditaire: qualité qui fonde le privilége que les créanciers perſonnels de l'héritier pourroient néanmoins faire rejetter, ſi ſon acceptation de la ſucceſſion avoit été faite par leur débiteur en fraude de leurs créances.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 606, num. 27, eſt d'avis contraire; avis que je ne peux goûter; en effet, au moyen du rapport le bien rapporté eſt devenu un bien de la ſucceſſion, & a ceſſé totalement

ment d'être à l'héritier, juſques-là que les hypothéques de ſon chef ſur icelui ſont effacées & reſſerrées ſur ſon lot; ce qui me paroît déterminant pour l'établiſſement de la propoſition, & par conſéquent pour faire rejetter l'opinion de le Brun, qui me paroît n'être fondée que ſur une confuſion d'un bien perſonnel avec un bien héréditaire, confuſion qu'il faut abſolument éviter.

XXVIII. Les créanciers de l'héritier ne peuvent demander la ſéparation des biens contre ceux du défunt, ſauf l'effet de leur hypothéque, ſur les immeubles perſonnels de leur débiteur; mais cela revient au même par rapport aux immeubles; & quant aux meubles, il eſt de principe qu'ils n'ont point ſuite par hypothéque.

Cela eſt atteſté par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 602, num. 15 & 603, num. 16 & 17, à moins qu'il n'y ait eu fraude de la part du débiteur dans l'acceptation de la ſucceſſion; le même auteur, à la même page 603, num. 20; le Maître, tit. 15, pag. 544; ce qui ne fait aucun tort à ces créanciers perſonnels de l'héritier, puiſque ceux du défunt n'ont hypothéque ſur les biens de l'héritier que du jour qu'ils ont fait déclarer leur titre exécutoire ſur ces derniers biens: voyez le Prêtre, à l'endroit cité ſur la premiere propoſition de cette ſection: en effet, de premiers engagemens ne font point d'obſtacle à des ſeconds.

☞ Les créanciers de l'héritier peuvent demander la ſéparation. L'opinion de le Brun, qui eſt contraire, n'eſt fondée ſur aucune raiſon ſolide; puiſque les créanciers du défunt ont cette faculté, pourquoi n'appartiendroit-t-elle pas également aux créanciers de l'héritier? Il y a parité de raiſon. Voyez Brodeau, lett. H, nomb. 19.

XXIX. Paſſons au recours que l'hypothéque fait naître. Celui des enfans qui, par la force de l'hypothéque, a payé plus que ſa portion virile a recours pour l'excédent contre ſes cohéritiers; ils ſont ſur ce ſes garans formels: on va voir les effets & l'étendue de cette garantie, que les principes comme une ſouveraine équité fondent.

La loi 18, §. 3, ff. *famil. erciſc.* lui accorde même l'intérêt de ce qu'il a avancé pour la ſucceſſion; intérêt qui ne peut avoir lieu parmi nous que par la demande en juſtice d'une telle avance, ou la dénonciation de la pourſuite; encore en ce dernier cas faut-il qu'il y ait demande en condamnation, ou du moins en garantie; tel eſt l'uſage du châtelet, il eſt ſuite de l'ordonnance.

XXX. Ce recours qui eſt donné à celui des héritiers qui a payé plus que ſa portion virile, & ce contre ſes cohéritiers, n'eſt pas ſolidaire, mais ſe réduit contre chacun d'eux à leur portion perſonnelle, & ne va pas au-delà, un cas excepté, & qu'on expliquera; tel eſt l'effet de ce recours. Par cette limitation on évite le circuit des actions, puiſqu'autrement cet héritier ſeroit lui-même le garant de ſa propre action; car les autres, en payant, n'étant pas de pire condition que lui, auroient cette même action contre lui-même, s'il avoit l'action ſolidaire contr'eux; puiſque ſur ce, leur ſort doit être égal, ce qui réduit inconteſtablement cette action à la portion virile dans la dette dont chacun d'eux eſt perſonnellement tenu, ſauf celle de l'inſolvable.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 1, pag. 811, num. 42; & tel eſt l'uſage du châtelet, qui a ſa racine dans l'art. 332 de la coutume, & c'eſt droit commun: voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 8, num. 2 & 3, pag. 47.

XXXI. Venons à la limitation, ce que deſſus reçoit une exception. Si l'un des héritiers étoit devenu inſolvable dans le cas que l'un d'eux a payé la totalité d'une dette par la force de l'hypothéque, la portion de l'inſolvable ſe repartiroit ſur tous les autres; l'égalité de leur condition qu'il faut toujours conſerver, a néceſſairement conduit à cette répartition.

Loyſeau, au chapitre cité ſur la ſeconde propoſition de cette ſection, à quoi on peut appliquer ce qui eſt dit à ce ſujet, par rapport aux débiteurs ſolidaires: dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt le même principe qui décide la néceſſité d'empêcher un circuit inutile d'action.

XXXII. Venons à la conſéquence qui naît de cette exception. De-là il s'enſuit que s'il y avoit trois enfans, que l'un eût payé toute une dette, qu'un autre fût inſolvable, le premier a action contre le troiſieme héritier pour la moitié de la dette, ſavoir pour un tiers pour ſa portion virile, & pour un ſixieme pour la portion de l'inſolvable: c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente.

Tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur la garantie des lots ci-deſſus établie, & fondé encore ſur les obſervations faites ſur la propoſition précédente.

SECTION VII.

De l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire dans les ſucceſſions des pere & mere.

(Art. 342 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

De l'effet de ces lettres contre les créanciers, de n'être tenu au-delà de l'émolument.

XXXIII. L'enfant qui a obtenu des lettres de bénéfice d'inventaire, n'eſt plus tenu indiſtinctement envers les créanciers, mais ſeulement juſqu'à concurrence de l'émolument ou amendement qu'il a tiré de la ſucceſſion; tel eſt le premier effet de ces lettres que le défunt ne peut empêcher, c'eſt une faculté per-

ſonnelle à l'héritier, & qui milite de plein droit en pays de droit écrit.

Inventarium ab eo confectum, loi derniere au code *de jure delib.* *actio tam ab hereditariis creditoribus legatariis, quàm fideicommissariis adversùs devolutam exhiberi*; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 404, num. 12; c'eſt l'effet de ces lettres par leſquelles tout intérêt eſt ménagé; c'eſt droit commun.

XXXIV. Ces lettres ne militent contre les créanciers que relativement à celui des héritiers qui les a obtenu, & non par rapport à ceux qui ſe ſeroient portés héritiers purs & ſimples; c'eſt grace qui ne s'étend ni d'un chef d'une perſonne à une autre; d'où il s'enſuit que ceux qui n'ont pas obtenu de pareilles lettres, n'en peuvent exciper, ſauf la limitation ci-après: on examine ici l'effet de ces lettres par rapport au pays coutumier.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 403, num. 11; voyez le même, de la communauté du déguerpiſſement, pag. 535, num. 10, pag. 36, où il ſe réfute lui-même, en ce que les praticiens font du bénéfice d'inventaire; voyez le num. 24 du même chapitre, où il traite ſur cela l'uſage du châtelet: cette pratique en pays coutumier n'étant pas de droit, il ſeroit cependant favorable de le regarder comme tel.

XXXV. Cependant ſi les biens de la ſucceſſion ſe trouvoient inſuffiſans pour l'acquittement des dettes, la part des dettes dont l'héritier bénéficiaire auroit été tenu (ceſſantes ces lettres, c'eſt-à-dire, l'excédent ou ce qui reſte dû après l'épuiſement de ſa portion) ne ſe repartit pas ſur les autres, quoique héritiers purs & ſimples; ils ne reſtent toujours perſonnellement tenus que de leur portion virile dans les dettes, non au-delà, ſauf contr'eux l'effet de l'hypothéque; autrement il ſeroit tomber ſur eux le fait d'un tiers, & on feroit militer contr'eux l'effet d'un privilége qui leur eſt abſolument étranger.

Ce cas eſt ſemblable à celui de la reſtitution en entier accordée à un mineur contre l'acceptation de la ſucceſſion; reſtitution qui ne fait pas tomber la part que le mineur reſtitué devoit ſupporter dans les dettes, ſur ſes cohéritiers. *Si minor annis post aditam hereditatem restitutus sit, non ideò ut ejus partem cohæres ejus persequatur, sed bonorum possessionem creditor petit*, l. 61, ff. *de acquirend. vel amitt. hæred.* Cette diſpoſition de la propoſition, parce que dans l'une & l'autre il y a parité de raiſon, & ainſi la diſpoſition ſur l'un influe ſur l'autre; c'eſt le même principe qui décide les deux cas.

☞ A l'égard de la caution, l'uſage au châtelet eſt de donner une caution bannale & inſolvable, parce qu'il n'y a perſonne qui puiſſe la diſcuter ou conteſter; cependant les créanciers d'une ſucceſſion peuvent obliger l'héritier bénéficiaire d'en donner une bonne & ſuffiſante, qui doit être reçue pardevant le juge; c'eſt ce qui eſt atteſté par un acte de notoriété du châtelet, du 26 août 1702.

DISTINCTION II.

Quand les enfans peuvent obtenir ces lettres, & de la condition d'icelles.

XXXVI. Les deſcendans comme tout autre héritier, ne peuvent les obtenir, que lorſque les choſes ſont entieres & non autrement, ou s'ils les obtiennent après avoir fait acte d'héritier, ils les obtiennent inutilement, puiſqu'ils ſont réputés héritiers purs & ſimples; c'eſt, en ce cas, droit & détermination de qualité conſommée.

Ils auroient cette faculté, & à plus forte raiſon les collatéraux, quand le défunt par teſtament auroit défendu l'obtention de ces lettres. Arrêt du 7 juillet 1625; il eſt rapporté par Henrys, tom. 1, liv. 5; & par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 5; Lapeyrere, let. I, déciſion 49, pag. 187 de l'édition de 1725, où cet auteur corrige ce qu'il avoit dit, pag. 153; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 4, num. 5, pag. 401; ce qu'il a été à propos d'obſerver ſur la propoſition; en effet, c'eſt droit public: de la condition contenue dans la propoſition il s'enſuit, qu'ils ne peuvent plus les obtenir, s'ils ont pris avant l'obtention d'icelles lettres, la qualité d'héritiers purs & ſimples, & de même s'ils ſe ſont immiſcés dans les biens de la ſucceſſion avant l'obtention: voyez la loi derniere, §. 4, cod. *de jure delib.* dont la diſpoſition eſt ſuivie, & c'eſt même la condition de ces lettres.

XXXVII. Paſſons à la condition légale de ces lettres. L'enfant qui les a obtenues, doit faire faire bon & fidele inventaire; c'eſt la premiere condition de la grace attachée à ces lettres, il doit donner caution; c'eſt la ſeconde condition d'icelle, & l'une & l'autre ont pour fin la ſûreté des créanciers, à laquelle il a été juſte de veiller.

Hoc inventarium modis omnibus impleatur ſub præſentia tabulariorum cæterorumque qui ad hujuſmodi confectionem neceſſarii ſunt, l. *ult.* §. 2, *de jure delib.* le Brun, des ſucceſſions, pag. 404, num. 13 & 14; & cela eſt inconteſtable, puiſqu'il réſulte de la qualité même; de-là il s'enſuit que celui qui a recelé ne peut plus exciper du bénéfice de ſes lettres, cependant par la loi *ſancimus* au code *de jure delib.* l'héritier n'étoit tenu que de la reſtitution du double; c'eſt le ſentiment de Lapeyrere, let. H, déciſion 3, pag. 153. Par la juriſprudence des ſentences du châtelet, l'héritier bénéficiaire qui a recelé eſt déclaré héritier pur & ſimple, par la raiſon qui paroît déciſive, qu'il n'a pas ſatisfait à la condition des lettres, ce qui les rend ſans effet; *nulla malignitate apud eum res remaneant*, l. *ultimâ*, §. 2, cod *de jure delib.* §. 10, de la même loi qui le condamne au double de ce qu'il a recelé, peine moins efficace à l'égard des créanciers que de le réputer héritier pur & ſimple; ainſi c'eſt aux effets de cette qualité auxquels il faut ſe tenir, ſuivant l'uſage du châtelet; cela va plus droit au but, & par-là me paroît plus juridique que la diſpoſition du droit civil.

DISTINCTION III.

Que l'héritier bénéficiaire peut être poursuivi sur ses propres biens, tant qu'il n'a pas rendu compte de ceux de la succession, & de ce que ce compte doit contenir.

XXXVIII. Cette décharge de l'héritier bénéficiaire, n'eſt pas incontinent efficace; tant que l'enfant héritier par bénéfice d'inventaire reſte en poſſeſſion des biens de la ſucceſſion, & qu'il n'en a pas rendu compte; la confuſion en ce cas des biens de la ſucceſſion avec ceux qui lui ſont perſonnels, étant entiere, les créanciers de la ſucceſſion peuvent ſe pourvoir & ſe venger ſur les biens perſonnels de l'héritier bénéficiaire; c'eſt le juſte effet de la confuſion, dont cette juſte action dans cette étendue, arrête l'abus que l'héritier en pourroit faire.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; elle eſt fondée, ſur ce que tout comptable eſt réputé débiteur, & que la confuſion dans laquelle il reſte, fait préſumer qu'il y a de quoi ſatisfaire les créanciers: juſte préſomption qui fonde non-ſeulement l'action, mais même l'exécution ſur les biens perſonnels d'un tel héritier, lorſque le titre eſt exécutoire contre lui: voyez Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 3, num. 4. & ſuivans, pag. 34 & 35, l'héritier bénéficiaire n'ayant qu'une exception qu'il doit établir, & qui ne l'eſt pas tant que ſon compte n'eſt pas préſenté.

XXXIX. De-là il s'enſuit que l'héritier bénéficiaire ne peut obtenir la main-levée de ſes biens perſonnels, qu'après avoir rendu compte aux créanciers de ceux de la ſucceſſion & leur en avoir payé le reliqua, auquel cas toute confuſion ceſſe, & il jouit pleinement de l'effet de la grace; juſques-là elle eſt à ſon égard en ſuſpend: il ne peut donc en ce cas en exciper.

In quantum ad eos devolutæ valeant, même loi 1, §. 4, cod. *de jure deliber.* c'eſt donc à lui à établir cette exception que la loi lui fournit, ce qu'il ne peut faire que par un compte, & telle eſt la baſe de la juriſprudence ci-deſſus atteſtée; elle me paroît bien juridique.

XL. De-là il s'enſuit encore que lorſqu'il ne poſſéde plus aucun bien de la ſucceſſion, les créanciers ne peuvent plus ſaiſir ſes biens perſonnels: ſeconde conſéquence qui naît de ce que deſſus; en effet, & ce qui eſt inconteſtable, le compte par lui rendu & le payement par lui fait, l'affranchit de leur action: affranchiſſement dont il jouiroit même, quoique poſſédant des biens de la ſucceſſion, s'il en avoit payé la valeur au plus ancien créancier, parce qu'il eſt de plein droit ſubrogé à ſon hypothéque; mais ceſſante cette précaution de ſa part, il feroit par la poſſeſſion des immeubles de la ſucceſſion, & nonobſtant la reddition de ſon compte du bénéfice d'inventaire, ſujet à l'action hypothécaire par laquelle il pourroit être forcé, ou de payer une ſeconde fois, ou de déguerpir.

Voyez les titres de l'action hypothécaire, & celui de la ſubrogation légale; & la ſeconde partie de la propoſition réſulte évidemment de ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 405, num. 19, & eſt établie ci-après ſur le titre de la ſubrogation & dans la diſtinction ſuivante.

XLI. Examinons à préſent la forme & l'effet du compte. L'héritier bénéficiaire doit donc pour affranchir ſes biens perſonnels, rendre compte aux créanciers des biens de la ſucceſſion; c'eſt à ce compte & au payement du reliqua d'icelui qu'eſt attaché ſon affranchiſſement, ce qu'on va développer dans ſes ſuites; il eſt conſtant que au défaut de compte, on le conſidére avec raiſon comme un héritier pur & ſimple.

In quantum res ſubſtantiæ ad eos devolutæ valeant; loi derniere, §. 4, *de jure delib.* ſur ce compte, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 432, num. 84; & cela eſt conforme aux uſages du châtelet.

XLII. Voici pour la recette ce que ce compte doit comprendre. Non-ſeulement il doit compter de tous les capitaux mobiliers qui ſont entrés dans ſa main, mais même de tous les fruits & revenus des immeubles par lui perçus; il ne peut rien retenir au préjudice des créanciers, il étoit à leur égard une eſpece de dépoſitaire, il doit tout rendre; le contraire ſeroit une injuſtice manifeſte qu'on feroit aux créanciers.

Peregrinus, art. 49, num. 74; Lapeyrere, let. H, déciſion 23, pag. 159; le Brun, des ſucceſſions, pag. 424, num. 65. En effet, il ne peut faire les fruits ſiens à leur préjudice, ne pouvant profiter de rien de la ſucceſſion qu'après l'acquittement des dettes: ainſi il doit tout rendre ou tout payer; c'eſt à cette alternative que ſe réduit tout ſon droit; ſur quoi il faut obſerver que les biens que l'héritier bénéficiaire ſe fait adjuger, ſoit pour ſes créances, ſoit pour l'acquittement des créances des autres créanciers qu'il a acquittés, lui ſont propres; notes ſur le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 531; en effet, c'eſt toujours à titre d'héritier qu'il lui ſont échus, ce qui fonde cette qualité.

DISTINCTION IV.

De la dépenſe que ce compte peut contenir, & de la ſubrogation légale de l'héritier bénéficiaire aux droits des créanciers qu'il a acquitté.

XLIII. Paſſons à préſent à la dépenſe d'un tel compte. Il peut coucher en dépenſe dans ſon compte tous les payemens par lui faits aux créanciers de la ſucceſſion, puiſqu'en ſa qualité il n'eſt point obligé de les payer du ſien; c'eſt donc juſte dépenſe à lui allouer, puiſqu'elle diminue d'autant la maſſe active dont il eſt comptable; quant aux dépens, il faut diſtinguer.

Quid des dépens auxquels il a été condamné ? ce qu'il paroît convenable d'examiner ſur la propoſition : Bacquet, des droits de juſtice, ch. 15, num. 34 ; Lapeyrere, let. H, déciſion 8, pag. 155, ſont d'avis qu'il ne peut les coucher en dépenſe dans ſon compte ; Perrezius, ſur le code *de jure delib.* num. 11, eſt d'avis contraire ; il penſe qu'il peut les coucher en dépenſe, mais non lorſque la conteſtation étoit ſur ſa qualité & qu'elle tendoit à lui enlever l'hérédité : il eſt d'uſage au châtelet de lui paſſer en dépenſe le montant des dépens, à moins que la ſentence qui les adjuge ne prononce le contraire ; c'eſt le ſentiment de le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 534, avec lequel le ſentiment de Perrezius, qui eſt bon, peut ſe réunir.

☞ Dans la régle générale l'héritier bénéficiaire peut porter en dépenſe les dépens ; il y a même un arrêt du 11 avril 1709, rapporté par Augeard, qui fixe la juriſprudence à cet égard ; mais cela ne doit s'entendre que dans le cas où il a travaillé pour l'intérêt commun des créanciers ; car s'il avoit intenté ou ſoutenu un procès ſans raiſon, il devroit les dépens en ſon nom, ne pouvant rendre la condition des créanciers pire par ſon fait, ce qui dépend des circonſtances, & eſt laiſſé à la prudence des juges.

XLIV. Ces payemens, même ceux des dépens, lorſque la juſtice ne les a pas rendus perſonnels à l'héritier bénéficiaire, diminuent le mobilier dont il s'eſt chargé en recette juſqu'à concurrence, & cette déduction ne peut même lui être conteſtée par les créanciers privilégiés, les meubles n'étant pas ſujets à ſuite, & ce n'eſt que ſur eux que peut tomber l'effet de leur négligence ; ainſi les créanciers même privilégiés, ne peuvent lui conteſter cette déduction.

Arrêt du 10 mai 1691, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 25, pag. 504 ; tel eſt l'uſage du châtelet, c'eſt la diſpoſition de la loi derniere, §. 4, cod. *de jure deliber.* ainſi tout payement régulier produit ſon effet ſur le mobilier, & doit être déduit ſur le mobilier, & paſſé & alloué en dépenſe à l'héritier par bénéfice d'inventaire.

XLV. Mais ces payemens ne changent en rien l'ordre de l'hypothéque acquiſe aux créanciers, ſur les immeubles qui ſont ſujets à ſuite par l'hypothéque, & ſur leſquels ils ne peuvent perdre ce droit de ſuite qui leur eſt acquis, qu'autant que les payemens auroient été faits à des créanciers antérieurs à eux, à cauſe de la ſubrogation ; en effet, par rapport aux créanciers hypothécaires acquittés par l'héritier bénéficiaire, l'héritier bénéficiaire eſt de plein droit ſubrogé à leur hypothéque ; c'eſt ſubrogation légale, comme on l'a déja obſervé, ſa qualité de dépoſitaire & d'eſpece de régiſſeur légitime des biens ſuffit pour la fonder. De-là il s'enſuit, que ſi les payemens par lui faits aux créanciers hypothécaires, ſont faits aux plus anciens, & que ces payemens abſorbent la valeur des immeubles de la ſucceſſion, il ne peut plus être pourſuivi pour raiſon de ces immeubles par les créanciers poſtérieurs, ainſi qu'on l'a dit, par la quatrieme propoſition de la diſtinction ci-deſſus ; c'eſt la conſéquence de la ſubrogation légale qu'il acquiert, & il n'eſt pas même comptable envers les créanciers du bénéfice qu'il auroit fait ſur la ceſſion de ſes droits ; tout cela eſt également fondé ſur les principes comme ſur l'équité.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 405. Il n'eſt pas même obligé en ce cas, après l'épuiſement du mobilier & de l'immobilier, de compter aux créanciers du bénéfice qu'il a tiré d'un étranger, par la vente & ceſſion de ſes droits héréditaires ; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 536 & 537 ; en effet, ce bénéfice ou cet excédent, eſt un effet de ſon adminiſtration, & non une portion réelle des biens de la ſucceſſion bénéficiaire ; il ne peut donc en être comptable envers les créanciers, qui ne peuvent lui demander compte que de ce qui provient réellement du défunt.

XLVI. Par la même raiſon qu'il n'y a que l'antériorité des créanciers qu'il a acquittés, qui puiſſe abſorber les biens immeubles, il s'enſuit que ſi ceux qu'il a acquittés, ſont des créanciers poſtérieurs, ces payemens n'empêchent pas les créanciers antérieurs de le pourſuivre pour les payer, juſqu'à concurrence de la valeur de leur gage qu'il poſſéde ; ſa ſeule détemption l'aſſujettit à ce payement : autre conſéquence de ce que deſſus, parce que ſon fait & un procédé indiſcret de ſa part n'a pu faire perdre aux derniers un droit qui leur étoit acquis.

Voyez Lapeyrere, let. H, addition 2, à la déciſion 22 ; Bretonnier, ſur Henrys, tom. 1, liv. 6, queſt. 11 ; c'eſt la diſpoſition de la loi derniere, §. 6, cod. *de jure deliber. Si verò hæredes res hæreditariis creditoribus pro debito dederint inſolutum, liceat aliis creditoribus qui ex anterioribus veniunt hypothecis adverſus eos venire & à poſterioribus creditoribus ſecundum leges eas abſtrahere* ; & telle eſt en ce cas la pratique du châtelet.

XLVII. Paſſons à une conſéquence ſubordonnée à la précédente. De-là il s'enſuit, que ce qu'il a ainſi indiſcrettement payé, eſt perdu pour lui, à moins qu'il n'y ait dans le mobilier de quoi le remplir ; auquel cas, ce qu'il a ainſi payé n'eſt pas pour lui perdu, parce que le mobilier n'a ſuite, & que comme tel, il peut dire aux autres créanciers, qu'il l'a épuiſé par ce payement.

Cette partie de la propoſition que le mobilier n'eſt ſujet à ſuite, eſt le texte de la coutume.

DISTINCTION V.

Qu'après le compte rendu & le reliqua payé, l'héritier bénéficiaire ne laiſſe pas d'être héritier.

XLVIII. Nonobſtant le compte rendu & le reliqua payé, l'héritier bénéficiaire eſt toujours regardé comme celui qui repréſente

le défunt, ſa qualité d'héritiers étant une qualité indélébile; le contraire eſt une erreur de praticien, que les régles & les principes proſcrivent.

Sine dubio hæres manebit qui ſemel hæres extitit, l. 7, §. 10, ff. *de minor.* d'où il s'enſuit, que la part qu'il devoit ſupporter dans les dettes, ne retombe pas ſur les autres, quoiqu'héritiers purs & ſimples, comme on l'a déja dit, ſi ce n'eſt indirectement & par la force de l'hypothéque; ce qui réſulte de la loi 61, ff. *de acquir. & amitt. hæred.* & qui eſt une ſuite de la propoſition.

XLIX. De-là il s'enſuit, que les créanciers qui n'ont pas encore paru, doivent toujours ſe pourvoir contre l'héritier bénéficiaire, quoiqu'il eût déja rendu compte à d'autres du contenu en l'inventaire; mais il obtient ſa décharge en juſtifiant le compte par lui rendu & le reliqua payé, ſauf l'effet de l'hypothéque d'un tel créancier ſur les immeubles, ſoit qu'ils ſoient dans la main de l'héritier, ſoit dans celle d'un tiers acquéreur; car la perſonne ou la qualité du poſſeſſeur ne peut affoiblir ce droit réſultant de l'hypothéque. De-là il s'enſuit donc, que c'eſt une erreur de quelques praticiens, que de faire créer en ce cas un curateur à la ſucceſſion, comme vacante, puiſqu'elle a été acceptée ſous un bénéfice dont l'héritier a profité, & nonobſtant lequel il ne ceſſe de l'être; il ne faut donc pas en ce cas, procéder à la nomination d'un curateur; le contraire eſt abus.

Par nombre de ſentences du châtelet, & quelquefois moi plaidant cette procédure relativement aux créanciers, a été déclarée nulle; voyez cependant le Brun, des ſucceſſions, pag. 407 & 408, où il ſemble admettre que l'héritier bénéficiaire peut renoncer, ce qui m'étonne; il eſt bien vrai, que ſi l'héritier a une action, c'eſt-à dire, un droit non liquide à exercer contre la ſucceſſion bénéficiaire, en ce cas & pour l'exercice de cette action, il doit faire créer un curateur à cette ſucceſſion; mais tout l'effet d'une telle curatelle ſe borne à l'exercice de cette action, & ceſſe avec ſa conſommation, & ne va pas au-delà.

☞ L'héritier bénéficiaire ne peut jamais renoncer à l'égard de ſes cohéritiers, mais il peut renoncer, ſoit pour s'affranchir des pourſuites des créanciers, ſoit pour demander ſa légitime ou le douaire: voyez l'arrêt du 20 avril 1682, rapporté dans le journal du palais, & dont la publication a été ordonné au châtelet.

DISTINCTION VI.

De l'autre effet de ces lettres, d'éviter abſolument la confuſion & le rapport, relativement aux créanciers ſeulement, mais qu'elles ne militent pas contre le roi.

L. L'enfant qui a obtenu ces lettres, ne confond pas dans ſa perſonne, les droits & créances qu'il a contre le défunt, l'effet de ces lettres, par rapport aux créanciers, étant d'éviter la confuſion; c'eſt leur ſecond effet: on va voir comment il en jouit; effet qui ne milite pas à l'égard du rapport relativement aux héritiers directs.

Et nihil ex ſuâ ſubſtantiâ hæredes amittant, ne dum lucrum facere ſperant in damnum incidant, loi derniere, §. 4, cod. *de jure delib.* diſpoſition qui eſt adoptée; c'eſt le juſte effet de ces lettres.

LI. Cependant il ne peut les exercer, ou plutôt les conſommer, ces actions, qu'après avoir rendu compte, parce que ce n'eſt que par l'apurement de ſon compte, qu'on peut connoître ſi les biens de la ſucceſſion ſont épuiſés par les dettes; ſans cela il eſt réputé rempli, par la régle que tout comptable eſt preſumé débiteur; on continue d'examiner l'effet de ces lettres relativement aux créanciers.

Loyſeau, en ſon traité du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 3, num. 13, pag. 35. On a vu ci-deſſus, que juſqu'à ce compte, il eſt réputé débiteur perſonnel, qualité qui juſques-là, exclut de ſa part tout exercice d'action. De-là il s'enſuit, qu'après avoir rendu compte, il vient à contribution ſur le mobilier avec les autres créanciers, ſa qualité d'héritier ne lui faiſant ſur ce aucun obſtacle, puiſque le ſecond effet des lettres par lui obtenues, eſt d'éviter la confuſion; il vient donc en ce cas à contribution pour ſa propre créance. Il peut même faire révoquer les aliénations que le défunt auroit fait des biens qui lui ſeroient réverſibles, ce que l'héritier pur & ſimple ne pourroit faire, ſauf l'action de ce dernier, contre ſes cohéritiers, & pour leur part ſeulement; Lapeyrere, let. H, déciſion 22, pag. 158; ce qui prouve ce droit qu'il a de venir à contribution; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 654, 655, qui ne dénie l'action en révocation de telles aliénations qu'à l'héritier pur & ſimple; & tout cela eſt de droit commun.

LII. A l'égard des immeubles, l'héritier bénéficiaire vient ſur le prix d'iceux, ſuivant l'ordre de ſes hypothéques, puiſque par l'effet de ſes lettres, il conſerve tous les droits qu'il avoit ſur la ſucceſſion, bien entendu toujours que ſon compte du contenu en l'inventaire eſt rendu.

Si verò & ipſe contra defunctum habeat actiones non hæ confundantur, ſed ſimilem aliis creditoribus habeat ſortem temporum, prærogativa tamen inter creditores ſervanda, loi derniere, §. 9, cod. *de jure deliber.* ce que nous adoptons comme juſte effet de ces lettres; c'eſt droit commun qui milite, tant ſur l'immobilier que ſur le mobilier.

LIII. Par rapport aux biens que le défunt lui a donné, il n'eſt pas obligé, à l'égard des créanciers, d'en faire le rapport; il n'a lieu qu'à l'égard de ſes cohéritiers, pour le maintien de l'égalité entr'eux, ce qu'on verra par la diſtinction ſuivante; il ſuffit de ſe fixer ici à cette régle, que les lettres de bénéfice d'inventaire affranchiſſent l'héritier du rapport, à l'égard des créanciers ſeule-

ment, mais non à l'égard de ſes cohéritiers: derniere partie de ce principe qui demande un examen ſéparé, & qui ſera la matiere de la diſtinction qui ſuit; l'héritier ne compte point aux créanciers de ce qu'il a reçu en avancement d'hoirie du défunt, parce qu'il n'eſt comptable envers eux que du contenu en l'inventaire.

Le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 535 & 536, & pag. 484; le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect. 2, n. 28; mais cet affranchiſſement de rapport, n'a lieu que par rapport aux créanciers, ſuivant le notable arrêt rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 121, & ſuivantes, & non contre les cohéritiers.

LIV. A l'égard du fonds du douaire ou de la portion dans icelui, l'héritier bénéficiaire la retient, tant à l'égard des créanciers, qu'à l'égard de ſes cohéritiers, parce qu'à l'égard de ces derniers, je ne vois aucun intérêt de leur part à l'empêcher, à moins qu'ils ne ſuccédent inégalement; intérêt qui doit être la baſe de toute action, comme cela eſt établi ſur le titre du douaire; enfin, parce que le bénéfice des lettres eſt d'éviter la confuſion des créances, & que c'eſt une eſpece de créance que le douaire, ſur lequel, dans la théſe générale, chacun des enfans a un droit égal.

Par le bénéfice d'inventaire, l'héritier évite tellement la confuſion, que le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 498, eſtime que les créanciers ne peuvent alléguer la preſcription contre l'héritier bénéficiaire, par rapport à ſes actions contre la ſucceſſion: ce que je penſe, c'eſt-à-dire, qu'elle eſt en ſuſpens depuis l'ouverture de la ſucceſſion, juſqu'au compte; & au même traité, pag. 539, num. 39, & ſuivans, il dit que l'héritier bénéficiaire, en renonçant, peut demander le douaire; il eſt plus régulier de dire qu'il peut le retenir; car c'étoit un droit qu'il avoit & qu'il n'a pas confondu; cela me paroît ainſi.

LV. Ces lettres ne ſont d'aucune conſidération en un certain cas; elles ne produiſent aucun effet contre le roi; c'eſt une condition qui leur eſt légalement attachée, & qui en eſt inſéparable; les graces que fait le prince ne peuvent militer contre lui.

Edit de Charles IX, du mois de janvier 1563; le Brun, des ſucceſſions, pag. 402, num. 7. Cela eſt fondé ſur une limitation tacite à toutes les graces qu'il plaît au roi de faire, qu'elles ne militent pas contre lui-même; celles-ci comme les autres, ne peuvent donc, à l'égard de ſa majeſté, produire aucun effet: le Maître, tit. 15, pag. 484, atteſte cette maxime, elle a ſa racine dans les vrais principes.

LVI. De-là il s'enſuit, que l'héritier du comptable, quoique héritier bénéficiaire, eſt héritier pur & ſimple relativement au roi; mais il n'eſt pas héritier néceſſaire, & la voye de la renonciation lui eſt ouverte.

Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 36, rapporte un arrêt par lequel la cour a jugé, qu'on ne pouvoit accepter la ſucceſſion d'un receveur des conſignations, ſous bénéfice d'inventaire, ce qui prouve la propoſition; voyez la limitation qui ſuit.

☞ L'ordonnance de Rouſſillon ne s'étend qu'aux comptables; mais la juriſprudence des arrêts a étendu la maxime juſqu'aux héritiers des commis des comptables. Arrêt de la cour des aides rendu ſur les concluſions de M. la Bedoyere, lors avocat général, le 16 mars 1735, qui juge que les héritiers du commis d'un comptable ne peuvent ſe ſervir du bénéfice d'inventaire contre le fermier.

LVII. Ce que deſſus reçoit une exception: en effet, ſi l'héritier du comptable étoit mineur, il jouiroit du bénéfice de ces lettres à l'égard du roi; la protection que les loix lui accordent, la voie de la reſtitution en entier qui lui ſeroit ouverte contre une acceptation pure & ſimple, ont produit cet effet à ſon égard, & cela eſt ſuite de la faculté qu'un tel héritier a de renoncer.

Cette limitation eſt atteſtée par le Brun, des ſucceſſions, pag. 402, num. 7, & par le Maître, tit. 15, pag. 484; c'eſt exception qui confirme la régle ci-deſſus poſée.

DISTINCTION VII.

De l'effet de ces lettres en directe, à l'egard des autres cohéritiers, & ſi elles affranchiſſent du rapport.

LVIII. Ces lettres n'évitent la confuſion, à l'égard des avantages que l'héritier a reçu du défunt, que relativement aux créanciers, & non aux cohéritiers: on verra par la ſuite l'effet de cette reſtriction déja annoncée, & qui conduit inévitablement au rapport; de-là il s'enſuit que l'héritier bénéficiaire, à l'égard de ſes cohéritiers, eſt obligé au rapport, le bénéfice n'excluant pas l'égalité: raiſon à laquelle il ne me paroît pas poſſible de ſe refuſer: en effet, il faut toujours conſerver l'égalité dans la directe; ce qui néceſſite le rapport, nonobſtant l'obtention des lettres.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 707; arrêt rapporté par de Montholon, ch. 90; voyez Louet, let. H, num. 13; c'eſt auſſi le ſentiment de le Maître, tit. 15, pag. 484; ce que les citations ſur la propoſition ſuivante confirment encore, & tel eſt l'uſage fondé ſur le véritable eſprit de la coutume.

LIX. En effet, l'héritier bénéficiaire ayant préféré la vocation de la loi à celle de l'homme, & ayant voulu concourir & partager avec les autres en qualité d'héritier légitime, il ne peut avoir plus qu'eux; c'étoit à lui à prendre un bon parti, ce qui lui rend relativement à ſes cohéritiers, le rapport inévitable: rapport auſſi légitime qu'équitable.

Arrêt du 20 avril 1682, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 13: cette queſtion eſt amplement & docte-

ment traitée dans la huitieme partie du journal du palais, depuis la pag. 121, juſqu'à la pag. 192, où l'on trouve les motifs de l'arrêt, juſqu'à la pag. 204; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 4, num. 34, eſt d'avis contraire; ce qui eſt étrange, & ce ſur le fondement de la loi, *Scimus*, qui dit, *nihil ex ſuâ ſubſtantiâ penitus amittunt*: mais le don n'eſt plus leur ſubſtance, & il convient que c'eſt une opinion qui lui eſt particuliere; ainſi on ne peut pas s'y arrêter, d'autant plus qu'il eſt difficile d'y appercevoir une bonne baſe: c'eſt leur bien relativement aux créanciers, mais relativement à leurs cohéritiers qui ont un droit égal, & entre leſquels par conſéquent doit régner l'égalité entr'eux, il eſt vrai de dire que c'eſt le bien du défunt.

LX. De ce même principe, que l'égalité doit régner entre les héritiers légitimes, quoique l'un le ſoit purement & ſimplement, l'autre par bénéfice d'inventaire; il s'enſuit que ſi l'héritier pur & ſimple, eſt pourſuivi par la force de l'hypothéque, pour payer au-delà de ſa portion virile d'une certaine dette, il a ſon recours ouvert contre l'héritier bénéficiaire, encore que ce dernier ne poſſéde aucun bien de la ſucceſſion, puiſque leur condition doit être égale: ce recours néanmoins ceſſeroit, ſi ce dernier avoit rendu compte, & qu'il ne lui reſtât plus aucun mobilier; mais ce dernier, c'eſt-à-dire, l'héritier par bénéfice d'inventaire, n'ayant pas rendu compte, ne s'affranchit de ce recours qu'en offrant d'abandonner à ſon cohéritier ſa portion héréditaire: voilà l'effet de ſes lettres, qui doit toujours militer par rapport aux dettes, tant à l'égard de ſes cohéritiers, qu'à l'égard des créanciers.

Cela concilie l'effet que les deux différentes qualités doivent produire.

LXI. Par le même principe, l'enfant qui s'eſt porté héritier par bénéfice d'inventaire, ne peut contre ſes cohéritiers revendiquer ſa portion dans le douaire, lorſqu'ils ſuccédent inégalement, & ſous cette limitation ſeulement; même principe, la qualité entr'eux étant égale eſt indélébile, c'eſt-à-dire, que c'eſt toujours la qualité d'héritier qui doit déterminer les droits: ce qui n'a pas lieu lorſqu'ils ſuccédent également, parce qu'alors le douaire ne peut faire aucune différence entr'eux.

Arrêt du 23 février 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 12, pag. 187; le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect 2, num 39, pag. 540, eſt d'avis contraire, c'eſt comme ſur le rapport relativement aux cohéritiers: opinion ſinguliere; cependant la propoſition ne doit s'entendre, que lorſqu'en qualité d'héritier, ils ſont ſaiſis inégalement, auquel cas ils peuvent empêcher, en faveur de l'un d'eux, le retour ou la revendication de ſa portion dans le douaire; mais ceſſante cette inégalité de ſaiſine de ſucceſſion, & les héritiers enfans ſuccédans tous également, le retour ou la revendication de la portion du douaire, ſont ouverts en faveur des héritiers bénéficiaires, contre les héritiers purs & ſimples, ces derniers n'ayant aucun intérêt de s'y oppoſer: en effet, chaque enfant faiſant nombre, l'héritier n'a nul intérêt d'empêcher un autre au retour du douaire; ce même arrêt du 23 février, eſt rapporté par Augeard, tom. 1, pag. 342.

LXII. Toutes les propoſitions des ſept diſtinctions ci-deſſus de cette préſente ſection, ont lieu en toutes ſucceſſions, à l'exception de ce qui a été dit ſur le douaire, qui ne peut concerner que la directe deſcendante.

DISTINCTION VIII.

Si en directe, l'enfant héritier pur & ſimple, exclut l'enfant héritier par bénéfice d'inventaire.

(Art. 342 de la coutume.)

LXIII. L'héritier pur & ſimple, exclut le bénéficiaire; mais cette excluſion de l'héritier bénéficiaire, par l'héritier pur & ſimple, n'a pas lieu en directe, elle n'a lieu qu'en collatérale, comme on le verra ci-après: anciennement cette excluſion avoit lieu dans les deux lignes, & même en faveur d'un héritier, plus éloigné contre un héritier plus prochain; & c'eſt ce qui fait qu'on inſére dans les lettres la clauſe générale (pourvu qu'il ne ſe trouve aucun héritier plus prochain); c'étoit plus abus de praticien que vrai droit: abus que la nouvelle juriſprudence a fait ceſſer.

Jugé par l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 101, & par celui rapporté par de Montholon, ch. 94; voyez Louet, let. H, num. 1; le Maître, tit. 15, pag. 531, & les deux propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci; c'eſt le texte de la coutume.

LXIV. En effet, cette excluſion n'eſt fondée que ſur la faveur que méritent les créanciers; faveur qui céde à celle que méritent les enfans conſidérés reſpectivement dans l'égalité; par conſéquent dans cette ligne, l'excluſion ne doit point avoir lieu; c'eſt ce que décide la nouvelle coutume: excluſion qui n'a même aucune vraie baſe pour les deux lignes.

Cette excluſion, même pour la ligne collatérale, n'a aucun vrai fondement dans le droit; cela eſt établi par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 414, num. 39; ce qui confirme d'autant plus la propoſition, ainſi que la précédente, pour la directe.

LXV. Comme cette excluſion eſt de rigueur, & que tout ce qui eſt de rigueur ne ſe ſupplée pas, elle n'a pas lieu entre les héritiers aſcendans; cette excluſion que la coutume ordonne par rapport aux collateraux, ne pouvant s'étendre d'un cas à un autre, & par conſéquent à eux: d'où, par une deuxieme conſéquence, il faut conclure que cette excluſion n'a pas lieu entre aſcendans, devant par ſa nature être renfermée dans le ſeul cas

dans lequel la coutume l'admet, d'autant plus, comme on l'a dit, qu'elle n'a aucune baſe dans le droit.

Un collatéral héritier pur & ſimple des propres, ne peut même exclure un aſcendant héritier par bénéfice d'inventaire des meubles & acquêts, ils ne ſont pas cohéritiers; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 415, num. 41; ce qui juſtifie que cette excluſion ne peut être étendue d'un cas à un autre, & ce qu'on examinera plus à fonds, en traitant de l'effet de ces lettres dans la ligne collatérale, dans laquelle l'excluſion a lieu.

CHAPITRE TREIZIEME.

DES RENONCIATIONS DES ENFANS AUX SUCCESSIONS DE LEUR PERE ET MERE, ET AUTRES ASCENDANS.

SECTION PREMIERE.

DE LA RENONCIATION A UNE SUCCESSION ÉCHUE.

(Art. 316 de la coutume.)

PARAGRAPHE PREMIER.

De l'effet de cette renonciation, & de la faculté de renoncer à toute ſucceſſion.

I. NUL parmi nous n'eſt héritier néceſſaire, nul n'eſt héritier qui ne veut l'être: maximes qui laiſſent à tout héritier la voie ouverte à la renonciation aux ſucceſſions; c'eſt juſtice que la coutume rend à ceux qui ſont ſoumis à ſa diſpoſition, le contraire ſeroit une politique mal entendue.

Nec emere, nec donatam, nec damnoſam quiſquam hæreditatem adire compellitur, liv. 1 au cod. *de jure deliber.* Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 375, num. 36; & telle eſt la diſpoſition de l'art. 316 de la coutume.

II. De-là il s'enſuit qu'il eſt loiſible à chacun des héritiers que la loi ſaiſit d'une ſucceſſion, de renoncer à la ſucceſſion que la loi lui défére; c'eſt la conſéquence inconteſtable de la maxime contenue dans la propoſition précédente: ce qui a lieu pareillement pour l'héritier inſtitué, & pour le légataire univerſel.

Is qui hæres inſtitutus eſt, vel is cui legitima hæreditas delata eſt repudiatione hæreditatem amittit. liv. 13, ff. *de acquir. vel am. hæred.* & c'eſt ce qui réſulte de l'article de la coutume qu'on vient de citer.

III. Par la renonciation, l'héritier du ſang s'affranchit de l'action des créanciers de la ſucceſſion, ce qui eſt de droit; l'obligation d'acquitter les dettes eſt une ſuite de la qualité d'héritier, & non de la qualité naturelle d'enfant, ou de parent: ſuite encore inconteſtable de la premiere propoſition, que nul parmi nous n'eſt héritier néceſſaire; cependant les enfans ſont tenus des frais funéraires en leur ſeule qualité d'enfant; c'eſt devoir naturel.

Mais il ne s'affranchiroit pas de leur action, s'il n'avoit renoncé que moyennant une certaine ſomme, *Licet pro hærede gerere non videatur qui prætio accepto prætermiſit hæreditatem, tamen dandam in eum actionem*, liv. 2, ff. *Si quis omiſ. cauſſâ teſtam.* ce qui eſt adopté parmi nous; il en eſt de même s'il renonçoit par colluſion & d'intelligence avec d'autres héritiers; ce que la loi dit de l'héritier teſtamentaire, s'applique à l'héritier du ſang. *Si quis per fraudem omiſerit hæreditatem ut ad legitimum perveniat petitione tenebitur*, liv. 1, §. ult. ff. *Si quis omiſſâ cauſ. teſtam.* mais nonobſtant leur renonciation, les enfans en leur ſeule qualité naturelle d'enfans, ſont tenus de payer les frais funéraires de leur pere; arrêt du 9 juin 1704, rapporté par Augeard, tom. 2, ch. 62, pag. 403: juſte exception à la régle générale, & qui a ſa racine dans le droit naturel.

IV. Les propoſitions de cette diſtinction, ont lieu dans toutes ſucceſſions, & dans chacune d'elle, la part du renonçant accroît à celles des acceptans; c'eſt principe commun à toutes ſucceſſions, & qui eſt adopté par la coutume.

La part du renonçant accroît aux acceptans; c'eſt la diſpoſition de la coutume, conforme à la diſpoſition de la loi 9, ff. *de ſuis & legit. hæredibus;* ce qui eſt inviolablement ſuivi au châtelet.

§. II.

Quand l'enfant peut renoncer, & de l'acte d'héritier.

(Art. 317 de la coutume.)

V. L'enfant & tout autre héritier, ne peut renoncer que les choſes étant entieres: on verra ci-après, ce qu'on entend par les choſes entieres; il eſt bon de ſe fixer à ce principe, qui conſerve les droits des créanciers, & ceſſant lequel on les dépouilleroit de leur gage, & on les priveroit de leur ſûreté.

Loi 1, au code *de jure deliber.* le Brun, des ſucceſſions, pag. 532, num. 2, & cela réſulte de l'article

l'article 317 de la coutume; mais la ceſſion qu'il feroit de ſes droits héréditaires, ne l'affranchiroit pas de l'action des créanciers; *quamvis hæres inſtitutus hæreditatem vendiderit, tamen legata & fidei commiſſa ab eo peti poſſunt*, liv. 2 cod. *de legat.* en effet, la ceſſion par lui faite eſt un acte d'héritier, ce que la propoſition ſuivante confirme encore.

VI. Celui qui renonce moyennant une certaine ſomme, fait acte d'héritier; c'eſt à ce qu'il a réduit ſa portion héréditaire; réduction volontaire de ſa part, qui ne peut affoiblir la charge que la coutume attache à ſa qualité, dont il a tiré tout l'émolument qu'il eſpéroit en pouvoir tirer.

Le Maître, tit. 15, pag. 486; voyez la loi 2, ff. *ſi quis omiſſâ cauſâ teſtam.* ci-deſſus citée; & tel eſt l'uſage.

☞ Mais celui qui renonce *nullo accepto*, ne fait point acte d'héritier, parce qu'alors la renonciation eſt cenſée faite par le renonçant, pour ſe décharger des dettes & des pourſuites des créanciers; voyez Dumoulin ſur l'article 9 de l'ancienne coutume, gloſ. 4, num. 7.

VII. L'héritier fait acte d'héritier, ſoit par le fait, ſoit par l'intention; on expliquera l'un & l'autre par les deux propoſitions ſuivantes, & cela eſt ſuite de la coutume; & dans l'un comme dans l'autre cas, la voie de la renonciation à la ſucceſſion lui eſt fermée; il a conſommé ſon droit.

Ex ſola animi deſtinatione, dit la loi 6, cod. *de jure deliber.* Celui qui renonce en faveur de tous les autres que la loi peut ſaiſir, ne fait pas acte d'héritier, il ne fait qu'exprimer ce que la loi fait, qui veut que la part du renonçant accroiſſe aux acceptans; mais celui qui renonceroit en faveur d'un des héritiers, feroit acte d'héritier; ce ſeroit tranſmiſſion ſinguliere de ſa ſaiſine légale, qu'il auroit par-là réellement acceptée; voyez Louet, let. H, num. 10; le Prêtre, centurie 1, ch. 11, & cent. 2, ch. 58; le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 10; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 534 & 535.

VIII. Par le fait, l'héritier fait acte d'héritier, lorſqu'il appréhende les biens de la ſucceſſion, n'ayant autre qualité pour ce faire, que celle d'héritier; & c'eſt alors que les choſes ne ſont plus entieres, & qu'il ne peut plus renoncer: mais le deſcendant, ainſi que le collatéral qui recevroit la réparation civile adjugée pour l'homicide du défunt, ne feroit pas acte d'héritier, de même que celui qui recevroit, ayant une qualité pour le faire.

Mais s'il a une autre qualité qui lui donne droit de le faire, il ne fait pas acte d'héritier; *Tunc pro hærede geſſerit quoties accipit quod citra nomen & jus hæredis accipere non poterat*, liv. 21, §. 4, ff. *de acquir. vel amitt. hæred.* & c'eſt la juſte exception portée par l'article 317 de la coutume; mais ceſſante une autre qualité, il fait acte d'héritier par l'appréhenſion de quelque effet de la ſucceſſion, ou le recélé d'icelui; c'eſt la diſpoſition de la loi 4, ff. *de acquir. vel amitt. hæred. Si quis ſuus ſe dicit retinere hæreditatem nolle & ex hæreditate amoveri, abſtinendi beneficium non habebit*, & c'eſt ce qui réſulte de la coutume: obſervez que tout acte n'eſt cenſé acte d'héritier, qu'autant qu'il ne peut avoir d'autre ſens; le Brun, des ſucceſſions, pag. 522, num. 70; & tel eſt l'uſage fondé ſur le texte même: ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez le Prêtre, cent. 2, chap. 12, & les arrêtés faits chez le premier préſident Lamoignon, titre des ſucceſſions, art. 7; cela eſt de droit commun.

IX. Par l'intention, l'héritier du ſang fait acte d'héritier, & d'héritier du ſang, devient héritier civil en prenant la qualité d'héritier; elle conſomme ſon option ſur l'acceptation ou la renonciation, à moins que ſon fait ne ſoit de néceſſité, auquel cas il n'emporte pas acte d'héritier.

Celui qui a été une fois héritier, ne peut ceſſer de l'être, dit Henrys, tom. 2, liv. 6, queſt. 23, ſauf la reſtitution en entier contre l'acceptation, s'il y a lieu à icelle; Dumoulin, en ſon apoſtille ſur l'article 325 de la coutume de Bourbonnois, apporte à l'effet de l'appréhenſion des biens, une juſte limitation, *niſi in funeralibus vel perituris.* La piété donne lieu aux premiers actes & la néceſſité aux autres; ce qui fait que par les uns ni par les autres, l'héritier du ſang ne fait pas acte d'héritier: exception qui confirme la régle; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 533, num. 12; & tel eſt ſur les deux exceptions l'uſage du châtelet, & c'eſt droit commun.

§. III.

De l'appréhenſion des biens après la renonciation; & qu'elle ne fait obſtacle à icelle.

(Art. 317 de la coutume.)

X. Si l'enfant ou tout autre héritier s'empare des biens après avoir renoncé, il ne fait pas acte d'héritier, & les créanciers n'ont contre lui que l'action en revendication de ce dont il s'eſt emparé; ſa qualité déterminée a conſommé ſon droit, & ne laiſſe contre lui que cette action: il ſeroit peut-être à propos d'y ajouter une peine, cela arrêteroit un abus qui n'eſt que trop fréquent.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 545, num. 60 & ſuivans; le Maître, tit. 15, pag. 485; il ſeroit ſalutaire d'arrêter le cours de l'abus qui ſe fait de ce principe.

☞ Voyez les obſervations du lieutenant civile Camus, ſur l'art. 317 de la coutume, où il eſt dit, qu'à l'égard de celui qui s'immiſce après avoir renoncé, *datur adverſus eum actio furti & non pro hærede.*

XI. Pour arrêter l'abus de ces appréhenſions poſtérieures, qui ſont fréquentes par ni les gens du peuple, & que ſouvent les créanciers ne découvrent pas, il ſeroit à ſouhaiter qu'on y pourvût, comme l'équité & le maintien de l'ordre public, ainſi que celui de la parfaite exécution de la coutume, ſem-

blent l'exiger. J'eſpere que quelque jour il y en aura réglement.

Cela réſulte de l'eſprit de la coutume.

§. IV.

Du délai dans lequel on peut renoncer; que ce délai n'eſt pas fatal, & de la forme de la renonciation.

XII. Les enfans & tous autres héritiers ont trois mois pour faire inventaire, & quarante jours pour délibérer ſur l'inventaire, & déterminer leur qualité d'acceptant ou de renonçant : mais l'expiration de ces délais ne rend pas la qualité d'héritier néceſſaire.

Ut inſtruere ſe poſſint expediet nec ne agnoſcere hæreditatem, liv. 5, ff. *de jure deliber.* Voyez l'ordonnance de 1667, titre des délais, & tel eſt en exécution de cette loi l'uſage du châtelet.

XIII. Pendant ces deux délais de trois mois d'une part, & de quarante jours d'autre, l'action des créanciers contr'eux eſt en ſuſpens ; autrement ces délais ſeroient inefficaces, & ils doivent produire leur effet par cette ſuſpenſion.

Sur les délais, voyez le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 3, ch. 1, pag. 368, & l'ordonnance qu'on vient de citer ; c'eſt l'effet de cette loi.

XIV. Après l'expiration de ces délais, les héritiers du ſang, ſaiſis par la loi de la ſucceſſion, peuvent être pourſuivis & même condamnés ; mais de telles condamnations ne les rendent pas héritiers malgré eux, s'ils ne veulent l'être : la voie de la renonciation leur eſt encore ouverte, en dédommageant le créancier de la perte que ſa négligence lui a fait ſouffrir.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, ſous la limitation qui ſuit ; en effet, l'expiration de ces délais n'eſt pas fatale, ils peuvent toujours renoncer, pourvu que les choſes ſoient entieres, c'eſt-à-dire, comme on l'a déja vu, qu'ils ne ſe ſoient pas empa:és de quelque bien ou qu'ils n'ayent pas pris la qualité d'héritier : voyez le Maître, tit. 15, pag. 481 ; & cela ſe pratique ainſi, ſous la charge qui forme la propoſition qui ſuit.

XV. Tout l'effet du retardement, eſt que l'héritier doit perſonnellement les frais faits contre lui, au lieu que dans le cas que la renonciation a été faite à tems, les dépens ſe compenſent, ſauf aux créanciers à les employer en frais & miſes, & à les répéter ſur les biens de la ſucceſſion de leur débiteur, qui forment ſur ce leur gage, non ceux de l'héritier, qui ayant renoncé à tems, n'a jamais été leur obligé.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & cela eſt ſuite de la vigilance ou de la contumace de l'héritier.

XVI. Paſſons à la forme de la renonciation. La renonciation de la part des enfans, doit être faite avec minute, ſoit au greffe, ſoit par-devant notaires ; c'eſt une forme que les créanciers ont droit d'exiger, mais dont l'omiſſion ne détruiroit pas l'effet de la renonciation, pourvu que depuis l'héritier la rempliſſe : en effet, loin d'avoir fait acte d'héritier, ayant fait un acte contraire, un ſimple vice de forme dans un acte qui eſt en ce cas toujours en ſa puiſſance, ne peut le rendre néceſſairement héritier.

Tel eſt l'uſage du châtelet, conforme à ce qui eſt atteſté par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 540, num. 36 ; en effet, tel acte intéreſſe, non-ſeulement le renonçant, mais des tiers, c'eſt-à-dire, les créanciers, ce qui l'aſſujettit à cette forme qui en aſſure l'exiſtence ; en effet, ſans cette forme, elle pourroit être facilement ſupprimée : inconvénient auquel il a fallu parer.

XVII. Par le même principe, elles doivent être publiques, & non clandeſtines, & pour ce, elles doivent être inſinuées, le même intérêt les aſſujettit à la publicité ; le défaut d'inſinuation eſt bien un obſtacle à leur notification, mais non à leur effet ; c'eſt-à-dire, à la décharge qu'elles doivent opérer en faveur de l'héritier de l'action des créanciers, autrement ce ſeroit confondre la forme avec le fonds.

Voyez l'édit des inſinuations du mois de décembre 1703, art. 13 ; tel eſt l'effet qui en réſulte.

§. V.

Des renonciations faites en fraude des créanciers, & de leur nullité.

XVIII. Le deſcendant, comme tout autre héritier, ne peut renoncer au préjudice de ſes créanciers à une ſucceſſion à lui échue, lorſque la ſucceſſion paroît lui être avantageuſe ; s'il faiſoit une telle renonciation, ſes créanciers ont le droit de la faire détruire, comme on va l'expliquer : tel eſt le principe général.

Louet, let. R, num. 19 ; le Prêtre, cent. 1, ch. 90 ; le Maître, tit. 15, pag. 481 ; ſur ce qu'il eſt fait en fraude des créanciers, voyez Ricard, tom. 1, pag. 582 ; voyez auſſi les propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci, ſur laquelle on obſervera que ſouvent à cet égard on veut trop donner de droits aux créanciers ; par exemple, ſi un pere avoit promis l'égalité à un de ſes enfans, & qu'il eut fait un teſtament contenant un partage entre ſes enfans dans lequel partage & faiſant la fonction d'un amiable compoſiteur entre ſes enfans, il eut conſervé une ſimple égalité harmonique quoique arithmétique & que l'enfant auquel l'égalité avoit été promiſe eut acquieſcé à ce teſtament. Je n'écouterois pas ſes créanciers à ſe plaindre d'un tel acquieſcement ; c'eſt plus prudence de la part du pere, que vraie diſpoſition.

XIX. De-là il s'enſuit, que nonobſtant une renonciation frauduleuſe de la part du débiteur, ſes créanciers peuvent accepter pour lui la ſucceſſion qui lui eſt échue, & à laquelle il a renoncé à leur préjudice, ſous la condition ci-après ; mais il faut pour cela que la renonciation ſoit vraiment frauduleuſe, autrement ce ſeroit une bien funeſte pourſuite, que d'obliger un enfant de ſoutenir un mauvais procès.

Voyez Lapeyrere, let. D, ſur le mot, débiteur, déciſion 28, pag. 89 de l'édition de 1725; le Brun, des ſucceſſions, pag. 538, & tel eſt l'uſage du châtelet.

XX. Mais pour cela, il faut qu'ils lui donnent bonne & ſuffiſante caution, que la qualité d'héritier ne lui fera aucun préjudice; en effet, il ne faut pas que l'exercice des droits des uns nuiſe aux droits de l'autre, ce que la caution concilie; c'eſt une ſage précaution de la juriſprudence.

Voyez l'arrêt rapporté par Montholon, ch. 82, & tel eſt l'uſage du châtelet, par rapport à la néceſſité de la caution.

XXI. Ce droit des créanciers eſt indépendant de la bonne ou mauvaiſe foi des cohéritiers du débiteur qui a frauduleuſement renoncé; c'eſt la fraude de ce dernier qu'il faut écarter.

Quoiqu'en général, le titre, *quæ in fraudem creditorum*, n'ait lieu que dans le cas que ceux qui ont agi avec le débiteur frauduleux, ont participé à ſa fraude; cependant il a lieu en ce cas, comme l'atteſte le Brun, des ſucceſſions, pag. 538, quoique les cohéritiers du renonçant frauduleuſement, n'ayent pas participé à la fraude; en effet, dans les actes qui ne ſont pas de commerce & qui dégénérent en avantage, il n'eſt pas néceſſaire que le tiers ſoit participant à la fraude, pour que l'acte ſoit déclaré frauduleux, ce qui fonde la propoſition précédente; ce concours, cette participation à la fraude, n'étant quant à ce néceſſaire, que relativement aux actes de commerce, & non par rapport à ceux qui opérent libéralité: il faut cette participation dans les actes de commerce, dit Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 42; ce qui exclut cette participation pour les autres, ou du moins ce qui n'en rend pas le concours néceſſaire.

§. VI.

Du retour des enfans renonçans à la ſucceſſion, & quand ce retour a lieu.

XXII. Les enfans, quoique majeurs, ſont reſtituables pendant les trois ans, contre leur renonciation aux ſucceſſions de leur pere & autres aſcendans, ce qui eſt fondé ſur la faveur de leur droit qui a ſa racine dans la nature; ce qu'on ne peut tirer à conſéquence pour la ligne collatérale; c'eſt faveur plus que vrai droit, mais très-juſte faveur.

Arrêt du 4 décembre 1628, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 15; on a ajouté & rapporté au même endroit, trois autres arrêts qui l'ont ainſi jugé: juriſprudence fondée ſur la loi derniere, au code *de repudianda vel abſtinenda hæred.* Loi qui eſt ſuivie, comme on le verra dans les notes ſur la propoſition ſuivante.

XXIII. Lorſqu'un enfant renonçant uſe de ce droit, c'eſt-à-dire lorſqu'un, majeur ſe fait reſtituer dans ce tems contre ſa renonciation, le partage que les acceptans auroient fait entr'eux eſt anéanti; le lot qu'il faut lui fournir rend cet anéantiſſement inévitable, ce lot s'étendant ſur un tout qu'il faut remettre en commun juſqu'à la diviſion: cela eſt rigoureux, mais inévitable, ſi les parties ne ſe prêtent pas à une opération plus ſimple.

Henrys, tome 2, liv. 6, queſt. 24, atteſte l'adoption de la loi ci-deſſus citée; mais le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect. 2, num. 46 & ſuivans, eſtime que cette loi ne doit point être ſuivie en pays coutumier; cependant la queſtion s'étant préſentée au parc civil, le 13 juin 1715, il y eſt intervenu ſentence ſur les concluſions de M. de Leſſonet, avocat du roi, par laquelle un majeur s'étant pourvu dans les trois ans contre la renonciation par lui faite à la ſucceſſion de ſon pere, a été relevé contre icelle renonciation, ce qui ſert de fondement à la propoſition & à la précédente: mais encore une fois, c'eſt plus faveur que vrai droit, mais cette faveur eſt trop juſte pour pouvoir être rejettée.

XXIV. Mais nonobſtant l'anéantiſſement du partage, les autres actes qu'ils ont fait de bonne-foi, ſubſiſtent contre les reſtitués, de même que s'ils les avoient ſouſcrits; c'eſt-à-dire, les baux & les payemens, même les ventes, à moins qu'il n'y ait eu fraude, auquel cas les actes ſeroient nuls, relativement au reſtitué; mais ceſſante la fraude, il faut conſerver à des tiers des droits qu'ils ont acquis de bonne-foi.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, ſuivant laquelle les reſtitués contre une telle renonciation, prennent part dans l'action qui réſulte de ces actes ſans avoir droit d'en demander la nullité, autrement des tiers s'en trouveroient la victime, ce qu'on ne peut admettre.

XXV. Après les trois ans, les enfans majeurs ne ſont pas reſtituables contre leur renonciation, à l'égard des héritiers, mais ils le ſeroient à l'égard des créanciers; l'intérêt de ces derniers, étant que la ſucceſſion de leur débiteur ne ſoit pas vacante; mais c'eſt faveur & non vrai droit, dans ce cas, comme dans l'autre; mais dans le premier, plus limitée que dans le ſecond.

Le Maître, tit. 15, pag. 483; ils ont ce droit contre les créanciers nonobſtant le laps du tems, parce qu'il eſt plus juſte que l'héritier du ſang profite de ce qui reſte après les dettes acquittées, que les créanciers dont le droit eſt limité à ce qui leur eſt dû, ou que le bien reſte vacant; c'eſt juſte exception.

XXVI. Ces trois ans accordés aux deſcendans, & même majeurs, pour ſe pourvoir contre leur renonciation à l'égard des autres héritiers, ſe comptent du jour de l'ouverture de la ſucceſſion, & non du jour de la renonciation; c'eſt du jour de cette ouverture, que cet héritier a été ſaiſi.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 542, num. 46, déja cité; & telle eſt ſur ce l'opinion commune.

§. VII.

Des biens dans lesquels les enfans prennent part, nonobstant leur renonciation.

XXVII. Les intérêts civils adjugés contre l'homicide appartiennent aux enfans renonçans de l'homicide, comme aux acceptans; ce n'est pas droit héréditaire, c'est soulagement à leur perte, & par conséquent, qui doit être commun à tous.

Le Maître, tit. 15, pag. 485. Voyez sur les intérêts civils & la nécessité de venger la mort du défunt, le Brun, des successions, pag. 656, num. 30 & suivans. En effet, ces intérêts civils leur appartiennent à tous en leur qualité naturelle d'enfans, indépendamment de la qualité civile d'héritiers, étant non un bien dépendant de la succession de l'homicidé, mais un foible soulagement à leur douleur. Cela est attesté par le Brun, en son traité des successions; mais il faut avoir contribué ou coopéré à la poursuite, pour avoir part à la réparation; le même, des successions, aux deux derniers nombres de ce traité: condition qui est juste; cependant la minorité & l'indigence en dispensent.

XXVIII. Venons aux autres biens dans lesquels le renonçant prend part. Les gains nuptiaux du pere ou de la mere qui a convolé, appartiennent aux enfans, nonobstant leur renonciation, la loi faisant de ces biens une espece de substitution en leur faveur; parce que la loi par le convol a réservé dans la seule qualité d'enfant, ces gains nuptiaux à leur profit, & que sur ce sa vocation est générale, absolue, par conséquent, indépendante de la qualité civile d'héritier.

Voyez le titre des donations, faites par celui ou celle qui a convolé en seconde noces, sur lequel cette proposition est établie: c'est l'usage fondé sur l'édit des secondes noces: loi salutaire dont on ne peut trop maintenir la vigueur.

XXIX. Il n'en est pas de même des conquêts de premiere communauté; on ne doit les regarder après le convol, que comme des réserves coutumieres, qui ne doivent appartenir aux enfans nés du mariage pendant lequel ils ont été faits, qu'en qualité d'héritier de celui de leur pere ou mere qui a convolé: on pensoit ci-devant le contraire, c'étoit une interprétation outrée de la disposition de la coutume: on en est revenu; cela demande un examen détaillé qu'on fera dans son ordre.

Voyez ci-après le titre des donations, faites par celui ou celle qui ont convolé en secondes noces, & les autorités sur ce qui y sont rapportées, où l'on établit que l'opinion ancienne étoit une opinion outrée; il suffit ici d'en faire la remarque, & elle est à présent regardée comme telle.

SECTION II.

De ce que doivent faire les créanciers, lorsque tous les enfans ont renoncé.

XXX. Tous les enfans saisis de la succession, au moment de son ouverture ayant renoncé, il est loisible aux créanciers ou au plus diligent d'entr'eux, de faire créer un curateur à la succession vacante. Ce curateur représente le défunt, tant activement que passivement; cette représentation est la fin de cette création, & les créanciers exercent leurs actions contre lui, comme ils les exerceroient contre un héritier; c'est la fin de la création d'un tel curateur, & celle de l'ordre judiciaire, parce qu'il faut toujours que la succession ait une espece de défenseur, & que les créanciers ayent une personne contre laquelle ils puissent agir & diriger leurs actions.

Hisque curatoribus actiones & in eos utiles competunt, l. 1, ff. *de curat. bonis dandis*; ce qui est adopté par l'usage, c'est juste forme.

XXXI. Voyons l'état où cette création doit se faire. Pour faire cette création, les créanciers ne sont pas obligés d'avoir la renonciation de ceux que la loi appelle à la succession après les renonçans; il leur suffit d'avoir les renonciations de ceux qui ont été saisis au moment de son ouverture; autrement cette voie que l'ordre judiciaire leur fournit, leur deviendroit presqu'inutile, & les réduiroit presque à l'impossible.

Tel est l'usage du châtelet, conforme à l'arrêt du 11 janvier 1705, rapporté par Augeard, tom. 3, ch. 72, pag. 368.

XXXII. Cependant cette création ne nuit pas aux autres; en effet, si après cette création, les héritiers immédiatement appellés après les renonçans, veulent accepter la succession, ils le peuvent faire; mais tout ce qui a été fait contre le curateur valablement créé, milite contr'eux, parce que, quoique l'ordre de succession aille jusqu'à l'infini, c'est-à-dire, quoiqu'il ait lieu tant qu'on peut reconnoître les traces du sang, il est toujours constant qu'on ne peut rien imputer aux créanciers lorsqu'ils ont rempli cette forme: ainsi en ce cas, ce qui a été fait avec le curateur, doit donc militer contre les héritiers, subordinément saisis par la loi de la succession, après les renonçans; ce qui conserve tous les intérêts.

Arrêt du 28 mars 1702, rapporté dans le sixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 21, page 212; & tel est l'usage du châtelet, fondé sur ce que l'opinion contraire lieroit les mains aux créanciers, & les réduiroit presqu'à l'impossible.

XXXIII. Les actes du curateur, soit judiciaires, soit extrajudiciaires, sont sujets à la critique des créanciers, parce qu'un curateur à une succession vacante, est ordinairement un adversaire très-docile, & que celui des créanciers qui l'a fait créer, fait mouvoir à son gré: docilité qui fonde cette critique qui ménage les droits de tous, puisque c'est la justice qui les régle.

Tel est encore l'usage du châtelet, il est judicieux & juridique.

XXXIV. Les propoſitions de cette ſection, ont lieu dans toutes ſucceſſions, tant directes que collatérales ; ainſi on peut les appliquer ſur les unes, comme ſur les autres, cela leur eſt commun ; & ſur cela, l'on ne fait aucune diſtinction.

SECTION III.

Des renonciations des enfans à des ſucceſſions futures.

DISTINCTION PREMIERE.

Quand cette renonciation eſt valable, & à quelle ſucceſſion elle ſe peut faire.

XXXV. Les renonciations à ſucceſſion future, ont leurs régles particulieres. Dans la théſe générale, toute renonciation à ſucceſſion non ouverte eſt nulle ; ce qui reçoit l'exception qui forme la propoſition qui ſuit : exception que l'uſage & une juſte convenance ont fait adopter.

C'eſt la diſpoſition de la loi derniere ff. *de ſuis & legit. hæred.* qui eſt adoptée, mais avec la limitation qui ſuit ; en effet, on ne peut renoncer à un droit non acquis, il n'y a que la faveur qui ſoutient le contraire : où cette faveur ne ſe trouve pas, la renonciation à ſucceſſion future, eſt nulle.

XXXVI. Cependant cette renonciation eſt valable, lorſqu'elle eſt faite par un contrat de mariage dans les circonſtances & ſous les conditions ſuivantes : voilà l'exception annoncée, mais nul autre acte qu'un contrat de mariage ne pourroit la faire valider : premier principe ſur cette matiere.

Chapitre *Quamvis 2 de pactis*, au liv. 6 des décrétales ; Robert, liv. 2, ch. 4, rapporte un ancien arrêt qui les a jugé valables ; voyez Dumoulin, *in annot. ad conſi. Alexand. conſ.* 29, liv. 3 ; Bœrius, ſur le digeſte, livre 2, titre 14, *de pactis ;* le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8 ; le Prêtre, cent. 1, num. 23, & ſur la queſtion de ſçavoir, ſi la dot du renonçant, qui eſt le prix de ſa renonciation, eſt ſujette à la légitime des autres enfans qu'on a déja examiné ci-deſſus ; voyez Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 52 ; Lapeyrere, pag. 366, 367 & 368 ; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 105, 106 & 300 ; mais telle renonciation ſeroit nulle, ſi elle n'étoit exprimée que dans la quittance de la dot & non dans le contrat de mariage ; le même Lapeyrere, let. R, déciſion 47, pag. 368 : limitation exacte dans la rigueur des principes, mais dans laquelle il paroit plus de ſubtilité, que de ſolidité.

XXXVII. Paſſons aux conditions de ces renonciations. La premiere des conditions néceſſaires pour faire valoir une renonciation à ſucceſſion future, eſt, outre la forme de l'acte, qu'elle ſoit faite en faveur d'un mâle ou des mâles ; elle ſeroit nulle ſi elle étoit faite en faveur d'une fille, quoique faite par contrat de mariage : ſecond principe ſur cette matiere.

Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 280, ce qui embraſſe les enfans d'un ſecond lit ; le Maitre, pag. 447.

XXXVIII. La ſeconde de ces mêmes conditions, eſt que l'enfant qui a ainſi renoncé ait été doté par celui ou ceux de ſes aſcendans aux ſucceſſions deſquels il a renoncé, & que la dot qui eſt le prix de ſa renonciation lui ait été par eux réellement fournie ; ſans cette réalité de dot, il y auroit nullité dans la renonciation : troiſieme principe conſtant ſur cette matiere, & ces conditions étant remplies, le mineur même n'eſt pas reſtituable contre une telle renonciation.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 515, num. 29 & 30, & tel eſt l'uſage ; & faire ainſi, le mineur même n'eſt pas reſtituable contre icelle ; de Montholon, ch. 35, & il n'a point d'action en ſupplément de légitime ; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 298 ; c'eſt auſſi ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 515, num. 31, & 519, num. 44 : raiſon pour laquelle je voudrois auſſi que la dot fournie au renonçant, ne fût pas ſujette à la légitime des autres, & ce dans la théſe générale, & qu'elle n'y fût ſujette que dans le cas, que par une telle dot on auroit voulu colorer l'atteinte qu'on vouloit donner à la légitime des autres ; ce ſeroit juſte balance que l'équité, ainſi que les principes particuliers de cette matiere, doivent faire adopter.

XXXIX. La renonciation ainſi faite, c'eſt-à-dire, comme il eſt marqué dans les propoſitions précédentes, & ce à une ſucceſſion non échue, eſt valable, quoique faite par un enfant mâle, pourvu qu'elle ſoit faite au profit des mâles ; c'eſt la conſéquence qui réſulte des principes ci-deſſus expliqués, mais qui ne peut avoir lieu dans les coutumes prohibitives d'avantages entre enfans.

Dans les coutumes prohibitives d'avantages entre enfans, celui qui a ainſi renoncé, eſt admis à partage en rapportant ce qu'il a reçu ; Loüet, let. R, num. 17 ; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 509, num. 12 & 13, & 510, num. 15 : reſtriction qui ne peut avoir lieu que pour ces coutumes, mais qui y eſt inconteſtable.

☞ Voyez cependant les arrêts du 27 juillet 1729 & 6 ſept. 1746, rapportés par M. de Lépine de Grainville, pag. 451 & ſuivantes, qui ſemblent établir une juriſprudence contraire, c'eſt-à-dire, que les mâles ne peuvent renoncer en faveur d'autres mâles, même par contrat de mariage.

XL. Si une telle renonciation avoit été faite par un impubere, elle ſeroit nulle ; le contrat de mariage ſeul peut la faire valider, & il eſt incapable d'en contracter un ; ce qui annulle la renonciation qui n'eſt que ſa ſuite : la premiere nullité entraine l'autre.

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 60 ; mais le mineur qui l'a fait, n'eſt pas reſtituable contre icelle ; on peut joindre aux autorités ci-devant rapportées ſur ce, le ſentiment de le Maitre, pag. 444, qui confirme encore la propoſition.

XLI. Venons à préſent aux ſucceſſions auxquelles une telle renonciation peut ſe faire. Les renonciations anticipées, peuvent ſe faire à toutes ſucceſſions directes de pere & de mere, ou à l'une d'elles, ou aux deux conjointement, & même à d'autres, ce qui ſe verra par les propoſitions ſuivantes; principe qu'il faut d'abord poſer, mais qui n'influe pas ſur la réſerve des gains nuptiaux dans le cas du convol, les biens qu'elle comprend n'étant pas dans la diſpoſition du convolant.

Sur la queſtion de ſavoir, ſi telle renonciation emporte renonciation à la part que le renonçant auroit dû avoir dans les avantages, que le ſurvivant des pere & mere qui a convolé, eſt obligé de reſerver aux enfans du premier lit; voyez Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 62: ſur cette queſtion, je ſuis pour la négative, ces réſerves étant un préſent de la loi.

XLII. L'ayeul en dotant ſa petite-fille, peut non-ſeulement la faire renoncer à ſa ſucceſſion future, mais encore à la future ſucceſſion de ſon pere, fils de lui donateur; c'eſt la condition qu'il a voulu appoſer à ſa libéralité, elle en eſt inſéparable, & la faveur du contrat qui la contient, la fait valider; mais c'eſt porter bien loin l'effet de ces ſortes de renonciations.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 6, pag. 135, & Henrys qu'on vient de citer.

XLIII. Le pere ou la mere dotant, peuvent non-ſeulement faire renoncer l'enfant doté à leur future ſucceſſion, mais encore aux ſucceſſions collatérales futures de leurs autres enfans, freres & ſœurs de l'enfant doté; le moyen qui fonde la propoſition précédente, fonde encore celle-ci: il y a parité de raiſon; mais ici encore plus d'étendue que dans le cas précédent.

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, pag. 104, & au liv. 6 du même tome, ch. 5, queſt. 23, & tom. 2, liv. 4, queſt. 4: mais telles renonciations ne pourroient comprendre une ſucceſſion échue à l'enfant, s'il n'en fait ceſſion expreſſe: on autoriſe celles faites à des ſucceſſions à échoir *propter incertum eventum*; mais par rapport à des ſucceſſions échues, une telle renonciation ne ſeroit pas valable; voyez ſur ce Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 286; le Brun, des ſucceſſions, pag. 511 & 512; le Maître, pag. 446; ce qui n'empêche pas que le majeur ne puiſſe céder un droit qui lui eſt acquis.

XLIV. Dans le cas de renonciation à ſucceſſion de pere & de mere non échues, & de renonciation à ſucceſſion de frere & de ſœur non échues, le renonçant non-ſeulement n'a aucune part dans des biens que ſes freres & ſœurs ont recueilli les ſucceſſions des pere & mere communs, mais encore dans les biens qui étoient acquêts dans la perſonne de ſes freres & ſœurs; c'eſt la ſuite & l'effet inévitable d'une telle renonciation: ce qui influe ſur les enfans du renonçant, comme on l'expliquera par la diſtinction qui ſuit.

Dans ce cas même, les enfans de celle qui a ainſi renoncé, ne peuvent rien prétendre dans les ſucceſſions de leurs oncles freres de celle qui a renoncé, encore qu'ils viennent à ces ſucceſſions de leur chef: arrêt du 29 mars 1650, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 3: voyez ſur l'effet de ces renonciations à l'égard des enfans du renonçant, la diſtinction ſuivante; mais comme cela eſt de rigueur, il ne doit pas par conſéquent être étendu: le renonçant n'eſt pas par une telle renonciation exclu de prétendre part dans les ſucceſſions de ſes neveux & niéces; arrêt du 11 mars 1660, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 21: ainſi ſur ce, c'eſt à la lettre du contrat qu'il faut ſcrupuleuſement s'attacher, c'eſt le guide qui conduit à déterminer les ſucceſſions auxquelles il y a renonciation, & il eſt conſtant que telles renonciations ne doivent pas être étendues d'un cas à un autre.

XLV. Un oncle dotant ſon neveu, le fait valablement renoncer à ſa ſucceſſion future, & il en eſt de même de tout autre parent, qui dote un de ſes héritiers préſomptifs; tel eſt l'uſage.

Voyez la ſixieme partie du journal du palais, pag. 137, & les principes ci-deſſus s'appliquent à tous parens dotateurs.

DISTINCTION II.

De l'effet des renonciations à ſucceſſions futures, contre les deſcendans du renonçant.

XLVI. Cet effet eſt déja annoncé, mais il faut le développer; non-ſeulement le renonçant eſt exclu par une telle renonciation, mais toute ſa deſcendance l'eſt pareillement, ſa deſcendance ne pouvant avoir plus de droit que lui.

Jugé par l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 98; Robert, liv. 2, ch. 5; de Montholon, ch. 79; Louet, let. R, num. 17, à la fin, & Brodeau au même endroit; voyez auſſi l'arrêt cité ſur la dixieme propoſition de la diſtinction précédente, qui peut ici recevoir application. Cependant ſur la même queſtion, la cour a depuis appointé, par l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 3, ch. 50; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 290 & 291, regarde la propoſition comme ſûre; voyez auſſi le Maître, p. 445: j'ai entendu juger au châtelet, que la clauſe ſuppléance au don mutuel, militoit contre des petits-enfans, quoiqu'ils euſſent renoncé à la ſucceſſion de leur pere, ce qui peut s'appliquer à la propoſition; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 525, num. 59.

XLVII. Cette excluſion de la deſcendance du renonçant a lieu, tant que ſubſiſtent celui, ou l'un de ceux au profit deſquels la renonciation avoit été faite; c'eſt le juſte effet de la renonciation: il y a plus, l'excluſion ſubſiſteroit toujours, ſi celui ou ceux au profit deſquels la renonciation auroit été faite, avoient laiſſé des enfans ou petits-en-

fans, ils ont tranſmiſſion de leur droit, ce qui fonde celui de ces derniers, & fait militer la renonciation en leur faveur, ce qui eſt ſans difficulté dans la ligne directe dans laquelle on ſuccéde par ſouches; mais même a lieu en collatérale par l'effet d'un droit acquis & tranſmis.

Voyez les trois auteurs cités ſur les deux propoſitions précédentes; le Brun, le Maître & Bretonnier, qu'on vient de citer.

DISTINCTION III.

Quand ces renonciations ceſſent de produire effet.

XLVIII. Ces renonciations ceſſent de produire effet en pluſieurs, cas 1°. ſi la fille qui a ainſi renoncé, n'a pas été dotée réellement, telle renonciation ne produit plus d'effet; c'eſt une ſuite inévitable de la premiere diſtinction ci-deſſus, elle contient la preuve de la propoſition: il y a plus; telle renonciation ceſſe de produire effet, ſi la dot promiſe n'étoit payable qu'après le décès des pere & mere.

Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 285, l'atteſte après Decius, en ſon conſeil 105, qui dit: *Ex quo non reperitur dotata tempore mortis, res remanet in diſpoſitione juris communis*; ainſi voilà un premier cas où telle renonciation ceſſe de produire effet: mais le défaut de payement de la dot, anéantiroit-il la renonciation, *aliquo dato vel promiſſo*; c'eſt-à-dire, dans le cas qu'il y a dot promiſe, mais ſimple défaut du payement d'icelle, lors de l'ouverture de la ſucceſſion? Voyez ſur ce Dumoulin, ſur l'art. 305 de la coutume de Bourbonnois; le Maître, tit. 14, pag. 444; Louet, let. R, num. 18; & Brodeau qui atteſte au même endroit, que la cour en ce cas donne un délai à l'héritier, pour acquitter la dot promiſe; voyez auſſi le Brun, des ſucceſſions, pag. 516, num. 32, où il ſoutient, qu'il faut qu'il y ait eu portion de la dot payée comptant; cela peut être juridique, mais bien rigoureux; & d'ailleurs cette opinion jette dans l'arbitraire, parce que cet auteur ne détermine pas la portion de dot qu'il faudroit qui fût payée pour éviter le retour à ſucceſſion; je ne la goûte pas: quant à la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur l'arrêt cité ſur la cinquieme propoſition de cette diſtinction.

XLIX. Voici un autre cas où telle renonciation eſt ſans effet. La mort de celui au profit duquel telle renonciation auroit été faite, ſans poſtérité de ſa part, la fait pareillement ceſſer; mais non ſi cette mort arrivoit après l'ouverture de la ſucceſſion du pere: car en ce cas il y auroit tranſmiſſion du droit réſultant de la renonciation, en faveur des héritiers de celui au profit duquel elle auroit été faite, quoique collatéraux; mais ſon prédécès anéantit l'effet de la renonciation.

Voyez l'arrêt rapporté dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 445, & l'effet de la tranſmiſſion me paroît en ce cas inconteſtable; c'eſt droit acquis.

L. L'effet d'une telle renonciation, ceſſeroit-il, ſi elle n'avoit été faite qu'avec cette limitation, ſauf loyale échute? mais cela me paroît dériſoire, parce c'eſt par la ſeconde partie de la clauſe, détruire ce qu'on vouloit faire par la premiere, qui, comme la principale, doit produire effet, ſauf la diſpoſition teſtamentaire à l'exécution de laquelle il faut réduire une telle limitation; car le renonçant eſt capable de legs.

Baſſet, tom. 2, liv. 6, tit. 2, ch. 1; le Brun, des ſucceſſions, pag. 523, donnent effet à cette réſerve: je crois qu'il faut rappel.

☞ Sur l'effet de la clauſe, ſauf loyale échute qui étoit anciennement uſitée, & qui n'eſt plus d'uſage dans de telles renonciations, voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 3, num 60; & Deſpeiſſes, tom. 2, part. 2, tit. 1, num. 17.

LI. Mais voici un quatrieme cas dans lequel il eſt inconteſtable que la renonciation ceſſe. Elle ceſſe ſi celui au profit duquel elle avoit été faite, renonce lui-même à la ſucceſſion, nul autre que lui ne pouvant en exciper; elle ceſſe donc en ce cas, & fait rentrer le renonçant dans les droits que la nature & les loix lui donnoient comme enfant.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 193; le Brun, des ſucceſſions, pag. 519, num. 43; de même ſi celui au profit duquel la renonciation a été faite, meurt avant les pere & mere, & ſans laiſſer des enfans, comme on l'a déja dit; le même auteur, au même traité, pag. 518, num. 41, & la propoſition a été formée ſur l'uſage.

LII. Dans ces trois cas, l'enfant nonobſtant une telle renonciation, eſt admis à partage; la renonciation en ces cas, ne pouvant plus produire effet, puiſqu'elle n'a plus d'objet.

Par l'arrêt du 19 janvier 1639, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 25, il a été jugé que la renonciation étoit nulle, lorſque la dot n'étoit payable qu'après le décès de celui, à la future ſucceſſion duquel il y avoit renonciation; ce qui eſt fort différent de ce qui a été dit ſur la premiere propoſition ci-deſſus, au ſujet du ſimple retard; voyez la premiere partie du journal du palais, pag. 257, & cela eſt ſuite des principes ci deſſus établis.

☞ Par rapport au cas où la dot n'auroit pas été payée en entier, s'il n'en reſtoit qu'une foible portion à payer, lors du décès du pere, cela n'empêcheroit pas l'effet de la renonciation, ſur-tout ſi le pere avoit eu quelque raiſon de ſe croire libéré; c'eſt ce qui a été jugé par arrêt du 15 juin 1711, rapporté par Vigier ſur la coutume d'Angoumois: voyez auſſi celui du 5 ſeptembre 1737, rendu entre M. le duc d'Orléans & M^me^. la princeſſe de Modene, rapportés dans les arrêts notables imprimés en 1743, & qui a jugé la même choſe: il faut encore obſerver ſur toutes les propoſitions de cette diſtinction, que la ſimple promeſſe de renoncer, faite par contrat de mariage en vertu d'une dot promiſe, & depuis payée, vaut renonciation: il y a deux arrêts qui l'ont ainſi

jugé, l'un du 6 mars 1545, remarqué par Carondas, en ſes réponſes, liv. 4, ch. 88; & l'autre du 14 juillet 1635, rendu *conſultis claſſibus*, & rapporté par Brodeau, let. R, num. 17.

LIII. Il y eſt pareillement admis, ſi le pere à la ſucceſſion duquel il y avoit renonciation, meurt avant la célébration du mariage; c'étoit la condition tacite & légale à ſa renonciation que cette célébration, & cette célébration qui ſeule mettoit le ſceau à la renonciation, ne ſe trouvant pas faite, tel enfant eſt dans le droit commun, & non dans le cas de la renonciation, qui n'a pas été conſommée.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 517, num. 38; c'eſt un quatrieme cas où la renonciation ceſſe de produire effet; mais il croit exclu nonobſtant ce prédécès, ſi la dot avoit été payée: Dumoulin, ſur l'art. 37, du tit. 13 de la coutume d'Auvergne. Cependant le Brun, en ce cas même, eſtime que la renonciation eſt nulle, en effet, cette renonciation ne ſe trouvant pas vraiment conſommée lors de l'ouverture de la ſucceſſion, il ne paroit pas que la renonciation puiſſe avoir effet, ſi le mariage ne ſe fait pas.

DISTINCTION IV.

Du rappel à ſucceſſion nonobſtant telle renonciation, & du rapport auquel il donne lieu.

LIV. La volonté de l'aſcendant ayant été la baſe de la renonciation, ſa volonté contraire la détruit. Telle renonciation ceſſe donc de produire effet, ſi l'aſcendant a depuis déclaré qu'il vouloit que le renonçant fût admis à partage; ſa volonté ſur ce licite, lui avoit donné l'être, ſa volonté contraire la peut donc détruire; par conſéquent en ce cas l'effet de la renonciation ceſſe, & cette ceſſation eſt auſſi favorable que juridique.

Comment l'en excluroit-on, lorſque tels renonçans n'ont pas d'incapacité légale, mais volontaire à ſuccéder, & que l'enfant juſtement exhérédé, peut être appellé par l'aſcendant qui avoit lancé contre lui, le foudre de l'exhérédation? Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 294. Sur le rapport que le renonçant doit faire en ce cas, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 562, & la derniere propoſition de cette diſtinction; ce rapport eſt inconteſtable, puiſqu'il eſt héritier, & que cette qualité le néceſſite: quant au droit du renonçant rappellé, celui en faveur duquel la renonciation avoit été faite, pourroit-il balancer l'autre contre la volonté de l'aſcendant, qui avoit exigé une telle renonciation?

LV. Ce rappel eſt ſi favorable, qu'il n'eſt ſujet à aucune formalité, à plus forte raiſon, le renonçant eſt-il capable de legs; ce qui eſt une ſuite inconteſtable de la capacité qu'il conſerve à pouvoir être rappellé à la ſucceſſion: c'eſt droit légal qui anéantit la premiere volonté de l'homme toujours ambulatoire, & qu'il a lui-même rejettée.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt prononcé en robes rouges, & rapporté par le Veſt, ch. 112: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 520, num. 46 & 563, & cela ne paroît pas pouvoir ſouffrir difficulté.

LVI. Voyons l'étendue d'un tel rappel. Le rappel à la ſucceſſion après une telle renonciation, n'eſt pas ſujet aux réſerves coutumieres; c'eſt retour au droit commun, ce qui l'en affranchit, & c'eſt moins diſpoſition gratuite, qu'anéantiſſement de la renonciation, que la volonté avoit produit & non la loi, qui en ce cas agit dans toute ſon étendue, comme ſi la renonciation n'eût pas été faite.

Le legs qui lui eſt fait par ſes pere & mere, étant un rappel juſqu'à concurrence, produit des intérêts de plein droit, du jour du décès; Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, pag. 63; ſur ce que c'eſt retour au droit commun, & non un legs, voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 521; ce qui fonde la propoſition qui a ſa racine dans la loi même.

LVII. De-là il s'enſuit que par ce rappel, l'enfant rentre dans tous les droits que la loi & la nature lui donnoient dans la ſucceſſion, & qu'il a droit de les exercer, de même que s'il n'eût pas renoncé, le rappel effaçant ſa renonciation; à moins qu'il n'y ait un engagement perſonnel & conſommé entre le renonçant, & celui au profit duquel la renonciation a été faite, auquel cas il faudroit pour le rappel, le conſentement de ce dernier.

Savoir ſi le rappel produit ſon effet ſans le conſentement des autres enfans, lorſqu'ils ſont intervenus dans l'acte de renonciation; voyez Lapeyrere, let. R, déciſion 36, pag. 365; la note ſur cette déciſion, & les auteurs qui y ſont cités; le Brun, des ſucceſſions, pag. 520, num. 47, & 563, num. 3. Pour moi je crois que ſi les enfans n'ont pas donné leur conſentement, il n'eſt pas néceſſaire, la qualité de donateur pouvant ſeule le fonder & le rendre néceſſaire; voyez les notes ſur la derniere propoſition de cette diſtinction.

LVIII. Le rappel peut être révoqué, à moins qu'il ne ſoit fait entre-vifs; dans le premier cas, c'eſt-à-dire, lorſqu'il eſt fait par un ſimple acte, on ne peut, quant à la ſtabilité, le regarder que comme une diſpoſition teſtamentaire; dans le ſecond cas, c'eſt diſpoſition irrévocable de ſa nature, il me paroît tel.

Lapeyrere, let. R, déciſion 58, pag. 370; le Brun, des ſucceſſions, pag. 522, num. 53, & pag. 565, num. 14: voyez ſur le rappel, le traité des propres, ch. 2, ſect. 8, pag. 167; & telle eſt ſur ce l'opinion commune.

LIX. On a vu dans le chapitre des rapports, que celui qui profite d'une telle renonciation, eſt obligé de rapporter ce qui a été

a été donné à celui qui a renoncé en ſa faveur; c'eſt la ſuite naturelle de l'accroiſſement, dont il profite de la portion héréditaire du renonçant à la ſienne; d'où il s'enſuit que le rappellé doit, à plus forte raiſon, rapporter, lorſque par l'effet du rappel, il vient à partage, ce rappel le replaçant au nombre des héritiers; qualité qui l'aſſujettit au rapport: rapport dans l'un & dans l'autre cas qui conſerve l'intérêt des autres héritiers.

Ce rappel eſt ſi favorable, que la fille qui a renoncé peut être rappellée, quoique ſon frere ait été marié depuis ſa renonciation, & marié comme fils aîné & principal héritier; Bacquet, des droits de juſtice, part. 1, num. 1070, pag. 239; ce qui prouve d'autant plus l'ouverture au rappel.

TROISIEME PARTIE DES SUCCESSIONS.

DES SUCCESSIONS DES ENFANS ET DESCENDANS DÉFÉRÉES AUX PERE ET MERE ET AUTRES ASCENDANS.

CHAPITRE PREMIER.

QUAND ILS SONT APPELLÉS A LA SUCCESSION DE LEURS ENFANS.

(Art. 311 de la coutume.)

I. ON va voir ici ce qu'on a déja obſervé dès l'entrée de ce titre dans toutes ſes parties, c'eſt-à-dire, la même ſageſſe, & que la coutume a puiſé l'ordre de ſuccéder dans le cœur de l'homme; en effet, celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, étant décédé ſans enfans, ſa ſucceſſion eſt déférée à ſes pere & mere, & à leur défaut, à ſes ayeux ſucceſſivement en remontant de degrés en degrés; ſucceſſion où l'on voit donc ce qu'on a remarqué, que la coutume a puiſé l'ordre de ſuccéder dans le cœur même de l'homme, puiſqu'au défaut de deſcendans, nos aſcendans nous ſont plus chers que tout collatéral; ainſi, ces premiers ont la grande main contre tout parent collatéral, qui ne peut avoir concurremment avec eux qu'une certaine ſaiſine, & relative à certains biens que la coutume veut conſerver dans les lignes.

Voyez la novelle 118, ch. 2; le Maître, ch. 2, pag. 493; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 311, qu'on peut regarder comme un droit commun par rapport au pays coutumier.

II. Ces aſcendans ſont ſaiſis de l'univerſalité des biens, les propres exceptés; cette ſaiſine univerſelle, quant aux biens indifférens, c'eſt-à-dire, quant à ceux que la coutume n'affecte pas à de certains héritiers, étant une conſéquence de la propoſition précédente, c'eſt-à-dire, de la préférence que tout aſcendant mérite ſur tout collatéral; préférence qui eſt tout enſemble plus équitable, plus juridique qu'un concours que le droit romain admet.

Cette diſpoſition de notre coutume, eſt plus équitable que la diſpoſition du droit civil, qui par la novelle 118, appelle les freres & ſœurs joints des deux côtés, à ſuccéder par portion virile avec les aſcendans; cet ordre de ſuccéder établi par notre coutume, a ſa racine dans la nature même; voyez le chapitre préliminaire au préſent titre, où l'on voit la preuve que cette diſpoſition de notre coutume, eſt plus exacte que celle du droit civil.

III. De-là il s'enſuit, que par rapport à cette univerſalité de biens (propres exceptés) aucun collatéral ne peut concourir avec eux; encore une fois les aſcendans ont la grande main.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 1, pag. 226. Par l'édit de Saint-Maur, du mois de mai 1567, il étoit dit que les meres privées de ſuccéder aux biens paternels par la rigueur ſur ce exceſſive du droit civil, auroient l'uſufruit de la moitié de ces biens & la propriété des meubles & acquêts; cet édit a été abrogé par celui du mois d'août 1729, ce qui eſt pour les pays régis par le droit écrit; la diſpoſition de notre coutume, beaucoup plus ſimple, applanit ſur cela toute difficulté.

CHAPITRE SECOND.

COMMENT LES ASCENDANS SUCCÈDENT.

SECTION PREMIERE.

SI LA REPRÉSENTATION A LIEU ENTR'EUX, ET SI L'HÉRITIER PUR ET SIMPLE EXCLUT LE BÉNÉFICIAIRE.

(Art. 311 de la coutume.)

(*Et au défaut d'eux l'ayeul & l'ayeule.*)

I. IL n'en eſt pas dans cette ligne comme dans la deſcendante; la repréſentation n'a pas lieu dans la ligne directe aſcendante, c'eſt ſucceſſion contre le cours ordinaire de la nature : qualité qui exclut d'icelle l'effet de la repréſentation, la priorité du degré décide, ainſi, ſi le pere du défunt le ſurvit & non ſa mere, mais bien ſon ayeule maternelle, cette derniere ne peut repréſenter la mere du défunt que le pere exclut totalement de la ſucceſſion des meubles & des acquêts, la repréſentation ne pouvant ſe faire qu'en remontant, & non en deſcendant; cela eſt encore conforme au penchant de la nature.

Novelle 118, chap. 2; voyez les propoſitions ſuivantes qui contiennent ce qui réſulte de celle-ci.

II. De-là il s'enſuit que l'aſcendant plus prochain exclut tous les autres aſcendans plus éloignés que lui, puiſque ces derniers ne peuvent ſe rapprocher par le bénéfice de la repréſentation au degré du premier; c'eſt ce qui réſulte de la prudente & générale diſpoſition de notre coutume, conforme en cela au droit civil.

Si autem plurimi aſcendentium vivunt, hos præponi jubemus qui proximi gradu reperiuntur; novelle 118, ch. 2; voyez Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 526, qui atteſte l'adoption de cette diſpoſition : adoption qui ne peut peut être douteuſe, puiſqu'elle réſulte de l'art. 311 de la coutume, & c'eſt droit commun.

III. Cette excluſion a lieu nonobſtant la diverſité des branches, par conſéquent ſi le défunt mort ſans enfans, a laiſſé ſon pere & ſes ayeux maternels, ſon pere exclut les derniers par la proximité du degré; c'eſt ſuite de ce que deſſus, & du principe que la repréſentation n'a pas lieu entre aſcendans.

Novelle qu'on vient de citer, & qui eſt ſuivie comme une exacte interprétation de la coutume en cette partie.

IV. Entre héritiers aſcendans, le pur & ſimple n'exclut pas le bénéficiaire; la coutume ne porte cette excluſion que pour la ligne collatérale, ce qui ſuffit pour l'exclure de tout autre, cette excluſion étant de rigueur, & n'ayant aucune véritable racine dans la raiſon

Cela a été établi ci deſſus, où l'on a vu que cette excluſion n'avoit lieu en ligne directe, ce qui en reſſerre abſolument l'effet dans la collatérale; tel eſt l'uſage.

SECTION II.

Comment les biens ſe partagent entre aſcendans.

V. La ſection précédente annonce aſſez le partage: du principe que la repréſentation n'a pas lieu entre aſcendans, il s'enſuit qu'ils partagent par têtes & non par ſouches, c'eſt une conſéquence de la maxime que la repréſentation n'a pas lieu dans cette ligne; en effet, la vocation étant égale, la ſaiſine ne peut être différente, la coutume appelle les pere & mere, chacun par moitié; diviſion qui eſt pour le cas qu'il n'y auroit pas entre eux de communauté, ou dans le cas qu'il y en auroit, que le contrat de leur mariage contiendroit la clauſe de propre de ce qui leur échoiroit par ſucceſſion.

Arrêt du 30 mai 1702, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 28, pag. 243; ce même arrêt qui eſt de réglement, eſt rapporté par Augeard, tom. 2, ch. 55, pag. 355: Dupleſſis, pag. 226 & 231. En effet, le partage par ſouches eſt une ſuite de la repréſentation, qui n'a lieu, comme on le voit dans cette ſucceſſion; les biens doivent donc s'y partager par têtes, cela eſt inconteſtable; Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 3, pag. 231; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 439, num. 16, & tel eſt ſur ce partage l'uſage du châtelet, fondé ſur l'art. 311.

VI. Venons aux conſéquences. De-là il s'enſuit que ſi le défunt a laiſſé un ayeul & une ayeule maternels, & un ayeul paternel ſeulement, la ſucceſſion de ſes meubles & acquêts

ne ſe partage pas en deux parts, l'une pour la ligne aſcendante paternelle, l'autre pour la ligne aſcendante maternelle; mais en trois parts égales pour chacun des trois aſcendans, la ligne paternelle ne pouvant ſur ce avoir aucun privilége ſur la maternelle, comme on le verra par ce qui ſuit: mais ſi les ayeuls ſont au nombre de quatre, ce qui peut être, puiſqu'il y en peut avoir deux du côté paternel & deux du côté maternel, alors la ſucceſſion ſe partage en quatre parts égales: c'eſt même principe, c'eſt vocation égale & commune à tous, & par conſéquent partage égal.

Ricard, en ſon traité de la repréſentation, ch. 8, num. 63, pag. 559 & 560; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 311, à la fin; le Maître, tit. 15, ch. 2, pag. 495; voyez l'arrêt du 30 mai 1702, ci-deſſus cité. Le chapitre 2 de la novelle 118 contient cette diſpoſition contraire, qui n'a lieu qu'en pays de droit écrit. Le Brun, des ſucceſſions, pag. 52, num. 3, ſemble adopter la diſpoſition du droit civil; j'ai toujours vu pratiquer le contraire, & cette opinion eſt abſolument oppoſée à la coutume de laquelle réſulte le partage égal & par têtes, mais il n'examine là que le droit civil; auſſi à la page 56, num. 34, il adopte le partage par têtes, ſur lequel, au moyen de l'arrêt & du texte, il ne peut pas y avoir de difficulté.

VII. Du même principe il s'enſuit que ſi l'un de ces trois aſcendans renonçoit, ſa part accroîtroit aux deux autres, qui en ce cas ſuccéderoient chacun par moitié; en effet, la coutume ordonne que la part du renonçant accroiſſe aux acceptans: c'eſt une autre conſéquence qui réſulte de ce que deſſus, elle me paroît inconteſtable.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 227, & les autres autorités rapportées ſur la propoſition précédente, qui prouvent celle-ci.

VIII. Suivons les conſéquences. Ce que deſſus exclut encore tout droit d'aîneſſe, il n'y a entr'eux nulle prérogative en faveur de la maſculinité, comme on vient de le voir, d'où il s'enſuit que tous les biens auxquels ils ſuccédent, ſe partagent entr'eux également; cette ſucceſſion contraire au cours ordinaire de la nature, leur eſt déférée par la loi pour ſervir d'adouciſſement à leur perte qui eſt égale: égalité qui exclut toute prérogative en faveur des mâles contre les femelles.

Dupleſſis, pag. 226 & 231: le Brun, des ſucceſſions, pag. 438, num. 6; ce qui confirme d'autant plus la troiſieme propoſition de cette ſection; ainſi puiſque dans cette ligne il n'y a nulle prérogative en faveur de la maſculinité, il ne peut donc y avoir droit d'aîneſſe. En effet, l'art. 25 de la coutume ne donne par rapport aux fiefs la préférence aux mâles ſur les femelles, que dans la ligne collatérale; d'où il s'enſuit conſéquemment qu'elle rejette cette préférence pour toute autre ligne, l'excluſion ne pouvant ſe fonder que ſur une diſpoſition expreſſe, diſpoſition qui n'eſt pas ici.

SECTION III.

Des qualités qui ſont entr'eux incompatibles, & s'ils ſont ſujets au rapport.

(Art. 300 de la coutume).

IX. Dans cette ligne comme dans la deſcendante, il y a de certaines qualités qui ſont incompatibles; les qualités de donataires & d'héritiers ſont entr'eux telles, ſi celui qui allégue l'incompatibilité en peut profiter, la raiſon & l'équité le manifeſtent, mais avec cette reſtriction; cependant par l'autorité reſpectable des arrêts, cette incompatibilité eſt regardée comme abſolue. Ne ſeroit-il pas à ſouhaiter, conformément à la fin à laquelle la coutume tend, que cette incompatibilité ne pût être alléguée que dans le cas que celui qui l'allégue en pût profiter, & non dans aucun autre? cela me paroît être l'eſprit de la coutume.

Dupleſſis, pag. 231, rejette l'incompatibilité; en effet, l'art. 300 de la coutume ne rend abſolument incompatibles que les qualités de légataire & d'héritier, & non celle de donataire; mais la propoſition eſt fondée ſur l'arrêt du 24 novembre 1644, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 15: ce même arrêt eſt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 1, ch. 69, & cette incompatibilité a été encore préciſément jugée par l'arrêt du 9 août 1687, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 221. Dans l'eſpece de cet arrêt, on alléguoit un autre moyen contre la donation, mais la cour l'a regardé comme ſurabondant, & s'eſt déterminée contre la donation par l'incompatibilité; cependant, d'un autre côté, ne pourroit-on pas dire, 1°. que l'incompatibilité des qualités de donataires & d'héritiers n'a lieu en ligne collatérale; que les aſcendans ne ſont pas moins favorables que les collatéraux: 2°. que cette incompatibilité, établie pour maintenir chaque héritier légitime dans le bien que la loi lui aſſigne, ne va pas droit à ſon but, dans la ligne directe aſcendante, puiſqu'il pourra arriver qu'un pere donataire entre-vifs d'un certain propre de ſon fils, forcé par cette incompatibilité de renoncer au don ou à la ſucceſſion mobiliaire de ſon fils, ne remettra pas par-là les choſes dans l'état que la loi les mettoit, ceſſant toutes diſpoſitions de l'homme, puiſque ſi l'héritier du propre donné, eſt un héritier éloigné, il ne profitera pas de la renonciation à la ſucceſſion mobiliaire qui paſſera à un plus prochain que lui? Ainſi l'on pourroit reſtreindre l'incompatibilité dans le cas que le pere ſeroit donataire d'un bien qu'il auroit pu recueillir comme héritier, & ce qui fonde cette reſtriction, c'eſt que hors ce cas le plus prochain héritier alléguant l'incompatibilité, ne profitera pas de ſon effet; parce que le pere renonçant au don d'un propre pour conſerver la qualité d'héritier, le propre donné paſſera à un autre qu'à lui, ce qui n'eſt pas dans la ligne deſcendante où l'incompatibilité produit effet: ces raiſons qu'on pourroit alléguer en collatérale, me paroiſſent de quelque poids, mais ne peuvent balancer l'autorité de l'arrêt, qui peut-être a été rendu dans des circonſtances particulieres qu'on ne peut démêler. Voyez ci-deſſus, où l'on a traité quand l'incompatibilité

de certaines qualités a lieu entre enfans : cela peut s'appliquer ici.

☞ L'arrêt du 9 août 168-, rapporté dans le journal du palais, & cité dans les notes ci-dessus, n'a point jugé qu'il y avoit incompatibilité absolue dans la ligne directe ascendante : il a au contraire jugé que les qualités d'héritiers & de donataires entre vifs, ne sont point incompatibles dans cette ligne, *nullis contradicientibus* : ce qui confirme la proposition avec la restriction qu'elle contient, qui en est inséparable.

X. Quant à l'autre incompatibilité, elle est incontestable ; ils ne peuvent être légataires & héritiers, ces qualités sont incompatibles dans leurs personnes comme dans celle de tout autre héritier, nul ne pouvant, dans le même point de tems, réunir les qualités d'héritier légitime & d'héritier testamentaire : sur ce il n'y a pas de difficulté comme il y en peut avoir sur la proposition précédente ; c'est le texte, c'est incompatibilité absolue, & qu'on ne peut par raisonnement rendre relative, sans croiser, sans même contrarier ouvertement le texte de la coutume.

Dupleſſis, pag. 231 ; le Brun, des successions, pag. 460, num. 30, & telle est la jurisprudence du châtelet, la prohibition de la coutume contenue dans l'art. 300, étant générale ; de Renusson, des propres, ch. 3, sect. 11, num. 22, pag. 346, est d'avis contraire ; c'est opinion singuliere opposée au texte, qui est cependant suivie par le Maître, pag. 494 : si cette opinion avoit lieu, il en faudroit conclurre que les ascendans pourroient être à plus forte raison donataires & héritiers : qualités moins incompatibles que celles de légataires & d'héritiers : cependant les arrêts ont rejetté la réunion des premieres, il faut donc encore plus rejetter la réunion des secondes ; cependant contre un légataire universel de quotité, ils peuvent tout ensemble être héritiers & légataires : ce n'est pas pour cela que l'incompatibilité a été établie.

XI. Voyons la conséquence qui naît de l'incompatibilité des qualités de donataire & d'héritier dans la ligne directe ascendante. Il s'ensuit que les ascendans sont sujets au rapport, puisque le rapport est une suite de l'incompatibilité ; en vain diroit-on pour l'affranchissement du rapport, que les ascendans ne deviennent héritiers que contre l'ordre ordinaire de la nature, & que la donation d'un fils à son pere n'est pas comme celle du pere au fils, l'acquittement d'une espece de dette naturelle, & une remise par anticipation d'une portion de la succession que le donataire doit naturellement recueillir ; & que celle-ci est contre l'ordre ordinaire de la nature, puisque par les arrêts il faut que l'ascendant renonce ou à son don, ou à la succession ; il faut se rendre à l'autorité, & en conclure la nécessité du rapport ; cela me paroît ainsi : & de-là il s'ensuit que le legs fait à l'ascendant qui a accepté la succession, devient caduc : sur ce dernier point, nulle difficulté ; mais sur l'autre, il me paroît que le rapport ne pourroit être prétendu que par un ascendant, & ce d'un bien dans le partage duquel il concourroit avec l'ascendant donataire ; & sans cela le rapport n'a pas un véritable & juridique objet.

Le Brun, en son traité des successions, pag. 467, num. 21 & suivans, & pag. 468, s'est élevé contre cette jurisprudence, & estime que les ascendans ne sont pas sujets au rapport ; c'est aussi le sentiment de le Maître, tit. 15, ch. 2, pag. 494, qui estime que les ascendans peuvent être donataires & héritiers : mais les arrêts sont contraires, puisqu'ils jugent que dans cette ligne les qualités de donataires & d'héritiers sont incompatibles, ce qui me paroît trancher sur ce toutes difficultés : puisque de l'incompatibilité dans cette ligne, des qualités de donataires & d'héritiers il naît la nécessité du rapport des choses données, lorsqu'un ascendant donataire entre-vifs accepte la succession du descendant ; mais les deux auteurs cités, sans m'écarter du respect que je dois aux arrêts, rendent raisonnable le doute qui termine la proposition, & il me paroît que ce doute est conforme à l'esprit de la loi.

SECTION IV.

Si les ascendans ont droit de légitime.

XII. Comme dans le cas où la loi n'accorde pas de légitime, on ne peut la suppléer, parce que non-seulement ce seroit y ajouter, mais même la contrarier dans la disposition universelle qu'elle en permet par acte entre-vifs ; les ascendans n'ont aucun droit de légitime dans les successions de leurs descendans, sauf la limitation qui forme la proposition qui suit ; c'est faveur plus que droit : disposition plus rigoureuse que celle du droit civil.

La novelle 1, en sa préface, §. 1, donne une légitime aux ascendans, ce qui n'a lieu parmi nous : Robert, ch. 3, rapporte un arrêt contraire, mais il n'est pas suivi : Louet, let. L, num. 1, en rapporte un autre conforme à la proposition ; il y en a un du 18 mai 1687, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 125, & telle est la jurisprudence du châtelet : voyez le Brun, des successions, pag. 215, num. 37 & suivans : Ricard, des donations, troisieme partie, ch. 8, sect. 3, num. 934, pag. 619 : le Maître, tit 15, ch. 2, pag. 495 ; ces auteurs confirment la proposition, sauf l'exception qui suit. Elle est encore confirmée par de Renusson, en son traité des propres, ch. 2, sect. 2, & par Brodeau, en son commentaire sur l'art. 288 de la coutume du Maine.

XIII. Venons à l'exception de faveur que cela reçoit. Si l'ascendant étoit dans l'indigence, il auroit une espece de légitime contre le donataire ou légataire universel de son fils ; mais c'est plutôt faveur que vrai droit, & suite de l'action que son indigence lui donnoit contre son descendant, qui doit militer contre celui qui le représente à titre universel ; ainsi c'est moins droit de légitime, que la consommation contre le représentant d'une action naturelle qui militoit contre le représenté.

Nous n'avons que deux coutumes qui faſſent mention de légitime en faveur d'aſcendans; ſavoir, Bourdeaux, art. 4, & celle d'Acqs, tit. 1, art. 15; hors ces coutumes, l'indigence ſeule peut la fonder en leur faveur: c'eſt apparemment dans de telles circonſtances que la cour, par ſon arrêt du 22 décembre 1676, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent 4, chap. 93, a appointé pour décider ſi les aſcendans avoient droit de demander une légitime; ainſi hors le cas de ces coutumes & du pays de droit écrit, on peut tenir que les aſcendans n'ont pas droit de légitime: en effet, dans le cas d'indigence, les aſcendans ont action contre leurs deſcendans, pour leur fournir des alimens; action qui réfléchit contre ceux qui repréſentent à titre univerſel le débiteur de ces mêmes alimens, les biens d'icelui ne paſſant à eux qu'avec cette charge. Ce n'eſt que par les ſuites de cette charge que le légataire univerſel eſt tenu de cette action envers les aſcendans; cela me paroît fonder la propoſition ſur la légitime des pere & mere en pays de droit écrit: voyez l'arrêt rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, pag. 222, qui à la vérité n'a pas lieu en pays coutumier, mais qui y fonde la légitime dans le cas d'indigence, puiſqu'en ce cas les aſcendans ont action pour leurs alimens; action qui doit néceſſairement militer contre celui ou ceux qui repréſentent un deſcendant à titre univerſel, ſuivant l'art. 334 de la coutume.

XIV. De-là il s'enſuit que dans le cas d'indigence de l'aſcendant, ſa légitime eſt réduite à ce qu'il convient pour ſes alimens; c'eſt ce qui réſulte évidemment des trois propoſitions précédentes. Telle eſt la limite de la ſeule action qui lui compete.

Ce que deſſus eſt pour le pays coutumier: mais en eſt-il de même en pays de droit écrit, & qu'elle eſt pour ce pays la légitime des aſcendans? Voyez Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 5, queſt. 16. En effet, en pays de droit écrit, les aſcendans ont à titre de légitime une certaine quotité dans la maſſe des biens: Baſſet, tom. 1, liv, 5, tit. 11, ch. 1, rapporte deux arrêts du parlement de Grenoble, qui ont fixé la légitime d'un aſcendant au tiers dans la totalité des biens, & de cette légitime dûe aux aſcendans en pays de droit écrit, l'intérêt leur eſt dû du jour de l'ouverture de la ſucceſſion: Lapeyrère, let. L, addition à la déciſion 78, pag. 221; ſecond principe qui naît néceſſairement du premier, toute légitime emportant de droit des intérêts; ce qu'il a été à propos d'obſerver en examinant ſi les aſcendans ont une légitime, ils en ont en pays de droit écrit, & n'en ont pas parmi nous, puiſque la coutume ne la leur accorde pas; mais l'indigence leur ouvre l'action en pétition d'alimens contre le ſucceſſeur à titre univerſel de leur deſcendant.

CHAPITRE TROISIEME.

DES BIENS A UXQUELS LES ASCENDANS SUCCÉDENT.

SECTION PREMIERE.

QU'ILS SUCCÉDENT AUX MEUBLES ET ACQUETS.

(Article 311 de la coutume.)

(*Aux meubles, acquêts & conquêts immeubles.*)

I. ON a vu dans le chapitre premier de cette partie du titre des ſucceſſions, que les aſcendans, au défaut d'enfans, ont la grande main; on va voir les ſuites de cette ſaiſine qui, étant générale, embraſſe tous les biens, à l'exception de ceux que la loi municipale en excepte & défére nommément à d'autres; de-là il s'enſuit qu'ils ſuccédent à tous les biens que la loi n'a pas expreſſément réſervé pour certaine ligne: réſerve qui ne tombe que ſur les propres dont la coutume, par une prudente politique, ſaiſit dans la théſe générale, à l'excluſion des aſcendans, les lignagers du premier acquéreur qui a mis l'héritage dans la famille; ce qu'on approfondira en traitant des ſucceſſions collatérales.

Le Maître, tit. 15, pag. 493; Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, pag. 226: voyez les trois propoſitions ſuivantes, & l'art 311 de la coutume.

II. De-là il s'enſuit encore que les aſcendans ſont ſaiſis de tous les meubles, de tous les effets mobiliers & de tous les acquêts; c'eſt la ſeconde conſéquence qui naît du même principe, & c'eſt le texte même; mais ces acquêts, auxquels les aſcendans ſuccédent, deviennent-ils propres dans leur perſonne? cela ne peut intéreſſer que la ſucceſſion des aſcendans, leur communauté & les lignagers en cas de vente; quant à la ſucceſſion, la queſtion eſt purement philoſophique, les parens du pere l'étant toujours du fils; à l'égard de la communauté, tout immeuble que les conjoints recueillent par ſucceſſion, leur eſt propre relativement à icelle; quant au retrait lignager, il n'eſt guère favorable.

C'eſt pourquoi, dit Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, cette ſucceſſion eſt appellée mobiliaire: voyez le Brun, même traité, liv. 1, ch. 5, ſect. 1, pag. 493: on l'appelle ainſi dans l'uſage, quoiqu'elle embraſſe les acquêts; ſur la derniere partie, voyez le titre des propres.

III. Venons à l'exception annoncée de cette ſaiſine générale en faveur des aſcendans. Il faut encore outre les propres réels excepter les propres fictifs ; on verra ci-après quand ils y ſuccédent & quand ils n'y ſuccédent pas, c'eſt un bien ſingulier, & qui a ſes régles particulieres qu'on expliquera dans ſon ordre ; & ils n'y ſuccédent pas en certains cas, parce que la fiction opére relativement, mais non abſolument autant que la volonté.

Voyez dans le livre ſecond le titre des propres fictifs, & la ſection ſuivante dans laquelle on parle de ces derniers : ce genre de bien a ſes régles particulieres, il n'eſt pas ſimple mobilier ; mais ce ſeroit une erreur que de lui donner tous les effets des propres réels & de ligne, puiſqu'il n'eſt pas un vrai propre de ligne, ce qu'on établira dans la ſection qui ſuit.

SECTION II.

Des cas eſquels les aſcendans ne ſuccédent pas au propre fictif, & des cas eſquels ils y ſuccédent.

(Art. 93 de la coutume.)

IV. Ce ſeroit prendre à contre-ſens la régle que contient la coutume (propres ne remontent) que de la prendre pour une régle générale & abſolue : en effet, les aſcendans ſont ſouvent ſaiſis par la loi des propres, tant réels que fictifs : examinons quand ils ſont exclus de ces derniers & quand ils y ſuccédent ; nous examinerons par la ſection ſuivante quand ils ſuccédent aux réels, cette matiere ayant diverſes branches qu'il faut diſtinguer : on a vu dans le titre des propres fictifs que la ſtipulation d'un tel propre ne militoit que contre le conjoint qui l'avoit conſenti, & contre les parens de ſon côté & ligne ; voilà ſon véritable effet, c'eſt outrer le ſens d'une telle clauſe, c'eſt entaſſer fiction ſur fiction que de lui en donner un plus étendu ; on va voir les ſuites de ce principe général ſur les propres fictifs.

Voyez au livre 2, le titre des propres fictifs, il a fallu rappeller ici cette propoſition générale, comme étant la baſe de celles qui ſuivent ſur l'excluſion des aſcendans de ſuccéder en certain cas au propre fictif ; on verra dans les propoſitions ſuivantes quand ils y ſuccédent, ainſi on peut s'attacher à ce point fixe, que quant à ce, leur excluſion n'eſt pas abſolue, mais relative ſeulement.

V. Venons aux conſéquences de ce principe général. De-là il s'enſuit qu'une femme ayant ſtipulé par le contrat de ſon mariage qu'une certaine ſomme lui ſeroit propre à elle & aux ſiens, cette femme laiſſant pluſieurs enfans, & l'un d'eux décédant, leur pere ne peut ſuccéder à la portion que l'enfant décédé avoit dans le propre fictif, ainſi que l'ayeul paternel, parce que l'un & l'autre en ſont exclus par une convention qui en ſaiſit les autres enfans, freres & ſœurs de l'enfant décédé, & que d'autres enfans le ſurvivant, l'excluſion du pere quant à ces eſt expreſſe, puiſqu'il l'a conſenti ; & cette excluſion entraîne celle de l'ayeul, qui ne pourroit ſuccéder à des biens indifférens qu'au défaut du pere ſurvivant qui ſeroit préférable à lui ; ainſi l'excluſion de l'un emporte néceſſairement l'excluſion de l'autre, ce dernier ne pouvant avoir plus de droit que le premier.

Cette propoſition eſt d'un uſage conſtant au châtelet, elle eſt établie ſur le titre des propres fictifs : inutile de répéter ici ce qui y a été dit.

VI. Dans ce cas la ligne collatérale l'emporte ſur la directe, parce que la directe, quant à ce, a conſenti ſon excluſion ; raiſon ſatisfaiſante d'icelle & juſte de cette excluſion ; c'eſt l'effet d'une clauſe licite autoriſée, & qui doit comme telle avoir ſon exécution, toutes les clauſes d'un contrat de mariage étant inviolables, dès qu'elles ne ſont pas contraires aux bonnes mœurs & aux loix prohibitives.

Cela a été établi ſur le titre des propres fictifs, & eſt fondé ſur ce que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe.

VII. Mais par rapport aux parens de celui des conjoints en faveur duquel la ſtipulation a été faite, telle ſtipulation ne change pas entr'eux l'ordre de ſuccéder, comme on le va voir par ce qui ſuit ; autre principe qu'il eſt bon de ſaiſir, ce qui juſtifie que ce genre de bien a ſes régles particulieres, ce qu'on ne peut conteſter.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt rendu au profit de M. Fieubet, conſeiller en la cour, & la dame Dumoulin, ſa belle-mere, confirmatif d'une ſentence du châtelet rendue, moi plaidant ; cet arrêt eſt cité ſur le titre des propres fictifs avec un autre poſtérieur, qui a confirmé, comme le précédent, la juriſprudence du châtelet, contre laquelle pluſieurs s'élevoient ſans raiſon ſolide.

VIII. Il y a des cas dans leſquels les aſcendans ſuccédent aux propres fictifs. Si la ſtipulation de propre n'embraſſe pas les enfans, & qu'elle ne frappe que la communauté, le mari, comme héritier mobilier de ſes enfans, ſuccéde à tel propre ſtipulé par ſa femme, même à l'excluſion des autres enfans ; l'effet d'une telle ſtipulation étant limitée à la communauté, ne doit aller au de-là, & par conſéquent laiſſe en ce cas au pere toute l'étendue de ſon droit ſucceſſif.

Cela eſt dit par tous les commentateurs, & établi ſur le titre des propres fictifs, & eſt de juriſprudence ; & ce, parce que c'eſt le ſeul effet qu'on

puiſſe donner à une telle clauſe : une fiction, une ſtipulation de rigueur ne pouvant s'étendre au-delà du cas qu'elle embraſſe.

IX. Approfondiſſons ce genre de ſucceſſion. Lorſque la fiction embraſſe les enfans, & qu'il eſt dit que la ſomme ſera propre à la future épouſe & à ſes enfans, cette femme laiſſant pluſieurs enfans, & l'un d'eux décédant, le pere ne lui ſuccéde pas dans la portion qu'il a eu dans le propre fictif, ainſi qu'on l'a vu ci-deſſus, ſon excluſion en faveur des autres enfans étant en ce cas le juſte effet de la lettre & du ſens de la clauſe : il eſt donc exclu ; mais dans le cas de cette même clauſe, le pere comme héritier mobiliaire du dernier mourant de ſes enfans, non-ſeulement ſuccéde à la portion que celui-là a eu dans le propre fictif, comme héritier de ſa mere, mais encore en toutes celles qu'il a recueilli comme héritier des propres de ſes freres & ſœurs prédécédés : en effet, la ſtipulation étant bornée aux enfans s'eſt éteinte avec eux ; le pere doit donc en ce cas y ſuccéder, puiſque l'effet de la fiction eſt épuiſée, & qu'on ne peut ajouter à cette fiction.

Arrêt du 16 mai 1692, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 12, pag. 609 ; & cela eſt regardé au châtelet comme inconteſtable, & m'a toujours paru tel, parce qu'autrement on étendroit la fiction hors de ſes bornes.

X. Le pere y ſuccéde encore dans le même cas de cette clauſe, & nonobſtant l'exiſtence d'autres enfans, lorſque celui d'entr'eux qui eſt décédé, eſt décédé majeur, & après avoir reçu ſa part dans le propre fictif, parce que le payement d'un tel propre fait en majorité l'éteint ; par ſon extinction il ceſſe donc d'exiſter, d'où il faut conclure qu'il ſe trouve par cette extinction confondu dans la ſucceſſion mobiliaire dont le pere eſt ſaiſi : autre exception fondée ſur ce que la fiction n'a d'objet & de matiere qu'une action, & que la premiere ne peut ſubſiſter lorſque la ſeconde eſt éteinte ; or, l'extinction de l'action eſt l'effet naturel du payement.

Cela a été établi dans le livre 2, ſur le titre des rentes, & ſur celui des propres fictifs, & eſt inconteſtable, la fiction ne pouvant ſubſiſter ſans l'action.

XI. Suivons cette extinction. Il en ſeroit de même de la confuſion, qui eſt un payement légal, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas l'ayeul paternel y ſuccéderoit, quoique la clauſe embraſſât les enfans, & qu'il y en eût d'exiſtans ; confuſion qui arrive lorſque l'enfant décédé majeur a accepté la ſucceſſion de celui de ſes pere & mere, qui étoit débiteur d'un tel propre ; acceptation qui opére cette confuſion, confuſion qui eſt payement légal, mais qui ne milite que pour la portion virile, s'il y a eu concours d'autres heritiers.

Voyez ci-après où cet effet de la confuſion eſt établi, même dans le cas que la clauſe s'étend plus loin, à plus forte raiſon produit-elle tout ſon effet dans ce cas-ci limité aux enfans.

XII. A l'égard des ayeuls maternels, dans le cas que portion de la dot qu'ils ont conſtitué à leur fille, eſt ſtipulée propre à elle, aux ſiens, & de ſon côté & ligne, par le décés de leur fille qui a reçu une telle dot, ils ſuccédent conjointement, & chacun par moitié à la totalité d'un tel propre fictif, comme héritiers du dernier mourant des enfans nés du mariage, pour lequel telle dot a été conſtituée, s'il n'y a pas d'enfant exiſtant né d'un autre mariage ; & ce, quoique la clauſe excluſive embraſſe les collatéraux, qu'ils n'ont pas entendu par cette clauſe préférer à eux-mêmes : voilà en ce cas l'effet d'une telle clauſe, elle ne peut aller au-delà ; c'eſt abus, c'eſt s'écarter de la loi que de dire le contraire.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 55, num. 20, 21 & ſuivans : voyez le titre des propres fictifs, les arrêts de Fieubet & de Parent qui y ſont cités, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci ; mais de ce que dans cette ſucceſſion l'ordre de ſuccéder n'eſt point changé entre les parens de celui des conjoints au profit duquel la fiction a été faite, il ne s'enſuit pas que les ayeuls doivent exclure les freres & ſœurs ; ils ſe ſont exclus eux-mêmes par une telle clauſe, & ils ont voulu pourvoir à la deſcendance de l'enfant ainſi par eux doté.

XIII. Il y a plus ; ſi dans le même cas il n'y avoit qu'un ſeul ayeul maternel lors du décès du dernier enfant né du mariage, à l'occaſion duquel la dot auroit été conſtituée, cet ayeul maternel ſuccéderoit à la totalité du propre fictif, encore que la dot eût été conſtituée également & par moitié par les deux ayeuls maternels, ſans que les parens du côté & ligne de l'ayeul ou de l'ayeule maternelle décédés puiſſent y rien prétendre ; l'ordre légitime de ſuccéder n'eſt pas changé entr'eux par l'effet d'une telle fiction qui n'opére que contre le conjoint qui l'a ſouſcrite, & contre les autres parens de ſon côté & ligne, mais non contr'eux ; ces ayeuls ou cet ayeul en ſont donc en ce cas ſaiſis comme d'un pur mobilier, c'eſt la conſéquence de ces principes ; tel a toujours été ſur ce mon ſentiment : il a eſſuyé pendant quelque tems de la contradiction ; mais ce ſentiment eſt à préſent généralement adopté, & telle a toujours été la juriſprudence du châtelet.

C'eſt préciſément ce qui a été jugé par l'arrêt rendu au profit de la dame des Moulins, confirmatif de la ſentence du châtelet, rendue, moi plaidant, & ce que la propoſition ſuivante fonde encore.

XIV. En effet, ces fictions n'opérent qu'un mur de ſéparation entre les patrimoines des deux conjoints : voilà leur unique effet ; & ces fictions ne ſe ſont introduites que pour éviter que les parens d'un côté ne puiſſent, par la voie de la ſucceſſion des enfans qui ſeroient nés du mariage, profiter du patrimoine provenu de l'autre côté ; mais non pour dépouiller ceux qui ſont parens du côté & ligne de celui au profit duquel la ſtipulation avoit été faite, qui n'ont pas dérogé à l'ordre de ſucceder, ce qui n'auroient pu le faire, puiſqu'il eſt de droit public : mais l'autre conjoint le pouvant faire par contrat de mariage, & l'ayant fait, il l'a fait tant pour lui que pour ſa race, comme condition du mariage ; ce qui la rend efficace à leur égard ſeulement, mais non pour les autres, contre leſquels elle ne pourroit militer ſans y ajouter ou la prendre à contre-ſens.

C'eſt principalement ſur cette raiſon que la ſentence rendue au profit de la dame des Moulins m'a paru être fondée ; elle eſt ratisfaisante.

XV. Les propoſitions précédentes ont lieu en faveur des ayeuls paternels, lorſque le propre fictif, qui s'étend juſqu'aux collatéraux, a été ſtipulé en faveur du mari ; le droit des uns eſt le même que celui des autres ; ainſi en ce cas, même réſolution.

Sur ce, on peut appliquer les autorités précédentes ; elles ſont communes.

SECTION III.

Des propres réels auxquels les aſcendans ſuccèdent.

DISTINCTION PREMIERE.

Qu'il n'y a pas dans leur perſonne d'incapacité de ſuccéder aux propres, & qu'ils ſuccèdent aux propres naiſſans.

(Art. 312 & 312 de la coutume.)

XVI. Ici même obſervation que ſur les propres fictifs ; il eſt vrai que c'eſt une maxime du droit françois, que les propres ne remontent pas : régle qui reçoit les exceptions qu'on verra ci-après, & qui ſont en aſſez grand nombre ; ce ſeroit en abuſer que de la faire abſolue : ce qu'on va expliquer par cette diſtinction & les ſuivantes ; celle-ci concerne les propres naiſſans.

Voyez ſur cette maxime l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 19, pag. 237 & ſuivantes : Loyſel, des ſucceſſions, rég. 16, & ſur ſa limitation, tout ce qui ſuit juſqu'au chapitre ſuivant, où cette limitation eſt établie ; elle jette dans des détails qu'on va diſtinguer.

XVII. Cette maxime n'eſt donc pas abſolue, elle eſt limitée aux anciens propres, & n'a lieu à l'égard des propres naiſſans auxquels les aſcendans ſuccèdent, comme on l'expliquera par la ſuite : premiere exception ; mais ſuivons ici les principes généraux de cette matiere ; il faut d'abord s'y arrêter.

Sur les propres auxquels les aſcendans peuvent ſuccéder, voyez Louet & Brodeau, let. D, num. 47, & les quatre diſtinctions ſuivantes ; tout cela confirme la propoſition.

XVIII. Nonobſtant cette régle, *propres ne remontent*, les aſcendans ſuccèdent aux propres que la loi, à leur excluſion, ne défére pas à de certains héritiers ; ils ont la grande main ; il faut vocation expreſſe à de certains biens pour les exclure, ce qui découvre que cette régle, *propres ne remontent*, reçoit bien des exceptions : entrons dans leur examen & dans leurs détails, & prévenons par-là l'abus que quelques praticiens bornés font de cette maxime.

Ne labantur in diverſam lineam ; ſecùs, ſi parentes ſint de lineâ & proximiores, dit Dumoulin, ſur l'art. 197 de la coutume d'Artois ; principe général qui va ſe développer par les diſtinctions & les propoſitions ſuivantes, qui contiennent les exemples dans leſquels il s'applique : voilà ſur cela le principe général.

XIX. Voici une premiere exception fondée ſur le texte même de la coutume. Les aſcendans ſuccèdent, quant aux propres, aux propres naiſſans de leurs enfans, comme on l'a déja annoncé, & ces propres leur ſont déférés par les raiſons qu'on va expliquer ; mais ce qui ne s'entend qu'en diſtinguant les ayeuls paternels & maternels, & le coté duquel l'acquêt eſt devenu propre naiſſant dans la perſonne du petit-fils ; car le droit des lignes doit toujours être conſervé entr'eux.

Voyez ſur ce le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 1, ch. 5, ſect. 7, pag. 7. De-là il s'enſuit que le pere ſuccéde à l'immeuble donné à ſon fils par ſon pere, lorſque le fils ne laiſſe pas d'enfans : en effet, tel immeuble étoit propre ou acquêt à l'ayeul donateur ; au premier cas le pere du donataire eſt de la ligne, au ſecond cas il devient propre naiſſant au petit-fils qui l'a reçu de ſon ayeul, & comme tel par ſon décès la coutume en ſaiſit ſon pere : voyez de Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 2 & 3 ; & cela réſulte de l'article 315 de la coutume.

XX. Suivons les conſéquences. De la propoſition précédente, il s'enſuit que le petit-fils decédant, ſon ayeul paternel lui ſuccéde dans les immeubles qu'il a recueillis de la ſucceſſion de ſon pere, & que ſon pere avoit acquis, quoique propre naiſſant, dans la perſonne de ce petit-fils ; en effet, cet ayeul eſt de la ligne : qualité qui lui aſſure une telle ſucceſſion, ce qui s'applique pareillement aux ayeuls maternels pour les propres naiſſans provenus de leur ligne, ſans que les ayeuls d'un

d'un autre côté y puiſſent rien prétendre, cette ſucceſſion étant vraiment ſucceſſion de propres, & ne ſuivant pas la nature de la ſucceſſion mobiliaire; ainſi le droit des lignes y doit être conſervé.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, pag. 230: voyez le traité des propres, ch. 2, ſect. 19; ce qui s'applique à la ligne maternelle comme à la paternelle; nulle différence ſur ce, c'eſt ſuite de l'art. 315 de la coutume.

XXI. En effet, cet ayeul eſt non-ſeulement de la ligne, mais le plus prochain de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille, puiſqu'il eſt le pere du premier acquéreur; ainſi il a non-ſeulement capacité pour ſuccéder à un tel propre, mais la proximité ſur les autres par le droit de laquelle il les exclut: premiere exception à la régle, *propres ne remontent*; ce qui s'entend lorſqu'il n'y a qu'un ayeul du côté du propre naiſſant; car s'il y en avoit deux, ils ſuccéderoient chacun par moitié aux propres naiſſans de leur ligne; mais s'il n'y en avoit qu'un ſeul de la ligne, il ſeroit ſaiſi de la totalité de ces biens.

Mais il faut, dans telle ſucceſſion, ſuivre la ligne des ayeuls paternels & maternels, & déférer ces propres naiſſans à la ligne de laquelle ils procédent: le même auteur, au même endroit: ainſi ſi c'étoit un conquêt de communauté, il ſe diviſe entre les deux branches, cela eſt inconteſtablement ſuivi au châtelet, & tel eſt l'eſprit de la coutume.

XXII. Cependant comme la ligne directe deſcendante, eſt toujours préférée à la directe aſcendante, les ayeuls ne ſuccédent à ces propres, dans la ſucceſſion de leurs petits-fils, que lorſqu'il ne ſe trouve aucun deſcendant de l'acquéreur; ce n'eſt qu'avec cette reſtriction qu'on doit entendre les deux propoſitions précédentes: c'eſt exception à icelles, ſauf ce droit ſucceſſif des ayeuls dans la ſucceſſion du dernier des deſcendans de l'acquéreur.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet. Voyez la propoſition ſuivante qui explique celle-ci, qui eſt ſuite de l'art. 311, qui n'admet cette ſucceſſion que lorſque les enfans meurent ſans hoirs de leur corps; mais le dernier deſcendant de l'acquéreur décédant, l'ayeul non ſeulement ſuccéde à la portion virile de ce dernier décédé dans le propre naiſſant, mais encore à toutes celles qu'il a recueilli de ſes freres & ſœurs, la tranſmiſſion, loin de pouvoir affoiblir, ne pouvant que fortifier le droit du plus prochain de la ligne du premier acquéreur.

XXIII. De-là il s'enſuit que l'ayeul ne ſuccéde pas aux propres naiſſans de ſon petit-fils, non-ſeulement ſi ſon petit-fils a laiſſé des enfans, mais encore s'il a laiſſé des freres & ſœurs ou des neveux, ces derniers étant tous deſcendus de l'acquéreur; conſéquence de la propoſition précédente, dans laquelle on a vu que les deſcendans de l'acquéreur étoient préférés aux aſcendans; c'eſt exacte diſpoſition de notre coutume, qui a ſa racine dans la nature.

Dupleſſis, pag. 231, examine la queſtion, ſi les neveux en ce cas excluent les ayeuls de la ſucceſſion des propres naiſſans, ainſi que les freres & ſœurs du défunt les excluent: il ne décide pas ouvertement, mais il incline pour l'affirmative: en effet, dès que les freres & ſœurs donnent l'excluſion aux ayeuls par la raiſon qu'ils ſont deſcendus de l'acquéreur, il faut par la même raiſon que les neveux ayent le même droit; voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 74, num. 2, où il ſoutient le parti contraire à la propoſition, par la différence des art. 230 & 315, mais l'un eſt explicatif de l'autre, & la préférence que le premier donne aux neveux doit être la même dans le cas du ſecond article; ainſi le moyen qu'il allegue n'eſt nullement déciſif: en effet, c'eſt de cette art. même 315 qu'on a tiré la déciſion, que par rapport au propre naiſſant le neveu excluoit l'oncle, parce qu'on a jugé que par ce même art. que le 230 explique, que le neveu excluoit l'ayeul.

DISTINCTION II.

Du droit de retour en faveur des aſcendans des choſes par eux données à leurs deſcendans.

§. I.

Quand & ſur quoi ce droit a lieu.

(Art. 313 de la coutume.)

XXIV. Outre les propres naiſſans auxquels les aſcendans ſuccédent, voici une ſeconde exception à la régle, *propres ne remontent*: quoique la donation en ligne directe deſcendante faſſe un propre, néanmoins les aſcendans ſuccédent aux immeubles par eux donnés à leurs deſcendans, ſauf l'exception ci-après; mais dans tous les cas, ce retour eſt ſucceſſion légitime, & dans laquelle il faut ſuivre l'ordre légal de ſuccéder, comme on le développera ci-après; ce retour n'étant encore une fois qu'une exacte & judicieuſe exception à la régle (propres ne remontent) exception qui laiſſe l'immeuble donné par un aſcendant affecté à la ligne de laquelle il eſt propre, & par conſéquent au plus prochain parent du donataire du côté & ligne du donateur, ſans aucune affectation en faveur de ce dernier, s'il ne l'a expreſſément ſtipulé, auquel cas ce ſeroit la convention licite qui opéreroit & non la loi; mais ceſſante cette convention, c'eſt cette derniere que le donateur a voulu ſuivre qui doit décider: quelques-uns ont penſé le contraire, mais ils ſe ſont écarté de l'eſprit de la coutume qui en cela a voulu établir une ſucceſſion légitime, & non former une convention qui n'étoit pas faite.

Quod dedit iterum ad eum revertatur, loi derniere

au code, *utriuſque judi.* diſpoſition ſur laquelle a été formé l'art. 313 de la coutume; voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 14; Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 228; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 5, pag. 58; de Renuſſon, des propres, ch. 2 ſect. 19, num. 11: retour qui n'a cependant pas lieu indiſtinctement, comme on le verra par les propoſitions ſuivantes; ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez les quatre dernieres de ce paragraphe.

XXV. Une diſtinction ſur ce droit leve les difficultés; le retour eſt-il conventionnel? c'eſt la convention qui le régle: s'agit-il d'un retour légal? c'eſt ſucceſſion d'un certain propre, ſucceſſion dans laquelle il faut d'abord conſidérer la ligne & enſuite la proximité dans la ligne; mais le retour légal n'a lieu que lorſque le fils ou petit-fils donataire ne laiſſe aucun deſcendant de lui, s'il en laiſſe ils ſont préférés à l'aſcendant donateur; c'eſt ce que dit nettement la coutume, la ligne directe deſcendante à laquelle l'aſcendant a voulu pourvoir étant toujours préférable à l'aſcendante; & dans cette derniere qu'elle n'appelle qu'au défaut de l'autre, c'eſt ſucceſſion légitime.

Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 5, queſt. 12; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 316; le Brun, des ſucceſſions, pag. 60, num. 21, mais il faut pour cela que les enfans ſoient héritiers de leur pere; le même auteur au nombre ſuivant, s'ils étoient renonçans, le droit de retour reprendroit toute ſa force: les deſcendans ſont toujours préférés à tout autre héritier du ſang, & ce n'eſt que leur inexiſtence qui peut ouvrir le droit à d'autres; tel eſt l'eſprit de la coutume, art. 311, qui dit, décédans ſans hoirs de leur corps; l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 14: de-là j'eſtime que ſi un pere a conſtitué une rente ſur lui au profit de ſon fils, que ce fils meurt enſuite, laiſſant deux enfans, que l'un de ces deux enfans décéde enſuite, le ſurvivant des deux exclut l'ayeul donateur quant à cette rente; il a voulu pourvoir à la deſcendance de ſon fils, & la qualité de propre qui eſt ici réelle, doit opérer autant que la fiction de propre qui opéreroit cet effet.

XXVI. De ce retour légal il s'enſuit que lorſque les pere & mere ont donné conjointement un immeuble à leur fils, & que ce fils meurt ſans poſtérité, ſes pere & mere ſuccédent chacun par moitié à l'immeuble par eux ainſi donné à leur fils décédé; c'eſt retour, & par conſéquent ſi un ſeul des pere & mere avoit donné un de ſes propres, ce droit de retour qui eſt à la vérité ſucceſſion légitime, lui appartiendroit à lui ſeul, comme ayant ſeul rempli un engagement qui étoit ou devoit être commun aux pere & mere; en ce ſeul cas, ce droit tient vraiment de la nature du droit de retour, plus que de celui de ſucceſſion; mais en cela il remet les choſes dans leur premier état, il empêche que contre la prohibition de la coutume, l'un des conjoints s'enrichiſſe des dépouilles de l'autre: en ſuppoſant, par exemple, que la mere fût ſeule donatrice d'un de ſes propres en faveur d'un enfant commun qui dans la perſonne du fils donataire, eſt inconteſtablement devenu un propre maternel; on ne peut admettre que ſon pere a qualité pour recueillir moitié de ce propre maternel: il n'eſt pas de la ligne, la mere ſeule en eſt, & elle eſt inconteſtablement la plus prochaine, en ce cas, le retour lui appartient donc à elle ſeule; tel eſt l'eſprit de ce droit de retour que la coutume établit.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 228, & telle eſt la juriſprudence du châtelet, que les propoſitions ſuivantes expliquent, ce qui s'entend d'un conquêt donné: ſur cela quelques auteurs ont examinés ſi la donation faite par des pere & mere à un fils, d'un conquêt de leur communauté, peut fonder en faveur de la mere ce droit de retour, lorſqu'elle a renoncé à la communauté; pluſieurs ont décidés qu'elle n'avoit pas en ce cas le droit de retour; mais la renonciation n'eſt pas ſur cela déciſive, puiſqu'elle doit pour cela récompenſe ſur ſes propres, elle eſt donc toujours donataire; mais en ce cas pour éviter une telle récompenſe, elle doit accepter la communauté, ſon acceptation ne l'aſſujettiſſant qu'à compter de l'amendement qu'elle a tiré d'icelle.

XXVII. Cette ſucceſſion, cette réverſion a ſes limites: ce droit de retour n'embraſſe que les immeubles & non le mobilier donné, qui ſe confond par ſa nature dans la ſucceſſion mobiliaire, dont l'aſcendant donateur n'eſt pas toujours ſaiſi; ainſi les meubles donnés par l'aſcendant, ne lui retournent que lorſqu'il ſe trouve héritier du donataire; ils ſe ſont noyés dans cette ſucceſſion, & aux termes de la coutume, ils ne ſont ſujets à aucun droit de ſuite; ce qui eſt général, & qui s'applique par conſéquent, tant à l'égard des aſcendans donataires & des héritiers, qu'à l'égard des créanciers.

Dupleſſis, pag. 229; le Brun, des ſucceſſions, pag. 64 & 65: de-là il s'enſuit que ſi c'eſt l'ayeul qui a doté, mais en mobilier, & que ſon petit-fils décéde laiſſant ſon pere, ce dernier ſuccéde à l'excluſion de l'ayeul donateur, pere de lui héritier à ce mobilier; le Maître, tit. 15, pag. 496; en un mot, ce droit de retour ne tombe que ſur l'immobilier, & non ſur le mobilier; tel eſt l'eſprit de la coutume, l'art. 313 devant s'interpréter par l'art. 312, qui dit, propres, ne remontent, l'art. 313, n'étant qu'une exception au précédent, autrement il faudroit dire que l'immeuble donné ayant été vendu, l'aſcendant donateur auroit diſtraction de ſon prix ſur le mobilier, ce qui n'eſt pas.

XXVIII. Cela auroit lieu encore que la ſomme donnée par l'aſcendant eût été ſtipulée propre au donataire, & aux ſiens de ſon côté & ligne, par ce que la ſtipulation de propre fictif ne change l'ordre de ſuccéder, comme on l'a établi ci-deſſus, que par rap-

port au conjoint qui l'a consenti, & ce contre lui & contre tous ceux de sa race; d'où il s'ensuit que le pere du petit-fils doté ainsi par l'ayeul, excluroit l'ayeul donateur, nonobstant une telle stipulation de propre, qui n'empêche pas qu'une somme ainsi donnée ne soit toujours un pur mobilier; la fiction de propre qu'on y a imprimé n'ayant effet que contre le conjoint qui l'a consenti, & ceux de sa ligne; il en seroit autrement si le retour étoit conventionnel.

Quid, lorsque le droit de retour est expressément stipulé en faveur du pere, ou autre ascendant donateur? Ce droit de retour qui alors est conventionnel, n'a pas lieu au préjudice des enfans de celui qui a été ainsi avantagé; arrêt du 21 avril 1695, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 6, où se trouvent les mémoires sur lesquels l'arrêt a été rendu; mais cette exclusion ira-t-elle au-delà des enfans? Je ne l'estime pas ainsi; à leur défaut le retour doit avoir lieu en faveur du donateur, quoiqu'il ne fût pas l'héritier le plus prochain, lorsque par la donation il s'est expressément réservé ce droit; il en seroit autrement d'un droit de retour purement légal.

XXIX. On a déja annoncé que ce droit de retour ne suit pas toujours la succession mobiliaire du descendant décédé, & que ce droit peut avoir lieu en faveur d'un autre que la coutume n'a pas saisi de cette succession; de-là il s'ensuit que ce droit de retour peut avoir lieu, quoique l'ascendant donateur auquel il appartient ne soit pas héritier mobiliaire, & qu'il y ait un ascendant, mais d'un autre côté que celui qui prétend le droit de retour, qui soit saisi de la succession des meubles & des acquêts: mais il faut pour cela que ce dernier soit d'une autre ligne, car s'il étoit de la ligne même du donateur, il feroit cesser le droit de retour & succéderoit à l'immeuble donné, comme on le va voir par la proposition qui suit; c'est succession légitime, ce qui est limité aux immeubles, parce que par rapport à ces biens la confusion n'y est point à craindre: mais encore une fois, ce droit de retour est une succession légitime, & dans lequel par conséquent il faut garder l'ordre d'une succession légitime.

Il faut consulter Bretonnier, en ses décisions alphabétiques, pag. 316, 317 & 318, où il se récrie sur la variété des arrêts sur cette question; la proposition est conforme au sentiment de le Brun, cité sur la proposition qui suit, & qui explique celle ci, qui ne doit pas souffrir difficulté, lorsque l'ascendant donateur est d'une autre ligne que l'ascendant héritier des meubles & acquêts.

XXX. Lorsqu'un ayeul a donné un immeuble à un de ses petits-enfans, & que ce petit-fils donataire décéde sans postérité, laissant son pere héritier de ses meubles & de ses acquêts, l'ayeul, dans le cas qu'il a stipulé le retour en sa faveur, mais non par droit de retour légal, succéde par droit de retour conventionnel à l'immeuble par lui donné, à l'exclusion du pere, fils de lui donateur, quoique cet ayeul ne soit pas héritier des meubles & acquêts. C'est convention légitime qui doit avoir son exécution, mais cette convention cessante, l'ayeul n'a aucun droit de retour à prétendre au préjudice de son fils, à la subsistance duquel ainsi que de sa postérité, il a voulu pourvoir; il faut remplir cet objet d'autant plus que si l'ayeul donateur étoit mort avant son fils & son petit-fils, le premier auroit été obligé de rapporter à la succession de son pere ce que son pere avoit ainsi donné, lui fils étant considéré comme le premier objet d'une telle libéralité; considérations qui en ce cas, indépendamment que ce retour est succession légitime, font justement préférer le pere à l'ayeul donateur.

Tel est le sentiment de le Brun, en son traité des successions, pag. 59, num. 14 & 15, & ce indistinctement; Dupleſſis, des successions, pag. 229, à la fin, propose la question si l'ayeul donateur doit en ce cas succéder par droit de retour à l'exclusion de son fils; il répond, je tiens que non, parce que ce droit de retour n'est pas un privilége personnel, puisque la coutume ne le défére que par voie de succession, d'où il conclut que l'ordre des successions y doit être gardé; mais je crois que cela ne doit s'entendre absolument que du mobilier, qui se confond facilement dans la succession mobiliaire, comme le dit l'auteur des notes sur le Maître, pag. 497; mais sur l'immobilier, il faut distinguer: le sentiment de Dupleſſis est bon, dans le cas que par la donation l'ayeul n'a pas expressément stipulé le droit de retour en sa faveur; mais s'il l'a fait, cette condition ne peut être séparée de sa libéralité, & elle doit produire son effet en faveur de l'ayeul donateur, nonobstant l'existence de son fils: cette distinction qu'on a déja faite ci-dessus me paroît concilier tous les principes qui doivent décider cette question,

XXXI. Résumons ce que dessus. Dans le retour légal, l'ordre de succéder décide; dans le conventionnel, la convention; & dans ce dernier cas, de ce que l'ayeul exclut le pere de celui *de cujus*, il s'ensuit à plus forte raison, qu'il exclut les oncles, tous enfans de lui donateur; c'est une conséquence inévitable.

Voyez les notes sur la proposition précédente.

XXXII. Ce même droit de retour, soit légal, soit conventionnel, a lieu, quoique l'immeuble donné eût passé de la personne du donataire dans celle de ses enfans, décédans ensuite sans postérité, la transmission, la continuation ou prorogation du droit du donataire dans la personne d'un autre qui lui a succédé universellement, ne devant & ne pouvant même changer ce droit du donateur qui ne prend dans la succession d'un descendant que ce qui est provenu de sa propre

libéralité ; mais pour cela, il faut qu'il n'y ait aucun deſcendant du donataire, car le donateur ayant donné à ſon fils, a mis l'immeuble donné dans la ligne directe deſcendante, qui ne peut lui retourner que par la même ligne, & en paſſant par les degrés d'icelle ; or cette ſucceſſion eſt arrêtée par rapport à l'ayeul par l'exiſtence des enfans deſcendus du donataire ; ce qui s'applique à plus forte raiſon lorſque la donation a été faite par l'ayeul à ſon petit-fils, lequel ayeul ne peut prétendre le droit de retour au préjudice de ſon fils, qui eſt préſumé en avoir été le premier objet.

Voyez l'arrêt rapporté par Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 319, c'eſt l'avis de cet auteur ; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 19 ; de-là il s'enſuit que ſi un pere a donné un immeuble à ſon fils, que ce fils ſoit décédé, laiſſant un fils qui a recueilli l'immeuble, & que ce dernier décéde ſans poſtérité, ſon ayeul reprend cet immeuble par lui donné, & ce par droit de retour, à l'excluſion de tout autre non deſcendu du donataire ; le Brun, de la communauté, pag. 62, num. 13 & 14 : mais je penſe que l'ayeul n'auroit pas ce droit de retour s'il y avoit un deſcendant de ſon fils donataire, enſorte qu'en ce cas un frere de celui de la ſucceſſion duquel il s'agiroit, excluroit l'ayeul donateur du retour ; c'eſt l'eſprit de la coutume, art. 315 ; ſur la derniere partie de la propoſition, reprenez la ſeptieme propoſition de ce paragraphe.

§. II.

De la nature de ce droit de retour.

(Art. 313 de la coutume.)

XXXIII. Ce droit de retour eſt légal, & milite par conſéquent indépendamment de la convention ; c'eſt une eſpece de droit ſucceſſif, où l'ordre de ſuccéder n'eſt pas néanmoins toujours ſuivi, comme on l'a vu ci-deſſus, mais il doit l'être ſi on n'y a pas dérogé par la convention ; ainſi quand on le conſidére, abſtraction faite de toute convention & en tant qu'il eſt légal, c'eſt vraie ſucceſſion légitime, où l'ordre d'une telle ſucceſſion doit être gardé.

Voyez la ſubdiviſion précédente, & le Brun, des ſucceſſions, pag. 58, num. 4, où l'on voit que ce droit ne ſuit pas toujours la ſucceſſion mobiliaire ; ce qui arrive, lorſque celui de la ſucceſſion duquel il s'agiroit, laiſſe deux aſcendans, à degré inégal, le plus prochain non donateur, & le plus éloigné donateur d'un immeuble, à ce dernier appartient cet immeuble, quoique l'autre ſoit ſaiſi de la ſucceſſion mobiliaire, lorſque tous deux ſont de lignes différentes ; & même il lui appartiendroit, quoique de la même ligne, ſi le retour étoit ſtipulé.

XXXIV. De ce que ce droit eſt légal, il s'enſuit qu'il n'empêche pas qu'au préjudice d'icelui, le deſcendant donataire ne puiſſe diſpoſer de la choſe donnée, ſoit par acte de commerce, ſoit par acte de libéralité, & ſans cette liberté la diſpoſition au profit du donataire ſeroit imparfaite, & le greveroit d'une eſpece de ſubſtitution ; ce qui ne peut être, ſi elle n'eſt exprimée.

L'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 31, 32 & 33 ; le Maître, tit. 15, pag 499 ; c'eſt encore le ſentiment de Dupleſſis, pag. 229 ; voyez l'arrêt du 19 juillet 1666, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 40, ce qui a lieu même pour le pays de droit écrit du reſſort du parlement ; Bretonnier, pag. 322 & 323, qui atteſtant cette juriſprudence dit à la page 324 qu'il abhorre, comme une eſpéce de ſacrilége, la liberté de diſpoſer gratuitement des biens donnés au préjudice du donateur : en tenant ce langage l'équité l'animoit plus que le principe, ſa réflexion ne pouvant tomber que ſur le retour conventionnel & non le légal ; autrement il faut abhorrer, (pour ſe ſervir du terme de cet auteur,) toute diſpoſition faite au préjudice de l'héritier légitime, mais la loi plus indulgente que cet auteur, le permet : ſa critique ne peut donc pas faire impreſſion.

XXXV. Cette faculté de diſpoſer a cependant ſes limites ; en effet, il n'en peut diſpoſer par teſtament que juſqu'à concurrence du quint, parce que l'immeuble lui eſt propre : limitation qui n'eſt pas un effet du droit de retour, mais impuiſſance du deſcendant donataire de diſpoſer par teſtament au-delà de cette portion de l'immeuble à lui donné par aſcendant, qui lui eſt propre ; telle étant la limite que la coutume met aux diſpoſitions teſtamentaires des propres.

Sur la queſtion de ſavoir ſi l'on peut ainſi diſpoſer en pays de droit écrit, où la reverſion eſt plutôt un retour légal qu'une véritable ſucceſſion, voyez Henrys, tom 1, liv. 6, ch. 5, queſt. 13 ; à l'égard de la qualité de propre elle a été ci-deſſus établie, ce qui ne fonde que pour partie le ſentiment de Bretonnier, cité ſur la propoſition précédente, qui n'eſt pas bon en le prenant dans ſa totalité.

XXXVI. Il en ſeroit autrement ſi le retour étoit ſtipulé, car en ce cas, le donataire ne peut diſpoſer au préjudice du retour conventionnel qui opere une eſpece de ſubſtitution ; en effet, en ce cas, la ſtipulation du droit de retour eſt inſéparable de la propriété du donataire, qui n'a paſſé dans ſa perſonne qu'avec cette ſtipulation qui l'a rendu conditionnelle ; c'eſt alors l'effet de la convention & non celui de la loi.

C'eſt ici où s'applique le ſentiment de Bretonnier ; Dupleſſis, pag. 229, affranchit celui qui profite d'un tel retour de toute contribution aux dettes ; je penſe le contraire, ce qu'on verra par la ſuite, & cela eſt contraire à lui-même, puiſqu'il le regarde comme ſucceſſion légitime, & il eſt tel par l'art. 313.

☞ Quelques auteurs ont prétendus qu'une ſimple ſtipulation de retour n'empêchoit pas le donataire de diſpoſer, mais cette opinion n'eſt pas ſuivie; & il eſt certain que le retour conventionnel empêche toute diſpoſition, même juſqu'à concurrence du quint ſeulement, à moins que la clauſe de retour ne porte, *ſans néanmoins emporter ſubſtitution;* voyez Ricard, des donations, tom 1, part. 3, ch. 7, ſect. 4, num. 798; les obſervations de le Camus, ſur l'art. 312 de la coutume, & les arrêtés de Lamoignon; voyez auſſi l'arrêt du 16 juin 1760, rapporté par Deniſart, *verb.* retour: toutes ces autorités confirment le principe & la propoſition.

XXXVII. De ce que ce droit de retour eſt légal, & eſt une eſpece de droit ſucceſſif, il s'enſuit que l'aſcendant qui en profite doit contribuer au payement des dettes, comme on le verra dans la ſuite; autrement contre l'intention des contractans & la lettre de l'acte, telle donation ſe trouveroit réduite à un ſimple uſufruit.

Bretonnier, en ſes déciſions, pag. 320; le Brun, des ſucceſſions, pag. 60, num. 25, & Dupleſſis, pag. 229.

§. III.

Quand ce droit ceſſe, & des charges d'icelui.

XXXVIII. Le droit de retour qui eſt légal & une eſpece de ſucceſſion, ceſſe ſi le deſcendant donataire a laiſſé poſtérité, comme on l'a déja annoncé; en effet, par la diſpoſition l'aſcendant s'eſt dépouillé non-ſeulement en faveur de ſon deſcendant, mais encore en faveur de ſes enfans: ces derniers doivent donc faire ceſſer ce droit, ce qui a même lieu dans le cas du retour ſtipulé, s'il n'y a convention abſolument contraire.

Cela eſt établi ſur la ſeconde propoſition du premier paragraphe ci-deſſus, & tel eſt l'uſage du châtelet; cet uſage a ſa racine dans la nature même de ce droit, & dans l'article 311 de la coutume.

XXXIX. Il ceſſe pareillement, ſi le fils ou petit-fils a diſpoſé de l'immeuble à lui donné par vente ou donation, ce droit de retour n'empêchant pas ſa pleine propriété; autrement & comme on vient de le dire, ce ſeroit réduire la diſpoſition au ſimple uſufruit; ce qui s'entend du droit de retour légal, & non du conventionnel.

Voyez le traité des propres de Renuſſon, pag. 249; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 67, num. 63, dit que toute aliénation fait obſtacle à la réverſion; on a vu cela dans le paragraphe précédent, le bon ordre néceſſite ici cette répétition, en examinant ce qui fait ceſſer ce droit ſucceſſif.

XL. Ce droit de retour deviendroit inutile ſi le donataire laiſſoit plus de dettes que de biens, ce droit aſſujettiſſant le donateur à la contribution aux dettes, comme on va l'expliquer; & cela auroit lieu dans le cas même que le retour ſeroit conventionnel; mais la confiſcation prononcée contre le donataire, ne donneroit aucune atteinte à ce droit: c'eſt un cas peu favorable; mais dans la théſe générale, c'eſt imitation de ſucceſſion légitime.

Il ne ceſſe pas par la confiſcation des biens du donataire: notes ſur le Maître, tit. 15, pag. 500; ce qui n'eſt pas ſans difficulté, puiſque ce n'eſt qu'un droit ſucceſſif; cependant une juſte faveur ſoutient ce ſentiment, & c'eſt comme tel que je l'adopte.

XLI. Venons aux charges de ce droit. L'aſcendant qui exerce ou qui profite de ce droit de retour, eſt obligé de contribuer au payement des dettes à proportion de l'émolument; cette charge réſulte de tout ce que deſſus, c'eſt droit ſucceſſif; par cette qualité, il aſſujettit donc à cette contribution, ſoit que le droit de retour ſoit légal, ſoit même qu'il ſoit conventionnel.

Dupleſſis, pag. 229; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 321; le Brun, des ſucceſſions, pag. 67, num. 65; le Maître, tit. 15, pag. 499. En effet, & comme on l'a déja vu, c'eſt une eſpece de ſucceſſion légitime & une exception à la régle (*propres ne remontent*): exception qui opére ſaiſine légale de ſucceſſion en faveur de l'aſcendant donateur, de l'immeuble par lui donné à ſon deſcendant, ce qui l'aſſujettit aux dettes; mais nonobſtant cette charge de contribution aux dettes, ſi l'immeuble étoit propre à l'aſcendant donateur, il conſerve dans ſa perſonne la même qualité, ce qu'il convient obſerver ſur la propoſition; le Brun, pag. 66, num. 57; en effet, il doit en ce cas retourner dans ſa perſonne, tel qu'il étoit avant la donation qu'il en avoit faite. Sur la derniere partie de la propoſition, voyez le paragraphe ſuivant dans lequel on explique ce droit des ayeuls.

XLII. Approfondiſſons la derniere propoſition. Cette charge de la contribution aux dettes auroit lieu encore que le droit de retour eût été ſtipulé par le donateur, en cas de predécès de l'enfant donataire, à moins qu'il n'y ait ſubſtitution emportant prohibition d'hypothéque, ou du moins condition par la donation ou convention expreſſe de cette décharge, ſans cela c'eſt toujours ſucceſſion légitime: qualité qui entraîne cette charge.

Dupleſſis, pag. 229, eſt d'avis contraire; mais je l'ai entendu décider au châtelet, conformément à la propoſition, par le moyen qui ſuit; c'eſt que ſans cela, c'eſt à-dire, ſans convention expreſſe ſur cette décharge, la convention ſur le retour, n'eſt cenſée qu'une énonciation du retour légal, & que la donation eſt juſtement regardée comme faite au donataire, pour lui donner les moyens de ſubſiſter, ce qui emporte la charge de contribuer au payement des dettes; en effet, &, comme on l'a déja obſervé, on ne pourroit affranchir le donateur de la contribution aux dettes,

ſans rendre la donation preſqu'inutile au donataire ; *ſpeciali notâ indigebat*, ceſſante laquelle, c'eſt droit commun, c'eſt droit réſultant de la loi, & par conſéquent, c'eſt un droit avec ſes charges ; tel eſt l'eſprit de la loi, & l'équité ſur cela leve tout doute.

XLIII. Toutes les propoſitions de cette ſection montrent que les aſcendans n'ont aucune inhabilité pour ſuccéder aux propres, & que les propres remontent dans tous les cas dans leſquels les aſcendans étant de ligne ont aptitude pour y ſuccéder ; ce qui va encore s'établir par les diſtinctions ſuivantes, où l'on verra qu'outre les propres naiſſans & les immeubles par eux donnés, les aſcendans ſuccédent encore à d'autres propres : il ne faut donc pas que les praticiens abuſent, comme ils ne font que trop ſouvent de cette régle générale, mais très-limitée dans ſes effets.

C'eſt ce qui eſt obſervé par Dupleſſis, pag. 231 au commencement.

DISTINCTION III.

De l'uſufruit auquel les aſcendans ſuccédent ; des conquêts de leur communauté.

(Art. 230 & 314 de la coutume.)

§. I.

Des cas eſquels cet uſufruit a lieu, & de ceux eſquels il n'a lieu.

XLIV. Voici une troiſieme exception à la régle, *propres ne remontent*. Les aſcendans par la mort de l'un de leurs deſcendans ſuccédent en uſufruit aux conquêts provenus de leur communauté, & qu'ils trouvent dans la ſucceſſion de l'un de leurs deſcendans qui meurt ſans enfans, & deſcendans de lui ni de l'acquéreur, ſauf l'exception expliquée par ce qui ſuit ; mais les ayeuls n'ont pas cet uſufruit dans la ſucceſſion de leur petits-fils, par rapport à un conquêt fait par leur fils, qui, par ſon décès, l'a tranſmis aux ſiens : cet uſufruit en faveur des aſcendans étant limité à ce qui provient de leur collaboration ; mais les ayeuls ont cet uſufruit par rapport aux conquêts provenus de leur communauté, & cet uſufruit a lieu dans le cas même qu'ils ne ſeroient pas héritiers mobiliers de leur petit-fils, & qu'un aſcendant plus prochain qu'eux ſeroit ſaiſi de la ſucceſſion mobiliaire.

Sur cet uſufruit & ſur les autres immeubles auſquels les aſcendans peuvent ſuccéder, voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 191 ; Bouguier, let. V, num. 14 ; le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 1, ch. 5, ſect. 3, pag. 69 ; & telles ſont les diſpoſitions des art. 230 & 314 de la coutume.

XLV. Approfondiſſons cette capacité : ce droit d'uſufruit en leur faveur a lieu quoiqu'ils ne ſoient pas de la ligne, auſſi par cette raiſon n'embraſſe-t-il que l'uſufruit & non la propriété ; c'eſt ce qui le limite à une ſimple jouiſſance, & cette jouiſſance eſt fondée ſur ce que tel bien provient de leur collaboration : motif puiſſant ſur lequel la coutume a fondé ce juſte uſufruit, & qui manifeſte ſa ſageſſe, ſa prévoyance.

Le Maître, tit. 15, pag. 500 ; c'eſt à quoi il eſt limité *ex communi collaboratione*, dit Dupleſſis, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 227 ; cela eſt fondé ſur le texte qui a lui-même ſa racine dans une parfaite équité.

XLVI. De-là il s'enſuit que le ſurvivant des pere & mere trouvant dans la ſucceſſion de ſon fils, des conquêts provenus de ſa communauté, auxquels ce fils a ſuccédé comme héritier du prédécédé de ſes pere & mere, ce ſurvivant d'eux ſuccéde à l'uſufruit de ces conquêts, la nue propriété d'iceux réſervée aux parens du côté & ligne du conjoint prédécédé : juſte partage que fait ſur ce la coutume, & qui ménage tous les droits des intéreſſés.

Dans les partages qui ſe font au châtelet, on fait une maſſe ou claſſe ſéparée de ces ſortes de biens pour en aſſurer l'uſufruit à l'un & la propriété aux autres ; il faut néceſſairement diſtinguer leur droit, pour la contribution aux dettes ; & c'eſt par cette diſtinction de maſſe qu'on parvient plus exactement à la contribution aux dettes.

XLVII. Cet uſufruit n'a pas lieu indiſtinctement, il ceſſe dans pluſieurs cas, & il y a de certains cas qui le font revivre, quoiqu'il ne peut avoir lieu dans l'origine, c'eſt-à-dire, lors de l'ouverture de la ſucceſſion, ce qui forme la matiere des propoſitions ſuivantes ; mais voilà d'abord une premiere idée générale ſur ce droit, il peut ceſſer, il peut revivre.

Ce même uſufruit a lieu en faveur des ayeuls au défaut des pere & mere, ſur les conquêts faits par ces derniers ; le Maître, tit. 15, pag. 301 : même raiſon pour les uns que pour les autres ; mais il ne faut pas confondre, les ayeuls ont l'uſufruit des conquêts provenus de leur communauté ; mais par rapport à ceux provenus de la communauté de leur fils, & qu'ils trouvent dans la ſucceſſion de leur petit-fils, ils ne ſont pas réduits à un ſimple uſufruit, ils en ont la propriété pour ce qui eſt de leur ligne, comme étant des propres naiſſans dont la coutume les ſaiſit juſqu'à cette concurrence : cela a été établi par la premiere diſtinction de la préſente ſection.

XLVIII. Ce droit d'uſufruit n'a pas lieu ſi le deſcendant *de cujus*, a laiſſé des enfans, & même des freres ou neveux, c'eſt-à-dire, ſi celui ou celle des biens de la communauté duquel partage a été fait, a laiſſé d'autres enfans ; & non-ſeulement la poſtérité de celui *de cujus*, mais encore l'exiſtence de quelque deſcendant que ce ſoit du conjoint prédécédé, & coacquéreur du conquêt, fait ceſſer ce droit d'uſufruit ; ce n'eſt qu'au défaut de

de cette exiſtence & avec cette limitation que la coutume défére cet uſufruit aux aſcendans : judicieuſe diſpoſition qui préfére la ligne directe deſcendante à l'aſcendante ; mais qui, pour un juſte uſufruit, préfére cette derniere à tout collatéral.

De-là il s'enſuit que les neveux du défunt, petit-fils du premier acquéreur, le font ceſſer ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 71, num. 15 ; ce qui eſt de juriſprudence au châtelet, & fondé ſur le texte des articles 230 & 314. Voyez le Maître, tit. 15, pag. 500.

XLIX. Cette ceſſation auroit lieu dans le cas même que le conjoint prédécédé, & de la communauté duquel l'immeuble proviendroit, auroit laiſſé un enfant du premier lit, ou poſtérité de cet enfant, la loi ſur ce ne diſtinguant pas, il ne faut pas admettre de diſtinction ; cela eſt rigoureux, mais juridique.

Dupleſſis, pag. 227 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 71, num. 9, 10 & 11 : ce qui confirme d'autant plus la propoſition précédente ; en effet, la diſpoſition de la coutume eſt ſur ce générale, & où la loi ne diſtingue pas, il ne paroît pas qu'on puiſſe admettre des diſtinctions, cette ſucceſſion eſt ſemblable au retour des immeubles donnés : dans cette derniere, les deſcendans du donateur y ſont obſtacle ; à plus forte raiſon, tout deſcendant du coacquéreur du conquêt fait obſtacle à l'uſufruit d'icelui.

L. Ce droit ceſſe encore dans le cas qu'on va expliquer. Si l'enfant d'un premier lit que le conjoint prédécédé auroit laiſſé, mouroit, le ſurvivant des conjoints ne profiteroit pas, par la mort de cet enfant, de l'uſufruit de l'immeuble qui ſe trouveroit dans ſa ſucceſſion, & qui ſeroit provenu de ſa communauté ; parce que ce droit d'uſufruit eſt un droit ſucceſſif, que c'eſt comme tel que la coutume le défére ; parce que cet enfant lui étant étranger, il ne peut être ſon héritier, & qu'il faut un canal légitime (ce qui n'eſt pas ici) pour lui tranſmettre ou lui ouvrir ce droit ſucceſſif ; tel eſt l'eſprit de la coutume : cas auquel la rigueur dont on vient de parler ſe fait ſentir.

Dupleſſis, pag. 207 à la fin ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 71, num. 13 ; & cela ſe pratique ainſi au châtelet, ce qui prouve d'autant plus la propoſition qui conſerve la préférence des neveux.

LI. Cependant en ce même cas qu'on vient d'examiner, le droit d'uſufruit de l'aſcendant coacquéreur peut revivre ; en effet, ſi le conjoint prédécédé ayant un enfant d'un premier mariage, en avoit laiſſé un du ſecond, que le premier fût mort, & que l'autre lui eût ſuccédé, celui-ci décédant, ce droit d'uſufruit revit, & le ſurvivant de ſes pere & mere ſuccéde à l'uſufruit des conquêts de ſa communauté, & même dans la portion que ſon enfant a recueilli, comme héritier de ſon frere ; c'eſt un canal habile qui le lui tranſmet, ce qui n'étoit pas dans le cas de la propoſition précédente, où ce canal manquoit : canal qui eſt néceſſaire pour le droit d'uſufruit qui eſt droit ſucceſſif.

C'eſt ce qui réſulte de la doctrine de Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, & ce qui ſe pratique encore au châtelet ; cela me paroît ſuite de la coutume qui ne diſtingue pas.

LII. De ce que l'exiſtence de quelques deſcendans du conjoint coacquéreur du conquêt, fait ceſſer ce droit d'uſufruit, il s'enſuit que cet uſufruit n'a pas lieu, ſi l'enfant *de cujus*, a laiſſé des freres & ſœurs, ou des neveux & arriéres-neveux, puiſque tous ceux-là ſont deſcendus du conjoint prédécédé, & coacquéreur du conquêt : conſéquence déja obſervée, & qu'il eſt à propos de reprendre ici, pour développer de plus en plus la nature de ce droit.

Dupleſſis, à la même page 227 ; de Renuſſon, traité des propres, pag. 235 ; le Maître, tit. 15, pag. 500 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

LIII. De ce que deſſus, il réſulte que ſi tous les enfans & deſcendans du conjoint coacquéreur décédent ſans poſtérité, par le décès du dernier mourant, le conjoint ſurvivant ſuccéde en uſufruit, non-ſeulement à la portion virile, que le dernier mort a recueilli des conquêts de ſa communauté, comme héritier du conjoint prédécédé, mais encore à l'uſufruit des portions qu'il a recueilli, comme héritier de ſes freres & ſœurs ; en effet, malgré cette tranſmiſſion de portions des conquêts de communauté de la perſonne des enfans décédés dans celle d'un ſeul, il eſt toujours conſtant que c'eſt un bien de communauté ; c'eſt-à-dire, provenu de la collaboration du ſurvivant des pere & mere, & qu'il n'y a plus aucun deſcendant du conjoint coacquéreur, ce qui eſt ſuffiſant pour fonder l'uſufruit en faveur du ſurvivant des conjoints, héritier de ſon propre enfant ; c'eſt où conduit la lettre & l'eſprit de la coutume.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & cet uſage me paroît fondé ſur la diſpoſition de la coutume, qui ne diſtingue pas, comme on l'a déja obſervé ſur un autre cas, & cela eſt ſuite de la diſpoſition des art. 230 & 314 de cette loi municipale.

§. II.

Si cet uſufruit a lieu lorſque le conquêt a fait ſouche, & lorſque l'aſcendant n'eſt pas héritier mobiliaire ; & s'il embraſſe le propre ameubli.

LIV. Cet uſufruit favorable a la choſe pour objet, & eſt indépendant de la tranſmiſſion d'icelle, ainſi il a lieu, quoique le conquêt ait fait ſouche ; de-là il s'enſuit, que ſi

un conquêt de communauté a été recueilli par un enfant fils unique de ſa mere, que cet enfant ſoit décédé, laiſſant un fils qui lui a ſuccédé, ce dernier décédant ſans poſtérité; car il faut cette condition, ſon ayeul paternel ſuccéde à l'uſufruit du conquêt provenu de ſa communauté; il le retrouve dans la ſucceſſion d'un deſcendant, ſans trouver un autre deſcendant qui puiſſe ſur ce, lui faire obſtacle, n'y ayant que des collatéraux du côté & ligne de l'ayeule paternelle qui puiſſent prétendre à ce conquêt, mais en nue propriété & non la mere du petit-fils décédé, ni aucun collatéral de ſon côté & ligne, comme on l'explique par la propoſition qui ſuit.

Dupleſſis, pag. 128, au commencement; le Maitre, pag. 501: & c'eſt ce qui ſe pratique au chatelet, comme étant le veritable eſprit de la coutume.

LV. Cela auroit lieu, encore que ce petit fils eut laiſſé ſa mere pour héritiere mobiliaire, cette derniere ne peut ſur ce, faire aucun obſtacle à l'ayeul paternel qui eſt le coacquéreur. D'où il s'enſuit que cet uſufruit a lieu, quoique l'aſcendant auquel la loi le défére, ne ſoit pas heritier mobiliaire, ce qui fonde la propoſition; c'eſt la collaboration & le défaut des deſcendans des coacquéreurs, & non la qualité d'héritier mobilier qui ſont ſes baſes: voilà l'eſprit de la coutume.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 72, num. 17, où il eſt du ſentiment contraire; ſentiment qui n'eſt pas ſuivi: en effet, pourquoi l'exiſtence du pere ou de la mere de celui duquel il s'agit, ſans être intéreſſé à cet uſufruit, fera-t-elle préférer des collatéraux à l'ayeul? Je n'y vois aucune raiſon ſolide; cela eſt contraire à l'eſprit de la coutume, qui a voulu récompenſer la collaboration, & reſtreindre les collatéraux qui profitent du travail de l'aſcendant à la nue propriété du conquêt par lui fait, ſans dépouiller cet aſcendant de l'uſufruit de l'objet de ſon travail qu'il trouve dans la ſucceſſion de ſon deſcendant; diſpoſition judicieuſe, ſalutaire, qui ne peut être affoiblie par la conſidération que le défunt a laiſſé ſa mere dont l'exiſtence eſt étrangere à ces collatéraux: ainſi le ſentiment de le Brun eſt donc contraire à l'équité & au véritable eſprit de la coutume, qui par l'art. 230, n'établit rien de contraire à ce que deſſus, en diſant (ſuccédans à leurs enfans); parce qu'elle ne s'explique ainſi que par forme d'exemple, & parce qu'il eſt ordinaire que cet uſufruit appartient à celui auquel la ſucceſſion mobiliaire eſt déférée, & non pour limiter cet uſufruit, & y attacher la condition de la ſaiſine de la ſucceſſion mobiliaire qui en peut être détaché, & qu'elle n'a pas eu pour motif dans ce judicieux établiſſement.

LVI. Paſſons à l'immeuble ameubli. De ce que cet uſufruit tombe ſur les conquêts, il s'enſuit que cet uſufruit en faveur des aſcendans, embraſſe le propre ameubli, parce que tel immeuble eſt regardé comme conquêt de communauté; c'eſt l'effet de l'ameubliſſement de le rendre tel, d'où il faut conclure que cet uſufruit l'embraſſe, pourvu que la communauté ait été acceptée, & ce abſtraction faite de quel côté vient l'ameubliſſement.

De-là il s'enſuit, que ſi une mere trouve dans la ſucceſſion de ſa fille unique l'immeuble que ſon mari prédécédé avoit ameubli, elle y ſuccéde en uſufruit, quoique dans la perſonne de la fille il ſoit propre ancien paternel; qualité qui n'empêche pas que par l'ameubliſſement il ne ſoit devenu conquêt de communauté; arrêt du 7 janvier 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 504. Mais pour faire une juſte application de cet arrêt, il faut que la communauté ait été acceptée, ſans cela la qualité de conquêt ſeroit effacée; je le penſe ainſi, & autrement, ſur quoi fonderoit-on cet uſufruit d'un ancien propre en faveur d'un aſcendant qui n'eſt pas de la ligne? Dans l'eſpéce de l'arrêt, il paroît que la communauté avoit été acceptée; condition qu'on explique encore par les propoſitions ſuivantes, & ſans laquelle je ne vois pas que cet uſufruit puiſſe avoir lieu ſur le propre ameubli: telle eſt la limitation ſur la propoſition, & qui naît des vrais principes, cet uſufruit ne tombant que ſur ce qui provient de la commune collaboration, ou ſur ce qui l'a balancé: or il n'y a pas de tels biens lorſqu'il y a renonciation à la communauté.

LVII. De-là il s'enſuit, que ſi un pere ſurvivant, trouve dans la ſucceſſion de ſon fils unique décédé, le propre que lui pere avoit ameubli, & que ſa communauté ait été acceptée, il ne ſuccéde pas à la propriété de ce propre, quoique provenant originairement de lui, mais au ſimple uſufruit d'icelui, & ce comme étant un conquêt de ſa communauté; qualité qui l'a dénaturé en tranſmettant moitié à ſa femme, & formant d'un tel bien un conquêt: ce qui le réduit à l'uſufruit, & le dépouille de la portion de propriété qu'il en trouve dans la ſucceſſion de ſon aſcendant.

Voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 70, num. 10. En effet, par l'ameubliſſement de propre de ſa ligne qu'il étoit, il eſt devenu conquêt de communauté, & par ce moyen, propre naiſſant maternel dans la perſonne de l'enfant: qualité qui le réduit à l'uſufruit, & en aſſure la propriété à la ligne maternelle.

LVIII. Retournons la médaille au ſujet de l'ameubliſſement. Si dans le même cas du prédécès de la femme, & de la mort d'un enfant unique qui lui avoit ſuccédé, le propre avoit été ameubli par la femme; pour ſavoir, ſi le pere en a l'uſufruit, il faut diſtinguer, il l'a, ſi la communauté a été acceptée, car il eſt un conquêt en ce cas; mais il ne l'a pas, s'il y a eu renonciation à la communauté, parce que l'ameubliſſement n'a été fait que pour faire la balance dans la communauté

nauté, que la renonciation à icelle a tout conſommé, & que par cette renonciation, l'immeuble ameubli rentre dans ſa nature primitive de propre maternel ancien, dans la ſuppoſition qu'il y ait eu faculté de le reprendre, puiſque ſans cette faculté, il ſeroit reſté au mari, ainſi que tout le ſurplus de la maſſe de la communauté.

Tel eſt l'uſage du châtelet, conforme à ce qui réſulte du ſentiment de le Brun, au nombre cité ſur la propoſition précédente, & cela concilie les principes, tant de cet uſufruit, que ceux de la communauté.

LIX. Ce qui eſt dit ci-deſſus du pere ſurvivant, s'applique de même à la mere, lorſqu'elle eſt ſurvivante; de-là il s'enſuit, que ſi elle trouve dans la ſucceſſion de ſon fils unique, ſon propre ameubli, & ce par l'acceptation de la communauté, elle y ſuccéde en uſufruit ſeulement, non en propriété; & ſi elle y trouve le propre ameubli par ſon mari, elle en a l'uſufruit, ſi elle a accepté la communauté; mais elle ne l'a pas, ſi elle a renoncé à la communauté, parce qu'en ce cas, il n'eſt plus conquêt, mais pur propre paternel, & ce indépendamment de toute faculté de reprendre, parce que dans le ſecond cas, & indépendamment de cette faculté, la maſſe de la communauté reſte en entier au mari.

Toutes les propoſitions de cette ſubdiviſion ont été formées ſur l'uſage du châtelet : voyez ſur cette derniere, le Brun, des ſucceſſions, pag. 70, num. 8.

§. III.

De la contribution aux dettes à laquelle cet uſufruit aſſujettit ; comment elle ſe fait, & de la confuſion que cette contribution opére.

LX. Ce droit étant une vraie ſucceſſion légitime, il a ſes charges, elles ſuivent la choſe & ſe repartiſſent ſur chacun à proportion de la part qu'il y prend; en effet, ce droit d'uſufruit aſſujettit l'aſcendant qui en jouit, à contribuer au paiement des dettes de la ſucceſſion de l'enfant ou deſcendant, dans laquelle l'aſcendant prend ce droit d'uſufruit; c'eſt droit ſucceſſif: or tout droit ſucceſſif eſt aſſujettit à cette charge, ce droit d'uſufruit y eſt donc ſujet; c'eſt l'eſprit de la coutume: mais étant un uſufruit légal, il n'aſſujettit pas celui qui en jouit, à donner caution, tout uſufruitier légal en étant exempt.

Cet uſufruit n'oblige pas l'aſcendant à qui la coutume le défére, à donner caution; le Brun, des ſucceſſions, pag. 71, num. 16, ce qui eſt de juriſprudence au châtelet: ce ſeroit ajouter à la loi, ce qu'on ne peut faire.

LXI. Il contribue à proportion de l'émolument qui lui revient par cet uſufruit, les propoſitions ſuivantes fixent cet émolument, & par conſéquent la portion qu'il doit ſupporter dans la contribution aux dettes à cauſe de cet uſufruit; contribution dont il eſt tenu encore qu'il ne fût pas héritier mobiliaire, tel eſt le principe général; c'eſt la choſe qui eſt chargée des dettes, il y doit donc contribuer à proportion de la part qu'il y prend.

Il y contribue, *pro modo*, dit Dupleſſis, pag. 228, vers le milieu; & tel eſt l'uſage du châtelet. Voyez les deux propoſitions ſuivantes, car cela a beſoin d'explication, pour rendre ſenſible cette propoſition générale qui eſt exactement vraie.

LXII. De-là il s'enſuit, que ſi cet aſcendant eſt auſſi héritier mobiliaire, il contribue au payement des dettes, non-ſeulement à proportion de ce qu'il amende comme héritier mobiliaire, mais encore de ce dont il profite par cet uſufruit des conquêts provenus de ſa communauté; c'eſt une ſuite inconteſtable des deux propoſitions précédentes, expliquons l'opération de cette contribution. L'aſcendant qui profite de cet uſufruit, avance la portion dans les dettes que le propre dont il jouit, doit ſupporter, & ſes héritiers en ont la répétition contre celui qui a été ſaiſi de la nue propriété de ce conquêt, devenu propre du côté du conjoint prédécédé: c'eſt l'opération ſur ce, la plus ſimple & la plus exacte, ſauf ſa contribution ſans répétition pour ce dont il eſt tenu des dettes, à raiſon de la ſucceſſion mobiliaire dont la coutume l'auroit pareillement ſaiſi; d'où il s'enſuit qu'il ne peut renoncer à la ſucceſſion lorſqu'elle lui eſt déférée avec cet uſufruit & accepter cet uſufruit; ce qui a lieu même dans le cas que la ſucceſſion mobiliaire ne lui auroit été déférée que par la renonciation à icelle de la part d'un aſcendant plus prochain que lui, vu que cette ſéparation ſeroit de ſa part ſans intérêt, attendu que l'uſufruit dont on traite ici aſſujettit à la contribution aux dettes comme la ſucceſſion mobiliaire.

J'ai entendu diſcuter au châtelet cette difficulté ſur la contribution aux dettes, & l'opération indiquée dans la propoſition, fut la ſolution qui fut donnée par les plus anciens avocats; par cette opération, la contribution eſt plus exacte & plus arithmétique, que celle qui pourroit être faite par toute autre opération. Voyez ſur cette contribution, ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 72, à la fin, & pag. 73: & obſervez que, ſuivant la propoſition, le fonds & le fruit portent chacun leur juſte charge; ce qui conſomme exactement l'art. 334 de la coutume. Quant à la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur la maxime de droit, *hæreditas pro parte adiri non poteſt*, ſur l'art. 230, qui dit, ſuccédans à leurs enfans, & ſur la charge de la contribution aux dettes.

LXIII. De ce que cet uſufruit doit contribuer aux dettes, il s'enſuit qu'une mere douairiere, qui ſuccéde en uſufruit aux conquêts provenus de ſa communauté, confond

ſon douaire à proportion de ce que le conquêt en doit ſupporter; mais la difficulté eſt de ſavoir, ſi elle confond cette portion irrévocablement, & ſans répétition de ce en faveur de ſes héritiers: j'incline pour la négative, parce que ſans cela la juſte proportion marquée dans la propoſition précédente, ne ſeroit plus gardée.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 72, num. 21: ainſi quant à ce, la contribution ſe réduit à une ſuſpenſion, je le penſe ainſi; & tel eſt l'effet de l'article de la coutume qu'on vient de citer; ſans cela on s'écarte de la contribution arithmétique qu'il ordonne.

LXIV. La raiſon de ce, eſt qu'elle eſt obligée, à cauſe de ſa jouiſſance, d'avancer ce que les conquêts dont elle a l'uſufruit, devoient par la répartition ſur tous les biens, ſupporter de ſon douaire; mais ce n'eſt qu'une avance, ſes héritiers doivent donc en avoir la répétition.

Si on n'admettoit pas cette avance, qui fait néanmoins la contribution la plus arithmétique, il faudroit évaluer l'uſufruit pour le faire contribuer à proportion de ſon évaluation, comme le dit le Brun, au nombre cité ſur la ſixieme propoſition de la préſente ſubdiviſion; mais il me paroît plus régulier de dire en ce cas, que la veuve ne confond que pendant ſa vie la portion des arrérages de ſon douaire, que le conquêt, dont elle a l'uſufruit, devoit ſupporter; & qu'après ſon décès, ſes héritiers ont la répétition du montant de cette même portion, ſur celui ou ceux qui ont ſuccédé à la nue propriété de ce même conquêt; c'eſt la voie ſûre pour ſe conformer à la diſpoſition de la coutume.

§. IV.

Que la mere ſurvivante n'a pas ce droit d'uſufruit, lorſqu'elle a renoncé à la communauté.

LXV. Développons ce qui eſt déja annoncé. Ce droit d'uſufruit ſuppoſe abſolument une bonne communauté; de-là il s'enſuit, que la veuve qui a renoncé à la communauté, & qui trouve dans la ſucceſſion de ſon fils unique, des conquêts ou plutôt des biens acquis pendant la communauté qui a été entr'elle & ſon défunt mari, n'a pas l'uſufruit de ces conquêts; en effet, en ce cas, ils ne ſont tels que de nom, elle ne doit donc pas l'avoir; ce qui ne s'entend que lorſqu'elle n'a pas été codonatrice avec ſon mari d'un conquêt; car ſi elle l'avoit été, elle auroit dans la ſucceſſion de ſon fils, non-ſeulement l'uſufruit de la moitié de ce conquêt, mais la pleine propriété de cette moitié, & ce par droit de retour, & comme en étant donatrice.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, pag. 227, réduit cet uſufruit aux biens provenus, *ex communi collaboratione*, & tel eſt le véritable eſprit de la coutume; le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 5, ſect. 3, confirme la propoſition; le Maître, tit. 15, pag. 500, dit qu'il a de la peine à ſe rendre au ſentiment de cet auteur; il l'adopte toutefois dans le cas que les dettes de la communauté ont abſorbé les biens d'icelle, ce que la renonciation que la veuve y a faite, annonce clairement; ainſi je ne vois pas de difficulté à ſuivre le ſentiment de le Brun, qui ſe trouve auſſi celui de le Maître, ſi on examine de près le ſentiment de ce dernier, & la raiſon qui l'avoit fait douter. En effet, pluſieurs raiſons fondent cette excluſion; la premiere eſt, que ce droit d'uſufruit eſt fondé ſur ce que l'immeuble, qui eſt vraiement conquêt, provient de la commune collaboration, & qu'il ſeroit peu convenable d'aſſocier un étranger avec l'aſcendant, dans la poſſeſſion d'un bien qui vient de ſon économie; motifs, qui ne ſe trouvent pas dans le cas de la renonciation: premier moyen, qui en ce cas, écarte l'uſufruit, ainſi que ce qui a été dit par la troiſieme propoſition du paragraphe précédent, au ſujet de l'immeuble ameubli par la femme, avec la faculté de le reprendre en renonçant, auquel immeuble le pere ne peut ſuccéder, dans le cas qu'il y a eu renonciation à la communauté. La ſeconde raiſon, eſt que la renonciation à la communauté prouve que la communauté n'étoit pas bonne; & que s'il en paroît des conquêts, ils proviennent plus des propres aliénés, que de la commune collaboration: ſecond moyen, qui écarte cet uſufruit, & encore une fois, tel eſt l'eſprit de la coutume, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; une troiſieme raiſon, c'eſt qu'on ne pourroit accorder à la veuve qui a renoncé à la communauté ce droit d'uſufruit, ſans faire concourir en ſa faveur deux titres lucratifs; parce qu'au moyen de ſa renonciation à la communauté du prix de laquelle elle eſt ordinairement payée par la repriſe de ſa miſe, elle auroit l'uſufruit de la totalité des conquêts, lorſque la veuve acceptante la communauté, n'auroit cet uſufruit que ſur la moitié qui ſeroit échue à ſon enfant, par le partage qu'elle auroit fait avec lui de la maſſe de la communauté, ce qui rendroit ce droit d'uſufruit plus étendu dans le cas de la renonciation, que dans celui de l'acceptation; ce qui ne ſeroit pas conforme à l'eſprit de la coutume. Mais dans le cas que la femme a été réduite à une certaine ſomme pour tout droit de communauté, ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition, cette réduction ne dépouille pas la veuve de ce droit d'uſufruit; le Brun, des ſucceſſions, pag. 69, num. 2; ce qui me paroît favorable & juridique: car en ce cas, elle a toujours été aſſociée, quoique réduite à une portion inférieure à la moitié, mais ſi elle avoit conjointement & avec ſon mari, donné à un enfant commun, un conquêt de communauté, la renonciation à la communauté, faite de ſa part depuis une telle donation, non-ſeulement ne peut la priver pour moitié de l'uſufruit du conquêt; mais elle doit avoir cette moitié en pleine propriété, par droit de retour & comme donataire, puiſqu'elle eſt toujours telle au moyen de l'imputation ſur ſes repriſes, & du paiement de la récompenſe qu'elle a dû faire à la ſucceſſion de ſon mari à l'occaſion d'une telle donation: voyez ci-deſſus la diſtinction 2, dans laquelle on a examiné le droit de retour.

☞ La ſéparation intervenue pendant le mariage, produit le même effet que la renonciation à la communauté; du moins, pour les acquiſitions faites depuis cette ſéparation, elles ne ſont pas ſujettes à l'uſufruit, parce qu'on ne peut les regarder que comme des acquêts & non comme des conquêts de la communauté qui n'exiſte plus;

c'eſt le ſentiment de Carondas, qui rapporte un arrêt du 14 août 1591 qui l'a ainſi jugé; ſurquoi il faut encore obſerver, ſi la femme avoit apporté des deniers en la communauté, & qu'il n'y eût pas de ſtipulation de reprife, ſa renonciation à la communauté par erreur, la croyant plus mauvaiſe qu'elle n'étoit, ne l'empêcheroit pas de ſuccéder à cet uſufruit.

DISTINCTION IV.

Des cas eſquels les aſcendans étant de la ligne, ſuccédent aux propres de cette ligne; mais qu'il ne priment pas les lignagers.

LXVI. Voici une quatrieme exception à la régle *propres ne remontent*. Le pere comme lignager ſuccéde à ſon fils, par rapport aux immeubles donnés à ce fils, par ſon pere ayeul du donataire; en effet, en ce cas, il ne peut être douteux qu'il ne ſoit de la ligne, & le plus prochain, & par conſéquent ſaiſi d'un tel propre.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 2, pag. 230 au commencement; & cela a lieu, quoique cet immeuble ſoit propre à ce petit-fils: cette qualité ne fait que l'affecter à une certaine ligne, & le pere eſt le plus prochain d'icelle: cette affectation même confirme donc ſon droit; c'eſt ce que dit le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 5, ſection 4, pag. 73, & ce qui ſe pratique au châtelet: c'eſt le véritable eſprit de la coutume.

LXVII. Dans le cas de la propoſition précédente, le droit du pere eſt droit vraiment ſucceſſif, & non droit de retour; car le pere n'eſt pas donateur, mais héritier lignager d'un tel propre; c'eſt cette qualité qui en ce cas fonde ſon droit ſucceſſif, il n'en a pas d'autre, qui eſt de ſuccéder à un propre de ſa ligne, & ce à l'excluſion de tout autre, comme étant le plus prochain héritier de cette même ligne.

L'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 2 & 3; Dupleſſis, pag. 231; mais il faut toujours, quant à ce, obſerver l'ordre de ſucceſſion pour les propres dans les autres cas, ce qu'on va expliquer; mais dans ce cas, nulle difficulté, puiſque le pere s'y trouve le plus prochain.

LXVIII. Suivons cette ſaiſine; le pere exclut pour ce, ſes freres & ſœurs, quoique deſcendus comme lui, de l'ayeul donateur; il eſt le plus prochain, relativement au décédé; qualité qui fonde cette excluſion; la proximité du degré ſe réglant relativement à celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, & non relativement au premier acquéreur du propre; régle juſte & adoptée, & qui fonde les deux propoſitions précédentes.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 73, num. 1, & la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

LXIX. Cette excluſion, en ce cas, eſt fondée ſur ce que le pere auroit été obligé de rapporter ce que le ſien avoit donné à ſon fils, ſi ce fils avoit ſurvécu l'ayeul & il eſt quant à ce, le plus prochain; qualité qui fonde l'excluſion qu'il leur donne, ainſi qu'il la donneroit à ſes autres enfans, freres du petit-fils, donataire & enfans de lui légitime héritier d'un tel propre; ainſi l'équité, comme les principes, ſoutiennent la réſolution précédente.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, en la ſection qu'on vient de citer, & eſt conforme à la juriſprudence du châtelet: voyez les trois propoſitions ſuivantes, qui ſervent encore de preuve à la propoſition.

LXX. Venons aux propres de la ligne de l'aſcendant. Par l'ancienne juriſprudence, le pere en égalité de degré excluoit les autres, ce qui n'a plus lieu; en effet, lorſque le pere ou autre aſcendant, eſt de la ligne d'un certain propre qui ſe trouve dans la ſucceſſion d'un enfant, ce qui arrive lorſque deux parens ont, avec les diſpenſes requiſes, contracté mariage enſemble; ils ſuccédent aux propres de leur ligne, comme les autres lignagers, la qualité de pere ou de mere ne pouvant affoiblir le droit que leur donne celle de lignager; mais ſans préférence qu'on adoptoit ci-devant, mais qui s'écartoit abſolument de l'eſprit & de la lettre même de la coutume.

Dumoulin, ſur l'art. 107 de la coutume d'Artois; la régle, propres ne remontent, n'ayant lieu, dit-il, que *ne labantur in diverſam lineam*; voyez les propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci; Brodeau ſur Louet, let. P, ch. 47; le journal des audiences, tom. 3, liv. 10, chap. 5; les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. des ſucceſſions; & le Brun, des ſucceſſions, liv. premier, ch. 5, ſection 4.

LXXI. Leur qualité d'aſcendant ne les exclut donc pas de ſuccéder aux propres, mais cette qualité ne leur donne pour ce aucune préférence ſur les autres parens du même côté & ligne, & l'on ſuit entr'eux l'ordre naturel de ſuccéder aux propres; voilà quant à ce les deux principes.

Le Maître, tit. 15, ch. 2, pag. 496; c'eſt ce qui a été jugé par les arrêts de Vibray & de Mortemart: ci-devant l'aſcendant en cas d'égalité de degré avoit la préférence, ſur laquelle on peut voir Dumoulin, ſur l'art. 129 de l'ancienne coutume de Paris, qui eſt aujourd'hui le 312, & ſur l'art. 107 de celle d'Artois, où il dit, *quia conſuetudo volens conſervare bona propria in lineâ non excludit parentes*; mais ce droit des aſcendans, étoit même limité dans le cas qu'ils étoient en égalité de degré. Arrêt du mois d'avril 1676, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 5, où l'on voit cité un arrêt précédent du 5 janvier 1630. Voyez la propoſition qui ſuit qui contient la conſéquence: par le dernier état de la juriſprudence, les aſcendans n'ont la préférence que lorſqu'ils ont la proximité du degré; tel eſt le véritable eſprit de la coutume, on s'en écartoit dans l'ancienne juriſprudence.

LXXII. Des deux propoſitions précédentes, il s'enſuit que lorſqu'un homme

a épouſé ſa couſine germaine, que cette femme meurt laiſſant un fils unique, qui meurt enſuite, & qui laiſſe pour héritier, ſon pere & des couſins maternels ayant le germain ſur lui, ce pere ſuccéde aux propres maternels de ſon fils, & concourt pour ce avec les couſins maternels qui avoient le germain ſur le défunt, relativement aux propres de la ligne dont le pere eſt iſſu, y ayant en ce cas concurrence de degré relativement à ces propres.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 5, ſect. 4, num. 1, pag. 73; de Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 4; & la propoſition qui ſuit confirme celle-ci; il y en a arrêt de réglement, qui, juge qu'en ce cas, l'aſcendant, n'a par l'égalité du degré, que la concurrence, & non la préference: encore une fois, tel eſt le véritable eſprit de la coutume.

LXXIII. Il lui ſuccéde aux propres maternels provenans de la ligne de laquelle il eſt, & qui ſe trouvent dans la ſucceſſion de ſon fils, parce qu'il eſt de la ligne; mais il n'exclut pas les autres, parce que par ſa qualité d'aſcendant, il ne prime pas un collatéral égal en degré relativement à l'auteur du propre: telle eſt la derniere juriſprudence; mais s'il n'y avoit pas égalité de degré, mais que l'autre lignager fût plus prochain, en ce cas loin d'être exclus, il excluroit le pere lignager de ſuccéder à un tel propre; excluſion qui réſulte de ce que deſſus.

Le Maître, à la page citée ſur la ſeconde propoſition, & il y en a arrêt récent. Voyez la note ſur le Maître, pag. 496; cela eſt ſuite des principes ci-deſſus.

LXXIV. Cela arrive, c'eſt-à-dire, que cette excluſion du pere, quant aux propres maternels de ſon fils, a lieu, lorſqu'un homme ayant épouſé ſa couſine, & que de deux enfans que cette femme avoit laiſſé, un décéde, le ſurvivant de ces deux enfans, exclut le pere des propres maternels, parce qu'il eſt deſcendu de la défunte, & par conſéquent qu'il eſt plus prochain que le pere relativement à ces propres; excluſion du pere lignager, qui a lieu dans tous les cas où il y a lignager plus proche que lui.

Voyez l'arrêt cité ſur la huitieme propoſition de cette diſtinction; il y en a encore deux poſtérieurs qui ont été plus loin: ce ſont les arrêts de Vibray & de Mortemar qu'on a déja cités.

DISTINCTION V.

Des propres de lignes manquantes auxquelles les aſcendans ſuccédent.

(Art. 330 de la coutume.)

LXXV. Voici une cinquieme exception à la régle, *propres ne remontent*. Outre les différens propres ci-deſſus auxquels les aſcendans ſuccédent, & qu'on vient d'expliquer, les aſcendans ſuccédent encore aux propres des lignes dont il ne paroît aucun héritier; ils ont la grande main, & comme tels, la coutume leur défére tous les biens indifférens, & le propre de la ligne manquante devient tel, ce défaut faiſiſſant d'iceux l'héritier le plus prochain, & par conſéquent les aſcendans; ce qui milite à plus forte raiſon, lorſque l'un des conjoints étoit bâtard, & qu'il a laiſſé des enfans qui décédent tous; au dernier mourant de ces enfans, ſuccéde le ſurvivant des pere & mere.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 330. Arrêt rapporté par de Montholon, ch. 118: voyez ſur cette ſucceſſion déférée aux aſcendans, le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 1, ch. 5, ſect. 5, pag. 73; de Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 19, num. 5; le Maître, tit. 15, pag. 496. Les raiſons de ce, ſont qu'en ce cas, tel propre eſt regardé comme un acquêt, puiſqu'il n'y a d'exiſtans aucun de ceux que la loi en ſaiſiſſoit comme propre, & qu'au défaut d'enfans, les aſcendans ont la grande main, comme plus prochains héritiers, & comme tels, ſont ſaiſis de tous les biens que la loi ne défére pas ſpécialement à d'autres qu'à eux; d'où il faut conclure, qu'ils ſuccédent aux propres des lignes manquantes, à l'excluſion de tout collatéral, non de la ligne; tels ſont les fondemens de l'art. 330. Voyez la ſection 4 du ch. 3 de la quatrieme & derniere partie de ce titre; de-là il s'enſuit que celui qui a épouſé une bâtarde, ſuccéde aux propres naiſſans de ſon fils unique; le Brun, des ſucceſſions, pag. 74, num. 2; le Maître, pag. 496: en effet, en ce cas, il ne peut y avoir aucun parent légitime de ce propre, que le pere, lorſque l'enfant étoit enfant unique; c'eſt donc lui qui y ſuccéde: ſur quoi on peut obſerver que le propre de la ligne manquante devient diſponible, nul ne pouvant plus exciper de l'indiſponibilité pour les quatre quints, cette indiſponibilité étant relative & non abſolue: tout cela eſt droit commun dans le royaume.

LXXVI. Des diſtinctions de cette ſection, il réſulte que la régle (*propres ne remontent*) reçoit bien des exceptions, & que les aſcendans n'ont point d'inhabilité pour ſuccéder aux propres; ce qui eſt établi par ces mêmes diſtinctions; deſquelles il réſulte que la maxime propres ne remontent, n'eſt autre choſe que l'explication de la régle *paterna paternis*; c'eſt en expliquant la diſtinction des lignes que la coutume fait ſuccéder les aſcendans à tout ce qu'elle peut de propre: en effet, elle leur défére les propres naiſſans de leur ligne, & lorſqu'il y a un aſcendant d'un côté, il eſt certain que les deſcendans ne peuvent avoir de ſucceſſion de ce même côté, ſi l'aſcendant eſt au premier degré, puiſque par rapport à ces ſucceſſions, le pere primeroit ſon fils; ainſi s'il a des propres de la ligne, ce ne pourra être que par une donation que ſon pere ou ſon ayeul lui auroit faite; au premier cas, le pere y ſuccéde par droit de retour; au

ſecond cas, il y ſuccéde comme plus prochain lignager; & ſi la donation avoit été faite par un collatéral de cette ligne, ce ſeroit acquêt auquel le pere ſuccéderoit; il y ſuccéderoit même en ſuppoſant contre vérité le bien propre, & ce comme lignager; il eſt donc vrai de dire que la régle propre ne remonte, ſe réduit à l'application de celle *paterna paternis.*

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 231; le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 5, ſect. 4, num. dernier de cette ſection; cette régle n'ayant lieu qu'en faveur des parens de la ligne, & pour y conſerver les propres; de Renuſſon, des propres, chap. 2, ſect. 19, num. 8 & 9; ainſi cette régle eſt purement relative, & non abſolue, & n'a point d'application dans tous les cas ci-deſſus expliqués.

☞ La juriſprudence a toujours maintenu les principes contenus dans cette derniere diſtinction. Voyez l'arrêt du 9 mars 1622, rapporté par tous les commentateurs de la coutume, par lequel il a été jugé qu'un pere héritier de ſa fille, décédée ſans enfans & ſans héritiers du côté maternel, devoit recueillir en cette qualité la propriété d'une maiſon, ſiſe rue ſaint-honoré, qui lui étoit échue de la ſucceſſion de ſa mere, à l'excluſion des parens collatéraux du côté paternel. Celui du 17 mars 1611, rapporté au journal des audiences, qui a jugé la même choſe dans l'eſpece d'un mariage contracté avec une bâtarde; & celui du 14 avril 1676, auſſi rapporté au troiſieme volume du journal des audiences, rendu dans une eſpece encore plus forte, puiſque le pere avec ſes freres & ſœurs ſe trouvoit du côté & ligne, d'où il ſembloit qu'il ne dût ſuccéder qu'avec eux & non pas les exclure. Cependant par ce dernier arrêt, le pere fut conſervé dans la ſucceſſion des propres à l'excluſion de ſes freres & ſœurs: juriſprudence fondée ſur la régle *paterna paternis*, qui n'a été introduite que pour conſerver les biens dans les familles.

CHAPITRE QUATRIEME.

COMMENT LES ASCENDANS CONTRIBUENT AU PAYEMENT DES DETTES.

(Art. 334 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE CETTE CHARGE LORSQU'IL N'Y A QUE DES MEUBLES ET DES ACQUETS; QU'ILS SONT SEULS SUCCESSEURS, ET DE SON ÉTENDUE LORSQU'IL Y A UN HÉRITIER DES PROPRES.

I. LORSQU'IL n'y a que des meubles & des acquêts dans la ſucceſſion, biens auxquels les aſcendans ſuccédent en totalité, comme il a été établi, & qu'il n'y a nul légataire univerſel & pluſieurs aſcendans ſuccédans à leurs deſcendans, chacun d'eux eſt tenu pour ſa portion virile des dettes dans leur totalité; ayans en ce cas, tout l'actif, tout le paſſif ne peut être à la charge d'aucun autre qu'eux, & cette charge ſe repartit entr'eux comme l'actif.

Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 232, & tel eſt l'uſage du châtelet, qui eſt fondé ſur les art. 332 & 334 de la coutume; mais il en eſt autrement lorſqu'il y a un légataire univerſel.

II. De-là il s'enſuit, que s'ils ſont deux aſcendans ſaiſis, chacun d'eux doit ſa moitié des dettes; en effet, partageans les biens également, ils ſupportent les dettes de même, puiſque c'eſt l'amendement qui en régle la charge; ce qui confirme la propoſition précédente, qui eſt pour le cas que dans la ſucceſſion, il n'y a que des meubles & des acquêts; car s'il y avoit des propres, ce ſeroit une autre contribution à faire.

Art. 334 de la coutume; il en eſt autrement lorſqu'il y a un héritier des propres; différence qui fait la matiere des propoſitions qui ſuivent.

III. Voyons à préſent la contribution, lorſqu'il y a concours. Dans le cas qu'il y a un héritier des propres, les aſcendans n'étant pas ſaiſis de la totalité des biens, puiſque la coutume affecte les propres aux héritiers de la ligne, comme on l'établira dans ſon ordre, ils ne ſont plus tenus des dettes par portions viriles; mais ils y contribuent avec l'héritier des propres, à proportion de leur émolument; en effet, les biens du défunt ne paſſent dans la perſonne de ſes divers héritiers qu'avec la charge des dettes; c'eſt donc ſur tout leur montant qu'il faut les prélever: donc contribution & repartition des dettes ſur tous; ce qui influe ſur un légataire univerſel de quotité, qui eſt comme l'héritier des propres un ſucceſſeur à titre univerſel.

C'eſt ce que dit l'art. 334, & cette contribu-

tion auroit lieu, encore que l'enfant fût décédé mineur, l'épuiſement du mobilier n'étant établi qu'en ſa faveur, ce qui s'entend dans la théſe générale, & ſuivant l'application qu'on en va faire; il en eſt autrement ſi le tuteur eſt héritier; voyez Henrys, tom. 2, liv. 6, qu. 16; ſur quoi il faut voir ce qui eſt dit ci-après, au ſujet de la contribution aux dettes des ſucceſſions, qui ſont recueillies par des aſcendans & des collatéraux conjointement, ce qui rentre dans la contribution qu'on examine ici par rapport aux aſcendans; mais dans le cas de la ſucceſſion d'un mineur, dans la rigueur de la régle, il faut épuiſer le mobilier lorſque le tuteur eſt héritier, parce que le tuteur, héritier mobilier, a dû le faire vendre, s'il y avoit des dettes à acquitter; mais la répartition de toutes les dettes ſur tous les biens, ſoutenue par Henrys, à l'endroit qu'on vient de citer, reçoit une très-juſte application, lorſque le mineur meurt peu de tems après qu'il a eu des droits acquis, ſans que le tuteur ait eu le tems de faire faire la vente des meubles, & lorſque le tuteur n'eſt pas un des héritiers du mineur; on fait cette diſtinction au châtelet, c'eſt-à-dire, qu'au premier cas, lorſque le tuteur n'a pu faire vendre, on repartit toutes les dettes de la ſucceſſion du mineur; mais s'il a pu faire vendre, & qu'il ſoit héritier, on commence par épuiſer le mobilier dont il a dû faire la vente.

IV. Pour cette contribution aux dettes entre aſcendans & collatéraux (ceſſant le cas de la minorité du défunt examiné ſur la propoſition précédente) on repartit les dettes ſur tous les biens, & les aſcendans & l'héritier des propres en ſupportent à proportion de ce qu'ils amendent de biens; cette repartition ordonnée par la coutume, a ſa racine dans l'équité, ce qui doit faire étendre ſa diſpoſition ſur les coutumes, qui ont ſur ce gardé le ſilence; c'eſt ce qui a été jugé par les arrêts; ainſi c'eſt droit commun.

Il faut à cette fin, dit Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 232, faire ventilation; ce qui revient à la propoſition, c'eſt-à-dire, à la contribution.

V. Cela reçoit cependant une exception; en effet, de cette repartition des dettes ſur tous les biens, il en faut excepter les rentes foncieres, qui ſont toujours à la charge de celui qui recueillie l'immeuble qui en eſt chargé; c'eſt charge & diminution réelle d'icelui, qui ne peut par conſéquent tomber que ſur l'héritier qui le recueille; & il en faut encore excepter les repriſes, qui ſont à faire ſur une communauté qui a été acceptée qui doivent ſe prendre ſur la maſſe d'icelle; c'eſt prélevement plus que dettes.

Il faut encore excepter le remploi des propres dûs au ſurvivant devenu héritier d'un de ſes enfans; lorſque la communauté a été acceptée, ce remploi ne doit point ſe repartir ſur tous les biens de l'enfant, mais doit ſe prélever ſur la maſſe de la communauté, qui en eſt plutôt la débitrice que la ſucceſſion, puiſque dans la vérité, la communauté n'embraſſe que ce qui reſte de net après ce prélevement fait; ainſi que la repriſe des deniers ſtipulés propres qui ſe trouvent noyés dans la maſſe de la communauté; même raiſon: tel eſt l'uſage du châtelet; c'eſt encore une ſeconde exception à ce que deſſus. Arrêt de 1690, ſans autre date, & a mi rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 447; mais il en ſeroit autrement s'il y avoit eu renonciation à la communauté; alors il faudroit repartir telle dette ſur tous les biens: dans ce dernier cas, c'eſt vraie dette; dans l'autre, c'eſt délibation, & ſimple opération à faire d'une liquidation d'une communauté.

SECTION II.

De cette charge lorſque les aſcendans ſuccédent à de certains propres, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, & qu'un autre héritier des propres, & un légataire univerſel, concourt avec eux.

[Art. 334 de la coutume.]

VI. Dans ce cas, tous les ſucceſſeurs à titre univerſel, contribuent au payement des dettes de la ſucceſſion, à proportion de ce qu'ils amendent chacun, même le légataire univerſel partiaire; ſauf les charges réelles qui tombent ſur celui qui recueille l'immeuble ſur lequel elles ſont à prendre. De-là il s'enſuit, que ſi l'aſcendant ſuccéde à de certains propres, ſoit que la ligne du propre ſoit manquante, ſoit par droit de retour, ſoit par droit d'uſufruit, comme étant le propre provenu de la communauté, tous droits ſucceſſifs en faveur des aſcendans qu'on a examiné ci-deſſus, & qui l'aſſujettiſſent comme la ſucceſſion des meubles & acquêts à la contribution aux dettes, ſoit qu'ils ſuccédent à de certains propres, comme étant les plus prochains de la ligne ou en concurrence de degré. Tous ces différens objets formant l'amendement de l'aſcendant; il contribue au payement des dettes à proportion, tant des meubles & acquêts, que de ces différens propres auxquels ils ſuccédent.

Art. 334 de la coutume, & tel eſt l'uſage du châtelet; ſur quoi il faut obſerver que lorſqu'il y a un légataire univerſel qui concourt avec des aſcendans qui ſe ſont réduits aux quatre quints des propres, à la ſucceſſion deſquels la loi les appelloit; en ce cas le légataire univerſel contribue au paiement des dettes, non-ſeulement à raiſon de ce qu'il amende, mais encore pour le montant des legs particuliers, & ſans cela les diſpoſitions teſtamentaires donneroient atteinte aux quatre quints des propres; voyez ci-après les ſucceſſions collatérales, & le titre des teſtamens.

VII. Les héritiers des autres propres, contribuent de même à proportion de leur amendement; même principe, l'actif doit régler le paſſif.

Dupleſſis, à la page 232, déja citée; cela eſt ſuite du même article; on ſe réduit ici à la propoſition générale, on l'approfondira en traitant des ſucceſſions collatérales.

VIII. Suivons la charge du légataire ou donataire univerſel, qui contribuent avec les aſcendans à proportion de leur émolument, cela eſt une ſuite néceſſaire de la balance qu'il doit y avoir entre l'actif & le paſſif, & une ſuite de la repartition des dettes ſur tous les biens, qui n'ont paſſé dans la perſonne de ces différens héritiers ou ſucceſſeurs univerſels, qu'avec cette charge, puiſqu'il ne peut y avoir de biens que ce qui en reſte de net après les dettes acquittées; telle eſt l'exacte & judicieuſe diſpoſition de notre coutume, qui forme un droit commun pour les autres coutumes qui n'ont pas de diſpoſition contraire.

Le mot univerſel, dit Dupleſſis, à la même pag. 232, affranchit les donataires & légataires particuliers de cette contribution; ce qui eſt établi ci-après dans ſon ordre, ſur le titre des donations, & ſur celui des teſtamens, & qui ſert à confirmer la régle (que les légataires & donataires univerſels doivent contribuer au payement des dettes) aux termes de l'art. 334 de la coutume, contributions néanmoins qui, par de très-mauvaiſes ſubtilités, a été conteſtée par quelques-uns, mais ſans fondement.

QUATRIEME PARTIE DES SUCCESSIONS.

DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA VOCATION AUX SUCCESSIONS COLLATÉRALES, CONSIDÉRÉES GÉNÉRALEMENT.

(Art. 318, 312 & 340 de la coutume.)

I. LA loi n'appelle les collatéraux, qu'au défaut d'enfans, mais ils concourent avec les aſcendans, non dans les meubles & acquêts, pour leſquels ils ſont exclus par les aſcendans, mais pour les propres relativement auxquels ils excluent les aſcendans, n'étant pas de la ligne; ce qui forme un concours imparfait pas rapport à l'actif, puiſque chacun d'eux a ſa ſaiſine ſéparée, mais un concours réel & effectif, par rapport à la contribution aux dettes; par cette ſaiſine des propres en faveur des parens de la ligne, la coutume, par une ſage politique, a contribué à la ſplendeur de l'état en conſervant les biens dans les familles qui la compoſent, & en empêchant que les biens qui les ſoutiennent n'en ſortent.

Dupleſſis, en la préface de ſon traité des ſucceſſions, pag. 191. Voyez ſur cette concurrence le traité des ſucceſſions de le Brun, liv. 1. ch. 6, ſect. 3, pag. 94; cela eſt inconteſtable par le texte même de la coutume, qui fixe la différence des ſaiſines à leur égard ſur la régle *propres ne remontent*; voyez Loyſel, liv. 2, tit. 5, régle 16; Louet & Brodeau, let. P, ch. 47; & Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 9, & ſur les limitations que cette régle reçoit; voyez les ſucceſſions déférées aux aſcendans.

II. Si les deſcendans & les aſcendans du défunt avoient renoncé à ſa ſucceſſion, en ce cas ſes parens collatéraux plus prochains y ſont appellés à leur défaut, & ſont ſaiſis de l'univerſalité des biens, ſauf la ſaiſine des propres au profit de ceux qui ſont de la ligne de laquelle ils procédent, & que la coutume leur défére; cela eſt une ſuite du principe général.

Cela s'entend toute abſtraction faite du degré, du collatéral qui ſe préſente pour ſuccéder, dès qu'il n'y en a pas de plus prochain; tel eſt l'uſage du châtelet par rapport aux meubles & acquêts, la propoſition ne tombe que ſur eux; quant aux propres la proximité eſt relative à la ligne de laquelle ils procédent.

III. Lorſque la ſucceſſion eſt déférée à des collatéraux, ſoit par leur ſaiſine au moment de ſon ouverture, ſoit par la renonciation des enfans & des deſcendans qui les primoient, ils ſont ſaiſis des biens ſuivant les droits que leur degré de parenté & la nature des biens leur donnent; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente & ſuite de l'article 318.

C'eſt ce qui ſe verra par les chapitres ſuivans; il ſuffit ici de marquer leur ſaiſine univerſelle, qui ſe détermine enſuite par les objets & par leurs degrés: ſaiſine univerſelle qui a lieu en faveur de celui qui prive les autres par la proximité.

IV. Suivons la proximité. Les meubles & acquêts appartiennent aux plus prochains, abſtraction faite du double lien qui n'a lieu en cette coutume; mais les propres, comme on l'a déja annoncé, & qui forment une ſucceſſion ſéparée, appartiennent aux parens

de la ligne de laquelle ils ſont provenus, quoiqu'ils ne ſoient pas les plus prochains; ce qui ſe verra par les chapitres ſuivans: il eſt à propos de ſe fixer d'abord à ce principe fondamental ſur les propres; quant aux meubles & acquêts ils appartiennent au plus prochain, à quel degré qu'il ſoit, pourvu qu'il prouve une trace de conſanguinité, étant préférable au fiſc.

Sur le double lien, voyez ci-après la premiere ſection du quatrieme chapitre; c'eſt la diſpoſition de l'article 340 de la coutume; & ſur les propres, voyez les ſections 2, 3 & 4 du chapitre ſuivant, on ſe réduit ici à des principes généraux que la ſuite va développer; ſur la derniere partie de la poſition, Dumoulin a dit que pour être habile à ſuccéder, il ſuffiſoit d'être, *in quaſi poſſeſſione parentelæ*.

CHAPITRE SECOND.

DE LA SAISINE DES MEUBLES ET ACQUETS EN FAVEUR DU COLLATÉRAL PLUS PROCHAIN.

(Art. 318 de la coutume.)

I. DE ce que deſſus, il réſulte qu'au défaut d'enfans & d'aſcendans, le collatéral le plus prochain eſt ſaiſi de tous les meubles & acquêts du défunt; ces biens indifférens ſont déférés au plus prochain, par la préſomption adoptée par la coutume que le défunt les lui auroit légué, s'il avoit diſpoſé; cette loi ayant conformé ſes diſpoſitions ſur les ſaiſines héréditaires, ſur les juſtes penchans du cœur de l'homme: penchant duquel il réſulte que le collatéral ne peut rien prétendre dans les meubles & acquêts, lorſque le défunt a laiſſé un aſcendant, à tel degré que cet aſcendant ſe trouve, ce dernier étant bien plus cher que l'autre.

Les freres & ſœurs ſont les premiers dans l'ordre des collatéraux: *Si igitur defunctus neque deſcendentes neque adſcendentes reliquerit, primos ad hæreditatem vocamus, fratres & ſorores*, novel. 118, ch. 3; Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 223, & cela réſulte de l'article 318.

II. Lorſqu'il y a des parens collatéraux en parité de degré, ils partagent ces ſortes de biens entr'eux, c'eſt-à-dire, les meubles & acquêts par portions égales; l'égalité de leur degré rend leur condition égale, & par conſéquent leur ſaiſine, ce qui n'eſt pas lorſqu'il y a inégalité, mais repréſentation; l'effet de laquelle dans cette ligne ſera examiné par la ſection deux du chapitre quatre ci-après: effet qui ne permet plus le partage par têtes & néceſſite celui par ſouches, comme en directe.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, pag. 217, & c'eſt une autre ſuite de l'article 318.

III. Quelquefois un plus éloigné concourt avec un plus prochain que lui, ce qui arrive par le droit de la repréſentation, dont on examinera les effets dans cette ligne par le quatrieme chapitre ci-après; il eſt à propos de l'annoncer ici: ainſi dans cette ligne & par rapport aux meubles & acquêts, il y a trois différentes claſſes d'héritiers, ou de parens à conſidérer; la premiere eſt la claſſe de ceux qui étoient égaux en degré avec le défunt, tels ſont les freres & ſœurs; la ſeconde eſt compoſée de ceux qui lui ſont inférieurs en degrés, tels ſont les neveux & les arrieres-neveux, mais ces derniers ſont exclus par les premiers; enfin la derniere claſſe eſt compoſée de ceux qui étoient égaux en degré avec les pere & mere, ayeuls & biſayeuls du défunt, & ceux-là ſont les oncles, grands-oncles, & même les couſins qui ne peuvent tenir au défunt, que par les ayeuls; entre ceux-là & ceux de la ſeconde claſſe la proximité décide, ſauf le concours des neveux & nieces avec les freres & ſœurs, ce qu'on expliquera dans ſon ordre, en traitant de l'effet de la repréſentation dans cette ligne; mais voilà la baſe de ces principes auxquels on ſe réduit ici.

Sur l'effet de la repréſentation dans cette ligne, voyez la ſection 3 du ch. 4 ci-après, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 318 de la coutume.

CHAPITRE

CHAPITRE TROISIEME.

QUE LES PROPRES APPARTIENNENT AUX PARENS DE LA LIGNE.

(Art. 326 & 329 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES PRINCIPES PRÉLIMINAIRES DE CETTE SUCCESSION, ET QU'IL N'EST PAS NÉCESSAIRE D'ÊTRE DESCENDU DU PREMIER ACQUÉREUR.

I. CETTE ſucceſſion a ſes principes particuliers, comme on l'a déja annoncé ci-deſſus ; en effet, le plus prochain collatéral n'eſt pas ſaiſi des propres, mais bien le collatéral parent le plus proche du défunt du côté & ligne duquel le propre lui eſt échu ; tel eſt le premier principe de cette ſucceſſion : c'eſt à lui à qui la coutume le défere par ſa ſage prévoyance, qui par-là conſerve les biens patrimoniaux dans les familles, dans les lignes deſquels ils procédent ; c'eſt ſalutaire & prudente prévoyance.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 326 de la coutume : voyez l'arrêt du 12 décembre 674, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 10, ch. 30 ; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, pag 223 ; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 511 ; & l'arrêt de réglement du 3 ſeptembre 1734, rapporté dans la note à la même page & à la ſuivante ; toutes ces autorités, ainſi que le texte de la coutume, confirment la propoſition conforme au principe du droit civil *paterna paternis*, qui n'avoit lieu que dans un cas, mais que la coutume a ſagement étendue à tous les cas, auquel principe il faut par conſéquent joindre celui-ci, *avitina avitinis*, & l'appliquer à toutes les lignes ſupérieures ; ce qu'on developpe par la troiſieme propoſition.

II. Quoique la ſucceſſion collatérale, compoſée des propres de différentes lignes, ne ſoit qu'une même ſucceſſion, cependant les propres de chaque ligne forment différens patrimoines ; autre principe de cette ſucceſſion, ce qui ſera expliqué par ce qui ſuit ; il eſt bon de le remarquer ici.

Il faut remonter au premier acquéreur, & lui tenir *à latere*, pour être ſaiſi du propre en qualité de lignager : troiſieme principe ; mais quand on ne peut découvrir le premier acquéreur, il ſe faut arrêter au plus ancien aſcendant qui paroît l'avoir poſſédé, auquel pour ce il ſuffit de tenir *à latere*, comme on l'expliquera : Dupleſſis, pag. 225, au commencement ; ce qui eſt ſuivi comme ſuite du texte.

III. Ces différens patrimoines forment, pour ainſi dire, autant de différentes hérédités, leſquelles ont chacune leurs différens partages, ce qui réſulte de ce que deſſus ; & par rapport à chacun des propres, il faut ſe conformer aux diſpoſitions des coutumes qui les régiſſent, les coutumes étant réelles & exerçans leur puiſſance ſur les biens qui ſont dans l'étendue de leur territoire.

Il ne ſuffit pas, dit Dupleſſis, à la pag. 223 qu'on vient de citer, d'être parent de la ligne paternelle ou maternelle d'où vient l'héritage, mais on ſubdiviſe encore chacune de ces lignes en celle d'ayeux ou ayeules, biſayeux ou biſayeules ; ſur la régle *paterna paternis*, *materna maternis*, voyez l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 9, pag. 189 ; il faut encore diviſer les propres anciens par la régle *avitina avitinis* ; c'eſt ſuite de la coutume, par laquel il faut conſerver les propres dans les lignes deſquelles ils procédent, & tenir au premier acquereur d'iceux ; voyez Dupleſſis, page 220, & cela eſt ſuite de l'art. 326 de la coutume ; & Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 12, page 197 & ſuivantes : cela me paroît inconteſtable, étant confirmé par l'arrêt de réglement du 3 ſeptembre 1734, qui contient ſur ce un exact commentaire de la coutume ; ſur cette régle *paterna paternis*, voyez Loyſel, liv. 2, tit. 5, régle 16 ; Louet & Brodeau, let. P, ch. 22.

IV. Venons au quatrieme principe de cette ſucceſſion, il concerne l'origine de l'héritier. Il n'eſt pas néceſſaire pour ſuccéder aux propres d'être deſcendu de celui qui a mis l'héritage dans la famille, comme on l'a déja remarqué ci-devant ; il ſuffit d'être collatéral de ce premier acquéreur & lui tenir de côté, la coutume de Paris n'étant pas touchére, il y en a qui le font ; en effet, l'art. 329 n'a rien changé ſur cela, & n'a fait que vuider une ancienne diſpute, en décidant qu'il n'étoit pas néceſſaire d'être deſcendu du premier acquereur, & qu'il ſuffiſoit, pour être capable de ſuccéder à un propre, de lui tenir *à latere* ; ainſi pour ſuccéder à un propre paternel, il ne ſuffit pas d'être de la ligne paternelle, on ſubdiviſe cette ligne en celle d'ayeuls & d'ayeules, & dans cette ſubdiviſion, il faut tenir collatéralement à celui qui a le premier mis l'héritage dans la famille.

Voyez Louet, let. P, num. 28 ; Brodeau, au même endroit ; l'arrêt du 12 décembre 1674, cité

deſſus cité, & le traité des propres, ch. 2, ſect. 14 : la propoſition eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet, ſuivant l'art. 329 de la coutume; voyez ſur cette régle le Prêtre, cent. 1, ch. 71; & le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, chap. 1, ſect. 3.

V. De-là il s'enſuit que l'oncle paternel ſuccéde à ſon neveu, par rapport aux propres naiſſans paternels, quoiqu'il ne deſcende pas du premier acquéreur, puiſqu'il étoit ſon frere; il en eſt de même des propres naiſſans maternels, par rapport à un oncle maternel; c'eſt la ligne qui détermine relativement à de tels biens.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 140. num. 8, & 141, num 9; en effet, il tient collatéralement au premier acquéreur, puiſqu'il eſt ſon frere, ce qui ſuffit dans cette coutume, qui n'eſt pas ſouchére, & qui n'exige pas ſur ce une deſcendance directe du premier acquéreur de l'héritage propre; voilà la conſéquence de ce que deſſus, ſauf l'exception : c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 223, à la fin; il ſuffit, dit-il, d'être de la ligne *à latere;* cependant le collatéral deſcendu de celui qui a mis le premier l'héritage dans la famille, a une préférence ſur les autres qui ne le primeroient pas par le degré; préférence qui fait la matiere de la ſection qui ſuit, & qui mérite examen particulier.

SECTION II.

Que le collatéral deſcendu du premier acquéreur eſt préféré aux autres, la premiere fois que l'héritage paſſe en collatérale, lorſqu'il eſt en parité de degré.

(Art. 314 de la coutume).

(En cas qu'il n'y ait aucun deſcendant.)

VI. Quoique notre coutume ne ſoit pas ſouchére, cependant celui des collatéraux qui eſt deſcendu de la perſonne qui a mis l'héritage dans la famille, exclut relativement au propre, les autres parens lorſqu'il eſt en parité de degré avec eux, & ce pour la premiere fois ſeulement que l'héritage paſſe en collatérale, & non dans tout autre cas, c'eſt-à-dire, lorſque l'héritage a déja paſſé en collatérale; telle eſt la limite de ſon privilége, il a l'équité pour baſe, & l'intention préſumée du premier acquéreur qui en auroit ainſi diſpoſé, s'il avoit prévu le cas.

C'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt des Baudouins, qui a adjugé le propre naiſſant au neveu, à l'excluſion de l'oncle, & par celui du 17 mai 1646, ci-après cité; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 139, num. 5; & ſur la limitation qu'on a apporté à la propoſition, les notes ſur la propoſition ſuivante & ſur la derniere de cette ſection, elles la confirment : ſur quoi on obſervera qu'un homme ayant épouſé ſa couſine, celle-là laiſſant des acquiſitions faites avant ſon mariage, & deux enfans dont l'un décéde, le ſurvivant doit exclure le pere des propres, comme deſcendu de l'acquéreur; ce que deſſus ſe confirme par les articles 239 & 314 de la coutume, qui préfére les collatéraux deſcendus de l'acquéreur, aux pere & mere & ayeuls du défunt.

VII. Mais lorſque le collatéral, quoique deſcendu du premier acquéreur du propre, eſt plus éloigné, non-ſeulement il n'exclut pas les autres plus prochains que lui, ſi le propre a paſſé en collatérale, mais encore ces autres l'excluent & ſont ſaiſis du propre à ſon excluſion; la coutume le déférant au plus prochain de la ligne, preuve de ſon excluſion, les traces du ſang n'étant plus alors aſſez ſenſibles pour l'en tirer.

Ce n'eſt que dans le cas que la trace du ſang eſt encore toute fraîche, dit Dupleſſis, à la fin de la pag. 223, que cette préférence doit être admiſe en faveur du deſcendu de l'acquéreur : Guyné, dans ſon traité de la repréſentation, & les auteurs de la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 224, donnent ce privilége au-delà du premier degré; ce que j'eſtime pareillement, pourvu que ce ſoit la premiere fois que le propre paſſe en collatérale, comme on le verra par la derniere propoſition de cette ſection : voyez de Renuſſon, traité des propres, pag. 208, & la propoſition qui ſuit qui contient la conſéquence qui réſulte de celle-ci: en un mot, ſuivant l'eſprit de la coutume, ce n'eſt que pour la premiere fois que le propre paſſe en collatérale, que le deſcendu de l'acquéreur peut faire valoir la préférence.

VIII. De-là il s'enſuit, que ſi le défunt a laiſſé des propres paternels naiſſans, & pour héritier, un oncle paternel & non un neveu paternel, ce dernier exclut l'autre, par rapport à ces propres naiſſans, quoique cet oncle & ce neveu, ſoient de la ligne & en parité de degré, relativement au défunt; le dernier étant deſcendu du premier acquéreur, qualité qui le rend préférable à l'autre; tel eſt le cas dans lequel s'applique inconteſtablement la préférence dont on vient de parler.

Arrêt du 17 mars 1646, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 4, ch. 36, ce qui avoit déja été jugé par celui des Baudouins; & c'eſt à ce premier cas que ſe reſtreint le privilége ou la préférence du deſcendu du premier acquéreur, mentionné dans la premiere propoſition de cette diſtinction, & au ſecond cas mentionné dans la derniere de cette même ſection qui eſt celle qui ſuit : voyez le traité des propres de Renuſſon, ch. 2, ſect. 15; le Maître, pag. 528 & 530.

IX. Voici un autre cas. Cette excluſion ou cette préférence en faveur du collatéral deſcendu de celui qui a le premier mis l'immeuble dans la famille, a lieu entre parens plus éloignés, lorſqu'ils ſont en parité de degré, & que l'un d'eux eſt deſcendu du premier acquéreur, & que c'eſt la premiere fois que le propre paſſe en collatérale; mais cette préférence n'a plus lieu, lorſque le propre paſſe pour une ſeconde fois en ligne collatérale : il me paroît que ce n'eſt que dans ce dernier cas, ainſi que dans celui ci-deſſus expli-

qué, que le privilége ou la préférence du deſcendu de l'acquéreur qui ſe trouve relativement avec un autre héritier, mais non deſcendu de l'acquéreur en égalité de degré, que ce privilége, que cette préférence doivent avoir lieu ; je le penſe ainſi, me paroiſſant que tel eſt l'eſprit de la juriſprudence.

C'eſt ce qui eſt établi par la note ſur Dupleſſis, pag. 224 & 225, & par Guyné, en ſon traité de la repréſentation ; mais ce dernier pouſſe trop loin ſon ſentiment.

SECTION III.

Auquel des collatéraux, les propres de la ligne manquante ou renonçante ſont dévolus.

(Art. 330 de la coutume.)

X. Si lors de l'ouverture de la ſucceſſion, il ne ſe trouve aucun parent de la ligne d'un certain propre, tel propre appartient au collatéral le plus prochain au défaut d'aſcendant ; il eſt alors regardé comme bien indifférent, c'eſt-à-dire, qu'il eſt regardé comme acquêt : qualité qui en ſaiſit le plus prochain, puiſque quant à ce, perſonne ne lui eſt préférable ; mais pour cela il faut qu'il n'y ait aucun aſcendant qui primeroit quant à ce, tout collatéral.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 330, Louet & Brodeau, let. P, num. 29 ; mais cela ne s'entend qu'au défaut d'aſcendans, qui excluent tout collatéral dans les biens indifférens, comme il a été établi ci-deſſus, en examinant la ſucceſſion déférée aux aſcendans ; ainſi le propre de la ligne manquante, appartient à l'aſcendant à l'excluſion de tout collatéral ; Méchin, tit. 11, art. 12 ; Lapeyrere, let. S, déciſion 219, pag. 467, cela a été jugé par l'arrêt rapporté par de Montholon, ch. 118 ; voyez Bouguier, let. H, num. 3, & le traité des propres, ch. 2, ſect. 17, pag. 229 ; ce qui eſt ſans difficulté, puiſque cela eſt confirmé par le texte de la coutume, qui a ſur cela ſa racine dans la nature même.

☞ Voyez auſſi l'arrêt rapporté par le Prêtre, cent. 1, ch. 82, ſect. 6, qui a jugé en conformité de la propoſition.

XI. Il en eſt de même, ſi tous les parens de la ligne d'un certain propre, renoncent à la ſucceſſion ; la préférence qui n'étoit que pour eux ceſſant, tel bien paſſe au plus prochain, & ce par le même principe que celui qui fonde la propoſition précédente ; il devient bien indifférent, & perſonne ne peut plus alléguer l'exception contre celui qui a la grande main.

En ce cas on revient au droit commun, dit le Prêtre, cent. 1, ch. 72 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 138, & pag. 139, num. 4 ; en effet dans l'un & l'autre cas, le plus prochain collatéral a la grande main, & comme tel, ſuccéde à tous les biens que la loi n'affecte pas à d'autres à ſon excluſion ; c'eſt l'effet naturel de ſa qualité d'héritier le plus prochain, elle produit cette ſaiſine ; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, pag. 225 ; le Brun, même traité, pag. 98, num. 11, & c'eſt ce qui ſe pratique comme ſuite du texte : auſſi tel bien eſt-il diſponible, comme on le verra ſous le titre des teſtamens, n'y ayant plus perſonne en ce cas qui puiſſe en faire valoir l'indiſponibilité qui n'eſt que relative & non abſolue.

XII. Pour que cette dévolution ait lieu en faveur de l'héritier plus prochain d'un certain propre par la renonciation des héritiers qui étoient appellés à icelui, comme lignagers, il ne ſuffit pas que les parens ſaiſis d'abord du propre, ayent renoncé, il faut encore que tous ceux de la ligne du propre, ayent auſſi renoncé à la ſucceſſion, c'eſt-à-dire, tous ceux de la ligne qui ſont ſucceſſivement ſaiſis après ceux qui l'ont été lors de l'ouverture de la ſucceſſion ; tous ceux-là étant appellés par la coutume, à l'excluſion du plus prochain, qui n'a de droit ſur ce, qu'à leur défaut : il faut donc pour l'en ſaiſir la renonciation de tous, ſans elle, c'eſt la ligne qu'il faut ſuivre.

Cela réſulte des articles 329 & 330 : voyez l'édit ſucceſſoire & la note ſur Dupleſſis, pag. 220, & la propoſition qui ſuit qui contient les moyens qui fondent celle-ci, qui n'eſt obſervée qu'avec la limitation qu'elle contient.

XIII. Cela eſt fondé ſur ce qui a été dit ci-deſſus ; c'eſt que toute ſucceſſion ſe diviſe en autant de patrimoines, qu'il y a dans icelle de propres de différentes lignes ; que les propres de chaque ligne forment une eſpece d'hérédité différente, dont ceux de la ligne ſont ſaiſis, & que la renonciation du plus prochain, fait dévolution au parent de la ligne qui le ſuit : ainſi il faut que cette ligne ſoit épuiſée, pour que le droit ſucceſſif puiſſe s'ouvrir en faveur d'un autre, c'eſt-à-dire, du plus prochain, dans la perſonne duquel tel héritage eſt propre du côté du défunt, comme le ſeroit un acquêt qui deviendroit propre dans la perſonne de ſon héritier.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet ; mais le propre de la ligne manquante, recueilli par le plus prochain, eſt-il propre dans ſa perſonne ? Il doit l'être, puiſqu'un acquêt le ſeroit : je le penſe ainſi, & je ne vois ſur cela aucune raiſon de différence ; c'eſt toujours ſucceſſion légitime, c'eſt le ſentiment de l'auteur du traité des propres, pag. 13, num. 11 ; le Maître, tit. 15, pag. 413, eſt de ſentiment contraire : je ne peux goûter cette derniere opinion, pour le ſoutien de laquelle je ne vois aucune baſe dans la coutume : car tout bien immeuble qui vient de ſucceſſion eſt propre, autrement il ne faudroit plus admettre de propre naiſſant, ce qui ſeroit couper la racine à tous indiſtinctement, puiſque d'abord il faut qu'ils ſoient tels avant d'être propres anciens.

CHAPITRE QUATRIEME.

COMMENT LES COLLATÉRAUX SUCCÈDENT.

SECTION PREMIERE.

DU DOUBLE LIEN; S'IL A LIEU ENTR'EUX, ET DE LA SUPPUTATION DES DEGRÉS.

[Art. 340 & 341 de la coutume.]

I. EN examinant comment les collatéraux ſuccédent, il faut d'abord obſerver que le double lien ne produit entr'eux aucune préférence; d'où il s'enſuit que ſi celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, a laiſſé un frere germain, & un autre frere conſanguin ou uterin, ces deux freres concourent enſemble & ſuccédent également, ſans que le premier ait aucune préférence ſur l'autre, par rapport aux meubles & acquêts; le contraire ſeroit cependant plus exact & plus conforme au droit naturel, mais telle eſt la diſpoſition de notre coutume: diſpoſition qu'il faut reſpecter.

C'eſt la diſpoſition textuelle de la coutume; celle de Montargis, art. 12, tit. 15, eſt contraire: ſur le double lien que la novelle 118, ch. 3, admettoit, voyez Brodeau, ſur Louet, let. S, num. 17; Henrys, tom. 1, liv. 6, ch. 1, queſt. 1; Lapeyrere, let. S, déciſion 216 & 218; les excellentes remarques de Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 140 & ſuivantes; Dupleſſis, pag. 220; le Brun, des ſucceſſions, pag. 86: ſur quoi on obſervera que Dumoulin eſtimoit que par rapport aux meubles & acquêts, le double lien devoit être reçu par toute la France: il dit ſur l'art. 12 du ch. 15 de la coutume de Montargis, qui l'admet, *Hæc conſuetudo juſtior eſt Pariſienſi*; au châtelet, le double lien n'eſt d'aucune conſidération, & l'admettre ce ſeroit non interpréter la coutume, mais s'ériger en réformateur de ſa diſpoſition; ainſi le ſentiment de Dumoulin n'y eſt pas ſuivi, quoique fondé ſur d'aſſez bonnes raiſons, mais il faut le rejetter, tant qu'il ne ſera pas authentiquement autoriſé.

☞ Le double lien étoit inconnu dans l'ancien droit, ſuivant lequel le droit de ſuccéder en collatérale ſe régloit par la ſeule proximité; mais l'empereur Juſtinien a changé cet ordre par la novelle 118, ch. 3, *in princip.* par laquelle il a voulu que celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, n'ayant laiſſé aucuns deſcendans ni aſcendans, ſes freres joints des deux côtés, c'eſt-à-dire de pere & de mere, lui ſuccédent: quelques coutumes ont reçu ce double lien, & entre celles qui l'admettent, il y en a qui limitent le privilége entre freres & ſœurs, comme celle de Poitou & de S. Quentin; d'autres le donnent aux freres & ſœurs & aux neveux, par repréſentation, comme celle de Tours, & d'autres enfin le donnent aux oncles & aux tantes, aux neveux & aux niéces, comme Dreux & Orléans; mais la coutume de Paris le rejette entiérement.

II. Il en eſt de même dans le ſecond degré, c'eſt-à-dire, entre les neveux iſſus de deux freres, l'un germain & l'autre conſanguin ou utérin, nulle préférence ſur ce entr'eux; de-là il s'enſuit que s'il y a deux neveux, l'un iſſu d'un frere germain, l'autre iſſu d'un frere conſanguin ou utérin, ces deux neveux ſont également ſaiſis de la ſucceſſion de leur oncle; s'ils viennent de leur chef, & s'ils viennent à la ſucceſſion par le bénéfice de la repréſentation, le dernier a les mêmes droits que le neveu qui repréſenteroit un frere germain; c'eſt ce qui réſulte de la diſpoſition générale de notre coutume, & qui étant telle, milite, tant pour le ſecond degré que pour le premier.

C'eſt ce que dit l'art. 341; voyez l'arrêt du 10 février 1706, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, pag. 495; Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, queſt. 56, donne une préférence au double lien, & tom. 2, liv. 6. queſt. 13; mais cette préférence doit être limitée en pays de droit écrit, où le double lien a lieu, ſuivant l'arrêt du 10 décembre 1688, rapporté dans la cinquieme partie du journal des audiences, liv. 4, ch. 26, pag. 238: cela ne peut s'appliquer à nos uſages qui ſont contraires, la coutume ne donnant aucun effet au double lien; ainſi ſa diſpoſition milite dans ce cas-ci, comme dans le précédent.

III. Venons à la ſupputation des degrés dans cette ligne. Les degrés de parenté entre collatéraux, ſe comptent relativement à celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, ce qui a lieu non-ſeulement par rapport aux meubles, mais encore par rapport aux propres, hors le cas du deſcendu de l'acquéreur, auquel cas il faut le conſidérer & partir de lui; mais quoiqu'à leur égard il faille conſidérer la perſonne du premier acquéreur; ſi par rapport aux propres on excepte, comme on vient de le dire, le deſcendu de l'acquéreur, c'eſt pour la premiere fois ſeulement que le propre paſſe en collatérale: c'eſt exception, mais hors cette exception le degré doit ſe compter relativement au défunt; c'eſt le vrai guide, puiſqu'il s'agit de la ſaiſine de ſa ſucceſſion.

Voyez ſur cette ſupputation de degré le traité

des ſucceſſions de le Brun, liv. 1, ch. 6, ſect. 1, pag. 85, & tel eſt ſur cela le droit commun.

IV. Paſſons aux opérations de cette ſupputation, pour fixer les degrés de parenté. Il faut remonter juſqu'à la tige commune au défunt, & à celui qui ſe dit héritier: premiere opération; il faut enſuite après avoir remonté de la perſonne de l'héritier juſqu'à la tige commune, deſcendre de cette tige juſqu'à la perſonne de celui de la ſucceſſion duquel il s'agit: ſeconde opération qui conduit à la ſupputation du degré; après cela il faut ſupputer combien il ſe trouve de perſonnes engendrées, le nombre de ces perſonnes qui ſe trouve dans cette double ſupputation, l'une qui ſe fait, comme on l'a vu, en remontant juſqu'à la tige, & l'autre en deſcendant juſqu'au défunt; ce nombre de perſonnes eſt celui du degré de parenté qu'il y a entre l'héritier & le défunt; & c'eſt ſur une telle ſtipulation de degrés que la proximité décide.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 85, num. 2; Dupleſſis, même traité, liv. 2, ch. 1, pag. 219, & tel eſt le droit commun; c'eſt la ſupputation civile qui eſt adoptée pour les ſucceſſions, non la canonique; mais nous ſuivons cette derniere pour les mariages, elle eſt moins exacte que l'autre; il vaut donc mieux ſuivre la premiere par rapport aux ſucceſſions, cela eſt atteſté par le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 85, num. 5.

☞ Sur la premiere partie de la propoſition, il y a un arrêt rendu ſur les concluſions de M. Joly de Fleury, avocat général, le 31 août 1745, qui a jugé en conformité; c'eſt-à-dire, qu'il ne faut chercher que le chef de celui de la ſucceſſion dont il s'agit, avec chacun des contendans en particulier, ſans remonter plus haut.

V. A tel degré que ce ſoit, pourvu que les traces du ſang ſe reconnoiſſent, on eſt capable de ſuccéder & on exclut le fiſc, qui n'a droit qu'au défaut de tout héritier légitime; cette régle dictée par l'équité a encore ſa racine dans la diſpoſition générale de la loi.

Dumoulin, ſur l'art. 328 de la coutume de Bourbonnois, & ſur le 32 de la coutume de Tours, dit qu'il ſuffit d'être *in quaſi poſſeſſione parentelæ*; voyez Louet, let. F, num. 21. Arrêt du 4 mai 1629, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, ch. 47; Lapeyrere, let. S, déciſion 214, pag. 465; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 431; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 506. Tel eſt le droit commun du royaume; mais il en eſt autrement dans la coutume de Normandie, diſpoſition où la ſageſſe de cette coutume eſt un peu obſcurcie, cela me paroît ainſi; le droit commun qu'on vient d'expoſer étant infiniment plus juſte que la diſpoſition particuliére de cette coutume, qui en cette partie eſt plus fiſcale que judicieuſe, plus favorable au ſeigneur de fief qu'au ſang même; ce qu'on ne peut admettre.

SECTION II.

De la repréſentation en ligne collatérale.

DISTINCTION PREMIERE.

En faveur de qui elle a lieu dans cette ligne.

§. I.

Qu'elle n'a lieu que dans le ſecond degré; que l'oncle exclut le couſin, & les neveux les arriere-neveux.

(Art. 320, 328 & 338 de la coutume.)

VI. Dans la ligne collatérale la repréſentation n'a lieu que dans le ſecond degré; degré qui eſt formé par les neveux & niéces, qui par ſon bénéfice remontent au degré de leur pere ou mere, frere ou ſœur du défunt; telle eſt dans cette ligne la limite de la repréſentation: il eſt vrai que dans la coutume il n'y a point de diſpoſition préciſe qui y limite l'effet de la repréſentation dans le ſecond degré; mais ne l'admettant que pour un cas, elle le rejette tacitement pour les autres, ce qu'elle fait même expreſſément par l'exemple qu'elle donne de l'oncle & du couſin que le premier exclut: exemple dont il naît une diſpoſition expreſſe, & c'eſt droit commun dans le royaume.

La novelle 118, corrigeant la rigueur de l'ancien-droit qui excluoit toute repréſentation en collatérale, l'a admis en faveur des neveux; c'eſt ſur ce principe que la coutume a été formée; ſur cette repréſentation, voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 5, ſect. 3, pag. 442: les coutumes contraires ſont exorbitantes du droit commun; il y en a même qui ont porté leur rigueur, & même leur eſpéce de barbarie, juſqu'à rejetter l'effet de la repréſentation en ligne directe aſcendante; ce qui a beſoin de réformation.

VII. De-là il s'enſuit, qu'il n'y a que les neveux & niéces du défunt qui par le bénéfice de la repréſentation concourent avec leurs oncles & tantes, freres & ſœurs du défunt, & tous enſemble les neveux & niéces conſidérés collectivement, n'ont que la part que leur pere auroit eu; d'où il s'enſuit par une ſeconde conſéquence, que la repréſentation n'a lieu en faveur des arriere-neveux; ainſi ils ſont exclus de la ſucceſſion, non-ſeulement par les freres & ſœurs, mais encore par le neveu.

Jugé par un ancien arrêt de 1457, rapporté par Papon, liv. 21, tit. 1, num. 11; voyez Dupleſſis, pag. 217; le Brun, des ſucceſſions, pag. 94, num. 3, & cela eſt du droit commun; Loyſel, des ſucceſſions, régl. 8.

VIII. Hors ce ſeul cas dans lequel la repréſentation eſt admiſe en collatérale, le collatéral plus proche parent du défunt, exclut

le plus éloigné, puiſque hors le ſecond degré la repréſentation n'y eſt pas admiſe : hors ce cas, le plus prochain exclut donc le plus éloigné dans cette ligne ; ce qui ſe manifeſte par l'exemple que la coutume employe pour l'explication de ſon principe, & qui forme la propoſition qui ſuit, & qu'on a déja annoncé par la premiere propoſition.

Voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 15. *Nulli enim perſonæ ex hoc ordine venienti, hoc jus largimur.* Novelle 118, ch. 3 : cependant en collatérale nous ne donnons pas à la repréſentation tout l'effet de cette novelle ; Ricard, de la repréſentation, ch. 2, num. 25, pag. 540. On verra par les propoſitions ſuivantes, ce qui réſulte de cette propoſition & de la précédente.

IX. Par l'inadmiſſion de la repréſentation au-delà du ſecond degré, l'oncle du défunt exclut le couſin du défunt ; il n'y a pas égalité de degré entr'eux, & ce dernier ne peut s'y placer par l'effet de la repréſentation qui n'a pas lieu en ſa faveur, ce qui réſulte de ce que deſſus ; l'oncle ayant la proximité du degré, & la coutume n'admettant pas l'autre à repréſenter ſon pere qui étoit pareillement oncle du défunt, l'un eſt au troiſieme degré, l'autre eſt au quatrieme : différence du degré qui fonde l'excluſion.

Dupleſſis, à la page 217 qu'on vient de citer, c'eſt la premiere conſéquence qui réſulte de ce que deſſus ; c'eſt ce que dit l'art. 338 ; voyez le Maître, tit. 15, pag. 530. En effet, double raiſon de ce, l'oncle eſt plus prochain, & l'autre ne peut repréſenter ſon pere qui étoit pareillement oncle du défunt, puiſque dans la ligne collatérale la repréſentation n'a lieu que dans un ſeul & premier degré, qui eſt le ſecond degré de cette ligne, & qu'elle ne milite qu'en faveur des neveux qui peuvent repréſenter un frere qui eſt le premier degré de la collatérale, & par ce moyen concourir avec un autre frere du défunt ; novelle 118, ch. 3, adoptée ſur ce par la coutume : mais il n'en eſt pas de même dans les coutumes qui admettent en collatérale, la repréſentation juſqu'à l'infini ; mais dans ces coutumes même il faut que les auteurs de chaque héritier euſſent pu concourir par l'égalité, ſans remonter à des lignes antérieures, ſans cela on tomberoit dans un abîme dont il ne ſeroit pas poſſible de ſe tirer.

X. De-là il s'enſuit encore que les arriere-neveux ne peuvent concourir avec des neveux ; les derniers ont la proximité, & les premiers n'ont pas le bénéfice de la repréſentation : autre conſéquence qu'on a déja annoncé, & qui naît du même principe.

Dupleſſis, à la même page ; le ch. 3 de la novelle déjà cité, & c'eſt droit commun ; mais les arriere-neveux concourroient, s'il y avoit droit de repréſentation juſqu'à l'infini, laquelle repréſentation ceſſe dès que la ligne fourche, & ne milite qu'entre ceux qui repréſentent celui qui a anciennement eu l'héritage ; c'étoit ſon lot qui doit paſſer à ſa deſcendance, avant que les deſcendans de ſes collatéraux y puiſſent prétendre ; voyez Guyné, de la repréſentation.

XI. Cependant les arriere-neveux ſuccéderoient s'ils étoient rappellés ou plutôt appellés à ſuccéder, par celui de la ſucceſſion duquel il s'agit ; mais non-ſeulement la coutume, mais même le droit commun ne les y appelle pas, ce qu'on va expliquer ; mais c'eſt legs plus que vraie ſucceſſion légitime : ce qui jette dans des détails qui demandent un examen particulier, & dans lequel on va entrer.

Voyez le paragraphe qui ſuit ; c'eſt exception à ce que deſſus.

§. II.

Du rappel des arriere-neveux.

XII. Le rappel des arriere-neveux, produit tout ſon effet en leur faveur, s'il eſt fait par une donation entre-vifs, en ce cas, il les replace au lieu d'un neveu ou d'une niéce, leur pere ou mere ; il n'en ſeroit pas de même, s'il étoit fait par teſtament ; en ce cas, il ſeroit non-ſeulement ſujet aux réſerves coutumieres en certains cas, mais encore il ſeroit ſujet à révocation comme toute diſpoſition teſtamentaire, & à cauſe de mort y eſt ſujette ; mais ſi le rappel eſt fait par donation entre-vifs, il n'eſt ſujet ni aux réſerves coutumieres, ni à la révocation ; cependant quelques-uns ont prétendu qu'il étoit ſujet à révocation, s'il n'étoit pas fait par contrat de mariage : il me paroît qu'ils ne ſe ſont pas ſuffiſamment expliqués, car ce n'eſt pas que tel rappel fait en cette forme, ſoit révocable comme un teſtament ; mais telle donation manquante par le défaut de tradition, ne peut valider que par la faveur du contrat de mariage, qui eſt par rapport aux donations qu'il contient affranchi de la néceſſité de la tradition, & ſuſceptible d'une inſtitution contractuelle d'héritier : voilà la véritable explication de la diſtinction.

Arrêt du 6 mars 1660, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 2, ch. 13. Ce même arrêt eſt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 9 ; Dupleſſis, pag. 217 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 571, num. 20, eſtime qu'en cas de donation, le rappel ne vaut que par forme de legs, ſur quoi il faut diſtinguer ſi le défaut de tradition n'opere rien, en ce cas c'eſt comme donation qu'il doit valoir ; or, tel défaut ne peut rien opérer, ſi tel rappel eſt fait par contrat de mariage ; les donations contenues dans cet acte favorable étant affranchies de la néceſſité de la tradition, comme on le verra ci-après dans ſon ordre : en ce cas l'opinion de le Brun n'eſt donc pas bonne ; cela eſt fondé ſur ce que les réſerves coutumieres n'ont lieu par rapport à une donation entre-vifs, mais ſeulement à l'égard des teſtamens ; il doit donc opérer pour le tout, ſi la diſpoſition, ſi le rappel peut valider

comme donation entre-vifs & ſans tradition, ce qui ne peut être que par contrat de mariage; c'eſt inſtitution d'héritier : voyez le traité des propres, ch. 2, ſect. 8; c'eſt le ſeul cas auquel le rappel puiſſe valoir par donation entre-vifs, puiſque l'ordonnance de 1731 rejette toute donation qui ne contient pas tradition, & c'eſt ce qu'obſerve l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 508. Toutes ces autorités, dans le juſte ſens qu'on les doit prendre, confirment la propoſition dans ſes deux parties, & les ſuivantes les confirment pareillement.

☞ Le rappel par contrat de mariage eſt ſans difficulté le plus efficace, par la raiſon que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes ſortes de conventions; qu'ils donnent & établiſſent la loi dans les familles, ſoit pour les enfans qui naîtront du mariage, ſoit pour les parens; & c'eſt ſur ce principe que par arrêt du 18 février 1641, remarqué par Bordeau let. R, num. 16, une donation faite par une tante en faveur d'un neveu, au préjudice du rappel & inſtitution de ſes petits neveux par contrat de mariage, a été déclarée nulle.

XIII. Suivons la diſtinction. Le rappel fait par teſtament, eſt ſujet aux réſerves en certains cas, non en d'autres, ce qu'on expliquera; mais abſtraction faite de ces réſerves, il eſt toujours révocable, lorſqu'il eſt contenu dans un tel acte, c'eſt-à-dire, par un teſtament; acte qui eſt toujours révocable de ſa nature: révocabilité à laquelle il eſt bon de s'arrêter avant de voir ſon effet, puiſqu'il n'a de baſe que la volonté du rappellant, qui peut rappeller celui d'une branche qu'il juge à propos, qui prend ſa part intégrale ſans la partager avec ſes freres & ſœurs, mais comme legs, & non comme ſucceſſion légitime.

Il eſt révocable *ad nutum*, comme tout legs, dit Dupleſſis, pag. 217; Robert, liv. 3, ch. 16, & tout acte eſt ſuffiſant pour le révoquer, pourvu qu'il faſſe foi, ce qui s'entend même du rappel, quoique fait *intrà terminos juris*, dès qu'il eſt fait par teſtament, qui eſt toujours révocable; voyez Soëfve, tom. 2, cent. 3, pag. 93: mais lorſque le rappel eſt fait *intrà terminos juris*, il n'eſt pas ſujet aux réſerves coutumieres; c'eſt ce qui forme la propoſition ſuivante; mais il y eſt ſujet, lorſqu'il eſt fait *extrà terminos juris*; ainſi à Paris le rappel des petits-neveux par teſtament ne peut valoir que comme un legs; voyez ſur cela Brodeau ſur Louet, let. R, num. 9; Soëfve, tom. 2, cent 3, ch. 40; le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 1, ſect. 3, pag. 566; Ricard, traité de la repréſentation, ch. 6, & la propoſition qui ſuit, qui développe encore celle-ci : la différence entre l'un & l'autre cas eſt ſenſible; dans le premier cas, le rappel eſt favorable, comme étant fait conformément au droit commun : il n'en eſt pas de même dans le ſecond cas, ce qui le rend ſujet aux réſerves coutumieres.

XIV. Dans les coutumes dans leſquelles la repréſentation n'a pas lieu en faveur des neveux, leur rappel les ſaiſit de la portion héréditaire qu'ils auroient eu ſi la repréſentation eût eu lieu, & ce ſans retranchement ſur les propres, encore que le rappel fût fait par teſtament; tel rappel étant favorable comme conforme au droit commun, & c'eſt par cette faveur qu'il mérite comme tel, qu'il produit cet effet; voilà l'explication de la faveur annoncée, ſauf la limitation qu'on explique par les notes ſur l'excluſion des femelles par les mâles relativement aux fiefs; c'eſt correction d'une diſpoſition contraire au droit commun, c'eſt eſpece de ſucceſſion légitime.

Jugé par l'arrêt rapporté par Bouguier, let. S, num. 13; voyez Bordeau, à l'endroit qu'on vient de citer : cependant dans ce même cas le mâle rappellé n'exclut pas ſa tante des fiefs : arrêt du 12 février 1635, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 4; c'eſt la volonté de l'homme qui les appelle également l'un & l'autre, & non une loi municipale, portant excluſion de la femelle en faveur du mâle; c'eſt juſte exception à ce que deſſus.

XV. Cela eſt fondé, c'eſt-à-dire, que cet affranchiſſement des réſerves coutumieres dans le cas d'un tel rappel, eſt fondé ſur ce que les coutumes qui n'admettent par la repréſentation en ce cas, ſont peu favorables, comme exorbitantes du droit commun qui l'admet; il eſt donc juſte en ce cas, de donner à la diſpoſition de l'homme, toute ſon étendue, auſſi forme-t-elle des propres.

Dans ce cas, les biens dont l'héritier ou parent rappellé profite, ſont propres dans ſa perſonne; voyez l'arrêt rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, pag. 257; & le Brun, des ſucceſſions, pag. 570, num. 15; & ſuivans; ce qui confirme la propoſition : il n'en eſt pas de même lorſque le rappel eſt fait *extrà terminos juris*; c'eſt en ce cas legs ſujet aux réſerves qui ne forme qu'un acquêt.

XVI. Lorſque le rappel dans les termes de droit étoit fait par acte entre-vifs, il n'étoit pas ci-devant néceſſaire qu'il fût accepté par le rappellé, c'étoit retour au droit commun, pour lequel la ſeule intention du rappellant ſuffiſoit, pourvu qu'il y eût acte qui fit foi de cette intention; il n'en eſt pas de même à préſent, comme on le va voir par les notes; c'eſt vraie donation qui ne peut valoir ſans tradition, ſans acceptation, à moins qu'elle ne ſoit faite par contrat de mariage.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 567, num. 5, & tel rappel n'eſt ſujet à inſinuation: Ricard, des donations, part. 1, ch. 4, ſect. 3, gl. 1, num. 1150, pag. 256; mais à préſent il faut que l'acte ſoit revêtu des formalités contenues dans l'ordonnance de 1731, & entr'autres qu'il contienne tradition, ce qui paroît impraticable par rapport à un tel rappel, qui eſt une véritable inſtitution d'héritier; ainſi ce rappel par donation aux termes de cette ordonnance, ne peut valoir que lorſqu'il eſt fait par contrat de mariage, auquel cas je le crois valable

ſans acceptation & ſans inſinuation : c'eſt la faveur de cet acte.

☞ Il faut encore obſerver ſur toutes les propoſitions de ce paragraphe, que le rappel étant fait par contrat de mariage, on n'examine plus s'il eſt fait *intrà* ou *extrà terminos patrii*, à cauſe de la faveur attachée à ces ſortes de contrats : voyez l'arrêt du 6 mars 1602, cité ſur la premiere propoſition de ce même paragraphe : il eſt auſſi rapporté au journal des audiences, tom. 2, liv. 3, ch. 9.

§. III.

Quand les oncles concourent avec les neveux, & quand ceux-ci les excluent par le droit de la repréſentation.

(Art. 339 & 320 de la coutume.)

XVII. Quand le défunt n'a laiſſé ni freres ni ſœurs, mais des oncles & tantes & des neveux, les oncles & tantes & les neveux concourent enſemble & ſuccédent également & de leur chef ; l'égalité de degré fonde leur concours & l'égalité de leur droit : en effet, ils ſont tous également au troiſieme degré, ils doivent donc concourir enſemble.

Par l'authentique *poſt fratres de legit. hæred.* le neveu exclut l'oncle : préférence qui me paroit difficile à fonder. En effet, qu'on calcule les degrés, ils ſont en égalité ; voyez Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 220, au commencement ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 97, num. 4 ; le Maître, pag. 530 ; en effet, les neveux & nieces en ce cas ne peuvent faire valoir le bénéfice de la repréſentation, parce qu'ils viennent de leur chef, & que c'eſt comme concourans par le degré que la coutume les a faits avec les oncles & tantes : cependant Auzanet, ſur l'art. 339 de la coutume, paroît deſirer la réformation de cet article, & ſouhaiter qu'on donne la préférence aux neveux ſur les oncles, parce que l'affection deſcend plutôt qu'elle ne remonte : c'eſt une foible raiſon contre les régles de la ſupputation ci-deſſus expliquée ; cependant par l'authentique *poſt fratres de legit. hæred.* le neveu exclut l'oncle ; mais c'eſt une queſtion de ſavoir ſi Irnérius a bien rendu la novelle 118, par cette authentique, ſur laquelle voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 444, num. 6 : quoi qu'il en ſoit, la concurrence des oncles & des neveux ne peut faire parmi nous la matiere d'une queſtion, puiſque la coutume littéralement ordonne cette concurrence juſte par la ſupputation. Il eſt étrange qu'un commentateur, au lieu d'éclaircir cette loi, s'en ſoit écarté ; mais ce n'eſt pas la ſeule choſe où cet auteur accrédité de ſon tems, ſe ſoit fortement mépris.

XVIII. Mais ſi le défunt avoit laiſſé un frere ou une ſœur & des neveux, en ce cas, quoique les neveux ſuccédent, les oncles ne ſuccédent pas avec eux ; parce qu'en ce cas, les neveux ſont rapprochés d'un degré par le bénéfice de la repréſentation, & qu'ils profitent par-là de l'excluſion que le frere ou la ſœur du défunt, donnent aux oncles & tantes du défunt, avec leſquels ils concourent par l'effet de la repréſentation, que la coutume n'admet qu'en faveur, leur qui les rapproche d'un degré auquel les oncles ne peuvent ſe rapprocher ; ce qui auroit lieu dans le cas même que le frere renonceroit à la ſucceſſion, parce que c'eſt le moment de ſon ouverture qui détermine la ſaiſine ; c'eſt droit acquis.

Cela auroit lieu, dit Dupleſſis, pag. 220, encore que le frere renonce ; ce qui ſe verra plus amplement par la ſuite, mais qui confirme toujours la propoſition, qui trouve un plus ſolide fondement dans l'art. 320 de la coutume.

DISTINCTION II.

Comment les biens ſe partagent entre collatéraux, lorſque nul d'entr'eux ne vient par repréſentation.

(Art. 340, & 321 de la coutume.)

XIX. Dans le cas que les héritiers collatéraux viennent tous de leur chef à la ſucceſſion, & nul d'entr'eux par repréſentation à icelle, les biens ſe partagent par têtes entr'eux, & par portion égale, l'égalité de leur droit fonde ce partage égal ; de-là il s'enſuit que lorſque le défunt n'a laiſſé pour héritiers que des neveux, dont pluſieurs iſſus d'un frere, un autre neveu iſſu d'un autre frere, chacun de ces différens neveux a portion égale dans la ſucceſſion de leur oncle, puiſque chacun d'eux vient à icelle de ſon chef, & par un droit qui lui eſt perſonnel ; ainſi dans cette ligne on partage par têtes, deux cas exceptés, dans leſquels on partage par ſouches ; le premier, celui du concours des neveux avec les freres, le ſecond, celui du rappel ; hors ces deux cas, on y partage toujours par têtes les meubles & les acquêts.

Cela réſulte de l'art. 320 de la coutume ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 220 ; voyez Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, queſt. 54 ; Lapeyrere, let. S, déciſion 215, pag. 465 ; Ricard, de la repréſentation, ch. 7, num. 52, pag. 553, atteſte que ce partage ne ſouffre plus en France la moindre difficulté ; en effet, c'eſt droit commun, puiſque venans ors de leur chef, & nul d'entr'eux ne venant à la ſucceſſion par repréſentation, le partage par ſouches ne peut avoir lieu, puiſqu'il n'eſt qu'une ſuite de la repréſentation : ce partage ne pouvant avoir lieu, il faut donc néceſſairement venir à un partage par têtes, puiſque la loi les appelle tous également : Accurſe en ce cas avoit penſé qu'ils devoient ſuccéder par ſouches, c'étoit s'éloigner des vrais principes de l'ordre de ſuccéder ; Azon, au contraire, qu'ils devoient ſuccéder par têtes : derniere opinion que le parlement a adopté par ſon arrêt de réglement du 13 décembre 1526, il eſt rapporté par Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 312 ; du Luc eſt le plus ancien de nos auteurs qui ait fait mention de cet arrêt, c'eſt au liv. 8, tit. 10, arrêt 6 ; il eſt encore rapporté dans la huitieme partie du journal du palais, pag. 118 ; voyez Ricard, en ſon traité de la repréſentation, ch. 7, num. 51, pag. 521, & cela ne fait plus la matiere d'un doute, ſauf la limitation qui ſuit ; ſur la ſeconde partie de la propoſition

ſition, voyez le paragraphe premier de la préſente ſection & la diſtinction qui ſuit.

XX. Ce partage par têtes à faire entr'eux, ne comprend que les meubles & acquêts & non les propres que la loi donne à ceux de la ligne, indépendamment de la proximité: ainſi par rapport à ces biens, ce n'eſt plus le degré, mais la ligne qui eſt à conſidérer; diſtinction qu'on a vu ci-deſſus & qu'il eſt bon de reprendre ici.

Sur ce partage par têtes, dans le cas de l'égalité du degré, voyez le Maître, tit. 15, pag. 509, cette propoſition & les deux précédentes ont été formées ſur l'uſage; ſur la ſeconde partie de celle-ci, voyez le ch. 3 ci-deſſus.

DISTINCTION III.

Comment les biens ſe partagent entre collatéraux, lorſque quelqu'un d'entr'eux vient par repréſentation.

(Art. 320 de la coutume.)

XXI. Lorſque la repréſentation opére entre collatéraux, les biens ſe partagent entr'eux par ſouches, & non par têtes: derniere maniere de partager qui n'a lieu, comme on l'a vu dans la diſtinction précédente, que par l'égalité du degré que la repréſentation donne concurremment à pluſieurs, en les plaçant tous collectivement au degré d'un ſeul; auquel cas, pour maintenir l'égalité dans les branches, il faut partager par ſouches: de-là il s'enſuit qu'en ce cas, il faut partager les meubles & acquêts, en autant de part qu'il y a de branches, ſauf enſuite la ſubdiviſion entr'elles; diviſion que le concours dans une même branche, rend inévitable.

Dupleſſis, pag. 220; voyez ſur l'effet de ce partage les propoſitions ſuivantes, elles l'expliquent, & telle eſt la diſpoſition de l'art. 320 de la coutume; de-là il s'enſuit que dans le cas où la repréſentation a effet, les meubles & acquêts du défunt ſe diviſent en autant de parts qu'il y a de branches ſubſiſtantes; ce ſont elles qui ſont à conſidérer & non le nombre des têtes ou perſonnes ſuccédantes; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 506: ce qui ſe développe encore par les deux propoſitions ſuivantes.

XXII. Paſſons aux autres conſéquences. De-là il s'enſuit encore que les neveux & niéces deſcendus d'un frere ou d'une ſœur, n'ont tous enſemble qu'autant que le frere du défunt auroit eu, s'il avoit ſurvécu celui de la ſucceſſion duquel on fait partage; c'eſt-à-dire, la portion que leur pere auroit eu & recueilli lui-même dans la ſucceſſion; c'eſt l'effet légitime de la repréſentation, & on ne pourroit, à cauſe de leur nombre, leur donner une portion plus conſidérable ſans dépouiller injuſtement les autres.

Henrys, tom. 1, liv. 5, queſt. 54; le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 6, ſect. 4, num. 5 & 6, & c'eſt ſuite de l'art. 320.

XXIII. De même ſi le défunt a laiſſé un frere, quatre neveux iſſus d'un autre frere, & un neveu iſſu d'une ſœur, ce dernier a autant que les quatre autres neveux; il a ſon tiers, chaque branche ayant autant l'une que l'autre: c'eſt l'effet de ce partage par ſouches, que l'admiſſion du bénéfice de la repréſentation en ce cas rend inévitable; c'eſt le juſte effet de ce bénéfice qui a ſa racine dans l'ordre naturel.

Lapeyrere, let. S, déciſion 215, pag. 465, & les auteurs cités ſur les propoſitions précédentes, & c'eſt une ſuite de l'art. 320 de la coutume.

DISTINCTION IV.

Si un frere par ſa renonciation peut empêcher l'effet de la repréſentation qui a lieu lors de l'ouverture de la ſucceſſion, ou faire ouverture au partage par têtes, lorſqu'il n'avoit pas lieu, au moment de l'ouverture de la ſucceſſion.

(Art. 310 de la coutume.)

XXIV. Il ne peut faire ni l'un ni l'autre, c'eſt-à-dire, qu'il ne peut ni empêcher l'effet de la repréſentation, ni empêcher le partage par ſouches, & ce par l'effet de ſa renonciation, autrement ce ſeroit le rendre maître du ſort de ceux que la loi municipale a ſaiſis conjointement & avec lui de la ſucceſſion; ce qu'on ne peut admettre, & ce que la coutume rejette comme une fraude pratiquée pour parvenir à l'extinction d'un droit acquis; c'eſt le droit acquis lors de l'ouverture, qu'il faut conſidérer.

Cela eſt ſuite de l'art. 310; voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par la let. A, pag. 220; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 507: les propoſitions ſuivantes expliquent celles-ci, qui a été formée ſur ce qui ſe pratique au châtelet: uſage ſi régulier, ſi légitime, qu'il peut former un droit commun.

XXV. De-là il s'enſuit que ſi le défunt a laiſſé un frere & quatre neveux, trois d'une branche, un quatrieme neveu d'une autre branche, & que le frere renonce, nonobſtant ſa renonciation, la ſucceſſion ſe partage toujours par ſouches & non par têtes; le moment de l'ouverture de la ſucceſſion étant toujours ce qui doit ſur ce, décider: ainſi le neveu unique a autant que les trois autres iſſus d'une autre branche, & ſans cela le premier perdroit par le fait d'un tiers un droit qui lui a été donné, & dont la coutume l'a ſaiſi; c'eſt-à-dire, qu'il prendroit trois huitiemes de la ſucceſſion.

Cela réſulte de l'article de la coutume & de la note qu'on vient de citer; le Brun, traité des ſucceſſions, pag. 94, eſt d'avis contraire, qu'on ne peut ſoutenir qu'en s'élevant au-deſſus de la coutume: j'ai toujours vu au châtelet rejetter cette

opinion : voyez ce qu'il dit au même traité, pag. 546, num. 67, & les trois propoſitions ſuivantes qui expliquent l'effet de celle-ci & qui la fondent.

XXVI. De-là il s'enſuit que nonobſtant une telle renonciation faite de la part d'un frere unique du défunt, de la ſucceſſion duquel il s'agiroit de faire partage, le neveu unique de ſa branche a autant que les trois neveux de l'autre branche, & ce dans l'eſpece exprimée dans la derniere propoſition; tel partage écarte la fraude & eſt conforme à l'eſprit de la loi, autrement ce ſeroit en ouvrir la voie & l'autoriſer.

Voyez Henrys, tom. 1, liv. 5, ch. 4, queſt. 53; le Brun, qu'on a cité ſur la propoſition précédente, comme contraire au partage par ſouches, eſt néanmoins de cette opinion, lorſque le frere qui a renoncé eſt légataire; c'eſt au même traité des ſucceſſions, pag. 447 & 448 : différence qui ne me paroit pas avoir le moindre fondement, puiſque dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, ſoit dans le cas de la renonciation de la part du frere unique, *nullo accepto*, ou de ſa renonciation pour profiter d'un legs à lui fait, il reſte toujours certain que le droit du partage par ſouches étoit acquis à des tiers, c'eſt-à-dire, à des neveux: droit dont ils n'ont pu être dépouillés par le fait d'un autre, d'autant plus que le legs fait au profit du frere renonçant, tombe ſur tous les héritiers, à proportion de leur droit héréditaire.

XXVII. Approfondiſſons ce principe. Triple raiſon de ce, 1°. c'eſt le moment de l'ouverture de la ſucceſſion qui fixe le droit des héritiers; 2°. c'eſt un droit dont ce neveu étant unique d'une branche a été ſaiſi: enfin la renonciation de ſon oncle ne peut opérer qu'un accroiſſement de la part du renonçant en faveur de ceux qui ont été ſaiſis avec lui, c'eſt le texte de la coutume; dire le contraire, c'eſt prétendre la réformer & non pas l'expliquer : comment donc pourroit-on adopter cette opinion de le Brun ?

Eſt à obſerver ſur cette propoſition que le Brun, qui y eſt contraire, adopte le principe qu'en toute ſucceſſion c'eſt le moment de ſon ouverture qu'il faut conſidérer : principe qui ne peut ſe concilier avec l'opinion qu'il a ici; ainſi cette opinion ſe détruit par les principes mêmes de cet auteur; c'eſt l'opinion commune fondée ſur les raiſons expliquées dans la propoſition; Ricard, dans ſon traité de la repréſentation, ch. 8, num. 55, pag. 553 & 554, eſt comme le Brun, d'avis contraire, & va même ſur ce plus loin que le Brun, & eſtime en ce cas que, quoique l'oncle ait renoncé pour profiter d'un legs, le partage entre les neveux doit ſe faire par têtes; ce qui ne me paroît pas ſoutenable, ainſi qu'aux auteurs des notes ſur Dupleſſis, parce que la coutume dit expreſſément que la part du renonçant accroît aux acceptans : la renonciation de l'un des héritiers ne peut donc opérer qu'un accroiſſement & non un changement de la ſaiſine de chacun des héritiers, qui s'eſt conſommé au moment de l'ouverture de la ſucceſſion : je m'étonne que le ſçavant, le judicieux Ricard ſe ſoit écarté de ces principes qui ſont auſſi déciſifs, que la vanité de certaines ſubtilités eſt mépriſable.

XXVIII. Le principe qu'on vient d'établir, va plus loin; il s'enſuit encore que ſi le défunt a laiſſé un frere ayant quatre enfans & un neveu iſſu d'un frere, ce frere ne peut non-ſeulement par ſa renonciation affoiblir la portion du neveu ſaiſi, quoique ſes quatre enfans ſoient au même degré que ce neveu; mais même éviter l'effet de l'accroiſſement de ſa portion, en faveur de ſon neveu qui a été ſaiſi avec lui de la ſucceſſion, s'il renonce; la renonciation dans ce cas, comme dans les précédens, ne pouvant que produire accroiſſement au profit des acceptans de la portion du renonçant, ſans rien changer à l'état de la ſucceſſion au moment de ſon ouverture; ainſi en ce cas, les enfans renonçans n'ont rien à prétendre.

C'eſt ce que dit encore la note citée ſur la premiere propoſition de cette diſtinction; c'eſt ce que dit auſſi le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 95, num. 5, où en ce cas il admet le partage par ſouches, en quoi il ne ſe concilie pas avec ce qu'il a dit au nombre précédent, & qu'on a cité ſur la ſeconde propoſition de cette diſtinction; il exclut dans le cas de cette propoſition-ci le partage par têtes, parce que la fraude eſt évidente; mais elle n'eſt pas moins apparente dans l'autre cas, quoique moins groſſiere : mais ce n'eſt pas aſſez d'admettre en ce cas le partage par ſouches, l'accroiſſement ordonné par la coutume doit auſſi produire tout ſon effet : voyez ſur l'effet de l'accroiſſement qui ſe fait en ce cas la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

XXIX. Ce n'eſt pas tout, comme on l'a annoncé, non-ſeulement par cette renonciation d'un frere unique qui a pluſieurs enfans, & un ſeul neveu d'un autre côté, la portion du neveu n'eſt pas affoiblie, mais encore en ce cas toute la ſucceſſion ne ſe partage plus en deux parts, mais appartient en totalité au neveu, la part du renonçant devant toujours accroître à celle de l'acceptant, tel eſt le véritable eſprit de la coutume; ſoutenir le contraire, c'eſt s'en écarter, c'eſt détruire ſa diſpoſition.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 95, num. 5, cité ſur la propoſition précédente, eſtime que les enfans du frere renonçant doivent avoir moitié, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas il admet le partage par ſouches, lorſqu'il admet le partage par têtes, dans le cas que le frere unique renonçant n'a pas d'enfans qui veulent entrer en ſa place; double opinion que j'ai toujours vu regarder comme détruiſant la régle écrite dans la coutume, (*que la part du renonçant accroît aux acceptans*;) régle qui écarte cette opinion qui eſt abſolument rejettée au châtelet, conformément au texte; c'eſt le ſentiment des auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 220, déja citées; ce qui manifeſte l'embarras dans lequel on eſt, lorſqu'on s'eſt une fois écarté du vrai principe, cet écart jette inévitablement dans des contradictions, & oblige ſouvent à ſe replier ſur ſoi-même.

☞ Malgré l'évidence des principes ſur leſquels notre auteur fonde ſon ſentiment, que les neveux

doivent indiſtinctement ſuccéder par ſouches au moyen de la renonciation d'un frere unique du défunt, nous croyons qu'il faut faire la diſtinction de la renonciation gratuite, d'avec celle faite *aliquo dato*. Dans le premier cas, les neveux ſuccédent par têtes, parce que celui qui renonce gratuitement ſans avoir reçu ni le prix, ni la récompenſe de ſa renonciation, eſt réputé mort, quant à la ſucceſſion du défunt; & au ſecond cas, ils ſuccédent par ſouches, parce que celui qui a reçu le prix de ſa renonciation, eſt cenſé avoir eu la portion héréditaire, & doit être par cette raiſon conſidéré comme s'il concouroit avec ſes neveux. Voyez l'arrêt du 19 juillet 1745, rapporté par Lacombe, *verb.* repréſentation, ſect. il adopte la diſtinction.

CHAPITRE CINQUIEME.

DU DROIT DES MALES EN COLLATÉRALE SUR LES FIEFS.

SECTION PREMIERE.

EN QUOI CE DROIT CONSISTE; A QUELS MALES IL APPARTIENT, ET QUAND LES FEMELLES CONCOURENT.

(Art. 25, 322, 323 & 331 de la coutume.)

I. ICI beaucoup d'obſcurité, on va tâcher de l'éclaircir : le premier principe eſt ſimple, mais ſes ſuites ne le ſont pas; voici ce premier principe. En parité de degré les mâles, par rapport aux fiefs, excluent les femelles; égalité de degré qui eſt la baſe de cette excluſion, & qui mérite explication; ainſi lorſqu'il n'y a que des freres & ſœurs qui ſuccédent; lorſqu'il n'y a que des neveux & niéces, ou des oncles & tantes, ou des couſins & des couſines; dans ces quatre cas, il eſt conſtant que les mâles excluent les femelles par rapport aux fiefs : on peut y ajouter un cinquieme cas, qui eſt celui dans lequel la ſucceſſion eſt déférée à des oncles & tantes, & à des neveux & à des niéces, que l'égalité de leur degré fait tout concourir enſemble : l'excluſion qu'on examine ici y a pareillement lieu, elle eſt ſimple & facile à appliquer dans tous ces premiers degrés; mais elle devient embarraſſée lorſque quelqu'un ſe rapproche, & eſt ſaiſi d'une portion de la ſucceſſion par l'effet de la repréſentation : fixons-nous d'abord à ce premier principe, en égalité le mâle exclut la femelle.

Cette excluſion n'auroit lieu ſi le mâle ne venoit que par l'effet du rappel, comme on l'a déja vu ci-deſſus, en examinant l'effet du rappel à ſucceſſion, & ce ſuivant l'arrêt du 12 février 1635, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, qui le juge dans le cas que la femelle avoit la priorité du degré, ce qui ſelon moi, paroît devoir être ſuivi en égalité de degré, le rappel ne formant qu'une diſpoſition de l'homme, & non une ſaiſine légale; diſpoſition de l'homme à laquelle on ne peut ajouter une excluſion qu'elle ne contient pas.

II. Voici ſur ce un ſecond principe qui eſt encore ſimple. Ce droit d'excluſion eſt attaché à la maſculinité perſonnelle, & non à la maſculinité d'origine, ou de la branche de laquelle on deſcend, ce qui s'entend toujours en égalité de degré, & par conſéquent cette excluſion n'eſt ſans difficulté que lorſque chacun des héritiers vient à la ſucceſſion de ſon chef & non par repréſentation : car dans le cas de la repréſentation il en peut être autrement, ce qu'on examinera par la ſuite; mais il eſt à propos de s'attacher à ce ſecond principe qui eſt ſûr; ainſi deux principes conſtans ſur cette excluſion, 1°. Par l'égalité du degré le mâle exclut la femelle; 2°. Ce privilége, cette préférence des mâles eſt attaché à la maſculinité perſonnelle, abſtraction faite de celle d'origine, ce qu'on développe par la propoſition qui ſuit; ainſi dans le cas d'un neveu & d'une niéce iſſus d'une ſœur, la derniere eſt excluſe par l'autre.

Voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 161, & celui rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 4, ch. 10; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 222, au commencement, & la propoſition ſuivante qui explique celle-ci.

III. Ce droit eſt donc fondé ſur deux choſes, égalité de degré & maſculinité perſonnelle : baſes inconteſtables de cette excluſion, qui a plus ſa racine dans une eſpece de rafinement de politique, que dans la nature; & de ce que ce droit eſt attaché à la maſculinité perſonnelle, il s'enſuit que le mâle qui ne viendroit pas de ſon chef (ce qui feroit ceſſer l'égalité du degré néceſſaire) mais qui viendroit à la ſucceſſion, comme repréſentant une femelle; par exemple, un neveu iſſu d'une ſœur qui viendroit à la ſucceſſion de ſon oncle par repréſentation de ſa mere, ſœur du défunt, avec d'autres ſœurs du défunt, n'en jouiroit pas, ces dernieres auroient la ſupériorité du degré; mais que

celui qui ſeroit iſſu d'une femelle, & qui viendroit de ſon chef, en jouiroit ; par exemple, un neveu iſſu d'une ſœur du défunt, & qui n'auroit pour concurrens avec lui que des niéces iſſues d'une ſœur, ou de pluſieurs freres prédécédés, tous venans de leur chef : c'eſt ce qui ſera plus amplement expliqué dans les ſections ſuivantes, où l'on verra la différence quant à ce, de venir de ſon chef, ou de venir par repréſentation ; il ſuffit ici de marquer la propoſition générale pour annoncer en quoi conſiſte ce droit, dans lequel on ne conſidere que la maſculinité perſonnelle & l'égalité du degré.

Le Maître, tit. 15, pag. 509. Notes ſur ſon commentaire, pag. 510 ; droit différent de celui d'aîneſſe, qui n'a pas lieu en collatérale. Par l'ancien droit françois, les femmes étoient exclues de ſuccéder aux fiefs ; cette excluſion ſubſiſte encore par l'égalité du degré, mais non au-delà ; c'eſt un précieux reſte de cet ancien droit politique qu'on portoit juſques dans la ligne directe : voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 222, au commencement, & la ſection ſuivante qui développe cette excluſion, plus fondée ſur un droit politique que ſur l'équité & le droit naturel.

IV. Comme il n'y a pas droit d'aîneſſe dans cette ligne, ſuivant l'art. 331 de la coutume, ce droit des mâles d'exclure les femelles en parité de degré, & dans le cas que chacun ſuccéde de ſon chef, appartient à tous les mâles, même à ceux deſcendus d'une femme, & non à l'aîné d'entr'eux ſeulement : on dit à ceux même deſcendus d'une fille, parce qu'encore une fois lorſque tous les héritiers viennent de leur chef à la ſucceſſion, & que nul n'y vient par le bénéfice de la repréſentation, ce privilége eſt attaché à la maſculinité perſonnelle, toute abſtraction faite de l'origine ; c'eſt l'application des deux premieres propoſitions.

Cela s'entend ici dans le premier degré où le droit de l'excluſion eſt clair ; il y a plus de difficulté, lorſque quelques-uns des héritiers viennent par repréſentation ; difficulté qu'on tâchera d'éclaircir par les deux ſections qui ſuivent ; ſur la propoſition générale, voyez Dupleſſis, liv. 2, ch. 2, ſect. 2, pag. 221 ; cette propoſition générale eſt ſans difficulté, elle réſulte de l'art. 323 de la coutume.

V. De-là il s'enſuit que ſans aucune prérogative pour l'aîné, les mâles (lorſque tous les héritiers ſuccédent de leur chef) partagent entr'eux par portions égales & à l'excluſion des femelles, tous les fiefs dépendans de la ſucceſſion, ſauf la ſaiſine des fiefs propres à ceux de la ligne, où l'excluſion n'eſt que relative entr'eux ; cela eſt ſuite du même article 323, qui donne conjointement à tous les mâles, ce droit de préférence & d'excluſion.

On a établi ci-deſſus que la ſucceſſion des propres faiſoit pour ainſi dire une ſucceſſion, ou plutôt un patrimoine différent des autres biens ; mais il faut ſur ce obſerver les diſpoſitions de la coutume, ce qui a été expliqué dans ſon ordre, & qu'il eſt inutile de répéter ici.

VI. Venons au droit des femelles lorſque l'égalité manque, & que par-là elles ſuccédent aux fiefs, ayant la proximité du degré, un exemple rendra cela ſenſible : lorſque le défunt a laiſſé une ſœur & des neveux & niéces, comme il n'y a plus entr'eux égalité de degré, dans ce cas les fiefs ſe partagent comme le ſurplus de la ſucceſſion, & la ſœur n'eſt pas excluſe de ſuccéder aux fiefs par la raiſon qui forme les propoſitions qui ſuivent ; mais ſi le défunt avoit laiſſé un frere, une ſœur & des neveux d'un frere, quoique ces derniers ne puiſſent exclure leur tante, néanmoins ils profitent de l'excluſion que leur oncle lui a donné, & ils en profiteroient même dans le cas que ce dernier renonceroit ; le moment de l'ouverture décide.

Cela réſulte de l'art. 25 de la coutume : voyez l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 65 & 161 ; & c'eſt ce que diſent Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 189, num. 14 & 15 : voyez la cinquieme & la ſixieme propoſition de cette ſection ; cependant en un certain cas de repréſentation cette excluſion a lieu, ce qui fait la matiere de la ſection qui ſuit, comme méritant diſtinction ; quant à la ſeconde partie de la propoſition, quelques-uns ont penſé que la ſœur n'étoit plus excluſe, parce que c'étoit *remotum obſtaculum*, je ne goûte pas cette opinion ; c'eſt droit acquis aux neveux qu'un fait poſtérieur n'a pu leur faire perdre : voyez l'art. 310 de la coutume.

VII. Ce concours des femelles avec les mâles, mais ayant la ſupériorité du degré ſur les mâles, auroit lieu, encore que les neveux repréſentaſſent un frere du défunt ; la proximité du degré met la femelle au niveau des mâles, & efface l'excluſion qu'un frere ſeul par l'égalité de ſon degré avec elles pouvoit exercer, & non les neveux nonobſtant leur repréſentation, le droit ici étant perſonnel.

C'eſt ce que dit le Brun, au dernier nombre cité ſur la propoſition précédente ; c'eſt ce qui ſe pratique, & ce que la propoſition ſuivante prouve encore, & que l'art. 323 de la coutume met hors de difficulté.

VIII. En effet, & comme on l'a déja dit, l'excluſion des femelles à l'égard des fiefs, n'a lieu qu'en parité de degré, & non lorſque la femelle a le degré ſur le mâle ; ſupériorité qu'elle a dans le cas des deux propoſitions précédentes ; elle ne doit donc y être exclue, autrement ce ſeroit porter un droit qui eſt de rigueur au-delà de ſes limites.

C'eſt ce qu'on a vu ci-deſſus ; il faut pour cette excluſion, qu'il y ait égalité de degré entre le mâle & la femelle ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 222, Si les neveux, dit-il, ont l'avantage de la maſculinité ſur la tante, la tante a ſur eux l'avantage du degré : raiſon qui me paroît déciſive, & d'autant plus déciſive, qu'elle eſt fondée ſur le texte de la coutume dont on ne peut s'écarter ; cependant Dumoulin, ſur l'art. 109 de la coutume de Montfort, le Brun, des ſucceſſions, pag. 190, num. 2 & ſuivans, ont été d'avis contraire ; mais avis difficile à concilier avec le texte de la coutume, puiſque l'excluſion eſt de rigueur, que comme telle elle ne peut s'étendre d'un cas à un autre & que la coutume ne prononce l'excluſion que lorſqu'il y a égalité de degré : on ne peut donc l'oppoſer dans un autre cas, & comment la faire valoir, dans le cas que ces deux auteurs poſent, lorſque pour ce même cas la coutume, par l'art. 323, dit expreſſément le contraire ? ce n'eſt plus l'expliquer, c'eſt ſubſtituer une choſe dure & injuſte à ſa ſageſſe.

IX. Ce droit des femelles va encore plus loin ; dans le cas d'une ſœur & des neveux & nièces héritiers, qui eſt le cas de la ſixieme propoſition de cette ſection, non-ſeulement la tante, mais les nièces concourent avec leurs freres neveux du défunt, parce que la proximité du degré de leur tante leve l'inhabilité du ſexe, tant à leur égard qu'au ſien, & les rend participans à ſon habilité ; raiſon de ce ſatisfaiſante, parce que ſans cela il y auroit dans une même ſucceſſion femelle admiſe & femelle excluſe, ce qui formeroit une diſparité tout-à-fait contraire à la ſageſſe & à l'unanimité de la coutume, qu'on explique par la propoſition qui ſuit.

Cela eſt encore ſuite des art. 25 & 323. Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 195, num. 33, qui eſt d'avis contraire, mais cet avis tend à préférer une femelle à une autre, ce qui n'eſt point analogique ; il faut en ce cas faire concourir les nièces, & c'eſt ce qui ſe pratique.

X. Par la même raiſon, les nièces, même celles iſſues d'une ſœur du défunt, ont part dans les fiefs avec la ſœur du défunt & les neveux iſſus d'un frere ; c'eſt l'effet de la repréſentation qui les place tous au niveau de la ſœur & les fait concourir avec elle, l'exiſtence de la ſœur & ſa priorité de degré effaçant l'inhabilité du ſexe non abſolue, mais relative & conditionnelle ; relation & condition qui ceſſent en ce cas-ci, & dont le défaut ou le manquement font ceſſer l'excluſion, non-ſeulement en faveur de la ſœur que la ſupériorité de ſon degré ſaiſit, mais encore en faveur des nièces, qui ont pour elles le bénéfice de la repréſentation, dont l'effet ne peut ceſſer à l'égard des fiefs ; puiſque leur tante par la ſupériorité de ſon degré ſur les mâles qui ne viennent eux-mêmes que par repréſentation, écarte l'excluſion des femelles limitée dans le cas de l'égalité du degré ; ainſi dans l'eſpece que contient la propoſition comme dans celle contenue dans la ſixieme, les fiefs, ainſi que les autres biens, ſe partagent par ſouches, & les femelles y prennent la même part qu'elles prennent dans les autres biens ; tel eſt l'eſprit de la coutume.

On a prouvé ci-deſſus que cette excluſion n'eſt point abſolue, & qu'elle n'a lieu ſeulement que dans un certain cas qui eſt l'égalité du degré, ce qui fonde la propoſition : cependant voyez l'arrêt du 16 juin 1687, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, qui paroît avoir jugé le contraire ; il eſt rendu dans la coutume d'Orléans, apparemment qu'il y avoit des circonſtances particulieres.

XI. De tout ce que deſſus il s'enſuit, que les femelles n'ont pas d'inhabilité abſolue pour ſuccéder aux fiefs ; elles ne ſont inhabiles à ce, qu'en certains cas, & par relation, & non abſolument ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 186, num. 1 & 2, & la propoſition qui ſuit, qui prouve encore celle-ci.

XII. Non-ſeulement elles n'ont pas d'inhabilité abſolue pour ſuccéder aux fiefs, mais étant plus prochaines que le mâle, elles l'excluent des fiefs, comme des autres biens, ainſi qu'on l'a établi ci-deſſus, lorſque le mâle n'eſt pas dans le cas de ſe rapprocher de leur degré par le bénéfice de la repréſentation ; repréſentation qui n'opére, ainſi qu'on l'a vu, que le droit de concourir avec la femelle plus prochaine que lui, mais non par le droit de l'exclure ; d'où il s'enſuit que ſi le premier degré eſt tout compoſé de femelles, & que ceux d'un degré inférieur ne puiſſent concourir avec elles par l'effet & le bénéfice de la repréſentation, les fiefs leur appartiennent & ſans prérogatives ; & ceux du ſecond degré, quoique mâles, n'ont rien à y prétendre, le droit de préférence des mâles ne militant encore une fois, que dans le cas de l'égalité du degré, & non autrement.

Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 2, ſect. 4 : ce qu'il dit, prouve évidemment que l'inhabilité n'eſt ici que relative, & c'eſt auſſi ce que dit le texte : ainſi nulle difficulté ſur la concluſion qui termine la propoſition.

SECTION II.

Des effets de la repréſentation relativement à cette excluſion.

(Art. 322 de la coutume.)

XIII. Développons ſur cette excluſion claire & ſimple dans le premier degré, mais impliquée dans le ſecond l'effet de la repréſentation ; ſi le défunt a laiſſé pour héritier un frere & un neveu deſcendu d'une ſœur,

ce dernier n'a rien dans les fiefs, ſon droit ne peut aller au-delà de celui de la perſonne qu'il repréſente, autrement le prédécès de cette perſonne effaceroit un droit acquis; ainſi la maſculinité perſonnelle n'opére que dans l'égalité du degré, & non lorſqu'il y a inégalité; c'eſt le principe capital de la coutume, pourroit-on s'en écarter?

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 190, num. 20, & pag. 451, num. 7, 8 & 9, & les deux propoſitions ſuivantes qui expliquent celle-ci, ainſi que l'effet de la repréſentation, & la différence qu'il y a entre ce cas-ci & celui examiné par la ſection précédente.

XIV. En effet, il ne vient pas de ſon chef, mais ſeulement comme repréſentant une femelle, & comme tel il ne peut avoir plus de droit qu'elle qui étoit excluſe par ſon frere, il doit donc l'être comme ſa mere l'étoit; cela eſt rigoureux, mais conſéquent à la loi, puiſqu'il le ſeroit totalement ſi le droit de repréſentation ne militoit pas en ſa faveur; droit qui ne lui donne que celui de ſa mere, & non au-delà.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 322. Mais ſi le défunt avoit laiſſé une niece deſcendue d'un frere, ſeroit-elle excluſe par ſon oncle, frere du défunt? Dupleſſis, pag. 323, au commencement, dit ſur ce, que ſi l'excluſion procéde en pareil degré, à plus forte raiſon en plus éloigné; ce qui me paroît ſans difficulté, puiſqu'en ce cas le dernier a non-ſeulement la préférence que le ſexe lui donne en parité de degré, mais encore la priorité du degré, & par conſéquent le droit de l'exclure: c'eſt ce que la cour a jugé par l'arrêt du 23 février 1663, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 449, num. 4, & la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui eſt une ſuite des principes de la coutume. Mais parmi ceux qui par le bénéfice de la repréſentation concourent collectivement ou plutôt par une vocation générale dans le partage des fiefs, entre ceux-là le principe général de la coutume eſt obſervé, c'eſt-à-dire, que dans la ſubdiviſion qui ſe fait entr'eux, les mâles d'entr'eux, par rapport aux fiefs, excluent les femelles de prendre part dans ces biens, & elles ne prennent leur lot dans la ſubdiviſion que ſur les autres biens; en vain diroit-on que c'eſt un droit *in ſolidum* acquis à la branche, & que c'eſt un droit de directe qu'ils prennent du chef de leur pere, car on ne pourroit admettre ce raiſonnement qu'en admettant entr'eux un droit d'aîneſſe dans la ſubdiviſion, ce qui n'eſt pas en collatérale.

☞ Il eſt ſans difficulté, qu'entre ceux qui viennent par repréſentation dans la ſubdiviſion, le mâle exclut les femelles, par la raiſon que ceux qui viennent à une ſucceſſion par repréſentation, ſuccédent à celui *de cujus bonis*, & non à celui qui eſt repréſenté. Voyez l'arrêt du 5 janvier 1617, remarqué par Tronçon & Auſanet, ſur l'art. 25 de la coutume, rendu pour la ſucceſſion du préſident Forget entre M. Dufantrai, conſeiller en la cour, & la dame ſa ſœur, par lequel il a été jugé que M. Dufantrai venant par repréſentation de la dame ſa mere à la ſucceſſion de M. Forget ſon oncle, excluoit la dame ſa ſœur des fiefs dans la ſubdiviſion, ſur quoi il faut cependant obſerver, que ſi le lot de la branche des femelles n'étoit compoſé que de terres féodales, il leur ſeroit dû récompenſe; à défaut de laquelle elles pourroient ſe pourvoir contre le partage, quoiqu'il y eût des rotures dans la ſucceſſion: voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 2, ſect 1, nomb. 28.

XV. Une autre raiſon; c'eſt que ſi le privilége que les mâles ont d'exclure les femelles des fiefs, eſt attaché à la qualité perſonnelle, non-ſeulement cela s'entend dans le premier degré lorſque tous les héritiers viennent de leur chef à la ſucceſſion, mais s'entend encore lorſque les mâles ne viennent que par repréſentation d'une femelle; c'eſt la qualité perſonnelle qui décide ici, & non celle du repréſenté.

De-là il réſulte que lorſque le défunt a laiſſé un frere & une niéce iſſue d'un autre frere, cette niéce, par l'effet de la repréſentation, ne peut ſuccéder aux fiefs avec ſon oncle, ce dernier ayant ſur elle, & le degré, & la prérogative du ſexe, l'exclut, quant à ce, ſuivant l'arrêt du 23 février 1663, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 27; excluſion qui réſulte de la lettre & de l'eſprit de la coutume: cependant quelques-uns ont fait de cela une grande queſtion: voyez Guynet de la repréſentation, pag. 61, & ſuivantes, le Brun, des ſucceſſions, pag. 459, & Dupleſſis, ſur l'article 222 de la coutume: mais je m'en éronne; en effet, comment le frere, qui a la ſupériorité du degré ſur ſa niece, ne l'excluroit-il pas, lorſque ces mêmes perſonnes, ſubjuguées par le principe général de la coutume, qui veut qu'en égalité de degré la femelle ſoit excluſe par le mâle, ſont forcés de convenir que les enfans mâles de ce frere excluroient leurs couſines, quoique deſcendues d'un mâle?

☞ L'arrêt du 23 février 1763, cité dans la note, a fixé la juriſprudence. Voyez celui du 29 décembre 1735, cité par Lacombe, *verb.* fiefs, ſect. 3: il a jugé en conformité.

SECTION III.

Qu'en égalité de degré les mâles deſcendans de femelles, non-ſeulement ne ſont pas exclus, mais excluent eux-mêmes les femelles, quoique deſcendues de mâles.

(Art. 25 de la coutume.)

XVI. Pour établir que, dans le cas de l'égalité du degré, l'origine n'eſt pas à conſidérer, il faut reprendre ici, que lorſque tous les mâles ſont égaux en degrés, ce qui forme le cas examiné dans la premiere ſection, & qu'ils viennent de leur chef à la ſucceſſion, en ce cas, abſtraction faite de leur origine, ils partagent les fiefs entr'eux ſeuls & excluent les femelles, étant en parité de degré avec eux; c'eſt ce qu'on a vu, & ce qu'il convient de reprendre pour éclaircir ce qui reſte à examiner.

Voyez l'arrêt cité ſur la propoſition qui ſuit, & Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 221 & 222. Il en eſt autrement dans le cas de la repréſentation; différence ſenſible & établie par la ſection précédente, dans la repréſentation, le degré & non l'origine décide.

XVII. De-là il s'enſuit que ſi le défunt a laiſſé pour héritiers des neveux deſcendus d'un frere, & des neveux deſcendus d'une ſœur, les uns comme les autres ont part dans les fiefs, & part égale: cela réſulte de tout ce que deſſus; c'eſt de leurs chefs qu'ils ſuccédent; il y a entre eux égalité de degré & parité de ſexe: ils doivent donc en ce cas concourir enſemble; ce n'eſt plus le cas de l'excluſion.

Arrêt du 27 mars 1635, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 3, ch. 7: il eſt auſſi rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 4, ch. 10. L'origine dans le cas que tous les mâles héritent de leur chef, & non par repréſentation, ne produit aucun effet, comme on le va voir.

XVIII. Dans le cas de l'égalité de degré, l'origine eſt ſi peu à conſidérer, que ſi le défunt avoit laiſſé un neveu & une niéce deſcendus d'une ſœur, & pluſieurs niéces deſcendues d'un frere, le neveu, quoique deſcendu d'une ſœur, exclut indiſtinctement toutes les niéces, même celles deſcendues d'un frere, la maſculinité dans le cas de l'égalité du degré donnant l'excluſion aux femelles relativement aux fiefs, abſtraction faite de leur origine; il ne faut pas y remonter, c'eſt à la perſonne qui ſuccéde, lorſqu'elle eſt en égal degré, qu'il faut s'arrêter.

Cela réſulte de ce que deſſus, qu'en égalité de degré par rapport aux fiefs, les mâles excluent les femelles, & prouve la propoſition précédente, & que ſur cette excluſion, l'origine n'eſt nullement à conſidérer, lorſque tous les héritiers viennent à la ſucceſſion de leur chef, & non par l'effet de la repréſentation; auquel cas, comme on l'a dit, ſi la femelle a ſur le mâle la proximité du degré, ſon excluſion n'a plus lieu.

XIX. En effet, cette prérogative des mâles qui n'a lieu qu'en parité de degré eſt attachée à la maſculinité perſonnelle, indépendamment de la maſculinité d'origine, & cette prérogative frappe toutes les filles en égalité de degré, nonobſtant leur origine de maſculinité; cette excluſion conſidérée, ſoit activement, ſoit paſſivement, étant perſonnelle, lorſque les héritiers viennent de leur chef; & s'ils viennent par repréſentation dans la ſubdiviſion entre les repréſentans tous égaux en degré, les mâles excluent les femelles par rapport aux fiefs; c'eſt une ſuite du même principe.

Il eſt prouvé ci-deſſus que ce privilége eſt attaché à la maſculinité perſonnelle, dans le cas que tous les héritiers viennent de leur chef; mais s'ils viennent par repréſentation, dans le cas de repréſentation, & dans la ſubdiviſion entre les neveux & niéces d'une même branche, les niéces comme étant en égalité de degré, ſont excluſes par les neveux; en effet, étant tous iſſus de la même branche, & y ayant parfaite égalité de degré entr'eux, tous reſpectivement, c'eſt le cas de l'excluſion des femelles; le Brun, des ſucceſſions, pag. 191, num. 25 & 26: voyez encore le même auteur, à la pag. ſuivante, num. 28; ce qui me paroît évidemment réſulter de la diſpoſition de la coutume, & qui prouve qu'en égalité de degré les mâles deſcendus de femelles excluent les femelles deſcendues de mâles. Toutes les réſolutions ci-deſſus ſont ſimples & ſenſibles, dans le cas de l'égalité du degré, & ce, nonobſtant que quelques-uns des héritiers ne viennent à la ſucceſſion que par le bénéfice de la repréſentation, & dans le cas même de l'exercice de ce privilége, c'eſt toujours la maſculinité perſonnelle, & l'égalité du degré qui décident; abſtraction faite du ſexe de la perſonne repréſentée, à moins que les repréſentans ne ſoient dans un degré inférieur, par exemple, des neveux repréſentans une ſœur, qui ne peuvent quant aux fiefs, concourir avec un frere du défunt: mais la femelle ayant la proximité du degré, par exemple, la ſœur du défunt ne peut être exclue par ſes neveux, quoique fils d'un frere, & repréſentans un mâle; tel eſt l'eſprit de la coutume qui diſſipe les ombres qu'on a répandu ſur cette excluſion, dans le cas de la repréſentation.

SECTION IV.

De la charge de cette prérogative des mâles ſur les fiefs.

(Art. 335 de la coutume.)

XX. Sur ce droit attaché à la maſculinité, la loi ne fait pas aux collatéraux la faveur toute entiere, comme elle l'a fait à l'aîné mâle en ligne directe, qui nonobſtant les portions avantageuſes qu'elle lui donne dans les fiefs, ne contribue pas plus aux dettes que les autres: ici le mâle contribue à proportion de ſon émolument; cela eſt judicieux & de droit commun; le contraire auroit été politique & rigueur outrée.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 335; & l'on a établi ci-deſſus le droit de l'aîné en ligne directe; les propoſitions ſuivantes établiſſent qu'il n'en eſt pas de même en ligne collatérale, par rapport à l'excluſion que les mâles en parité de degré donnent aux femelles quant aux fiefs: voyez ſur cette derniere partie les propoſitions ſuivantes; elles prouvent celle-ci

XXI. Les collatéraux qui ſuccédent aux fiefs à l'excluſion des femelles, contribuent au payement des dettes à proportion de leur émolument, la coutume ne les ayant pas affranchi comme l'aîné en directe; ſa diſpoſition générale de la répartition des dettes ſur tous les biens, reſte toute entiere contr'eux, & elle en a fait encore une diſpoſition particuliere; c'eſt droit ſucceſſif qui a ſa charge naturelle.

Voyez l'art. 334; c'eſt ce que dit Dupleſſis,

traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 232, à la fin, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, conformément à l'art. 335, les mâles ſont ſaiſis des fiefs à l'excluſion des femelles, *jure hæreditario, non jure præcipui*, dit. le Veſt, ch. 143; ce qui établit pour ce la contribution aux dettes.

XXII. Outre cette contribution au payement des dettes à proportion de l'émolument, les mâles ſuccédans aux fiefs à l'excluſion des femelles, ſont ſeuls tenus des charges réelles impoſées ſur les fiefs, c'eſt diminution même ſur la choſe; c'eſt donc ſur eux ſeuls qu'elles peuvent tomber, cela eſt inconteſtable; c'eſt charge qui ſuit le fonds, & qui en eſt inſéparables.

Comme telles charges diminuant le fonds, dit Dupleſſis, pag. 232. Cette diſpoſition de notre coutume qui aſſujettit le collatéral qui exclut les femelles en parité de degré par rapport aux fiefs, à contribuer au payement des dettes à proportion de ſon amendement, eſt ſi équitable, qu'elle a été étendue aux autres coutumes qui n'ont pas de diſpoſition contraire, le Brun, des ſucceſſions, pag. 197. num. 52 & 53; quant aux charges réelles, c'eſt droit commun; c'eſt diminution réelle de la choſe même.

CHAPITRE SIXIEME.

DES QUALITÉS INCOMPATIBLES EN LIGNE COLLATÉRALE.

SECTION PREMIERE.

QUE LES QUALITÉS DE LÉGATAIRE ET D'HÉRITIER Y SONT INCOMPATIBLES.

(Art. 300 de la coutume.)

DISTINCTION PREMIERE.

Quand cette incompatibilité a lieu entre cohéritiers.

I. LA coutume tendant toujours à l'égalité, on ne peut relativement à ſes cohéritiers, être en collatérale, comme en directe, légataire & héritier; ces qualités ſont incompatibles dans l'une, comme dans l'autre ligne directe ou collatérale; mais s'il y a un légataire univerſel, l'incompatibilité ceſſe; c'eſt pour les héritiers du ſang, & non pour ce dernier, que la loi municipale l'établit; ce qu'on verra par la ſuite, & qui demande quelques diſtinctions qu'on expliquera; en effet, où l'intérêt ceſſe, le droit doit ceſſer pareillement; ainſi dans le cas qu'il y a un légataire univerſel, & que le légataire profiteroit du legs fait à l'un des héritiers, & que ce legs ne reſteroit pas dans la ſucceſſion, en ce cas, cet héritier peut, contre ſes cohéritiers même, réunir les deux qualités; ce qui peut influer lorſqu'il y a pluſieurs coutumes qui régiſſent les biens.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, pag. 225: elle ceſſeroit même cette incompatibilité, quoiqu'il n'y eût pas de légataire univerſel, ſi les biens de la ſucceſſion étoient régis par diverſes coutumes, & que dans l'une, l'un des héritiers fût abſolument exclus, comme on le verra dans la ſeconde ſection du préſent chapitre, parce qu'en ce cas, il n'y auroit pas par rapport à cette coutume, réunion des deux qualités; mais il faut pour cela, qu'il ſoit abſolument exclus dans une coutume: ſans cette excluſion abſolue, l'incompatibilité auroit lieu; mais c'eſt ſur cette matiere un principe capital, que cette incompatibilité purement relative & non abſolue, n'a lieu que lorſqu'elle profite à un héritier du ſang.

II. Cette incompatibilité, dans cette ligne des qualités de légataire & d'héritier, eſt fondée ſur le maintien de l'égalité qu'il doit y avoir entre les héritiers, tant en ligne directe, qu'en ligne collatérale, & c'eſt par cette incompatibilité que la coutume ſoutient l'égalité; égalité qui ceſſant lorſqu'il y a un légataire univerſel, l'incompatibilité ceſſe pareillement, puiſque cette derniere n'a été établie que pour maintenir l'autre, ſauf les diſtinctions qu'on a déja annoncées par la propoſition précédente; mais tel eſt ſur ce le principe général, parce que ce principe ne peut s'appliquer que dans le cas que celui qui l'allégue a intérêt d'en faire faire l'application, autrement ce ſeroit dépouiller la coutume de ſa ſageſſe, & la faire agir contre ſa fin.

Voyez l'arrêt du 17 mai 1677, rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 78; ce qui va s'éclaircir par ce qui ſuit.

III. De ce motif qui ſe réduit au maintien de l'égalité, car l'incompatibilité, encore une fois, n'a point d'autre but que l'égalité, il s'enſuit que les étrangers, c'eſt-à-dire, ceux qui ne ſont pas héritiers, & même les héritiers qui ne ſont légataires univerſels, ne peuvent dans cette ligne, comme dans la directe, oppoſer cette incompatibilité qui n'eſt pas établie pour eux, ni même en ce cas, les autres héritiers des quatre quints des propres, lorſqu'ils ne peuvent profiter du legs particulier fait à l'un d'eux; car il faut cette condition: c'eſt la matiere de la diſtinction qui ſuit, & la principale conſéquence de ce que deſſus, conſéquence qu'on va développer; quant au légataire univerſel étranger, & quant au légataire univerſel héritier, nulle difficulté, que ni l'un ni l'autre

ne

ne peuvent alléguer l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, & il n'y en peut avoir que ſur la derniere partie de cette propoſition, c'eſt-à-dire, de la part des héritiers des quatre quints des propres; ce qui demande une explication.

Sur cette incompatibilité purement relative, voyez la onzieme ſection du troiſieme chapitre du traité des propres, & ce qui en a été dit ci-deſſus au ſujet des ſucceſſions directes; cela eſt commun ici, & les deux diſtinctions ſuivantes.

DISTINCTION II.

Que les étrangers ne peuvent empêcher qu'un collatéral ne ſoit légataire & héritier, ni même les autres héritiers, lorſqu'il y a un legs univerſel.

IV. Approfondiſſons ce que deſſus: pour cela, il ne faut pas détacher de cette régle d'incompatibilité, la fin qui l'a fait établir; cette fin, quoiqu'elle ſoit juſte, reçoit des exceptions qui ne le ſont pas moins contre l'étranger, & même contre l'héritier du ſang qui ſeroit légataire univerſel; en effet, contr'eux un héritier peut cumuler les qualités de légataire & d'héritier; la coutume n'a pas établi l'incompatibilité, ni pour l'un ni pour l'autre, autrement ce ſeroit la faire replier ſur elle-même: voilà la régle générale qu'on a déja poſée, & qui reſte à développer.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, addition au num. 658, pag. 147; le Maître, tit. 15, pag. 502; en effet, l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, n'eſt que relative non abſolue, & établie ſeulement pour maintenir l'égalité entre les héritiers civils & légitimes; & ceux même qui rompent cette égalité, peuvent-ils raiſonnablement l'alléguer? Il faut donc conclure que le légataire univerſel ne le peut, & ce, indiſtinctement. Arrêt du 17 mai 1677, rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 11, ch. 23: ce même arrêt eſt rapporté dans la cinquieme partie du journal du palais, pag. 78, où la queſtion eſt bien mieux traitée que dans le journal des audiences; ce qui, encore une fois, eſt inviolablement obſervé au châtelet.

V. L'héritier du ſang, légataire univerſel, ne peut, comme le légataire univerſel étranger, oppoſer cette incompatibilité à un héritier honoré d'un legs particulier; chacun en convient à l'égard de l'étranger; quelques-uns en font difficulté par rapport à l'héritier, quoiqu'il n'y ait aucune différence à faire; ce n'eſt pas celui qui tient tout de la main de l'homme, qui peut invoquer les régles de la ſucceſſion légitime.

L'arrêt du 17 mai 1677, ci-devant cité, fonde encore cette propoſition, & l'héritier du ſang, inſtitué avec d'autres, légataire univerſel, & en même tems légataire particulier, profite des deux diſpoſitions, ſans être obligé de mettre la derniere dans la maſſe, pour être partagée avec ſes colégataires univerſels, ce qui peut ſervir à fonder la propoſition. Arrêt dans la coutume d'Amiens, du 24 mars 1683, rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 456: voyez la propoſition qui ſuit, qui développe encore ceci.

VI. La propoſition précédente eſt fondée ſur ce que c'eſt le legs univerſel qui rompt l'égalité; égalité qui eſt la baſe de l'établiſſement de cette incompatibilité, & que la jonction des deux qualités tend à y rapprocher l'héritier légataire: cela me paroît inconteſtable par rapport à un étranger, & même par rapport à l'héritier inſtitué légataire univerſel; & je penſe que les autres héritiers ne peuvent même empêcher le concours de l'heritier légataire particulier, dans la ſucceſſion des quatre quints des propres, à moins qu'ils ne puiſſent profiter perſonnellement de cette allégation; parce que dans la théſe générale, l'alliégation d'incompatibilité n'opéreroit rien en leur faveur, puiſque la renonciation au legs particulier, n'opéreroit qu'un accroiſſement de ce même legs particulier au profit du légataire univerſel, & par conſéquent n'opéreroit rien en faveur de l'heritier qui l'allégueroit ainſi en vain & ſans intérêts: mais ſi, par les termes du teſtament, la renonciation au legs particulier fait à l'un des héritiers laiſſoit la choſe léguée dans la ſucceſſion, en ce cas, les autres héritiers ſeroient bien fondés à oppoſer l'incompatibilité des qualités, afin de forcer celui d'entr'eux qui a été honoré d'un legs à ſe tenir à ce legs pour partager ſeuls les quatre quints, ou partager entr'eux tous, & ces quatre quints & ce legs: voilà l'eſprit & la fin de la loi.

Où l'allégation de l'incompatibilité n'opéreroit rien en faveur de celui qui l'allégueroit, elle doit être rejettée; Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 658, pag. 147. Voyez l'arrêt déja cité, du 24 mars 1683, rapporté dans la dixieme partie du journal du palais, pag. 456. Cependant, s'il y avoit trois héritiers des propres qui fuſſent en même tems héritiers des meubles & acquêts, & qu'après pluſieurs legs, & l'un entr'autres fait à l'un des héritiers, le défunt eût laiſſé le ſurplus de ſes biens à un autre de ſes trois héritiers, celui qui n'eſt pas honoré, peut oppoſer l'incompatibilité, parce que par-là, le legs particulier reſte dans la ſucceſſion où il devient ſeul héritier des propres; ainſi en ce cas, ayant intérêt d'alléguer l'incompatibilité des qualités, il eſt bien fondé à l'oppoſer: voilà l'intérêt qui doit décider ſur l'incompatibilité & ſur ſon application: différens cas dont la diſtinction eſt importante, & dont on ne peut s'écarter, ſans s'écarter de la coutume, & de la fin qu'elle a eu en vûe par l'établiſſement de cette incompatibilité.

DISTINCTION III.

Du prélegs fait à l'héritier collatéral, & du legs fait à des enfans.

VII. Par l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, qui a lieu dans la ligne collatérale, comme dans la directe, le

legs fait à un héritier collatéral, devient caduc par l'acceptation par lui faite de la ſucceſſion, lorſqu'il n'y a pas de légataire univerſel; legs qui peut le faire valider en certains cas, c'eſt ce qui réſulte des deux diſtinctions précédentes; il en peut être autrement d'un prélegs : en effet, ſi le défunt avoit légué à un de ſes héritiers collatéraux, ſa portion héréditaire, & outre ce un prélegs, l'un & l'autre legs eſt bon, & tous les deux concourent enſemble en ſa faveur, quoiqu'il n'y eût pas de légataire univerſel, ſauf les réſerves coutumieres; parce qu'en ce cas la diſpoſition ſeule de l'homme agit, & non celle de la loi; la premiere doit donc avoir ſon entier effet; il en ſeroit autrement ſi le défunt s'étoit contenté de faire ſimplement un legs à un de ſes héritiers; en ce dernier cas, il faut qu'il opte dans la théſe générale par l'effet de la juſte incompatibilité d'être héritier & légataire, & de profiter de la diſpoſition de l'homme & de celle de la loi, qui ne peuvent concourir en faveur du même ſujet.

Dumoulin, ſur les art. 309 & 321 de la coutume de Bourbonnois; le Brun, des ſucceſſions, pag. 455, num. 6 & 456, num. 14: ce qui me paroît ſans difficulté, & qui eſt regardé comme tel au châtelet; en effet, en ce cas, tel héritier du ſang ne tient rien de la loi : on parle d'un prélegs joint au prélegs de la portion héréditaire, mais tient l'un & l'autre legs de la volonté de l'homme qui lui a légué une portion héréditaire, & outre ce un prélegs; c'eſt d'une qualité uniforme qu'il tient l'un & l'autre droit, ils peuvent donc concourir; de là il s'enſuit que le legs d'une double portion héréditaire fait à un collatéral, eſt valable, ce qu'on ne doit entendre que ſauf l'effet des réſerves coutumieres; le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag 457, num. 15, établit que tel legs eſt valable, même dans la ligne directe; ce qui eſt vrai encore, ſauf la légitime des autres enfans, & l'effet des réſerves coutumieres; dans cette ligne, comme dans l'autre, ces réſerves militantes pour les deux lignes. Voyez Louet, let. H, num. 17; & Dupleſſis, pag. 225.

VIII. En ce cas, tel prélegs, c'eſt-à-dire, celui d'une certaine ſomme, outre celui d'une portion héréditaire; tel prélegs, dit-on, ſe prend non ſur les portions des autres héritiers légitimes, mais ſur l'univerſalité des biens, enſorte que le legs de la portion héréditaire du légataire en ſouffre diminution; c'eſt la ſucceſſion totale qui doit le prélegs & non pas ſeulement les autres héritiers; il faut donc faire cette opération, c'eſt-à-dire, ce prélevement ſur la maſſe, autrement ce ſeroit ajouter à la diſpoſition.

Sur les prélegs, voyez Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 650 & ſuivans, pag. 145 & 146. La propoſition a été formée ſur l'uſage, qui me paroît avoir ſa baſe dans la volonté du teſtateur, ainſi que dans la diſpoſition de la coutume, puiſque l'incompatibilité qu'elle prononce n'y eſt point violée, & que dans ce cas, l'homme tient tout de l'homme & rien de la loi.

IX. La donation & la qualité d'héritier, ne ſont pas ici incompatibles comme en directe; de-là il s'enſuit que l'héritier collatéral n'eſt pas obligé, comme l'héritier direct, de précompter ſur ſa portion héréditaire, le legs fait à ſon fils; le rapport n'a lieu en cette ligne, ce qui l'exempte de faire ſur ſa portion une telle imputation qui n'a que le rapport pour baſe; notre coutume n'établiſſant pour la ligne collatérale l'incompatibilité des qualités, que de celles de légataire & d héritiers, & non de celles de donataire entre-vifs & d'héritiers.

C'eſt ce qui réſulte de l'art. 301, & qui a été ainſi jugé par l'arrêt rapporté par Louet, let. D, num. 17. Autre arrêt du 7 fevrier 1588, rapporté par le Prêtre, dans les arrêts de la cinquieme chambre des enquêtes; cette maxime eſt atteſtée par Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 4, pag. 125; voyez auſſi le Brun, des ſucceſſions, p. 467; ce qui eſt regardé au châtelet comme inconteſtable, ſur le fondement de la maxime exprimée qu'en collatérale le rapport n'a lieu; or, il n'y auroit que le rapport qui pourroit anéantir la diſpoſition, puiſque les deux qualités de légataire & d'héritier ne réſident pas dans une même perſonne, ce qui rend la propoſition inconteſtable.

SECTION II.

Que cette incompatibilité ceſſe à l'égard des biens par rapport auxquels le collatéral eſt abſolument inhabile à ſucceder; mais qu'elle ne ceſſe pas par le défaut de ſaiſine actuelle.

X. Voici une autre exception à cette incompatibilité. Lorſque dans la ſucceſſion, il y a des biens régis par différentes coutumes, qu'un parent eſt héritier par l'une de ces coutumes, & eſt abſolument exclus de la ſucceſſion par l'autre; en ce cas, cet héritier peut être héritier des biens ſitués dans la coutume qui lui donne cette qualité, & être légataire des biens ſitués dans la coutume qui l'exclut de la ſucceſſion: mais encore une fois, il faut pour ce une excluſion, non ſimplement relative, mais abſolue, ſans cette derniere il y auroit incompatibilité; mais étant telle, il ne peut y en avoir, puiſque en ce cas & relativement à de tels biens, il eſt conſtant que celui qui eſt honoré d'un tel legs, n'eſt pas dans cette coutume, qui doit operer comme les autres héritier, & légataire.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 4, num 679, 680 & 696; le même auteur du don mutuel, ch. 7, num. 331, pag. 86: voyez l'arrêt des Bareaux, cité par un grand nombre d'auteurs, & entr'autres par Ricard, au nombre qu'on vient de citer, & rapporté par Louet, let. H, num. 16; Boiceau, au même endroit; celui du 21 avril 1654, rapporté dans le premier volume du journal des aud. liv. 7, ch. 40; le Brun, des ſucceſſions, pag. 469, num. 33. Cependant le Maître, tit. 5, ch. 3, pag. 502, eſt d'avis contraire: mais y ayant des biens à Paris, & dans une autre cou-

tume où le neveu eſt exclu, qui empêche que ce neveu ne ſoit légataire pour les biens régis par cette coutume. Seroit-ce la coutume de Paris qui lui déféreroit ſa part, ſi elle régiſſoit tous les biens? Seroit-ce l'autre coutume qui lui dénie la qualité d'héritier? Ni l'une ni l'autre de ces coutumes, ne peut produire cet effet, & par conſéquent, le ſentiment de le Maître paroît être ſans fondement; cette double raiſon me le fait paroître tel, à quoi l'on peut appliquer ce que l'on a dit ci-deſſus, par rapport à la légitime appartenante aux enfans, à l'égard de laquelle, & dans le cas que les biens ſont régis par différentes coutumes, il eſt vrai de dire qu'ils ne peuvent être légitimaires de droit dans l'une, & prendre les réſerves coutumieres dans l'autre; mais ſi dans l'une ils n'ont aucune légitime, la réſerve alors leur en tient lieu, & ce n'eſt plus que quotité d'icelle: ce qui ſert à établir la propoſition.

XI. Pour réunir ainſi ces deux qualités dans le cas des biens régis par deux différentes coutumes, il faut donc que le collatéral ſoit généralement & abſolument incapable de recueillir le bien dont il eſt légataire, & ce par une excluſion légale & générale, prononcée par la coutume qui régit le bien, & non par une excluſion relative qu'un autre parent lui donneroit par la ſeule proximité du degré; ſans cela l'incompatibilité ſubſiſteroit dans ſa force; il avoit une aptitude ſuffiſante, quoique non préſente, pour fonder l'incompatibilité; ainſi en ce cas, il ne peut être héritier & légataire.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 4, ch. 66: le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 48; l'arrêt qui eſt rapporté juge qu'en directe, un aîné peut être légataire dans une coutume, & héritier dans une autre, quoique les deux coutumes l'appellaſſent à la ſucceſſion, ce qui ne peut être tiré à conſéquence: la note déſignée par la let. D, ſur Dupleſſis, pag. 225, où eſt rapporté un arrêt du 13 juillet 1705, qui a jugé qu'on ne pouvoit être héritier dans une coutume, & légataire dans une autre, que dans le cas que dans cette derniere on ne pouvoit rien prétendre à titre d'héritier, ce qui forme la preuve de la propoſition; tel eſt ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 472: de Renuſſon, traité des propres, pag. 343; Dupleſſis, à la page 225, avoit prétendu qu'indiſtinctement un collatéral pouvoit être héritier dans une coutume, & légataire dans l'autre; ce qui eſt contraire à l'eſprit de la coutume, & ce qui eſt rejetté non-ſeulement par les auteurs ci-deſſus cités, mais encore par d'Argentré, ſur l'art. 218 de la coutume de Bretagne, gloſ. 9, num. 14, & ce qu'on rejette au châtelet; voyez les propoſitions ſuivantes qui confirment cela, & qui prouvent que cette opinion de Dupleſſis n'eſt pas bonne, parce qu'il faut concilier ces diverſes coutumes autant qu'il eſt poſſible, & éviter que l'une prédomine ſur l'autre: ce qui eſt encore plus inconteſtable lorſqu'elles ſont toutes les deux ſemblables, ou même harmoniques dans leurs diſpoſitions.

XII. De ce que deſſus, il réſulte donc que l'aptitude ou la vocation, quoique non préſente, mais éloignée, ſuffit pour produire l'incompatibilité des qualités de légataire & d'héritier, quoiqu'il y ait des biens régis par deux différentes coutumes; mais cela dans le cas qu'il n'y a pas de legs univerſel, qui, ſelon moi, fait ceſſer l'incompatibilité dans de certains cas qu'on a expliqués, parce qu'en ces cas, l'adoption de l'incompatibilité ſeroit ſans objet & ſans baſe, ſi celui qui l'allégue n'en peut profiter; mais hors ce cas, il faut faire concourir les diſpoſitions des coutumes qui laiſſent le droit ſucceſſif, & ne pas admettre contre la diſpoſition de l'une d'elles qui prohibe la réunion des qualités d'héritier, & de légataire, que l'un des héritiers du ſang ſoit héritier dans une coutume, & légataire dans une autre où il auroit pu être héritier; cela ſeroit contraire à la premiere coutume, qui en ce cas le rend incapable d'être héritier indiſtinctement.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 681, pag. 151: l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 11, num. 16, pag. 342; & les quatre propoſitions ſuivantes qui développent celle-ci.

XIII. Venons aux conſéquences qui réſultent de ce principe. De-là il s'enſuit, que le collatéral, héritier des meubles & acquêts, ne peut être légataire du quint des propres d'une certaine ligne ſubſiſtante, ces propres étant ſitués dans une même coutume, ou dans une coutume autre, dans laquelle néanmoins il eſt, ou pourroit être héritier; premiere conſéquence du principe général qu'on vient d'établir.

Le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 502, eſt d'avis contraire; ce qui eſt fort difficile à concilier avec ſa déciſion ſur la queſtion ſi l'on peut être héritier dans une coutume & légataire dans une autre où l'on n'eſt pas héritier, ſur laquelle il tient la négative; cette opinion ſe détruit par les principes mêmes qu'il admet ſur cette derniere queſtion, quoique toutes les deux doivent ſe décider par les mêmes principes. En effet, quoiqu'il y ait un héritier des propres de cette ligne que la loi en ſaiſit à ſon excluſion, néanmoins il n'a pas, quant à ce, une excluſion expreſſe & abſolue, puiſqu'il a par la loi, une capacité pour ſuccéder à ces mêmes propres, dans le cas qu'il n'y auroit aucun parent de la ligne. Capacité, quoique éloignée, qui ſuffit pour fonder l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire; tel eſt le véritable eſprit de la coutume, telle eſt la juriſprudence du châtelet, qui eſt fondée ſur les autorités rapportées ſur la ſeconde propoſition de cette ſection, & ſur le ſentiment de Ricard, en la ſection citée ſur la propoſition qui ſuit: voyez les deux autres auteurs qui y ſont cités, tout cela fonde la propoſition, & me paroît écarter entierement l'opinion de le Maître, qui eſt abſolument contraire à l'eſprit de la coutume, & aux principes de l'incompatibilité & à ſes motifs.

XIV. Par la même raiſon, l'héritier des propres d'une ligne, ne peut être légataire

des propres d'une autre ligne, puiſque s'il ſe trouvoit le plus prochain, & qu'il n'y eût aucun parent de cette ligne, il ſuccéderoit à ſes propres; ce qui ſuffit pour fonder l'incompatibilité des qualités, puiſque pour la faire ceſſer, il faut une excluſion générale & abſolue; ſeconde conſéquence de ce que deſſus, & tel eſt encore une fois l'eſprit de la coutume; c'eſt une ſuite du même principe.

Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 422, num. 38; de Renuſſon, des propres, pag. 343, num. 18 & ſuivans; Ricard, des donations, part. 1, chapitre 3, ſect. 15, num. 695; & tel eſt encore en ce ſecond cas l'uſage du châtelet: c'eſt ſuite du texte.

XV. Du même principe, il s'enſuit que ſi les biens de la ſucceſſion ſont régis par différentes coutumes, celui des parens qui eſt héritier légitime dans ces différentes coutumes, & ſaiſi par leurs diſpoſitions, ne peut être héritier dans une coutume, & légataire des biens régis par une autre coutume. La différence ſur ce des coutumes, lorſqu'il eſt ſaiſi par la loi dans l'une & dans l'autre, ne peut pas opérer plus d'effet que la différence des biens; cela eſt encore une ſuite de ce que l'on vient d'établir & une troiſieme conſéquence de ce que deſſus; mais l'incompatibilité ceſſeroit, comme on l'a vu, ſi l'héritier étoit abſolument exclu de la ſucceſſion par la diſpoſition de l'une des coutumes; c'eſt le cas de l'exception, & dans lequel il peut être héritier dans l'une & légataire dans l'autre, puiſque dans cette derniere, il n'étoit ni ne pouvoit être héritier.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 695 & précédens, pag. 154; de Renuſſon, traité des propres, ch. 3, ſect. 11. De ce que deſſus, il réſulte que l'héritier dans le ſecond degré non ſaiſi de la ſucceſſion lors de ſon ouverture, ne peut oppoſer à celui qui en étoit ſaiſi, l'incompatibilité des qualités d'héritier & de légataire; Auzanet, dans ſes mémoires ſur l'art. 300 de la coutume; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & qu'on y regarde comme inconteſtable; ce n'eſt pas pour celui-là que la coutume a établi l'incompatibilité, qui ne tend qu'à l'égalité: égalité qui ne peut être alléguée que par ceux qui ont par la loi une ſaiſine actuelle & commune.

SECTION III.

De la compatibilité en collatérale, des qualités de donataire & d'héritier, & que le rapport n'y a lieu, mais que l'héritier impute ce qu'il doit au défunt, & non ce que ſes enfans lui doivent, ni ce que le défunt leur a donné ou légué.

(Art. 301 de la coutume.)

XVI. Il faut développer ce qu'on a déja expoſé. Dans cette ligne, on peut être donataire & héritier, parce que l'égalité n'eſt pas requiſe entre collatéraux, comme elle l'eſt entre enfans; ce qui y affranchit du rapport & autoriſe la réunion de ces deux qualités, c'eſt-à-dire, d'héritier & de donataire; tel eſt le principe général qui influe à plus forte raiſon ſur la donation faite aux enfans de l'héritier collateral qui peuvent même être légataires, ſans que pour cela l'état de leur pere ſoit affoibli, l'incompatibilité d'héritier avec celle de donataire n'ayant de baſe que le rapport qui n'a pas lieu dans cette ligne, comme on le verra par la propoſition quatrieme de cette ſection.

Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 641, pag. 144: mais il n'en eſt pas de même en la coutume de Normandie, dans laquelle un collatéral ne pourroit être donataire d'un propre, & héritier des meubles & acquêts, ce qui embraſſe même les ouvertures de ſubſtitution. Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 28; mais parmi nous, il n'y a ſur ce aucune difficulté relativement à la donation, l'art. 301 de la coutume l'ordonnant ainſi.

XVII. De la compatibilité en collatérale des qualités d'héritier & de donataire, il s'enſuit que l'héritier collatéral qui a reçu une donation entre-vifs du défunt, a nonobſtant cette donation, ſa portion héréditaire en entier dans les biens extans lors de l'ouverture de la ſucceſſion, & auxquels la loi municipale l'appelle, toute abſtraction faite de la donation; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la régle ci-deſſus poſée, le rapport encore une fois n'y ayant pas lieu; affranchiſſement qui forme la matiere de ce qui ſuit.

Voyez Louet, let. H, num. 17; Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 2, ch. 4, tout au commencement, pag. 225; Ricard, des donations, part. 1, ch. 3, ſect. 15, num. 641, pag 144: affranchiſſement de rapport qui naît du principe de cette ſection, & qui fait la matiere des propoſitions ſuivantes, qui ſont toutes tirées de l'article 301 de la coutume.

XVIII. Expliquons donc l'affranchiſſement du rapport dans cette ligne. De la compatibilité en collatérale des qualités de donataire & d'héritier, il s'enſuit que le rapport de ce que l'héritier a reçu entre-vifs du défunt n'y a pas lieu; ce qu'on a déja annoncé, & ce qui réſulte évidemment de ce que deſſus, le rapport d'un don ne pouvant avoir lieu que lorſque les qualités de donataire & d'héritier ſont incompatibles: incompatibilité qui n'eſt point dans cette ligne.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 467, num. 20; ce qui s'obſerve inviolablement au châtelet, comme ſuite du texte.

XIX. Par une ſeconde conſéquence, & même à plus forte raiſon, il ne rapporte

pas ce qui a été donné à ſes enfans, à moins que ce ne ſoit la condition de la donation ; c'eſt une conſéquence inconteſtable de la propoſition précédente ; & comment dans cette ligne ſeroit-il aſſujetti de rapporter ce qui a été donné à ſes enfans, lorſqu'il eſt affranchi de rapporter ce qui a été donné à lui-même? Ainſi dans cette ligne dans laquelle l'égalité n'eſt pas requiſe comme dans la directe, les enfans de l'héritier, quoique lui-même ne puiſſe être héritier & légataire, peuvent non-ſeulement être légataires, ce qui a lieu en directe ; mais leur pere n'eſt point obligé de rapporter le legs fait à ſes enfans, ſi la condition du rapport n'a pas été attachée au don ou au legs.

Mais ſi un oncle avoit doté une niéce, ſous la condition qu'elle, ſon pere & ſes enfans, ne pourroient venir à la ſucceſſion, qu'en rapportant, non-ſeulement cette condition doit être exécutée par la fille ainſi dotée, & par les perſonnes dénommées, mais encore par les freres & ſœurs de la niéce ainſi dotée, telle condition ayant pour but l'égalité, & affectant tout le degré & toute la branche ; tel eſt l'effet de l'intention du donateur qui doit avoir ſon exécution. Arrêt du 23 mai 1688, rapporté dans la onzieme partie du journal du palais, p. 488 : ce même arrêt eſt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, pag. 170; le Maître, tit. 15, chap. 3, pag. 503, fait mention de ce même arrêt : juſte exception qui peut ſervir à fonder la propoſition.

XX. Mais l'héritier collatéral doit imputer ſur ſa portion héréditaire, ce qu'il doit au défunt, & ſes créanciers, même ceux qui ſont antérieurs en hypothéque au défunt, ne peuvent empêcher cette imputation, parce que les lots ſont garans les uns des autres : moyen qui fonde cette imputation, comme on l'établira par la propoſition qui ſuit ; c'eſt le juſte effet de l'égalité qu'il doit y avoir dans les lots de ceux qui ont un même droit, une même qualité.

Cela eſt doctement établi par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 6, ſect. 2, num. 7, pag. 462 & 463. Voyez la propoſition ſuivante qui explique l'effet de cette garantie.

XXI. De cette garantie il s'enſuit, que ſi la dette eût été partagée comme les autres biens, les héritiers auroient pour ce un privilége ſur le lot de leur cohéritier débiteur envers la ſucceſſion, dont ils auroient ainſi partagés les biens ; & c'eſt cette garantie qui produit ce privilége, & il ſe conſomme par l'imputation qui évite le circuit des actions ; il faut donc regarder l'imputation du montant de la dette ſur la portion héréditaire de l'héritier collatéral débiteur envers la ſucceſſion, comme étant inconteſtable ; elle me paroît telle, parce que ſans cela le droit de ces cohéritiers ne ſeroit pas conſervé.

C'eſt ainſi qu'on conſomme cette garantie dans les partages qui ſe font au châtelet, conformément au ſentiment de le Brun, cité ſur la propoſition précédente : ſentiment qui eſt fondé ſur l'égalité & les principes inébranlables des partages.

CHAPITRE SEPTIEME.

DE L'ACCEPTATION DES SUCCESSIONS COLLATÉRALES, ET DE LA RENONCIATION A ICELLES.

SECTION PREMIERE.

DE LEUR ACCEPTATION, ET DES ACTES D'HÉRITIER, ET QUAND ON PEUT RENONCER.

(Art. 317 & 316 de la coutume.)

I. CES ſucceſſions s'acceptent comme les directes, ou en prenant la qualité d'héritier, ou s'emparant des biens; l'un ou l'autre font acceptation ou acte d'héritier dans cette ligne, comme dans la ligne directe, ce qu'on a deja établi par rapport à la derniere; la loi fait la ſaiſine de droit, mais elle ne ſe conſomme & ne ſe réaliſe que par la volonté de l'homme.

Dupleſſis, traité des ſucceſſions, liv. 4, ch. 3, pag. 233, & les deux articles de la coutume qu'on vient d'indiquer

II. Celui qui s'empareroit des biens, ayant droit & qualité pour ce faire, autres que ceux d'héritier, ne feroit pas acte d'héritier; c'eſt juſte exception, interpreter autrement ſon fait, ſeroit rigueur outrée, ce ſeroit abuſer de la loi qui a même paré à cet abus.

Cela a été établi ſur la ſucceſſion directe, c'eſt la ſage diſpoſition de l'art. 317, & en ligne directe, comme en collatérale, l'héritier du ſang qui prend ſoin des funérailles du défunt, ainſi que celui qui pourſuit la vengeance de ſa mort, ne fait point acte d'héritier: le Brun, des ſucceſſions, pag. 532, num. 3 & 4, ce qui a pareillement lieu dans les actes purement conſervatoires; dans l'un comme dans l'autre cas, l'héritier ne fait point acte d'héritier ſuivant la note de Dumoulin, qui dit que, *in funeralibus & perituris*, l'héritier du ſang ne fait pas acte d'héritier, ce qui eſt ſuivi au châtelet: il y a plus, l'héritier collatéral qui reçoit la réparation civile adjugée pour l'homicide du défunt ne fait pas acte d'héritier; voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 11, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, tit. des ſucceſſions, art. 7.

III. Ce qui a été dit ſur l'acceptation des ſucceſſions, & ſur les actes d'héritier qui ſe font en directe, s'applique ici, inutile de le répéter.

Sur les actes d'héritier, voyez le Prêtre, cent. 1, num. 11, & ci-deſſus ce qu'on a dit ſur les ſucceſſions directes.

IV. Examinons à préſent la renonciation à ces ſucceſſions. Tout héritier collatéral peut renoncer, pourvu que les choſes ſoient entieres; ceſſante cette condition, il ne pourroit le faire, & les choſes ne ſont plus entieres, s'il a fait acte d'héritier, ſoit de fait, ſoit de droit: mais les choſes étant entieres, la voie de la renonciation eſt entiérement ouverte à l'héritier du ſang.

Nec adire hæreditatem damnoſam compellitur, liv. 1, au cod. *de jure deliber.* Dupleſſis, pag. 233; le Brun, des ſucceſſions, pag. 532, num. 2; en effet, la régle, *nul héritier qui ne veut*, a lieu en toutes ſucceſſions; ainſi la voie de la renonciation légitime eſt ouverte à tout héritier, & par conſéquent encore plus au collatéral qu'au direct; cela eſt inconteſtable, & c'eſt ſur ces principes que l'article 316 de la coutume a été formé: cependant l'héritier collatéral, comme le direct, ne peut renoncer en fraude de ſes créanciers; c'eſt juſte exception fondée ſur l'équité & adoptée par l'uſage; Loüet, let. R, num. 20; le Brun, des ſucceſſions, pag. 538, ce qui a été examiné ſur les ſucceſſions directes; ce qui y a été dit s'applique aux ſucceſſions collatérales, & par conſéquent inutile ici de le répéter.

V. En collatérale la ſimple déclaration qu'on s'abſtient, ſuffit & vaut renonciation; il faut cependant inſinuation de l'abſtention.

Voyez Lapeyrere, let. S, déciſion 233, pag. 471, & tel eſt l'uſage du châtelet.

SECTION II.

Si le collatéral majeur eſt reſtituable contre ſa renonciation, & à qui la part du renonçant accroît.

(Art. 310 de la coutume.)

VI. L'héritier collatéral majeur, n'eſt pas reſtituable, comme le fils qui a renoncé à la ſucceſſion de ſon pere, & par la renonciation il ne peut rien prétendre dans les biens, ſauf les limitations ci-après, il eſt bien moins favorable que le deſcendant qui eſt reſtituable contre une telle renonciation; le droit de l'un n'influe donc pas ſur l'autre: c'eſt juſte diſtinction à faire ſur cela entre les deux lignes.

Telle eſt la juriſprudence, par rapport à la ligne collatérale, & à la ſucceſſion directe deſcendante, où la reſtitution en entier contre la renonciation eſt admiſe : on l'a établi ci-deſſus, mais non dans l'autre.

VII. Cependant le collatéral mineur eſt reſtituable contre ſa renonciation, ſi elle emporte léſion, puiſque toute léſion eſt un moyen de reſtitution en faveur d'un mineur; c'eſt privilége, c'eſt exception à la régle fondée ſur l'âge; privilége perſonnel au mineur, & qui ne vient nullement de la nature de l'objet auquel il avoit renoncé.

Cela eſt établi ſur le titre des reſtitutions en entier, c'eſt le ſiége de cette matiere.

VIII. Le majeur le ſeroit auſſi, ſi les cohéritiers l'avoient trompé par la communication d'un inventaire infidele; c'eſt dol qui ouvre la voie de la reſtitution en entier, en faveur du majeur même : dol ſuffiſant pour cela & non la ſeule léſion, & qui opére reſtitution en entier contre tout acte.

Potius decipi quàm contrahi videtur. Voyez ci-après le titre de la reſtitution en entier, en faveur des majeurs, où cela eſt établi; je crois même qu'un majeur, toute abſtraction faite de fraude, ſeroit reſtituable contre ſa renonciation, s'il n'avoit ſur ce à combattre contre aucun héritier, mais ſeulement contre des créanciers qui ſont ſur ce bien moins favorables que lui; mais c'eſt l'équité qui régle une telle reſtitution.

IX. Venons à la part du renonçant. Dans la théſe générale, la part du renonçant accroît à la maſſe, par conſéquent aux acceptans qui reſtent ſaiſis de cette maſſe; c'eſt même moins droit d'accroiſſement, que droit de non décroiſſement, puiſqu'il y a ſaiſine ſolidaire; ſaiſine qui ne ſe diviſe que par le concours, que la renonciation fait ceſſer par rapport au renonçant.

Ainſi la renonciation de l'un des héritiers n'affoiblit en rien les droits acquis aux héritiers, à l'inſtant de l'ouverture de la ſucceſſion, contre l'opinion de Dupleſſis : cela eſt une conſéquence de l'art. 310 de la coutume; voyez les notes ajoutées à ſon commentaire, pag. 220 & 222, qui fondent cette propoſition générale, mais ſous la limitation qui forme la propoſition qui ſuit, & ce qui a été examiné ci-deſſus, en traitant de l'effet de la repréſentation.

X. Cela n'a lieu, c'eſt-à-dire, que cet accroiſſement de la part du renonçant en faveur des acceptans, ne milite que lorſque tous les héritiers ont un même droit; mais lorſqu'ils ſuccédent inégalement, la part du renonçant n'accroît qu'à ceux avec leſquels il auroit concouru : principe général auquel il eſt bon de s'arrêter & qu'on va développer. De-là il s'enſuit, que ſi c'eſt un héritier des meubles & acquêts qui a renoncé, ſa part n'accroît qu'aux héritiers des meubles & acquêts qui étoient concurrens avec lui : premiere conſéquence qui réſulte de ce que deſſus.

Telle eſt la juriſprudence, & cela réſulte du texte de la coutume; les différentes ſaiſines qu'elle ordonne, devant chacune ſe régler par les principes qu'elle a adoptés.

XI. Si c'eſt un héritier des propres d'une certaine ligne, ſa part accroît aux héritiers des propres de la même ligne; c'étoit avec eux ſeuls qu'il avoit concours, ce n'eſt donc qu'à leur égard, que ſa renonciation peut opérer accroiſſement : ſeconde conſéquence.

Voyez ci-deſſus les chapitres 2 & 3 de cette quatrieme partie du préſent titre, & cela eſt fondé ſur les mêmes raiſons que la propoſition précédente.

XII. On a vu dans le chapitre de la repréſentation, en examinant comment les biens ſe partagent en collatérale, lorſque quelqu'un des héritiers vient à la ſucceſſion par le bénéfice de la repréſentation, que non-ſeulement les enfans du renonçant ne peuvent venir à la ſucceſſion comme le repréſentant; mais même qu'en égalité de degré avec les autres héritiers, ils ne peuvent de leur chef venir à la ſucceſſion, la part des renonçans accroiſſant à ceux qui ont été ſaiſis lors de l'ouverture de la ſucceſſion, & qui concouroient alors avec eux; ce que l'ordre oblige de reprendre ici, en examinant l'effet de la renonciation; & il eſt étrange que par un écart de la ſimplicité du principe, cela ait pu faire la matiere d'un doute.

Note ſur Dupleſſis, pag. 220, & tel eſt l'uſage & ſuite du principe adopté par la coutume, que la part du renonçant accroit aux acceptans.

CHAPITRE HUITIEME.

DU PARTAGE ENTRE HÉRITIERS COLLATÉRAUX.

SECTION PREMIERE.

DE LA LIQUIDATION ET FIXATION DES BIENS, ET DE LEUR DIFFÉRENTE MASSE, POUR FIXER LA SAISINE DE CHACUN.

DISTINCTION PREMIERE.

Des principes de cette liquidation préliminaire, & de la masse des meubles & acquêts.

I. CETTE liquidation, cette fixation qu'on peut regarder comme préliminaires à la conſommation du partage effectif entre collatéraux, ne ſont néceſſaires que lorſque dans la ſucceſſion, il y a différente nature de biens, & ſaiſine différente, en faveur de ceux qui recueillent la ſucceſſion; autrement cette liquidation n'eſt pas néceſſaire, il faut partager lorſque tous les copartageans concourent enſemble par l'uniformité de leur ſaiſine & de celle de la nature des biens: mais elle le devient lorſque les uns ſuccédent aux meubles & acquêts, & les autres aux propres; ces différens héritiers ne ſont pas vraiment cohéritiers, il n'y a que ceux qui ſont appellés conjointement à ſuccéder à une certaine nature de biens, qui ayent reſpectivement entr'eux cette qualité; ce qui n'empêche pas que cette liquidation, cette maſſe générale ne ſoit néceſſaire, & ce pour la contribution aux dettes, dans le cas qu'il y a différentes ſortes d'héritiers.

Cela a été établi ci-deſſus, & la néceſſité de fixer la différente nature des biens s'annonce d'elle-même pour la contribution aux dettes: voilà ſon objet & ſa fin; cela a encore une autre fin, qui eſt que les frais des ſubdiviſions ne tombent que ſur ceux entre leſquels elles ſont faites.

II. Par cette différence des droits ſucceſſifs, dont les différens héritiers collatéraux peuvent être ſaiſis, il faut faire différentes maſſes ſubordonnées, ce qui fera la matiere des propoſitions ſuivantes; tel eſt leur droit général: la ſubdiviſion eſt un droit particulier entre concurrens, & ces diverſes actions ſont ſujettes à preſcription, l'action en pétition d'hérédité n'étant pas impreſcriptible, ſi ce n'eſt entre freres qui ne peuvent s'ignorer, & par conſéquent ne peuvent preſcrire contre leur qualité, & leur titre que cette même qualité forme.

L'action en partage, en pétition d'hérédité, ſe preſcrit par 30 ans de la part d'un héritier contre un autre, ce qui eſt limité aux héritiers concourans enſemble par rapport à une ſaiſine mutuelle & réciproque de mêmes biens: ainſi ce n'eſt pas le cas où l'on puiſſe dire qu'on ne peut preſcrire contre ſon titre, autrement il faudroit dire que l'action en pétition d'hérédité ſeroit impreſcriptible; ce qui eſt doctement traité par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 597 & 598: qualité que cette action n'a pas, ſi ce n'eſt dans le cas qui termine la propoſition.

III. On doit après la maſſe générale fixer le montant des meubles & acquêts, lorſqu'il y a tout enſemble héritier des meubles & acquêts, & héritier des propres, parce que c'eſt cette fixation qui détermine non-ſeulement ce qui eſt à partager entr'eux, mais encore ce que chaque héritier doit ſupporter dans la contribution des dettes, l'inventaire peut produire cet effet; mais il le produit confuſément, il eſt plus régulier de faire la liquidation de conſtater cette fixation par un acte préalable aux ſubdiviſions.

Tel eſt l'uſage au châtelet dans les liquidations qui s'y font au ſujet de la contribution aux dettes, on y fixe pour ce le montant de la maſſe totale, ſauf la fixation des maſſes ſubordonnées.

IV. Dans les meubles on ne comprend pas les tableaux des familles, ils appartiennent à l'aîné mâle, s'il y en a, ſinon à l'aînée des femelles, ce qui a lieu en collatérale comme en directe; c'eſt choſe indiviſible, c'eſt le privilége de l'âge.

Voyez ſur cette prérogative des aînés, le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 588, num. 42 & 43; & tel eſt l'uſage du châtelet: il eſt fondé ſur la nature même de tels objets qui ſont indiviſibles.

V. Dans cette premiere maſſe on doit comprendre les acquêts, parce qu'ils appartiennent au même héritier que celui à qui les meubles appartiennent, & que les acquêts ſuivent toujours les meubles, ſur quoi il faut obſerver que tout bien eſt préſumé acquêt, s'il n'y a preuve contraire, comme on l'a dit dans ſon ordre; ainſi faute de preuve de l'origine d'un certain immeuble, tel immeuble appartient

appartient à l'héritier des meubles & acquêts; maſſe qu'on doit faire pareillement des propres de chaque ligne, comme on le verra par la diſtinction qui ſuit.

Voyez le titre des acquêts, où la derniere partie de la propoſition eſt établie.

VI. Si parmi les acquêts il y a des fiefs, & que parmi les héritiers des meubles & acquêts il y ait des mâles & des femelles en pareil degré, il faut diſtraire les fiefs en faveur des mâles, pour les partager entr'eux ſeulement, ſuivant la prérogative qui a été expliquée ci-deſſus; mais ces biens ſont à conſidérer pour la contribution aux dettes, les mâles dans le cas qu'ils excluent les femelles de prendre part dans ces biens, devant contribuer à proportion de leur amendement; c'eſt droit héréditaire & non droit de préciput.

Cette diſtinction s'obſerve au châtelet dans les liquidations par la contribution aux dettes, parce qu'en ce cas on a vu que la coutume ne faiſoit pas la grace toute entiere aux mâles, & qu'elle ne leur accordoit ce droit d'exclure les femelles, étant avec eux en parité de degré de ſuccéder aux fiefs, qu'avec la charge de contribuer au payement des dettes de la ſucceſſion à proportion de leur amendement.

DISTINCTION II.

Des maſſes des propres, & de l'eſtimation préalable des biens.

VII. Les propres de chaque ligne forment une autre maſſe; les héritiers de la ligne étant ſeuls ſaiſis de ces propres, c'eſt donc maſſe ſéparée qu'il faut faire de ces biens; cette liquidation qui doit avoir pour baſe une eſtimation, a pour motif la contribution aux dettes, indépendamment de la fixation de ce que chacun doit recueillir, & qui eſt à ſubdiviſer entre quelques-uns ſeulement.

Voyez le chapitre de la contribution au payement des dettes, où l'on voit la néceſſité de cette liquidation, de cette fixation des différens biens, puiſque c'eſt leur montant qui régle la contribution.

VIII. Si parmi les propres il y a des fiefs d'une certaine ligne, & qu'il y ait mâles & femelles en parité de degré, comme dans le cas de fiefs acquêts, il faut diſtraire les fiefs en faveur des mâles, pour les diviſer entr'eux ſeulement, & à l'excluſion des femelles de la même ligne, étant en parité de degré avec eux: mais lorſque la qualité de propre eſt conteſtée, cela ſuſpend quant à ce le partage, le droit de l'héritier des propres & de celui des acquêts, étant alors incertain; & ce n'eſt qu'après la déciſion ſur la qualité de l'héritage, & le jugement qui décide, s'il eſt propre, ou s'il eſt acquêt, qu'on peut placer le bien litigieux dans la maſſe des propres ou dans celle des acquêts; ſa qualité juſqu'à ce étant incertaine, & la qualité de propre ancien ſe détermine par la perſonne du plus ancien poſſeſſeur, lorſqu'il ne paroît nulle trace antérieure.

Tel eſt l'uſage du châtelet; & quand on ne peut connoître le premier acquéreur de l'héritage devenu propre, on s'arrête au plus ancien aſcendant qui paroît l'avoir poſſédé; Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 3, pag. 225; ce qui eſt ſuivi. De ce que deſſus, & notamment de la premiere propoſition, il réſulte que lorſqu'il y a des propres de différentes lignes, il faut des maſſes différentes d'iceux autant qu'il y a de différentes lignes, pour être enſuite partagés entre ceux que la coutume en ſaiſit, & ſervir de guide à la contribution aux dettes.

IX. Paſſons à l'eſtimation des biens ſujets à partage. On doit préalablement procéder à l'eſtimation des biens, & cette eſtimation doit ſe faire, tant des propres que des acquêts, & doit ſe faire avant de procéder à leur diviſion; cette eſtimation doit comprendre tous les biens, parce qu'elle intéreſſe tous les héritiers indiſtinctement pour la contribution aux dettes; & quant à la forme de cette eſtimation, lorſqu'il y a des mineurs intéreſſés, il faut qu'elle ſe faſſe en juſtice; celle qui en ce cas, auroit été faite à l'amiable, ſeroit nulle: nullité qui influeroit ſur le partage dont elle doit être la baſe, il n'en n'eſt pas de même dans le cas de la majorité.

Tel eſt l'uſage au châtelet; uſage qui eſt meilleur que d'y rendre, comme on fait, un mineur incapable de provoquer un partage; dans le premier cas, c'eſt-à-dire par rapport à l'eſtimation judiciaire, on conſerve les droits du mineur; mais dans le ſecond, on les affoiblit plus qu'on ne les lui conſerve.

☞ Il faut que l'eſtimation ſoit faite par experts nommés en juſtice, & que ces experts ayent prêté ſerment: voyez l'arrêt du 21 mai 1762, rapporté par Deniſart *verb.* partage, qui a déclaré nul un partage fait d'après une eſtimation de biens fonds, en laquelle il avoit été procédé par des experts choiſis à l'amiable par les parties intéreſſées, & qui n'avoient point prêté ſerment.

X. Mais ſi tous les héritiers étoient majeurs, elle peut être faite à l'amiable; leur âge les met en état de veiller à leurs droits, & ce à leur gré, & par conſéquent ils peuvent entr'eux convenir d'un certain prix; mais lorſque le procès-verbal d'eſtimation eſt néceſſaire, il y a un préalable à celui-là; c'eſt que s'il y a un mineur émancipé, & à plus forte raiſon s'il ne l'eſt pas, il faut le pourvoir d'un tuteur à l'effet du partage, & c'eſt avec ce tuteur que l'eſtimation doit ſe faire, ſans cela il y auroit nullité, cette forme donnant ſeule capacité pour cet acte.

On n'omet jamais ce préalable au châtelet; on y autoriſe même celui qui provoque le partage à

avancer pour ce les frais néceſſaires, dont on ordonne le rembourſement ; cependant dans le cas de l'émancipation, ne pourroit-on pas dire qu'un partage eſt un acte d'adminiſtration, & d'adminiſtration néceſſaire, & non un acte d'aliénation? Je trouve plus de ſubtilité pratienne à le regarder comme aliénation, que de raiſon ſolide ; mais il faut reſpecter l'uſage.

SECTION II.

Des diviſions entre collatéraux.

§. I.

Du partage des meubles & acquêts.

XI. Les collatéraux les plus prochains en ſont ſaiſis, comme on l'a dit ci-deſſus; voyons donc à préſent comment ils les diviſent entr'eux. S'il y a entr'eux égalité de degré ils les partagent également; d'où il s'enſuit qu'en ce cas il s'en fait autant de parts ou de lots qu'il y a d'héritiers, & s'il y a inégalité de degré entr'eux, ils ſe partagent comme il eſt expliqué par les deux propoſitions ſuivantes; c'eſt l'effet de la repréſentation : on parle des acquêts, quant aux meubles, ils ne ſont gueres ſujets à partage ; il faut les vendre, & c'eſt le prix de la vente qui ſe partage : cependant quand quelques-uns des héritiers affectent de certains meubles, ils peuvent demander que les héritiers ſoient autoriſés à ſe rendre adjudicataires ſans être tenus de payer comptant, ſauf après la vente totale à ſe faire réciproquement raiſon du montant de leurs adjudications ; c'eſt un judiciaire expédient.

Cela, par rapport aux acquêts, ne s'entend qu'autant que cette diviſion eſt pratiquable ; ſi elle ne l'eſt pas, on la balance par des ſoultes, pour leſquelles il y a privilége ſur tous les biens qui compoſent le lot qui en eſt chargé, ce qu'il convient d'obſerver ſur la propoſition ; arrêt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch. 53, pag. 565 ; ce qui s'entend des acquêts : car à l'égard des meubles, la vente d'iceux applanit toute difficulté ſur leur partage, qui ſe réduit en ce cas à la diviſion du prix qui en eſt provenu; ce qui eſt ſimple & ſans difficulté, une régle d'arithmétique le fait.

XII. S'il y a inégalité de degré & concours d'un plus éloigné, par le bénéfice de la repréſentation, en ce cas, les meubles & acquêts ſe diviſent en autant de parts qu'il y a de branches collatérales ſaiſis de ces ſortes de biens; c'eſt l'effet de la repréſentation. De-là il s'enſuit, que les neveux & niéces enfans d'un frere du défunt, ſuccédans avec un autre frere, n'ont enſemble dans les meubles & acquêts qu'une part égale à celle du frere, & qu'ils ſubdiviſent enſuite cette part entr'eux, eu égard à leur nombre; il ne s'agit ici, c'eſt-à-dire, dans les opérations du partage, que de les conformer aux principes qu'on a expliqué en traitant de l'effet de la repréſentation.

Voyez la ſection 3 du quarrieme chapitre de cette partie du préſent titre, où le fonds du droit en ſoi a été examiné ; ici l'ordre exige qu'on faſſe voir la conſommation de ce droit par l'opération du partage.

§. II.

De la diviſion des propres de chaque ligne entre les héritiers qui en ſont ſaiſis.

XIII. Si les héritiers des propres d'une ligne, ſont en égalité de degrés, ils diviſent entr'eux les propres de cette ligne également; c'eſt même principe que ſur les acquêts, ainſi le nombre des têtes fait celui des lots, ſaufle droit des mâles ſur les fiefs qu'on a ci-deſſus expliqué, & le partage a effet rétroactif; de ſorte que les créanciers des héritiers n'ont hypothéque, que ſur ce qui compoſe le lot de leur débiteur; ce qui milite, tant pour les acquêts, que pour les propres.

Par cette diviſion l'hypothéque des créanciers de chacun des héritiers ſe réſerve ſur ce qui eſt compris dans le lot de ſon débiteur; Robert, liv. 4, ch. 19; ce qui eſt commun à toute ſucceſſion & à tout partage, qui n'eſt que déclaratif d'un droit ancien & non introductif d'un droit nouveau.

XIV. Lorſque par le bénéfice de la repréſentation un plus éloigné peut concourir avec un plus prochain, le repréſentant a dans les propres, comme dans les meubles & acquêts, la part que la perſonne qu'il repréſente auroit eu ; c'eſt l'effet du bénéfice de la repréſentation qu'on a expliqué : ainſi dans le cas qu'il y a pluſieurs repréſentans une même perſonne, ils n'ont tous enſemble dans le propre que la part que la perſonne par eux repréſentée auroit eu ; même principe & ſuite de ce que deſſus, tel étant l'effet de la repréſentation; & le titre du propre ſe remet à l'aîné, comme on lui remet le titre de l'acquêt.

Le titre commun du propre ou de l'effet échu à pluſieurs, doit dans la ligne collatérale, être laiſſé à l'aîné d'entr'eux, à la charge d'en aider les autres aux termes de l'arrêt du 25 janvier 1707, rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences, ſeconde partie, liv. 1, ch. 3, pag. 3; telle eſt la pratique du châtelet : quant à la diviſion que contient la propoſition, elle réſulte encore de l'art. 320 ; & ſi la ſubdiviſion ne peut avoir lieu, il faut avoir recours à la licitation du propre qui ſe doit faire en ce cas, comme lorſqu'ils ſuccédent de leur chef; & dans l'un comme dans l'autre cas, il faut appeller à la licitation tous les intéreſſés, & ne pas réduire la licitation à une portion indiviſe entre pluſieurs : voyez dans le dernier livre le chapitre de l'action en licitation.

SECTION III.

De la garantie qui a lieu entre collatéraux.

DISTINCTION PREMIERE.

Des régles générales de cette garantie, & qu'elle n'a lieu qu'entre vrais héritiers.

XV. Dans cette ſucceſſion comme dans

la directe, les lots ſont garans les uns des autres, parce que la condition des vrais héritiers doit être égale; ce qui a lieu dans toute ſucceſſion; l'équité a dicté ce principe.

Curare debet judex familiæ erſciſcundæ ut de evictione caveatur, his quibus adjudicat, l. 24, ff. *famil. erſciſc.* voyez l'art. 142 de la coutume de Bretagne, & tel eſt le droit commun; cette garantie réciproque naiſſant de la nature même d'un partage: c'eſt raiſon écrite & adoptée.

XVI. Cette garantie eſt de droit & a lieu dans toutes ſucceſſions, l'égalité étant l'ame de tout partage; ainſi, quoique le partage n'en faſſe pas mention, l'action en garantie des uns contre les autres, ne milite pas moins que ſi on l'avoit expreſſément ſtipulée; mais on peut ſtipuler le contraire, ce qui dans la rigueur ne milite qu'à l'égard des immeubles réels, & non des immeubles légaux; c'eſt engagement légal indépendant de la convention.

Cette garantie a lieu pour les évictions dans les immeubles réels, mais non pour les pertes dans les créances ſurvenues par l'inſolvabilité des débiteurs, ſi elle n'eſt pas exprimée dans le partage: *Si nihil ſuper evictionem rerum ſingulis adjudicatarium ſpecialiter inter eos convenit, id eſt, ſi unuſquiſque eventum rei ſuſcipiat, recte poſſeſſionis evictæ detrimentum cohæredem pro parte agnoſcere compeliet*, l. 14, cod. *famil. erſciſc.* voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 593, num. 60 & 61, & les propoſitions ci-après, qui confirment celle-ci.

XVII. Mais les cas fortuits ne peuvent faire ouverture à cette garantie, nul n'en étant garant, ainſi que des forces majeures, à moins qu'on ne s'y ſoit expreſſément ſoumis; ſans cette ſoumiſſion expreſſe, il n'y a pas d'action en garantie, elle ſeroit injuſte, illégitime.

Loi 6, *de pignera. act.* Diſpoſition dictée par l'équité, & comme telle adoptée.

XVIII. Néanmoins comme la vocation des héritiers collatéraux eſt ſouvent différente, cette garantie dont on parle; c'eſt-à-dire, celle que l'éviction fait naître, n'a lieu qu'entre ceux qui ſont vraiement cohéritiers; régle générale qu'on va développer.

Voyez les deux premiers chapitres de cette quatrieme partie du préſent titre, & les propoſitions ſuivantes qui confirment celle ci qui eſt générale, & qui a été formée ſur l'uſage.

XIX. Voyons les ſuites de cette régle générale, que cette garantie au ſujet des troubles ou des évictions, n'a lieu qu'entre ceux qui concourent à partager les mêmes biens: de-là il s'enſuit, 1°. que ſi l'un des héritiers des meubles & acquêts ſouffre éviction dans ſon lot, il n'a pour ce action que contre ſon cohéritier dans les meubles & acquêts & non contre l'héritier des propres; premiere conſéquence qui naît du principe poſé: ce qui s'entend relativement à la propriété qui lui eſt conteſtée, & non à la contribution aux dettes, qui influe indiſtinctement ſur tous les héritiers, & pour leſquels reſpectivement ils doivent contribuer à proportion de leur émolument.

Cela réſulte de ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 642, num. 39; & ſur la derniere partie de la propoſition, voyez la diſtinction ſuivante, elle en contient la preuve.

XX. Retournons la médaille. Par le même principe, ſi l'héritier des propres ſouffre éviction, il n'a nulle garantie contre l'héritier des meubles & acquêts, ils ne ſont pas vrais cohéritiers; ſeconde conſéquence qui naît du même principe. Cette même limitation va encore plus loin. L'héritier des propres d'une certaine ligne qui ſouffre éviction, n'a même de garantie que contre ſon cohéritier des propres de ſa ligne, & non contre les héritiers des propres d'une autre ligne, parce que la différence des biens forme autant de diverſes ſucceſſions, deſquelles ſucceſſions chacune a ſes régles, & que tous ſes différens héritiers ne ſont pas encore une fois vraiement cohéritiers: troiſieme conſéquence qui naît du même principe.

Voyez le Brun, aux deux nombres qui ſuivent celui cité ſur la cinquieme propoſition de la préſente diſtinction; il n'en eſt pas de même par rapport aux pourſuites que l'un des héritiers des propres peut eſſuyer pour le payement des dettes; différence qui fait l'objet de la diſtinction qui ſuit, & qui demande un certain examen.

DISTINCTION II.

Que pour l'acquittement des dettes la garantie eſt ouverte contre tous, & des effets de la garantie des lots.

XXI. La pourſuite pour les dettes ouvre une garantie contre tous; ſi l'un des héritiers collatéraux ſouffre un trouble dans la poſſeſſion des biens à lui échus dans ſon lot, & ce pour l'acquittement d'une dette du défunt; en ce cas, la garantie ou plutôt ſon action en contribution a lieu, laquelle action milite contre tous, toute abſtraction faite de l'objet de leur ſaiſine, & ce par le principe de la coutume, que reſpectivement chacun d'eux doit contribuer au payement des dettes à proportion de leur amendement.

Voyez la loi 18, §. 3, ff. *famil. erſciſc.* & c'eſt ce qui ſe pratique; les propoſitions qui ſuivent expliquent l'effet de cette garantie, comment & pourquoi elle a lieu contre chacun d'eux.

XXII. De-là il s'enſuit que ſi l'héritier des propres d'une certaine ligne eſt pour-

ſuivi hypothécairement, & obligé par la force de l'hypothéque d'acquitter une dette du défunt, il a pour ce garantie juſqu'à concurrence de la part pour laquelle chacun des héritiers doit contribuer, tant contre les héritiers des propres des autres lignes, que contre l'héritier des meubles & acquêts; ce qui a lieu pareillement pour l'héritier des acquêts, qui pour raiſon, ou à cauſe de la poſſeſſion d'un acquêt, eſſuieroit une pareille pourſuite; il a pareille action contre tous les autres héritiers des propres indiſtinctement, les dettes devant ſe prendre par répartition ſur tous les biens; c'eſt la diſpoſition exacte & judicieuſe de la coutume.

Neque æquum neque uſitatum deſideras, ut æs alienum patris tui non pro portionibus hæreditariis exſolvas, tu & frater cohæres tuus; loi 1, cod. *Si certum petat*; voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 642, num. 40; & c'eſt ſur ces principes équitables qu'ont été formés les art. 332, 333 & 334 de la coutume.

XXIII. Ce recours n'eſt pas hypothécaire, c'eſt-à-dire, pour la totalité; mais il eſt limité à la part que chacun des autres doit contribuer, parce que tel héritier ainſi pourſuivi ſeroit lui-même garant de ſa propre demande s'il l'intentoit pour le tout, & par la confuſion de ſa part dans ſa perſonne; la diviſion de la dette s'eſt faite de droit entre tous: ce recours ne peut donc avoir lieu que pour la part virile de chacun des autres héritiers, & c'eſt ce qui réſulte du moyen que contient la propoſition; autrement ce ſeroit étendre l'action au-delà de ſes limites, au-delà des principes & de l'équité.

Voyez ci-après le chapitre de la ſolidité où cela eſt établi; d'ailleurs la raiſon contenue dans la propoſition eſt ſuffiſante pour cela, ſauf la limitation qui ſuit.

XXIV. La propoſition précédente reçoit une exception; en effet, ſi l'un des héritiers étoit devenu inſolvable, la part de l'inſolvable ſe répartiroit ſur tous les autres; c'eſt ſuite de leur engagement pour leur portion virile, que le ſeul concours à l'acquittement peut fixer, leur condition ſur cela devant être égale.

Voyez le même chapitre; ce qui y eſt dit s'applique également ici, & telle eſt la juriſprudence, parce que la condition de celui qui a été obligé de payer le tout par l'effet de la force de l'hypothéque, ne doit pas être différente de celle des autres qui ſont ſolvables; ce qui fonde la répartition ſur tous les autres héritiers de la portion de l'inſolvable

XXV. Voici encore une autre exception, mais elle eſt plus détour que vrai droit. Tel recours de la part d'un héritier qui auroit été contraint par la force de l'hypothéque, de payer une dette en totalité, auroit lieu hypothécairement, & pour le tout, contre les autres, ſi ſous le nom d'un tiers il avoit pris la ceſſion des droits du créancier par lui acquitté; c'eſt une eſpece d'artifice: mais comment y parer? cependant ne doit-il pas affirmer ſur ce fait? & le reconnoiſſant vrai, il ſeroit juſte de réduire ſon action aux portions viriles.

Voyez le titre de la ſubrogation, où cela eſt établi; on peut dire que cela eſt plus fondé ſur un déguiſement & ſur une ſubtilité patricienne, que ſur un vrai principe; mais encore une fois, comment y parer? L'équité voudroit qu'en ce cas on obligeât l'héritier à affirmer, mais l'uſage rejette un tel ferment.

XXVI. Paſſons à l'examen des effets de la garantie réciproque des lots. La garantie des lots entre héritiers collatéraux, vraiement cohéritiers & ſuccédans aux mêmes biens, eſt la même que celle qui a lieu entre enfans, & produit le même effet; de laquelle garantie doit naître une hypothéque du moins légale; & ce qu'on a dit touchant cette garantie par rapport à la ligne directe, s'applique à la ligne collatérale.

De cette garantie naît une hypothéque, encore que le partage fût ſous ſignature privée, parce que cette hypothéque eſt légale, & vient de la nature de la choſe; c'eſt le ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 596, num. 74, ce qui doit avoir pareillement lieu pour la ſoulte; je le penſe ainſi, quoique j'aye entendu juger une fois le contraire au châtelet, au ſujet d'un partage fait par un commiſſaire. On jugea que ſur le fondement d'un tel partage on ne pouvoit fonder une demande en déclaration d'hypothéque, ſous prétexte qu'un tel partage n'avoit pas produit d'hypothéque; ce qui me paroît n'avoir aucune racine dans le droit & encore moins dans l'équité, puiſqu'ici l'hypothéque eſt légale & vient de la loi, & qu'elle eſt indépendante de la qualité du juge du partage.

XXVII. De la garantie ci-deſſus il s'enſuit, que s'il y a deux héritiers des propres d'une même ligne, que l'un d'eux ait été évincé d'un héritage échu dans ſon lot, de la valeur de dix mille livres, ſon cohéritier doit lui payer cinq mille livres; tel eſt le juſte effet de cette garantie, & un tel payement la conſomme.

Diviſionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit, loi 1, au code *comm. utriuſque jud.* Par ce payement, l'égalité qui doit être entr'eux eſt maintenue; voilà l'effet de cette garantie: il faut donc que l'un paye à l'autre la valeur de la moitié de ce dont il eſt évincé; le Brun, des ſucceſſions, p. 596, num. 74, où il établit que par l'éviction que ſouffre un des copartageans, on ne procéde pas à un nouveau partage, mais que l'action réſultante de la garantie des lots ſe conſomme par un ſupplément; ce qui doit s'obſerver dans l'une & l'autre ligne, & l'on le pratique ainſi au châtelet; en effet, un nouveau partage n'opéreroit que des frais inutiles, & le payement ci-deſſus en produit tout l'effet.

XXVIII. Pour la répétition de cette ſomme, l'héritier qui a ſouffert cette éviction a privilége ſur les immeubles échus dans le lot de ſon cohéritier, parce que ces biens deviennent ſa propre choſe juſqu'à concurrence de ce qui lui manque pour égaler ſon lot à celui de l'autre; raiſon déterminante qui fonde ce privilége, il naît de la choſe, & c'eſt même une vraie propriété, mais qui ſe réduit à une ſoulte légale au payement ci-deſſus avec ce privilége : opération plus prompte que le nouveau partage.

Ce privilége eſt le même que celui de la ſoulte qui eſt établie ſur le titre des partages des ſucceſſions des pere & mere entre enfans; ainſi ce qu'on y a dit peut s'appliquer ici.

DISTINCTION III.

Quand l'inſolvabilité des débiteurs des effets ou créances tombés dans le lot d'un des héritiers donne lieu à cette garantie, & qu'elle ceſſe par la perte naturelle de la choſe.

XXIX. Cette inſolvabilité n'y donne pas lieu ſi elle n'eſt ſtipulée; & ſi elle eſt ſtipulée, mais nuement, la garantie n'a pas lieu indiſtinctement; elle a lieu s'il y avoit inſolvabilité au tems du partage, la ſtipulation de garantie devant produire quelque effet qui ſe réduit à la garantie de droit: le maintien de la paix & de la tranquillité dans les familles, a conduit à ces principes généraux.

Cette garantie ne comprend que celle de droit lorſqu'elle n'eſt pas détaillée & étendue, c'eſt-à-dire, qu'en ce cas elle ne produit d'autre effet, ſinon de garantir que le débiteur étoit ſolvable au tems du partage, mais non qu'il le ſera par la ſuite; voyez le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 593, num 62; tel eſt ſur ce l'uſage, il eſt favorable, comme maintenant la paix dans les familles; il eſt légitime, parce que ſur cela, le ſort de tous les copartageans eſt égal.

XXX. Lorſqu'on ne peut imputer cette inſolvabilité à la négligence de l'héritier, l'action en garantie a lieu lorſqu'elle eſt détaillée, c'eſt-à-dire, lorſqu'elle embraſſe celle de fait & celle de droit, & en ce cas elle a lieu même pour l'avenir; c'eſt l'effet d'une convention valable, mais qu'il ne faut pas ſuppléer lorſqu'elle n'eſt pas faite.

Obſervez qu'il faut pour cela que la garantie ſoit ſtipulée indiſtinctement, tant de fait que de droit, ſuivant le ſentiment de le Brun, cité ſur la propoſition précédente : diſtinction qui me paroît très-juſte, on en va voir la conſéquence.

XXXI. De-là il s'enſuit que dans le cas de cette garantie de fait & de droit, s'il eſt échu dans le lot d'un des héritiers, une rente de cinq cens livres au principal de dix mille livres, & que le débiteur de cette rente ſoit inſolvable, ſans qu'on puiſſe en rien imputer cette inſolvabilité à l'héritier, & que la garantie ſoit générale, cet héritier a une garantie & une répétition contre les autres & contre chacun d'eux pour leur portion virile, dès qu'il y a garantie générale dans le partage, c'eſt-à-dire, tant de fait que de droit; & en ce cas, l'effet de la garantie qui a lieu par rapport aux immeubles réels, s'applique ici.

Cela s'entend contre ſes vrais cohéritiers; & dans le cas que le partage contient la clauſe de garantie détaillée & ſans limitation, laquelle en ce cas comprend tant celle de fait que celle de droit, au lieu que celle mentionnée dans la premiere propoſition ne contient que celle de droit : mais ſi ce partage ne contenoit pas cette garantie, l'inſolvabilité du débiteur de la rente ou autre dette échue à l'un des héritiers, ne lui donneroit aucune action de garantie contre les autres; c'eſt la diſpoſition de la loi 4, ff. *de hæred. vel action. vend. Si nomen ſit diſtractum Celſus, lib. 9, digeſtorum ſcribit locupletum eſſe debitorem non debere præſtare, debitorem autem eſſe præſtare.* Diſpoſition qui n'empêche pas une ſtipulation contraire; ainſi lorſque le partage ne contient aucune garantie, il ne peut y avoir aucune action en garantie pour une telle perte; & s'il en contient une ſimple & de droit ſeulement, telle garantie n'aſſujettit les autres héritiers à autre choſe qu'à juſtifier qu'au tems du partage, le débiteur de la rente étoit ſolvable; c'eſt raiſon écrite.

XXXII. Si dans l'eſpece où la garantie a lieu, ils ſont deux héritiers, celui qui par l'inſolvabilité du débiteur perd ſa rente de cinq cens livres a répétition contre ſon cohéritier, pour la moitié du capital de ſa rente, & pour la moitié des arrérages, & par cette répétition exécutée l'égalité eſt remiſe dans les lots, & la diviſion eſt comme elle doit être, c'eſt-à-dire, égale; égalité, répétition telle que deſſus qui conſomme exactement la garantie.

Elle eſt conſervée, parce que la perte affoibliſſant la maſſe, celui qui par l'inſolvabilité du débiteur perd une telle créance échue dans ſon lot, confond ou perd moitié de ſa propre action dans ſa perſonne; donc ſon action ne peut avoir lieu que pour l'autre moitié.

XXXIII. Mais il en eſt autrement s'il y a négligence; en effet, lorſque l'un des héritiers perd par ſon fait l'effet actif à lui échu dans ſon lot, en ce cas il n'y a pas lieu à cette garantie, encore qu'elle fût ſtipulée & ſans limitation, ſon fait ne pouvant nuire aux autres : raiſon qui efface toute action, parce qu'il en ſeroit lui-même le garant.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, au ſujet du rapport, traité des ſucceſſions, liv. 1, ch. 215; de-là il s'enſuit que ſi l'héritier avoit négligé de s'oppoſer au décret des biens du débiteur de la rente échue dans ſon lot, & qu'il fût conſtaté que par une oppoſition au décrêt, il eût conſervé le capital & les arrérages de ſa rente; en ce cas, il n'a pas de garantie contre ſon cohéritier, nonobſtant la ſtipulation; elle fondoit bien une garantie au ſujet de l'inſolvabilité du débiteur, mais non

une action pour réparer & faire tomber ſur les autres les ſuites de ſa propre négligence ; l'action en ce cas eſt donc effacée : je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, ſuivant & conformément à la diſpoſition de la loi 25, ff. *de eviction.* & au ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, p. 594, num 65 : Dupleſſis, pag. 215 ; & le contraire ſeroit injuſte, puiſqu'il rendroit un copartageant la victime d'un fait qui lui ſeroit étranger : ce qui ne peut jamais être admis.

XXXIV. En effet, en ce cas il ſouffre l'affoibliſſement de ſon lot par ſon fait, qui ne peut tomber que ſur lui-même non ſur les autres ; ſon fait comme ſa négligence ne devant leur nuire : mais ſi, dans la même eſpece, c'eſt-à-dire, dans celle où la garantie tant de fait que de droit a lieu, il étoit prouvé que par une oppoſition au décret, l'héritier eût conſervé la moitié de ſa rente, & n'eut perdu que la moitié par l'inſuffiſance des biens du débiteur, en ce cas, il a la garantie, mais pour moitié ſeulement, la garantie de fait étant ſtipulée avec celle de droit, ou naiſſant des termes du partage, c'eſt-à-dire, que dans la même eſpece de deux héritiers il répéte contre ſon cohéritier le quart du capital de ſa rente & des arrérages d'icelle, la garantie ne devant réparer que la perte qui vient de l'inſolvabilité & non celle qui vient de ſa négligence : or en ce cas il eſt conſtant qu'il perd moitié de ſa dette par ſa négligence, dès qu'il eſt conſtaté que par le moyen d'une oppoſition au décret, il auroit touché la moitié de la dette, ce qui réduit ſon action en garantie à un quart, puiſque outre la moitié qu'il perd par ſon fait, il en confond encore un quart dans ſa perſonne par ſa qualité d'héritier pour moitié ; c'eſt dans ce cas à quoi ſe réduit ſon action de garantie.

Tel eſt le tempérament qu'on ſuit en ce cas au châtelet ; ce qui eſt plus régulier que la garantie que le Brun, au nombre ci-deſſus cité, accorde indiſtinctement : voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci, où les principes de la garantie & les effets de la ſtipulation ſont entierement conſervés.

XXXV. Par-là l'égalité des deux lots eſt maintenue, & la perte qui arrive par la véritable inſuffiſance des biens du débiteur tombe ſur la maſſe, & celle que l'héritier ſouffre par ſon fait ne tombe que ſur lui : c'eſt ce qui réſulte des propoſitions précédentes & qui les confirment ; la premiere perte eſt une perte commune, & l'autre, l'effet d'une négligence qui ne peut tomber que ſur celui auquel on doit l'imputer.

Cette garantie ne donne pas lieu à un nouveau partage ; un tel acte opéreroit des frais inutiles & qu'il faut éviter, il ſuffit de conſommer la garantie, & on la conſomme par un ſupplément, ou une raiſon que les copartageans doivent faire à celui d'entr'eux qui a ſouffert une pareille perte, comme cela ſe pratique dans le cas de la reſtitution contre le partage ; ſur quoi il faut voir ce que dit le Brun, des ſucceſſions, pag. 592, num. 56 & 57 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XXXVI. Il n'en eſt pas de même de la perte naturelle ; voyons l'effet d'une telle perte. Lorſque la choſe ou l'immeuble tombé dans le lot de l'un des copartageans périt par ſa propre nature, telle perte ne donne pas lieu à la garantie, quoiqu'expreſſément ſtipulée dans le partage, il a fixé une propriété qui ne peut recevoir accroiſſement ou diminution qu'à l'égard de celui que le partage en a ſaiſi, ainſi ſa perte tombe ſur lui ſeul ; il en étoit le maître, ſa perte, ſa diminution ou ſon accroiſſement ne peut donc intéreſſer que lui.

Cela eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, pag. 595, num. 71, & eſt ſuivi comme ſuite des principes de droit.

XXXVII. Mais la preſcription, quoique commencée contre le défunt, & ſeulement achevée contre ſon héritier, ne fait aucun obſtacle à la garantie, à laquelle les lots ſont aſſujettis par le partage, lorſqu'au tems du partage le terme de la preſcription étoit prochain ; mais s'il étoit éloigné, la preſcription ne peut plus fonder aucune action de garantie, parce qu'en ce cas la négligence eſt juſtement imputée à l'héritier.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 594, num. 68 ; mais il faut pour cela que le tems du complément de la preſcription ſoit prêt à échoir lors du partage, & que par-là on ne puiſſe imputer aucune négligence à l'héritier, autrement ſon action en garantie ceſſeroit, & ſon fait ou plutôt l'inaction qu'on ne peut imputer qu'à lui ſeul, l'effaceroit : on a vu ci-deſſus au chapitre cinquieme, ſection 3, que par l'effet de la garantie des lots, ſi l'un des héritiers étoit débiteur envers le défunt, il faut faire tomber ſa dette dans ſon lot, parce que cela évite le circuit des actions, & ce, en plein, quoique les créanciers de cet héritier, qui ne peuvent avoir plus de droit que lui, ayent beaucoup à perdre ſur leurs créances.

DISTINCTION IV.

Que cette garantie n'embraſſe pas les faits du prince, & quelle léſion détruit le partage en collatérale.

XXXVIII. La garantie, quoique ſtipulée généralement par le partage, n'embraſſe pas les faits du prince, nul n'eſt ſujet à cette garantie, s'il ne s'y eſt expreſſément aſſujetti ; c'eſt principe général qui influe ſur tout acte, c'eſt raiſon écrite.

Baſſet, tom. 2, liv. 5, tit. 7, ch. 2 : voyez dans le livre 2 ci-deſſus le titre de la ceſſion des rentes ; tel eſt l'uſage, c'eſt droit commun : cela eſt établi ſur le titre de l'acquiſition des immeubles, ch. 7, ſect. 2, diſtinction deuxieme.

XXXIX. Mais la convention contraire fait ceſſer cette régle ; ſi par le partage cette garantie avoit été ſtipulée elle auroit lieu,

parce que telle ſtipulation eſt licite, & étant inſérée dans le partage elle devient la loi des copartageans ; il faut donc la ſuivre.

Lex dicta contractui, & cela ſe juge ainſi au châtelet ; c'eſt ſuite & exécution de la convention licite. Sur les deux effets de cette ſtipulation, voyez ci-devant le titre de la ceſſion des rentes ſur les aides & gabelles ; c'eſt le ſiége de cette matiere.

XL. Venons à préſent à la léſion dans un partage en collatérale, & voyons l'effet qu'elle peut produire. La léſion du tiers au quart, eſt un moyen de reſtitution contre un partage entre collatéraux, quoique majeurs, comme elle l'eſt entre héritiers directs ; mais il faut qu'elle ſoit telle, au-deſſous elle n'eſt pas à conſidérer : ainſi on peut appliquer ici ce qui a été dit à ce ſujet ſur les partages des ſucceſſions directes ; inutile de le répéter, c'eſt la même régle, le même principe dans l'une & dans l'autre ligne.

C'eſt la diſpoſition de la loi 3, au code *comm. utriuſque jud.* c'eſt la juriſprudence & droit commun.

XLI. Il faut faire ceſſer cette léſion par un ſupplément, ſi cela ſe peut faire ; & ſi cela ne ſe peut par la voie du ſupplément, il faut ordonner un nouveau partage ; l'impoſſibilité de la premiere voie, rend l'autre inévitable : mais il n'y faut recourir que dans le cas de cette impoſſibilité, & ce nouveau partage ne ſe fait qu'entre ceux qui ſont vraiement cohéritiers, eux ſeuls y ſont intéreſſés ; c'eſt donc avec eux ſeuls qu'on doit le faire. De-là il s'enſuit, que ſi c'eſt un des héritiers des propres d'une certaine ligne qui ſouffre une telle léſion, il n'y a que le partage des propres de cette même ligne, ou plutôt la ſubdiviſion qui s'en eſt faite entr'eux, qui ſoit à recommencer entre l'héritier léſé & ſes cohéritiers, ou à rectifier par un ſupplément : telle eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Cette propoſition a été formée ſur l'uſage & ſur l'eſprit de la coutume ; il n'y a de vrais cohéritiers, que ceux qui ſuccédent concurremment à une même nature de biens.

CHAPITRE NEUVIEME.

DE LA CONTRIBUTION AUX DETTES EN SUCCESSION COLLATÉRALE.

[Article 304 de la coutume.]

SECTION PREMIERE.

ENTRE QUI SE FAIT CETTE CONTRIBUTION ET POUR QUELLES DETTES ELLE A LIEU.

I. LES biens des ſucceſſions ne s'entendant que déduction faite des dettes, & les héritiers n'acquérant vraiement que ce qui reſte des biens après ce prélevement fait ; chacun des héritiers de la ſucceſſion, ſoit qu'elle ſoit recueillie uniquement par des collatéraux, ſoit par des aſcendans conjointement, & avec des collatéraux, contribue au payement des dettes à proportion de ſon émolument ; le montant du droit actif détermine celui de la charge qui leur eſt impoſée, les dettes étant une charge naturelle de tous les biens qui ne paſſent dans les perſonnes des héritiers, qu'avec cette impreſſion ; ce qui a conduit à cette répartition, à cette contribution qui influe par les mêmes raiſons ſur un légataire univerſel, lorſqu'il y en a un, c'eſt un ſucceſſeur à titre univerſel.

C'eſt ſur ces principes qu'ont été formés les articles 332 & 334 ; voyez Dupleſſis, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, pag. 132 : cette contribution ordonnée par notre coutume, eſt ſi juſte qu'elle a été étendue aux autres coutumes qui n'en diſpoſent pas ; le Brun, des ſucceſſions pag. 635, num. 18 ; le Maître, pag. 537 : ainſi c'eſt le droit commun du royaume ; voyez Loyſel, des ſucceſſions, reg. 13, & les arrêtés faits chez le premier préſident de Lamoignon, du payement des dettes, art. 14.

II. De ce que deſſus, il réſulte que c'eſt une charge vraiement commune ; ainſi cette contribution a lieu entre les héritiers de différens biens & de différentes lignes, quoiqu'ils ne ſoient pas vrais cohéritiers, parce que, comme on l'a dit, les dettes ont affecté tous les biens qui ne paſſent aux héritiers qu'avec cette charge, & dès-là pour la répartition d'icelle entr'eux ; & par conſéquent pour la contribution aux dettes, ils ſont vrais aſſociés, relativement à cette contribution, & pour la faire ils ont action l'un contre l'autre ; c'eſt donc entre tous que cette contribution doit ſe faire, & c'eſt le texte même de la coutume : charge qui embraſſe toute dotation qui eſt dûe par la ſucceſſion.

Cette contribution auroit lieu pour le montant de ce qui auroit été promis au couvent, dans lequel celui de la ſucceſſion duquel il s'agit, auroit fait profeſſion: arrêt du 14 janvier 1632, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 85: cependant ſi lors de la mort civile, il y avoit deniers comptans & minorité de la part de celui qui l'encourt, ne faudroit-il pas d'abord épuiſer les deniers comptans, principalement ſi le tuteur étoit héritier? L'arrêt du 10 janvier 1651, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, juge la négative: ce qui me paroit très-juridique, lorſqu'on ne peut pas dire que l'héritier mobilier a cherché à ſe ménager une ample ſucceſſion; voyez l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 13; mais s'il avoit eu cet artifice, n'y auroit-il pas lieu à une réſolution contraire, autrement ce ſeroit adopter un dol?

III. Paſſons aux dettes pour leſquelles cette contribution a lieu. Dans cette contribution, on ne conſidére pas l'origine des dettes, &, quoique les dettes n'ayent pas été contractées par le défunt, & qu'il en ſoit devenu débiteur, comme héritier des propres dans une certaine ſucceſſion, néanmoins cette dette eſt toujours dette de ſa ſucceſſion; & celui qui recueille les propres originairement hypothéqués à cette dette, n'en eſt pas plus chargé que les autres, tous les héritiers indépendamment de l'origine de cette dette, contribuent au payement d'icelle à proportion de leur émolument, comme étant devenue une dette de la ſucceſſion qu'il s'agit de partager; ce qui ne s'entend pas néanmoins des rentes foncieres, comme on le verra ci-après, puiſqu'elles ſuivent toujours l'immeuble, ſur lequel elles ont été impoſées: double principe à obſerver; cependant quant aux repriſes de la veuve du défunt pour déterminer celui ou ceux des héritiers qui en ſont chargés, & quand cette charge ſe répartit ſur tous, cela dépend de ſavoir s'il y a acceptation ou renonciation à la communauté.

Voyez ſur la premiere partie de la propoſition, le Brun, des ſucceſſions, pag. 639, num. 28 & ſuivans, & pag. 641, num. 36; le traité des propres, ch. 3, ſect. 13, num. 30 & ſuivans: quant aux repriſes de la veuve, il faut voir ſur ce le ſiége de cette queſtion, le titre de la communauté: à l'égard de la ſomme à laquelle elle auroit été réduite pour tout droit de communauté, il ſeroit juſte de la faire payer en entier à l'héritier mobiliaire; je ſuis de ce ſentiment, puiſqu'il profite de toute la maſſe de la communauté: voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 653, num. 19; & ſur cette premiere partie de la propoſition, c'eſt-à-dire, la contribution; voyez Louet & Brodeau, let. D, num. 13; le Prêtre, cent. 1, ch. 40; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 540 & 541. Par ce principe que l'origine des dettes n'eſt point à conſidérer, l'héritier des propres contribue au payement des dettes mobiliaires, même au payement du prix des meubles, dont le défunt ſe ſeroit trouvé débiteur au moment de ſon décès, quoique l'héritier mobiliaire profite ſeul de ces meubles; c'eſt la conſéquence qui réſulte du principe contenu dans la propoſition: voyez l'arrêt du 5 août 1619, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 71; Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 232; & le Brun, traité ſur la même matiere, pag. 635, où il atteſte que tel eſt le droit commun du royaume; quant aux charges réelles, c'eſt auſſi droit commun: à l'égard des dettes des ſucceſſions recueillies par le défunt, elles ſont devenues par ſon acceptation de ces mêmes ſucceſſions, ſes dettes perſonnelles, & comme telles elles ſont devenues la charge de tous ſes biens, ſauf l'effet du bénéfice d'inventaire.

☞ Du même principe que l'origine des dettes n'eſt point à conſidérer, il réſulte que l'argent emprunté par le défunt, ſe trouvant dans ſes coffres au jour de ſon décès, doit être rembourſé par tous les héritiers, quoique cet argent appartienne à l'héritier des meubles, pourvu que l'emprunt ait été fait ſans fraude: de même le prix de l'héritage acheté par le défunt, & dont le prix ſeroit dû, doit ſe payer par tous les héritiers: à l'égard des propres, la raiſon pour laquelle celui qui en eſt héritier ne contribue pas plus que les autres héritiers, au payement des dettes auxquelles ces propres étoient hypothéqués; c'eſt que les dettes paſſives n'affectent point de ligne, & que la régle *paterna paternis* ne fait loi que pour les immeubles, & non pour les dettes paſſives, aux termes de l'article de la coutume, qui ne diſtingue point les dettes contractées par les aſcendans, d'avec celles qui ont été contractées par celui de la ſucceſſion duquel il s'agit.

IV. Cette contribution arithmétique ceſſe, ſi les biens ſont régis par différentes coutumes; en ce cas, il faut répartir les dettes ſur tous les biens, & ſuivre enſuite la diſpoſition de chaque coutume, ſur la répartition ſubordonnée, ou contribution au payement des dettes, que les biens régis par chacune des coutumes doivent ſupporter, parce que chacune d'elle doit être reſpectée; mais comme la diſpoſition ſur cela de la coutume de Paris, eſt la plus juſte, la plus légitime, on la ſuit par rapport aux biens régis par des coutumes qui n'ont pas parlé de la contribution aux dettes; mais y ayant diverſité de diſpoſition, il faut faire la répartition ci-deſſus.

Ricard, des donations, part. 3, ch. 11, addition au num. 1510, pag. 760; en effet, chacune des coutumes doit produire ſon effet, & on ne peut le lui faire produire que par cette opération.

V. L'avant-derniere propoſition reçoit une limitation. Si le défunt de la ſucceſſion duquel il s'agit avoit accepté une ſucceſſion par bénéfice d'inventaire, celui des héritiers auquel les biens de cette ſucceſſion bénéficiaire appartiendroit, ne ſeroit chargé des dettes de cette ſucceſſion bénéficiaire, qu'à proportion de ſon émolument, & les autres héritiers ne profitant de rien de cette ſucceſſion bénéficiaire y doivent contribuer, parce qu'encore une fois, l'origine des dettes n'eſt nullement à conſidérer; c'eſt encore une ſuite de ce principe qui conduit inévitablement

blement à cette répartition, ſauf l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire qu'on va examiner pour ce cas; mais en ce cas même, il faut toujours répartition ſur tous, ſauf l'effet des lettres pour tout ce qui influe ſur l'acceptation d'une communauté, & qui concilie les principes.

Je l'ai vu ainſi régler au châtelet; il en eſt de même de la ſucceſſion d'une femme qui étoit en communauté: cette communauté étant acceptée par l'héritier mobiliaire, la part des dettes de cette même communauté, ſe répartit ſur tous les héritiers de la femme, & n'eſt pas en totalité à la charge de l'héritier mobiliaire, quoique lui ſeul profite de tous les biens d'icelle communauté: cela eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 2, ſect. 2, pag. 617, num. 22 & 23; mais il en eſt autrement des repriſes & prélevemens à faire ſur cette même communauté, ce qui prouve la propoſition: voyez la ſuivante & la neuvieme de cette ſection qui acheve cette preuve: quant aux repriſes, c'eſt prélevement à faire ſur la maſſe avant de procéder au partage de la communauté, qui ne comprend pas ce qui s'y eſt confondu, & qui n'embraſſe que ce qui reſte après cette délibation faite & conſommée.

VI. La propoſition précédente a lieu, encore que les dettes de cette ſucceſſion bénéficiaire abſorbent tous les biens d'icelle, & même au-delà; mais en ce cas tous les héritiers jouiſſent conjointement du bénéfice d'inventaire, & ne payent enſemble que juſqu'à concurrence du montant des biens de la ſucceſſion bénéficiaire acceptée par le défunt, ſans que les héritiers qui ne profitent de rien de cette même ſucceſſion, puiſſent offrir d'abandonner les biens qui en proviennent, pour ſe décharger de ce qu'ils doivent contribuer, leur fait ne pouvant préjudicier à un autre; cela ſe décidant par le principe que les dettes d'une ſucceſſion n'étant pas conſidérées dans leur orgine, ſont dettes du défunt: tous ſes héritiers ſont donc tenus d'y contribuer à proportion de leur amendement, ce dont ils ne peuvent ſe décharger au préjudice du droit acquis à un tiers, ſauf l'effet commun des lettres, ils repréſentent tous collectivement le défunt qui avoit contracté l'engagement de rendre compte; ils doivent donc collectivement remplir cet engagement.

Le Maître, tit. 15, pag. 540 & 542, & tel eſt l'uſage, & ci-après la ſection troiſieme du chapitre ſuivant.

VII. Sur ce même principe que les dettes des ſucceſſions ſont à la charge de tous les héritiers, indépendamment de leur origine; ſi une veuve ayant un enfant avoit renoncé à la communauté, & que cet enfant héritier de ſon pere, vînt enſuite à décéder ſans avoir payé à ſa mere ſes repriſes, & qu'il laiſſât ſa mere pour héritiere mobiliaire, & d'autres parens pour héritiers des propres, la repriſe de la dot ſeroit dûe par tous les héritiers à proportion de l'émolument, quoique la mere recueille tout le mobilier de la communauté dans laquelle ſes deniers dotaux ſe ſont fondus, ſauf l'effet de la minorité & de la tutelle qu'on examinera par la propoſition qui ſuit; ceci eſt pour le cas général de la renonciation à la communauté, qui laiſſe toutes les dettes d'icelle à la charge de la ſucceſſion du mari, & par conſéquent de celui qui l'a recueilli.

Arrêt du 3 août 1586, rapporté par Louet, let. D, num. 13; voyez Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 232. Que diroit-on lorſqu'un pere ſuccéde à un fils marié, & qui étoit en communauté? ſur lequel des héritiers de ce fils tombera la répétition des repriſes de la veuve; en ce cas le même principe décide? Il faut diſtinguer, ſi la communauté eſt acceptée par la veuve, ſes repriſes tomberont ſur le pere qui eſt héritier mobiliaire, comme étant un prélevement, une délibation à faire ſur la communauté; mais s'il y a renonciation à icelle, les repriſes de la veuve de ce fils décédé tombent ſur tous les héritiers; le Brun, des ſucceſſions, pag. 617, num. 24: juſte diſtinction que la différence des qualités fonde, & qui eſt ſuivie au châtelet; dans un cas, c'eſt dette; dans l'autre, c'eſt prélevement ſur une maſſe: juſte fondement de cette diſtinction.

VIII. Il en ſeroit autrement dans le cas de la propoſition précédente qui eſt celui de la renonciation, ſi la mere avoit été tutrice de ſon fils, parce qu'alors elle auroit dû ſe payer elle-même juſqu'à concurrence du mobilier, & en ce cas, la contribution ne tomberoit que ſur le ſurplus du montant des repriſes; il en ſeroit de même, ſi la mere, ſans avoir été tutrice, avoit accepté la communauté, alors il faudroit liquider la communauté, & prendre par délibation ſur icelle les repriſes, parce que les repriſes en ce cas, ſont charges de la communauté, & vraie délibation à faire ſur la maſſe d'icelle; au lieu que dans le premier cas, elles ſont charges de la ſucceſſion, & par conſéquent à répartir ſur tous les biens, ce qui fait une différence totale, ſauf l'effet de la tutelle contre la tutrice lorſqu'elle ſe trouve héritiere mobiliaire; voyez ci-deſſus le chapitre quatrieme de la troiſieme partie du préſent titre.

C'eſt avec ces limitations que ſe doivent entendre les moyens allégués par Henrys, tom. 2, liv. 6, queſt. 17: voyez le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 539, qui ſemble faire difficulté ſur cette propoſition & la précédente, qui ont été formées ſur ce qui ſe pratique au châtelet: pratique qui concilie les principes ſur la liquidation de la maſſe de la communauté, & ſur la contribution pour le payement des dettes d'une ſucceſſion, en les examinant conjointement, comme il convient de le faire: il ne paroît pas que la diſtinction expliquée par la propoſition & les précédentes, puiſſe être conteſtée.

IX. De ce que deſſus, il réſulte que lorſqu'une veuve a accepté la communauté, les

dettes de cette communauté dont elle eſt tenue, ne ſont pas à la charge de ſon héritier mobiliaire, mais de tous ſes héritiers qui y contribuent à proportion de leur amendement, parce que par ſon acceptation elles ſont devenues vraies dettes de ſa ſucceſſion; elles ſont donc à la charge de tous ſes héritiers: cela eſt une ſuite des principes qu'on vient d'établir.

De Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 3, ſect. 13, num. 17, pag. 367. Voyez les citations ſur la troiſieme propoſition de cette ſection, & tel eſt l'uſage du châtelet; il n'en ſeroit pas de même du propre fictif du mari, qui en ce cas ſeroit dû par l'héritier mobiliaire de la femme, comme délibation à faire ſur la communauté, ce qui a lieu pour le remploi; même principe, même raiſon pour l'un comme pour l'autre.

X. Venons à préſent aux charges réelles. Les rentes & charges foncieres impoſées ſur des héritages, ne ſont pas dûes par tous les héritiers, comme on l'a déja obſervé ſur la directe, mais ſeulement par celui qui recueille l'héritage qui en eſt chargé; ce qui auroit lieu encore que la rente fonciere fût ſtipulée rachetable, telle ſtipulation n'en changeant pas la nature, qui eſt d'être abſolument attachée à la choſe; parce que juſques au rachat, c'eſt retention partiaire de la choſe, même de la part du vendeur créancier d'une telle rente.

Arrêt du 12 février 1575, rapporté par Bouchel, liv. 4, ch. 47: cette maxime eſt atteſtée par le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 539; & par Dupleſſis, liv. 4, ch. 1, pag. 232, vers la fin; le Brun, des ſucceſſions, pag. 607, num. 29, & 638, num. 26, & 639, num. 27; & l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 13, num. 21, l'atteſtent pareillement; c'eſt droit commun.

XI. Mais il ne faut pas confondre un prix avec une rente fonciere; en effet, il en ſeroit autrement, ſi le défunt avoit acquis un héritage moyennant un certain prix, duquel prix il auroit conſtitué rente; en ce cas, celui qui recueille cet héritage, ne contribue au payement de la rente, qui en ce cas eſt vraiment rente conſtituée & non fonciere, qu'à proportion de ſon émolument; c'eſt dette de ſucceſſion & non vraie charge réelle ſur l'héritage: diſtinction qui eſt dans le droit inévitablement à faire, quoique ſouvent elle ne ſoit pas ſentie par les contractans.

Voyez le titre des rentes, où il eſt établi que telle rente n'eſt pas fonciere, mais conſtituée par rapport à cette contribution; elle auroit lieu en faveur de l'aîné pour le fief acquis, & dont le prix ſeroit dû, & même à titre de rente conſtituée, ce qu'on peut voir ſur le chapitre concernant le droit d'aîneſſe; il en eſt de même de l'héritier mobiliaire qui ſuccéde à l'acquêt dont le prix eſt dû, il n'y contribue qu'à proportion de ſon amendement; Bacquet, des droits de juſtice, ch. 21, num. 16. Voyez l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 13, num. 23, qui a penſé le contraire: opinion qui n'eſt nullement ſuivie, & qui n'a nulle racine dans le droit; elle en peut avoir dans l'équité, mais il ſeroit trop embarraſſant de la ſuivre.

XII. Le douaire coutumier appartenant à la veuve, n'eſt qu'à la charge des héritiers auxquels les héritages qui y ſont ſujets doivent retourner; c'eſt une ſuite de l'avant-derniere propoſition, on ne peut le regarder que comme une charge réelle inhérente au fonds, & qui par conſéquent le ſuit; c'eſt diminution même d'icelui par rapport à la jouiſſance, & c'eſt ainſi qu'il paſſe à l'héritier.

Voyez Dupleſſis, pag. 232; ce qu'il y dit des charges réelles s'applique à toutes, & cela réſulte évidemment de la ſeptieme propoſition de cette ſection, puiſque le douaire coutumier eſt une vraie charge réelle, & c'eſt comme tel qu'il eſt regardé, ſuivant l'eſprit de l'art. 248 de la coutume.

XIII. Il n'en eſt pas de même du douaire préfix, il eſt ſimple dette; en effet, le douaire préfix eſt à la charge de tous les héritiers, enſorte que la mere héritiere mobiliaire de ſon fils, en confond une portion dans ſa perſonne; c'eſt dette perſonnelle qui ſe répand ſur tous les biens, & non la charge particuliere imprimée à quelqu'uns d'eux: preuve que la mere héritiere mobiliaire de ſon fils ou de ſa fille en confond une portion, la diſpoſition de la coutume étant générale.

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 638, num. 22 & 23; l'auteur du traité des propres, qui a ſouvent des opinions ſingulieres; eſtime dans le ch. 3, ſect. 13, num. 20, que la mere ne confond rien de ce douaire: c'eſt heurter de front les art. 332 & 334 de la coutume; le Maître, p. 541, rejette cette opinion; on la rejette au châtelet: je ne vois pas qu'elle ſoit ſoutenable.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 8 juillet 1655, rapporté par Ferriere, ſur l'article 334 de la coutume. Cet arrêt a jugé contre l'opinion de Renuſſon, que la mere confond une portion de ſon douaire; ce qui eſt inconteſtable: en effet, le douaire préfix eſt une dette qui regarde tous les héritiers du mari. Le mari étant décédé laiſſant un enfant de ſon mariage, cet enfant en étoit chargé comme d'une dette mobiliaire & perſonnelle dans la ſucceſſion; ainſi la mere étant héritiere mobiliaire de ſon fils, elle y doit contribuer, *per modo émolumenti*; c'eſt auſſi le ſentiment de Bacquet, des droits de juſtice, chap. 15, nombre 83.

XIV. A l'égard des remplois des propres dûs au ſurvivant des pere & mere, héritier de ſon fils, il en eſt de même que des repriſes dont on n'a parlé ci-deſſus qu'en général; ainſi par rapport au remploi, il faut diſtinguer, s'il y a eu renonciation à la communauté, & que ce ſoit la mere qui ſoit ſurvi-

vante, le remploi ſe répartit ſur tous les biens du fils, de la ſucceſſion duquel il s'agiroit de faire partage ou liquidation : mais ſi la communauté a été acceptée, le montant du remploi eſt un prélevement à faire ſur icelle, c'eſt-à-dire, ſur la maſſe de la communauté ; & par conſéquent en ce dernier cas, l'action de remploi tombe ſur l'héritier des meubles & acquêts, qui recueille en cette qualité la portion que le défunt avoit dans cette même communauté, ſauf à faire contribuer avec lui pour ce l'héritier des propres naiſſans qui ſuccéderoit à un conquêt de cette même communauté : on ne peut s'écarter de-là ſans s'écarter des principes de la coutume.

Voyez l'arrêt rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 27, pag. 447, & ci-devant le chapitre du remploi du titre de la communauté ; voyez auſſi le Brun, des ſucceſſions, pag. 719, num. 24 & 638, num 21, & l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 13, num. 16, pag. 366 ; tel eſt l'uſage du châtelet, tous les principes m'y paroiſſent conſervés : il faut ajouter à tout ce que deſſus, ſur la contribution aux dettes, que ſi un des héritiers compoſe avec un créancier de la ſucceſſion, & obtienne de lui par cette compoſition une certaine remiſe ; c'eſt le cas dans lequel nous adoptons les diſpoſitions des loix, *per diverſas & ab anaſtaſio*, *cod. mandati* ; ainſi en ce cas, la remiſe, quoique faite à un ſeul des héritiers, devient commune à tous, & l'héritier ceſſionnaire eſt obligé d'en faire part aux autres. Voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre des tranſports, art. 17 & ſuivans ; Louet & Brodeau, lettre C, chap. 5 ; & le Prêtre, cent. 3, ch. 96.

SECTION II.

Des actions des créanciers contre les héritiers, & contre les donataires & légataires univerſels.

(Art. 334 & 333 de la coutume.)

XV. La diviſion ci-deſſus n'affoiblit pas l'effet de l'hypothéque. Chaque héritier peut être pourſuivi par les créanciers de la ſucceſſion, perſonnellement pour la part & portion dont il eſt héritier, & hypothécairement pour le tout ſi le créancier a hypothéque, & que l'héritier poſſéde des biens qui en ſoient chargés ; mais cette derniere action n'eſt qu'un acceſſoire de l'autre, & cette derniere qui eſt la principale, ſe réduit à la portion virile dont l'héritier eſt tenu.

Sur cette action hypothécaire pour le tout, voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 8 ; Dupleſſis, traité des actions, liv. 2, ch. 2, pag. 601 ; Loyſeau, des déguerpiſſemens, liv. 2, ch. 11, pag. 53 ; en effet, la mort du défunt ne peut faire perdre un droit acquis, & c'eſt ſur ce principe qu'a été formé l'art. 333 de la coutume, qui laiſſe au créancier ſon action hypothécaire ſur les gages de ſa créance, que le décès de ſon débiteur n'a pu lui faire perdre.

XVI. Cette pourſuite pour le tout, n'a lieu que ſur les biens du premier débiteur, & non ſur les biens du ſecond ou autre ſubſéquent héritier, autrement cet effet de l'hypothéque ſe multiplieroit à l'infini ; je le penſe ainſi, l'action hypothécaire ne pouvant naître que d'une véritable action perſonnelle, & non d'une hypothécaire précédente & limitée.

Je l'ai entendu ſoutenir ainſi au châtelet. S'il y avoit difficulté à prendre cette propoſition dans ſa totalité, du moins eſt-il conſtant que l'action hypothécaire ſur les biens de l'héritier, eſt bornée à la part virile & perſonnelle, dont il étoit tenu dans la dette du défunt, & que ſur ces mêmes biens, la pourſuite pour le tout ne doit pas avoir lieu : voilà, ſelon moi, l'eſprit de la coutume.

XVII. L'héritier peut-il ſe décharger de la pourſuite pour le tout, lorſqu'il poſſéde des biens immeubles affectés & hypothéqués par le débiteur dont il eſt héritier, en abandonnant l'héritage hypothéqué ? La négative eſt bien rigoureuſe ; je ne peux la goûter, & je penſe qu'en abandonnant l'héritage hypothéqué, il doit être déchargé de cette pourſuite ; autrement c'eſt préférer de vaines ſubtilités à une vérité, que l'équité & la raiſon rendent ſenſibles.

Quelques-uns employent ici plus de ſubtilité que de raiſon ; voyez ci-devant le chapitre des dettes des ſucceſſions des aſcendans, & ci-après le titre des déguerpiſſemens ; cette rigueur ne devroit être obſervée, que lorſqu'il a paſſé titre nouvel perſonnellement de la part & portion dont il eſt tenu, & hypothécairement pour le tout, auquel cas ſeulement, l'action perſonnelle devroit être regardée comme inſéparable de l'hypothécaire ; auſſi Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente, n'adopte-t-il pas cet effet trop rigoureux de l'hypothéque contre l'héritier ; & le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 536 & 537, le rejette abſolument ; mais il me ſemble que le plus grand nombre incline encore à ſuivre le ſentiment de Loyſeau, qui dénie à l'héritier la voie qui eſt ouverte à tout détempteur de ſe décharger de l'action hypothécaire en déguerpiſſant, ſur le ſeul fondement que l'action hypothécaire, n'eſt, par ſon concours avec l'action perſonnelle, que l'acceſſoire de cette derniere, ce qui ne me paroît qu'une ſubtilité ; il eſt vrai qu'elle eſt acceſſoire, mais auſſi elle eſt accidentelle, & malgré cela plus étendue ; il eſt donc juſte que l'héritier la faiſant ceſſer avec ſa cauſe, elle ne prédomine pas ſur l'action perſonnelle qui eſt limitée, lorſque l'autre n'en eſt qu'une ſuite ; c'eſt le ſentiment de Pocquet de Livoniere, régles du droit françois, page 274, ainſi que celui de Dupleſſis & de le Maître : ſentiment plus judicieux, & ſi on l'examine à fond, plus juridique que celui de Loyſeau ; il eſt étonnant qu'il ait fait impreſſion.

☞ Voyez ci-deſſus notre obſervation ſur la vingt-troiſieme propoſition de la ſect. 5 du chap. 12, elle confirme la propoſition.

XVIII. Venons au recours que l'effet de l'hypothéque produit. Lorſque l'un des héri-

tiers a payé toute la dette, il n'a recours contre les autres que pour leur part & portion virile, & ce pour éviter le circuit des actions, comme on l'a déja vu ci-dessus par rapport aux successions directes; c'est ici même principe, c'est la véritable exécution des art. 332, 333 & 334 de la coutume.

Semblable à un tiers détempteur, qui poursuivi pour le tout, quoiqu'il ne possede qu'une portion du gage, n'a action contre les cod. tempteurs que pour leur part: la parité ici est entiere; Loyseau, du déguerpissement, liv. 2, chap. 8, num. 2 & 3: ce qui établit la proposition qui est incontestablement suivie au châtelet: c'est suite de l'esprit de la coutume & des principes de droit; en effet, leur sort à tous doit être égal, ce qui limite le recours à la portion virile, suivant la regle *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, sauf la portion de l'insolvable: ce qui forme la proposition qui suit.

☞ Il est certain que l'action hypothécaire par sa nature donne droit à l'héritier de s'en servir contre ses cohéritiers; mais cela ne s'observe plus pour éviter le circuit des actions: ce qui est fondé d'ailleurs sur ce que tous les héritiers contractent entr'eux une espece de société qui ne permet pas d'admettre la dureté de cette action, elle blesseroit l'égalité qui est la loi souveraine des partages. Voyez le Brun, son sentiment est conforme à la proposition.

XIX. Mais dans cette limitation, que deviendra la portion de l'insolvable? Si l'un des héritiers est devenu insolvable, la portion qu'il devoit rembourser de la dette acquittée en totalité par l'un d'eux, se répartit sur tous les autres, quoique par la force de l'hypothéque, un autre put être poursuivi pour cette portion; c'est encore une suite des trois articles de la coutume.

Cela ne s'entend que par la force de l'hypothéque & la détemption des immeubles hypothéqués, sans lesquels, loin que la part de l'insolvable se répartisse sur les autres, cette même part est perdue pour les créanciers qui n'ont pas veillé, de même qu'ils perdroient celle de celui des héritiers qui se seroit fait restituer contre son acceptation; elle ne se répartit pas sur les autres, lorsqu'il n'y a pas d'hypothéque & d'immeubles affectés: répartition qui n'est qu'accidentelle, & suite de l'effet de l'hypothéque; ce qui est attesté par le Brun, des successions, pag. 539, num. 32, sauf dans le dernier cas au créancier à se pourvoir sur le lot de l'héritier restitué.

XX. Il y a ici comme en directe, un certain privilége. En succession collatérale, comme dans les autres successions, les créanciers de la succession ont droit de demander la séparation des biens, pour être, sur les biens de la succession, payés par préférence aux créanciers personnels de l'héritier, ces derniers ne pouvant avoir sur ces biens plus de droit que leur débiteur; cela forme une base incontestable à ce privilége; c'est raison écrite & adoptée.

Le Prêtre, cent. 1, ch. 76: voyez dans le livre dernier le chapitre de, ordres; & tel est l'usage qui adopte ce privilége dans toute succession.

XXI. Quoique les héritiers collatéraux ne soient tenus personnellement des dettes, qu'à proportion de leur émolument, cette fixation de leur contribution aux dettes, est relative entr'eux; mais les créanciers peuvent les poursuivre personnellement pour leur part virile; en sorte que s'il y a quatre héritiers successibles inégalement, le créancier peut poursuivre chacun d'eux personnellement pour le quart de la dette, sauf aux héritiers à se faire raison suivant le droit relatif de leur contribution; autrement ce seroit assujettir les créanciers à une forme qu'il leur seroit presque impossible de remplir, ne pouvant fouiller dans le secret, & connoître arithmétiquement le montant de l'amendement de chaque héritier: juste sens fixé par la jurisprudence des dispositions de la coutume.

C'est le sentiment de Dumoulin, qui a été suivi par le plus grand nombre des auteurs; c'est ce qui se pratique au châtelet, c'est le véritable esprit de la coutume. Voyez le Maitre, tit. 15, pag. 542, qui combat ce sentiment, mais c'est sans solidité. Observez que lorsque dans la succession, il y a des biens régis par différentes coutumes, il faut commencer par répartir les dettes sur tous les biens, & après cela, les héritiers qui succédent aux biens d'une certaine coutume, les payent en y contribuant conformément à la disposition de la coutume qui les régit, ce qu'on a déja observé; voyez le Brun, des successions, p. 635, num. 17; le Maître, pag. 544: ce qui même, en ce cas, ne fait point d'obstacle à l'action pour la portion virile.

XXII. Examinons à présent les autres successeurs au sujet de la contribution aux dettes. Les légataires, les donataires universels, sont tenus envers les créanciers comme les héritiers; ils représentent le défunt à titre universel: représentation qui les assujettit à cette charge; & le légataire universel lorsque l'héritier se tient aux quatre quints des propres, est tenu de contribuer pour tous les biens légués à titre particulier, parce que sans cela les dispositions testamentaires donneroient atteinte aux quatre quints.

La loi 35, §. 4, cod *de donat.* l'établit pour les donataires universels; l'article 334 de la coutume l'établit pour les uns & pour les autres. Sur la contribution aux dettes de la part de ces successeurs, voyez Chopin, des restitutions, liv. 3, part. 3, ch. 10, num. 5; Louet & Brodeau, let. D, num. 54; disposition si juste, qu'on l'a étendue aux autres coutumes, qui ont sur ce gardé le silence; ainsi c'est droit commun. Sur la question de sçavoir, quelle part doit supporter un légataire universel en usufruit, voyez Ricard, tom. 1, pag. 767, & c'est ce qu'on examinera dans son ordre; & sur la derniere partie de la proposition, voyez ci-après le titre des testamens.

XXIII. De ce que deſſus il s'enſuit, que s'ils ſont deux héritiers & un légataire univerſel, chacun d'eux peut être actionné pour un tiers par les créanciers, ſauf entr'eux la contribution expliquée dans la propoſition qui ſuit.

Le Maître, pag. 538, tit. 15, & tel eſt en ce cas l'uſage : cela applanit toute difficulté par rapport aux créanciers.

XXIV. Mais entr'eux il y a action reſpective, pour obliger chacun à contribuer à proportion de ſon émolument ; ce qui encore une fois eſt relatif entr'eux, & qui n'empêche pas que les créanciers ne puiſſent pourſuivre chacun des ſucceſſeurs à titre univerſel pour leur portion virile, c'eſt-à-dire, eu égard à leur nombre ; c'eſt l'eſprit de la coutume ; & ſur la contribution à proportion de l'émolument qui eſt relative entr'eux, il faut remarquer que lorſque l'héritier eſt réduit ou s'eſt tenu aux quatre quints des propres, le légataire univerſel, par rapport & en faveur d'un tel héritier, contribue au payement des dettes à raiſon de la totalité des biens diſponibles, quoique partie d'iceux ſoit léguée à titre de legs particulier, quoique les légataires particuliers ne ſoient point tenus de contribuer au payement des dettes ; & cela eſt fondé ſur ce que quand l'héritier eſt réduit à la portion non diſponible, les dettes doivent ſe répartir ſur tous les biens : ſans cette contribution de la part du légataire univerſel, les diſpoſitions teſtamentaires faites à titre particulier, donneroient atteinte aux réſerves coutumieres & à l'indiſponibilité des quatre quints des propres ; ce qui ſeroit abſolument oppoſé à la coutume.

Cela ſe jugeoit ainſi, même avant la derniere réformation de la coutume, lors de laquelle on a ajouté l'art. 334 ; ce qui ſe voit par l'arrêt rapporté par le Veſt, ch. 73 de ſon recueil d'arrêts. Sur cette contribution, voyez le Prêtre, cent. 1, ch. 6 ; ce qui manifeſte combien cet art. 334 de la coutume, & le juſte effet que l'uſage lui donne, ſont exacts & judicieux : voilà pour la premiere partie de la propoſition ; ſur la ſeconde, voyez le titre des teſtamens.

CHAPITRE DIXIEME.

DES LETTRES DE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE EN COLLATÉRALE.

(Article 342 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE L'EFFET DE CES LETTRES, TANT PAR RAPPORT AUX CRÉANCIERS, QUE PAR RAPPORT AUX COHÉRITIERS.

I. CE bénéfice n'eſt pas de droit en pays coutumier, il faut des lettres royaux pour le fonder, ſoit dans l'une, ſoit dans l'autre ligne ; mais ces lettres obtenues, l'héritier collatéral qui a accepté la ſucceſſion par bénéfice d'inventaire, n'eſt pas tenu indiſtinctement, de même que l'héritier bénéficiaire direct, des dettes de la ſucceſſion : en effet, il n'en eſt tenu que juſqu'à concurrence de l'émolument ; c'eſt le premier effet de ces lettres qui eſt commun aux deux lignes, ſauf l'exception qui concerne les intérêts du roi, qui n'accorde pas de grace contre lui-même.

Si ce n'eſt par rapport au roi, contre lequel ces lettres ne militent pas dans le cas de la ſucceſſion d'un comptable, à moins que l'héritier qui les a obtenues ne fût mineur ; exception qui n'eſt même fondée que ſur la faveur qu'il mérite & l'inſtabilité de ſa qualité ; cela eſt atteſté par le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 402, num. 7.

II. Si l'héritier bénéficiaire a épuiſé le prix des biens par le payement des dettes, il ne peut plus être pourſuivi, même par les créanciers privilégiés ſur le mobilier, à moins que les créanciers privilégiés n'ayent hypothéque, & que l'héritier ne ſoit en poſſeſſion d'héritages hypothéqués, auquel cas, & par le concours de ces deux circonſtances, il peut être pourſuivi ; c'eſt à lui à s'imputer d'avoir commencé par acquitter des créanciers poſtérieurs, ſon fait ne pouvant préjudicier à l'hypothéque des créanciers qui leur étoit un droit acquis ſur les immeubles ; mais les meubles n'ont aucune ſuite par hypothéque.

Tel eſt l'uſage ; tous les principes me paroiſſent conſervés dans cet uſage. Loyſeau donne

même contre lui en ce cas l'action perſonnelle, & non la ſimple action hypothécaire; c'eſt dans ſon traité du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 3, num. 4, & ſuivans, pag. 34 & 35: ce que je ne penſe pas; car il a effacé l'action perſonnelle par la balance de l'actif avec le paſſif; c'eſt-à-dire, en payant autant qu'il avoit amendé, & l'action perſonnelle ne doit avoir lieu que pour les arrérages des rentes échus de ſon tems, l'héritier bénéficiaire étant comptable des fruits; ainſi en déguerpiſſant, il ſe libere du fonds, mais non des fruits dont l'échéance de ſon tems a produit action perſonnelle: c'eſt donc à cela qu'il faut limiter l'action perſonnelle; mais par la détention du gage, l'action hypothécaire ſubſiſte dans toute ſa force.

III. L'héritier bénéficiaire qui a acquitté des créanciers, eſt de plein droit ſubrogé en leur hypothéque; enſorte que s'il a payé les plus anciens créanciers, & que par ces payemens il ait épuiſé les biens, il ne peut plus être pourſuivi par les autres, encore qu'ils euſſent hypothéque, & que l'héritier bénéficiaire poſſédât des immeubles de la ſucceſſion, l'hypothéque étant un droit réel qui abſorbe la choſe juſqu'à concurrence: effet de l'hypothéque, qui, en ce cas, affranchit l'héritier bénéficiaire, puiſque les créanciers aux droits deſquels il eſt légalement ſubrogé abſorboient les immeubles; principe commun aux deux lignes, & qu'on ne peut conteſter ſans heurter de front l'équité, & même les principes qui ſont différens ſur les deux actions.

On le juge ainſi au châtelet; voyez ci-après le chapitre de la ſubrogation légale, & celui des actions hypothécaires où cela eſt établi; cela eſt un juſte effet de la ſubrogation.

IV. Paſſons à l'autre effet de ces lettres. L'autre effet des lettres de bénéfice d'inventaire, outre celui qu'on vient d'expliquer, eſt que l'heritier ne confond pas les actions qu'il avoit contre le défunt; il les exerce contre ſes cohéritiers & les fait valoir contre les créanciers; mais il confond ſa part juſqu'à concurrence de ſon amendement, & par cet effet il peut même agir contre le fait du défunt.

Juſques-là qu'il peut revendiquer le total de ſon héritage que le défunt auroit vendu; le Brun, des ſucceſſions, pag. 428, num. 70; & par le même principe que les lettres empêchent la confuſion dans ſa perſonne, il peut retraire un héritage vendu par le défunt; Loyſeau, du déguerpiſſement, liv. 2, ch. 3, num. 13, pag. 35.

V. Ici ces lettres vont plus loin que dans la directe. Par un autre effet des lettres de bénéfice d'inventaire, l'héritier bénéficiaire conſerve tout le droit réſultant de la donation qui lui auroit été faite par le défunt, non-ſeulement contre les créanciers; effet qui milite en ligne directe, mais même contre ſes cohéritiers, le rapport n'ayant pas lieu en cette ligne: affranchiſſement de rapport dans cette ligne, qui rend cette propoſition inconteſtable.

Voyez ci-deſſus l'effet de ces lettres dans les ſucceſſions directes, où il eſt établi que ces lettres n'affranchiſſent pas l'enfant qui les a obtenues, de la néceſſité du rapport relativement à ſes autres cohéritiers; mais en collatérale, l'acceptation de la ſucceſſion, ſous la limitation & le privilége des lettres, ne peut donner aucune atteinte au droit de l'héritier collatéral, réſultant de la donation à lui faite par le défunt; puiſqu'en cette ligne, & comme on l'a établi, le rapport des choſes données par le défunt à l'héritier n'y a pas lieu, la coutume n'y requérant pas l'égalité comme dans la ligne directe.

VI. Il n'en eſt pas de même du legs qui auroit été fait par le défunt à l'héritier bénéficiaire collatéral; l'incompatibilité de qualités de légataire & d'héritier, à l'égard de ſes cohéritiers eſt abſolue; & ſon acceptation de la ſucceſſion ſous bénéfice d'inventaire, produit à l'égard de ſes cohéritiers, le même effet qu'une acceptation pure & ſimple, & rend le legs à lui fait caduc.

Cela a été établi ci-deſſus, & c'eſt ce qui réſulte de la diſpoſition générale & abſolue de l'art. 300 de la coutume.

SECTION II.

De l'excluſion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier pur & ſimple.

(Art. 343 de la coutume.)

VII. C'eſt ici où la différence de l'effet de ces lettres dans l'une & l'autre ligne eſt entiere. En ligne collatérale, & non en directe, l'héritier pur & ſimple exclut le bénéficiaire; excluſion qui eſt de droit commun dans le royaume, nonobſtant la critique qu'en a fait d'Argentré, comme l'atteſte le Brun, des ſucceſſions, page 419, num. 52: excluſion qui n'a pas lieu dans la ligne directe, & dans la collatérale même, elle n'a lieu qu'entre héritiers concurrens & ſaiſis conjointement par la loi de la ſucceſſion, & non relativement à d'autres héritiers ſuccédans à différens biens; ce qu'on va développer. Anciennement cette excluſion étoit abſolue entr'eux; enſorte qu'un plus éloigné ſe portant héritier pur & ſimple, excluoit le plus prochain qui ſe portoit héritier par bénéfice d'inventaire; c'étoit abus, comme on l'a obſervé ſur la ſucceſſion directe: abus que la nouvelle juriſprudence a fait ceſſer, & il eſt étrange qu'il ait pu s'introduire.

Dupleſſis, des ſucceſſions, pag. 233; d'Argentré, ſur l'art. 514 de la coutume de Bretagne, s'éleve contre cette excluſion, comme étant contraire à l'équité, & n'ayant aucun véritable fondement dans le droit; mais elle eſt obſervée, &

elle a pour baſe un texte formel de la coutume ; ainſi il faut s'y tenir, elle eſt même de droit commun. De cette limitation que cette excluſion n'a lieu qu'entre héritiers concurrens, il s'enſuit qu'un parent du défunt, non ſaiſi par la loi, de portion de la ſucceſſion, ne pourroit, en ſe portant héritier pur & ſimple, exclure l'héritier ſaiſi & appellé par la loi, qui auroit accepté la ſucceſſion par bénéfice d'inventaire. Voyez l'arrêt du 20 mars 1708, ci-après cité, & rapporté dans le ſixieme volume du journal des audiences ; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 532, où il dit que pour donner l'excluſion, il faut être habile à ſuccéder ; ce qui établit la propoſition qui me paroît inconteſtable, & qui eſt ſuivie au châtelet, ſur l'uſage duquel elle a été formée : mais il eſt vrai qu'en Bretagne cette excluſion n'a pas lieu, cela eſt bon pour cette province, non pour les autres ; un préjugé d'habitude a donc conduit d'Argentré dans ſon opinion.

VIII. De même les héritiers des propres d'une ligne, quoiqu'héritiers purs & ſimples, n'excluent pas les héritiers d'une autre ligne, ni n'excluent les héritiers des meubles & acquêts, quoique les uns & les autres euſſent accepté la ſucceſſion par bénéfice d'inventaire ; ſeconde conſéquence du même principe : en effet, ils ne ſont pas vrais cohéritiers, & l'excluſion n'a lieu qu'entre héritiers concurrens pour un même patrimoine, que la loi leur a déféré conjointement ; tel eſt ſur cela le vrai principe : porter plus loin la diſpoſition de la coutume, ſeroit en abuſer.

Ce ſont, dit Dupleſſis, *diverſæ ſucceſſiones* ; c'eſt auſſi le ſentiment de le Maître, tit. 15, pag. 532 ; de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, pag. 415, num. 41, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; cependant au nombre ſuivant, le Brun eſtime que la ſœur, héritiere pure & ſimple, exclut par rapport aux fiefs, le frere héritier par bénéfice d'inventaire ; mais c'eſt s'écarter lui-même de ſes propres principes, & ce que je ne peux admettre, n'y ayant pas entr'eux ſur ce de concurrence ; ainſi le principe adopté par cet auteur, doit faire rejetter cette derniere réſolution, qui ne me paroît pas bonne, comme étant contraire à la coutume.

☞ Par la même raiſon, les créanciers d'une ſucceſſion ne pourroient pas ſe porter héritiers purs & ſimples, pour exclure un héritier bénéficiaire, parce qu'ils ſont étrangers ; ils ne pourroient pas non plus prendre cette qualité au lieu d'un préſomptif héritier qui auroit renoncé, le droit d'excluſion étant perſonnel, & ne ſe pouvant s'exercer que par celui qui eſt habile à ſuccéder. Voyez l'arrêt rapporté par Brodeau ſur Louet, lettre H, nomb. 1.

IX. Paſſons aux effets de cette excluſion. L'héritier ainſi exclu, ne rend pas les fruits qu'il a perçus par ſa bonne-foi par l'efficacité de ſa qualité ; tant qu'elle a ſubſiſté, il les a fait ſiens : ce ſeroit rigueur outrée & contraire à l'eſprit de la coutume, que de l'aſſujettir à cette reſtitution ; ce ſeroit ajouter à une diſpoſition qui eſt de rigueur.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 424, num. 65 ; le Maître, tit. 15, pag. 539, fait ſur ce une diſtinction : il dit, qu'il doit rendre les fruits, ſi c'eſt un héritier concurrent avec lui qu'il l'exclut, & non ſi c'eſt un héritier plus éloigné, ce qu'on ne peut admettre ; il faut concurrence pour donner ouverture à l'excluſion, ainſi ce moyen qu'il employe ne peut empêcher que l'héritier bénéficiaire exclu par le pur & ſimple, n'ait fait les fruits ſiens juſqu'au tems de l'excluſion.

☞ Mais ſi les biens ſe trouvoient abſorbés par les dettes, l'héritier pur & ſimple pourroit pourſuivre l'héritier bénéficiaire en reſtitution de fruits, parce qu'il ne peut tirer aucun émolument dans la ſucceſſion qu'après les dettes payées. Voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 3, ch. 4, nomb. 65.

X. Ce que deſſus reçoit une exception marquée ; en effet, de cette excluſion entre concurrens, il faut excepter le mineur, qui ne peut par une acceptation pure & ſimple, exclure ſon concurrent héritier bénéficiaire, & ce, attendu l'incertitude de ſa qualité, qu'il peut effacer par la voie de la reſtitution en entier contre ſon acceptation : voie qui lui eſt ouverte, dès que par cette acceptation, il ſouffre la moindre léſion ; en effet, il ſe joue de ſes qualités, & par-là l'excluſion ne ſeroit plus juſte ; c'eſt premiere exception, c'eſt exacte prévoyance de la loi.

Dupleſſis, à la même pag. 233 ; le Brun, des ſucceſſions, pag. 417, num. 45 ; c'eſt la diſpoſition de l'art 343 de la coutume, & c'eſt droit commun.

XI. Cette excluſion n'eſt pas abſolue ; l'héritier bénéficiaire fait ceſſer l'excluſion, en déclarant qu'il renonce au bénéfice de ſes lettres ; ce qu'il doit faire, les choſes étant entieres & avant le partage ; au moyen d'une telle déclaration, il rentre dans tous ſes droits héréditaires : ſeconde exception. Autre prévoyance de la juriſprudence, qui a ainſi fixé le ſens & l'eſprit ſur cela de la coutume.

Voyez l'arrêt du 9 juillet 1683, rapporté dans la neuvieme partie du journal du palais, pag. 103. La ſimple déclaration d'héritier pur & ſimple, ſuffit pour faire ceſſer l'excluſion, ſans qu'il ſoit beſoin de lettres pour le remettre au même état qu'il étoit avant l'obtention de celles par bénéfice d'inventaire. Arrêt du 20 mars 1708, rapporté dans la ſeconde partie du ſixieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 17, pag. 128. Voyez le Brun, des ſucceſſions, pag. 417, num. 46 ; en effet, c'eſt une renonciation à un bénéfice, plus que reſtitution en entier ; tel eſt l'uſage.

XII. Voici une troiſieme exception. Celui qui s'eſt porté héritier par bénéfice d'inventaire, de concert & avec ſes cohéritiers qui ont pris la même qualité que lui, ne peut plus les exclure en déclarant qu'il renonce au bénéfice de ſes lettres ; ce ſeroit manquer à la foi de la convention qu'il faut ſuivre : il doit donc s'arrêter à ſa premiere qualité à ſes lettres, leſquelles, quoiqu'obtenues par un ſeul, peuvent être communes à pluſieurs.

Cela a été jugé au châtelet, moi plaidant. Il y a plus, les lettres obtenues par l'un, peuvent même être utiles aux autres, ce qui s'entend lorsqu'ils ont fait un acte entr'eux, contenant que les lettres de bénéfice d'inventaire leur seroient communes : c'eſt à la vérité une eſpece de fraude ; mais comment en feroit-on tomber tout le profit ſur celui qui contreviendroit à la convention ? Voyez le Maître, tit. 15, pag. 533 ; en effet, leur union pour l'obtention de ces lettres, forme entr'eux un contrat qui opére tacite renonciation de la part de chacun d'eux à ce droit d'excluſion, & ce, pour un avantage qu'ils ont reconnu être commun à tous ; il faut donc s'y tenir.

XIII. Paſſons à la nature de ce droit. Le droit de l'excluſion de l'héritier bénéficiaire, par l'héritier pur & ſimple, eſt perſonnel & attaché à la perſonne de l'héritier, enſorte que lui ſeul peut la faire valoir, & non ſes créanciers ; parce que ce qui eſt de rigueur, ne peut s'étendre d'un cas à un autre, ni d'une perſonne à une autre.

C'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 418, num. 50 ; ce qui eſt, peut-être, plus judicieux que juridique : car, enfin, ce droit étant acquis à un débiteur, pourquoi ſes créanciers ne pourront-ils pas le faire valoir ? Dire que c'eſt un droit perſonnel, eſt une raiſon peu ſatisfaiſante : car, tout droit eſt perſonnel, &, malgré cette qualité, les créanciers les exerçent ; il faut cependant ſe tenir à ce ſentiment.

XIV. Lorſque l'excluſion produit ſon effet, l'héritier pur & ſimple qui exclut le bénéficiaire, eſt obligé de rembourſer ce dernier de toutes les avances légitimes par lui faites ; il entre dans ſes droits tant activement que paſſivement ; ce qui l'aſſujettit à ce rembourſement, qui eſt d'ailleurs d'une ſouveraine équité.

Ce rembourſement eſt une ſuite de ce que deſſus ; il eſt atteſté par le Brun, des ſucceſſions, pag. 424, num. 64 : cela eſt de droit commun ; mais il n'eſt pas tenu des hypothéques venantes du chef de l'héritier bénéficiaire qu'il a exclu, ni des aliénations qu'il peut avoir fait ; l'excluſion devant avoir un effet rétroactif, ſans lequel effet on pourroit la rendre inutile, & cela eſt ſuite de la diſpoſition de la coutume ; c'eſt le ſentiment de le Brun, des ſucceſſions, pag. 421, num. 57 : ce qui me paroît inconteſtable ; mais ſi celui qui avoit acquis de l'héritier bénéficiaire, & depuis exclu par un héritier pur & ſimple, avoit fait faire un décret, il ne pourroit plus être évincé ; le même auteur, au nombre ſuivant ; c'eſt le juſte effet de la publicité & de l'irrévocabilité des décrets.

☞ L'héritier pur & ſimple peut faire révoquer les aliénations d'immeubles, faites par l'héritier bénéficiaire, dans le cas où le prix n'en auroit pas été employé à payer des créanciers ; le Brun, *loco citato*, nomb. 19.

XV. Voyons la forme pour faire valider l'excluſion. L'excluſion doit ſe demander dans l'an, après ce tems il doit y avoir fin de non-recevoir ; il a fallu un tems pour ne pas laiſſer les droits dans une perpétuelle incertitude, & celui-là eſt ſuffiſant.

C'eſt la diſpoſition de cinq coutumes ; de celle d'Orléans, art. 340 ; de celle de Vermandois, art. 72 ; de celle de Châlons, art. 79 ; de celle de Reims, art. 303 ; & de celle de Péronne, art. 208 : ce qui forme un droit commun, & qui doit par conſéquent être ſuivi dans toute coutume qui ne contient rien de contraire.

☞ L'an commence à courir du jour de l'entérinement des lettres de bénéfice d'inventaire ; il faut encore obſerver que l'héritier bénéficiaire conſerve le fief qu'il a retiré féodalement. Voyez Dumoulin, ſur l'art. 13 de l'ancienne coutume, gloſ. 1, nomb. 64 & 65.

SECTION III.

De l'effet des lettres dans la perſonne des héritiers, de celui qui les a obtenues ; du compte que l'héritier bénéficiaire doit rendre, & que les lettres n'opérent pas contre le roi.

XVI. L'effet des lettres de bénéfice d'inventaire, paſſe dans la perſonne des héritiers directs comme collatéraux de celui qui les a obtenues. Par cet effet, les héritiers de celui qui a accepté une ſucceſſion par bénéfice d'inventaire, ne ſont tenus tous enſemble des dettes de cette ſucceſſion acceptée par le défunt, ſous ce bénefice, que juſqu'à concurrence du montant de l'inventaire ; & ils ſont reſpectivement entr'eux tenus de ce montant, à proportion de ce qu'ils amendent, encore que l'un d'eux profite ſeul de cette ſucceſſion ; voilà la conſéquence & l'effet qu'elle produit : effet dans lequel eſt conſervé celui des lettres, & celui de la répartition des dettes ordonnée par la coutume. En effet, dans ce dernier cas même, ces dettes ſont devenues par l'acceptation du défunt, des dettes de ſa propre ſucceſſion, & l'on ne pourroit remonter au-delà, ſans ajouter à la coutume.

Voyez la premiere ſection du ch. 9 ci-deſſus de cette partie du préſent titre, où l'on a établi que l'origine des dettes n'étoit pas à conſidérer ; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 540, confirme la propoſition ; tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt même droit commun.

XVII. L'héritier bénéficiaire pour rendre ſes lettres efficaces, doit aux créanciers, lorſqu'il veut s'affranchir de leur action, compte de tous les biens, même des fruits civils ou naturels qu'il a perçus des immeubles dépendans de la ſucceſſion, ne pouvant rien amender de la ſucceſſion qu'après l'acquittement de toutes les dettes ; ce qui l'aſſujettit à compter des fruits comme des capitaux, autrement il s'enrichiroit aux dépens des créanciers ; ce qu'il ne peut faire, ces lettres l'ayant rendu un dépoſitaire univerſel.

Le Brun,

Le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, p. 424, num. 65 : voyez le même auteur, à la pag. 426, num 69, & pag. 432 & 433 ; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, mais avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit ; cela eſt droit commun.

XVIII. Néanmoins s'il avoit vendu ſon droit ſucceſſif, & que tous les biens de la ſucceſſion bénéficiaire euſſent été vendus ſur l'acheteur de ſes droits, il n'eſt point obligé de rapporter aux créanciers le prix de la vente de ſes droits ſucceſſifs ; en effet, ce prix ne fait pas partie de la ſucceſſion, mais eſt la valeur de l'excédent qu'il pourroit y avoir après l'acquittement des dettes, & le prix d'une eſpérance qui réſidoit dans ſa perſonne, & qu'il a cédé à un autre ce qui lui étoit perſonnel; bénéfice qui doit par conſéquent lui reſter, puiſqu'il n'eſt pas une dépendance de la ſucceſſion ſur les biens de laquelle l'action des créanciers eſt limitée.

Telle eſt l'opinion commune, conforme au ſentiment de le Brun, en ſon traité des ſucceſſions, liv. 3, ch. 8, ſect. 2, pag. 536, num. 25 & ſuivans ; en effet, cette eſpérance s'eſt réalisée à ſon profit ſans affoiblir en rien le droit des créanciers limité ſur les biens de la ſucceſſion ; il doit donc garder ce bénéfice, qui eſt celui de ſa qualité & non le fruit des biens.

XIX. Les payemens faits par l'héritier bénéficiaire, ſe déduiſent de plein droit ſur le mobilier, ſans que les créanciers même privilégiés ſur le mobilier, ayent droit de lui conteſter cette déduction ; c'eſt à eux à s'imputer de n'avoir pas veillé pour la conſervation de leur privilége, & cela eſt fondé ſur ce que les effets mobiliers ne ſont ſujets au droit de ſuite ; c'eſt la diſpoſition de l'article 170 de la coutume : qualité qui met quant à ce l'héritier par bénéfice d'inventaire, à couvert de toute recherche, tant dans l'une que l'autre ligne ; ce qui eſt limité au mobilier, mais ne peut s'appliquer ſur les immeubles.

Arrêt du 10 mai 1691, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 7, ch 25, pag. 504, qui juge un tranſport d'un effet mobilier, fait par un héritier bénéficiaire, valable, ſans que les autres créanciers qui n'avoient pas fait ſaiſir & arrêter la dette cédée, puiſſent empêcher l'exécution du tranſport ; ce qui prouve la propoſition qui réſulte du texte même.

XX. Il n'en eſt pas de même quant à l'immobilier ; en effet, à l'égard des payemens par lui faits aux créanciers hypothécaires, & dont on a déja parlé ci-deſſus pour la ligne directe, il eſt bien de droit ſubrogé en leur hypothéque ; mais il ne peut déduire ces payemens ſur la valeur des immeubles de la ſucceſſion qu'il poſſéde, qu'autant que les créanciers par lui acquittés ſont antérieurs en hypothéque à ceux qui reſtent à acquitter, ſon fait ne pouvant effacer le droit de ſuite & celui d'hypothéque acquis aux créanciers de la ſucceſſion ; enſorte qu'on peut appliquer ici tout ce qui a été dit ſur ce par rapport à la ſucceſſion directe.

Le Brun, des ſucceſſions, pag. 405, num. 10, atteſte que l'héritier bénéficiaire eſt ſubrogé de plein droit à l'hypothéque des créanciers qu'il a acquittés ; on a déja vu cela par rapport à la directe, l'ordre exige qu'on le retrouve ici pour la collatérale, & de cette ſubrogation naît la conſéquence, que par rapport aux immeubles dont l'héritier bénéficiaire eſt reſté en poſſeſſion, il ne peut oppoſer les payemens qu'il a fait qu'autant que les créanciers acquittés ſont antérieurs en hypothéque à ceux qui reſtent à acquitter ; tel eſt l'uſage du châtelet.

XXI. Le compte une fois rendu à un créancier, peut être employé par l'héritier bénéficiaire contre tous les créanciers qui ſe préſentent par la ſuite ; autrement ce ſeroit multiplier des frais inutiles, ce qu'on ne peut admettre, & dans ce compte il peut coucher en dépenſe les frais des procès qu'il a été obligé de ſoutenir pour l'avantage de la ſucceſſion.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; à l'égard des frais des procès qu'il a été obligé de ſoutenir, ils ne ſont pas à ſa charge, il peut les coucher en dépenſe dans ſon compte ; le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 534, ſi ce n'eſt que la ſentence ou l'arrêt porte le contraire, ou que la conteſtation fût ſur ſa qualité : telle eſt ſur ce la juriſprudence, & c'eſt droit commun.

XXII. Les frais au ſujet du compte, ſont à ſa charge ; c'eſt ſa propre décharge, c'eſt à lui à ſe la procurer, les frais du compte doivent donc être à ſa charge ; cela eſt plus rigoureux que judicieux, ordinairement tout comptable, ne rendant pas compte à ſes dépens ; mais il n'eſt devenu tel que pour ſon propre intérêt, & dans la vue de profiter : ainſi ſon fait comme ſon eſpérance ne doivent pas nuire aux créanciers ; s'il eût renoncé, ils n'auroient pas des frais de reddition de compte à eſſuyer.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet ; elle eſt rigoureuſe, mais juridique.

XXIII. La reddition du compte de la part d'un héritier par bénéfice d'inventaire, n'équipolle nullement à une renonciation ; l'héritier par bénéfice d'inventaire, même dans la collatérale, ne ceſſe jamais d'être héritier, cette qualité, quoique modifiée par les lettres, eſt indélébile ; ainſi dans le cas qu'il y a un héritier par bénéfice d'inventaire, il n'y a point lieu à créer un curateur à la ſucceſſion, ſi ce n'eſt dans le cas que l'héritier bénéficiaire a des actions à diriger contre la ſucceſſion, auquel cas il faut un curateur au bénéfice d'inventaire contre lequel l'héritier dirige ſon action : c'eſt en ce cas, une ſimple forme à

remplir, mais limitée à cela, & qui ne peut influer ſur aucun autre cas ; le contraire étoit une erreur de quelques praticiens, & dont ils ſont revenus.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; & pour le dernier cas, l'ordre judiciaire ne peut indiquer d'autre forme.

XXIV. Ces lettres n'opérant rien contre le roi, l'héritier par bénéfice d'inventaire eſt cenſé héritier pur & ſimple par rapport à ſa majeſté, dans la ligne collatérale comme dans la ligne directe.

Art. 16 de l'édit de Charles IX, donné en Rouſſillon au mois de janvier 1563 : ce qu'on a déja vu en traitant de l'effet de ces lettres en directe : effet qui eſt commun aux deux lignes ; c'eſt droit commun.

XXV. Dans cette ligne comme dans l'autre cela reçoit exception ; en effet, elles produiſent leur effet contre le roi, ſi l'héritier étoit mineur ; la faveur de la minorité, qui lui laiſſe la voie ouverte à la reſtitution, lui procure ce juſte avantage.

Cela a été établi ci-deſſus pour la ligne directe.

TITRE DIX-HUITIEME.

DU DROIT DES CONJOINTS PAR MARIAGE, DE SUCCÉDER A CELUI D'ENTR'EUX QUI MEURT SANS HÉRITIERS.

I. L'UNION qui naît du mariage produit une aptitude au droit de ſucceſſion légitime ; en effet, au défaut d'héritier le ſurvivant des conjoints ſuccéde au prédécédé, c'eſt ſucceſſion légitime par l'adoption du titre *Unde vir & uxor*: diſpoſition du droit civil qui a ſa baſe dans le droit naturel & dans l'intention juſtement préſumée dans les conjoints ; ce qui a lieu à l'égard des bâtards mêmes, & ce qui fonde d'autant plus la propoſition : capacité de ſuccéder qui découvre que la prohibition d'avantage entre conjoints, n'eſt que relative à leurs héritiers & que au défaut d'héritiers les avantages, les legs même faits par celui qui n'en laiſſe aucun au profit de l'autre, doivent ſubſiſter.

Cela eſt un droit commun dans le royaume, art. 299 de la coutume de Poitou ; voyez Papon, liv. 21, tit. 1, num. 19 ; de Montholon, ch. 92 ; Louet, let. F, num. 22, & lettre V, num. 13 ; Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 430 ; & le Brun, des ſucceſſions, liv. 1, ch. 7, pag. 99.

II. De-là il s'enſuit que la veuve d'un défunt, eſt préférable au ſeigneur haut-juſticier, qui ne peut ſuccéder qu'à des biens vacans, c'eſt-à-dire, au défaut de tout héritier légitime : premiere conſéquence qui naît de la propoſition précédente.

Ainſi jugé par l'arrêt rapporté par Bouguier, let. 3, num 12 : ſur quoi on peut obſerver qu'une françoiſe ayant épouſé un étranger dont elle a eu un enfant héritier de ſon pere, cette femme ſuccéde aux propres paternels de ſon fils au défaut de parens régnicoles ; cela eſt ſuite de l'art. 330 de la coutume.

III. Mais ſi les conjoints par mariage ſont étrangers, ils ne ſe ſuccédent que dans le cas qu'il y a lettres de naturalité ; le vice de pérégrinité les rendant incapables de profiter des diſpoſitions de la loi de la nation, ou de la coutume écrite ou non écrite ; hors le cas de ces lettres le droit d'aubaine eſt acquis au roi, & le mariage, comme les liens du ſang entre étrangers, n'a pu y donner atteinte.

Lapeyrere, ſur le mot aubaine, num. 74, pag. 23 ; en effet, le vice de pérégrinité qu'ils n'ont pas fait lever, les rend incapables de toute ſucceſſion légitime, & ce vice ne leur laiſſe que la capacité pour les actes de commerce, mais non pas le droit d'invoquer la loi ou le droit commun de la nation qui ne ſont point faits pour eux, & au bénéfice deſquels ils ne peuvent participer.

IV. Le droit de ſuccéder par un conjoint à l'autre, quoique étrangers, dans le cas qu'ils ont obtenu des lettres de naturalité, auroit lieu encore que le prédécédé des conjoints fût bâtard ; c'eſt ſucceſſion légitime, que le mariage légitime a donné droit pour ce cas au bâtard de tranſmettre à l'autre conjoint ; ſeconde conſéquence de ce que deſſus : la bâtardiſe n'eſt pas un obſtacle à cette ſucceſſion, & le vice de pérégrinité eſt effacé ; ainſi dans ce cas comme dans les autres, le titre *Unde vir & uxor*, doit donc avoir lieu.

Arrêt du 23 mai 1630, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 63 ; il eſt auſſi rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 106 ; Henrys, tom. 1, liv. 6, chap. 5, queſt. 17.

V. Les biens ainſi recueillis ſont acquêts dans la perſonne du conjoint qui les a recueilli ; la qualité de propre feroit ſans objet : on ne peut donc l'appliquer en ce cas, & le conjoint ne peut alléguer l'indiſponibilité.

Le Brun, des ſucceſſions, liv. 2, ch. 1, ſect. 1 ; l'auteur des notes ſur le Maître, tit. 15, ch. 3, pag. 413 : déciſion à laquelle je ne vois aucune

difficulté, car de quel côté pourroit-on les juger propres? cette qualité ſeroit dans ce cas ſans objet, ſi ce n'eſt l'indiſponibilité qui ne peut être favorable, lorſqu'elle n'a pas des perſonnes certaines pour fin; ainſi, n'y en ayant pas ici, il y a donc diſponibilité même en faveur d'un légataire univerſel, contre lequel le conjoint ne peut prétendre les quatre quints des propres.

☞ Il faut obſerver ſur ce titre, qu'il y a des coutumes qui préférent le fiſc ou le ſeigneur haut-juſticier au ſurvivant, comme celle de Bourbonnois; d'où il s'enſuit que ſi tous les biens compoſans la ſucceſſion étoient ſitués dans l'étendue de cette coutume, & que les conjoints y euſſent leur domicile au temps du décès, le ſurvivant en ſeroit entiérement exclus.

TITRE DIX-NEUVIEME.

DE LA GARDE NOBLE ET BOURGEOISE.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ORIGINE DE LA GARDE; DE LA LOI QUI LA RÉGIT, ET DU POUVOIR DU GARDIEN.

I. L'OUVERTURE à la garde eſt ſubordonnée à celle d'une ſucceſſion légitime; il ne peut y avoir de garde où il n'y a pas de ſucceſſion ouverte, encore faut-il que ce ſoit une ſucceſſion directe; elle eſt une invention du droit françois & de nos coutumes. Cette invention a ſa premiere origine dans le droit des fiefs; en effet, le mineur comme incapable de ſervir féodalement le fief dont il étoit poſſeſſeur, le gardien rendoit pour lui les ſervices féodaux, ce qui entraînoit la jouiſſance du fief, mais à la charge de le nourrir; charge qui inſenſiblement a entraîné la jouiſſance des autres biens: jouiſſance dont on a fait enfin une diſpoſition générale, & même pour les roturiers, quoique dans l'origine la garde ne fût que pour les nobles; telle eſt la premiere origine de la garde, qui, par cet uſufruit qu'elle embraſſe, eſt un moyen légitime d'acquérir, & c'eſt comme tel qu'on l'examine ici.

L'auteur du traité de la garde en ſa préface, & c'eſt ainſi qu'on la regarde; Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 263; Pontanus, ſur la coutume de Blois, tit. 2, art. 4; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 1, num. 16, pag. 8, & num. 20, pag. 9 & 10, & num. 30, pag. 14. Jouiſſance momentanée, plus judicieuſe, plus ſagement politique que la perpétuelle, que le droit civil accordoit aux peres des biens de leurs enfans, & qui fait une grande différence entre cette jouiſſance & la garde; la premiere eſt en faveur de ceux auxquels la loi l'accorde; l'autre eſt en partie en faveur des mineurs, dans laquelle la loi a ménagé leurs intérêts: ce qu'on développera par la ſuite, & ce qui commence à faire connoître cette ſalutaire différence.

II. La loi du domicile du pere, dont le décès a fait ouverture à la garde, régit la capacité du gardien, mais non l'étendue du bénéfice de la garde; étendue qui ſe régit par la diſpoſition des coutumes, dans les limites deſquelles les biens ſont ſitués, & cela a lieu encore que les enfans euſſent un autre domicile de fait, leur domicile de droit eſt celui de leur pere, & par la loi ils n'en peuvent avoir d'autres véritables; leur domicile de fait n'eſt donc ſur ce d'aucune conſidération: ainſi c'eſt au domicile du pere qu'il faut s'arrêter pour la capacité de la garde, mais non pour ſon étendue.

Dupleſſis, de la garde, ch. 1, pag. 264, au commencement; ainſi l'ayeul non noble domicilié en pays de droit écrit, n'auroit pas la garde de ſes petits-enfans roturiers, le domicile de leur pere ayant été à Paris; c'eſt cette loi qui doit régir la capacité; de Renuſſon, de la garde, ch. 2, num. 41 & 42, en donne une autre raiſon qui ne me paroît pas bonne: en effet, on a vu par la propoſition que c'étoit le domicile du pere décédé qui devoit dans la théſe générale régler la capacité du gardien, ce qui eſt plus exact que de faire dépendre cette capacité de la loi du domicile du gardien, d'autant plus que les profits de la garde ſont réels; en effet, c'eſt la loi du domicile du défunt qui régle ſa ſucceſſion mobiliaire, celle de la ſituation des immeubles qui régle la ſucceſſion des immeubles: pourquoi en ſeroit-il autrement pour la garde ou la vocation à la garde, qui ne peut former qu'un ſtatut réel, puiſqu'elle a les biens pour objet & non un ſtatut perſonnel, puiſqu'il n'affecte pas univerſellement la perſonne du gardien? Ainſi le ſentiment de Renuſſon eſt bon, non par la raiſon qu'il allégue; mais parce que par rapport à la garde bourgeoiſe, la coutume ne la défére qu'aux bourgeois de Paris. Voyez le journal des audiences, tom. 1, liv. 4, ch. 36; & l'art. 173 de la coutume, ſuivant lequel on acquiert domicile par an & jour, pourvu que ce ſoit *animo perpetua more*.

III. On ne parle que de la capacité générale du gardien; cette loi régit donc la garde relativement à la capacité & au mobilier, ſur lequel cette capacité influe néceſſairement, parce qu'il ſuit la perſonne, mais non

par rapport aux immeubles ; c'eſt en cette partie que la garde eſt réelle, ce qu'on va voir ; c'eſt un autre objet que la capacité perſonnelle néceſſaire pour profiter de la garde ; c'eſt ici réalité.

Chopin, ſur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 7, num. 53 & telle eſt la pratique du châtelet.

IV. A l'égard des immeubles, ce ſont les coutumes dans l'étendue deſquelles ils ſont ſitués, qui en régiſſent la garde, parce que leurs diſpoſitions ſont quant à ce des ſtatuts réels ; c'eſt donc ſur ces ſtatuts que la garde doit être régie, toute abſtraction faite ſur cela de la loi du domicile, qui n'a ſur cela aucun empire.

Voyez dans le premier livre le titre de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel ; il fonde cette propoſition qui a été formée ſur l'uſage.

V. De-là il s'enſuit que par rapport aux immeubles, ce ſont ces coutumes qui déterminent l'étendue, la durée, les profits & les charges de la garde ; c'eſt la conſéquence des deux précédentes propoſitions, puiſque ſur tous ces objets, il ne peut y avoir que des ſtatuts réels qui les déterminent ; & qu'encore une fois, c'eſt ici réalité.

De Renuſſon examine cette queſtion avec beaucoup d'érudition dans ſon traité de la garde, ch. 6, depuis le num. 17 juſqu'au num. 34. La concluſion eſt que par rapport à l'émolument, la garde eſt réelle & ſe régit par les coutumes où les immeubles ſont ſitués, ce qui paroît conduire à décider que la capacité du gardien doit ſe déterminer par la loi principale : c'eſt-à-dire, par la loi du vrai domicile du mineur & non par celle du domicile du gardien même, la capacité à l'acceptation de la garde, ne pouvant ſe décider que comme la capacité à une ſucceſſion mobiliaire qui ſe régle par la loi du domicile du défunt ; en effet, la garde, ſoit noble, ſoit bourgeoiſe eſt réelle, & chaque coutume exerce ſon empire ſur les biens qui ſont dans ſon reſſort, & prédomine ſur les diſpoſitions de la loi du domicile des propriétaires. Note marginale ajoutée au commentaire de Dupleſſis, ch. 1, du traité de la garde, pag. 264 : voyez le Maître, pag. 329 & 330, qui ſemble d'avis contraire. Il ſeroit difficile de trouver dans le droit un moyen qui fondât cette opinion, les principes n'y ſont point conciliés, la capacité par le domicile, l'effet par chaque coutume.

VI. Voici un principe général ſur la garde noble ou bourgeoiſe. Le mineur tombé dans une premiere garde, ne peut tomber dans une ſeconde garde, l'acceptation de l'une a fait l'excluſion de l'autre, le mineur ne pouvant tomber deux fois en garde ; c'eſt juſte conſéquence des diſpoſitions de la coutume, qui, en conſervant les droits du gardien, a ménagé ceux du mineur.

Arrêt du 15 janvier 1631, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 71 ; Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 264, vers la fin ; l'on le juge ainſi au châtelet.

VII. Voici encore ſur ce un ſecond principe général. Tout le pouvoir du gardien eſt borné à ſa jouiſſance ; pour tout autre acte il faut un tuteur, la premiere qualité n'entraînant pas l'autre, un gardien profite ; mais dans les limites que la loi a preſcrite, un tuteur a une adminiſtration générale, & c'eſt la juſtice qui le nomme.

Tel eſt l'uſage du châtelet, uſage qui eſt conforme au ſentiment de Dupleſſis, traité de la garde, ch. 6, pag. 269, & dont on ne peut s'écarter ſuivant l'art. 271 de la coutume, qui fonde la différence qui termine la propoſition, garde légale, tutelle dative.

☞ Aux deux principes ci-deſſus il faut en ajouter un troiſieme, qui eſt ſuite du premier ; c'eſt qu'il n'y a jamais qu'une ſeule ouverture de garde ; enſorte que le ſurvivant la répudiant, ſi les ayeuls manquent de l'accepter, & qu'il y ait un tuteur créé qui adminiſtre, la garde eſt éteinte pour toujours.

CHAPITRE SECOND.

DU MOTIF DE L'OUVERTURE DE LA GARDE, ET DE LA NATURE DE CE DROIT.

I. DEVELOPPONS ce qui eſt annoncé dans l'établiſſement de la garde : la coutume a eu deux motifs ; la loi donne la garde, non pas pour procurer ſeulement aux aſcendans qui en jouiſſent, un certain avantage, mais encore pour en procurer aux enfans mêmes ; en effet, l'intérêt de ces derniers, c'eſt-à-dire, des mineurs tombés en garde, eſt ménagé dans cet établiſſement qui les affranchit pendant la durée de la garde, de la diſcuſſion toujours embarraſſante d'un compte de tutelle : preuve de la propoſition, ce qu'on verra plus amplement ci-après ; il eſt bon de ſe fixer d'abord à cette idée générale.

Voyez le chapitre 8 de ce titre, où l'on explique les charges de la garde ; ce qui manifeſtera ce double motif de la coutume dans cet établiſſement, & c'eſt ſur ces principes que ce droit n'eſt pas ceſſible, comme on le verra par la derniere propoſition de ce chapitre.

II. Suivons l'intérêt des mineurs. La loi a porté ſes vues en leur faveur au-delà de ce tems ; car non-ſeulement elle aſſujettit le gardien à nourrir & entretenir les mineurs en garde, mais encore à les acquitter abſolument de toutes dettes mobiliaires ; charges qui ſont la matiere du chapitre huitieme ci-après, & c'eſt par l'impoſition de cette charge que dans l'établiſſement de la garde la coutume a ménagé l'intérêt des enfans : on ſe réduit ici aux idées genérales, elles demandent un détail qu'on fera ci-après.

Voyez le chap. 8 de ce titre, où cela eſt établi.

III. Continuons d'approfondir, & venons à préſent à l'ouverture de ce droit. Le décès de l'un des pere & mere, peut ſeul faire ouverture à la garde, aucun autre événement n'y peut donner lieu ; on va voir ce qui réſulte de ce principe général, ſur lequel il eſt bon d'abord de ſe fixer.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 264, vers le milieu ; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 12, pag. 23 ; tel eſt l'uſage du châtelet, il eſt fondé ſur les art. 265 & 266 de la coutume.

IV. De-là il s'enſuit que l'ouverture d'une ſubſtitution en faveur d'un enfant qui a pere & mere vivans n'y fait pas ouverture ; premiere conſéquence de ce principe : c'eſt droit ſingulier & non ouverture de ſucceſſion de l'un des pere & mere du mineur, qui ſeul donne lieu à la garde.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 10, 11 & 12, pag. 21, 22 & 23 ; le Maître, pag. 327 : le contraire ne ſeroit pas propoſable au châtelet, il heurteroit de front les deux articles de la coutume qu'on vient de citer.

V. La propoſition précédente découvre qu'il en eſt de même d'une donation ou d'un legs fait à un mineur ; c'eſt une ſeconde conſéquence qui naît du même principe & auſſi inconteſtable que la précédente ; ce n'eſt pas ouverture de ſucceſſion directe.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & cette propoſition, comme la précédente, ont été formées conformément à ſes uſages, & réſultent du texte.

VI. Le droit de garde étant un droit perſonnel, n'eſt pas ceſſible, c'eſt ce qui réſulte de cette qualité ; & tel eſt l'eſprit de la coutume, autrement ſes charges ſeroient éludées, & ces charges ſont perſonnelles au gardien & indiviſibles de la garde.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 93 & 94, pag. 120 & 121 ; en effet, ſes charges ſont perſonnelles, & nul ne peut les remplir comme le gardien ; le rendre ceſſible, ce ſeroit donc agir ouvertement contre l'eſprit de la coutume.

CHAPITRE TROISIEME.

SI LE PRÉDÉCÉDÉ DES PERE ET MERE PEUT EMPÊCHER LA GARDE, ET SI L'ACCEPTATION DE LA TUTELLE Y FAIT OBSTACLE.

(Art. 270 & 271 de la coutume.)

I. LE prédécédé des pere & mere ne peut ni par teſtament ni par quelque acte que ce ſoit, priver le ſurvivant de la garde de leurs enfans; ce ſeroit de ſa part contrevenir à la loi dont l'exécution eſt indépendante de ſa volonté, & qui par conſéquent doit avoir ſon exécution, nonobſtant cet obſtacle qu'il voudroit y apporter & qui n'eſt pas en ſa puiſſance, à moins que cela ne fût une clauſe du contrat de mariage; clauſe qu'il faut reſpecter comme condition du mariage.

Cela eſt atteſté par de Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 53, & dernier, pag. 45; & par le Maître, tit. 12, ch. 1, pag. 327: voyez la propoſition qui ſuit, qui confirme celle-ci, qui réſulte de la nature de ce droit qui eſt légal. En effet, c'eſt un droit que la loi défere au ſurvivant, qui lui eſt acquis par le prédécès de l'autre, & qui eſt indépendant de la volonté de ce dernier: c'eſt une portion du droit public, à laquelle un particulier ne peut déroger, ſauf la limitation qui forme la propoſition qui ſuit; hors ce cas il faut donc conclure que le prédécédé des pere & mere ne peut priver le ſurvivant du droit de garde; telle eſt l'opinion commune, c'eſt l'eſprit de la coutume: en effet, ce droit s'ouvre dans un tems, dit de Renuſſon, à la page qu'on vient de citer, auquel le prédécédé n'a plus aucune puiſſance; ce qui prouve encore la propoſition, ainſi que le moyen qu'on y a renfermé: quant à la limitation qu'on va développer, elle eſt fondée ſur la régle que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toute clauſe.

II. Venons à la limitation annoncée. La clauſe portée par le contrat de mariage des pere & mere, que le ſurvivant d'eux ne pourra jouir de la garde de leurs enfans, ſeroit valable; cette clauſe non contraire aux bonnes mœurs, étant la condition d'un mariage, doit avoir exécution, parce que de telles clauſes doivent toujours l'avoir quand la loi ne les prohibe pas.

Je l'ai entendu ainſi décider au châtelet par de très-habiles avocats, ſur le fondement de la maxime que les contrats de mariages ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux bonnes mœurs, ni aux loix prohibitives, & celle-là n'eſt pas telle; ce qui me paroît fonder la propoſition, d'autant plus que les ſtipulations de propre fictif par leſquelles l'ordre de la ſucceſſion mobiliaire des enfans eſt interverti, & par leſquelles le ſurvivant en eſt privé, quoique la coutume la lui déférât, ſont autoriſées; ce qui ſert ici de preuve par rapport à l'effet que doit produire l'excluſion de la garde ſtipulée dans un contrat de mariage qui ſe réduit à une jouiſſance, lorſque l'autre qui eſt autoriſé dépouille d'une propriété.

III. Cette clauſe a encore plus d'étendue; en effet, telle clauſe influeroit même ſur les ayeux, encore qu'ils n'euſſent pas ſigné au contrat de mariage, parce qu'en ce cas le ſort des deux conjoints eſt égal; c'eſt la condition ſous laquelle le mariage a été contracté, & cette condition n'ayant rien d'illicite doit influer ſur eux, de même que les autres clauſes du contrat qui ont contr'eux leur exécution, comme la fiction de propres l'a contr'eux.

Telle eſt l'opinion commune; c'eſt ſuite des propoſitions précédentes & des moyens qui les fondent, & de la régle que les contrats de mariage ſont ſuſceptibles de toutes clauſes, pourvu qu'elles ne ſoient contraires aux loix prohibitives & négatives.

IV. Venons à préſent à l'obſtacle que la tutelle fait à la garde. Cet obſtacle a ſa racine dans la raiſon écrite; en effet, lorſque le ſurvivant des pere & mere a accepté la tutelle de ſes enfans ſans réſerve, il ne peut plus en accepter la garde; parce qu'il eſt cenſé par-là avoir préféré l'avantage de ſes enfans aux ſiens propres, & par conſéquent avoir renoncé à la garde, qui, les privant des fruits de leurs biens, les lui défére: droit qui ceſſe à ſon égard, lorſque par une acceptation pure & ſimple de la tutelle, il a fait connoître qu'il préféroit les intérêts de ſes enfans aux ſiens, comme la qualité de tuteur l'oblige à le faire.

Bacquet, du droit des franc-fiefs, ch. 3, num. 8, Dupleſſis, traité de la garde, à la fin du chapitre 6, pag. 269; le Maître, pag. 328: voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci, & c'eſt le texte même de la coutume.

V. De ce, double raiſon: la premiere, c'eſt que, quoique dans l'établiſſement de la garde les intérêts des enfans ayent été ménagés, cependant elle eſt plus à l'avantage du gardien que des enfans; la ſeconde, c'eſt que dès que le ſurvivant a accepté la tutelle ſans réſerve, il doit préférer l'avantage de ſes pupilles aux ſiens: engagement qui réſulte de ſa qualité de tuteur, & qui l'exclut par conſéquent de la garde; il faut donc conclure de-là qu'en ce cas, il n'y a plus ouverture à ſon profit à la garde; telles ſont les baſes de

la diſpoſition de la coutume, qui ne milite que lorſque le gardien n'a rien manifeſté de contraire, car il peut conſerver ſon droit de garde.

De Renuſſon, traité de la garde, num. 16, juſques & compris le num. 19, pag. 26 & 27; & tel eſt l'uſage ſous la limitation renfermée dans la propoſition qui ſuit.

VI. Il peut conſerver ſon droit, parce que la garde & la tutelle n'ont rien d'incompatible, pourvu que la garde ait été acceptée la premiere, & ſi c'eſt la tutelle, qu'elle n'ait été acceptée que ſous la réſerve de prendre la garde; en ce cas, tout droit à la garde eſt conſervé, mais ſans cette réſerve il y auroit fin de non-recevoir par rapport à l'acceptation de la garde; c'eſt par cette ſage limitation que la coutume concilie les principes & les droits des intéreſſés à la garde; mais en cela la forme n'eſt-elle pas préférée à l'équité?

C'eſt ce qui réſulte de l'art. 171; c'eſt ce qui eſt atteſté par Dupleſſis, au ch. 6 & dernier de ſon traité de la garde, & ce qui eſt d'un uſage fréquent au châtelet, parce que la condition eſt inſéparable de l'acceptation de la tutelle; c'eſt le principe que la coutume a admis: mais ne ſeroit-il pas juſte que cette condition fût de droit?

CHAPITRE QUATRIEME.

AU PROFIT DE QUI LA GARDE A LIEU.

SECTION PREMIERE.

DES ASCENDANS EN FAVEUR DE QUI ELLE A LIEU CONSIDÉRÉS EN GÉNÉRAL.

(Art. 265 & 266 de la coutume.)

I. VENONS à ceux pour leſquels la garde a été établie. La garde indiſtinctement, c'eſt-à-dire, noble ou bourgeoiſe, n'eſt ouverte qu'en faveur des aſcendans; premier principe de cette matiere, on va le développer: il y a pluſieurs branches qui jettent dans des détails dans leſquels on entrera par les deux ſections ſuivantes.

Voyez les deux ſections ſuivantes qui développent cette propoſition générale, & qui établiſſent que ſur ce, la garde noble a plus d'étendue que la garde bourgeoiſe; c'eſt une diſtinction à faire.

II. La minorité de celui qui eſt appellé à la garde, ne fait point obſtacle à l'ouverture que la loi en fait à ſon profit; en effet, la loi municipale n'a pas ſur ce diſtingué les âges, ainſi le mineur peut comme le majeur, être gardien: ſecond principe ſur la capacité qui eſt fondé ſur ce que la garde tend bien plus à acquérir qu'à adminiſtrer, ce qu'il ne faut pas néanmoins étendre aux imbécilles.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267; telle eſt la diſpoſition de l'art. 220 de la coutume de Peronne, & de l'art. 347 de celle de Touraine; tel eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 2, num. 14, pag. 24; de le Maître, pag. 330: ce qui eſt ſuivi, étant un droit commun dans le royaume.

☞ Sur quoi il faut remarquer que le mineur qui a une fois accepté la garde, ne peut s'en faire relever, quoique lézé, parce que le privilége des peres & meres mineurs lézés, ne peut militer contre leurs enfans qui ſont encore plus mineurs qu'eux. Voyez l'arrêt du 3 mai 1613, rapporté par M. le Camus, en ſes obſervations, ſur l'art. 265 de la coutume.

III. Cependant la garde eſt incompatible avec un certain état; en effet, l'interdiction y fait obſtacle, celui qui ne peut adminiſtrer ſon bien, ne peut adminiſtrer celui des autres: ainſi l'interdit ne peut donc être gardien; c'eſt la conſéquence qui naît de ſon incapacité: c'eſt juſte exception à la régle qui contient la précédente propoſition; car, quoique la garde conſiſte plus en profit qu'en adminiſtration, néanmoins entraînant avec elle une certaine adminiſtration, il s'enſuit conſéquemment que celui qui en eſt incapable, l'eſt pareillement de la garde; mais il eſt juſte de conſerver ſon droit en cas de retour.

De Renuſſon, num. 15 du même chapitre, tit. 25; le Maître, pag. 330: voyez dans le premier livre le chapitre des interdits, il ſert de preuve à ceci qui eſt ſuite d'une incapacité légitime.

IV. On a déja annoncé que la garde noble avoit plus d'étendue que la bourgeoiſe: la garde noble remonte plus haut que la garde bourgeoiſe, on a accordé à la premiere cette faveur que la ſeconde n'a pas paru mériter; différence qu'on va voir dans les diſtinctions ſuivantes, & qui a ſa racine dans ce qu'on a obſervé ci-deſſus, que l'établiſſement de la garde vient originairement du droit des fiefs, & même que dans ſon origine, elle n'avoit lieu que pour les nobles.

Voyez ſur cette différence les deux ſections ſuivantes, elles développent cette propoſition générale qui réſulte des articles 265 & 266 de la coutume ; mais l'ayeul noble à la garde, quoique la loi de ſon domicile ne l'a lui donne pas, ſi celle du domicile des pere & mere la lui défére, comme on l'a vu par la deuxieme propoſition du premier chapitre de ce titre.

SECTION II.

De la garde noble en faveur des ayeux.

DISTINCTION PREMIERE.

Quels ſont ces ayeux, & quand il y a ouverture en leur faveur.

(Art. 265 de la coutume.)

(*Ayeul ou ayeule noble.*)

V. C'eſt la premiere différence entre l'une & l'autre garde : on verra les autres par la ſuite. La garde bourgeoiſe n'a point lieu en faveur des ayeux, mais la garde noble a lieu en leur faveur ; c'eſt cette derniere qu'on va examiner ici, on examinera l'autre par la ſection ſuivante, c'eſt-à-dire, la garde bourgeoiſe, qui, même originairement, n'avoit pas lieu.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, p. 263 à la fin ; & c'eſt la diſpoſition de la coutume, ainſi nulle difficulté ſur cette différence.

VI. De la propoſition précédente, il réſulte que la garde noble ne remonte pas plus haut que les ayeux, la coutume la termine à eux, & ce droit ne peut s'étendre d'une perſonne à une autre, ſans violenter la loi ; c'eſt droit de rigueur qu'on ne peut étendre au-delà de la lettre.

En Normandie, il y a garde noble royale ou ſeigneuriale, par laquelle les mineurs tombent en la garde du ſeigneur, duquel releve le fief à eux échu, ſoit du roi, s'il eſt immédiatement ſeigneur, ſoit d'un autre ſeigneur ; voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 42 : ce qu'il a paru à propos d'obſerver ſur la propoſition, mais qui étant un droit ſeigneurial exorbitant, ne peut influer ſur notre coutume.

VII. De la propoſition précédente, il s'enſuit que les biſayeux ne la peuvent prétendre ; parce que, quoique le mot d'ayeux, ſoit un mot générique, il auroit fallu pour en donner le droit aux biſayeux, que la coutume les eût appellé nommément, parce que la garde étant plus contre les mineurs qu'en leur faveur, & les mineurs étant toujours favorables, il vaut mieux reſtreindre cette vocation que de l'étendre : tels ſont les moyens que le droit fournit pour cette excluſion, autrement ce ſeroit agir contre l'eſprit de la loi municipale, & ajouter à ſa diſpoſition.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 265, paroît être de ce ſentiment, en diſant que cette queſtion eſt par trop éloignée pour la traiter ; mais l'auteur du traité de la garde, ch. 2, num. 44, pag. 39, la décide ainſi ouvertement ; & c'eſt l'opinion commune & ſuite de l'eſprit de la coutume & de la nature de la garde qui eſt de rigueur ; ainſi le doute de Dupleſſis ne doit pas faire une grande impreſſion.

VIII. Venons au partage entre ayeux. Lorſqu'ils ſont pluſieurs ayeux, ils en ſont conjointement ſaiſis & parfaits avec accroiſſement entr'eux ; c'eſt ce qui réſulte de la conjonction que la coutume fait ſur ce de leurs perſonnes.

Dupleſſis, à la fin du même chapitre 1 de ſon traité de la garde, pag. 265 : voyez la diſtinction 3 ci-après, où l'on examine comment la garde ſe partage entre les ayeux ; cela mérite examen particulier : il ſuffit ici de poſer le principe général.

IX. Voyons à préſent comment la garde s'ouvre en leur faveur ; car la coutume en la déférant aux ayeux a voulu leur donner une réalité. Il y a ouverture à la garde noble en faveur des ayeux, ſi les pere & mere ſont décédés ſans que le ſurvivant ait accepté la garde : premiere ouverture en leur faveur, la renonciation du ſurvivant des pere & mere en fait un autre, ce qu'on verra par la ſuite ; c'eſt dans ces deux cas que la garde noble s'ouvre en faveur des ayeux, & ſans cela la diſpoſition de la coutume ſeroit ſans exécution.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 264 ; le Maître, pag. 328, rejette cette premiere ouverture, parce que, dit-il, il n'y a qu'une ſeule ouverture à la garde, mais cette ouverture ſubſiſte, tant qu'elle n'eſt pas conſommée, & autrement il ne pourroit jamais y avoir d'ouverture à la garde en faveur des ayeux ; & cependant la coutume les y appelle : voyez la propoſition ſuivante ; ſur quoi il convient d'obſerver que ſi le pere ou la mere avoit accepté la garde, & qu'incontinent après il vînt à décéder, les ayeux ne peuvent plus la prétendre, preuve que cette ouverture n'eſt vraiement qu'accidentelle. Arrêt du 15 janvier 1631, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 4, chap. 2 : voyez de Renuſſon, de la garde, chapitre 2, num. 26 & 27, pag. 31 : ce qui me paroît devoir faire rejetter l'opinion de Dupleſſis.

X. Paſſons à l'autre ouverture de cette garde. Il y a pareillement ouverture à cette garde, lorſque le ſurvivant des pere & mere a expreſſément répudié la garde ; répudiation qui y fait ouverture en faveur des ayeux, pourvu que cette répudiation de la part du ſurvivant des pere & mere, ſoit pure & ſimple, & non expreſſément faite en faveur des enfans ; car en ce cas dernier, les ayeux n'y auroient aucun droit, la renonciation du ſurvivant ne pouvant s'entendre qu'en faveur des enfans.

Et non jamais en autre tems, ni cas, dit Dupleſſis, à la page 264 vers le milieu. Voyez de Renuſſon, de la garde, ch. 2, num. 20, 21 ; ainſi la garde ne s'ouvre en faveur des ayeux que dans le

les deux cas ci-deſſus expliqués qui ſont rares, & qui réduiſent preſque la garde des ayeuls, au cas que les pere & mere ſont décédés dans le même temps; c'eſt en leur faveur le vrai cas de ſon ouverture.

DISTINCTION II.

Comment le ſurvivant des pere & mere peut priver les ayeux de l'ouverture de la garde.

XI. Le ſurvivant des pere & mere prive les ayeux de cette ouverture, en acceptant la garde ou y renonçant enſuite en faveur de ſes enfans; c'eſt ce qui réſulte de la diſtinction précédente, & du principe que les enfans ne peuvent tomber deux fois en garde.

Arrêt du 15 janvier 1631, rapporté dans le premier volume du journal des audiences; en effet, le mineur ne tombe pas deux fois en garde; voyez cependant l'auteur du traité de la garde, ch. 2, num. 29, pag. 35; il eſt contraire, & eſtime que le ſurvivant des pere & mere, ne peut, par une renonciation à la garde en faveur de ſes enfans, préjudicier & faire obſtacle à l'ouverture de la garde en faveur des ayeux; & ce, ſur un fondement aſſez foible, qui eſt de dire, que ſi on admet le ſurvivant des pere & mere à renoncer à la garde en faveur des mineurs, elle ne s'ouvrira jamais en faveur des ayeux, ce qui eſt faux; & d'ailleurs qui peut l'empêcher de diſpoſer d'un droit dont la loi l'a ſaiſi? Voyez la propoſition ſuivante, elle prouve encore celle-ci, puiſque la ſimple acceptation de tutelle produit cet effet.

XII. Il les en prive encore, en acceptant la tutelle de ſes enfans, ce qui me paroît prouver la propoſition précédente; tutelle acceptée ſans réſerve & garde étant incompatibles: ainſi ſi la renonciation tacite ſuffit pour cela, à plus forte raiſon l'expreſſe.

Arrêt du dernier février 1630; il eſt cité en la note marginale ajoutée au commentaire de Dupleſſis, titre de la garde, pag. 264, & rapporté par Bardet, & cité ſur la derniere propoſition de cette diſtinction à laquelle il ſert de preuve, ainſi qu'à celle-ci, comme il en ſert à la précédente: en effet, telle acceptation eſt un déſiſtement tacite de ſa part de la garde en faveur des enfans: déſiſtement tacite en faveur des enfans qui ſuffit pour cela, parce que c'eſt à lui ſeul auquel le droit de garde eſt acquis, & autrement ce ſeroit faire tomber deux fois en garde les enfans, ce que la coutume rejette. Il faut obſerver que le convol du gardien qui lui fait perdre la garde, ne l'ouvre pas en faveur des ayeux; de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 2, num. 23 & 24, pag. 29. Le droit de la garde eſt conſommé, puiſque le mineur ne pouvoit tomber deux fois en garde, ce qui prouve encore la propoſition.

XIII. Voyons ce qui réſulte de la propoſition précédente. De ce que deſſus il réſulte, que lorſqu'il y a un des pere ou mere ſurvivant, la garde noble ne s'ouvre (excepté le cas marqué dans la cinquieme propoſition de la diſtinction précédente, qui eſt le décès prompt des pere & mere, ſans aucun acte de la part du ſurvivant d'eux ayant trait à la garde) la garde ne s'ouvre en faveur des ayeux, que lorſqu'il y a déſiſtement de la garde de la part de ce ſurvivant, & que ce déſiſtement n'eſt pas fait, ſoit expreſſément, ſoit tacitement en faveur des enfans, ce qui ſeroit, s'il y avoit de la part du ſurvivant, acceptation pure & ſimple de la tutelle; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, nulle autre ouverture en faveur des ayeux, dès qu'un des pere & mere a pu accepter la garde.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 264 à la fin; & c'eſt ce que dit expreſſément le Maître, tit. 12, ch. 1, pag. 127: pour moi je n'y vois pas de difficulté, il n'y a que ces deux cas d'ouverture pour les ayeux.

XIV. Ainſi la garde noble acceptée, ou omiſe par les pere & mere, par l'acceptation de la tutelle, ne peut plus être repriſe après leur décès par l'ayeul ou l'ayeule; c'eſt la conſéquence ſubordonnée de ce que deſſus, ni par tous les ayeux conjointement.

Arrêt du dernier février 1630, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 3, chap. 91; on l'a déja ci-deſſus cité; tel eſt l'uſage du châtelet & l'eſprit de la coutume.

DISTINCTION III.

Comment la garde & les profits d'icelle ſe partagent entre les ayeux, & quels biens y ſont ſujets.

(Art. 267 de la coutume.)

XV. La garde noble appartient aux ayeux conjointement, & ils en partagent les fruits également par têtes & non par ſouches, ou diſtinction de branche paternelle ou maternelle; vocation égale, partage égal; tel eſt l'eſprit de la coutume.

C'eſt l'effet de la vocation collective portée par la coutume; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, & l'opinion commune, à laquelle on a cru devoir s'arrêter, quoique de très-habiles juriſconſultes ayent été d'avis contraire; en effet, le Maître, tit. 12, ch. 1, pag. 328, eſtime que la ligne paternelle eſt préférée à la ligne maternelle: on expoſera ci-après les moyens ſur leſquels on fonde cette propoſition; moyens qui me paroiſſent détruire l'opinion dont on a cru devoir s'écarter, parce qu'il ſeroit impoſſible de la concilier avec les principes de l'accroiſſement.

XVI. De-là il s'enſuit que les ayeux mâles n'ont aucune préférence ſur les ayeules; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente: encore une fois, la vocation eſt collective; ainſi elle profite à tous également, autrement ce ſeroit changer ou ajouter à la loi.

L'auteur du traité de la garde, ch. 2, num. 33, pag. 35, comme on l'a déja vu ſur la propoſition précédente, eſt d'avis contraire, & prétend que

lorſqu'il y a un ayeul & une ayeule d'un même côté, la garde appartient au premier en totalité par deux raiſons; la premiere, parce qu'il eſt nommé le premier par la loi; & la ſeconde, parce que l'ayeule étant en communauté & en puiſſance d'autrui, ne peut adminiſtrer; mais la loi les appelle *collective*: il eſt bien vrai, que tant que la communauté dure, les fruits de la garde y tombent, mais auſſi-tôt la diſſolution, c'eſt à l'ayeule qui a une vocation égale à qui ils appartiennent; tel eſt le juſte effet de la vocation collective que la coutume fait en leur faveur, ainſi les raiſons de cet auteur, ne me paroiſſent pas avoir beaucoup de ſolidité; voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci.

XVII. En effet, la garde différe de la tutelle, où la maſculinité eſt ordinairement néceſſaire, la garde étant moins une fonction d'adminiſtration, qu'un gain & une décharge de compte que la loi accorde aux ayeux, ſans cette préference, qui feroit une addition à ſa diſpoſition; il faut donc un partage égal pour ſe conformer à la coutume. De-là il s'enſuit, que s'il y a trois ayeux, l'un d'un coté & deux d'un autre, les profits ainſi que les charges de la garde ſe diviſent entr'eux par tiers; c'eſt la conſéquence du principe qu'on vient d'établir, c'eſt le véritable eſprit de la coutume, tout autre partage s'en écarteroit.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, à la fin, pag. 265; l'auteur du traité de la garde, ch. 2, num 39 & 40, eſt d'avis contraire, comme on l'a déja vu, & eſtime que la ligne paternelle eſt préférée à la ligne maternelle, & après ce te premiere preference, il en veut une autre; doubles préférences qui ſe croiſent. Il eſtime que les ayeux du côté de celui des pere & mere prédécédé, ſont préférés, ce qui me paroît encore n'avoir aucun fondement; tout cela eſt addition & addition contradictoire avec la diſpoſition de la coutume, puiſque la coutume les y appelle ſans diſtinction & généralement: ainſi le ſentiment de Dupleſſis eſt abſolument préférable à cette opinion.

XVIII. Paſſons à une autre conſéquence de ce que deſſus. Dans le cas que l'un des ayeux renonce, la part du renonçant accroît aux autres conjointement & également; c'eſt une ſuite de ce que deſſus. Vocation collective, & le principe général de la coutume, quant aux ſucceſſions, doit influer ici; & il en eſt de même du décès de l'un d'eux pendant la durée de la garde, ſa part accroît aux autres gardiens qui le ſurvivent, la garde étant un droit indiviſible qui peut bien décroître par le concours, mais qui ne peut ſe diviſer & ſe partager avec les mineurs mêmes.

De même la part de celui d'entr'eux qui décéde pendant le cours de la garde; Dupleſſis, à la ſuite de l'endroit qu'on vient de citer ſur la propoſition precédente; ce qui fonde la propoſition, & cela eſt encore ſuite de la vocation collective.

XIX. Quant aux biens dont ils ont la jouiſſance, leur garde ne tombe que ſur les biens de la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, & non ſur les biens de celle du ſurvivant, qui auroit répudié la garde, mais non en faveur des enfans, & qui décéderoit après le prédécédé des pere & mere; on dit en faveur des enfans, parce que la renonciation à la garde en leur faveur feroit un obſtacle abſolu à la garde au profit des ayeuls, laquelle en ce cas ne peut avoir lieu.

Cela s'entend dans la théſe générale, ainſi qu'on l'a vu dans la premiere diſtinction ci-deſſus: cependant ſi les pere & mere étoient décédés en peu de tems ſans que le ſurvivant d'eux eût renoncé à la garde en faveur des mineurs, ni fait aucun acte dérogeant à icelle, en ce cas, la garde en faveur des ayeux, embraſſe les deux ſucceſſions des pere & mere des mineurs, ſelon Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 164 à la fin: il me paroît que l'eſprit de la coutume eſt contraire; en effet, comme les mineurs ne tombent jamais deux fois en garde, & que la garde ne doit embraſſer que la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, je penſe qu'il y a lieu, & même dans le cas d'un prompt décès des pere & mere, de regarder la propoſition comme générale, ſans la limiter par cette diſtinction; & qu'en ce même cas il eſt bien plus régulier de dire, que la garde déférée à l'ayeul n'embraſſe que la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, & non les deux ſucceſſions; tel eſt le ſentiment de Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 10, pag 76; voyez encore la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci, qui me paroît réſulter de l'eſprit de la coutume.

XX. En effet, outre que les enfans ne tombent pas deux fois en garde, celle qui eſt déférée aux ayeux eſt la même que celle qui étoit déférée au ſurvivant des pere & mere; elle ne peut donc pas avoir plus d'étendue; d'où il faut conclure que la garde en faveur des ayeux ne peut tomber que ſur la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, & non ſur toutes les deux; tel eſt le véritable eſprit de la coutume.

Voyez le ſixieme chapitre ci-après, indépendamment du moyen renfermé dans la propoſition, qui me paroît par lui-même déciſif: de Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 10, pag. 76; & tel eſt ſur ce, l'opinion commune; & encore une fois, cela eſt ſuite de la coutume.

SECTION III.

Que la garde bourgeoiſe n'a lieu qu'en faveur des pere & mere ſeulement; & des autres différences entre l'une & l'autre garde.

(Art. 265, 266, & 269 de la coutume.)

XXI. On a déja annoncé cette premiere différence; en effet, on a vu dans la premiere propoſition de la ſection ſeconde de ce chapitre, que la garde noble remonte plus haut, que la garde bourgeoiſe, cette derniere n'a lieu qu'en faveur du ſurvivant des pere &

mere & non en faveur des ayeux ; c'eſt cette limite qu'il s'agit d'éclaircir & qui découvre l'ancienne origine de la garde qui n'avoit lieu que pour les nobles, mais que nos rois ont accordé aux pere & mere lorſqu'ils ſont bourgeois de Paris, ce qu'on a compris dans le texte de la coutume.

Ce droit a été accordé aux bourgeois de Paris, par une chartre de Charles V. Chopin, en ſa préface ſur la coutume de Paris en fait mention : l'art. 266 de la coutume n'en eſt qu'une ſuite ; ainſi le droit des bourgeois de Paris, a ſa baſe non-ſeulement dans la coutume, mais encore dans une ordonnance bien antérieure à ſa rédaction ; mais limitée aux pere & mere & ſans remonter plus haut.

XXII. De-là il s'enſuit, que lorſque le ſurvivant des pere & mere bourgeois meurt, ſoit incontinent après le prédécédé, ſoit long-tems après, & ſans avoir accepté la garde, elle n'eſt pas comme la garde noble déférée aux ayeux, parce que dans nul cas les ayeux bourgeois ne peuvent prétendre la garde de leurs petits-enfans, la loi ne la leur déférant pas ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus ; elle eſt inconteſtable, parce qu'une grace ne s'étend pas d'une perſonne à une autre : ainſi, quoique l'ayeul ſoit domicilié dans une coutume qui lui donne la garde, il ne peut la prétendre lorſque le domicile du mineur eſt à Paris, mais elle lui appartiendroit s'il étoit noble.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 263 à la fin ; ce qui ſe confirme par l'ordonnance citée ſur la propoſition précédente, qui relativement aux bourgeois de Paris, ne défére la garde qu'aux pere & mere & non aux ayeux ; cependant ſi l'ayeul étoit noble, quoique domicilié dans une coutume qui ne lui déférât pas la garde, & quoique le domicile du mineur fût à Paris, tel ayeul auroit la garde, la coutume de Paris la lui déférant, & la qualité de la garde ſe déterminant par la qualité du gardien, & non par celle du mineur. Voilà ce qui fait ouverture à une telle garde, c'eſt le concours de la diſpoſition de la loi qui la régit, & la qualité perſonnelle de celui auquel elle la défére.

XXIII. Il y a encore d'autres différences entre l'une & l'autre garde ; outre que la garde noble remonte plus haut que la bourgeoiſe, elle a encore d'autres faveurs que cette derniere n'a pas : en effet, la garde bourgeoiſe n'a lieu que pour le ſurvivant des pere & mere domiciliés à Paris, & non pour le ſurvivant des pere & mere domiciliés hors Paris, au lieu que la loi défére la garde noble au ſurvivant des pere & mere, & aux ayeux à leur défaut, quoique non domiciliés à Paris : ſeconde différence entre l'une & l'autre garde ; c'eſt toujours ſuite de cette diſtinction, que anciennement la garde n'étoit déférée qu'aux nobles, & la bourgeoiſe ne l'eſt qu'aux bourgeois de Paris.

Dupleſſis, de la garde, ch. 1, pag. 264 au commencement ; de Renuſſon, même traité, ch. 2, num. 49, pag. 42, & num. 50, pag. 43 ; ce qui prouve que des ayeuls nobles domiciliés en pays de droit écrit, doivent avoir la garde noble de leurs petits-enfans, lorſque le domicile de leur pere étoit à Paris, la coutume leur déférant la garde, abſtraction faite de leur domicile ; mais ce qui n'auroit pas lieu ſi la garde étoit bourgeoiſe, la capacité du gardien devant ſe déterminer par la coutume du domicile des pere & mere ; c'eſt-à-dire, ſi l'ayeul n'étoit pas noble, quoique la coutume de ſon domicile lui déférât la garde de ſes petits-enfans, en ce cas, il n'auroit pas la garde, quoique la loi de ſon domicile la lui donnât.

XXIV. Voici une troiſieme différence. Le gardien bourgeois eſt aſſujetti à donner caution, & dans la théſe générale, ce n'eſt que du jour de la préſentation de caution qu'il gagne les fruits, ce qui n'eſt pas ſuivi à la rigueur.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 269 de la coutume : on ne peut exiger de caution du gardien noble, quoique diſſipateur, en prenant néanmoins des tempéramens qui mettent les intérêts des mineurs à couvert ; voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 23 ; c'eſt juſte exception à ſon affranchiſſement.

XXV. Faute de donner cette caution, le gardien bourgeois peut être pourſuivi pour être privé de la garde, & cette pourſuite appartient à chacun des parens des mineurs tombés en garde ; tous ſur ce ſont égaux, cela eſt ſuite de la coutume. Mais ſi les parens ont laiſſé le gardien bourgeois jouir de la garde, ſans l'obliger à donner caution, les enfans après le tems de la garde, ne ſeroient pas bien fondés à lui demander compte des fruits & reſtitution de ceux qu'il auroit perçu pendant la garde.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 4, num. 14, pag. 64 ; ce qui me paroit juſte, ſauf l'action des enfans contre le gardien, pour l'acquittement des charges de la garde ; charges dont il ſera parlé ci après, & à l'acquittement deſquelles tout le droit des enfans ſe réduit ; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci, à laquelle on peut appliquer ce qui a été dit ſur la caution du don mutuel.

XXVI. En effet, la caution eſt bien une charge du droit du gardien bourgeois, mais non ce qui fait abſolument commencer ſa jouiſſance, ni ce qui fonde abſolument ſon droit & ſa capacité ; c'eſt ſimple ſûreté acceſſoire, qui ayant été négligée, laiſſe ſubſiſter le droit acquis, & qu'on a regardé comme rempli. Cependant s'il y avoit une diſtance conſidérable entre l'ouverture de la garde & la préſentation de caution, le gardien ſeroit comptable des fruits juſqu'au jour de la préſentation ; ce qui eſt fort différent du cas qui a fait la matiere de la propoſition, où par un ſilence continuel il paroît qu'on

s'eſt déſiſté de la caution ; cette diſtinction paroît réſulter de l'eſprit de la coutume.

Tel eſt l'uſage dans les comptes au châtelet, & cet uſage eſt fondé ſur ce qu'il réſulte du texte, qui aſſujettiſſant le gardien bourgeois à la caution la fait comme une charge de ſon droit ; mais non comme une baſe totale de ce même droit.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE CE QUI DÉTERMINE LA NATURE DE LA GARDE, SOIT NOBLE, SOIT BOURGEOISE.

I. LA nature de la garde ſe détermine par la qualité du gardien & non par celle des enfans ; c'eſt la qualité du premier qui détermine la nature de la garde, c'eſt-à-dire, ſi elle eſt noble ou bourgeoiſe, à quoi il faut ajouter que cette garde eſt donnée aux annoblis par lettres ou par offices.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 1, pag. 264, eſt d'avis contraire, & eſtime que pour que la garde ſoit noble, il faut qu'il y ait nobleſſe des deux côtés, tant de la part du gardien que des enfans ; mais le ſentiment de le Maître, qui confirme la propoſition, me paroit plus régulier, parce que dans la garde la coutume a plus conſidéré le gardien que le mineur : c'eſt donc la qualité du dernier qu'il faut conſidérer ſur cela.

II. De-là il s'enſuit, que quoique, les enfans qui tombent en garde ſoient roturiers, ſi celui que la loi ſaiſit eſt noble, la garde eſt noble, & en a toutes les prérogatives ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition précédente & du principe qu'elle contient, que la nature de la garde ſe détermine par la qualité du gardien : en effet, c'eſt aux nobles principalement auxquels la loi a voulu déférer la garde ; c'eſt donc la qualité de ceux là qu'il faut conſidérer.

Voyez le Maître, tit. 12, ch. 1, pag. 329, qui confirme cette propoſition comme la précédente.

III. De-là il s'enſuit encore, que le ſurvivant des pere & mere roturier, n'ayant point accepté la garde bourgeoiſe, & mourant ſans l'avoir remis à ſes enfans, la garde des enfans, quoique roturiers, eſt déférée aux ayeux s'ils ſont nobles, ou à celui d'entr'eux qui l'eſt ; c'eſt la ſeconde conſéquence de la propoſition précédente ; c'eſt l'aſcendant noble auquel la loi a voulu donner une certaine jouiſſance.

Voyez le Maître, pag. 329, & la propoſition qui ſuit qui fonde celle-ci qui eſt ſuite des deux précédentes.

IV. Telle garde eſt noble, elle en a toutes les prérogatives, ſa qualité devant ſe déterminer par celle du gardien, non par celle des mineurs qui tombent en garde ; c'eſt l'eſprit de la coutume ; & dans le cas de cette garde, lorſqu'il y a pluſieurs ayeux dont un ſeul eſt noble, la garde appartient à lui ſeul & en totalité, parce que ce droit lui eſt perſonnel : qualité qui empêche qu'il le communique aux autres, & que c'eſt lui ſeul que la loi ſaiſit de ce droit : en effet, la coutume n'appelle les ayeux à la garde & ne les en ſaiſit que lorſqu'ils ſont nobles ; mais dès qu'ils ont cette qualité elle les appelle à la garde indiſtinctement ; ainſi dans le cas qu'il n'y a qu'un ſeul des ayeux qui ſoit noble, à lui ſeul doit appartenir la garde : ſeconde conſéquence du principe que contient la premiere propoſition, garde qui lui appartient encore que les mineurs ne ſoient pas nobles, & que tel gardien ne ſoit pas domicilié à Paris.

Cela réſulte évidemment de ce qui a été dit ci-deſſus, que dans la garde la coutume a plus conſidéré la perſonne du gardien que celle des mineurs, & cela fonde ſa propoſition : cependant il faut convenir que quelques-uns ont prétendu qu'il étoit néceſſaire que la nobleſſe réſidât des deux côtés, & qu'elle fût dans les deux termes actifs & paſſifs, ils ſe ſont fondés ſur les termes de la coutume : (il eſt loiſible aux perſonnes d'accepter la garde,) mais le texte décide tout le contraire, puiſqu'il ne parle que de ceux auxquels il défere la garde, & non de ceux qu'il y fait tomber.

V. Par le même principe, que la qualité de la garde ſe détermine par la qualité du gardien, ſi les enfans ſont nobles comme fils d'annoblis, & que leurs ayeux ſoient roturiers, ces ayeux ne peuvent prétendre la garde, la loi ne la leur défére pas : quatrieme conſéquence qui réſulte des trois précédentes propoſitions, la qualité de gardien étant toujours ſur cela, ce qu'il faut conſidérer, & non celle du mineur.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 43 ; ce qui confirme ce qui eſt dit ci-deſſus au ſujet de l'ayeul noble, par rapport à la garde de ſes petit-ſenfans roturiers, celui-là doit l'avoir, la raiſon de décider devant être la même pour l'un & pour l'autre cas.

VI. Si la mere qui a accepté la garde de ſes enfans étoit de famille noble, & que ſon mari fût mort roturier, la garde ſeroit bourgeoiſe, parce que telle veuve, quoique noble d'extraction, a perdu ſa nobleſſe dans les bras de ſon mari ; & ſi elle peut la faire revivre, elle ne le peut que par rapport à

elle, & non par rapport à des tiers; ainſi, à ſon égard, la garde ne peut être noble, puiſque ſon effet réfléchiroit contre ſes enfans.

Dupleſſis, de la garde, pag. 264, vers le milieu: raiſon qui me fait préférer ſon ſentiment à celui de Renuſſon & à celui de le Maître, qui penſent que la veuve d'un roturier doit avoir la garde noble, lorſqu'elle eſt noble d'extraction, leurs raiſons ne me ſatisfont pas; en effet, de Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 52, pag. 44, ne fonde ce ſentiment que ſur des coutumes dont les diſpoſitions ſont entierement oppoſées à celles de la nôtre; voyez les arrêts rapportés par l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 329, au ſujet de l'exemption de la taille, dont une telle veuve doit jouir, qui n'ont point de rapport à la nature de la garde, dont l'effet réfléchit contre des tiers, & qui par conſéquent ne me paroît pas pouvoir donner atteinte à la propoſition.

☞ L'article 265 de la coutume, établit de lui-même que c'eſt la qualité du gardien qui détermine la nature de la garde; mais de ce principe il ne s'enſuit pas, ainſi que l'auteur l'annonce dans la derniere propoſition de ce chapitre, qu'une femme noble d'extraction, qui auroit épouſé un roturier, n'auroit que la garde bourgeoiſe; ce ſeroit au contraire une garde noble, parce que la femme noble en épouſant un roturier, ne perd pas pour cela ſa nobleſſe qui n'eſt en ſuſpens que du vivant de ſon mari, elle la reprend par ſa mort, ſans être obligée d'obtenir des lettres, ſuivant les coutumes de Châlons & de Laon, qui forment là-deſſus un droit commun; voyez l'arrêt du mois de juin 1637, rapporté par Auzanet, ſur l'article 265 de la coutume.

CHAPITRE SIXIEME.

DES FRUITS DONT LE GARDIEN NOBLE OU BOURGEOIS PROFITE A CAUSE DE LA GARDE.

(Art. 267 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE LA JOUISSANCE N'EMBRASSE QUE LA SUCCESSION DU PRÉDÉCÉDÉ DES PERE ET MERE, ET NON LES BIENS QUE LE MINEUR A D'AILLEURS; ET DES FRUITS DE CETTE SUCCESSION.

I. ICI entiere uniformité entre les deux gardes; le droit du gardien noble ou bourgeois ſe réduit à une ſimple jouiſſance, & cette jouiſſance tombe ſur les biens que le mineur a recueillien qualité d'héritier du prédécédé de ſes pere & mere; ce qui a lieu même par rapport à la garde noble déférée aux ayeux; mais elle n'embraſſe pas la jouiſſance des biens qui étoient acquis au mineur avant la mort du prédécédé de ſes pere & mere: c'eſt la premiere conſéquence du principe, que la garde ne tombe que ſur la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, & qui ſe fonde encore ſur un autre principe, que les enfans ne peuvent deux fois tomber en garde.

Voyez le chapitre 2 de ce titre; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 12, pag. 23; le Maître, tit. 12, ch. 1, pag. 127 & 132, confirment la propoſition qui eſt conforme à l'uſage & à l'eſprit de la coutume; voyez Dupleſſis, pag. 264.

II. De même la garde telle qu'elle ſoit n'embraſſe pas la jouiſſance des biens échus au mineur depuis l'ouverture de la garde; c'eſt une ſeconde conſéquence du même principe, que les enfans ne tombent pas deux fois en garde; ainſi la garde ne s'étend pas ſur les ſucceſſions qui échoient aux mineurs depuis l'ouverture de la garde, ſoit directes, ſoit collatérales.

Dupleſſis, pag. 264, dit qu'il n'y a qu'une ſeule ouverture de la garde, c'eſt-à-dire, que la garde n'embraſſe pas les biens qui échoient au mineur depuis ſon ouverture; c'eſt auſſi le ſentiment de Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 9, pag. 76; Dumoulin, ſur l'art. 32 de l'ancienne coutume, num. 5, a été d'avis contraire: ſur quoi il eſt bon d'obſerver qu'il eſt d'un uſage conſtant au châtelet, que le gardien ne fait pas les fruits ſiens des biens recueillis par le mineur en garde depuis l'ouverture de la garde, & on l'y aſſujettit à en compter intégralement en faveur du mineur, c'eſt-à-dire, tant en principal qu'en fruits & intérêts, & ce ſur la raiſon alléguée par Dupleſſis, qu'indépendamment de la favorable interprétation que le mineur mérite, la garde ne peut naturellement comprendre que ce qu'elle embraſſe dans ſon origine, ce qui prouve la propoſition; d'ailleurs les termes de l'art. 265 de la coutume (*après le trépas de l'un d'eux*) fondent la propoſition, & elle forme une eſpéce de droit commun; cependant Bacquet a été d'avis que la garde tomboit ſur les ſucceſſions échues depuis ſon ouverture, & Carondas a adopté cette opinion pour les ſucceſſions collatérales, & l'a rejetté pour les ſucceſſions directes; ils ſe ſont appuyés ſur l'art. 46 de la coutume, qui charge le gardien d'acquitter le mineur

tombé en garde du droit de relief; mais cela ne s'entend que pour les fiefs qui ſont ſitués dans le Vexin, par rapport auxquels le relief eſt dû, quoique le fief ſoit échu par la ſucceſſion du pere au fils, & l'art. 265, que l'on vient de citer, leve là-deſſus toute difficulté.

☞ La queſtion de ſçavoir, ſi le gardien noble ou bourgeois jouit des biens échus au mineur pendant la garde, a été fort controverſée; mais le ſentiment de Dupleſſis ſur lequel la propoſition a été formée, paroît préférable, & on tient aujourd'hui pour maxime indubitable que le gardien n'a la jouiſſance que des biens qui étoient acquis au mineur avant la mort du prédécédé de ſes pere & mere; voyez l'art. 15 des arrêtés de M. le premier préſident de Lamoignon, & l'arrêt du 30 août 1755, cité ſur la premiere propoſition de la ſection ſuivante, qui confirme encore mieux la propoſition.

III. A l'égard des fruits que le gardien fait ſiens, ſa jouiſſance embraſſe tous les fruits, tant civils que naturels; il y a cependant une différence à faire entre les uns & les autres: différence que les propoſitions ſuivantes expliquent; mais ſon ſeul objet ſont les fruits.

De Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 17, pag. 79, & cela réſulte de l'article 267 de la coutume.

IV. Venons aux détails de cette jouiſſance. Les naturels pendans par les racines au moment de l'ouverture de la garde appartiennent au gardien & en totalité: premiere conſéquence du principe qu'on a poſé; droit qui ſe balance par un autre qui eſt conſervé aux mineurs.

L'art. 267 de la coutume dit, (*de tous*) & ainſi n'excepte rien, telle eſt la juriſprudence du châtelet; voyez la propoſition qui ſuit qui éclaircit celle-ci.

V. Par une juſte balance le gardien n'a rien à prétendre dans ceux qui ſe trouvent pendans par les racines, lors de la ceſſation de la garde, ni ſes héritiers pareillement, ſi la garde a fini par ſon décès: juſte équilibre de ce que deſſus; c'eſt droit réel qu'un certain tems fait naître, qu'un certain tems efface totalement.

C'eſt l'opinion commune au châtelet, & cette propoſition & la précédente ſe ſoutiennent l'une l'autre, comme réſultant également de l'article qu'on vient de citer, qui dit (*durant ladite garde.*)

VI. A l'égard des fruits civils, le gardien ne commence à en jouir que du jour de l'ouverture de la garde, & il en jouit juſqu'au jour qu'elle finit; cela eſt droit commun; & dans ce cas-ci comme dans le précédent, l'actif ſe balance toujours avec le paſſif, la nature fait commencer & ceſſer les premiers, c'eſt-à-dire, les fruits naturels, l'échéance fait le tout par rapport aux autres; c'eſt par cette échéance qu'ils doivent être conſidérés à tous égards, & par conſéquent, ſoit pour le commencement, ſoit pour la fin de la garde.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 2, pag. 266 au commencement, eſt d'avis que la garde ne comprend ni les offices, ni les deniers ſtipulés propres, ni les remplois des propres dont le gardien ne peut avoir aucun uſufruit. Je m'étonne qu'un ſi grand auteur ait voulu introduire une différence qui n'a aucune racine dans la coutume, ni même dans la raiſon, ces propres fictifs ne pouvant être plus favorables que les réels; l'uſage du châtelet eſt abſolument contraire à cette opinion, qui eſt vraiement ſinguliere, & on y juge que la garde, tant qu'elle dure, comprend le fruit civil de ces ſortes de biens; & c'eſt ce qui réſulte de ce que dit de Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 44, pag. 95: c'eſt le ſentiment de le Maître, tit. 12, ch. 2, pag. 332; Je n'y vois pas de difficulté, c'eſt ſuite de la coutume, qui ſur ce ne diſtinguant pas, rejette par conſéquent toute diſtinction: en effet, c'eſt abuſer de ſa diſpoſition, que de dire qu'elle ne parle que des héritages & rentes, c'eſt par forme d'exemple qu'elle s'explique ainſi, & non pour limiter ſa diſpoſition, & la jouiſſance du gardien qui embraſſe tout revenu; & c'eſt par une ſuite de cette jouiſſance totale, qu'elle oblige le gardien à nourrir & à entretenir le mineur; & ce qui eſt étrange dans cette opinion, c'eſt que ceux qui la ſoutiennent, ſont forcés de convenir que le gardien peut faire vendre les meubles, & faire les fruits ſiens du prix qui en provient, la coutume ne l'aſſujettiſſant quant à ce qu'à faire un inventaire, ce qu'on examinera plus à fond par la ſection 4: comment donc ont-ils pu prétendre qu'ils ne jouiſſoient pas ni des propres fictifs, ni des offices? cette opinion n'a aucune baſe.

VII. L'acceptation que le gardien noble ou bourgeois fait de la garde, a un effet rétroactif au jour de ſon ouverture, pourvû que l'acceptation ait été faite peu de tems après; mais s'il y a un long intervalle entre l'ouverture & l'acceptation, la jouiſſance du gardien ne commence que du jour de l'acceptation, & en ce cas il eſt comptable juſqu'à ce jour; ce que l'ordre a obligé de reprendre ici.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet dans les comptes de tutelles, lorſqu'il y a eu acceptation de garde faite après un intervalle marqué, comme on l'a vu par la derniere propoſition du chapitre quatrieme ci-deſſus.

SECTION II.

De la portion du gardien dans les fruits qui ne ſe recueillent qu'après la révolution d'un certain tems, & des profits de fiefs qu'il fait ſiens.

VIII. Quant à ces fruits il paroît d'abord plus de difficulté; mais la réalité de la jouiſſance l'applanit; dans ces fruits, tels que ſont les bois taillis, les pêches des étangs, le gardien n'y prend part qu'à proportion de la durée de la garde, c'eſt cette durée qui fixe

le montant ou la portion qu'il peut avoir dans iceux : de-là il s'enſuit que ſi au tems de l'ouverture de la garde des bois taillis avoit acquis une ou pluſieurs feuilles, & la coupe s'en faiſant pendant la garde, le montant de la coupe n'appartient au gardien qu'à proportion du tems de ſa garde, & il doit rendre le ſurplus au tuteur, ou s'en charger lui-même en recette s'il eſt tuteur : premiere conſéquence qui naît du principe qui régle le partage de ces fruits ; partage qui, conſervant les droits qui réſultent de la propriété, conſerve auſſi ceux qui réſultent de la jouiſſance.

Le gardien n'a par la coutume qu'une jouiſſance limitée & momentanée, & l'on ne peut faire remonter ſa jouiſſance par rapport à de tels fruits, qu'en changeant ſon droit d'uſufruit en une propriété, embraſſant un certain mobilier, ce qui ſeroit dénaturer le droit de la garde. Quant aux bois de haute-futaye, ils ne ſont pas fruits, mais fonds ; mais le gardien a-t-il la jouiſſance de leur prix ? s'il a été employé, il ſemble que c'eſt un fonds infructueux qui devient fructueux ; voyez l'arrêt de la Grange, du mois d'août 1745.

☞ Dans l'eſpece de l'arrêt de la Grange ci-deſſus cité, il s'agiſſoit de ſavoir ſi la marquiſe de la Grange qui avoit vendu un bois de haute-futaye appartenant à ſes enfans dont elle avoit la garde noble, ſeroit obligée de ſe charger en recette des intérêts du prix provenu de cette vente, ou ſi elle les confondroit avec les fruits ordinaires de la garde. L'arrêt a ordonné qu'elle s'en chargeroit en recette dans le compte de tutelle qu'elle devoit à ſes enfans, par la raiſon que les bois de haute-futaye ne rapportent de leur nature aucun fruit, d'où il s'enſuit qu'ils n'en doivent pas non plus produire au profit des gardiens.

IX. De ce même principe, ſi la coupe du bois taillis ou la pêche ne ſe fait qu'une ou pluſieurs années après la garde finie, le gardien y prend toujours part à proportion du tems de la garde, parce que la jouiſſance ne lui eſt pas accordée à titre purement gratuit : ſeconde conſéquence du principe qu'on a poſé, & qu'on ne pourroit rejetter qu'en énervant la jouiſſance que la coutume donne indiſtinctement au gardien.

Voyez le chapitre 8 ci-après, au ſujet des charges, & la note ſur la propoſition précédente ; charges qui me paroiſſent fonder ſolidement le partage ci-deſſus de tels fruits, puiſque pour icelui, le gardien a pour lui tout enſemble l'eſprit de la coutume, qui ne l'a aſſujetti à des charges annuelles qu'eu égard à un produit annuel ; & il a pour lui encore l'équité naturelle qui conduit à cette balance.

X. Quant aux profits des fiefs conſidérés relativement à la garde, tout profit de fief échu pendant la garde appartient au gardien ; en effet, tel profit eſt vrai fruit civil, vrai revenu, & pour cela, il ſuffit que la mutation ſoit arrivée pendant la garde ; c'eſt fruit ordinaire, & qui par conſéquent tombe dans la garde ; & cela auroit lieu encore que ces droits ne fuſſent payés qu'après la garde, parce que ce n'eſt pas le payement, mais le tems de la mutation qui acquiert le droit, & qu'il faut conſidérer, pour déterminer à qui il appartient ; dans ce cas-là même le droit appartient donc au gardien, parce que le retard dans le payement n'empêche pas que ce ne ſoit toujours un fruit civil.

Cela a été établi ſur le titre des cenſives, c'eſt le ſiége de cette matiere ; voyez de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 6, num. 44, pag. 95.

XI. Venons aux droits de juſtice. Le gardien profite des droits de juſtice adjugés pendant le tems de la garde, mais non pas indiſtinctement du profit de la confiſcation qui n'eſt pas toujours un profit de juſtice, ce qu'on verra par les propoſitions ſuivantes ; c'eſt une diſtinction à faire, & que la cauſe de la confiſcation fonde. De-là il s'enſuit qu'il profite & en propriété des biens confiſqués pour crime, parce que c'eſt profit de juſtice, & profit non extraordinaire, quoique caſuel ; & étant tel, c'eſt-à-dire, fruit non extraordinaire, quoique caſuel, c'eſt ſon ouverture qui décide celui auquel il doit appartenir.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 66 & 67, s'arrête à ce ſentiment, après avoir long-tems balancé la queſtion dans les nombres précédens ; le Maître, pag. 333, la confirme, elle me paroît sûre & réſulter de la nature de la confiſcation ; mais il n'en eſt pas de même de celle qui a pour baſe l'injure faite au ſeigneur.

XII. Il peut pourvoir aux offices qui viennent à vaquer pendant la garde ; c'eſt une ſuite de la jouiſſance, c'eſt portion de fruits, la coutume ne diſtinguant pas ; ce qui n'influe pas ſur des ſurvivances, leſquelles excéderoient ſa capacité & ſa jouiſſance qui eſt limitée.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 49, pag. 98 ; il ne peut accorder des ſurvivances, parce qu'elles pourroient n'avoir lieu que dans un tems auquel il n'a plus de qualité, & cela eſt ſuite de la nature de l'un & l'autre droit ; le même auteur au nombre ſuivant ; le Maître, pag. 333, confirme la propoſition, & à la pag. 334, il dit qu'il ne peut donner de ſurvivances ; ce qui me paroît exact par la raiſon qu'on vient d'expliquer.

☞ Sur la derniere partie de la propoſition, voyez l'arrêt du 18 juillet 1617, rapporté par Mornac, ſur la loi *ſèd & ſi* ff. *de petit. hæred.* par lequel la ſurvivance accordée par un pere gardien de ſon fils a été déclaré nulle, quoique depuis le fils eût pris la qualité d'héritier de ſon pere ; le gardien peut bien pourvoir aux offices, mais il ne peut pas deſtituer les officiers qui ſont pourvus : voyez Loyſeau, en ſon traité des offices, liv. 5, chap. 5.

XIII. Paſſons à la diſtinction déja annoncée. Toute confiſcation n'eſt pas au profit du gardien ; il ne profite pas du fief du vaſſal,

confiſqué pour déſaveu ou pour félonie ; ce n'eſt pas fruit civil ordinaire, ce droit n'eſt pas droit de juſtice, c'eſt par cette raiſon qu'on a annoncé cette exception, qu'on va développer relativement à ſa jouiſſance ; c'eſt accroiſſement réel au fief dont le mineur a la propriété, & dont par conſéquent le gardien ne peut profiter.

Dumoulin, ſur l'ancienne coutume de Paris, *in verbo*, le ſeigneur féodal, num, 55 ; le fief confiſqué par déſaveu n'appartient pas au gardien par pluſieurs raiſons ; 1°. l'injure eſt faite au ſeigneur même, & la confiſcation en ce cas en eſt la réparation : 2°. cette confiſcation opére réunion du fief ſervant au dominant par une cauſe ancienne, & faute par le vaſſal d'avoir ſatisfait à la condition de la primitive conceſſion, qui eſt de n'être pas félon envers ſon ſeigneur ; moyens qui excluent le gardien de profiter d'une telle confiſcation ; le Maître, tit. 12, ch. 2, pag. 333 ; & ſur les fruits que peut produire une telle confiſcation, voyez la propoſition qui ſuit, c'eſt un autre objet que ſa jouiſſance embraſſe.

XIV. Mais le gardien jouit pendant ſa garde du fief ainſi confiſqué, comme faiſant partie du fief qui eſt en ſa garde ; c'eſt ſuite de ſa jouiſſance, c'eſt un acceſſoire qui ſuit la nature de ſon capital, il doit donc en jouir ; c'eſt portion de fruits, & ſa garde les embraſſe tous, quand ils ont comme ici leur racine dans la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere du mineur tombé en garde.

Pontanus, ſur la coutume de Blois, tit. 2, art. 5 ; de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 6, num. 76, pag. 111 ; & cela me paroît ſuite de la garde & de la jouiſſance qu'elle donne au gardien, ainſi que de l'effet d'une telle confiſcation, qui opére réunion & incorporation de fief ainſi confiſqué avec le fief principal, dont la coutume donne la jouiſſance au gardien ; c'eſt acceſſoire de ce fief, & par conſéquent qui en doit ſuivre la nature.

XV. Le gardien a droit d'intenter le retrait féodal, c'eſt droit & profit ordinaire du fief dont il a droit de jouir comme gardien ; ce droit de retrait tombe donc dans les fruits civils ou profits de ſa garde, ſauf la directe ſur le fief ainſi retiré par le gardien qui eſt conſervée au mineur.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 79, pag. 112 ; & cela eſt ſuite du texte.

XVI. L'effet de ce droit du gardien n'eſt pas abſolu lorſqu'il l'a exercé ; il conſerve après la garde la propriété du fief ainſi retiré, ſauf le droit du mineur en garde ſur la mouvance ; voilà l'effet d'un tel retrait féodal exercé par un gardien ; & cela eſt fondé ſur ce qu'il a préféré l'exercice de ce droit, au droit de quint, qui lui auroit appartenu en propriété ; ainſi l'un ne fait que lui tenir lieu de l'autre, ce qui me paroît fonder en ſa perſonne la propriété du fief ainſi retiré, ſauf la mouvance.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 81 & 82, eſt d'avis contraire, & prétend que les enfans peuvent retirer le fief des mains de leur gardien, ſans même pour ce lui rembourſer les droits de la mutation qu'il auroit reçu, s'il n'avoit pas exercé le retrait féodal ; ce qui paroît ſingulier, parce que ce ſeroit quant à ce anéantir l'effet de la garde : ainſi ſon ſentiment ne pourroit être admis qu'en rembourſant par les mineurs le droit ſeigneurial ; & ce ſeroit indulgence en faveur du mineur, non droit vraiement juridique, puiſqu'il a dépandu du gardien de fermer au mineur la porte au retrait féodal en recevant les droits de la mutation ; ainſi, en l'exerçant, il l'a exercé pour lui, puiſque la loi l'avoit ſaiſi du droit ; le ſentiment de Renuſſon s'écarte donc de la coutume & des principes.

XVII. Expliquons la limite & à la condition de ce droit du gardien. En ce cas le gardien tient le fief relevant du mineur ; cela conſerve les droits de l'un & de l'autre, autrement la garde opéreroit en ſa faveur & au préjudice du mineur après ſa ceſſation, ce qu'on ne peut admettre ; cela concilie les principes & les droits, & diſtingue ce qui eſt fruit d'avec ce qui eſt propriété.

Telle eſt l'opinion commune, & ce n'eſt qu'avec cette limitation que le gardien a le droit ci-deſſus expliqué qui eſt la retenue du fief ; tel eſt l'eſprit de la coutume.

☞ Le gardien a droit de retraire féodalement, mais tout l'avantage que lui procure cette faculté eſt la jouiſſance du fief pendant la durée de ſa garde, après l'expiration de laquelle, il doit le rendre au mineur, s'il juge à propos de le prendre, en lui rembourſant par ce dernier, le prix & les loyaux-couſt & le droit de quint ; voyez l'arrêt du 23 février 1571, remarqué par Carondas, liv. 2, rep. 85 ; & Dumoulin, ſur la coutume de Paris, 55°. 13, gloſ. 1, nomb. 45.

SECTION III.

Si le gardien jouit des droits honorifiques, & s'il peut recevoir la foi, les aveux & dénombremens.

XVIII. Le gardien jouit pendant ſa garde des droits honorifiques, comme repréſentant le mineur ; en effet, par cette jouiſſance il les conſerve pour le mineur : ainſi ſon droit, ſon intérêt, ainſi que ceux du mineur, ſe réuniſſent pour cette jouiſſance ; il doit donc l'avoir, puiſque loin de donner atteinte aux droits du mineur, elle les lui conſerve.

De Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 48, pag. 97, même du droit de patronage ; le Maître, pag. 332, lui donne ce dernier droit qui eſt celui de patronage ; cependant à la page ſuivante il lui dénie les droits honorifiques que Dumoulin lui accorde, en diſant *Jura feudalia magis conſervantur fructuario, utente, quàm ſi nullus uteretur*, tit. 1, *de mater. feud.* §. 1, gloſ. 1 ; ce qui confirme la propoſition ; voyez ſur ce Maréchal.

XIX. Par le même principe il peut pourvoir aux offices vacans pendant ſa garde ; les

les mêmes raiſons qui fondent la propoſition précedente fondent encore celle-ci, mais non donner des ſurvivances, comme on l'a déja vu.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 49, pag. 98; ce qu'on a déja vu ci-deſſus par rapport aux fruits dont il jouit, & qu'il a été à propos de reprendre ſur les droits honorifiques; mais les ſurvivances qui tomberoient dans un tems pendant lequel il n'avoit ni droit ni qualité, ne peuvent avoir leur exécution.

XX. Quant à la foi, il n'eſt pas douteux que le gardien peut recevoir la foi & hommage des vaſſaux des mineurs qui ſont en ſa garde; ſans cette capacité ſa jouiſſance ſeroit imparfaite, cette capacité dérive donc de ſa jouiſſance; & ce qui fonde cette capacité dans ſa perſonne de recevoir la foi, c'eſt que les profits des fiefs & les droits dûs pour les mutations lui appartiennent: ainſi le gardien, faute de payement du droit, pouvant ſaiſir féodalement, il eſt bien juſte pour prévenir cette pourſuite que les vaſſaux puiſſent lui prêter la foi; il a donc qualité pour la recevoir, mais comme un mandataire légal, & non comme un ſeigneur perſonnel.

Voyez de Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 83, pag. 115; & encore une fois celà eſt ſuite de la coutume, autrement on la rendroit contradictoire avec elle-même; voyez le même auteur au chap. 9, num. 207, pag. 206.

XXI. Lorſque le gardien reçoit la foi, lorſqu'il ſaiſit féodalement, il faut qu'il le faſſe pour & au nom du mineur & en qualité de ſon gardien; c'eſt cette qualité qui fonde ſon droit, & il ne doit l'exercer qu'en annonçant & en conſervant le droit du mineur qui eſt en ſa garde, duquel il eſt quant à ce mandataire légal; mais, quoiqu'il puiſſe recevoir la foi pour les mineurs, néanmoins il ne peut la rendre pour eux; il n'a pas qualité pour remplir cet acte, mais il peut demander ſouffrance, parce que l'ouverture du fief tomberoit en perte ſur lui par la perte qu'elle entraîneroit des fruits du fief que le ſeigneur pouvoit ſaiſir féodalement, faute de foi & hommage; un juſte & légitime intérêt met donc cet acte en ſa capacité.

Cela eſt établi ſur le titre des fiefs, & réſulte, tant de la coutume que de l'ordonnance de 1667.

XXII. A l'égard de l'aveu & dénombrement, le gardien ne peut le recevoir, parce qu'il n'a pas qualité pour le blâmer, le blâme étant un acte qui concerne la propriété; de-là il s'enſuit que l'aveu & dénombrement doit être fourni au tuteur du mineur tombé en garde, ſauf la reſtitution du mineur s'il y étoit léſé; en effet, c'eſt le tuteur qui repréſente ce dernier univerſellement, & non le gardien; ce dernier n'a donc pas de capacité pour un tel acte, & s'il a celle pour la ſouffrance, c'eſt ſon intérêt qui la lui donne.

C'eſt ce qui ſe pratique conformément à l'art. 270 de la coutume, & au ſentiment de Renuſſon, de la garde, ch. 9, num. 8, pag. 206 & 207.

XXIII. A l'égard des profits de la ſaiſie féodale ils appartiennent au gardien; elle opére réunion du fief ſervant au dominant, & par-là la jouiſſance de l'un entraîne la jouiſſance de l'autre, tant que la ſaiſie & la garde durent; c'eſt vrai fruit civil que la garde comprend.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 85 & 86, pag. 116; & cette jouiſſance eſt ſuite de la coutume.

SECTION IV.

De ſa jouiſſance des meubles & de celle des effets mobiliers, & de l'inventaire qu'il doit faire.

(Art. 269 de la coutume.)

XXIV. La jouiſſance du gardien embraſſe les meubles appartenans aux mineurs, la coutume ſur cette jouiſſance ne faiſant aucune diſtinction; mais il en doit faire inventaire, ſans lequel la continuation de communauté, tant qu'elle dureroit anéantiroit l'effet de la garde; ce qui arriveroit ſi la garde appartenoit à un ſurvivant des pere & mere, mais non ſi elle appartenoit à des ayeux, contre leſquels les petits enfans ne pourroient alléguer une continuation de communauté dans la théſe générale; ainſi la garde embraſſe la jouiſſance du mobilier; par quel écart donc quelques-uns ont-ils prétendus en diſtraire les propres fictifs?

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 4, pag. 268; voyez ci-devant le titre de la continuation de communauté, où il eſt prouvé que le défaut d'inventaire effaceroit l'effet de la garde, puiſque ſon produit ſe confondroit dans la continuation de communauté: jouiſſance de meubles qui écarte la fauſſe opinion, que la garde ne tomboit pas ſur les propres fictifs.

XXV. Mais comme ſa jouiſſance ne doit pas diminuer le fonds, il eſt obligé de faire faire la vente des meubles, & ſa jouiſſance ſe réduit à jouir du prix d'iceux: voilà quant à ce tout l'effet de ſon droit de garde, il ne peut aller au-delà; tel eſt l'eſprit de la coutume, & la nature de ſon droit qui ſe réduit à un ſimple uſufruit, qui aux termes de droit ne peut avoir lieu que *ſalvâ rei ſubſtantiâ*.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 2, à la fin, pag. 266; voyez la note ſur la propoſition qui ſuit qui le prouve.

XXVI. Faute d'avoir fait faire cette vente judiciairement, il eſt tenu du prix porté par

l'inventaire, enſemble de la crûe pour ce qui y eſt ſujet ; crûe qui eſt le quart en ſus, parce que ſans cela ſa propre négligence lui profiteroit, ce qui ne peut être ; ce qui s'entend principalement lorſque avec la garde il a encore la tutelle.

Tel eſt l'uſage du châtelet ; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 6, num. 14, pag. 78 ; de le Maître, tit. 12, ch. 2, pag. 331 ; mais il n'en doit pas l'intérêt, ſa garde tant qu'elle dure l'en affranchit, puiſqu'elle lui donne tous les fruits & revenus, & ce encore qu'il fût tuteur.

XXVII. Il jouit pareillement du montant des dettes actives, ſon uſufruit tombant ſur tout indiſtinctement ; mais il en jouit comme des meubles, c'eſt-à-dire, ſauf la reſtitution de leur montant à la fin de la garde, qui ne peut jamais donner atteinte à la propriété.

Dupleſſis à la même page, dit qu'il doit en faire emploi, ſinon qu'il en doit l'intérêt au mineur, ce qui il ne dit pas du prix de la vente des meubles ; cependant pour l'un & pour l'autre cas, le droit doit être aſſurément le même, à la bonne heure qu'il faſſe emploi dans les formes pour ce prescrites, lorſque la ſomme eſt conſidérable : car hors ce cas je doute fort qu'on l'y aſſujettit, puiſque ſur ce la coutume a pourvu à la sûreté du mineur par une autre voie qui eſt la caution, par rapport au gardien bourgeois ; mais faute d'emploi il ne peut être débiteur de l'intérêt, puiſqu'il lui appartient, & qu'il le fait ſien tant que la garde dure, ſuivant ce qui réſulte du texte de la coutume ; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, de la garde, ch. 6, num. 15 & 16, pag. 79, autrement ce ſeroit détruire la garde dans ſon principe, qui eſt de débarraſſer un ſurvivant des pere & mere, mais ſous de certaines charges, des détails d'un compte de tutelle, & ce tant que la garde dure : raiſons qui me font rejetter cette opinion de Dupleſſis, pour laquelle je ne vois aucune baſe, & qui s'écarte totalement de l'eſprit de la coutume, n'y ayant aucune raiſon de diſtinguer les dettes actives des effets mobiliers.

XXVIII. De-là il s'enſuit qu'encore qu'il ne fût pas tuteur, il a qualité pour pourſuivre les débiteurs des mineurs de ſommes exigibles, & qualité pour leur donner décharge ; c'eſt ce qui réſulte de ce que deſſus, & autrement ſon droit & ſa qualité ſeroient inefficaces ; ce qu'on ne peut admettre, la loi donnant toujours toutes les actions néceſſaires pour l'exercice du droit qu'elle établit, mais il n'a pas droit de recevoir le rembourſement d'une rente conſtituée, ſa qualité ni les ſuites d'icelles n'influant pas ſur le capital d'une telle rente qui excéde ſon pouvoir, & qui ne peut être reçu que par un tuteur.

Cela ſe prouve par la caution à laquelle le gardien bourgeois eſt aſſujetti, & dont le gardien noble n'eſt affranchi que par un privilége qui lui eſt particulier, ce qu'on va voir par la derniere propoſition de cette ſection ; enfin quand la loi donne un droit elle donne toutes les actions qui ſont néceſſaires pour ſon exécution & la conſervation, ce qu'entraîne ce droit, comme on l'a dit par la propoſition même ; c'eſt principe général, c'eſt régle de droit, mais qui ne peut influer ſur un capital de rente.

XXIX. De cette qualité, de ce droit qu'il a d'agir, il s'enſuit que faute de le faire, il eſt garant des ſuites de ſa négligence, autrement le mineur, qui eſt toujours favorable, ſouffriroit un affoibliſſement dans ſes droits par celui que la coutume confie au gardien ; ce qu'on ne peut admettre.

C'eſt l'opinion commune, & ce ſur le fondement de la propoſition précédente, ce qui n'empêche pas que le mineur tombé en garde n'ait pareille action contre ſon tuteur, s'il y a négligence.

XXX. Pour faire ce recouvrement, & pour toucher, le gardien n'eſt pas, dans la théſe générale, aſſujetti à faire un emploi ; s'il eſt bourgeois la caution par lui donnée fait la ſureté ; s'il eſt noble, ſa nobleſſe lui tient lieu de caution : moyens qui me paroiſſent l'affranchir de la néceſſité de l'emploi, comme on l'a déja dit. Cependant s'il y avoit riſque évident on l'aſſujettiroit à faire emploi, la régle ne pouvant s'appliquer, que tant que les intérêts du mineur tombés en garde ne périclitent pas ; c'eſt ainſi que cette régle doit être entendue ; mais ſi ces intérêts périclitoient, il faudroit pourvoir à leur ſûreté.

C'eſt l'uſage du châtelet ; mais il jouit pendant la durée de ſa garde des fruits & revenus que l'emploi produit ; le Maître, tit. 12, ch. 2, pag. 331 ; c'eſt ſuite du droit de garde, en eſt-il de même du prix des bois de haute-futaie vendus ? Voyez ci-deſſus, c'eſt le prix d'un mobilier qui devient fructueux.

CHAPITRE SEPTIEME.

DE L'ACCEPTATION DE LA GARDE.

(Art. 269 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE LA NÉCESSITÉ DE CETTE ACCEPTATION; QUAND ELLE DOIT ÊTRE FAITE, ET DEVANT QUELS JUGES.

I. L'EFFET de la garde eſt celui d'un contrat judiciaire; ainſi la garde ne ſaiſit pas, il faut la demander & l'accepter en jugement, parce que ce contrat ne peut ſe former que par le conſentement formel du gardien, & l'acquieſcement à ce conſentement de la part du juge qui ſtipule pour le mineur; c'eſt une forme inviolable, & pour la remplir, il faut que cette acceptation ſe faſſe en juſtice en perſonne, & non par procureur; c'eſt un contrat ſolemnel que le gardien paſſe avec les mineurs & avec leurs créanciers, & c'eſt ainſi que la coutume veut qu'il ſoit conſommé; c'eſt contrat judiciaire, & qui ne peut par conſéquent avoir une autre forme.

C'eſt ce qui réſulte de l'art. 269, de la coutume; Dupleſſis, traité de la garde, ch. 4, au commencement, pag. 268; de Renuſſon, même traité, ch. 3, num. 1, pag. 47, le premier, dit expreſſément que c'eſt un contrat ſolemnel que le gardien fait avec les mineurs, & c'eſt ainſi qu'on regarde au châtelet l'acceptation de la garde.

☞ On ne pourroit valablement accepter la garde au greffe ni par acte paſſé devant notaire, il faut qu'elle ſoit accepté en jugement, c'eſt-à-dire, par-devant le juge royal du domicile, ſéant en jugement, & ſi elle l'étoit autrement, elle deviendroit inutile au gardien qui ſeroit tenu de rendre au mineur tous les fruits & profits qu'il auroit perçus: voyez l'arrêt du 24 janvier 1587, cité par Joli, ſur l'art. 167 de la coutume, & tous les commentateurs.

II. Venons aux effets de cette acceptation. Lorſque l'acceptation eſt faite dans un tems bref, elle a, comme on l'a déja dit ci-deſſus, effet rétroactif, d'où il s'enſuit qu'en ce cas le gardien n'a, quant aux fruits & revenus, aucun compte à rendre; l'équité conduit là, mais la charge du compte commence auſſi-tôt la ceſſation de la garde.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 4, pag. 268, lui donne effet rétroactif, lorſqu'elle eſt faite *tempore congruo*; c'eſt l'eſprit de la coutume.

III. Mais lorſqu'elle n'eſt faite qu'après un tems conſidérable, écoulé depuis l'ouverture, le gardien ne gagne les fruits que du jour de l'acceptation de la garde; ce que l'ordre en traitant de l'acceptation oblige de rappeller ici, quoiqu'on l'ait déja dit en examinant l'ouverture de la garde.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet; & par les comptes de tutelles on oblige le gardien qui a été tuteur & qui a accepté la tutelle, en ſe réſervant le droit d'accepter la garde qu'il a en effet depuis accepté, de faire recette des fruits échus juſqu'à l'acceptation de la garde, lorſqu'il a laiſſé écouler un tems conſidérable; de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 3, num. 7 & 8, eſt d'avis que l'acceptation de la garde a toujours un effet rétroactif à ſon ouverture, pourvu qu'elle ſoit acceptée dans le tems que la coutume a preſcrit pour ſa durée: voilà un tems bien long, & donnant dans une autre extrémité, le Maître, pag. 338, eſtime indiſtinctement que le gardien ne gagne les fruits que du jour de l'acceptation; ces deux opinions ſont outrées, celle de Dupleſſis, qui eſt ſuivie au châtelet, conſerve un juſte milieu, & c'eſt à ce ſentiment qu'il faut ſe tenir, comme le véritable eſprit de la coutume, qui veut que cette loi ſoit efficace en rempliſſant ſa diſpoſition dans un tems convenable qu'elle a laiſſé à fixer, puiſqu'elle n'en n'a établi aucun.

IV. Lorſqu'il y a des biens dans différentes coutumes, l'acceptation de la garde dans le lieu du domicile vaut pour tous les biens, quoique ſitués dans d'autres coutumes; à quoi bon multiplier les frais, le contraire ſeroit vaine ſubtilité & abus de forme?

Cela réſulte de ce que dit de Renuſſon, traité de la garde, ch. 6, num. 30, 31 & 32, pag. 87 & 88; le Maître, pag. 337, eſtime qu'il faut ſatisfaire aux formalités des différentes coutumes, ce qui me paroît bon pour les charges, mais non pour les ſimples formalités qu'il ne faut pas géminer; autrement il faudroit autant de diverſes acceptations de la garde qu'il y auroit de coutumes qui régiroient les biens qui y ſeroient ſujets, ce qui eſt inutile.

V. Examinons à préſent la compétence du juge. La garde même bourgeoiſe ne peut être demandée que devant le juge royal du domicile du prédécédé des pere & mere des mineurs qui tombent en garde; c'eſt un contrat ſolemnel que le juge royal eſt ſeul capable de recevoir, & non un juge ſeigneurial.

Arrêt du 14 mai 1624, il eſt cité dans la note

marginale sur Dupleſſis, pag. 268; le Maître, tit. 12, ch. 4, pag. 337; d'où il s'enſuit qu'elle ne peut être acceptée devant un juge de ſeigneur, ni tout autre royal, que celui de ce domicile.

VI. Dans la théſe générale elle ne peut être acceptée pour les uns & remiſe pour les autres, parce que la remiſe du droit réſultant d'icelle en faveur de ces derniers, n'opéreroit rien, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit, s'il étoit héritier; c'eſt un acte indiviſible que la coutume a établi, & qu'il faut prendre comme la loi le donne ou le répudier, & ce par la loi du rapport.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 3, num. 12, pag. 52; le Maître, pag. 329; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci.

VII. En effet, l'enfant en faveur duquel la garde auroit été remiſe, ſeroit obligé de rapporter à la ſucceſſion du gardien le bénéfice de cette remiſe, tout avantage de telle nature qu'il ſoit, étant rapportable de la part de l'enfant avantagé s'il eſt héritier, mais non s'il renonce; car en ce cas la renonciation en ſa faveur, ſeroit efficace.

Voyez le titre des ſucceſſions, où il eſt prouvé combien la loi de la collation eſt impérieuſe, & que les pere & mere n'y peuvent déroger; cependant ſi l'enfant au profit duquel la garde auroit été remiſe, renonçoit à la ſucceſſion du gardien, l'acceptation partiaire de la garde produiroit ſon effet, tant à l'égard des enfans dont la garde auroit été acceptée, qu'à l'égard de celui auquel elle auroit été remiſe, ſa renonciation l'affranchiſſant du rapport; mais en ce cas même la garde n'en n'a pas moins été indiviſible, & l'enfant qui en partage le profit, ne le tient ce profit que comme donataire du gardien.

SECTION II.

De l'irrévocabilité du contrat judiciaire qui naît de l'acceptation de la garde.

VIII. La garde acceptée ne peut plus être répudiée, cela a lieu même à l'égard du gardien mineur, qui n'eſt pas reſtituable contre ſon acceptation; cette acceptation formant un vrai contrat: contrat à la vérité judiciaire, mais qui n'en eſt comme tel que plus irrévocable.

Arrêt du 5 août 1627, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 132; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 3, num. 15 & 16, pag. 54; à quoi il faut joindre les autorités citées ſur la propoſition qui ſuit; elles ſont communes à celle-ci.

IX. Cette irrévocabilité eſt fondée ſur ce que c'eſt un contrat fait en juſtice, & que la capacité que le gardien, même mineur, a de le faire, lui ferme la porte à la reſtitution qui réfléchiroit contre d'autres mineurs: double raiſon qui écarte ſur ce le bénéfice de la reſtitution en entier; mais n'eſt-ce pas porter trop loin l'irrévocabilité, vu qu'il eſt de principe que le mineur eſt reſtitué contre l'autorité de la choſe jugée, & que la minorité de celui ſur qui tombe la reſtitution, n'y fait pas obſtacle.

Note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par la lettre A, ch. 3 du traité de la garde, pag. 267; Auzanet, ſur l'art. 265; le Maître, tit. 12, pag. 338; & je l'ai entendu juger ainſi au châtelet: il faut convenir que cela eſt bien rigoureux, parce que, quoiqu'il s'agiſſe reſpectivement d'intérêt de mineur, celui qui perd eſt plus favorable que celui qui gagne.

X. Cependant cette irrévocabilité, dans la régle étroite, n'a lieu qu'à l'égard des mineurs tombés en garde, & non à l'égard des créanciers, à l'égard deſquels il ſembleroit que le gardien mineur ſeroit reſtituable; mais dans l'état préſent de la juriſprudence, cette limitation eſt plus philoſophique que réelle, puiſque tant que les enfans tombés en garde reſtent héritiers du prédécédé, ils peuvent être pourſuivis par les créanciers: pourſuite dont leur gardien, quoique mineur, doit irrévocablement les acquitter, ſauf la reſtitution du mineur contre l'acceptation de la ſucceſſion, & l'effet d'une telle reſtitution en entier à l'égard du gardien qui profiteroit à ce dernier, ce qui forme la propoſition qui ſuit; c'eſt émanation de droit & non droit perſonnel au gardien.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit le Maître, pag. 338; & qui prouve la rigueur qu'on a fait remarquer ſur la propoſition précédente.

XI. Cependant la reſtitution du mineur contre l'acceptation de la ſucceſſion, profite au gardien, ce qu'on verra dans la ſection quatrieme du chapitre qui ſuit; il eſt à propos d'en faire ici l'obſervation, comme étant une juſte limitation à ce que deſſus.

C'eſt ce qui a été jugé au parc-civil du châtelet le 29 mars 1713. Quoique l'acceptation de la garde ſoit irrévocable relativement aux mineurs, cependant le gardien peut y renoncer en leur faveur après l'avoir acceptée, ſans que ſes créanciers puiſſent attaquer cette renonciation comme frauduleuſe; arrêt du mois de mai 1691, rapporté par Augeard, tom. 2, pag. 90; cette renonciation a un droit que les créanciers n'ont pu raiſonnablement regarder comme ſûr étant très-favorable en elle-même, & encore telle par la faveur que méritent ceux qui en profitent.

CHAPITRE HUITIEME.

DES CHARGES DE LA GARDE.

SECTION PREMIERE.

SI LE GARDIEN EST TENU DE FAIRE INVENTAIRE, ET DE FAIRE LA FOI ET HOMMAGE.

(Art. 269 de la coutume.)

I. LA confection d'inventaire eſt à la charge du gardien; mais la loi n'ayant pas prononcé de peines, dans le cas qu'il ne ſatisferoit pas à cet engagement, le défaut d'inventaire n'empêche pas la garde & n'en affoiblit pas les effets; c'eſt la conſéquence du ſilence que la coutume a gardé ſur cela: cependant elle y a en partie pourvu par l'établiſſement qu'elle fait de la continuation de communauté, comme on le verra par la propoſition qui ſuit.

Voyez Dupleſſis, traité de la garde, ch. 2, pag. 266, & ch. 4, pag. 268; le Maître, pag. 338, dit que ſi on réformoit la coutume, il faudroit y inſérer que le gardien ne gagne les fruits que du jour qu'il auroit fait faire inventaire, ce qui eſt judicieux; mais c'eſt réformation & non explication de ſon texte. Delà il s'enſuit que nonobſtant le défaut d'inventaire, il ſeroit toujours en état d'accepter la garde, c'eſt ce que diſent les deux mêmes auteurs; en effet, au châtelet, le défaut d'inventaire ne fait aucun obſtacle à l'acceptation de la garde, ſauf l'effet que ce défaut produit & qu'on va expliquer.

II. Quoique ce ſoit au tuteur à faire faire inventaire comme engagement réſultant de ſa qualité, cependant le gardien auquel la loi en impoſe la charge, faute d'y ſatisfaire court le riſque de la continuation de communauté; mais c'eſt tout l'effet que le défaut d'inventaire peut produire contre le gardien, comme on l'a déja dit: mais effet qui eſt tel qu'il anéantit celui de la garde tant que dure la continuation de communauté.

De-là il s'enſuit que garde & continuation peuvent concourir enſemble; mais que par l'effet de la continuation & tant qu'elle ſubſiſte, le gardien eſt privé du bénéfice de la garde, qui ſe noie dans la continuation de communauté; voyez de Renuſſon, traité de la garde, ſect. 5, ch. 1, & ci-devant le titre de la continuation de communauté; & Dupleſſis, pag. 268: effet de la continuation qui réſulte de la diſpoſition abſolue de l'art. 240 de la coutume: ainſi le gardien en faiſant faire inventaire doit ſe conformer à la diſpoſition de cet article & des ſuivans, ſans cela continuation.

III. Toutes les charges de la garde, ſont communes & militent, tant contre le gardien noble, que contre le gardien bourgeois; ainſi nulle diſtinction à faire entr'eux quant à ce, ſi ce n'eſt ſur la caution; c'eſt le ſeul objet ſur lequel la coutume ait établi une différence ſur la forme entre l'une & l'autre garde, ſauf le plus de durée qu'elle accorde à celle qui eſt noble, parce que anciennement elle n'appartenoit qu'aux nobles.

Voyez Dupleſſis, & de Renuſſon, aux chapitres ci-deſſus cités.

IV. Le gardien n'eſt point tenu de faire la foi & hommage; mais le défaut de preſtation de foi tombe ſur lui, comme ſur tout autre uſufruitier, & contre lui ſans aucune répétition de la perte des fruits que ce défaut entraîne; c'eſt à lui à demander ſouffrance: voie par laquelle il évite cette perte, comme on l'a déja obſervé par la ſection troiſieme du chapitre ſix ci-deſſus.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 9, num. 6; Dupleſſis, même traité, ch. 3, pag. 267.

SECTION II.

De la charge d'acquitter le mineur de toutes dettes mobiliaires.

V. Voyons à préſent les charges qui réſultent de l'acceptation de la garde; en voici une premiere. Tout gardien eſt tenu d'acquitter les mineurs étant en ſa garde, de la portion dont ils ſont tenus, des dettes mobiliaires dans la ſucceſſion de leur pere & mere, qui par ſon décès a fait ouverture à la garde, mais il n'eſt tenu que de ces dettes & non des immobiliaires: preuve de ce qu'on a dit dès l'entrée de ce titre, que dans l'établiſſement de la garde, la coutume avoit ménagé les intérêts des mineurs tombés en garde; reſtreindre cette charge aux menues dettes, ce ſeroit, non pas expliquer la coutume, mais anéantir une diſpoſition claire & préciſe; quelques-uns cependant ont tenté de le faire.

Cependant la cour par arrêt du 6 janvier 1657,

rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, *liv.* 1, ch. 6, a jugé, qu'une mere gardienne de ſes enfans n'étoit pas tenue de les acquitter d'un compte de tutelle dû par la ſucceſſion de leur pere; ce compte étoit dû à la gardienne même, comme héritiere d'un de ſes freres, dont ſon défunt mari avoit été le tuteur: c'eſt une exception favorable qui avoit pour objet une certaine univerſalité de biens, parce qu'une telle univerſalité, *ſapit quid immobile*; exception qui confirme la régle générale; voyez le Maitre, tit. 12, ch. 3, pag. 334; mais exception qu'on ne peut tirer à conſéquence. Voyez de Renuſſon, des propres, ch. 4, ſect. 7, & le même auteur en ſon traité de la garde ch. 7; il faut obſerver que la coutume ſe ſert du mot générique de dettes; mais cela ne peut s'entendre que des mobiliaires, puiſque par rapport aux rentes, elle ne charge le gardien que des arrérages, ce qui leve toute difficulté.

VI. De cette limitation, que le gardien n'eſt tenu que des dettes mobiliaires provenantes de la ſucceſſion du prédécédé des conjoints, dont le prédécès a fait ouverture à la garde, il s'enſuit que le gardien n'eſt pas tenu d'acquitter le mineur des dettes des ſucceſſions à lui échues avant & depuis l'ouverture de la garde, puiſque le gardien ne fait pas ſiens les fruits des biens dépendans de ces mêmes ſucceſſions, comme on l'a vu ci-deſſus; c'eſt la premiere conſéquence qui réſulte du principe contenu dans la propoſition précédente: la coutume a voulu balancer l'actif par le paſſif.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3 pag. 266, à la fin; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & ſuite du texte & de l'eſprit de la coutume; c'eſt en vain que l'on diroit que la coutume ne diſtingue pas, tenir un tel langage, ce ſeroit la dépouiller de ſa ſageſſe, cette loi ayant inconteſtablement voulu balancer l'actif avec le paſſif.

VII. Que dira-t-on des dettes mobiliaires, mais contractées pour l'acquiſition d'immeuble, & dûes par le prédécédé des pere & mere dont le prédécès a fait ouverture à la garde? Il paroît qu'où la loi ne diſtingue pas, l'on ne doit point admettre de diſtinction, & que par conſéquent le gardien en doit être chargé; c'eſt ſur cet objet qu'il faut appliquer cette régle, mais non ſur le précédent, & relativement à un bien ſur lequel la garde ne peut avoir lieu.

Quelques-uns penſent le contraire; mais ſi on admet leur opinion, il faudra dire, qu'une rente conſtituée par le prédécédé des conjoints pour acquiſition de meubles, ſera à la charge du gardien. La coutume a déterminé les dettes par leur nature, & non par leur origine; ſa diſpoſition impérieuſe écarte tout examen d'origine: ſalutaire ſimplicité infiniment préférable à des diſtinctions que l'aveugle intérêt enfante, & qu'un eſprit de nouveauté, d'indépendance, & vanité trop ſouvent opiniâtres ſoutiennent.

VIII. De ce que le gardien n'eſt tenu que des dettes mobiliaires de la ſucceſſion de celui des conjoints, qui par ſon décès a fait ouverture à la garde, il s'enſuit que la garde étant déférée à un ayeul, & ſa garde n'embraſſant que la portion échue au mineur dans la ſucceſſion du prédécédé de ſes pere & mere, l'ayeul gardien n'eſt tenu d'aucune portion des dettes de la ſucceſſion de celui des pere & mere qui a ſurvécu; c'eſt une ſeconde conſéquence de ce que deſſus.

Voyez ſur ce les quatre premiers nombres du chapitre 7 du traité de la garde de Renuſſon, & telle eſt l'opinion commune.

IX. Mais cet acquittement des dettes mobiliaires, provenantes de la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, eſt abſolu & a lieu même dans la ſucceſſion d'un marchand; & quoique les dettes ſoient pour le prix des marchandiſes exiſtantes, encore que le gardien ſoit comptable du prix capital de ces mêmes marchandiſes, en quoi cette charge eſt ſouvent très-peſante: mais la garde étant un bénéfice, c'eſt au gardien à prendre un bon parti ſur l'acceptation ou la répudiation; & de même elle embraſſe les arrérages des rentes échues lors du décès du conjoint qui a fait ouverture à la garde, leur échéance les ayant rendu dettes mobiliaires, elle embraſſe pareillement la charge de l'arriere-ban: cette charge étoit une charge de l'uſufruit que la coutume accorde au gardien; donc elle eſt charge de la garde.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, voyez le Maître, pag 334; en effet, où la coutume ne diſtingue pas, pourquoi admettroit-on une diſtinction.

X. On a vu dans la ſeconde ſection du chapitre précédent, que de l'acceptation de la garde naiſſoit un contrat irrévocable, & même contre les mineurs gardiens; cependant ſi le mineur en garde, n'eſt héritier du prédécédé de ſes pere & mere, que par bénéfice d'inventaire, le gardien profite de l'effet de ce bénéfice; de même ſi le mineur ſe faiſoit reſtituer contre l'acceptation de la ſucceſſion: limitations qui feront la matiere des deux ſections ſuivantes, & qui méritent d'être approfondies.

Voyez la ſentence du châtelet, du 29 mars 1713, citée ſur la derniere propoſition du chapitre précédent: cette ſentence fonde la propoſition générale.

SECTION III.

Quand le gardien n'eſt tenu des dettes mobiliaires que juſqu'à concurrence de ſon émolument, mais que les nourritures & entretiens ſont toujours à ſa charge.

XI. Quoique dans la théſe générale, le

gardien, comme on vient de le voir, ſoit par lui-même tenu des dettes mobiliaires ci-deſſus expliquées, & ce indiſtinctement, lorſque le mineur tombé en garde, eſt héritier pur & ſimple du prédécédé de ſes pere & mere; cependant lorſque le mineur qui eſt en garde, n'eſt héritier du prédécédé de ſes pere & mere, que par bénéfice d'inventaire, tel bénéfice profite au gardien, mais non indiſtinctement; limitations que les propoſitions ſuivantes expliquent: il eſt bon de ſe fixer d'abord au principe général qui réſulte de cette diſtinction, bénéfice commun des lettres; mais droit du chef du mineur, & non perſonnel au gardien.

Voyez Dupleſſis, de la garde, ch. 3, pag. 267; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 3, num. 18, pag. 55; la propoſition qui ſuit développe cette exception.

XII. Tel bénéfice profite au gardien, mais ne lui profite que relativement aux créanciers, non aux mineurs, parce que l'acceptation de la garde, n'eſt qu'une ſuite de l'acceptation de la ſucceſſion déférée au mineur tombé en garde; d'où il réſulte, que tel bénéfice lui profite relativement aux créanciers, qui ne peuvent avoir contre lui plus de droit qu'ils n'en ont contre l'héritier même qu'il doit acquitter; juſte baſe de cette influence, qui ne milite que contre les créanciers, & non contre les mineurs.

De Renuſſon, au chapitre qu'on vient de citer, & les propoſitions ſuivantes par rapport à l'effet des lettres contre les mineurs.

XIII. Mais ce bénéfice ne profite pas au gardien indiſtinctement; en effet, lorſque les biens de la ſucceſſion, ſont ſuffiſans pour l'acquittement de toutes les dettes, le gardien eſt tenu indiſtinctement d'acquitter le mineur de la portion dont il eſt tenu dans les dettes mobiliaires, encore que ces dettes excédent ſon amendement de la garde; c'eſt l'effet du contrat qu'il a contracté envers le mineur; contrat qui eſt irrévocable. En effet, relativement au mineur, le gardien eſt tenu indiſtinctement, & ſon aſſociation au bénéfice des lettres, n'eſt qu'une aſſociation ſubordonnée & purement relative aux créanciers, mais qui ne peut nuire au mineur, qui, aux termes de la coutume, doit toujours être acquitté par ſon gardien de toute dette mobiliaire; preuve de la diſtinction qu'il faut faire ſur cela entre les créanciers & les mineurs qui ſont tombés en garde.

Dupleſſis, pag. 267, dit que le gardien ne peut prétendre n'être tenu que, *pro modo emolumenti*, ce qui doit s'entendre à l'égard des mineurs tombés en ſa garde, non à l'égard des créanciers, lorſque tous les biens de la ſucceſſion ſont épuiſés par les créanciers; c'eſt ce qui forme la matiere des propoſitions ſuivantes, où l'on examine l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire dans la perſonne du gardien, mais relativement aux créanciers; car par rapport au mineur, ces lettres ne produiſent aucun effet: la diſpoſition de la coutume qui eſt à leur égard abſolue & ſans limitation, devant avoir ſon exécution.

XIV. Voyons donc à préſent l'effet des lettres relativement aux créanciers. Les lettres profitent au gardien, lorſque tous les biens de la ſucceſſion ſont inſuffiſans pour en acquitter les dettes, ce n'eſt qu'en ce cas que ces lettres peuvent avoir efficacité à ſon égard; le gardien ne pouvant être tenu au-delà de celui qu'il doit acquitter, c'eſt-à-dire, au-delà de ce dont le mineur eſt tenu.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 3, num. 18, pag. 56; ce qui concilie les principes qui régiſſent la garde, & ceux qui régiſſent l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire; mais n'y ayant pas de telles lettres obtenues par le mineur, le gardien eſt tenu indiſtinctement envers les créanciers de toutes dettes mobiliaires.

XV. Pour pouvoir, par le gardien, profiter du bénéfice des lettres, il faut que le mineur tombé en garde, rende compte aux créanciers de tous les biens, & offre de les leur remettre; & en ce cas, telles lettres profitent au gardien, parce que l'acceptation de la garde de la part du gardien, eſt une ſuite de l'acceptation de la ſucceſſion faite par le mineur; ſuite de l'acceptation de la ſucceſſion, qui doit donc quant à ce & relativement aux créanciers, opérer effet à l'égard des créanciers, dont les actions par l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire, ſe trouvent ainſi limitées contre ceux qui repréſentent leur débiteur, & par conſéquent contre le gardien qui repréſente limitativement cet héritier.

Je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, & cela me paroît très-juridique, puiſque cela concilie les principes & les vrais droits de chacun.

XVI. Dans ces mêmes cas le gardien eſt quitte des dettes mobiliaires auxquelles ſa qualité l'aſſujettiſſoit, en rendant aux créanciers tous les fruits & revenus par lui perçus en ſa qualité de gardien; voilà à ſon égard l'effet de ces lettres, elles n'en ont pas d'autre; mais il faut de ſa part cette reſtitution, parce que repréſentant les mineurs étant en garce, il ne peut rien lui reſter au préjudice des créanciers.

L'uſage en ce cas, eſt qu'il doit compter de tous les fruits, & comment en retiendroit-il, lorſque l'héritier par bénéfice d'inventaire, eſt obligé d'en compter & de les rendre aux créanciers, comme on l'a établi dans ſon ordre? Ainſi il faut double compte & payement du reliqua de chacun; l'un des capitaux de la part du tuteur, & par conſéquent du gardien, s'il a cette qualité, & l'autre qui eſt perſonnel au gardien, & qui doit contenir tous les fruits & les émolumens qu'il a tirés de la garde, ſans néanmoins y comprendre les intérêts du mobilier infructueux dont il a eu l'adminiſtration.

XVII. Mais ce que deſſus n'affoiblit pas la charge des nourritures & entretiens des mineurs; le gardien rendant compte, ne peut coucher en dépenſe les nourritures & entretiens, il doit compter de tous les revenus aux créanciers, ſans pouvoir les affoiblir par une telle dépenſe; d'où il s'enſuit, qu'en ce même cas, les nourritures & entretiens tombent à ſa charge: c'eſt une ſuite du contrat indéfini, qu'il a paſſé, & qui ne devient limité que relativement, qu'indirectement, & par l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire, par rapport aux créanciers ſeulement, mais non par rapport aux mineurs.

Ce n'eſt qu'avec cette charge que l'on juge au châtelet, qu'il eſt aſſocié au bénéfice des lettres; & cela eſt fondé ſur ce que les mineurs n'ont pu être nourris aux dépens d'une ſucceſſion, dont les biens ſe trouvent inſuffiſans pour l'acquittement des dettes, & que le contrat du gardien avec les mineurs eſt irrévocable: contrat qui a fait tomber cette charge ſur lui, & qui l'y a aſſujetti irrévocablement: ſur cette irrévocabilité, voyez Dupleſſis, pag. 267, la note ajoutée à la même page, & la ſeconde ſection du chapitre précédent; cette irrévocabilité fonde la propoſition, elle en eſt une ſuite néceſſaire.

SECTION IV.

Si la reſtitution du mineur, contre ſon acceptation de la ſucceſſion, profite au gardien.

XVIII. Quoique le gardien & même mineur, ne ſoit pas reſtituable contre ſon acceptation de la garde, & les engagemens qui en réſultent, comme on l'a déja dit; cependant, ſi le mineur ſe fait reſtituer contre ſon acceptation de la ſucceſſion, telle reſtitution profite au gardien contre les créanciers; l'engagement de ce dernier ne pouvant ſubſiſter ſans l'engagement de l'autre.

Cela a été ainſi jugé par ſentence du parc-civil, rendue le 29 mars 1713, ſur les concluſions de M. Dupré, lors avocat du roi & depuis conſeiller au parlement, plaidans Barbier & Pothoüin. Cette ſentence a été confirmée par le premier arrêt rendu au rolle de Paris, en 1714; en effet, l'acceptation de la garde n'eſt qu'une ſuite de l'acceptation de la ſucceſſion, & l'engagement du gardien envers les enfans ne peut plus ſubſiſter lorſque le mineur n'eſt plus engagé envers les créanciers; or ſon engagement ceſſant entiérement par l'effet de la reſtitution en entier, celui du gardien doit donc ceſſer: ce fut la raiſon principale ſur laquelle M. l'avocat du roi appuya ſes concluſions lors de la ſentence citée, & que la cour a confirmée par ſon arrêt, qui peut être regardé comme un arrêt de règlement, puiſqu'il ne tombe que ſur une pure queſtion de droit, ſauf la limitation qui ſuit.

XIX. Mais en ce cas, le gardien eſt obligé de rendre tous les fruits par lui perçus, parce que l'effet de la reſtitution qui milite pour lui, ne le met que dans l'état qu'il étoit avant ſon acceptation; il doit donc rendre tous les fruits par lui perçus, parce que l'effet de la reſtitution en entier doit toujours être réciproque, & qu'il ne peut profiter aux dépens des créanciers; ce qui eſt d'autant plus inconteſtable, que ſi le mineur même ou ſon tuteur les avoient perçus, ils ſeroient obligés de les leur rendre.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet; on y juge en ce cas comme dans celui des lettres de bénéfice d'inventaire, obtenues par le mineur tombé en garde, où la reſtitution à faire aux créanciers doit être intégrale, c'eſt-à-dire, tant en capital qu'en fruits.

XX. La charge que la loi impoſe au gardien d'acquitter le mineur de toutes dettes mobiliaires, opére dans ſa perſonne confuſion de celles dont il eſt lui-même créancier envers le mineur: confuſion qui va faire la matiere du chapitre qui ſuit, qui n'eſt pas générale, & qui demande les diſtinctions qu'on va faire.

Voyez les ſections du chapitre ſuivant; il ſuffit d'obſerver que cette confuſion ne ſe fait pas indiſtinctement, mais qu'elle ſe fait dans la théſe générale, puiſque la confuſion n'eſt autre choſe qu'un payement légal: payement que le gardien doit faire en l'acquit des mineurs, par rapport aux dettes mobiliaires; mais il y a diſtinction à faire ſur la nature des dettes: diſtinction qui forme la matiere des trois ſections qui compoſent le chapitre ſuivant.

CHAPITRE NEUVIEME.

DES REPRISES ET CONVENTIONS QUE LE GARDIEN CONFOND EN SA QUALITÉ DE GARDIEN.

SECTION PREMIERE.

SI L'ACCEPTATION DE LA GARDE FAIT PERDRE A LA VEUVE LA SOMME A LAQUELLE ELLE EST RÉDUITE POUR DROIT DE COMMUNAUTÉ, ET SI ELLE LUI FAIT PERDRE LE PROPRE FICTIF ET L'ACTION DE REMPLOI.

I. L'ACCEPTATION de la garde ne fait pas perdre à la veuve la ſomme à laquelle elle a été réduite pour tout droit de communauté; ce n'eſt pas une dette de la ſucceſſion du mari, mais la fixation d'un droit indépendant de la garde; droit qui lui tient lieu de ſa portion dans la communauté: portion dont la garde ne la dépouille pas; il ne la dépouille donc pas de ce qui la repréſente.

C'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 7, num. 38, pag. 146; il balance la queſtion dans les nombres précédens: en effet, la garde ne fait pas perdre à la veuve ſon droit de communauté, & cette ſomme eſt la limitation d'icelui; ſon acceptation de la garde, ne peut donc le lui faire perdre: ce n'eſt pas une dette de la ſucceſſion du mari, dit de Renuſſon, à l'endroit qu'on vient de citer: exacte définition de ce droit; le Maître, tit. 11, pag. 335, eſt d'avis contraire: avis qu'il ne fonde qu'en conſidérant cette ſomme comme une dette, ce qui n'eſt pas; ainſi, je ne vois aucune difficulté à rejetter cette opinion, & à embraſſer celle de Renuſſon, auſſi conforme à l'eſprit de la coutume & aux principes, que l'autre y eſt contraire.

II. Pareillement le gardien ne confond ni le propre fictif, ni l'action de remploi, ce qui a lieu, tant pour le pere que pour la mere; ce n'eſt point dette, mais bien un prélevement, une délibation à faire ſur la maſſe de la communauté, & qui ſont préalables à ſon partage; il n'y a donc quant à ce aucune confuſion: c'eſt opération de partage, & non vrai acquittement de dettes.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267, eſtime que la veuve gardienne, confond l'une & l'autre, mais c'eſt une opinion outrée: l'uſage eſt abſolument contraire; c'eſt ſur cet uſage que la propoſition a été formée, & ſur le ſentiment de Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 8 & 9, pag. 129 & 130. Il n'y auroit pas même de confuſion quand la veuve gardienne auroit renoncé à la communauté, qui ſeroit le ſeul cas où cela pourroit ſouffrir quelque difficulté, ce qui confirme encore la propoſition; voyez le même auteur, au même chapitre, num. 21, pag. 135, & num. 24, pag. 138, joignez-y les citations ſur la propoſition qui ſuit, qui ſur ce levent toute difficulté.

III. En effet, la répétition du propre fictif, le remploi des propres aliénés, & même dans le cas de la renonciation à la communauté, ſont bien moins des dettes, que des prélevemens à faire ſur la maſſe de la communauté, qui ne contient que ce qui reſte après le prélevement de l'un & de l'autre, qui ſe ſont confondus dans cette maſſe; ni l'un ni l'autre ne ſont donc dettes ni charges de la garde; mais délibations à faire ſur un fond de ſociété, ſur une maſſe de communauté avant d'en fixer ce qui en peut reſter.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 8 & num. 22: ce que le même auteur avoit dit dans ſon traité des propres, ch. 4, ſection 6, num. 6, pag. 425; le Brun, de la communauté, pag. 322, num. 89; & tel eſt l'uſage: en un mot, la répétition du propre fictif, comme le remploi, & même dans le cas de la renonciation à la communauté, ne ſont pas vraie dette, mais prélevement à faire ſur la maſſe de la communauté, où tel propre s'eſt noyé, ce qui ſouffre encore moins de difficulté dans le cas de l'acceptation; ainſi l'opinion de Dupleſſis, ne peut pas faire d'impreſſion, elle s'écarte abſolument des principes, elle n'eſt tout au plus propoſable que dans le cas de la renonciation à la communauté.

☞ Il n'y auroit pas de confuſion même dans le cas de la renonciation à la communauté, parce que ſouvent les biens des conjoints ne conſiſtent qu'en argent comptant qu'ils ſtipulent propres ou deſtinent en emploi d'héritage; & s'il ne leur étoit pas permis de les reprendre ſur les biens de la communauté, ce ſeroit leur ôter le droit & l'avantage qui leur eſt accordé par la coutume; ces deniers ſont conſidérés comme tenans lieu de fonds & d'immeubles; tel eſt auſſi le ſentiment de Carondas & d'Auzanet; & voyez l'arrêt du 30 mars 1605, rapporté par Chenu, queſt. 95, qui a jugé que l'action de remploi qui appartenoit à la mere n'étoit pas confuſe par l'acceptation qu'elle avoit faite de la garde de ſes enfans.

IV. Ce principe va encore plus loin; non-ſeulement cela a lieu en faveur de la veuve gardienne, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, comme on l'a déja remarqué; mais cela a encore lieu, quoiqu'elle fût obli-

gée de l'exercer ſur les propres de ſon mari, parce qu'il eſt toujours vrai de dire, nonobſtant ſa renonciation à la communauté, & cet exercice, que ſon propre fictif, comme le prix de ſon propre réel aliéné, ſe trouvent noyés dans la maſſe de la communauté; & que c'eſt prélevement, reſtitution de dépôt, qui ſont bien plutôt à faire qu'une dette à acquitter.

L'arrêt du 28 février 1668, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 8, n'a jugé la confuſion du propre fictif dans la coutume de Paris, contre une veuve gardienne de ſes enfans, que par le défaut d'inventaire, ce qui opéroit continuation de communauté: ainſi cet arrêt ne peut donner aucune atteinte à la propoſition: ce même arrêt eſt rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 5. Voyez le Maître, pag. 336, ainſi cet arrêt ne peut pas être tiré à conſéquence.

V. Ce principe ceſſe quant aux intérêts; en effet, à l'égard des intérêts du propre fictif, & de ceux du propre aliéné qui courent pendant la garde, le gardien, par la charge de la garde, confond abſolument dans ſa perſonne les parts & portions dont les mineurs tombés en garde, ſont tenus de ces intérêts; c'eſt charge ou délibation ſur les fruits qu'il fait ſiens, ils doivent donc ſe confondre dans ſa perſonne.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267, tout au commencement où il charge indiſtinctement le gardien de tous les arrérages des rentes, & des intérêts qui ont couru pendant la garde, & tel eſt l'uſage du châtelet; mais il ne confond pas le capital de cette double repriſe, propre fictif, remploi de propre réel aliéné, comme on vient de l'établir; de Renuſſon, traité des propres, ch. 4, ſect. 7, num. 16, pag. 432, parce qu'en ſe payant d'abord en ſe rempliſſant du montant de ſon propre fictif ou de celui de ſon propre aliéné, & ce, avec des biens de la communauté, il auroit d'autant diminué la jouiſſance & l'effet de la garde.

SECTION II.

Si la veuve gardienne confond la repriſe de ſa miſe en communauté, & ſi le gardien confond les récompenſes & les indemnités.

VI. Lorſque par le contrat de mariage, il eſt permis à la veuve de reprendre ſa miſe en renonçant à la communauté, l'acceptation par elle faite de la garde, lui fait perdre cette repriſe, & elle la confond dans ſa perſonne; c'eſt vraie dette de la ſucceſſion de ſon mari, & dette mobiliaire: qualité qui opére néceſſairement cette confuſion; il faut cependant convenir que cela eſt rigoureux, mais c'eſt une conſéquence de la coutume.

C'eſt l'avis de Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 2, part. 1, tit. 2, *de jure deportatûs minoris*, num. 14. Voyez la propoſition ſuivante qui confirme celle-ci, en établiſſant la différence entre cette repriſe & celle du propre fictif.

VII. En effet, cette repriſe-ci eſt vraie dette mobiliaire, & non délibation ou opération de partage de communauté, telle qu'eſt la repriſe du propre fictif, & celle du prix du propre réel aliéné, qui ne forment vraiement que des délibations & des prélevemens à faire; au lieu que cette repriſe eſt une vraie créance que le pere a contracté, & dont par conſéquent ſes enfans tombés en garde, doivent être acquittés par leur gardien.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la page 267. Il eſt de principe, ſelon lui, que l'action de toutes ces choſes eſt mobiliaire; mais il dit, qu'il y a arrêt contraire; d'Renuſſon, dit au ſeptieme chapitre, num. 41, pag. 43, que la veuve gardienne ne confond pas cette repriſe, comme elle ne confond pas ni la ſomme qui lui eſt accordée pour droit de communauté, ni ſon propre fictif, comme on l'a vu ci-deſſus: mais la différence eſt grande; ceci eſt vraie dette, & non ce qu'il donne pour exemple, qui n'eſt que prélevement; ainſi le ſentiment de Dupleſſis me paroît plus régulier que le ſien.

VIII. Mais ſur cette confuſion de la repriſe de la part de la veuve, de ſa miſe en communauté; il faut obſerver que s'il y a pluſieurs enfans dont les uns ne ſoient point en garde, la veuve gardienne ne confond que les parts & portions dont les enfans tombés en garde ſont tenus, parce qu'elle ne doit pas acquitter les autres qui reſtent tenus envers elle de leur portion virile de cette dette, l'acquittement auquel elle eſt aſſujettie, étant limité aux portions dont les mineurs tombés en garde étoient tenus: cela eſt ſuite de la coutume; ainſi, s'il y a quatre enfans dont deux tombés en garde, la veuve gardienne exerce contre les deux autres la répétition de la moitié de ſa miſe en communauté, lorſque ſon contrat de mariage lui en accorde la repriſe.

C'eſt à ces dernieres parts qu'on limite la confuſion qui s'eſt faite dans la perſonne de la gardienne, de la répétition de ſa miſe: confuſion qui opére affranchiſſement, mais en faveur des mineurs ſeulement, & dont elle a la garde, & non des autres qu'elle ne doit pas acquitter.

IX. Quant aux récompenſes dûes au ſurvivant, lorſque le prédécédé des pere & mere a augmenté ſon propre aux dépens de la communauté; le ſurvivant en qualité de gardien, ne perd pas la récompenſe qui lui eſt pour ce dûe; ce n'eſt pas dette, mais opération de partage de communauté: ce qu'on va développer encore par un autre exemple, concernant l'acquittement des dettes fait par la communauté, & qui étoient à la charge d'un ſeul des deux conjoints; c'eſt même principe pour l'un & pour l'autre cas.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 2, num. 28, 29, 30 & 31, confirme la propoſition ; le Maître, pag. 339, eſt d'avis contraire ; mais il n'eſt pas ſuivi, & la juriſprudence eſt que le gardien ne les confond pas, par les raiſons expliquées dans la cinquieme propoſition de cette ſection, & conformément au ſentiment de Renuſſon.

X. Il en eſt de même, ſi le prédécédé a acquitté aux dépens de ſa communauté, des dettes qui lui étoient perſonnelles, le ſurvivant ne perd pas l'action d'indemnité ou de récompenſe qu'il a pour ce, quoiqu'il ait accepté la garde de ſes enfans; même raiſon que ſur la propoſition précédente, c'eſt ſimple opération de partage de communauté, & non dette de la ſucceſſion du prédécédé, ce qui ſe développe par la note qui ſuit.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 10, pag. 130, & le num. 26 du même chapitre, pag. 139; c'eſt encore la juriſprudence fondée ſur les moyens ſuivans. Double raiſon empêche la confuſion dans les deux cas ; 1°. ce n'eſt pas dette, mais prélevement, délibation & opération de partage, comme on l'a déja dit : exacte définition qui conduit à cette décharge : 2°. Si les deniers de la communauté n'euſſent pas été ainſi employés à augmenter ou à affranchir le propre de l'un des conjoints, ils ſe ſeroient trouvés en maſſe, & le gardien y auroit pris ſa moitié; le fait de l'autre conjoint, & même tout ce que les deux conjoints ont pu faire pendant le mariage, n'ont pu donner atteinte à ces droits, ce qui écarte par conſéquent, quant à ce, toute confuſion, autrement ce ſeroit ouvrir la porte à l'avantage indirect. Ce ſont les raiſons ſur leſquelles s'eſt établie la juriſprudence atteſtée ſur les deux propoſitions précédentes ; l'opinion contraire n'a de baſe qu'une confuſion, qu'une inexacte & fauſſe définition des droits de récompenſe & d'indemnités, qui ſont bien moins de vraies dettes, qu'un juſte & inévitable préalable à une diviſion, à un partage.

XI. Mais le gardien confond les intérêts de ces deux actions, c'eſt charge des fruits : ainſi les faiſans ſiens par l'effet de la garde, il ne peut répéter ces intérêts des mineurs tombés dans ſa garde, puiſqu'il eſt devenu lui-même un débiteur ; il les confond donc par les raiſons qu'on a déja expliquées.

Voyez ce qui a été remarqué ſur la derniere propoſition de la premiere ſection du préſent chapitre ; ces intérêts ſont vraie charge de la garde.

XII. A l'égard de l'indemnité des dettes auxquelles un mari a fait engager ſa femme ; ſi cette femme accepte la garde de ſes enfans, elle confond dans ſa perſonne, l'indemnité pour les dettes mobiliaires, mais non celle qui lui eſt dûe pour les immobiliaires ; elle confond les premieres, parce que le cautionnement volontaire qu'elle en a fait pour ſon mari, ne peut affoiblir la diſpoſition de la coutume qui la charge de ce indiſtinctement, mais elle ne la charge pas des autres ; ainſi charge entiere des mobilieres, décharge abſolue des immobilieres ; voilà l'eſprit de notre coutume que le cautionnement de la femme ne peut affoiblir.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 46, 47 & 48, & l'acceptation de la communauté ou la renonciation à icelle, ne change rien à cette réſolution, ſi ce n'eſt que dans le cas de la renonciation, l'indemnité pour les dettes immobiliaires, eſt de la totalité, au lieu qu'elle n'eſt que de moitié dans le cas de l'acceptation ; & en ce cas, elle eſt tenue de la totalité des mobiliaires, puiſque, comme commune, la veuve en doit perſonnellement la moitié, & comme gardienne elle doit l'autre moitié ; mais même comme commune, elle ne doit que moitié des immobilieres, quoiqu'engagée à icelles, & la ſucceſſion de ſon mari doit l'acquitter de l'autre moitié.

SECTION III.

Que la veuve gardienne ne confond pas le douaire, mais qu'elle confond ſon deuil indiſtinctement, & ſon préciput en certain cas.

XIII. A l'égard du douaire, la veuve gardienne ne le confond pas dans aucuns cas, parce que c'eſt pour elle une aſſurance de ſubſiſtance qui a trait, & qui a ſa durée au-delà du tems de la garde ; ce qui s'entend du capital ou du droit conſidéré en général, réſultant d'icelui, mais non des arrérages dont elle confond une partie, comme étant une charge des fruits qu'elle fait ſiens ; mais cette confuſion n'a lieu que tant qu'elle les fait ſiens.

Dupleſſis, de la garde, pag. 267, paroît en faire difficulté dans le cas que le douaire eſt préfix, ce qui ne peut s'entendre que lorſqu'il eſt d'une ſomme de deniers ; mais cela n'en fait aucune au châtelet, où l'on juge que le douaire eſt toujours dû à la gardienne, & qu'elle ne confond que les arrérages d'icelui pendant la durée de la garde, encore que ſon douaire fût d'une ſomme à une fois payer ; parce que, & même dans ce dernier cas, c'eſt toujours un viage qui lui a été aſſuré, & qui a trait au-delà du tems de la garde ; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, traité de la garde, chap. 7, num. 45, pag. 151 : ſentiment qui eſt conforme à l'eſprit de la coutume, aux principes de droit ſur la confuſion conforme encore à l'équité, & à la juſte faveur qui eſt attachée au douaire ; comment donc pourroit-on le conteſter ?

XIV. Mais indiſtinctement, la veuve gardienne confond dans ſa perſonne les arrérages de tout douaire, pendant la durée de la garde ; c'eſt charge des fruits qu'elle a fait ſiens : on dit indiſtinctement, c'eſt-à-dire, ſoit qu'elle ait renoncé, ſoit qu'elle ait accepté la communauté ; cela eſt ſuite de la coutume, & ſoit que le douaire ſoit coutumier, ſoit préfix, ſoit d'une ſomme à une fois payer, c'eſt toujours une charge des fruits.

Voyez Dupleſſis, pag. 267 au commencement ; de Renuſſon, traité de la garde, chap. 7, num. 43 & 44, pag. 150 & 151 ; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XV. Quant au préciput, la veuve gardienne le confond dans un cas; mais dans un autre, elle ne le confond pas, ce qu'on examinera par les propositions suivantes; il eſt bon d'annoncer la diſtinction, qui préſente un principe général: en un mot, il n'y a pas ici de confuſion abſolue, mais il y en peut avoir.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 32 & 33, pag. 143 & 144, dit indiſtinctement, que la veuve gardienne de ſes enfans ne confond pas ſon préciput. J'ai entendu de très-habiles avocats, faire ſur cela la diſtinction qui ſuit, & elle m'a paru très-juſte; l'explication de cette diſtinction forme la matiere des quatre propoſitions ſuivantes: cela demandant un détail, qui, pour être plus ſenſible, ne doit pas être renfermé dans une ſeule propoſition.

XVI. Voyons d'abord le cas dans lequel la confuſion n'a pas lieu. La veuve gardienne ne confond pas le préciput lorſqu'elle accepte la communauté, parce qu'il n'eſt plus une dette alors, mais délibation ſur la communauté: raiſon qui ſatisfait, & qui écarte la confuſion, comme elle l'écarte par rapport à la répétition du propre fictif; c'eſt même principe pour l'un & l'autre cas.

Voyez le Maître, tit. 11, ch. 2, pag. 335, qui eſtime indiſtinctement comme de Renuſſon, que la mere gardienne de ſes enfans ne confond point le préciput. La diſtinction qui me paroît qu'on doit faire, réduit le ſentiment de cet auteur & celui de Renuſſon à leur vrai point: en effet, en ce cas, ce n'eſt pas une dette, mais un prélevement à faire en ſa faveur ſur la maſſe de la communauté, étant la modification de la ſociété, ou communauté de biens, que les pere & mere ont par le contrat de leur mariage établi, ce qui n'eſt pas dans le cas qu'il y a de ſa part renonciation à la communauté: ce n'eſt plus alors qu'une vraie dette contractée en faveur de la femme.

XVII. Paſſons au cas dans lequel la confuſion a lieu. Si la veuve renonce à la communauté, & que par ſon contrat de mariage elle ait droit de préciput en renonçant; en ce cas, elle le confond & le perd en acceptant la garde, parce que ce n'eſt plus qu'une dette, & non opération de partage de bien commun: baſe de confuſion; en effet, en ce cas, c'eſt une dette de la ſucceſſion de ſon mari, & non un prélevement de communauté à faire.

Le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 322, num. 89, dit indiſtinctement, ainſi que de Renuſſon & le Maître, & ce dernier, avec quelque confuſion, que la veuve gardienne ne confond point ſon préciput, parce que c'eſt prélevement, non une dette; mais il n'eſt prélevement que dans le cas de l'acceptation, & eſt une vraie dette mobiliaire dans le cas de la renonciation: qualité qui ne peut ſouffrir de difficulté, que dans le cas que le préciput doit ſe prendre en meubles, ce qui ne doit point empêcher qu'on ne le regarde comme une dette mobiliaire; c'eſt à quoi les créanciers ont droit de le réduire; c'eſt donc toujours dette mobiliaire: diſtinction qui ſe concilie mieux avec les principes, que l'opinion abſolue de ces auteurs, dans le cas de la renonciation; ainſi le moyen dont ſe ſervent ces auteurs confirme la propoſition, qu'on peut encore établir par argument tiré de l'arrêt qu'on cite ſur l'avant-derniere propoſition de cette ſection, qui concerne le deuil, plus favorable que le préciput, dans le cas de la renonciation à la communauté; & je m'étonne que ces deux auteurs très-éclairés n'ayent pas ſenti cette diſtinction.

XVIII. Suivons les preuves de cette diſtinction. La raiſon de ce, eſt donc qu'en ce dernier cas, le préciput dégénére en une créance, dont la ſucceſſion du mari eſt tenue envers la femme, & dont cette derniere, comme gardienne, doit acquitter ſes enfans, puiſque c'eſt une dette mobiliaire, & que la coutume la charge de toute dette de cette nature; ce qui n'eſt pas lorſqu'il y a de la part de la veuve acceptation de la communauté: diſtinction à faire, & qu'on ne peut rejetter qu'en s'écartant des principes.

Voyez Dupleſſis, au commencement du troiſieme chapitre de ſon traité de la garde, pag. 266; le Maître, pag. 326, confirme la propoſition; mais à la page précédente, il paroît qu'il rejette la confuſion indiſtinctement: ſon ſentiment ſur cette queſtion n'eſt pas facile à démêler, il n'y a pas de préciſion dans l'examen qu'il en fait: on ne peut y parvenir que par la diſtinction ci-deſſus établie.

XIX. A l'égard du pere, lorſqu'il eſt gardien de ſes enfans, il conſerve le préciput, quand la communauté eſt acceptée, comme modification du partage & de la diviſion de la maſſe d'icelle; mais il lui eſt totalement inutile en cas de renonciation, toute la maſſe de la communauté lui reſtant en ce cas; ce qui le laiſſe ſans aucune action au ſujet du préciput, puiſque c'eſt la communauté même qui lui reſte en entier, qui peut ſeule le lui devoir: ainſi à ſon égard point de queſtion a examiner par rapport au préciput, & à la garde dans le cas qu'il y a renonciation à la communauté; mais lorſqu'elle eſt acceptée, il lui appartient nonobſtant ſa garde, puiſque c'eſt une opération à faire dans le partage de la communauté; même principe à ſon égard, que par rapport à la veuve.

Cela a été établi ſur le titre de la communauté; quant à la premiere partie de la propoſition, le pere ne peut avoir une condition différente de la mere; or dans le cas de l'acceptation de la communauté, on a établi ce droit en faveur de la mere ſurvivante: le pere l'a donc comme elle; c'eſt même droit pour l'un comme pour l'autre.

☞ Il y a encore une autre diſtinction à faire par rapport au préciput, s'il eſt en meubles, le gardien les prend par délibation ſur les meubles; & alors c'eſt une dette de la ſucceſſion pour laquelle il n'y a point confuſion; mais s'il eſt en deniers au choix du ſurvivant, & qu'il ait préféré

d'être payé en deniers, alors la confuſion ſe fait, parce que les deniers ne peuvent ſe prendre par délibation : la demande, quant à ce, donnant lieu à une action purement mobiliaire, qui opére confuſion, tant à l'égard du mari que de la femme.

XX. Quant au deuil dû à la veuve par la qualité de gardienne, elle confond ſon deuil dans ſa perſonne, & ne peut l'exiger que pour les parts & portions, dont les enfans non tombés en garde pourroient en être tenus ; c'eſt vraie dette mobiliaire de la ſucceſſion de ſon mari ; or, elle doit acquitter toute dette de cette nature, celle-ci eſt donc à ſa charge : qu'on diſe que ce n'eſt pas dette, mais charge ; j'en conviens, mais c'eſt charge acceſſoire des frais funéraires dont elle eſt tenue.

Arrêt du 27 août 1682, rapporté dans le journal des audiences, liv. 8, ch. 14. Arrêt qui écarte l'opinion de Renuſſon, qui avoit penſé indiſtinctement que la veuve gardienne de ſes enfans, ne confondoit pas ſon préciput, qui aſſurément eſt moins favorable que ſon deuil, pour lequel il adopte la confuſion ; ainſi, il eſt tombé dans cet écueil inévitable de la part de ceux qui s'écartent des principes ; c'eſt qu'ils tombent inſenſiblement pour eux dans la contradiction.

XXI. Cela a lieu indiſtinctement, ſoit qu'elle ait accepté la communauté, ſoit qu'elle y ait renoncé, parce que c'eſt dans l'un & l'autre cas, dette mobiliaire dont elle eſt tenue d'acquitter ſes enfans, puiſque la loi la charge de l'acquittement de telles dettes, ſans exception ; ainſi, cette confuſion eſt indépendante de ſa qualité relative à la communauté.

C'eſt le ſentiment de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 7, num. 62 & 63, pag. 161 & 162 ; & tel eſt l'uſage du châtelet, ce qui influe ſur le préciput dans le cas de la renonciation à la communauté, de la part de la veuve. Une autre raiſon, c'eſt que le deuil eſt une ſuite des frais funéraires dont le gardien eſt tenu ; ce qui fait la matiere de la ſection qui ſuit, & qui prouve que la propoſition eſt ſans difficulté. C'eſt encore ſur ce te raiſon, qu'eſt fondé l'uſage atteſté, ce n'eſt apparemment qu'en le conſidérant comme tel, que de Renuſſon eſtime que la veuve gardienne confond ſon deuil, quoiqu'il eſtime indiſtinctement qu'elle ne confond pas ſon préciput, lequel devient dette purement mobiliaire, dans le cas de la renonciation à la communauté.

CHAPITRE DIXIEME.

DES AUTRES CHARGES DE LA GARDE.

QUE LE GARDIEN EST TENU DES FRAIS FUNÉRAIRES, MAIS NON DES LEGS FAITS PAR LE PRÉDÉCÉDÉ.

(Art. 167 de la coutume.)

I. QUOIQUE les frais funéraires ne ſoient pas une dette du prédécédé des conjoints, mais une charge qui ne ſe forme même qu'après l'ouverture de la garde, la juriſprudence en charge néanmoins le gardien, en quoi elle a encore ménagé les intérêts des mineurs qui tombent en garde ; c'eſt l'eſprit de la coutume, c'eſt exacte interprétation de ſon texte.

Voyez deux actes de notoriété, l'un de l'ancien, l'autre du nouveau châtelet ; l'un qui charge le gardien de ces frais, l'autre qui l'en décharge ; ils ſont rapportés dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 8, ch. 14 ; & l'arrêt a jugé que le gardien étoit tenu de ces frais ; voyez le Maître, pag. 336 : ce qui peut encore ſervir à prouver que la veuve gardienne, dans le cas de la renonciation à la communauté, confond le préciput, comme on l'a obſervé par rapport au deuil.

II. De-là il s'enſuit que le gardien, non-ſeulement eſt tenu d'avancer le montant de ces frais, mais encore qu'il ne peut les répéter, puiſqu'ils ſont à ſa charge, en quoi il eſt différent du donataire mutuel qui n'en doit que l'avance. Dans ce dernier acte, chacun des contractans donnoit ; dans la garde, le gardien en a tout le profit, & les mineurs tombés en garde ont mérité cette faveur.

Le Prêtre, aux arrêtés de la cinquieme chambre des enquêtes, en rapporte un arrêt du 20 mai 1634 ; Dupleſſis, traité de la garde, pag. 267 au commencement, dit que cette charge ne pourroit pas recevoir de doute ; c'eſt le ſentiment de Renuſſon, de la garde, ch. 7, num. 60, pag. 161, après avoir traité à fond la queſtion, qui ne paroît pas à préſent ſouffrir de difficulté.

III. Par rapport aux diſpoſitions teſtamentaires, le gardien n'eſt jamais tenu du capital des legs ; autrement le prédécédé des conjoints ſeroit maître de donner atteinte à la garde, ce qu'il ne peut faire ; c'eſt un droit que le ſurvivant tient de la loi, & que le prédécédé ne peut affoiblir dans ſon fonds, s'il le peut dans ſes fruits & ſon produit.

Auzanet, ſur l'art. 267 ; Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267 ; tel eſt l'uſage du châtelet, & ſans cela la loi ſeroit facile à éluder.

IV. Cela a lieu pour les legs de ſimple mobilier, c'eſt-à-dire, pour les legs d'une ſomme de deniers à une fois payer, qui ne ſont pas plus à ſa charge que les autres legs, mais ils diminuent la maſſe dont il a la jouiſſance, & diminuent la reſtitution qu'il eſt obligé de faire; & par conſéquent il eſt vrai de dire qu'ils ne ſont pas à ſa charge, & qu'il n'eſt pas tenu d'en acquitter le mineur.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 72, pag. 168, eſt d'avis contraire, après avoir traité fort au long la queſtion dans les nombres précédens; il paroit que c'eſt un ſentiment ſingulier, contraire à celui des autres qu'il veut réfuter, & contraire à lui même, puiſqu'il ſoutient que le prédécédé ne peut donner atteinte au droit de garde, ce qui arriveroit cependant ſi on chargeoit le gardien de ces diſpoſitions; car il faudroit, ſelon lui-même, preſcrire des bornes à cette charge, ce qu'il ne fait pas: bornes d'ailleurs, qui tomberoient dans les conjectures de l'arbitraire, inconvénient plus que ſuffiſant pour faire rejetter cette opinion; mais, quoique tels legs ne ſoient pas à la charge du gardien, c'eſt-à-dire, quoiqu'il ne ſoit pas tenu d'en acquitter les mineurs, néanmoins tels legs diminuent le produit de la garde; ce qui forme la propoſition qui ſuit.

V. En effet, tels legs forment une diſtraction que le défunt a jugé à propos de faire ſur ſa ſucceſſion, laquelle paſſe ainſi dans la main de ſes enfans, ſous la charge de la garde, ce qui influe ſur l'intégralité du droit qui en réſulte, puiſqu'il influe toujours ſur tout ce que les enfans recueillent comme héritiers; ce qui rend ſenſible la derniere partie de la propoſition précédente.

Le Maître, tit. 12, ch. 3, pag. 336; d'où il s'enſuit que tels legs, quoiqu'ils ne ſoient pas à ſa charge, c'eſt-à-dire, quoiqu'il ne ſoit pas tenu d'en acquitter le mineur, diminuent néanmoins le produit de la garde, comme diminuant la maſſe des biens ſur laquelle elle tombe, le produit de la garde étant limité à la jouiſſance des biens que les enfans recueillent, comme héritiers du prédécédé de leur pere & mere; ce qui eſt bien différent que d'aſſujettir le gardien d'acquitter les mineurs de ces legs; & tel eſt l'uſage du châtelet.

☞ Les trois propoſitions précédentes ont été formées ſur le ſentiment de Dupleſſis, qui paroit devoir être préféré à l'opinion de de Renuſſon: en effet, les legs & autres diſpoſitions teſtamentaires ne ſont pas réputées dettes du défunt, puiſqu'elles ne commencent à avoir lieu qu'après ſa mort, & qu'il a droit de les révoquer à ſa volonté: ce ſont des libéralités qui doivent ſe prendre ſur le fond de la ſucceſſion; ainſi le gardien ne peut en être tenu.

VI. Mais il eſt tenu d'acquitter les mineurs en garde, des arrérages des rentes viagéres légués par le défunt & échus pendant la garde; c'eſt charge des fruits qu'il fait ſiens, & qui les diminue d'autant, cela eſt inconteſtable; c'eſt affoibliſſement momentané des fruits de la ſucceſſion, fruits que le gardien prend tels qu'ils ſont; & par conſéquent charge qui tombe ſur lui, par une diminution réelle & tant que ſa garde dure.

On a déja vu ci-deſſus, & on va le voir encore plus particuliérement, que les arrérages qui courent pendant la garde, ſont indiſtinctement à la charge du gardien; le Maître, pag. 336, confirme la propoſition, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur les maximes que la ſection ſuivante contient; charge du fond tombe ſur le fond, & charge du fruit tombe ſur le fruit; principe général duquel réſultent d'autres conſéquences.

SECTION II.

Que le gardien eſt tenu des arrérages des rentes dûes par celui des conjoints dont la mort a fait ouverture à la garde, & de nourrir & entretenir les mineurs.

(Art. 267 de la coutume).

(*A la charge de payer par ledit gardien.*)

Les nourrir, alimenter & entretenir.

VII. De ce que deſſus on conçoit que le gardien doit acquitter les mineurs étant en ſa garde, des arrérages des rentes dont la ſucceſſion du prédécédé des conjoints eſt tenue; c'eſt charge des fruits qu'il fait ſiens, & dont le montant doit être prélevé ſur iceux: il en eſt donc tenu, & ce abſtraction faite de l'origine de ces rentes, puiſqu'il eſt même tenu des arrérages de celles que le défunt auroit légué.

De Renuſſon, de la garde, ch. 7, num. 74, pag. 170; le Maître, tit. 12, ch. 3, pag. 334; Dupleſſis, traité de la garde, au commencement du troiſieme chapitre, pag. 266 & 267; & c'eſt une ſuite de la diſpoſition de la coutume.

VIII. Il doit non-ſeulement les arrérages échus de ſon tems, mais encore ceux échus avant; ces derniers ſont dettes mobiliaires, & l'on a établi ci-deſſus, qu'il étoit tenu de toute dette mobiliaire, ce qui les rend à ſa charge; les premiers comme étant à prendre ſur ſon uſufruit, & les autres comme étant devenus dette mobiliaire par leur échéance, toutes leſquelles la coutume fait tomber ſur lui.

C'eſt ce que dit expreſſément Dupleſſis, à la page qu'on vient de citer, & ce qui ſe pratique au châtelet. C'eſt ce que dit de Renuſſon, en ſon traité de la garde, ch. 7, num. 74, pag. 170; & c'eſt ce qui réſulte du texte de la coutume.

IX. Cette charge n'embraſſe que les rentes dûes par la ſucceſſion de celui des pere & mere, qui par ſon décès a fait ouverture à la garde, & non les autres rentes que les mineurs peuvent devoir d'ailleurs, ſoit pour

les arrérages échus, soit pour les arrérages à échoir; parce que, comme on l'a déja dit, la jouissance du gardien ne tombe par sur les biens que les mineurs ont recueilli d'ailleurs, par conséquent la charge attachée à de tels biens ne peut tomber sur lui, le passif devant toujours se balancer par l'actif.

Dupleſſis, pag. 266, à la fin, & cela eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet : pratique fondée ſur la diſpoſition de la coutume, qui dit, ſur leſdits héritages; ainſi, elle a balancé l'actif avec le paſſif, & n'a pas entendu charger le gardien de rentes à prendre ſur des héritages dont il n'a pas la jouiſſance, cela ſeroit injuſte.

X. Venons à préſent aux nourritures dont le gardien eſt tenu. Outre la charge que la loi impoſe au gardien d'acquitter les mineurs, étant en ſa garde, de toutes dettes mobiliaires, de les acquitter des arrérages des rentes & des frais funéraires, il eſt encore obligé de nourrir & entretenir les mineurs pendant tout le tems de leur garde; c'eſt une juſte & derniere charge que la coutume a attaché à ſa jouiſſance, qui ſans cela ſeroit une injuſtice que la nature déſavoueroit.

Dupleſſis, traité de la garde, au commencement du chapitre 3, pag. 266; le Maître, tit. 12, ch. 3, pag. 334; & c'eſt la diſpoſition de l'art. 267 de la coutume.

XI. Cette charge impoſée au gardien de nourrir & entretenir les mineurs a lieu contre lui indéfiniment, ainſi que les autres charges de la garde, encore que les mineurs ne fuſſent héritiers du prédécédé que par bénéfice d'inventaire, & que le bénéfice militât en faveur du gardien; la coutume n'ayant eu en cela en vue que les mineurs & non le gardien; c'eſt charge abſolue pour lui & qu'il doit conſommer.

Voyez la troiſieme ſection du huitieme chapitre de ce titre, où cela eſt établi, c'eſt charge abſolue, irrévocable. En effet, par la ſection citée, on a vu que le bénéfice d'inventaire ne profitoit au gardien que relativement aux créanciers & non relativement aux mineurs, par rapport auxquels l'acceptation de la garde eſt un contrat irrévocable que le gardien doit toujours remplir; autrement, il interpréteroit contre le mineur dont il a accepté la garde, un bénéfice qui n'y eſt perſonnel, & dont il ne peut exciper que contre des tiers, & par une émanation du droit des mineurs, & non contre ces derniers dans la perſonne duquel & relativement à lui ce droit de bénéfice ſe concentre.

XII. De-là il s'enſuit que dans quelque cas que ce ſoit le gardien ne peut coucher en dépenſe à ſes mineurs l'excédent de leur nourriture & entretien au par-deſſus des revenus par lui perçus, & comment le pourroit-il faire par rapport aux mineurs lorſqu'il ne le peut même par rapport aux créanciers? Et cette charge de nourrir & entretenir les mineurs pendant la durée de la garde, oblige le gardien à fournir aux mineurs qui ſont en ſa garde l'éducation convenable ſuivant leur état & leur condition; l'éducation eſt une ſuite de cette charge, ainſi l'une entraîne néceſſairement l'autre; elle n'eſt pas moins précieuſe aux enfans, ni moins indiſpenſable de la part du gardien que la précédente; tel eſt l'eſprit de la coutume, & cela eſt même de droit commun.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 149 de la coutume de Meaux, & le ſentiment de de Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 73, pag. 169; & tel eſt ſur ce l'uſage du châtelet, c'eſt droit commun: & ce qui eſt encore moins inconteſtable, lorſque la garde & la tutelle ſont réunies dans une même perſonne; le tuteur ne pouvant faire dépenſer à ſon mineur au-delà de ſes revenus.

☞ Telle eſt auſſi la diſpoſition de la coutume de Melun, art. 287, & de celle de Blois, art. 5; enſorte que par la nourriture & entretien, on entend non-ſeulement les choſes néceſſaires à la vie, comme la nourriture, les vêtemens, & les traitemens en maladie, mais auſſi les inſtructions; d'où il réſulte que ſi pendant la garde les mineurs avoient vécu de leur induſtrie, ou qu'ils euſſent été nourris par d'autres parens ou amis, ils ſeroient bien fondés à demander au gardien le payement de ces nourritures.

SECTION III.

Des réparations conſidérées relativement au gardien.

(Art. 267 de la coutume.)

(*Rendre leſdits héritages en bon état.*)

§. I.

De celles dont le gardien eſt tenu.

XIII. Toute réparation d'entretien qui ſurvient pendant la garde eſt à la charge du gardien; c'eſt une charge des fruits & prélevement à faire ſur leur montant; d'où il s'enſuit que le gardien ne peut avoir que ce qui reſte d'iceux après ce prélevement; il doit donc acquitter cette charge, dont l'impoſition eſt une ſeconde prévoyance de la coutume, ſi on la prend dans ſon eſprit.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267, vers le milieu; & c'eſt ce que dit préciſément l'auteur du traité de la garde, ch. 7, num. 74, pag. 170, qui adopte ſur ce la diſpoſition de l'art. 262 de la coutume, au ſujet des réparations dont la douairiere eſt tenue : ce qui eſt obſervé au châtelet; en effet, la coutume n'a pas été obligée ſur la garde de répéter ce qu'elle avoit dit ſur le douaire; il ſuffit donc qu'elle ait expliqué dans un cas l'entretien dont un certain uſufruitier étoit tenu, pour que ce même entretien tombe ſur tout autre uſufruitier : c'eſt exemple, c'eſt diſpoſition explicative & non une diſpoſition limitative.

XIV. Lorſque le ſurvivant n'a pas la garde de tous les enfans, ceux qui ne ſont pas en garde doivent contribuer pour leur part &

portion au montant de ces réparations, la charge qui eſt impoſée au gardien à cet égard ne pouvant tomber que ſur les portions afférantes aux enfans qui ſont dans ſa garde ; limite inconteſtable, & qui a ſa baſe dans les limites d'une telle garde.

Cette diſtinction ſe fait dans tous les comptes de tutelles qui ſe rendent au châtelet, dans le cas qu'il y a eu des enfans qui ſont tombés en garde, & d'autres qui n'y ſont pas tombés, & elle s'annonce d'elle-même ; autrement les autres enfans exciperoient d'un droit non établi pour eux.

XV. De-là il s'enſuit, que lorſque la garde finit à l'égard des uns & ſubſiſte à l'égard des autres, les premiers y doivent contribuer pour leur part du jour de la ceſſation de la garde ; ſuite inévitable de ce que deſſus, parce que la garde étant ceſſée à leur égard, ſes effets ceſſent pareillement ; ce qui entraîne néceſſairement la ceſſation de cette charge, qui n'en étoit qu'une ſuite.

Suite de ce qui a été obſervé ſur la propoſition précédente, & tel eſt l'uſage ; c'eſt l'eſprit de la coutume.

§. II.

Des réparations dont le gardien n'eſt pas tenu.

XVI. De ce que deſſus il réſulte aſſez que le gardien n'eſt pas tenu de toutes réparations ; entrons ſur ce dans le détail. Le gardien n'eſt pas tenu des réparations d'entretien qui ſe trouvent à faire à l'ouverture de la garde aux bâtimens appartenans aux mineurs comme héritiers du prédécédé de leur pere & mere ; ce n'eſt pas dette, c'eſt diminution réelle de l'objet même qui eſt à réparer, ce qui l'en affranchit ; autrement ce ſeroit s'écarter de l'eſprit de la coutume & de la proportion qu'elle veut entre le produit & la charge ; quelques-uns cependant ont prétendu que le gardien étoit tenu des réparations qui ſe trouvoient à faire lors de l'ouverture de la garde ; mais prendre ce ſentiment ſans reſtriction, ce ſeroit ajouter à la coutume, & ce ſentiment ne doit s'entendre que ſuivant la propoſition qui ſuit ; hors ce cas, il eſt injuſte & oppoſé à la fin à laquelle tend la coutume.

Voyez l'auteur du traité de la garde, ch. 7, num. 75, 76 & 77. Cependant ſi elles étoient légères il en ſeroit tenu, cela réſulte de ce que dit le même auteur, au num. 74 ; ce qui me paroît plus judicieux que conſéquent à la coutume, puiſque c'eſt une charge qu'elle ne lui impoſe pas ; ainſi, en s'attachant à la coutume, on ne doit la lui impoſer que conformément à la propoſition qui ſuit.

XVII. Mais pour cela, c'eſt-à-dire, pour que le gardien ſoit déchargé des réparations d'entretien qui ſe ſont trouvées à faire lors de l'ouverture de la garde aux biens qui y ſont ſujets, il faut que le gardien faſſe conſtater leur état par une viſite, ſans laquelle la préſomption ſeroit qu'il les a pris en bon état, ce qui feroit tomber cette charge ſur lui, mais indirectement ; tel eſt, ſelon moi, la conciliation de ces diverſes interprétations, & qui ne ſont telles que lorſque l'on ne les approfondit pas puiſqu'elles ont toutes un même principe, & qui s'applique à tout uſufruitier.

C'eſt ce qui s'obſerve au châtelet ; c'eſt la diſpoſition de l'art. 154 de la coutume de Senlis, & l'avis de de Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 75 & 76 ; & en ce cas ſon avis eſt conforme à la coutume. Venons à ce qui fonde cet affranchiſſement des réparations extantes lors de l'ouverture de la garde ; ce qui l'affranchit de ces réparations, dans le cas de la précaution ci-deſſus marquée, c'eſt qu'elles ne ſont pas une dette ni même une charge de la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere, mais une diminution réelle des biens qui la compoſent, comme on l'a déja obſervé : diſtinction qui eſt déciſive ; de Renuſſon aux nombres cités ſur la premiere propoſition ; mais pour cela il faut qu'il ait fait faire un procès verbal de viſite ; voyez Loyſel, liv. 1, tit. 4, rég. 10 ; c'eſt ce procès verbal qui conſtate le fait, qui ſur cela eſt déciſif.

XVIII. Paſſons à préſent aux groſſes réparations. Quant aux groſſes réparations le gardien n'en eſt jamais tenu, c'eſt vraiement diminution du fonds, & ce indiſtinctement ; ainſi ſa garde ne tombant pas ſur le fonds, & n'embraſſant que des fruits, ne peut l'aſſujettir à une telle charge ; mais à la fin de la garde, il doit rendre les héritages ſans qu'il y ait aucune réparation d'entretien à y faire, puiſque telles réparations ſont à ſa charge.

On peut appliquer à cela ce qui a été dit au ſujet de la veuve qui jouit de certains héritages à titre de douairiere coutumiere, & les autorités qui y ſont rapportées ; cependant le gardien deviendroit indirectement tenu de ces réparations, ſi elles étoient ſurvenues par le défaut d'entretiens : tel eſt l'uſage ; en effet, en ce cas ſa négligence les a occaſionnés.

XIX. Cette décharge a lieu, ſoit que ces groſſes réparations ſe trouvent à faire lors de l'ouverture de la garde, ſoit qu'elles ſurviennent à faire pendant le tems d'icelle ; c'eſt toujours, comme on l'a dit, diminution même du fonds ; diminution qui affoiblit d'autant la jouiſſance du gardien, mais qui ne peut aller au-delà ; il eſt aſſujetti à entretenir les biens, mais non à les augmenter ; ainſi, ſur ces réparations, nulle diſtinction à faire par rapport au tems, c'eſt décharge abſolue, ſi l'on ne peut rien imputer au gardien.

L'article 262 de la coutume au ſujet des réparations dont la douairiere eſt tenue, doit ici ſervir

ſervir de guide; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 7, num. 74, l'adopte pour régle ſur cette matiere; c'eſt auſſi ce que l'on fait au châtelet, & cette adoption eſt l'eſprit de la coutume.

§. III.

Ce que peut faire le gardien au ſujet des groſſes réparations pour ſe procurer une pleine jouiſſance.

XX. Quoique ces réparations ne ſoient pas charge de la garde, le gardien, pour ſon propre avantage & celui de ſes enfans, peut faire faire les groſſes réparations qui ſont à faire lors de l'ouverture de ſa garde, ou qui ſurviennent pendant la durée d'icelle, quoiqu'il n'en ſoit pas tenu; & lorſqu'il a fait cette avance il en eſt rembourſé à la fin de la garde, mais ſeulement ſuivant la valeur que ces mêmes réparations peuvent avoir lors de la ceſſation de la garde; autrement la garde lui deviendroit preſque inutile, & ce n'eſt pas là l'eſprit de la coutume, mais il doit faire conſtater le fait.

Tel eſt l'uſage du châtelet; mais il eſt prudent qu'il ſe faſſe autoriſer pour ce faire; voyez les trois propoſitions ſuivantes qui fondent ce ſentiment.

XXI. Si le gardien n'eſt pas en état de faire cette avance, il peut ſe faire autoriſer en juſtice, à l'effet d'emprunter à conſtitution de rente, deniers ſuffiſans pour les faire faire, & employer les deniers ainſi empruntés à payer ces réparations; c'eſt exacte juſtice; on va voir ce que lui procure cette précaution qu'on ne peut pas plus lui dénier qu'à une douairiere; c'eſt équité, c'eſt encore une fois l'eſprit de la coutume qui tend à une fin réelle, & non à un vain nom, & la garde ſe réduiroit là en certains cas, ſi le gardien n'avoit ce droit.

C'eſt la même opération que par rapport au douaire coutumier; ce qui a été expliqué dans ſon ordre, ſur le titre du douaire, auquel il faut recourir.

XXII. Dans ce dernier cas il ne doit que les arrérages de la rente qui ont couru pendant la garde, & les enfans doivent le capital, enſemble les arrérages, à compter du jour de la ceſſation de la garde; cependant par rapport au capital, ſi lors de la ceſſation de la garde il y avoit notable différence entre ce qui a été payé pour ces réparations, & leur valeur lors d'icelle, je crois que la différence ou la diminution doivent tomber ſur le gardien, ce qui concilie tout intérêt.

Cela a été établi ſur le titre du douaire coutumier, à l'occaſion de la jouiſſance duquel, il peut arriver pareille diſcuſſion que celle qu'on examine ici; c'eſt-à-dire, qu'une douairiere, pour l'intérêt qui lui eſt commun avec ceux auxquels le fonds du douaire appartient, ſe trouve dans l'eſpece de néceſſité de faire une pareille avance, mais cet intérêt ne doit pas nuire aux propriétaires.

XXIII. Venons à la judicieuſe exécution qui réſulte de ce que deſſus. Par cette répartition le fruit paye la charge du fruit, & le fonds celle du fonds; la répartition eſt abſolument exacte, & cela en ménageant l'intérêt de chacun le fait encore valoir; juſte ménagement qu'on ne doit jamais négliger lorſqu'on le peut mettre dans l'équilibre pour l'avantage commun; voilà ce qui m'attache à ce pouvoir, qu'il me paroît que conformément à l'eſprit de la coutume, le gardien doit avoir.

Voyez ſur cette répartition le titre indiqué ſur la propoſition précédente; pour moi j'ai toujours fort goûté ce ſentiment, où tout principe, où tout intérêt eſt ménagé.

SECTION IV.

Des frais dont le gardien eſt tenu.

XXIV. Examinons à préſent les frais de régie. Les frais de l'inventaire ne ſont pas à ſa charge, c'eſt conſervation du fonds, & dépenſe ou défalquation ſur le fonds; nature de dépenſe qui affranchit abſolument le gardien, & qui la fait tomber ſur la choſe même.

Tel eſt l'uſage du châtelet, c'eſt charge premiere de communauté; auſſi en voit-on toujours la dépenſe dans les comptes de communauté, comme délibation qui ne ſe conteſte pas ſur la maſſe d'icelle; ce que ſa définition manifeſte, puiſqu'on définit cette dépenſe, dépenſe commune, ainſi que le compte de communauté dont l'inventaire eſt la baſe.

XXV. Mais ceux de tutelle ſont à ſa charge; c'eſt délibation ſur les fruits qu'il fait ſiens; c'eſt acte néceſſaire pour l'adminiſtration, & non acte de conſervation du fonds, ce qui les fait néceſſairement tomber ſur le gardien, quoiqu'ils ne tombent pas ſur le tuteur, parce que ce dernier ne fait pas les fruits; il adminiſtre, il ne jouit pas, & les frais de ſon adminiſtration ne doivent pas tomber ſur lui.

Il en eſt autrement dans les comptes de tutelle lorſqu'il n'y a pas eu de garde; c'eſt dépenſe de tutelle qui doit ſe prendre ſur les fonds: mais lorſqu'il y a eu garde, les fruits ſeuls, non les fonds ou capitaux y ſont ſujets; tel eſt l'uſage du châtelet, & cette diſtinction me paroît très-juſte, & fondée ſur l'eſprit de la coutume.

XXVI. Comme une ſuite de ce que deſſus, il réſulte que le gardien eſt tenu des frais de tous les procès indiſtinctement faits

avant la garde, c'eſt dette mobiliaire ; qualité qui les fait encore tomber ſur lui : en effet, ces frais forment une dette mobiliaire dont il doit acquitter les mineurs ; une des charges de la garde étant l'acquittement de toutes dettes mobiliaires, comme on l'a vu ci-deſſus, & ce ſans diſtinction ; ainſi, ſur les frais de procès faits antérieurement à l'actation de la garde, il ne peut y avoir aucune difficulté.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 266, n'apporte aucune limitation à la charge générale des dettes mobiliaires ; ce qui doit s'entendre avec la limitation expliquée dans la derniere propoſition de cette ſection, ainſi il confirme la propoſition ; voyez de Renuſſon, de la garde, ch. 7, num. 83.

XXVII. Quant aux frais des procès intentés depuis l'ouverture de la garde, il faut diſtinguer ; le gardien eſt tenu de tous les frais des procès intentés depuis la garde, lorſqu'ils ne concernent pas la propriété, mais ſimplement les fruits & la jouiſſance ; c'eſt une ſuite inévitable de ce que deſſus, & c'eſt une vraie charge des fruits ; il n'en eſt pas de même des autres ; l'objet auquel tendent de tels procès, doit déterminer ; s'il s'agit des fruits, c'eſt la charge du gardien qui les fait ſiens, & non s'ils concernent le fond.

Dupleſſis, pag. 267 ; le Maître, tit. 12, ch. 3, pag. 336, & tel eſt l'uſage du châtelet ; voyez la propoſition ſuivante qui contient le ſecond membre de la diſtinction.

XXVIII. Mais lorſque les procès concernent la propriété des biens, & qu'ils ont été intentés depuis la garde, car ce n'eſt que de ceux-là dont on parle ici ; le gardien n'eſt tenu que d'avancer les frais d'iceux, & il en a la répétition après la garde ; c'eſt acte de conſervation du fonds, dont la dépenſe ne doit pas tomber ſur lui, réduit à un uſufruit, mais ſur le propriétaire que cela intéreſſe.

Dupleſſis, à la même page 267 ; de Renuſſon, traité de la garde, eſt d'avis que s'il jouit de l'immeuble il doit ces frais ; ce qui ne paroît pas régulier, d'autant plus qu'il ne peut jouir de cet immeuble, que lorſqu'il eſt une dépendance de la ſucceſſion, dont l'ouverture a fait celle de la garde ; car il faut toujours balancer l'actif avec le paſſif, & par cette balance il ne doit être tenu que d'avancer ces ſortes de frais : voilà le véritable eſprit de la coutume ; dire le contraire, c'eſt s'en écarter.

CHAPITRE ONZIEME.

SI LES CHARGES DE LA GARDE DIMINUENT LORSQU'ELLE FINIT AVANT L'AGE DU MINEUR.

I. EXAMINONS à préſent ſi les charges de la garde diminuent. Les charges annuelles diminuent à proportion du tems, lorſque la garde ceſſe par un événement imprévu lors de ſon acceptation ; il n'en eſt pas de même des autres charges, ce qui forme la matiere des trois dernieres propoſitions de ce chapitre ; la ceſſation de la garde ne donne aucune atteinte à ces dernieres, mais fait ceſſer les premieres par proportion de tems ; celles-là ſont charges des fruits, les autres ſont charges abſolues, & indépendantes du tems & de la durée de la garde, ce qu'on a cru devoir examiner ici en traitant de ſes charges, quoiqu'on n'examine que ci-après les cauſes de ſa ceſſation, cauſes qui formeront la matiere du chap. 14 ci-après ; de cette régle qu'on vient de poſer ſur les charges de la garde, il s'enſuit, que ſi la garde ceſſe par le mariage contracté par le mineur avant le tems auquel la garde ceſſe, le gardien n'eſt plus tenu du jour du mariage des nourritures & entretiens du mineur, ni des arrérages des rentes, & des réparations d'entretien dont la coutume le charge ; mais quant aux autres charges, cet événement ne les affoiblit en rien.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet dans les comptes : en effet, ce ſont toutes charges journalieres qui ceſſent de plein droit avec la garde, par telle voie que la garde ceſſe ; tout cela eſt charge des fruits, comme on l'a établi ci-deſſus, & ne peut par conſéquent ſubſiſter quand la jouiſſance ne ſubſiſte plus.

II. Il en eſt de même ſi le gardien convole avant le tems auquel la garde doit finir ; car le convol du gardien, comme le mariage de l'enfant, fait ceſſer la garde, comme on le verra par la ſuite ; dans l'un & dans l'autre cas, ces charges annuelles, journalieres même, & dont on vient de parler, ceſſent en faveur du gardien, ainſi que ſa jouiſſance qui en étoit l'occaſion ; les unes ne peuvent ſubſiſter ſans l'autre.

Cela s'obſerve ainſi au châtelet dans ce cas, comme dans le cas de la premiere propoſition de cette ſection, même raiſon pour l'une comme pour l'autre ; c'eſt l'effet de la nature de ces charges.

III. Il en eſt de même pour ces charges, ſi l'enfant meurt avant le tems de la garde, parce qu'elles ne ſont à la charge du gardien qu'autant qu'elles échoient pendant la

garde; mais il n'en eſt pas de même des autres charges qui ſont abſolues; ce qui forme les trois propoſitions ſuivantes; quant à celles-là, la ſucceſſion du mineur en doit être affranchie par le gardien.

C'eſt charge des fruits, cela a été établi ci-deſſus, ce qui n'eſt pas à l'égard des autres charges qui forment la matiere des propoſitions ſuivantes: diſtinction qui établit ce que deſſus quant aux charges annuelles.

IV. Examinons à préſent les charges qui ne s'affoibliſſent pas par la ceſſation de la garde, quoiqu'elle finiſſe par une voie imprévue, lors de ſon acceptation; c'eſt-à-dire, ſoit par le convol du gardien, ſoit par la mort ou le mariage de l'enfant; en effet, la charge d'acquitter le mineur des dettes mobiliaires ne ſe morcele pas, le gardien en a été tenu irrévocablement au moment de ſon acceptation; tel événement ne peut donc affoiblir cette charge qui eſt abſolue & indépendante de la durée de la garde; c'eſt l'effet irrévocable du contrat judiciaire que le gardien a paſſé, ce qui auroit lieu, même quand les biens ſeroient régis par pluſieurs coutumes.

Cela réſulte de la ſection ſeconde du chapitre 8 de ce titre: de-là il s'enſuit que dans ces cas le gardien eſt obligé d'acquitter le mineur des dettes mobiliaires, encore qu'il y eût des biens régis par d'autres coutumes, de même que ſi la garde n'eût fini que par l'âge: tel eſt l'uſage du châtelet; voyez la propoſition qui ſuit qui confirme celle-ci, qui réſulte de l'eſprit de la coutume.

V. En effet, l'acceptation de la garde eſt un contrat irrévocable; il en naît quant à ce un engagement contre le gardien qui doit avoir ſon exécution, indépendamment de la durée de la garde, & cet engagement eſt cet acquittement total de toutes dettes mobiliaires; engagement auquel un événement futur & contingent ne peut donner atteinte, quand la loi l'a rendu abſolu & irrévocable; autrement ce ſeroit ajouter une diſtinction à une loi qui eſt générale & abſolue.

Cette qualité a été établie ci-deſſus; elle ſuffit pour établir la propoſition, & tel eſt l'uſage.

CHAPITRE DOUZIEME.

SI LE GARDIEN DOIT UN DROIT AU SEIGNEUR A CAUSE DE SA GARDE.

(Article 46 de la coutume.)

I. L'ACCEPTATION de la garde ne fait point ouverture à aucun droit ſeigneurial, ſauf l'exception qui ſuit; en effet, elle ne produit aucune véritable mutation; elle ne doit donc pas produire un droit ſeigneurial, la jouiſſance même qu'elle entraîne étant très-momentanée.

De Renuſſon, de la garde, ch. 8, depuis le num. 1, juſqu'au num. 15; cela a été établi ſur le titre des fiefs, & c'eſt la diſpoſition de la coutume.

II. La propoſition précédente reçoit une exception; en effet, dans le Vexin où le relief eſt dû par les enfans, même ſuccédans à leur pere & mere, le gardien eſt obligé de les acquitter de ce droit qui eſt dur en ce cas, & comme tel défavorable; mais il eſt juſte quand il a lieu d'en charger le gardien qui a la jouiſſance; c'eſt portion réelle d'icelle.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267 au milieu, & cela eſt ſuite de la rigueur de cette coutume locale.

III. Dans ce cas même, ce n'eſt pas que le gardien doive un droit de ſon chef, & à l'occaſion de ſa garde il n'eſt dû qu'un ſeul droit, & ce du chef même des mineurs, & c'eſt de ce droit dont le gardien en ce cas eſt obligé de les acquitter, comme étant charge des fruits qu'il fait ſiens; cela rentre dans la coutume générale.

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 8, num. 15 & 16, pag. 200 & 201; ce qui eſt auſſi exact que juſte, parce que ce droit n'eſt autre choſe qu'une délibation ſur les fruits, ſur leſquels tout le droit du gardien ſe trouve réduit.

CHAPITRE TREIZIEME.

DE LA CHARGE PARTICULIERE AU GARDIEN BOURGEOIS DE DONNER CAUTION, ET DE L'HYPOTHÈQUE DES MINEURS.

(Art. 269 de la coutume.)

(*Se doit accepter en jugement, & outre celui qui à la garde bourgeoiſe doit bailler caution.*)

I. VOICI une derniere charge, mais particuliere à la garde bourgeoiſe. Le gardien bourgeois & non le noble eſt aſſujetti à donner caution, comme on l'a déja annoncé ci-deſſus, en examinant la différence entre l'un & l'autre garde & le commencement de la jouiſſance du gardien ; ici on examine cette charge en elle-même, elle eſt fondée ſur ce qu'il y a différence entiere entre un tuteur & un gardien, le choix fait le premier & non l'autre ; & ſi le gardien noble en eſt déchargé, ce n'eſt que par la préſomption de ſa prud'hommie ; c'eſt privilège en ſa faveur.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 4, pag. 268 ; le Maître, pag. 339 : ce qui eſt inviolablement pratiqué au châtelet ; c'eſt le texte

☞ A l'égard du gardien noble, ſi la coutume le diſpenſe de donner caution, c'eſt par une grace particuliere, & dans la préſomption qu'il ne fera rien de contraire aux intérêts des mineurs confiés à ſa garde ; mais s'il abuſoit de cette qualité, s'il n'en uſoit pas comme un bon pere de famille, s'il étoit obéré de dettes & pourſuivi par des créanciers, on pourroit l'aſſujettir à donner caution ; voyez l'arrêt du 25 février 1585, remarqué par Tournet. Il y a cependant un arrêt contraire rendu le 11 juillet 1678, & rapporté par Soefve, tom. 2, cent. 4, ch. 25, par lequel en infirmant une ſentence du châtelet qui avoit condamné en pareil cas le gardien noble à donner caution ; il a été ordonné que le tuteur onéraire qui avoit été donné aux mineurs auroit l'adminiſtration de leurs biens, à la charge d'en rendre compte de 6 en 6 mois, & que ce qui reſteroit entre ſes mains des revenus de leurs immeubles, charges déduites, ſeroit par lui remis au gardien, pour en diſpoſer ainſi qu'il aviſeroit bon être.

II. Venons à la forme ſur ce néceſſaire. Cette caution doit être reçue avec un légitime contradicteur, qui eſt le tuteur du mineur tombé en garde, ſans cela la forme de cette ſûreté que la coutume donne aux mineurs ne ſeroit pas remplie, & toute caution ordonnée par la loi doit être reçue de cette façon.

C'eſt en juſtice où l'acceptation de la garde a été faite que la caution doit ſe bailler, dit Dupleſſis, au chapitre 4 qu'on vient de citer ; ce qui établit la propoſition, ainſi que l'uſage du châtelet ſur lequel elle a été formée ; cet uſage eſt ſuite du texte.

III. Dans le cas de la réunion de garde & de tutelle, il faut une autre forme ; en effet, ſi le gardien étoit tuteur il doit faire recevoir ſa caution avec le ſubrogé tuteur ; la fonction de ce dernier étant de veiller aux intérêts que le mineur peut avoir contre le tuteur, qui ne peut être un acteur capable dans ſa propre affaire, & principalement contre ſon pupille ; pour les intérêts, il eſt néceſſaire que quelqu'un ait veillé.

Cela ſe pratique ainſi au châtelet, & c'eſt ſur de tels intérêts que la nomination d'un ſubrogé tuteur eſt uſitée ; c'eſt ſon objet & ſa fin.

IV. La préſentation de la caution de ſa part a un effet rétroactif, pourvu qu'elle ſoit préſentée incontinent après l'ouverture de la garde, comme on l'a déja vu ; l'ordre veut qu'on le répete ici ; c'eſt exacte & favorable interprétation de la coutume, le contraire ſeroit vaine ſubtilité, rigueur outrée & contraire à la ſageſſe de la coutume.

Tempore congruo, dit Dupleſſis, ch. 4, de la garde, pag. 268 ; & cela ſe ſuit au châtelet.

V. En ſuivant ce même eſprit de la coutume, lorſqu'il y a intervalle notable entre l'ouverture de la garde & la préſentation de la caution, le gardien ne gagne les fruits que du jour de la préſentation ; c'eſt l'effet qui doit réſulter de la diſpoſition de la coutume ; d'où il ſembleroit s'en ſuivre que quand le gardien n'a préſenté aucune caution, qu'il devroit compter des fruits ; cependant on admet en ce cas une remiſe tacite de la caution, ce qui eſt une interprétation plus favorable que réguliere.

Tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt ce qui réſulte de la doctrine de Dupleſſis ; cependant de Renuſſon, traité de la garde, ch. 3, num. 7 & 8, eſt d'avis que l'acceptation de la garde, & par conſéquent la préſentation de caution, ont toujours un effet rétroactif, ce qui ne me paroît pas régulier ; en effet, cela autoriſeroit un état d'incertitude qui pourroit être très-préjudiciable au mineur, & la coutume l'ayant ordonné, il faut que ſa diſpoſition ſoit efficace, ſauf la reſtriction & la limitation à ce exprimées dans la ſeptieme propoſition de ce chapitre.

VI. Voyons à préſent ce qu'opére l'inſuffiſance de la caution. Si la caution préſentée par le gardien étoit rejettée, il ne gagneroit les fruits que du jour de la préſentation de la caution reçue, lorſqu'entre cette réception & l'ouverture de la garde il y a un intervalle conſidérable; ſeconde conſéquence qui réſulte du principe poſé, & c'eſt encore ſuite du texte; c'eſt l'eſprit de la coutume qui ſemble écarter la remiſe tacite.

On peut ici appliquer ce qu'on dit ci-après ſur le titre du don mutuel; il n'y a pas de différence, & l'on le juge ainſi par rapport au don mutuel; dans l'un comme dans l'autre cas, la raiſon de décider me paroît devoir être la même.

VII. Cependant, comme on l'a vu dans la ſection 3 du chapitre 4 de ce titre, ſi on avoit laiſſé jouir le gardien bourgeois ſans lui demander caution, les enfans après le tems de la garde ne ſeroient pas bien fondés à lui demander compte des fruits; ce ſeroit remiſe tacite de la caution; remiſe tacite qui doit opérer ſon effet, comme l'expreſſe; ſentiment que l'équité fonde, ainſi que l'eſprit de la coutume; cependant les mineurs n'ayant pu agir, leurs parens en n'agiſſant pas ont-ils pu leur préjudicier?

De Renuſſon, traité de la garde, ch. 4, num. 14, pag. 64; ce qui eſt judicieux, mais qui paroît croiſer la diſpoſition de la coutume, qui à la vérité ne paroît pas ouvertement avoir prévu ce cas, ni voulu qu'un tel ſilence ſur une charge à laquelle le gardien pouvoit aiſément ſatisfaire, le dépouillât d'un droit qu'elle établit en ſa faveur dans ce ſilence; l'équité paroît devoir réſoudre cette queſtion, comme de Renuſſon la réſout; mais encore une fois, c'eſt interprétation plus favorable que réguliere & juridique.

VIII. Venons à l'hypothéque des mineurs tombés en garde. Les enfans pour l'acquittement des charges de la garde ont hypothéque ſur les biens du gardien du jour de l'acceptation d'icelle; c'eſt pour cela même que la coutume a aſſujetti ce dernier à l'acceptation; l'hypothéque eſt ſon objet, & celle qui vient de la loi n'eſt pas moins efficace que celle qui vient de l'authenticité de la convention; il y a plus, non-ſeulement il y a ici la diſpoſition de la loi qui fait naître l'hypothéque, mais il y a encore contrat authentique & judiciaire.

In judicio contrahimus, dit Dupleſſis, traité de la garde, ch. 3, pag. 267; contrat judiciaire duquel néceſſairement naît une hypothéque, c'eſt ſon effet naturel; de Renuſſon, du douaire, ch. 3, num. 19, pag 56; le Maître, tit. 12, ch. 4, pag. 339; & tel eſt la pratique du châtelet.

IX. Ils ont pareillement hypothéque ſur les biens de la caution, mais ils ne l'ont que du jour de ſa ſoumiſſion au greffe; c'eſt l'effet que cette ſoumiſſion doit produire, c'eſt cet acte qui la fait naître; c'eſt à l'égard de celui-ci, comme de l'autre, un contrat judiciaire.

Tel eſt l'uſage du châtelet, qui eſt commun à toute caution judiciaire; c'eſt droit commun.

CHAPITRE QUATORZIEME.

COMMENT FINIT LA GARDE.

SECTION PREMIERE.

QU'ELLE FINIT PAR LA MAUVAISE ADMINISTRATION DU GARDIEN.

I. LA mauvaiſe adminiſtration du gardien fait ceſſer la garde, d'où il s'enſuit que la garde ceſſe, ſi le gardien laiſſe dépérir les biens faute d'entretien; la coutume ne lui ayant déféré la garde que ſur la préſuppoſition d'une bonne adminiſtration; & cette ceſſation, comme tenant ſa racine même du droit de la garde, eſt de droit commun.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 5, à la fin, pag. 269; c'eſt ceſſation très-accidentelle, mais juridique; Loyſel, liv. 1, tit. 4, rég. 22; maxime vraie dans la théorie, mais de difficile application dans la pratique.

II. De même elle ceſſe s'il dégrade par des coupes de bois ou des pêches d'étangs anticipées; c'eſt une ſuite de la propoſition précédente & du principe général qu'elle contient, & ces faits marqués en facilitent l'application.

Cette propoſition & la précédente réſultent du ſentiment du même auteur; Dupleſſis, pag. 269: cela eſt vrai dans la théorie, mais de difficile application dans la pratique; voyez ſur cette fin de la garde l'auteur du traité de la garde, ch. 7, num. 78 & 79; mais la mauvaiſe adminiſtration doit être bien prouvée, & telle qu'on ne puiſſe en faire ceſſer les effets qu'en faiſant ceſſer la garde; ce n'eſt qu'avec cette limitation qu'on doit entendre les deux propoſitions précédentes.

III. Voici une autre ceſſation plus ſimple, plus naturelle. Le gardien doit auſſi être privé de la garde, s'il ne ſatisfait pas aux charges d'icelles, elles forment des conditions ſous leſquelles la coutume la lui a déférée ; mais dans tous ces cas, il faut ſentence ſur la pourſuite d'un ou de pluſieurs parens, qui déclare le gardien déchu de la garde ; elle ne peut ceſſer qu'avec cette preuve & cette forme, & non par le ſeul fait de la mauvaiſe adminiſtration, ni même par le ſeul défaut d'acquittement des charges de la garde : ce défaut ne pouvant faire impreſſion, qu'autant qu'il eſt juridiquement conſtaté.

Cela réſulte de la ſentence qui défére la garde à condition de ſatisfaire aux charges de la coutume ; telle eſt la formule de la prononciation uſitée au châtelet pour l'acceptation ; ſa réſolution doit donc être judiciaire, & cette réſolution eſt juſte, lorſqu'il y a refus prouvé de ſatisfaire aux charges de la garde.

SECTION II.

Qu'elle finit par l'âge des enfans, & qu'elle coutume il faut ſuivre ſur ce.

(Art. 268 de la coutume.)

IV. La garde finit à vingt ans à l'égard des mâles, & à l'égard des femelles, elle finit à quinze, lorſque la garde eſt noble ; elle a moins de durée pour les roturiers, comme on le verra par la propoſition ſuivante : autre ſuite de l'origine de la garde, qui, anciennement, n'avoit lieu que pour les nobles ; auſſi dans cette propoſition, on ne parle que de la garde noble.

Dupleſſis, de la garde, ch. 5, pag. 268 ; de Renuſſon, de la garde, ch. 10, num. 1 ; le Maître, pag. 340, art. 268 de la coutume.

V. A l'égard des roturiers, elle finit pour les mâles à quatorze ans, & à l'égard des femelles à douze ans, ainſi elle a moins de durée que l'autre, ce qui n'a même lieu que pour les bourgeois & non pour les roturiers domiciliés hors cette ville : c'eſt même une grace, un privilége particulier que nos anciens rois ont accordés aux premiers.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 5, même article de la coutume.

VI. Dans l'une & l'autre garde, elle finit pour ceux qui ont atteint ces âges, & continue de ſubſiſter pour ceux qui ne les ont pas acquis ; le droit ainſi que l'âge des uns ne pouvant influer ſur le droit & ſur l'âge des autres, ni priver le gardien d'un droit qui lui eſt acquis avant le tems fixé par la coutume, qu'il faut ſuivre dans ſes différentes parties ſans que l'une prédomine ſur l'autre.

Cela eſt atteſté par Dupleſſis, au même endroit ; ce qui eſt conforme à ce qui ſe pratique au châtelet.

VII. De-là il s'enſuit que dans le cas que le gardien eſt tuteur, il doit par ſon compte de tutelle faire une recette différente des revenus, & la commencer pour chacun des enfans du jour que la garde a ceſſé à leur égard ; c'eſt la conſéquence qui réſulte de ce que deſſus, & l'exacte opération par laquelle on conſerve, on liquide même les droits, tant ceux des pupilles que ceux du gardien.

C'eſt la diſtinction qu'on ne manque pas de faire au châtelet dans les comptes de tutelle, lorſque le rendant compte a, outre la tutelle, la garde de ſes pupilles ; dans de tels comptes on différencie les chapitres de recette concernans les revenus ſuivant les différentes ceſſations de la garde, par cette juſte forme les droits de tous les intéreſſés ſont conſervés ; & tel eſt l'eſprit de la coutume.

VIII. Voyons quelle coutume régit la fin de la garde ſur les meubles. Eſt-ce la coutume du domicile du gardien lors de l'ouverture de la garde, qui détermine l'âge auquel la garde doit ceſſer ? ou eſt-ce la coutume du domicile du prédécédé des pere & mere dont le décès a fait ouverture à la garde ? Comme c'eſt cette derniere coutume qui régle la capacité du gardien & non celle du domicile du gardien, je crois que c'eſt la coutume du domicile du prédécédé des pere & mere qui doit régler la durée de la garde ſur les meubles ; c'eſt elle qui en régle l'ouverture & la capacité à en profiter, pourquoi n'en régleroit-elle pas la fin ?

Dupleſſis, traité de la garde, pag. 264, eſtime que c'eſt la loi du domicile du gardien ; il me paroît qu'il réſulte le contraire de ce qui a été établi dans le commencement du préſent titre, & de ce qui a été dit dans le liv. 1, ſur le titre de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel, & ſur les titres qui précédent ce dernier & qui lui ſont préliminaires. En effet, la durée de la garde eſt une eſpece de droit ſucceſſif momentané qui ne peut ſe régir que par la loi qui régit les biens, & non par celle qui régit la perſonne ; ainſi la loi du domicile des pere & mere, ayant régi leurs meubles, c'eſt cette même coutume qui doit régir la garde de ces mêmes effets, & par conſéquent ſa fin.

IX. Mais par rapport aux héritages qui ſe trouvent ſitués en différentes coutumes, il faut pour cette fin de la garde, & relativement à chaque héritage, ſuivre la diſpoſition de la coutume où l'héritage eſt ſitué, non celle du domicile ; c'eſt quant à ce ſtatut réel, il me paroît tel, puiſqu'il a les biens pour objet ; c'eſt donc à cet égard ſur un tel

ſtatut qu'il faut ſe conformer & déterminer la durée de la garde.

Note marginale ajoutée au commentaire de Dupleſſis, à la même page 264; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 10, num. 40, pag. 209; en effet, on a établi ci-deſſus que la garde eſt réelle, ce qui me paroît encore confirmer la propoſition précédente par rapport aux meubles; quant à la charge des dettes mobiliaires, c'eſt la coutume du prédécédé des pere & mere qui la régit.

SECTION III.

Qu'elle finit par le convol du gardien, & par le mariage de l'enfant.

(Art. 268 de la coutume.)

(*Pourvu qu'ils ne ſe remarient.*)

X. Le convol affoibliſſant l'affection ſur laquelle la coutume a en partie fondé l'établiſſement de la garde, la ſage prévoyance de cette loi la fait encore finir par le convol du gardien, n'étant que ſous la condition du veuvage que la coutume la défére : ceſſation de la garde dans une perſonnequi ne l'a transfére pas à d'autres, c'eſt-à-dire, aux ayeuls, le mineur ne pouvant deux fois tomber en garde.

Dupleſſis, de la garde, ch. 5, pag. 269, & ne s'ouvre pas par ce même convol en faveur des ayeuls; de Renuſſon, de la garde, ch. 2, num. 23 & 24, pag. 29, & ch. 10, num. 7; en effet, on a vu ci-deſſus que le mineur ne pouvoit tomber deux fois en garde, ce qui y ferme l'ouverture aux ayeuls, qui ne pourroient y avoir droit, que par une ſeconde & ſubſéquente ouverture à la garde, qui eſt juſtement rejettée.

XI. Sur la propoſition précédente, on conçoit que ſi une garde noble étoit déférée à un ayeul, & que lors de l'ouverture de la garde il fût engagé dans un ſecond mariage, ce ſecond mariage l'en priveroit; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente : cette condition étant générale & influant, tant ſur le ſecond degré que ſur le premier, la raiſon d'excluſion de privation y étant la même.

Le même auteur, à la même page; en effet, le convol la faiſant perdre au ſurvivant des pere & mere qui l'a acceptée, il eſt bien conſéquent à cette diſpoſition que l'ayeul qui a convolé ſoit incapable de l'accepter.

XII. La premiere propoſition de cette ſection va encore plus loin. Lorſque la loi du domicile du gardien fait ceſſer la garde par ſon convol, cette loi la fait ceſſer même pour les héritages ſitués dans d'autres coutumes; cela me paroît indiviſible, c'eſt ſtatut perſonnel, qui régle par conſéquent la capacité de la perſonne, abſtraction faite des diſpoſitions des coutumes, dans l'étendue deſquelles les biens ſont ſitués, ces coutumes étant étrangeres par rapport à la capacité ou incapacité perſonnelle.

Voyez le Maître, tit. 12, ch. 5, pag. 340; ce qui ne contrarie en rien ce qu'on a dit ci-deſſus; ſa capacité à jouir de la garde & la quotité des fruits doit ſe déterminer par les coutumes qui régiſſent les biens, parce qu'il faut que ces coutumes la lui déférent; mais lorſque la coutume de ſon domicile le décide incapable par le convol, c'eſt alors un ſtatut perſonnel qui le ſuit par-tout indépendamment de la ſituation des biens; cela me paroît ainſi, & toute la faveur eſt de ce côté.

XIII. L'effet en ce cas du convol eſt donc une incapacité que la loi du domicile prononce, & qui ſuit le gardien par-tout, comme étant un ſtatut perſonnel & non un ſimple ſtatut réel; en effet, la privation de la garde par le convol eſt un droit commun & favorable; ce qui doit déterminer à priver le gardien qui a convolé de la garde, indépendamment des diſpoſitions des coutumes qui régiſſent les biens, lorſque celle de ſon domicile porte une telle privation; & cela eſt ſi raiſonnable, ſi judicieux, qu'il devroit faire un droit commun.

Voyez dans le premier livre le chapitre de la diſtinction du ſtatut réel & du ſtatut perſonnel, le chapitre 6 du traité de la garde; de Renuſſon, depuis le num. 17 juſqu'au num. 34, & le chapitre 10 du même traité, num. 10 & 11, pag. 211; en effet, cette incapacité que la loi du domicile du gardien prononce contre lui doit le ſuivre par-tout, abſtraction entierement faite des diſpoſitions des coutumes qui régiſſent les biens ſujets à la garde.

☞ Quoique la mere perde la garde de ſes enfans par ſes ſecondes noces, néanmoins elle ne perd pas l'éducation de ſes enfans; voyez l'arrêt du 4 avril 1618, rapporté par Auzanet, ſur l'article 268 de la coutume; ſur quoi il faut encore remarquer que les coutumes qui excluent la mere, au cas qu'elle convole, ne s'étend pas au pere, par la raiſon que le pere en ſe remariant ne paſſe pas en la puiſſance d'autrui; voyez Dumoulin, ſur l'article 33, titre premier de la coutume de Berri.

XIV. La garde finit encore, ſi l'un des enfans contracte mariage avant l'âge auquel la garde finit; la garde ceſſe par rapport à cet enfant : le mariage de cet enfant qui l'aſſujettit à ſes charges étant incompatible avec la garde à laquelle il y a déſiſtement de la part du gardien par ſon conſentement au mariage, qui ne peut valider que par ce conſentement.

Dupleſſis, traité de la garde, ch. 5, pag. 269 : double raiſon de ce, le mariage produit une émancipation légale, & le conſentement du gardien au mariage eſt de ſa part un déſiſtement de la garde, indépendamment encore une fois que le mariage de l'enfant, qui devient par icelui le chef d'une

famille, ſeroit inalliable avec la garde : la coutume du grand Perche, art. 172, celle de Mantes, art. 181, en contiennent diſpoſition expreſſe ; ce qui peut être regardé comme formant un droit commun dans le royaume, mais avec la limitation qui forme la propoſition qui ſuit ; & c'eſt ainſi que cela eſt regardé au châtelet.

XV. De-là il s'enſuit que pour qu'un tel mariage faſſe ceſſer la garde, il faut que le gardien y ait conſenti, parce que ſans ce conſentement un tel mariage contracté par un mineur ſeroit abuſivement contracté, & comme tel incapable de produire aucun effet civil.

Note ſur le Maître, pag. 340 ; & ſur l'incapacité d'un tel mariage à produire des effets civils, voyez ci-deſſus le livre premier.

SECTION IV.

Qu'elle finit par la mort de l'enfant, encore que d'autres enfans étant en garde profitent de la ſucceſſion, & par la mort du gardien & par ſa renonciation à icelle.

XVI. La mort d'un des enfans fait finir ſa garde, on dit ſa garde, car cela ne donne aucune atteinte à la garde des autres ; mais à ſon égard comme à l'égard de ſes biens, elle ne peut ſubſiſter ſans lui : cela eſt rigoureux, comme on l'expliquera par la ſuite, & il ſeroit peut-être à ſouhaiter qu'il en fût autrement, tant par cette rigueur, que parce que cela emporte une eſpece de contradiction.

Dupleſſis, de la garde, ch. 5, pag 268 ; de Renuſſon, traité de la garde, ch. 10, num. 6, pag. 209 & 20, & tel eſt l'uſage fondé ſur l'eſprit de la coutume.

XVII. Cela a lieu, quoique les autres enfans ſoient eux-mêmes en garde & profitent de la ſucceſſion du décédé, parce que la garde ne s'étend pas ſur les ſucceſſions que les enfans recueillent depuis ſon ouverture, ce qui eſt général, & qui comprend par conſéquent la ſucceſſion de l'un des enfans en faveur des autres ; cela eſt rigoureux, encore une fois, puiſque la part de l'enfant décédé a été dans l'origine compriſe dans la garde, qui eſt un droit indiviſible ; ces raiſons d'équité devroient l'emporter ſur la régle que le mineur ne tombe pas deux fois en garde, & qui ne paroît pas avoir une exacte & parfaite application en ce cas, puiſqu'en étendant la garde, ou plutôt la laiſſant ſubſiſter ſur la portion de l'enfant décédé, ce ſeroit toujours une même garde, réſultant d'une ſeule & même acceptation : je ſouhaiterois que ce parti fût autoriſé, mais la rigueur eſt contraire ; on la fonde plus ſur des ſubtilités logiciennes, que ſur l'exacte raiſon.

Dupleſſis, pag. 268, eſt d'avis contraire, parce que la garde eſt *quid indiviſibile* ; mais puiſque la garde ne peut être autre que la coutume la défére, ce ſentiment n'eſt pas bon ; auſſi la note marginale en rejettant cette opinion, obſerve que Dupleſſis eſt en cela contradictoire avec lui-même, puiſqu'il ſoutient que les ſucceſſions qui échoient au mineur depuis l'ouverture de la garde, ne tombent pas dans la garde ; cependant il faut convenir que cette privation eſt dure par rapport au gardien, mais elle eſt conſéquente à la lettre impérieuſe de la coutume, qu'il ſeroit peut-être à propos de faire ceſſer pour ce cas dans lequel on ſuppoſe une même perſonne capable & incapable & dans lequel on aſſocie les pupilles mêmes à la garde, la capacité a été abſolue & l'aſſociation eſt injuſte.

XVIII. On a vu dans le chapitre onzieme de ce titre, que cette fin prématurée & imprévue de la garde n'affoibliſſoit en rien l'engagement contracté par le gardien par ſon acceptation de la garde de ce dont il étoit tenu dans les dettes mobiliaires, parce qu'il eſt né du contrat judiciaire que ſon acceptation de la garde a produit un engagement abſolu, c'eſt-à-dire, tel que la coutume l'impoſe, & par conſéquent irrévocable ; ainſi en ce cas, la portion dans les dettes mobiliaires dont le mineur étoit tenu, reſte nonobſtant la ceſſation de la garde à la charge du gardien.

Voyez ci-deſſus le chapitre indiqué, & c'eſt en cela que cette privation eſt dure.

XIX. La rigueur qu'on a obſervé eſt tempérée ; en effet, dans le cas que la garde finit par la mort d'un des enfans, le gardien eſt dédommagé de cette charge par la ſucceſſion mobiliaire de cet enfant que la loi lui défére ; c'eſt ainſi que toutes les parties de la coutume ſont relatives & harmoniques : mais ce tempérament eſt imparfait, puiſqu'il ne jouit point de la portion du mineur décédé dans les conquêts de la communauté, dont il ne peut jouir tant qu'il y a des deſcendans du conjoint acquéreur & encore moins des propres : inconvénient auquel il ſeroit judicieux de parer.

Mais il ſeroit privé de la moitié de cette ſucceſſion s'il étoit en continuation de la communauté, ce qui a été établi dans ſon ordre : privation qu'il ne peut imputer qu'à lui-même, puiſque la continuation de communauté eſt la peine de ſa négligence ; ainſi, pour ce cas, différent de celui de la propoſition, cette privation ne peut faire aucune impreſſion.

XX. Voici deux autres cauſes de la fin de la garde. La garde finit auſſi par la mort du gardien, & par la renonciation de ſa part à icelle, ſa mort anéantit tous ſes droits perſonnels, & ſa renonciation efface celui-ci, qui ne pouvoit ſubſiſter qu'avec ſa volonté, à laquelle même perſonne n'a droit de ſuppléer.

Dupleſſis, de la garde, ch. 5, pag. 268 ; de Renuſſon, de la garde, ch. 10, num. 13 & dernier ; la renonciation à icelle ne peut même être attaquée,

quée, comme faite en fraude des créanciers ; c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du mois de mai 1691, rapporté par Augeard, tom. 2, ch. 17, pag. 90 ; c'eſt droit très-perſonnel, outre que le droit de garde lui étoit perſonnel, les enfans ne peuvent tomber deux fois en garde, d'où il s'enſuit conſéquemment que la renonciation, ainſi que la mort du gardien, fait ceſſer la garde ; c'eſt l'eſprit de la coutume. Arrêt du 15 janvier 1631, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 71.

XXI. Il en eſt de cette mort comme de celle de l'enfant : on parle de celle du gardien, nonobſtant cette fin précipitée de la garde, la ſucceſſion du gardien eſt toujours tenue d'acquitter les mineurs qui ont été en ſa garde, de la totalité des dettes mobiliaires de la ſucceſſion du prédécédé des pere & mere ; c'eſt le juſte effet de l'engagement abſolu qu'il a contracté avec la juſtice, & qu'il eſt bon de reprendre ici ; & cela auroit lieu encore que la garde eût très-peu durée : c'eſt encore une fois un contrat irrévocable, & qui doit toujours produire ſon effet, abſtraction faite de ſa durée, mais relativement à la ſucceſſion du gardien, cela eſt moins dur que par rapport à lui-même.

Voyez ci-deſſus où il eſt traité de ſon irrévocabilité ; irrévocabilité qui fonde cet effet, & tel eſt l'uſage : uſage fondé ſur l'abſolue diſpoſition de la coutume, qui ſur ce ne diſtingue pas.

TITRE VINGTIEME.

DU RETRAIT LIGNAGER,

DIVISÉ EN QUATRE PARTIES :

LA PREMIERE, *De ſon ouverture & des biens qui y ſont ſujets.*

LA SECONDE, *De ceux en faveur de qui il a lieu.*

LA TROISIEME, *De ſes formalités.*

LA QUATRIEME, *Des effets du Retrait.*

CHAPITRE PRELIMINAIRE.

AUX QUATRE PARTIES.

DES MOTIFS DE LA LOI DANS L'ÉTABLISSEMENT DU RETRAIT LIGNAGER.

I. LA fin du retrait lignager eſt favorable ; il eſt étrange que ſon exercice ſoit regardé d'un autre œil. La conſervation des propres dans les familles, eſt le motif du retrait lignager ; par lui & par ſon exercice, on évite la ſortie des propres hors les familles, que les ventes d'iceux produiroient ; tel eſt ſon motif. Il eſt donc favorable, cependant on en a chargé l'exercice de formalités, ſous prétexte que le retrait lignager eſt contraire à la liberté publique de vendre & d'acquérir : foible prétexte, qui ne devoit pas arrêter les ſuites du juſte motif de ſon établiſſement, des préjugés ſoutiennent ce prétexte.

Il eſt autoriſé par l'ancien teſtament, Lévitiq. ch. 25. Sur le motif de cette portion du droit françois, voyez les propoſitions ſuivantes, ce motif y eſt expliqué ; ſur quoi il convient d'obſerver que nous admettons trois autres ſortes de retraits ; le conventionnel, le ſeigneurial, celui demi-denier ; il ne s'agit ici que du lignager, à la ſuite duquel on traitera de celui demi-denier ; l'on a précédemment examiné les deux autres, qui ont des baſes bien différentes ; ils viennent de la convention, ceux-ci ne viennent que de la loi.

II. Dans cette fin, la conſervation favorable des propres dans les familles, la prévoyance de la coutume éclate ; cette loi ne s'eſt pas contentée d'affecter les propres dans les partages des ſucceſſions légitimes aux parens de la ligne ; elle ne s'eſt pas contentée d'en reſtreindre la diſpoſition par teſtament, elle a encore voulu parer à la ſortie des propres hors les familles par la voie des ventes ; c'eſt le motif de l'établiſſement du retrait ; c'eſt la fin à laquelle tend ſon exercice, pourquoi ne pas regarder cette fin d'un œil favorable ?

Le retrait lignager a paru ſi favorable, que par l'ordonnance d'Henri III, de 1581, il a lieu dans tout le royaume ; voyez Bretonnier ſur Henrys, tom. 1, liv. 2, queſt. 19 ; Lapeyrere, let. R, addition à la déciſion 126, pag. 388 de l'édition de 1725 ; en effet, ſans l'établiſſement du retrait lignager, les précautions que la coutume a priſes, par rapport aux ſucceſſions & aux teſtamens, pour empêcher la ſortie des propres hors les familles, auroient pu facilement être éludées, ſi la coutume n'y avoit pas pourvu par rapport aux ventes, ce qui prouve ſa ſageſſe & ſa prévoyance : pourquoi

ces principes n'influent-ils pas sur la forme de cette action qu'on a, contre la sagesse de cette loi, rendue fort difficile à remplir, en outrant le sens de sa disposition? effet funeste des idées purement praticiennes, qu'une timide & scrupuleuse ignorance ne fait qu'augmenter.

☞ Il est vrai que par l'ordonnance de 1581, il étoit porté que le retrait auroit lieu dans toute l'étendue du royaume; mais cette ordonnance a été révoquée par un édit du mois de novembre 1584; d'après laquelle le retrait n'a pas lieu dans le Lyonnois, le Forez, le Beaujolois, ni dans les pays régis par le droit écrit du ressort des parlemens de Bordeaux & de Dijon; voyez Bretonnier, questions alphabétiques, *verb.* retrait.

III. Venons donc à ce droit & à son exercice. Pour cela, & par ce motif, la coutume en cas de vente de propre, ouvre une voie à tout lignager, de se faire subroger aux droits résultans du contrat de vente, & ce, au lieu & place de l'acquéreur; tel est l'effet du retrait lignager: c'est vraie subrogation.

Dupleſſis, du retrait, ch. 1, pag. 275: voyez ci-après son exécution; & sur cette subrogation que le retrait lignager opère, voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 82.

IV. Cela va droit au but de la coutume; la conservation des propres dans les familles, est donc le motif de cette subrogation; le vœu de la nation, qui est de conserver les propres dans les familles, a formé une loi si prévoyante pour cette conservation; cette loi s'étend non-seulement sur les ventes, mais encore sur les actes de commerce équipollens à vente, ce qu'on verra ci-après: disposition intéressante, juste par elle-même, en considérant l'avantage commun, & qui seroit toujours telle, si l'on en détachoit les épines dont de vains usages l'ont entouré.

Il avoit lieu dans l'ancien droit civil, par la loi *dudum*. cod. *de contrahenda emptione*. L'empereur Théodose, l'a abrogé comme contraire à la foi des contrats; on peut cependant le regarder comme une invention du droit françois, parce qu'il y a mis la derniere main. Il me paroît outré de dire, qu'il est contraire à la foi des contrats; c'est un droit public, & sa publicité le purge d'autant plus de ce vice, que si une fois ce droit nuit à un acquéreur, il lui profite une autrefois, puisque ce droit est ouvert à tous; ce n'est donc pas sur ce droit en soi, sur lequel une juste critique puisse tomber, mais sur les épines dont on l'a entouré, qui me paroissent peu compatibles avec la sagesse de la loi municipale: on a exposé le motif qui a conduit la coutume a établir ces formalités; mais ce motif est peu satisfaisant, il n'est juste que dans la briéveté du délai qu'on examinera ci après. Quoi qu'il en soit de ces formalités, il est indécent de les multiplier, comme quelques praticiens ne s'hazardent que trop souvent de le faire, tout ce qui tend à un prompt remboursement, à une pleine décharge, est bon; mais ce qui tend à les rendre difficiles n'est pas tel.

PREMIERE PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

DE SON OUVERTURE ET DES BIENS QUI Y SONT SUJETS.

CHAPITRE PREMIER.

DES MUTATIONS QUI Y FONT OUVERTURE.

SECTION PREMIERE.

QUE LA VENTE, LA SIMPLE PROMESSE DE VENDRE, ET TOUT ACTE EQUIPOLLENT A VENTE, Y FONT OUVERTURE, ET NON LA TRANSACTION EN CERTAIN CAS.

(Art. 129 de la coutume.)

I. DU chapitre précédent, il réſulte que la vente jointe à la nature de l'objet vendu y fait ouverture ; que le retrait lignager n'a lieu que ſur les propres, & non ſur les acquêts ; tel eſt ſon objet. Quant à l'acte qui fait cette ouverture, toute vente de propre y fait ouverture, encore qu'elle fût faite ſous faculté de réméré, & toute acte équipollent produit le même effet, ce qu'on verra ci-après : cette derniere partie demandant des détails, on ſe fixe ici au principe général.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſection 2, pag. 327 : voyez les notes ajoutées au même traité, chap. 1, pag. 280 : on ſe réduit ici à la propoſition générale.

II. Cette ouverture ne ſe fait qu'en faveur des parens du vendeur & à lui lignagers du côté & ligne du propre ; mais il n'eſt queſtion ici que des actes qui y font ouverture ; on examinera l'autre objet ci-après ; ainſi, il faut vente pour qu'il puiſſe y avoir lieu au retrait. Approfondiſſons la nature de l'acte qui fait cette ouverture : la ſimple promeſſe de vendre lorſqu'elle eſt parfaite y fait ouverture, parce qu'elle eſt conſidérée comme vente & vaut vente ; elle doit donc par conſéquent, comme telle, donner lieu au retrait ; mais la propriété confirmée par une tranſaction, lorſqu'il n'y a pas de mutation dans la poſſeſſion de l'héritage eſt affranchie du retrait lignager ; & tel acte n'y fait pas ouverture.

Voyez l'arrêt de Boſc de 1694, rapporté dans la cinquieme partie du journal des audiences, qui fonde la propoſition ; non que cet arrêt ait jugé ouvertement la queſtion, mais il a jugé que telle promeſſe valoit vraie vente ; ce qui eſt la juger par conſéquence. Quant à la deuxieme partie de la propoſition, voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 19, & l'art. 467 de la coutume de Normandie ; un tel acte eſt auſſi favorable que les droits ſeigneuriaux le ſont peu.

☞ La ſimple promeſſe de vendre ne peut être conſidérée comme parfaite qu'autant qu'elle eſt exécutée ; hors ce cas, ce n'eſt pas une vente, mais ſeulement une ſimple promeſſe dont l'inexécution ne pouvoit donner lieu qu'à des dommages intérêts contre le vendeur, & non à l'action en retrait.

III. Non-ſeulement la vente, mais encore tout acte équipollent à vente, fait ouverture au retrait lignager, comme on l'a déja annoncé ; voici à préſent les conſéquences de ce principe : de-là il s'enſuit que le délaiſſement ou la dation en payement d'un héritage propre y fait ouverture ; c'eſt la premiere conſéquence de ce principe, la ſection ſuivante contient les autres conſéquences qui ont toutes également leur racine dans la loi, & ſans cela une certaine dénomination artificieuſement donnée à l'acte en rendroit la diſpoſition inutile.

Cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſect. 2, pag. 328 & 327 ; & telle eſt la juriſprudence du châtelet : c'eſt l'eſprit de la coutume.

IV. La rétention de l'uſufruit de l'héritage propre vendu, ne fait aucun obſtacle au retrait, autrement il ſeroit facile d'éluder le retrait lignager ; cette rétention n'eſt donc ſur ce d'aucune conſidération. En effet, la rétention d'uſufruit n'empêche pas que la propriété de l'héritage ne ſoit miſe hors la famille ; ſortie ſuffiſante pour fonder l'ouverture au retrait lignager ; ſon exercice a donc dû être admiſe en ce cas, ne donnant aucune atteinte au droit réel du vendeur.

L'art. 147, n'exempte de retrait que l'uſufruit, lorſqu'il y a ſimple vente d'icelui, ce qui eſt fort

différent de ce qu'on examine dans cette propoſition, où il s'agit de vente de propriété, uſufruit retenu.

☞ Le retrait n'a pas lieu ſur un ſimple uſufruit vendu; mais ſi peu de tems après la vente de cet uſufruit, le vendeur y joignoit la propriété; alors, il y auroit lieu au retrait pour le tout; voyez Dupleſſis, du retrait, ch. 7, ſect. 3; ſur quoi il faut néanmoins obſerver que ſi l'acquéreur de la propriété avoit eu l'uſufruit auparavant par don ou legs, le retrait ne pourroit s'exercer que relativement à la propriété; voyez Dupleſſis, au même endroit.

V. Mais en ce cas, comme en tout autre, le retrait n'opére ſubrogation à l'acquiſition, que de la nature qu'elle eſt; enſorte que l'uſufruit reſte toujours au vendeur, autrement ce ſeroit ſuppoſer une vente plus étendue qu'elle n'eſt, & dépouiller l'acquéreur contre ſon gré; ce qui ne peut être admis, la coutume n'autoriſant & n'admettant le retrait lignager, que ſur la portion réellement aliénée.

Voyez la derniere partie du préſent titre, où cela eſt établi.

SECTION II.

Des ventes moyennant rentes qui y ſont ouverture.

(Art. 137 de la coutume.)

VI. Venons aux ventes faites moyennant rente, ſur leſquelles le retrait a lieu. On n'examinera ici que celle faite moyennant rente conſtituée; on verra par le chapitre qui ſuit celle à rente fonciere non rachetable. Le retrait a lieu ſur la vente, pour le prix de laquelle eſt conſtituée rente; en effet, c'eſt vente moyennant prix fixe, & non exigible, & dont l'acquéreur paye l'intérêt juſqu'à ce qu'il lui plaiſe de payer le fonds ou le capital de la rente; la nature d'un tel prix n'empêche donc pas qu'il n'y ait parfaite mutation & ſortie du propre hors la famille, qui ne peut être repréſenté par une rente volante: un tel prix toujours rembourſable à la volonté de l'acquéreur, ne peut donc faire obſtacle au retrait lignager, autrement ſon établiſſement ſeroit inutile ou preſque inutile, puiſqu'il ſeroit facile de l'éluder; cependant on a regardé pendant un certain tems les rentes conſtituées comme les foncieres; c'étoit une erreur dont on eſt enfin revenu.

Telle eſt la diſpoſition de la coutume; en effet, il faut que la rente ſoit fonciere & non rachetable, pour former l'ouverture au retrait; cela réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 326; ce qui confirme la propoſition, qui eſt d'ailleurs inconteſtable; voyez le journal des audiences, tom. 2, liv. 2, ch. 2, & Soëfve; tom. 2, cent. 2, ch. 2; il y a en ce cas abſolue mutation & entiere ſortie d'héritage hors la famille.

VII. Cette rente dont on vient de parler, différe de la fonciére rachetable, mais non par rapport au retrait; la premiere eſt toujours volante, mais l'autre eſt fonciére nonobſtant la faculté du rachat qu'on y a attaché, qui ne fait aucun obſtacle au retrait: en effet, la vente faite, moyennant une rente fonciére rachetable, eſt comme la vente, moyennant rente conſtituée ſujette au retrait, parce que la rente, quoique fonciere, étant ſujette à s'éteindre, ne peut repréſenter l'héritage: repréſentation réelle, qui ſeule peut empêcher le retrait, d'où il s'enſuit qu'une telle rente ne peut faire obſtacle au retrait.

Dupleſſis, à la page 326 qu'on a déja cité, & à la pag. 330; & c'eſt la diſpoſition de la coutume. Voyez les deux arrêts cités ſur la premiere propoſition; & c'eſt l'eſprit général de la coutume, qui regarde en tout, & notamment par rapport au retrait lignager, comme par rapport aux droits ſeigneuriaux, la vente moyennant une rente fonciere rachetable, comme une parfaite & abſolue mutation; en effet, telle vente ne peut faire fonction que du prix.

VIII. Telle rente différe cependant de celle qui eſt conſtituée pour le prix fixe d'une vente, comme on l'a déja dit, en ce que la derniere eſt toujours rachetable, au lieu que la faculté de racheter l'autre ſe preſcrit; l'une eſt rachetable par ſa nature, & l'autre ne l'eſt qu'en vertu d'une action qui eſt preſcriptible; ce qui fonde la différence par rapport au rachat, non par rapport au retrait, ſi ce n'étoit que par le tems, telle rente fût devenue non rachetable.

Voyez ſur ce le titre des rentes, où cette diſtinction eſt établie; mais diſtinction qui ne fait aucun obſtacle au retrait lignager, puiſqu'en ce cas il y a mutation & ſortie entiere de l'héritage hors de la famille, ſans que rien puiſſe le repréſenter, tant que cette rente n'eſt pas devenue non rachetable.

IX. Celle faite moyennant rente viagere eſt, comme les deux précédentes, ſujette à retrait, mais ſon exécution eſt embarraſſante; en effet, quoique la rente ſoit viagere, l'héritage n'en ſort pas moins de la famille: ſortie encore une fois ſuffiſante pour fonder l'ouverture au retrait; il y a donc lieu.

C'eſt principalement ſur cette raiſon qu'eſt fondée la juriſprudence, & la coutume ne diſtingue pas; elle n'affranchit du retrait lignager, que la vente faite, moyennant rente fonciere non rachetable; mais l'exécution d'un tel retrait eſt difficile: on l'examinera dans ſon ordre, cela demande une diſcuſſion.

SECTION III.

Que l'adjudication en juſtice du propre ne fait point obſtacle au retrait, & quand il a lieu en échange, & de l'effet de la fraude par rapport à cet acte.

(Art. 145, 150, 151 & 154 de la coutume.)

X. Voici vraiment un acte équipollent à vente qui fait ouverture à retrait. Le propre adjugé par décret n'eſt pas moins ſujet à retrait, que s'il avoit été vendu par contrat volontaire; la premiere vente produit quant à ce, tout le même effet de l'autre; c'eſt toujours vente, quoique forcée & judiciaire.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſection 3, pag. 328; & c'eſt la diſpoſition de la coutume.

XI. Il en eſt de même du propre adjugé ſur une demande en licitation, ſauf les reſtrictions ci-après, dans leſquelles ſur une telle adjudication, le retrait n'a lieu; ce principe général demande des diſtinctions qu'on établira dans leur ordre; mais dans la théſe générale, l'adjudication eſt ſujette à retrait.

Dupleſſis, pag. 329; le Maître, tit. 7, page 178; cela eſt d'un uſage très-fréquent au châtelet, ſauf les reſtrictions; voyez la ſixieme ſection du chapitre ſuivant. Il y a plus, la diſpoſition de la coutume qui admet le retrait dans les adjudications par décret, a lieu dans les coutumes qui ne diſpoſent pas ſur ce; ce n'eſt qu'une conſéquence des vrais principes de cette matiere: qualité de cette diſpoſition par laquelle elle eſt devenue un droit commun du royaume: note ſur Dupleſſis, déſignée par un triple Q, pag. 329; en effet, c'eſt vente judiciaire, qui, relativement au retrait doit produire tout l'effet d'une vente volontaire.

XII. Examinons l'échange relativement au retrait. Il a lieu en échange, lorſqu'il y a ſoulte, & que la ſoulte excéde la moitié de la valeur de l'héritage propre aliéné par cette voie; mais ſi la ſoulte n'excéde pas, il n'a pas lieu, ainſi c'eſt l'étendue de la ſoulte qui détermine ſur cela: tel eſt le principe général auquel on ſe fixe ici.

Dupleſſis, en ſon traité du retrait, chapitre 7, pag. 325; il faut, dit-il, déterminer la nature du contrat par la partie d'icelui qui eſt prépondérante; mais ce retrait eſt limité, comme on le verra par les deux propoſitions ſuivantes, à ce qui eſt vente: c'eſt la diſpoſition des art. 355 & 356 de la coutume de Poitou, & de l'art. 175 & ſuivans de celle de Touraine; ce qui forme un droit commun, cela ayant ſa racine dans les principes capitaux des contrats.

XIII. Il faut pour cela que la ſoulte ſoit en deniers ou choſes mobiliaires; autrement, ſi la ſoulte, outre l'héritage donné en échange, conſiſtoit en un autre héritage ou portion d'icelui, ce ſeroit un héritage échangé contre deux autres, & la rente même donnée en échange, ne feroit pas ouverture au retrait, juſqu'à concurrence; c'eſt immeuble légal: mais s'il y avoit fraude dans l'échange, par exemple, ſi l'un des contractans rachetoit de l'autre dans l'an l'héritage par lui donné en échange, ou qu'il y eût convention entr'eux de faire ce rachat; en ce cas, il y auroit lieu au retrait pour le tout, l'acte étant une vraie vente déguiſée ſous les fauſſes apparences d'un échange.

Brodeau, ſur l'art. 143 de la coutume, num. 2; Ricard, ſur l'art. 145; mais cette derniere voie eſt ſouvent frauduleuſe: quant à l'effet de la fraude qui fait ouverture au retrait lignager, il eſt atteſté par Loyſel, des retraits, régle 26, & par Tiraqueau, du retrait lignager, art. 1, gloſ. 14, num. 35 & ſuivans.

XIV. Dans le cas même que la ſoulte excéde moitié, il n'y a lieu au retrait du propre échangé que juſqu'à concurrence de la ſoulte, & non au-delà; ce n'eſt qu'en cette partie qu'il y a vente, dans le ſurplus, c'eſt échange; ainſi ce n'eſt que ſur la premiere partie que le retrait lignager peut avoir lieu, ce qui en rend l'exécution difficile.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, ſur le fondement que ce n'eſt que juſqu'à cette concurrence que l'acte d'aliénation du propre eſt équipollent à vente; hors les cas ci-deſſus, l'échange ne fait pas ouverture au retrait; ce qui ſe verra plus amplement par la ſeconde ſection du chapitre ſuivant, où l'on examinera les mutations qui ne font pas ouverture au retrait lignager.

XV. Dans ce cas même que la ſoulte excéde moitié, il faut faire ventilation pour fixer la portion ſujette à retrait, ce qui rend l'exécution d'un tel retrait difficile; c'eſt ce qu'on examinera par la ſuite en traitant de l'exécution du retrait, il ſuffit ici de poſer les principes.

C'eſt ce que contient la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par une double L, pag. 325; & tel eſt l'uſage du châtelet.

CHAPITRE SECOND.

DES ALIÉNATIONS SUR LESQUELLES LE RETRAIT N'A LIEU PAR LEUR PROPRE NATURE.

SECTION PREMIERE.

QUE LA VENTE A RENTE NON RACHETABLE N'Y FAIT PAS OUVERTURE.

(Art. 137 & 129 de la coutume.)

I. LES lignagers ayant toujours ici un objet affecté à leur ligne, le retrait ceſſe, & n'a pas lieu en ce cas, c'eſt-à-dire, lorſque la vente eſt faite moyennant rente fonciere non rachetable; en effet, lorſque le propre a été vendu moyennant une telle rente fonciere, la ſubrogation qui forme la propoſition qui ſuit, y fait un juſte obſtacle: la coutume ne le dit pas expreſſément, mais cela réſulte avec évidence de l'article 137 de la coutume, qui n'admet le retrait en vente moyennant rente, que lorſque la rente eſt rachetable.

Dupleſſis, traité du retrait, chap. 7, ſect. 1, pag. 325; voyez la propoſition qui ſuit, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 137 de la coutume, & ce qui réſulte encore de l'art. 129: voyez Loyſel, des retraits, régle 34.

II. Cette exemption eſt fondée, ſur ce que telle rente eſt ſubrogée à l'héritage, & le repréſente, auſſi telle rente eſt-elle ſujette à retrait; juſte repréſentation qui affranchit une telle dation à rente du retrait lignager, & qui y aſſujettit la rente; & ſi le bailleur conſent au rembourſement d'une telle rente, il y a lieu alors au retrait de l'héritage même, ce qui conſerve tout droit.

Cela eſt établi dans le ſixieme chapitre ci-après, & cela eſt ſuite du texte: c'eſt ce que dit Brodeau; mais le retrait ſur l'héritage même n'a lieu que dans le cas que le bailleur conſent le rembourſement de la rente fonciere, parce que tant qu'elle ſubſiſte, c'eſt le ſeul objet des lignagers, auxquels il n'en faut pas fournir deux pour un ſeul qu'ils doivent avoir; juſqu'à ce, la vente eſt leur objet.

III. Il n'y auroit pas pareillement lieu au retrait, encore que la rente n'eût pas été ſtipulée expreſſément non rachetable; il ſuffit pour fermer l'ouverture au retrait, qu'elle n'ait pas été ſtipulée rachetable; en effet, toute rente fonciere eſt de ſa nature, & indépendamment de la ſtipulation non rachétable; ce qui ſuffit pour exclure le retrait, puiſque une telle rente repréſente toujours l'heritage; ainſi y ayant toujours un objet pour les lignagers & qui concerne leur droit, il ne faut pas leur en donner deux au lieu d'un ſeul qu'ils doivent avoir, ſauf le cas de l'exception qui ſuit.

Voyez dans le ſecond livre, le titre des rentes, où il eſt établi que telle faculté eſt contre la véritable nature de cette rente, & par conſéquent que cette faculté ne peut avoir lieu, ſi elle n'eſt expreſſément ſtipulée, ce qui établit la propoſition; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur la nature de ces rentes, qui ſont non rachetables par elles-mêmes, ſi le contraire n'eſt ſtipulé par le bail à rente.

IV. Cet affranchiſſement reçoit une exception; en effet, de ce que deſſus, il faut excepter les ventes des maiſons de Paris, quoique vendues moyennant une rente fonciere, & non rachetable, où le retrait lignager, nonobſtant cette ſtipulation, auroit toujours lieu, parce que ces rentes ſont toujours rachetables de leur nature, nonobſtant la ſtipulation contraire, la faveur de la décoration de la ville, rendant telles rentes toujours rachetables; ce qui fonde en ce cas l'ouverture au retrait de la maiſon même, puiſque la rente par la faveur de l'objet ſur lequel elle eſt à prendre eſt toujours rachetable, nonobſtant la ſtipulation contraire.

Notes ſur Dupleſſis, déſignée par une triple R, pag 320. Voyez ci-deſſus le titre des rentes, où ſont établis cette faveur à l'égard des maiſons des villes, & l'anéantiſſement legal de la prohibition conſentie de racheter telles rentes.

☞ Voyez l'arrêt du 18 juin 1758, rapporté au journal des audiences, il confirme la propoſition.

SECTION II.

Que le bail emphytéotique n'y fait pas ouverture, & même pour les maiſons de Paris; & quand le retrait n'a lieu en échange.

(Art. 143 & 149 de la coutume.)

V. De la ſection précédente où l'on a vu

que la dation à rente fonciere dès qu'elle n'étoit pas rachetable, soit par la convention, soit par la nature de la chose donnée à rente, faisoit obstacle au retrait, par la subrogation de la rente à l'héritage; il résulte à plus forte raison, que le bail emphytéotique n'y fait pas ouverture; c'est la conséquence de ce que dessus, & c'est suite du texte.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, section 1, pag. 326; & tel est l'usage du châtelet. Il sembleroit résulter des termes de l'art. 149 de la coutume, qu'un tel bail feroit ouverture au retrait par rapport à l'héritage délaissé à ce titre; mais ce n'est pas le sens de cet article, ce n'est que ce bail qui y est sujet lorsqu'il en est fait vente ou cession.

VI. Cela est fondé, sur ce que la redevance tient lieu de l'héritage, & que cette voie n'opére pas une aliénation absolue, puisque l'héritage ainsi aliéné doit un jour retourner à la famille du vendeur; ce qui dans ce cas, exclut encore plus fortement le retrait, que dans le cas de la rente fonciere non rachetable.

Cela auroit lieu, encore que par le bail emphytéotique, il y eût deniers payés, parce que nonobstant ce, l'héritage doit toujours retourner au bailleur: Dupleſſis, traité du retrait, chap. 7, pag. 327 vers le milieu, ce qui est sans difficulté, puisqu'il n'y a pas vraie & entiere aliénation, condition nécessaire pour faire ouverture au retrait: cependant quand ces deniers forment la partie prépondérante, le droit des lignagers souffre une notable atteinte.

VII. Par cette derniere raison, il n'y auroit pas lieu au retrait d'une maison de Paris vendue à ce titre, quoiqu'il y ait lieu, lorsqu'elle est vendue moyennant une rente fonciere stipulée non rachetable, puisque nonobstant une telle stipulation la rente est toujours rachetable, & que par-là l'héritage est sorti irrévocablement de la famille, sans être représenté par une rente inamortissable; ce qui n'est pas dans le cas du bail emphytéotique, dans lequel cas l'héritage doit toujours retourner au bailleur ou à ses représentans.

Cependant il seroit favorable en ce même cas d'admettre le retrait, quoique la différence soit sensible: dans le cas du bail emphythéotique, l'aliénation n'est point absolue, puisque l'héritage doit retourner au bailleur ou à ses représentans, mais cela est trop éloigné: dans le second cas, la sortie du propre hors la famille est entiere, puisla rente qui pouroit le représenter, est par privilége rachetable, nonobstans la stipulation contraire.

VIII. Des propositions précédentes, il résulte qu'en échange parfait, il n'y a pas lieu au retrait, parce que l'héritage pris en échange est subrogé, & représente l'héritage échangé; ce qui ferme toute ouverture au retrait; c'est subrogation, plus qu'aliénation; c'est propre, c'est nouvel objet au retrait lignager toujours permanent: raison décisive, raison satisfaisante pour exclure à l'égard du contrat d'échange l'ouverture au retrait.

Le Maître, tit. 7, pag. 175; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 5, pag. 315; il ajoute que la subrogation a lieu, tant pour la succession, que pour le retrait, ce qui est constant: voyez le même auteur au même traité, ch. 7, pag. 325; & cette subrogation a été ci-dessus établie sur le titre des propres, ces matieres devant se décider par les mêmes principes; ainsi quand il y a mélange de contrat, partie vente, partie échange, il faut juger du contrat *à raison prépondérante*, & par conséquent si la soulte est moindre que la moitié de la valeur de l'héritage, il n'y a pas lieu au retrait; mais si elle excéde, il y a lieu au retrait jusques à concurrence seulement, mais non pour la portion qui contient & qui consomme un véritable échange; ce qui a lieu dans ce cas même que l'échange seroit d'un véritable héritage contre une rente constituée, ce qui mériteroit réformation, suivant l'esprit même de la coutume.

SECTION III.

Que la vente de l'usufruit ou le bail à vie n'y fait pas ouverture, mais bien la vente de la propriété, lorsqu'elle se fait à la même personne.

[Art. 147 de la coutume.]

IX. Ici la briéveté de l'aliénation du fonds applanit toute difficulté. On ne peut retraire le bail à la vie d'un propre aliéné à ce titre; en effet, l'héritage reste toujours dans la famille, ou du moins la proprieté de l'héritage, ce qui suffit pour faire cesser l'ouverture au retrait, & ce qui s'applique, comme on l'a vu ci-dessus, au bail emphytéotique. Il faut cependant convenir qu'un tel bail produit un usufruit bien long, & que ce n'est pas un tel usufruit que la coutume a eu en vue, si le prix d'icelui a été payé en deniers, & non en une rente représentative du fonds; & en ce cas, il seroit aussi favorable que conséquent aux principes de cette matiere, d'admettre le retrait lignager.

Cela est de jurisprudence au châtelet, & résulte de la doctrine de Dupleſſis, à la pag. 327; tel bail n'emportant pas une vraie aliénation, puisque l'héritage doit retourner au bailleur; c'est la disposition de l'art. 147 de la coutume, par rapport à l'usufruit: disposition qui renferme le bail à vie; c'est le sentiment de Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, sect. 3, pag. 331; ce qui me paroît incontestable; voyez aussi Robert, liv. 2, chap. 9.

X. Il en est donc de même de la vente de l'usufruit du propre, quoique faite en deniers, ce n'est que changement de nom; c'est même effet que celui que produit un bail à

vie ; dans l'un comme dans l'autre cas, il ne peut donc y avoir lieu au retrait, & la coutume ayant exprimé celui-ci, ſa diſpoſition influe ſur l'autre néceſſairement : d'où il s'enſuit à plus forte raiſon que le retrait lignager ne peut avoir lieu par rapport à un bail à loyer ; cela eſt inconteſtable.

Dupleſſis, à la pag. 331, qu'on vient de citer ; le Maître, tit. 7, pag. 175 ; ce qui s'applique dans le cas du bail emphythéotique, quoique par icelui il y ait outre la redevance des deniers payés par le preneur ; & on ne peut en ce cas, appliquer la régle que l'on ſuit en matiere d'échange, qui eſt de juger de la nature du contrat par ſa partie prépondérante, parceque ce ſeroit en vain qu'on diroit dans le cas du bail emphytéotique qu'il emporte vente juſques à concurrence des deniers payés, vu qu'il ne peut y avoir ici de partie prépondérante, attendu qu'il ne peut y avoir de vente parfaite, puiſque ce tout doit retourner au bailleur, ou à ſes ayans cauſe ; mais il y retourne ſi tard, qu'il ſeroit peut-etre juſte de l'y admettre.

XI. Mais pour cela, il faut que l'uſufruit ſoit borné à la vie d'un ſeul homme ; en effet, l'affranchiſſement du retrait que porte la coutume, par rapport à l'uſufruit, eſt une exception au droit commun : exception par conſéquent qui ne peut être étendue hors de ſon cas ; ainſi la vente d'un tel uſufruit, c'eſt-à-dire, celle qui ne ſeroit pas limitée à la vie d'une ſeule perſonne & faite en deniers, ſeroit ſujette à retrait, mais non ſi elle avoit été faite moyennant rente non rachetable, quoique l'uſufruit fût aſſis ſur la tête de pluſieurs ; la rente en ce cas repréſenteroit l'héritage, & fermeroit toute ouverture au retrait, comme on l'a vu ci-deſſus.

Voyez la premiere ſection du préſent chapitre, & les autorités qui y ſont citées, cette propoſition en réſulte évidemment ; en ce cas, ce ſeroit la nature d'une telle vente, ou plutôt le prix d'icelle, & non plus la nature de l'objet vendu, qui effaceroit le retrait par la repréſentation de la rente fonciere qu'opéreroit ſa ſubrogation au lieu & place de l'héritage.

XII. Quoique la vente de l'uſufruit ne faſſe pas ouverture au retrait, ſi la vente de la nue propriété eſt faite à la même perſonne à laquelle l'uſufruit du propre avoit été vendu, il y a lieu au retrait pour le tout, & le retrait embraſſe en ce cas l'uſufruit comme le fonds ; ſans cela il ſeroit aiſé de faire fraude, & d'éluder ou du moins d'affoiblir le droit des lignagers.

Voyez ce que dit Dupleſſis, au ſujet des coupes de bois, relativement au retrait, pag. 316 ; il y a ici parité de raiſon, & telle eſt la juriſprudence du châtelet ; en effet, cette diviſion par deux contrats ſéparés, eſt regardée comme fraude au retrait & au droit des lignagers ; fraude qui ne doit pas leur préjudicier, & qui par-conſéquent laiſſe l'ouverture au retrait ; Brodeau, ſur l'art. 147.

XIII. Mais ſi la vente de la nue propriété étoit faite à un autre, que celui qui a acquis l'uſufruit, le retrait n'auroit lieu que ſur la nue propriété ; cette diviſion d'acquéreurs efface tout ſoupçon de fraude ; ainſi la vente de l'uſufruit reſte affranchie du retrait, comme elle l'eſt elle-même, & le retrait ne peut plus tomber que ſur la vente de la nue propriété ; & à plus forte raiſon ſi c'eſt un propriétaire qui vend ſeulement la nue propriété & qui ſe réſerve l'uſufruit, le retrait ne peut avoir lieu que ſur la nue propriété, elle ſeule ſe trouve aliénée tant que le vendeur vit, & l'uſufruit s'y réunira par ſon décès.

Le Maître, tit 7, pag. 175 ; & telle eſt l'opinion commune au châtelet ; quant à la deuxieme partie de la propoſition, voyez l'art. 129 de la coutume, & autrement ce ſeroit ajouter à la vente.

XIV. Il y a même un cas où l'uſufruit & la nue propriété ſe trouvant ſéparés & enſuite réunis, le retrait lignager n'auroit néanmoins lieu que ſur la nue propriété ; ce cas eſt lorſqu'une perſonne a l'uſufruit du propre à titre lucratif, & qu'il en acquiert enſuite la propriété par un acte de commerce ; dans ce cas le retrait ne peut tomber que ſur la nue propriété, & non ſur l'uſufruit légué ou donné que la coutume en a affranchit. En effet, on ne peut le dépouiller par la voie du retrait lignager d'un bien qu'il a par la voie de la donation ou de legs ; donation ou legs qui n'y fait pas ouverture, comme on va l'établir.

Il eſt établi dans la ſection qui ſuit, que la donation ou le legs ne ſont point ouverture au retrait, ce qui fonde la propoſition.

SECTION IV.

Que la donation ni le legs du propre ne ſont pas ouverture au retrait.

(Art. 229 de la coutume).

(*Quand aucun a vendu.*)

XV. La donation du propre, ſoit entre-vifs, ſoit à cauſe de mort, c'eſt-à-dire, le legs d'icelui ne fait pas ouverture au retrait ; cela eſt inconteſtable par rapport à la donation entre-vifs, par laquelle le donateur a préféré le donataire à lui-même ; mais en peut-on dire de même du legs, & n'eſt-ce pas là une inconſéquence de l'eſprit de la coutume ? cependant il faut ſe tenir à la propoſition, l'uſage la confirme & avec raiſon, le retrait n'ayant lieu que pour les choſes réductibles en deniers, c'eſt-à-dire, à un prix certain. Or dans la donation & dans le legs, il n'y a pas de prix certain.

Note ſur Dupleſſis, pag. 314 ; Dupleſſis, traité du

du retrait, ch. 7, pag. 325; le Maître, tit. 7, ch. 1, pag. 172; voyez la propoſition qui ſuit qui développe celle-ci, qui eſt encore confirmée par Tiraqueau, des retraits, art. 25, gloſ. 2; & par Coquille, queſ. 36: & c'eſt même droit commun.

XVI. Double raiſon de ce; le donateur en diſpoſant conformément à la loi, n'a fait qu'uſer du pouvoir qu'elle lui donnoit, & ce pouvoir doit être concilié avec ſes autres diſpoſitions & avoir ſon exécution; ſecondement, c'eſt de la choſe même, & non du prix, dont le donateur a voulu gratifier le donataire ou le légataire; ce qui ferme toute ouverture au retrait, même dans le cas du legs dans lequel ces raiſons militent, comme dans celui de la donation entre-vifs, dans laquelle le donataire a de plus que le légataire le dépouillement du donataire; mais les autres raiſons ſont ſuffiſantes pour affranchir l'immeuble légué de l'exercice du retrait, ſauf la fraude dans la donation.

Mais dans un acte qu'on auroit qualifié de donation faite à la charge d'une rente viagére équipollente au prix, il y auroit lieu au retrait, autrement ſeroit adopter une fraude faite au droit des lignagers; voyez l'arrêt rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 9, & tel eſt l'opinion commune; en effet, en ce cas ce ſeroit une vraie fraude pratiquée contre le droit des lignagers, & juſte exception à ce que deſſus; fraude dont les lignagers ne doivent pas plus ſouffrir que le ſeigneur auquel en ce cas le droit de lods & ventes ſeroit double.

☞ Par rapport au legs, non-ſeulement il ne fait pas ouverture au retrait vis-à-vis du légataire, mais il ne ſeroit pas même ſujet dans le cas où l'héritage légué à un parent collatéral & lignager auroit été vendu par le légataire. C'eſt ce qui a été jugé par arrêt rendu en la quatrieme chambre des enquêtes au rapport de M. Taboureau des Reaux, le 19 mars 1756, cité par Lacombe & par Deniſart, *verb.* retrait; le même arrêt juge qu'un legs fait à un parent collatéral ne forme qu'un acquêt en ſa perſonne.

SECTION V.

Que l'adjudication ſur un curateur au déguerpiſſement du propre déguerpi, ne fait pas ouverture au retrait, & de celle ſur un curateur à ſucceſſion.

(Art. 152 & 153 de la coutume.)

XVII. Le propre étant déguerpi & adjugé ſur un curateur au déguerpiſſement, il n'y a pas lieu au retrait, en faveur de parens lignagers de celui qui a déguerpi l'héritage qui lui étoit propre; le déguerpiſſement a tout effacé, tant le droit du déguerpiſſant que de ceux qui ne peuvent en avoir que de ſon chef.

Bouguier, let. R, num. 17; le Prêtre, cent. 2, ch. 38; Lapeyrere, let. R, déciſion 188, p. 400; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſect. 3, p. 331: cela eſt fondé ſur ce que le déguerpiſſement a un effet rétroactif, & efface, comme on l'a déja annoncé & juſque dans ſon origine, le droit de propriété de celui qui a fait le déguerpiſſement; d'où il s'enſuit conſéquemment, que celui des lignagers n'en étant qu'une ſuite, & une émanation, ne peut plus pareillement ſubſiſter. Voyez l'arrêt du 12 février 1658, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 34; la note ſur Dupleſſis, déſignée par une triple S, pag. 332; le Maître, tit. 7, pag. 177 & 178. Obſervez qu'on ne parle que du déguerpiſſement, & non du délaiſſement par hypothéque.

XVIII. Venons à l'adjudication ſur un curateur à ſucceſſion. Lorſqu'une ſucceſſion eſt abandonnée, qu'il y a curateur créé à icelle, & que ſur ce curateur on adjuge un héritage qui étoit acquêt au défunt, il n'y a pas lieu au retrait; tel héritage dans la perſonne du curateur ne peut acquérir la qualité de propre; il n'en ſeroit pas de même ſi telle adjudication étoit d'un propre.

Le Prêtre, cent. 2, ch. 30; le Maître, tit. 7, pag. 177; & telle eſt la juriſprudence du châtelet: en effet, le curateur ne fait pas un degré de ſucceſſion, il ne fait que repreſenter le défunt pour l'ordre de la procédure & l'exercice des actions; & ſi le défunt avoit fait une telle vente, c'eſt-à-dire, celle d'un immeuble qui lui étoit acquêt, il n'y auroit pu avoir lieu au retrait, ce qui ne peut changer dans la perſonne du curateur à ſucceſſion lorſqu'elle eſt vacante, puiſqu'il le repréſente; c'eſt le moyen ſur lequel eſt fondée la juriſprudence, elle a la coutume pour baſe.

XIX. Mais par le même principe, ſi l'héritage étoit propre au défunt, il y auroit lieu au retrait ſur la vente qui auroit été faite d'un tel héritage par le curateur créé à la ſucceſſion vacante du propriétaire d'icelui; la vacance de la ſucceſſion ne pouvant donner atteinte au droit des lignagers, & la vente du curateur faiſant à leur égard, ce qu'auroit opéré celle faite par le propriétaire, qui eſt repréſenté par le curateur.

C'eſt ainſi qu'on doit entendre l'arrêt rapporté par Bouguier, lettre R, numéro 17; le Prêtre, cent. 2, ch. 30; c'eſt ce que dit Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſect. 3, pag. 331 & 332; & le Maître, tit. 7, pag. 177; & ce qui ſe pratique au châtelet, conformément à l'eſprit de la coutume.

SECTION VI.

Quand l'adjudication par licitation, ne fait pas ouverture au retrait, & quand elle y fait ouverture.

(Art. 154 de la coutume.)

XX. Quant à cette adjudication, pour ſçavoir s'il y a lieu au retrait ou non, il faut diſtinguer; dans le cas que les collicitans ſont étrangers les uns aux autres, encore que leurs portions leur fuſſent propres, l'adjudication ſur une telle licitation, ne fait au-

cune ouverture au retrait lignager ; il n'opéroit qu'un circuit inutile d'actions qu'il faut éviter ; ce qui a lieu indiſtinctement, comme la propoſition ſuivante l'explique, c'eſt-à-dire, abſtraction faite de la perſonne de l'adjudicataire.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſect. 2, pag. 330, où il dit, que l'article 154 de la coutume, contient une abſurdité manifeſte ; l'arrêt cité ſur la ſuivante propoſition la fait ceſſer, en écartant la fauſſe conſéquence qu'on pourroit tirer de ſa diſpoſition. Voyez le journal des audiences, tom. 1, liv. 5, chapitre dernier ; & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre du retrait lignager, art. 21. Cependant, cet article auroit lieu dans un cas qui ſeroit celui dans lequel une même perſonne ſe trouveroit lignager de tous les ſollicitans ; & en cette qualité, qu'il pourroit retirer le tout : mais ce n'eſt pas ce cas que cet article a voulu décider ; car, il ne parle que de portion d'héritages, & c'eſt en cela qu'il eſt abſurde. On pourroit dire, cependant, qu'il pourroit avoir lieu encore en un autre cas, qui ſeroit celui que l'adjudicataire conſentiroit au retrait ; mais en ce dernier, ce ſeroit conſentement, ce ſeroit vente volontaire déguiſée ſous les apparences d'un retrait lignager ; ainſi, l'on ne peut donc pas dire que c'eſt pour ce cas que la coutume a diſpoſé ; c'eſt un article totalement inutile par rapport aux portions.

XXI. Cela a lieu, ſoit que l'adjudication ſoit faite à l'un d'eux, ſoit qu'elle ſoit faite à un étranger ; ainſi dès que les collicitans ſont étrangers les uns aux autres, dans l'un comme dans l'autre cas, l'adjudication ſur une telle licitation, quoique les portions de l'héritage fuſſent propres dans la perſonne des collicitans ou de quelques-uns d'eux, telle adjudication ne fait pas ouverture au retrait lignager, & ce qui écarte le retrait ; en ce cas, eſt qu'on ne pourroit l'admettre, ſans donner lieu à des inſtances & demandes en retrait ſans fin, attendu que le retrayant ne pourroit retirer que la portion qui ſeroit propre, relativement à lui ; retrait qui donneroit lieu à une nouvelle licitation, qui ſeroit elle-même anéantie par des retraits ſubſéquens ; multiplicité d'action trop inutile & trop ruineuſe pour être admiſe, & qui a fait très-juſtement rejetter le retrait lignager en ce cas-là ; il en eſt autrement, ſi le retrait pouvoit avoir lieu pour le tout.

Arrêt du 3 mars 1650, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 5, ch. 56. Ce même arrêt eſt rapporté par Soëfve, tom. 1, cent. 3, ch. 26. Arrêt qui peut paſſer pour droit commun ; cependant, juriſprudence qui reçoit la limitation qui forme la propoſition qui ſuit, parce qu'où cet inconvénient ceſſe, le droit des lignagers doit conſerver toute ſa force ; c'eſt l'eſprit de la coutume. Voyez les deux dernieres citations, faites ſur la premiere propoſition de cette ſection ; & c'eſt en ce cas qu'il faut appliquer la diſpoſition de l'art. 154 de la coutume, qui a été mal rendu en y parlant de portion d'héritages : car, c'eſt juſtement par rapport à une telle portion que le retrait lignager n'eſt pas recevable.

XXII. Mais ſi le retrait pouvoit être exercé par une même perſonne, & pour le tout ; par exemple, ſi la licitation avoit été pourſuivie entre freres ou neveux, en ce cas, l'adjudication ſur une licitation faite au profit d'un étranger, c'eſt-à-dire, à tout autre qu'à un lignager, fait ouverture au retrait, comme on l'a vu dans la troiſieme ſection du premier chapitre de ce titre ; parce qu'alors le retrait eſt ſimple & efficace, & n'a plus les inconvéniens marqués dans la propoſition précédente, & qu'il fait rentrer dans la famille la totalité de l'héritage, ſans qu'un tel retrait faſſe ouverture à un autre.

Voyez le Maître, tit. 6, pag. 178 ; & c'eſt avec cette limitation qu'on ſuit au châtelet la juriſprudence de l'arrêt du 3 mars 1650, qu'on vient de citer ; tout cela eſt ſuite de l'eſprit de la coutume : aux actes mentionnés dans cette ſection & les cinq précédentes, ſur leſquels le retrait lignager n'a lieu, il faut ajouter, comme on l'a dit ci-deſſus, la tranſaction qui confirme une propriété : acte pareillement, ſur lequel le retrait n'a pas lieu, dans le cas que la tranſaction n'opére aucun changement dans la poſſeſſion Voyez ſur cela l'art. 467 de la coutume de Normandie ; & les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 19.

☞ A l'égard des tranſactions qui ne tendent qu'à fortifier une propriété déja établie ſans autre circonſtance, elles ne peuvent donner ouverture au retrait ; mais s'il s'agiſſoit d'une ſomme de deniers ou d'une dette qui fît l'objet du procès, & qu'en payement de cette dette, on eût donné un héritage propre, quoiqu'il ne fût pas entiérement de même valeur, il y auroit lieu au retrait, parce qu'alors, le propriétaire de l'héritage ſeroit préſumé avoir mieux aimé le donner que la ſomme qui lui étoit demandée : ce ſeroit *datio in ſolutum*, & conſéquemment il y auroit ouverture au retrait, qui ceſſeroit ſi l'héritage n'avoit pas changé de main, quoique celui à qui il ſeroit reſté eût reçu quelques deniers. Voyez Tiraqueau, du retrait lignager, §. 1, gloſ. 14, nomb. 62 & 69.

CHAPITRE TROISIEME.

DES VENTES SUR LESQUELLES LE RETRAIT N'A LIEU PAR LA FAVEUR PERSONNELLE A L'ACQUÉREUR, OU CELLE DE LA VENTE.

(Art. 129 & 156 de la coutume.)

(*A perſonne étrange.*)

I. LA régle ci-deſſus établie, que la vente du propre fait ouverture au retrait, reçoit pluſieurs exceptions. La vente du propre étant faite à un lignager du vendeur, il n'y a pas lieu au retrait, autrement la loi municipale ſeroit contradictoire avec elle-même, ce qu'on ne peut penſer; premiere exception à ce que deſſus: en effet, la coutume ayant établi le retrait lignager pour conſerver les propres dans les familles, il eſt bien naturel qu'il n'ait pas lieu par rapport aux aliénations, par l'effet deſquelles les propres ne ſortent pas de la famille, & quand par la ſuite ils en ſortent, le droit de retrait revit.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſection 3, pag. 332; la note ajoutée à ſon commentaire, pag. 333, obſerve que cela a lieu dans toutes les coutumes; en effet, cela paroît être une conſéquence du droit commun. Double raiſon de ce: 1°. par telle vente l'héritage ne ſort pas de la famille: 2°. l'acquéreur étant lui-même lignager, & étant ſaiſi comme les autres du droit de retrait lignager, n'eſt pas moins favorable qu'eux; il réunit dans ſa perſonne le droit légal & celui réſultant du contrat, ce qui le met à couvert du retrait lignager: cela va plus loin; il ſuffit même que l'un des acquéreurs conjoint par mariage ſoit lignager du vendeur; le Maître, tit. 7, pag. 179: ce qu'on verra ci-après, & ce qui établit inconteſtablement la propoſition pour la théſe générale, puiſqu'on a étendu cette juſte exception à ce cas: c'eſt la diſpoſition de l'art. 156 de la coutume; & cela a lieu à tel degré que ſe trouve le parent acquéreur: il ſuffit qu'il ſoit de la ligne.

II. Voici une ſeconde exception. Il en eſt de même de l'héritage acquis par une communauté, pour le bien public; ſur telle vente le retrait n'a lieu, le bien public qui en a été le motif ferme toute ouverture à icelui; ce bien eſt la loi ſuprême: ſeconde exception à ce que deſſus.

Lapeyrere, let. R, déciſion 179, pag. 398; Dupleſſis, & la note ſur ſon commentaire, déſignée par un triple P, pag. 328; le Maître, tit. 7, ch. 1, pag. 172, tous confirment la propoſition qui eſt par elle-même inconteſtable: elle eſt encore confirmée par Chopin, du domaine, liv. 3, tit. 23, num. 1; & par de Lhommeau, liv. 3, max. 169.

III. Voici une troiſieme exception, non abſolue, mais ſimplement relative. Lorſque l'acquéreur a des enfans qui ſont de la ligne, l'ouverture au retrait n'eſt pas abſolument fermée, mais l'action eſt en ſuſpens à l'égard des autres lignagers, mais non de ces mêmes enfans; ſuſpenſion dont on verra les effets, ainſi que la renaiſſance de l'action en retrait, par le chapitre qui ſuit; il eſt bon de ſe fixer d'abord à la ſuſpenſion, elle produit exception, qui confirme d'autant plus la régle contenue dans la premiere propoſition de ce chapitre.

Mais cette ſuſpenſion n'a pas lieu contre les enfans mêmes, autrement ce ſeroit intervertir contr'eux ce qui a été introduit en leur faveur, ce qu'on ne peut faire; de-là il s'enſuit que les enfans peuvent intenter le retrait contre leur pere, de l'héritage propre par lui acquis d'un parent maternel de ſes enfans. Arrêt du 22 décembre 1639, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 8, ch. 42: c'eſt exacte conſéquence de la coutume; & telle eſt la pratique du châtelet. Cependant, je penſe que cela ne doit s'appliquer que dans le cas qu'il y a convol & exiſtence d'enfans d'un autre lit, dans la perſonne deſquels l'héritage ſortiroit de la famille, ſans quoi, ce ſeroit ajouter à la coutume, qui établit une exception générale.

IV. Cette ſuſpenſion exprimée dans la propoſition précédente, eſt fondée, ſur ce que ſuivant l'ordre de la nature, ces enfans doivent ſuccéder à leur pere, & que par cette voie naturelle, l'héritage doit rentrer dans la famille; voilà la baſe de cette troiſieme exception, & s'il y rentre ainſi, le retrait n'a plus lieu, & il eſt en ſuſpens tant qu'il y a eſpérance à cette rentrée: mais il y a ouverture au retrait lignager, dès qu'il n'y a plus lieu à cette eſpérance, comme on le verra par le chapitre qui ſuit; ce qui conſerve tout intérêt: ſuſpenſion favorable, & qui en cette qualité doit être étendue dans le cas que l'acquéreur a des petits-enfans qui ſont lignagers; c'eſt l'eſprit de la coutume, ſi ſa lettre ne le comprend pas.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſection 3, pag. 343; le Maître, tit. 7, pag. 180. Les petits-enfans empêchent pareillement le retrait; le même auteur, pag. 181; la raiſon pour ces derniers, eſt la même que pour les autres, il n'y a pas de différence.

CHAPITRE QUATRIEME.

DE L'OUVERTURE DU RETRAIT, LORSQUE L'ACQUÉREUR LIGNAGER VEND, OU QUE SES ENFANS LIGNAGERS MEURENT; ET DU DROIT DE CES ENFANS.

[Art. 133 & 157 de la coutume.]

I. ON a vu par le chapitre précédent, que ſi l'acquéreur eſt lignager, ou qu'il ait des enfans étant lignagers, le retrait étoit en ſuſpens; mais ſi l'acquéreur lignager vend à un étranger, cette vente fait ouverture au retrait, nonobſtant l'exiſtence de ſes enfans qui ſeroient lignagers, ſauf à eux-mêmes à l'exercer, s'ils le jugent à propos; ce qui concilie les deux diſpoſitions de la coutume.

Dupleſſis, pag. 314 & 333, au commencement, & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que c'eſt ſous cette charge, & ſous cette condition, que la coutume affranchit du retrait lignager l'acquereur lignager, ou qui a des enfans étant en ligne; laquelle condition ceſſante, l'affranchiſſement ceſſe pareillement.

II. Cette ouverture ſe fait en faveur de tous les lignagers du premier vendeur, & du premier vendeur lui-même, comme on le verra ci-après, parce que par une telle vente, ce dernier n'avoit pas mis l'héritage hors la famille; circonſtance qui lui conſerve le droit de retrait, comme aux autres, & en ce cas les enfans de l'acquéreur lignager n'ont aucune préférence ſur les autres lignagers; il en eſt de même ſi les enfans de l'acquéreur lignager renoncent à ſa ſucceſſion, en ce cas l'adjudication de l'héritage qui ſe fait ſur le curateur à la ſucceſſion abandonnée, fait ouverture au retrait au profit de tous les lignagers du vendeur.

Dupleſſis, traité du retrait, chap. 5, ſection 3, pag. 322. En effet, le retrait n'étoit qu'en ſuſpens, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, & ce par une faveur perſonnelle à l'acquéreur, que la vente qu'il fait, fait ceſſer; cette faveur ceſſante, ſon effet doit donc ceſſer pareillement; cela eſt ſuite de la coutume, & s'il y avoit eu pluſieurs ventes ſucceſſives à des lignagers, le retrait auroit été en ſuſpens, tant que ces ventes auroient ſubſiſté, s'ouvriroient auſſi tôt que par une vente faite à un étranger, l'héritage ſortiroit de la famille. Dupleſſis, traité du retrait, ch. 7, ſect. 3, p. 333; le Maître, tit. 7, pag. 173; & je l'ai entendu ainſi juger au parc civil, plaidant Pothoüin; c'eſt juſte conſéquence de la coutume, d'où il s'enſuit encore que ſi un homme qui a convolé acquiert un héritage d'un lignager des enfans du ſecond lit, que par le partage de la deuxieme communauté, l'héritage ou portion d'icelui ſoit échu au pere; en ce cas, ce dernier ne peut exciper qu'il a des enfans étant en ligne, & par cette ſortie de l'héritage hors la famille, il y a lieu au retrait en faveur des lignagers; mais en ce cas, c'eſt retrait de mi-deniers, pour l'exercice duquel les enfans du deuxieme lit d'un acquéreur ſont préférés aux autres lignagers.

III. Cette ouverture au retrait lignager, exprimée dans la précédente propoſition, commence du jour de la ſeconde vente; c'eſt cette vente qui fait ouverture à ce droit; c'eſt donc de ce jour qu'elle commence, ce qui peut s'appliquer au jour de la mort d'un tel acquereur, lorſque par cette mort un tel héritage paſſe à un héritier qui n'eſt pas lignager.

Mais y a-t-il ouverture à un tel retrait, lorſque par la mort de l'acquéreur lignager, l'héritage ſort de la ligne en paſſant à ſon héritier des meubles & acquêts qui n'en eſt pas? Il y a arrêt du 16 février 1647 qui a jugé la négative, il eſt rapporté par Brodeau ſur Loüet, let. A, ſommaire 2, num. 22; & dans le journal du palais. Tel eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 333 & 337. Voyez ci-après le paragraphe 3, de la quatrieme ſection du ſixieme chapitre de cette partie du préſent titre: j'y trouve beaucoup de difficulté; car, pourquoi ne pas regarder cet héritage comme un héritage retiré qui eſt ſujet à retrait?

IV. Il en eſt de même de la mort des enfans de l'acquéreur qui étoient de la ligne, & qui ſuſpendoient le retrait en ſa faveur, comme de la vente: ſi ces enfans étant de la ligne, meurent avant l'acquéreur étranger, mais qui avoit des enfans étant en ligne, cette mort fait ouverture au retrait; leur exiſtence qui faiſoit eſpérer que l'héritage rentreroit dans la famille, ſuſpendoit ſeule le retrait; il eſt bien juſte que cette ſuſpenſion ceſſe, lorſqu'il n'y a plus lieu à cette eſpérance; cela eſt conſéquent à la coutume.

Le Maître, pag. 181; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſect. 3, pag. 344; & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

V. Les enfans lignagers de l'acquéreur ne le prédécédant pas, mais le ſurvivant, ont un droit qui leur eſt perſonnel; ce droit eſt qu'après la diſſolution de la communauté, qui étoit entre leur pere & mere, ils peuvent exercer le retrait contre le ſurvivant de leur pere & mere, qui eſt étranger au vendeur, ce qui ſera expliqué plus amplement ci-après; c'eſt le cas du retrait de mi-denier;

en effet, la ſuſpenſion du retrait ayant été établie en leur faveur, elle ne peut militer contr'eux-mêmes, ce qui leur donne le droit d'exercer leur action contre le ſurvivant de leur pere & mere; action qu'ils avoient même contre le prédécédé, comme on l'a vu par le troiſieme chapitre ci-deſſus; à plus forte raiſon, l'ont-ils dans ce cas-ci.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſect. 3, pag. 343, à la fin; & c'eſt ce qui réſulte à plus forte raiſon de l'arrêt du 22 décembre 1639, rapporté par Bardet: voyez ci-après le titre du retrait de mi-denier.

VI. De-là il s'enſuit que ſi le ſurvivant des pere & mere, acquéroit un héritage propre de l'un des parens de ſes enfans, du côté & ligne du prédécédé, les enfans auſſitôt leur majorité peuvent exercer le retrait contre le ſurvivant de leur pere & mere; l'exception que ce dernier peut alléguer, n'ayant été établie qu'en leur faveur, & ne pouvant par conſéquent ſe rétorquer contre eux-mêmes.

C'eſt ce qui réſulte de ce que dit Dupleſſis, pag. 343, où il atteſte que cette diſpoſition de la coutume a lieu, ſoit que le pere ait acquis étant en communauté ou étant en viduité, & comprend le retrait de mi-denier; ce qui me paroît très conſéquent à la diſpoſition de la coutume, qui étant générale, doit s'appliquer dans l'un comme dans l'autre cas, parce que la raiſon, le motif de décider adopté par la coutume, eſt le même dans les deux cas.

VII. Toutes les ouvertures de retrait mentionnées dans ce chapitre, arrivent bien après l'an; il en eſt encore d'autres qui peuvent arriver dans un tems plus éloigné; ces dernieres ſont la matiere du chapitre qui ſuit, les uns & les autres ſont juſte conſervation & ſalutaire prévoyance de la coutume.

Par la juriſprudence des ſentences du châtelet, lorſqu'il y a ouverture au retrait, par la vente faite par un lignager acquéreur, ou par le décès des enfans de l'acquéreur qui étoient lignagers; dans ces cas où l'action de retrait étoit ſeulement en ſuſpens, l'an du retrait ne commence que du jour de la vente faite par le lignager, ou du jour du décès de ſes enfans qui étoient lignagers, comme on l'a vu par la quatrieme propoſition de ce chapitre.

CHAPITRE CINQUIEME.

DES AUTRES OUVERTURES AU RETAIT QUI PEUVENT ARRIVER APRÈS UN LONG TEMS.

I. ON a vu dans la premiere ſection du ſecond chapitre du préſent titre, que la vente du propre moyennant une rente fonciere, non ſtipulée rachetable, ne faiſoit pas ouverture au retrait, parce que telle rente repréſente l'héritage: repréſentation qui l'écarte. Mais ſi par la ſuite, telle rente ſe rachete, il y a ouverture au retrait de l'héritage, & c'eſt de cette ouverture éloignée qu'il s'agit ici, & telle ouverture ne commence à courir que du jour du rachat; le rachat emportant aliénation qui met l'héritage hors la famille: premiere ouverture à retrait dans un tems reculé, incertain & illimité, fondée ſur ce que l'exiſtence de la rente lui faiſoit obſtacle; ſon anéantiſſement, ſon rembourſement doit en faire renaître le droit, & l'exercice de ce droit ne peut courir que du jour du rembourſement de la rente; tel eſt l'eſprit de la coutume: ce n'eſt que de ce jour qu'il y a entiere aliénation; mais de ce jour, c'eſt l'héritage même qui eſt ſujet à retrait.

C'eſt le ſentiment de Brodeau, de Dupleſſis, du retrait, ch. 7, ſect. 1, pag. 326, & tel eſt l'uſage; parce qu'autrement ce ſeroit rendre la coutume peu prévoyante, que de ſuppoſer que n'ayant affranchi l'héritage du retrait qu'à cauſe de la rente qui le repréſentoit, ce même affranchiſſement doit ſubſiſter lorſque la rente ne ſubſiſte plus: ainſi de cette diſpoſition de la coutume, il en faut donc conclure que l'extinction, que le rembourſement de la rente fonciere fait ouverture au retrait de l'héritage même, c'eſt conſéquence inévitable de la diſpoſition littérale.

II. De même ſi un homme vend un bois de haute-futaye, & que par la ſuite il vende le fonds à la même perſonne; la ſeconde vente ouvrira le retrait ſur la premiere, & ce, pour le tout, abſtraction faite du tems de la premiere vente, & ſans cela il y auroit fraude au droit des lignagers; & c'eſt par cette ouverture qu'on en arrête, qu'on en détruit l'effet.

Dupleſſis, du retrait, ch. 5, pag. 316, au commencement; & tel eſt ſur cela l'uſage du châtelet.

III. Il y a pareillement lieu au retrait, s'il y a vente du fonds à la même perſonne après lui avoir vendu l'uſufruit du propre; la ſeconde vente ouvre le retrait ſur la premiere, comme on l'a dit dans la premiere ſection du ſecond chapitre de ce titre, abſtraction faite pareillement du tems de la premiere vente: ouverture fondée ſur la même raiſon que la propoſition précédente, elle écarte la fraude qu'on tentoit de conſommer par cette voie.

C'eſt le ſentiment de Brodeau, ſur l'article 147 de la coutume, num. 3 & 4; & telle eſt l'opinion commune.

CHAPITRE SIXIEME.

DES BIENS SUJETS A RETRAIT.

(Art. 129 & 144 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES IMMEUBLES RÉELS, ET DE LA FACULTÉ DE RÉMÉRÉ QUI NE FAIT OBSTACLE AU RETRAIT.

I. EN toutes ventes d'immeubles réels, étant propres au vendeur, il y a lieu au retrait lignager; ils ſont les ſeuls objets de cette action, eux ſeuls pouvant être la matiere d'une affection de famille, & non les immeubles ni même les acquêts : voilà la régle générale.

L'omiſſion par l'exploit de la qualification du propre, ne fait pas nullité; arrêt du 26 juillet 1674; il eſt cité par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 289; les autorités rapportées ſur les deux propoſitions ſuivantes établiſſent celle-ci, & lui ſont communes; ce n'eſt que de ce jour qu'il y a entiere aliénation, mais de ce jour c'eſt l'héritage même qui eſt ſujet à retrait.

II. Il y a lieu de même au retrait lignager, en vente de rente fonciere propre & non rachetable. Si la nature dénie à ces biens la qualité d'immeubles, la coutume la leur donne, ce qui ſuffit pour cela. Voilà les deux ſeuls objets ſujets à retrait, la coutume dit, héritages ou rentes foncieres; ainſi, tout autre bien n'eſt ſujet au retrait lignager, & il faut à ces deux biens la qualité de propre.

Le Maître, tit. 7, ch. 1, pag. 172. En effet, telles rentes ſont immeubles réels, repréſentant l'héritage, & c'eſt cette repréſentation qui eſt le fondement de la diſpoſition de la coutume, & du motif qu'elle a eu de les ſoumettre au retrait lignager; Dupleſſis, traité du retrait, chapitre 5, page 312; telle eſt la juriſprudence, qui a ſa racine dans le texte de la coutume.

III. On dit en vente de rente fonciere; car ſi telle rente étoit non vendue, mais rembourſée, il n'y auroit pas lieu au retrait d'icelle, mais bien de l'héritage même, parce que dans ce cas, la rente ne ſubſiſte plus & que le rachat l'a anéantie; mais le retrait s'ouvre ſur l'héritage, puiſque l'exiſtence de la rente empêchoit ſeule ce dernier retrait, comme on l'a déja dit.

Le retrait lignager ne peut plus tomber ſur elle, mais il y a un autre objet, comme on le va voir par la propoſition qui ſuit, & comme on l'a déja annoncé par le chapitre précédent, & cet objet eſt l'héritage même, ſans cela ce ſeroit autoriſer la fraude au droit de retrait; c'eſt ce que dit Brodeau : voyez ci deſſus, la ſection premiere de ce chapitre, & la propoſition qui ſuit.

IV. Développons ce qu'on vient d'annoncer. Par le rachat d'une telle rente, il y auroit lieu au retrait de l'héritage, ainſi qu'il eſt dit, parce qu'autrement il ſeroit facile de frauder le droit des lignagers, en ſtipulant une rente non rachetable, & la rachetant en conſéquence d'une convention ſecrette; ce qu'on ne peut admettre : ainſi en ce cas, il y a lieu au retrait de l'héritage, même droit qui ne milite jamais ſur les offices qui demandent une capacité, & non les rentes.

A l'égard des offices, même domaniaux, tels que ſont les greffes, il n'y a pas lieu à Paris au retrait, ce qui a ſa baſe dans la nature de ces biens, mais en Normandie ils y ſont ſujets; arrêt du 28 février 1676 : c'eſt le premier arrêt du quatrieme volume du journal des audiences, ce qui doit être limité à cette province, cela étant exorbitant du droit commun.

V. Quant à la rente conſtituée, elle n'eſt pas ſujette au retrait, c'eſt-à-dire, que la vente ou le tranſport d'icelle n'y peut faire ouverture; c'eſt rente volante, cela réſulte de la coutume qui limite le retrait lignager ſur les deux objets expliqués par les deux premieres propoſitions de cette ſection: que dira-t-on de la rente fonciere rachetable, vu que par le laps de tems elle peut devenir non rachetable? la vente ou le tranſport que l'on fera d'une telle rente, feront-ils ouverture au retrait? je ne le penſe pas, lorſque la vente eſt faite pendant la faculté du rachat.

Le Maître, tit. 7, pag. 172, comme on le verra par la ſect. 2 du ch. 7 ci-après; mais le bon ordre oblige ici de le marquer. Quant à la derniere partie de la propoſition, elle eſt fondée ſur ce que la coutume n'admet le retrait que par rapport aux rentes foncieres, & que les lignagers avoient l'héritage qu'ils ont laiſſé échapper pour objet de leur retrait, ce qui doit même influer quand la vente ſeroit faite depuis la faculté du rachat preſcrite.

☞ La rente fonciere ſtipulée rachetable donne ouverture au retrait, quand elle eſt vendue après 30 ans ſans être rachetée, parce qu'alors la faculté du rachat étant parfaite, ſuivant l'article 120 de la coutume, elle devient non rachetable; mais avant les 30 ans le retrait ne peut avoir lieu, par la raiſon que tant qu'elle eſt rachetable, elle n'eſt pas réputée rente fonciere, qui de ſa nature eſt non rachetable.

VI. Examinons la faculté de réméré par rapport au retrait lignager. Cette faculté portée par le contrat de vente, ne fait aucun obſtacle au retrait, parce que la faculté n'étant pas exercée l'héritage ſortiroit de la famille, & ſans cela ce ſeroit un moyen ouvert pour anéantir le droit des lignagers; elle n'y fait donc aucun obſtacle.

Voyez Tiraqueau, des retraits, §. 1, gloſ. 10, num. 42; & tel eſt l'uſage, fondé ſur ce que le droit du retrait du propre vendu eſt général par la coutume, & qu'elle ne fait pas cette diſtinction; le délai en ce cas doit donc courir du jour du contrat: & l'opinion de ceux qui avoient prétendu que ce délai étoit en ſuſpend, tant que la faculté de réméré ſubſiſtoit, me paroît abſolument contraire à l'eſprit de la coutume.

VII. Mais le retrait ne donne aucune atteinte au droit du vendeur qui peut exercer le réméré contre le retrayant, qui n'étant que ſubrogé au contrat de vente, ne peut avoir plus de droit que l'acquéreur; ſubrogation qui conduit néceſſairement à ce droit qui ne peut être effacé à ſon égard, autrement ce ſeroit aller au-delà de la vente & dépouiller le vendeur abſolument, lorſqu'il n'a vendu que ſous une charge & conditionnellement; ce qu'on ne peut admettre.

Voyez ci-après où cette ſubrogation eſt établie, & tel eſt l'uſage du châtelet; il faut ajouter à ce que deſſus que ſi le bail à rente non rachetable étoit mêlé de vente, & que outre la rente, il y eût eu des deniers payés, il faudroit par rapport au retrait, juger de l'acte par la partie qui ſeroit prépondérante, comme on le fait en échange, ſuivant qu'on l'a expliqué ci-deſſus, & l'art. 145 de la coutume.

SECTION II.

Des baux à longues années ſujets à retrait, & s'il a lieu en vente de droits ſucceſſifs, & en vente de coupe de bois de haute-fautaye.

(Art. 149 de la coutume.)

VIII. Le droit réſultant d'un bail emphytéotique ayant fait ſouche & étant devenu propre dans la famille du preneur à ce titre, devient par la vente ou ceſſion d'icelui, ſujet à retrait, parce qu'il eſt conſidéré comme un véritable fonds; qualité qui jointe à celle de propre l'aſſujettit néceſſairement au retrait lignager; tel eſt le vrai ſens de l'article 149 de la coutume, qui ſeroit mal entendu, ſi pour la dation de l'héritage à ce titre, on aſſujettiſſoit l'héritage même au retrait, qui ne peut tomber que ſur le bail; mais ſi le vendeur ou bailleur cédoient un tel bail, il y auroit lieu au retrait lorſque l'héritage étoit propre.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 5, ch. p. 315; le Maître, tit. 7, pag. 176; & le texte même de la coutume rend cette propoſition inconteſtable; c'eſt l'art. 129.

IX. Cette diſpoſition de la coutume va encore plus loin: en effet, il en eſt de même des baux à longues années, de loges & étaux obtenus du domaine du roi; les raiſons & les moyens qui fondent la propoſition précédente, fondent encore celle-ci, quoique ces baux ne forment que de ſimples antichereſſes; dès qu'ils ont fait ſouche, le droit d'iceux eſt retrayable.

Dupleſſis, à la même pag. 315; & tel eſt l'uſage du châtelet.

X. De ce que les baux ſont ſujets à retrait, il s'enſuit à plus forte raiſon que les domaines engagés le ſont, quoique ſujets à un perpétuel rachat; ce qui s'entend lorſqu'ils ont acquis la qualité de propre: qualité dont ils ſont ſuſceptibles; la raiſon ici qui fonde le retrait lignager, eſt encore plus forte que dans le cas des baux à longues années.

Il en eſt de même des baux des boutiques du palais, & les notes ſur les deux propoſitions précédentes établiſſent celle-ci: d'ailleurs on a établi dans le livre ſecond, que tant que les biens provenans du domaine du roi reſtent dans les mains des engagiſtes, ils ſont ſujets aux régles de droit, & conſéquemment au retrait.

XI. La vente de droits ſucceſſifs, n'ouvre le retrait que pour les propres ſeulement; c'eſt ce qui réſulte de la coutume, ſauf le cas mentionné dans la derniere propoſition de cette ſection: les propres forment l'objet du retrait, il ne peut aller au-delà ſans violenter la coutume; cependant ne pourroit-on pas dire que les acquêts faits par le défunt, ſont devenus propres naiſſans dans la perſonne de l'héritier? cela eſt vrai dans la théſe générale; mais pour le retrait, l'acquéreur des droits ſucceſſifs, doit-il être en ce cas, regardé au moyen de ſa ceſſion comme ſuccédant au défunt? cela ne paroît pas, car l'héritier a été ſaiſi, & c'eſt comme tel qu'il vend.

Voyez l'art. 80 de la coutume de Mantes, & la note ſur Dupleſſis, pag. 315; & tel eſt l'uſage du châtelet; il a le texte pour baſe.

XII. Pour l'exercice d'un tel retrait il faut faire ventilation & répartir le prix de telle vente, enſemble la charge des dettes ſur tous les biens, puiſque tel retrait eſt limité aux pro-

pres ; c'eſt par ce moyen qu'on fixe le montant du rembourſement que le retrayant eſt tenu de faire ; il n'y en a pas d'autre pour parvenir à l'exécution d'un tel retrait.

Dumoulin, ſur l'art. 180 de la coutume de Paris, num. 1, ſauf l'exception qui ſuit.

XIII. Mais l'acquéreur aſſigné en retrait au ſujet des propres contenus dans une vente de droits ſucceſſifs, a droit d'abandonner toute la vente, & en ce cas le retrayant eſt obligé ou de retirer le tout, ou d'abandonner ſon retrait, car on peut bien ſe faire ſubroger à la condition, mais non la changer, ni la rendre pire ; ce qui arriveroit cependant ſi on ſyncopoit ſon acquiſition, ce que le retrayant ne peut faire : de-là il faut conclure que l'acquéreur a le droit, s'il le veut, d'abandonner le tout ; c'eſt un droit qui lui eſt perſonnel, & que le retrayant ne peut pas faire valoir quand le premier n'en uſe pas.

Dumoulin, ſur l'art. 282 de la coutume de la Marche ; Lapeyrere, let. R, déciſion 138, p. 319. Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité du retrait, pag. 315.

XIV. Dans le cas que le vendeur a des cohéritiers, & que par conſéquent la vente n'embraſſe qu'une portion de la ſucceſſion, chaque coheritier a droit de retirer le tout, lorſque la vente eſt faite à un étranger, & tel retrait n'eſt ſujet à aucunes formalités & eſt préférable au retrait lignager ; préférence fondée ſur l'intérêt qu'ils ont que nul autre qu'eux n'entre en connoiſſance de leurs affaires : intérêt ſenſible qui fonde ce retrait particulier & préférable au retrait lignager conſidéré en général ; par rapport à la vente de haute-futaye, elle ne fait pas ouverture au retrait lignager, quand la vente ne comprend que la ſuperficie ; c'eſt un ſimple mobilier & par conſéquent non ſujet à retrait : mais ſi le tout étoit vendu conjointement, ou qu'après la vente du bois on eût enſuite vendu le fonds à la même perſonne, en ce cas, il y auroit lieu au retrait pour le tout ; ce ſeroit fraude qu'on auroit voulu faire au droit des lignagers & qui ne doit pas leur nuire, & c'eſt par ce retrait total qu'on détruit cette fraude.

Cela a été établi ſur le titre des ſucceſſions, chapitre des partages ; c'eſt le ſiége de cette action. Ainſi ſur la premiere partie de la propoſition, on y peut recourir ; quant à la deuxieme partie, les arrêts ont établis cette juſte diſtinction : voyez ce qui a été établi dans le titre des cenſives au ſujet du droit de lods & ventes, lorſqu'une telle vente fait ou ne fait pas ouverture à ce droit, c'eſt le même principe qui décide l'un & l'autre cas.

SECTION III.

En vente de propre & d'acquêts, quels biens ſont ſujets à retrait, qu'elle diſtinction eſt à faire.

XV. De la précédente ſection il réſulte que dans le cas d'une telle vente de propre & d'acquêt, le propre ſeul eſt ſujet à retrait, ce droit ne pouvant qu'accidentellement & par le ſeul intérêt de l'acquéreur tomber ſur des acquêts, qui ſont par eux-mêmes & en faveur de l'acquéreur ſeulement affranchis du retrait.

Voyez le Maître, tit 7, pag. 181 & 182, & les notes ſur ſon commentaire.

XVI. Pour cela il faut comme dans la ſection précédente, ventilation, lorſqu'il n'y a du tout qu'un ſeul prix ; c'eſt la ſeule voie qu'il y ait dans l'ordre judiciaire, pour fixer le montant du rembourſement que le retrayant doit faire à celui qui eſt évincé par un tel retrait, ſauf le droit de l'acquéreur qu'on va expliquer, en étant de même en ce cas comme dans celui de la vente de droits ſucceſſifs.

C'eſt ce que diſent les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 315 & 316 ; & c'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet.

XVII. Cependant il dépend de l'acquéreur d'obliger le retrayant de retirer le tout, par la raiſon expliquée dans la troiſieme propoſition de la ſection précédente ; on ne peut changer ſa condition, ſauf la limitation qui ſuit.

C'eſt l'avis de Tiracqueau, *de retractu gentilitio folio* 57, §. 23, num. 8 & 9. *Quod non cogitur quidem in totum diſcedere, ſed ſi velit, tenetur totum retrahere conſanguineus* ; jugé par arrêt du 22 juillet 1606, rapporté par Bouguier, let. R, num. 15 ; & par celui du 21 février 1622, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 92 : voyez le livre 2, du même tome, ch. 22 ; & les auteurs des notes ſur Dupleſſis, à la page 315.

☞ Le retrayant ſeroit obligé de prendre le tout, même dans le cas où les héritages ſe trouveroient ſitués dans différentes coutumes, dont les uns admettent le retrait & les autres non : voyez l'arrêt du 3 juin 1589, rapporté par Chenu, liv. 11, tit. 6 ; dans l'eſpèce de cet arrêt, il s'agiſſoit de différens héritages vendus par décret, dont partie ſituée en la coutume de Montargis, où l'héritage vendu & adjugé pas décret eſt ſujet au retrait, & l'autre partie dans la coutume d'Orléans, où il n'eſt point ſujet au retrait en pareil cas. L'arrêt reçut le lignager au retrait pour les héritages ſituées en la coutume de Montargis, & l'exclut pour ceux étant dans la coutume d'Orléans ; mais en même tems il donna à l'acquéreur ſur lequel le retrait étoit exercé l'option de rendre & de laiſſer le tout.

XVIII. Mais s'il y avoit différens prix, l'un

l'un pour le propre & l'autre pour l'acquêt, quoique la vente fût faite par un même contrat, les lignagers ne peuvent être contraints à retirer le tout; la diviſion faite par le contrat de vente, eſt une loi pour l'acquéreur, & détermine les objets du retrait qu'il n'a pas été au pouvoir du vendeur de rendre plus onéreux aux lignagers.

Jugé ainſi par trois anciens arrêts, ils ſont rapportés dans les notes ſur Dupleſſis, pag. 315.

SECTION IV.

Des acquêts ſujets à retrait.

§. I.

De l'héritage pris en échange du propre; de celui acquis d'un lignager, & ſi ce dernier eſt ſujet à retrait dans la ſucceſſion de l'acquéreur.

(Art. 143 & 145 de la coutume.)

XIX. Quoique dans la théſe générale le retrait n'ait lieu ſur les acquêts, cela reçoit quelques exceptions, l'échange forme la premiere; la vente d'un tel héritage, c'eſt-à-dire, de celui pris en échange d'un propre, quoique acquêt, fait ouverture au retrait lignager en faveur des parens de la ligne du propre donné en échange, il repréſentoit le propre: on dit qu'il eſt acquêt parce qu'il ne vient pas de patrimoine, quoiqu'il ſoit regardé comme propre à tous égards par l'effet de la repréſentation de la ſubrogation.

Dupleſſis, du retrait, page 314; le Maître, tit. 7, pag. 175; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

XX. En effet, tel héritage eſt ſubrogé au propre, & il le repréſente; repréſentation qui le rend ſujet au retrait, comme l'auroit été l'héritage qu'il repréſente: il doit donc au lieu & place de ce dernier être ſujet à retrait; c'eſt ſubrogation qui opére relativement à la ſucceſſion; & au teſtament, il doit donc produire le même effet par rapport au retrait.

Mais s'il y a ſoulte excédent moitié, il y a lieu au retrait juſqu'à concurrence de la ſoulte auſſitôt l'échange, ſauf le retrait pour le ſurplus en cas de vente, par la ſuite de l'héritage pris en échange; voyez ſur cette ſubrogation, le Maître, pag. 175: ce qui a été examiné ci-deſſus.

XXI. Le propre acquis d'un lignager eſt pareillement en cas de vente, ſujet au retrait lignager, & c'eſt ainſi que la coutume a prévu à tout; cependant lorſque l'héritage acquis par un lignager, ſe trouve dans ſa ſucceſſion, appartient-il comme un ſimple acquêt à ſon héritier mobilier? la coutume en ce cas, n'a pas expreſſément admis le droit de retraire en faveur de l'héritier des propres de la ligne comme elle l'admet relativement à l'héritage retiré; retrait qui fait la matiere du paragraphe ſuivant, & qu'il ſeroit conſéquent d'étendre à ce cas-ci, il paroît que c'eſt l'eſprit de la coutume.

C'eſt la diſpoſition de ſon article 143; par rapport à la vente du propre acquis d'un lignager, & dans la ſucceſſion d'un tel acquéreur, il paroît qu'il ſeroit conforme à l'eſprit général de la coutume d'appliquer le principe qu'elle admet pour un autre & qu'on explique par le §. qui ſuit, l'un & l'autre cas paroiſſant devoir être décidé par un même principe.

§. II.

De l'héritage propre donné ou légué à un parent, & de celui par lui retiré.

(Art. 139 de la coutume.)

XXII. Voici un double exemple où le retrait a encore lieu. En vente d'acquêts, l'un & l'autre eſt acquêt, cependant en cas de vente à étranger y a-t-il lieu au retrait? Je ſuis pour la propoſition affirmative dans le dernier cas, qui eſt celui de l'héritage retiré; c'eſt la diſpoſition de l'article 139 qui doit influer ſur la vente comme ſur la ſucceſſion, mais j'incline beaucoup pour la négative, dans le premier cas, qui eſt celui de la donation ou du legs qui me paroît totalement différent de l'héritage retiré par retrait, ou de celui acquis par un lignager, la diſpoſition gratuite fermant en général l'ouverture au retrait lignager.

Le ſentiment le plus commun, eſt qu'il y a lieu au retrait, tant pour le propre retiré, ce qui ne ſouffre pas difficulté, que pour le propre donné, fondé ſur ce que la qualité du donataire a ſuſpendu, mais non anéanti le droit du retrait. Je crois que cette raiſon n'eſt pas bonne, puiſque la donation faite à l'étranger n'y fait point ouverture & anéantit le droit des lignagers; pourquoi ce droit ſubſiſteroit-il dans le cas que la donation eſt faite à un parent? dira-t-on que le donateur n'en a gratifié un tel donataire que pour le conſerver dans la ligne? ce ſeroit conjecturer; le donateur a voulu le gratifier, & voilà tout; & indépendamment de ſon motif, il y a une diſpoſition de la coutume, qui loin d'autoriſer le retrait lignager ſur une telle libéralité, l'en affranchit au contraire, par une diſpoſition générale; ſur qui donc fondera-t-on cette diſtinction? & un parent donataire peut-il être moins favorable qu'un donataire étranger? Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tome 2, liv. 2, chap. 40; Dupleſſis, pag. 313 & 333, eſt conforme à l'opinion qui m'a paru aſſez commune; les auteurs des notes ſur ſon commentaire, à la page 314, ſont d'avis contraire; ce qui me paroît beaucoup plus ſûr que l'opinion, quant au propre donné ou légué à un lignager, qui n'a paſſé au châtelet pour bonne, que parce qu'un avocat qui y étoit accrédité l'a ſoutenue; c'eſt cependant le ſentiment de le Maître, tit. 7, pag. 173: ſentiment qui me paroît contraire à la coutume; quant à l'héritage retiré par retrait lignager, il eſt regardé comme propre, ſuivant l'art. 139 de la coutume: voyez les arrêtés faits chez M. le premier

préſident de Lamoignon, tit. des propres, art. 7; de Renuſſon, des propres, ch. 2, ſect. 12; & ch. 3, ſect. 9; ſauf la récompenſe, ſi le retrayant étoit marié & en communauté de biens avec ſon conjoint par mariage, ce qui doit influer ſur l'héritage acquis d'un lignager, & même dans la ſucceſſion d'un tel acquéreur.

XXIII. Mais dans le ſecond cas qui eſt celui du retrait, exercé & conſommé par un lignager, quoique la coutume ne parle que de ſa ſucceſſion, l'héritage étant rentré dans la famille par la voie du retrait, qui a prévenu le retrait des autres lignagers, tel héritage n'en peut ſortir que ſous cette faculté; ainſi la vente en ce cas de l'héritage doit faire ouverture au retrait lignager; c'eſt le véritable eſprit de la coutume.

De-là il s'enſuit que l'héritage retiré par retrait lignager pendant la communauté, & ce du chef de l'un des conjoints, appartient au conjoint lignager, ou à ſes héritiers, ſans autre formalité que d'indemniſer la communauté; voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tome 2, chap. 4, cent. 4, ch. 4; & telle eſt la juriſprudence du châtelet: mais le premier vendeur ne peut l'exercer; le Maître, tit. 7, pag. 185, & la note ſur la même page; en effet, en vendant à un étranger, il avoit mis l'héritage hors la famille, ce qui le rend non-recevable à intenter le retrait.

§. III.

Du retrait de l'héritage retiré, lorſqu'il ſe trouve dans la ſucceſſion du retrayant.

(Art. 139 de la coutume.)

XXIV. Autre cas où l'acquêt eſt ſujet à retrait. Dans la ſucceſſion du lignager retrayant, l'héritage par lui retiré eſt pur acquêt, cependant non-ſeulement s'il le vend il eſt ſujet à retrait, comme on vient de le voir, mais il eſt encore tel dans ſa ſucceſſion, comme on le va expliquer; & c'eſt ce dernier retrait qui forme la matiere de ce paragraphe, dans lequel retrait il n'y a nulle formalité, pourvu qu'il ſoit exercé dans l'an, à partir du jour de l'ouverture de la ſucceſſion du premier retrayant.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 139; Dupleſſis, traité du retrait, tout à la fin du ch 7, pag. 334. *Quid*, s'il le légue? l'auteur du traité des propres, ch. 3, ſect. 9, num. 3, pag. 331, eſtime que l'héritier de la ligne peut le retirer des mains du légataire en le rembourſant, mais le legs du vrai propre ne fait point ouverture au retrait; ainſi je ne peux adopter cette opinion: il faut cependant convenir que c'eſt regarder un légataire plus favorablement que l'héritier; mais quoi? c'eſt ici matiere de rigueur, où on ne peut rien ſuppléer; ainſi, il faut ſe tenir à cette rigueur. Quant à un légataire à l'égard de l'heritier des meubles & acquêts, Coquille obſerve que tel héritage eſt bien acquêt en ce que les deniers ont pu faire; mais qu'il eſt propre limité, en ce que le retrait lignager a pu opérer; exacte préciſion de la loi, c'eſt ſon vrai eſprit.

XXV. De cette qualité d'acquêt de l'héritage retiré par retrait lignager, il s'enſuit qu'il appartient à l'héritier des meubles & acquêts; mais l'héritier de la ligne de cet héritage peut le reprendre dans l'an, en rembourſant l'héritier des meubles & acquêts; c'eſt ainſi que la coutume concilie ſes diſpoſitions: en eſt-il de même de l'héritage acquis d'un lignager par rapport à la ſucceſſion? Il ſeroit à ſouhaiter que cela fût, & c'eſt l'eſprit de la coutume; il dirige ſa lettre, pourquoi ne le pas ſuivre?

Dupleſſis, pag. 114 & 334; le Maître, tit. 7, ch. 2, page 184; & cela eſt fondé ſur ce que ſans cela la voie même dont la loi s'eſt ſervi pour conſerver les propres dans les familles, ne ſeroit que momentanée, & par conſéquent impa faite; mais par ce retrait ſubordonné, cette même voie eſt rendue parfaitement efficace, & manifeſte la prévoyance de la coutume. Mais l'héritage acquis par un lignager, ce qui eſt différent de celui qui a été retiré, paſſera-t-il ſans charge de retrait par ſa ſucceſſion à ſon héritier des meubles & acquêts? Dupleſſis, pag. 336 & 337, tient l'affirmative. J'ai entendu pluſieurs avocats, & entr'autres M. Pothoun, ſoutenir le contraire, & que par une conſéquence de l'art. 123, le retrait devoit être admis dans ce cas, ce qui me paroît conſéquent; mais cela auroit beſoin d'être autoriſé, ce qui ne me paroît pas encore, & ce que j'eſpere, puiſque ce n'eſt qu'une juſte conſéquence des vrais principes de cette matiere, ſur ce retrait eſt à obſerver que les améliorations, comme toutes celles faites ſur les propres, ne ſont pas ſujettes à rembourſement.

§. IV.

Du retrait de l'acquêt, lorſque l'acquéreur étoit lignager, ou avoit des enfans qui étoient en ligne.

XXVI. Voici un ſixieme exemple où le retrait lignager a lieu ſur un acquêt. On a vu dans le troiſieme chapitre de ce titre, que le retrait du propre vendu étoit en ſuſpens, lorſque l'acquéreur étoit lui-même lignager, ou avoit des enfans qui étoient en ligne, mais ce n'eſt que ſuſpenſion & non anéantiſſement de ce droit. Tels héritages ſont dans la perſonne de l'acquéreur de ſimples acquêts, cependant ces héritages ſont en pluſieurs cas ſujets à retrait; on les a expliqué ci-deſſus, ce qu'il a fallu reprendre en examinant les acquêts qui ſont ſujets à retrait; c'eſt répétition néceſſaire inévitable.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la pag. 334, vers le milieu, & ces cas ont été expliqués par le quatrieme chapitre ci-deſſus.

CHAPITRE SEPTIEME.

DES BIENS NON SUJETS AU RETRAIT LIGNAGER.

SECTION PREMIERE.

DES MEUBLES, DES OFFICES, ET DES DIXMES INFÉODÉES VENDUES A L'EGLISE.

(Art. 144 de la coutume.)

I. LES meubles de quelque nature & de quelque prix qu'ils ſoient, ne ſont jamais ſujets au retrait lignager, leur poſſeſſion eſt trop vile pour les aſſujettir à ce droit; & c'eſt par cette raiſon que la coutume rejette le retrait par rapport à cette nature de biens; cette diſpoſition eſt de droit commun.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 5, pag. 311; & c'eſt le texte de la coutume.

☞ Si les meubles ne ſont point ſujets au retrait, c'eſt moins par leur vilité que parce qu'ils n'ont point d'aſſiette, & qu'ils ne reçoivent ni inféodation, ni enſaiſinement, choſes requiſes pour qu'il y ait lieu au retrait.

II. Les offices, quoique ſuſceptibles de la qualité de propre, n'y ſont pareillement pas ſujets; ceux qui les poſſédent tirant bien plus leur droit de la volonté du roi, que du fait de leur vendeur; cela a été établi, & le contraire eſt ſingularité.

Mais les offices domaniaux, tels que ſont les greffes, y ſont ſujets en Normandie; c'eſt pour cette province ſeulement une exception au droit commun du royaume; arrêt du 22 février 1676, rapporté dans le quatrieme volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 1; ce qui n'a pas lieu dans la coutume de Paris, ainſi que cela eſt atteſté par Dupleſſis, pag. 312, au commencement; ce qui forme la propoſition qui ſuit.

III. Ce droit commun du royaume influe ſur tout office; en effet, cela a lieu même à l'égard des domaniaux, parce qu'en vente d'office, & même d'office domanial, l'acquéreur tient toujours plus ſon droit du roi, & des proviſions que ſa majeſté lui accorde, qu'il ne le tient de ſon vendeur, & de ſon contrat d'acquiſition: ſource du droit de l'acquéreur qui écarte abſolument tout retrait; encore une fois, c'eſt droit commun, qui parmi nous milite indiſtinctement ſur tout office.

Voyez la remarque ſur la propoſition précédente, & le Maitre, tit. 7, pag. 174 & 175; & ci-deſſus le titre des offices, où cela eſt plus développé.

IV. Paſſons à un autre objet affranchi du retrait. Lorſque la dixme inféodée eſt vendue à l'égliſe, il n'y a pas lieu au retrait lignager, elle ſe trouve alors dans la main de ſon vrai maître; ce qui l'en affranchit.

Lapeyrere, let. R, déciſion 151, pag. 394; & c'eſt droit commun.

☞ L'opinion de Loyſel, liv. 3, tit. 5, art. 13, eſt auſſi conforme à la propoſition; il y a même quelques anciens arrêts qui ont jugé que la dixme inféodée vendue à l'égliſe n'étoit pas ſujette au retrait; mais voyez Délauriere ſur l'endroit cité de Loyſel, où il dit que cette juriſprudence eſt entiérement changée, & que ces dixmes ſont retrayables comme choſes purement temporelles, & qui ne peuvent être conſidérées que comme des rentes foncieres telles que le champart.

SECTION II.

Des rentes conſtituées à prix d'argent, des rentes foncieres rachetables, & des bois de haute-futaye, conſidérés relativement au retrait.

V. Voici d'autres immeubles non ſujets au retrait. La vente des premieres comme celle des ſecondes, quoique devenues propres au vendeur, ne ſont point ouverture au retrait, elles ſont trop peu ſtables pour être ſujettes à icelui, leur inſtabilité l'écarte; ainſi le retrait lignager n'a donc pas lieu ſur les ventes, ceſſions & tranſports de rentes conſtituées, & il en eſt de même des foncieres rachetables, ni les unes, ni les autres n'ont aucune ſtabilité.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 5, pag. 312, & cela eſt encore de droit commun dans le royaume; il eſt fondé ſur ce que les unes & les autres rentes ne peuvent former un objet d'une juſte affection de famille, pouvant facilement s'anéantir par le rembourſement; affection qui eſt la baſe du retrait lignager, qui doit ceſſer où elle ne peut être raiſonnablement, & par conſéquent le retrait; cela eſt de juriſprudence au châtelet, & a ſa racine dans les principes capitaux du retrait lignager, que la coutume par rapport aux rentes, limite à celles qui ſont foncieres & non rachetables, parce qu'en ce cas elles repréſentent un héritage.

VI. Paſſons aux coupes de bois de haute-futaye. La coupe d'un bois de haute-futaye n'eſt pas ſujette à retrait, parce que telle vente n'embraſſe qu'un pur mobilier, quoique ſon effet diminue le fonds; qualité de mobilier qui écarte le retrait: il n'a donc lieu en ce cas, ſauf la reſtriction ci-après, par laquelle on arrête l'abus qu'on pourroit faire de ce principe; c'eſt exception qui confirme la régle générale qu'on vient de poſer.

Cela a été jugé par l'arrêt rapporté par Robert, liv. 3, ch. 9; & c'eſt ce que dit Dupleſſis, du retrait, pag. 316, & ſuite des principes de la coutume; en effet, tel bois n'eſt immeuble que lorſqu'il fait partie du fonds, il ceſſe de l'être lorſqu'il en eſt ſéparé.

VII. Mais ſi peu de tems après telle vente on vendoit le fonds au même acquéreur, le tout ſeroit ſujet à retrait, comme on l'a dit ci-deſſus, parce que ce ſeroit fraude au retrait, ſemblable à celle expliquée dans la ſection troiſieme du ſecond chapitre de ce titre: fraude ſenſible en ce cas, & qui fonde le retrait ſur l'un & ſur l'autre objet.

Voyez Coquille, en ſes inſtituts, titre du retrait; & tel eſt l'uſage qui a ſa racine dans la coutume, & les principes adoptés par le droit civil pour anéantir l'effet de la fraude.

CHAPITRE HUITIEME.

DE LA PRÉFÉRENCE DU RETRAIT LIGNAGER SUR LE FÉODAL.

(Art. 159 de la coutume.)

I. LE retrait lignager prévaut au retrait féodal; la propoſition qui ſuit explique l'effet de cette préférence: il eſt bon d'abord de ſe fixer à celle-ci, elle eſt de droit commun.

Cela eſt établi ſur le titre des fiefs, & c'eſt le texte même de la coutume, art. 159; voyez Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 78, gloſ. 1, num. 143.

II. Non-ſeulement il prévaut, mais le ſeigneur ayant exercé le retrait féodal, les lignagers peuvent exercer le retrait lignager contre lui & l'évincer par cette voie: preuve inconteſtable que le retrait lignager eſt préférable au retrait féodal; d'où il réſulte que l'acquéreur étant lignager, le ſeigneur ſeroit non recevable à exercer contre lui le retrait féodal; c'eſt une conſéquence ſûre du principe.

Dupleſſis, pag. 279, ce qui eſt conſtant par le texte même; la coutume donnant non ſeulement cette préférence, mais encore la voie aux lignagers d'évincer le ſeigneur par le retrait qu'elle leur déféroit; ſur la derniere partie de la propoſition, voyez Dumoulin, à l'endroit cité ſur la précédente.

SECONDE PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

DE CEUX EN FAVEUR DE QUI IL A LIEU.

(Art. 129 & 158 de la coutume.)

CHAPITRE PREMIER.

QUELS PARENS PEUVENT L'INTENTER.

SECTION PREMIERE.

QU'IL FAUT ÊTRE PARENT DE LA LIGNE CAPABLE DE SUCCÉDER, ET QUE LE VENDEUR EST INCAPABLE.

I. POUR l'exercice du retrait lignager, il n'eſt pas néceſſaire d'être héritier préſomptif & immédiat du vendeur du propre, mais il faut être capable de lui ſuccéder quant au propre vendu, au défaut de plus prochain; c'eſt à cette qualité qu'eſt attachée la capacité de retraire indépendamment du droit actuel & préſent de ſuccéder au vendeur, les traces du ſang ſuffiſent ici ſans l'habilité actuelle à ſuccéder.

Cela eſt de juriſprudence fondée ſur l'art. 129 de la coutume, & eſt atteſté par Auſanner dans les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 16 & 17; voyez Loyſel, reg. 18 & 19.

II. De cette premiere capacité néceſſaire pour intenter le retrait lignager, & de l'habilité à ſuccéder néceſſaire pour l'exercer, il réſulte que le bâtard ne peut retraire, puiſqu'il eſt inhabile à ſuccéder; conſéquence du principe qu'on vient de poſer, & c'eſt ce que la coutume exprime fortement par ſon article 159; ce qui s'entend tant de la mort civile réſultante d'une condamnation pour crime, que de celle réſultante de la profeſſion en religion, & par cette même incapacité les aubains ne peuvent retraire.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 4, pag. 323, il en eſt de même de l'étranger; Brodeau, ſur l'art. 158 de la coutume, num. 7 & 8; c'eſt une autre conſéquence du principe, *qui ne peut ſuccéder ne peut retraire*; ce qui entraîne par conſéquent l'incapacité du mort civilement; voyez ſur ces incapacités, Loyſel, des retraits, reg. 18 & 19, & les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, du retrait lignager, art. 25.

☞ Mais les bâtards peuvent retraire s'ils ſont légitimés par mariage ſubſéquent, parce qu'alors ils ont le droit de ſuccéder; il n'en eſt pas de même des bâtards légitimés par lettres du prince, ils ne peuvent, ſuivant la juriſprudence actuelle, ſuccéder *ab inteſtat*, d'où il s'enſuit qu'ils ne peuvent retraire: voyez Louet & Brodeau, let. D, num. 52, & let. R, num. 38.

III. A l'égard du vendeur, il ne peut retraire que dans des cas particuliers, qu'on expliquera ci-après; mais il ne le peut dans la théſe générale, parce que par ſon exercice il agiroit contre ſon propre fait, ce qui lui ôte cette faculté; la coutume ne le dit pas expreſſément, mais cela réſulte des articles 133 & 142, & c'eſt droit commun.

Juſques-là que quand un héritage a été décreté ſur deux cohéritiers auxquels il appartenoit par indivis, non-ſeulement aucun d'eux ne peut retirer ſa part, mais même celle de l'autre; arrêt du 7 mai 1609, rapporté par Bouguier, let. R, num. 16; ce qui établit la propoſition qui a ſa racine dans le texte même qui explique l'exception dans laquelle le vendeur peut retraire; voyez ſur cette incapacité du vendeur les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 30: exception faite par la coutume & qui fonde la régle que contient la propoſition; mais le tuteur peut retirer pour lui ce qu'il a vendu comme tuteur, & de même le juge comme lignager peut retraire ce qu'il a adjugé comme juge.

IV. Il ne ſuffit pas d'être capable de ſuccéder au vendeur, il faut être ſon parent du côté duquel l'héritage propre par lui vendu, lui étoit échu; en effet, pour exercer le retrait, il ne ſuffit pas d'être ſimplement parent, mais il faut, aux termes de la coutume, être parent lignager du côté de l'acquéreur de l'héritage; de-là il s'enſuit que lorſque le propre eſt naiſſant, il ne ſuffit pas d'être parent du vendeur du côté & ligne de ſon pere ou de ſa mere, mais il faut être ſon parent du côté & ligne de celui des deux qui lui a tranſmis l'héritage; ce qui s'applique

quand le propre eſt ancien & vient des ayeux ou biſayeux, il faut être lignager du vendeur du côté & ligne de celui d'entr'eux qui a mis l'héritage dans la famille, ſans cela il y auroit inhabilité en quoi l'on ne ſuit pas dans le retrait la régle admiſe dans les ſucceſſions par rapport au propre de la ligne manquante, dont la coutume faute de lignager, ſaiſit le plus prochain : ici tout eſt de rigueur ; & faute de ligne, le retrait manque.

C'eſt ce qui réſulte de l'art. 129 ; ſur cette qualité néceſſaire pour retraire, voyez Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 1, pag. 318 & 319 : mais l'omiſſion par l'exploit de cette qualité n'emporte pas nullité, il ſuffit qu'elle ſoit juſtifiée dans le cours de l'inſtance ; arrêt du 26 juillet 1679, il eſt cité par les auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 289 ; & tel eſt l'uſage du châtelet, où cette juſtification ne ſe fait que dans le cours de l'inſtance.

V. Mais nonobſtant cette qualité de parent de la ligne, pour exercer le retrait comme pour ſuccéder, il n'eſt pas néceſſaire d'être deſcendu de celui qui a mis l'héritage dans la famille, il ſuffit de lui tenir collatéralement ; la capacité pour intenter le retrait, ne pouvant être conſidérée plus ſtrictement que celle qui eſt néceſſaire pour ſuccéder ; or celle-là eſt ſuffiſante pour ce dernier cas, à plus forte raiſon eſt-elle ſuffiſante pour l'autre.

Arrêt du 7 janvier 1659, rapporté dans le journal des audiences, tom. 2, liv. 2, ch. 2, pag. 183 : cela eſt d'uſage au châtelet ; c'eſt l'eſprit de la coutume : voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 16 & 17.

VI. Lorſque la vente contient pluſieurs propres l'action ſe diviſe, & chaque lignager ne peut retraire que ce qui eſt de ſa ligne ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus, chacun d'eux a ſon objet que ſa qualité détermine, & il ne peut aller au-delà, parce que la capacité lui manque.

Cela réſulte de l'arrêt cité ſur la propoſition précédente, & il y auroit inhabilité, incapacité à porter le droit au-delà ; d'où il réſulte que l'action en retrait intentée par un lignager, ne peut être par lui cédée à un étranger, mais bien à un autre lignager : capacité dans l'un, incapacité dans l'autre.

SECTION II.

Si l'exhérédation, ſi la renonciation du retrayant à la ſucceſſion du vendeur, ſi la naiſſance depuis la vente ôtent la capacité de retraire, & du légitimé par mariage ſubſéquent.

VII. Approfondiſſons la capacité perſonnelle pour retraire. La renonciation du retrayant, qui ſe feroit trouvé l'héritier préſomptif du vendeur, à la ſucceſſion de ce même vendeur, ne fait aucun obſtacle à ſa capacité de retraire ; d'où il s'enſuit que non-ſeulement le renonçant après une ſaiſine légale, c'eſt-à dire, après une renonciation à ſucceſſion à lui échue, mais encore la fille qui a renoncé par contrat de mariage peut retraire ; c'eſt à la qualité naturelle de lignager, abſtraction faite de la qualité civile d'héritier, que la coutume attache ce droit ; ce qu'on a porté juſques à admettre l'héritier même du vendeur à exercer le retrait.

Telle eſt la juriſprudence ; en effet, la renonciation n'efface pas la qualité de lignager à laquelle le droit de retraire eſt attaché, & la qualité d'héritier ne l'efface pas plus.

VIII. La naiſſance depuis la vente n'ôte pas la capacité de retraire ; encore une fois il ſuffit pour ce, d'être lignager, & la naiſſance poſtérieure ne donne aucune atteinte à cette qualité, la coutume ne diſtinguant pas ; mais la qualité du vendeur y fait obſtacle, quoique celle d'héritier du vendeur n'y en faſſe aucun.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin ſur Paris, art. 186, num. 6, & ſur Orléans, art. 281, *in verbo*, ſes parens : de le Maître, tit. 7, ch. 2 pag. 183, & tel eſt le droit commun du royaume ; voyez Papon, liv. 11, tit. 7, art. 1 ; Louet, let. R, num. 38, & c'eſt ſuite de ce que deſſus, parce que retraire & avoir ſuccédé réellement ſont deux droits différens, & pour le premier il ſuffit de n'être pas abſolument incapable de l'autre ; voyez de Lhommeau, liv. 3, max. 179 ; Coquille, queſt. 187, & les arrêtés faits chez M. de Lamoignon, tit. du retrait lignager, art. 4, c'eſt droit commun ſur la derniere partie de la propoſition ; voyez la ſection 4 ci-après.

IX. Par la même raiſon l'exhérédé peut retraire, parce que le foudre de l'exhérédation le prive bien de ſa portion héréditaire dans la ſucceſſion de celui qui l'a lancé contre lui, mais non de ſes autres droits du ſang dont la faculté de retraire fait partie.

Le Maître, tit. 6, ch. 2, pag. 187 ; & l'auteur des notes ſur ſon commentaire.

X. Venons à la capacité de l'enfant parfaitement légitimé. L'enfant légitimé par ſubſéquent mariage a capacité pour retraire, parce que cette légitimation opére une parfaite légitimité à tous égards & par conſéquent le droit de retraire ; capacité qui a été établie dans le livre premier auquel on peut recourir.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 4, pag. 324, eſt d'avis contraire ; mais c'eſt une opinion ſinguliere oppoſée à celle de Dumoulin, de Coquille, & de Chopin, qui ſont cités en la note ſur ſon commentaire, déſignée par la triple let.

J, pag. 324, & à celle de le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 187, & la propoſition ſe confirme encore par la ſuivante.

XI. Il auroit cette capacité encore que cette légitimation fût poſtérieure à la vente, pourvu qu'elle eût précédé l'action; en effet, à l'exception du droit d'aîneſſe acquis à un tiers, cette légitimation a un effet rétroactif; & comment ne l'auroit-elle pas quant à ce, quand la naiſſance poſtérieure ne fait pas obſtacle au retrait?

Il n'en eſt pas de même de celle par lettres, car par rapport aux parens lignagers qui n'auroient pas conſenti à la légitimation, ils primeroient le fils ainſi légitimé, & par conſéquent ſeroient préférables à lui par rapport au retrait; voyez la note citée ſur la cinquieme propoſition de cette ſection; en effet, différence entiere entre l'une & l'autre légitimation: cette différence a été établie dans ſon ordre, on peut y recourir, inutile ici de la reprendre.

SECTION III.

Si les enfans du vendeur qui ont ſigné à la vente, ſi celui qui s'eſt rendu caution d'icelle, & ſi le mineur ſans aſſiſtance d'un tuteur, peuvent intenter le retrait.

XII. La ſignature des enfans du vendeur à la vente, ne les prive pas de la capacité de retraire, à moins qu'il n'y ait renonciation expreſſe au droit de retrait; la renonciation ſur un droit légal ne pouvant avoir lieu ſi elle n'eſt littérale; ainſi ceſſante une telle renonciation, il y a capacité pour retraire, & telle ſignature n'opére que relativement aux hypothéques dans le cas que la vente ſubſiſteroit en faveur de l'acquéreur.

Cela réſulte de la note ſur Dupleſſis, déſignée par un triple G, pag. 322, & des autorités qui y ſont rapportées; & cela a été jugé ainſi au parc-civil, moi plaidant. En effet, leur ſignature à la vente ne ſert qu'à affranchir l'héritage du douaire & de toutes autres hypothéques qu'ils y pourroient prétendre: affranchiſſement qui n'a rien d'incompatible avec l'exercice du retrait pour lequel il faudroit une renonciation expreſſe; l'étendre au-delà, ce ſeroit ajouter à l'engagement qu'ils ont voulu contracter: il faut donc en conclure que la ſignature des enfans du vendeur à la vente ne fait point obſtacle à leur faculté de retraire, ce qui eſt confirmé par ce que dit Dumoulin, ſur l'art. 13, gl. 1, de la coutume de Paris, *quia ex retractu nulla debetur evictio*; c'eſt droit légal, qui ſubſiſte toujours par lui-même, tant qu'il n'y a pas de renonciation à icelui.

XIII. Les héritiers du vendeur, dans le cas qu'il auroit promis garantir du retrait, ne ſont pas par-là exclus du retrait, autrement ce ſeroit autoriſer un particulier à déroger à un droit qui eſt public & même à l'anéantir: j'y trouve cependant de la difficulté; car c'eſt s'écarter de la foi des contrats ce que je n'entends que dans le cas qu'il y a une telle ſoumiſſion de la part du vendeur.

L'auteur des notes ſur le Maître, tit. 7, pag. 186, tient qu'ils ne ſont pas exclus, & c'eſt le bon parti; il réſulte de la nature du droit de retrait, qui eſt tout enſemble un droit perſonnel & légal.

☞ Tiraqueau & Chopin ſont d'un ſentiment contraire, fondés ſur ce que la promeſſe du vendeur produit une obligation perſonnelle qui paſſe contre l'héritier; mais cette opinion n'a pas beaucoup de ſectateurs. Voyez Carondas, ſur l'art. 142 de la coutume: il remarque un arrêt du 11 janvier 1567, qui a jugé que le vendeur n'a pas pu préjudicier à ſon héritier une promeſſe de cette nature; ce qui confirme la propoſition.

XIV. Par le même principe celui des lignagers qui ſe ſeroit rendu caution & même caution ſolidaire de la vente, n'eſt pas privé de la capacité de retraire, ſon engagement ne pouvant aller au-delà de la garantie; garantie à laquelle le retrait lignager, qui eſt une éviction légale, ne fait pas ouverture, comme on l'a établi.

Lapeyrere, let. R, déciſion 170, pag. 397; c'eſt le ſentiment de Dumoulin, à l'endroit cité ſur l'avant-derniere propoſition, & des auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 322; de le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 183; & tel eſt l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que le contraire ſeroit une exception que la coutume n'adopte pas.

XV. Venons à préſent à la capacité du mineur. Le mineur lignager eſt capable ſeul, & ſans l'aſſiſtance d'aucun tuteur, de former la demande en retrait, autrement ce ſeroit le priver de ce droit qu'il a comme les autres lignagers & qu'il faut lui conſerver par la faculté de ſon exercice, ſauf après à remplir la forme; autrement ſon incapacité qui n'a été établie que pour ſon avantage, opéreroit contre ſa fin.

Dumoulin, ſur la coutume de Paris, art. 2, num. 3, & art. 54, gl. 1, num. 28 & 29; Louet, let. M, num. 11: cela eſt fondé ſur ce que ſans cette puiſſance, & s'il étoit obligé de faire aſſembler ſes parens pour le pourvoir d'un tuteur à cet effet, ſa qualité de lignager & le droit qu'elle lui donne lui deviendroient ſouvent inutiles, puiſqu'entre co-retrayans le plus diligent l'emporte, & que ce préalable les feroit agir pour eux-mêmes: inconvénient auquel la juriſprudence a remédié en donnant en ce cas la capacité au mineur d'intenter l'action en retrait ſans tuteur; tel eſt l'uſage du châtelet: voyons les conſéquences qui réſultent de cette juriſprudence. De cette capacité du mineur, il s'enſuit que la mere, en qualité de tutrice naturelle, peut l'intenter pour ſon fils; le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 183: ce qui a été jugé par arrêt du 12 janvier 1644, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, & ce qui confirme la propoſition, puiſque nous n'admettons pas la tutelle légitime; voyez les notes ſur la propoſition qui ſuit, elles achevent la preuve de celle-ci.

XVI. Une autre raiſon qui fonde la capacité du mineur pour intenter l'action en retrait ſans l'aſſiſtance d'un tuteur, eſt que toute l'année, à partir depuis la vente, doit lui être utile; ce qui ne ſeroit pas, ſi pendant le tems qu'il faudroit employer à aſſembler ſes parens, il avoit les mains liées; autre inconvénient auquel la juriſprudence ci-deſſus expoſée, remédie encore.

Cette capacité du mineur pour ce faire eſt atteſtée par les auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 289 & 290, où ils rapportent néanmoins deux arrêts, l'un qui ajugé l'affirmative & l'autre la négative; les circonſtances ſans doute ont fondé cette variété : on juge conſtamment au châtelet, que le mineur pour ce eſt capable, ſous la limitation qui ſuit, & je ne vois pas que cette juriſprudence ſouffre à préſent de la contradiction.

XVII. Cependant après l'exploit donné, & qui a conſervé ſa vigilance, le mineur doit ſe faire pourvoir d'un tuteur, pour ſuivre l'inſtance de retrait & l'exécuter; ſans cela il y auroit irrégularité à laquelle il doit parer en rempliſſant la forme par cette création.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & par ce moyen le fonds & la forme ſont conſervés.

SECTION IV.

Si les héritiers du vendeur décédé peuvent retraire, & quand le vendeur peut lui-même le faire.

(Art. 142, & 133 de la coutume.)

XVIII. Quoique les héritiers du vendeur le repréſentent, & que dans la théſe générale nul ne puiſſe aller contre ſon propre fait, ou contre le fait de celui qu'il repréſente à titre univerſel, cependant cette qualité ne leur ôte pas la capacité de retraire, parce qu'il faut les conſidérer ſous différens aſpects, ſous différentes qualités qu'il ne faut pas confondre, & donner les effets à chacune de ces qualités, en quoi on a diſtingué l'héritier & le défunt, qui, en effet, ſont ſur cela fort différens.

C'eſt la diſpoſition de l'article 142; Lapeyrere, let. R; addition à la déciſion 201, pag. 402; Tiraqueau *de retractu*. §, 1, gloſ. 9, num. 47; Dupleſſis, en ſon traité du retrait, ch. 6, ſection 3, pag. 322; le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 186. En effet, quoiqu'héritiers ils ne ſont pas moins lignagers, & le retrait eſt une éviction légale, qui ne peut par conſéquent donner ouverture à aucune garantie conventionnelle; la premiere qualité ne peut donc leur faire perdre le droit que la coutume a attaché à leur autre qualité qui doit produire effet : cela eſt de juriſprudence; c'eſt ſur ce principe que l'article 142 a été formé, & c'eſt ce que dit Dumoulin, ſur l'art. 13, gloſ. 1 de la coutume de Paris : *Quia ex retractu nulla debetur evictio*, comme on l'a déja vu ci-deſſus : droit qui n'a lieu en faveur du vendeur que dans des exceptions, la convention agit pour lui, la loi agit pour les autres.

XIX. Il y a deux cas dans leſquels le vendeur peut retraire; il le peut lorſqu'il a vendu en une qualité, & qu'il retire en une autre; d'où il s'enſuit que s'il a vendu comme tuteur, il peut pour lui & en ſon nom, retirer ce qu'il a ainſi vendu; les actes qu'il a faits en une qualité ne pouvant nuire aux droits réſultans de l'autre qualité, l'une & l'autre ne devant ſe confondre, & chacune d'elle devant produire leurs légitimes effets.

Cela eſt d'uſage au châtelet; c'eſt ce que dit Dumoulin, ſur l'art. 13 de la coutume de Paris, gloſ. 1, num. 13 : *Sivè tutoris nomine vendat fundum, etiamſi in nomine ſuo caverat de evictione, poteſt nomine ſuo venire ad utrumque retractum.*

XX. Voici le ſecond cas dans lequel le retrait a lieu. Le vendeur peut intenter le retrait, lorſqu'il a vendu à un lignager, & que ce lignager a vendu à un étranger, parce que par une telle vente il n'avoit pas mis l'héritage hors la famille; il peut donc retraire en ce cas, & tel eſt le juſte motif de la capacité que la coutume lui donne en ce cas pour retraire, hors ces cas, il ne le peut; parce qu'il agiroit contre ſon propre fait, quoique ſes héritiers puiſſent le faire, on vient d'en voir la raiſon.

C'eſt la diſpoſition de l'article 133; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 3, pag. 322; mais il en ſeroit autrement dans le cas qu'il auroit vendu à un étranger, mais qui auroit eu des enfans étant de la ligne, comme on l'a vu ci deſſus; au premier cas, il n'a pas mis l'héritage hors la famille; mais au ſecond, il eſt ſorti d'icelle par ſon fait, ce qui l'exclut du retrait.

XXI. Approfondiſſons ſur ce le motif de la coutume. Par une telle vente, il n'avoit pas mis l'héritage hors ſa famille, & par la revente qui le met hors la famille, le droit de retraire s'ouvre en faveur de tous les lignagers, & par conſéquent en faveur de lui-même vendeur, puiſqu'il eſt lignager : il ne doit donc pas en être exclu; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus & des principes capitaux de la coutume ſur cette matiere.

Voyez ci-deſſus le quatrieme chapitre de la premiere partie de ce titre; le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 183 : ſur quoi il eſt à propos de reprendre ce qu'on a déja obſervé ci-deſſus, que le retrait ayant été exercé ſur la vente d'un propre, la vente d'icelui, que le retrayant feroit, donneroit ouverture au retrait en faveur des lignagers, mais non en faveur du premier vendeur, par la raiſon expliquée ſur la propoſition précédente, qui eſt que par la vente par lui faite à un étranger, il auroit mis l'héritage hors la famille; voyez ſur ce le Maître, pag. 184.

Mais

XXII. Mais l'héritier bénéficiaire, ſur lequel l'héritage a été adjugé, n'en peut intenter le retrait, il eſt regardé comme vendeur; & en effet, il eſt tel, & par conſéquent incapable de retraire, cette qualité y faiſant obſtacle.

Arrêt rapporté par Bouguier, let. R, num. 16; le Maître, à la page citée ſur la propoſition précédente; & tel eſt l'uſage du châtelet: c'eſt même le droit commun.

SECTION V.

Que celui qui a renoncé expreſſément au retrait, ne peut retraire, mais bien ſes héritiers, & que le mari peut intenter le retrait.

(Art. 25 de la coutume.)

XXIII. Celui qui a expreſſément renoncé au retrait, ne peut retraire, parce que telle renonciation lie, n'ayant rien de contraire aux bonnes mœurs, & comme telle, elle doit avoir effet; il ne peut donc retraire: ſa volonté propre & l'engagement qui en eſt réſulté, font obſtacle à l'exercice de ce droit; mais un pere ne peut faire cette renonciation pour ſes enfans, ce droit étant perſonnel.

Si un pere s'étoit ſoumis de ne point intenter de retrait au nom de ſes enfans, telle ſtipulation ſeroit de nul effet, parce qu'il n'eſt pas permis de déroger au droit public. Arrêt du 11 janvier 1567, rapporté par Carondas, ſur l'art. 142 de la coutume; il y a plus, ce ſeroit dérogation à un droit qui ne lui eſt pas perſonnel, ni dans ſon adminiſtration.

XXIV. Les héritiers de celui qui a expreſſément renoncé au retrait, peuvent intenter le retrait; cette renonciation lui eſt perſonnelle, & n'eſt pas une garantie de l'exercice de ce droit qui peut être exercé par des tiers, & qui n'influeroit pas même ſur ſes héritiers, telle renonciation étant limitée à ſa perſonne.

Voyez Dupleſſis, pag. 322; en effet, la renonciation au retrait ne peut pas produire plus d'effet que la vente même qui lie le vendeur, & qui n'empêche pas ſes héritiers d'intenter le retrait, comme on l'a vu par la quatrieme ſection ci-deſſus; c'eſt ſuite de la coutume. Voyez l'arrêt du parlement de Rouen, rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 486; & l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 186, qui va beaucoup plus loin.

XXV. Quant au mari par rapport aux propres du chef de ſa femme, il peut intenter le retrait lignager du chef de ſa femme, & il le peut même ſans ſon conſentement, ſauf la forme ci-après; c'eſt action que la loi lui confie, & dont elle le laiſſe maître; il peut donc l'intenter, parce qu'elle l'intéreſſe ainſi que la communauté, ſauf la propriété de la femme qui lui eſt ouverte par la voie de la récompenſe; cependant il faut que la demande & l'exécution ſoient faites, tant en ſon nom, qu'au nom de ſa femme, & à cauſe d'elle; c'eſt d'elle ſeule qu'il tire ſon droit: c'eſt donc auſſi en ſon nom qu'il doit agir.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, qui eſt celui du retrait de mi-denier, pag. 340; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet.

XXVI. L'exercice d'un tel retrait ouvre après la diſſolution de la communauté, certain droit en faveur de la femme ou de ſes héritiers, ce droit eſt la retenue de l'héritage ainſi retiré, en indemniſant la communauté de ce qui a été tiré d'icelle pour l'exercice d'un tel retrait, & cela ſans aucune formalité.

Voyez le titre du retrait de mi-denier, qui n'a lieu que pour le propre acquis par les conjoints d'un lignager de l'un d'eux, & non pour celui retiré. Voyez Soëfve, tom. 2, ch. 4, cent. 4.

SECTION VI.

A qui paſſe l'action, lorſque le retrayant meurt.

XXVII. Dans ce cas, l'action ne paſſe pas à tous les héritiers conjointement, mais ſeulement à ceux de la ligne de l'héritage qui forme l'objet de l'action; telle action eſt repréſentative d'icelui, par conſéquent elle doit paſſer à l'héritier de la ligne, puiſque ce dernier dans le cas que le retrait auroit été exécuté par le défunt, auroit eu le droit, comme on l'a vu ci-deſſus, de retirer l'héritage des mains de l'héritier des meubles & acquêts en le rembourſant: preuve que l'action doit lui appartenir.

Dupleſſis, du retrait, ch. 6, ſect. 3, pag. 322. Voyez le titre des actions, où l'on a établi que les actions ſont de la nature de l'objet auquel elles tendent: ſur quoi il eſt à propos d'obſerver qu'un héritage ayant été retiré par un défunt, l'héritier de la ligne contre l'héritier mobilier, & ce, en rembourſant ce dernier; dans la ſucceſſion de cet héritier, un tel héritage eſt abſolument propre ſans charge d'aucun rembourſement.

XXVIII. Ils doivent continuer conjointement cette même action, s'ils ſont pluſieurs qui en ayent été conjointement ſaiſis; & ſi l'un d'eux refuſe de le faire, ſon droit quant à cette action accroît aux autres; ſon indiviſibilité fonde cet accroiſſement.

Tel eſt l'uſage ſur cet accroiſſement, ſauf la limitation qui ſuit; & cela eſt ſuite de la coutume, qui dit que la part du renonçant accroît aux acceptans. Quelques-uns, cependant, ont prétendu qu'il falloit un tranſport, ſans lequel l'acquéreur pouvoit, ſelon eux, réduire l'exercice du retrait à la portion virile: cela ne peut nuire, mais eſt ſurabondant, quand le refus eſt conſtant. En effet, à quoi bon un tranſport conventionnel, lorſqu'il y

en a un légal par la disposition de la coutume, que la part du renonçant accroît à l'acceptant : c'est à la vérité ici une renonciation partiaire, mais qui, dans ses limites, produit autant d'effet que la générale : ainsi, le contraire ne peut être que scrupule & erreur même de praticien.

XXIX. De cette proposition, que l'action du retrait non adjugé passe aux héritiers de la ligne, il faut excepter le vendeur, lorsqu'il se trouve héritier du retrayant; sa qualité de vendeur l'exclut de l'exercice de cette action, & sa portion dans icelle accroît nécessairement aux autres, & ce de droit, parce qu'il est toujours vendeur, & qu'il ne peut aller contre son fait, & que cette action est indivisible; ce qui est fort différent de la quatrieme proposition de la quatrieme section de ce chapitre, où l'on a vu que la vente faite à un lignager, le vendeur dans le cas d'une vente à un étranger par le lignager, peut retraire.

Cette impuissance de retraire dans la thèse générale de la part du vendeur, a été établie ci-dessus, & elle est fondée sur le texte même de la coutume, & ce, par l'exception qu'elle a établi par l'article 133.

CHAPITRE SECOND.

DE LA PRÉFÉRENCE ENTRE CORETRAYANS.

(Art. 141 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

QUE LE PLUS DILIGENT L'EMPORTE, ET QUI L'EMPORTE LORSQU'IL Y A CONCOURS.

I. LORSQUE plusieurs lignagers ont intenté le retrait, le plus diligent d'entr'eux est préféré, non le plus prochain; c'est à la diligence que la coutume a attaché la préférence, mais les coretrayans peuvent comme l'acquéreur l'obliger d'affirmer que son retrait est sérieux.

C'est la disposition de l'article 141. Mais si le plus diligent prêtoit son nom à l'acquéreur, il est permis au second retrayant, de suivre l'exécution du premier retrait, ce qu'il est à propos d'observer; en effet, par l'arrêt rapporté par Louet, let. R, num. 53, la cour réserva à ordonner ce qu'il appartiendroit, en cas que le premier retrayant n'exécutât pas le retrait dans les vingt-quatre heures. En pareil cas, on a coutume au châtelet de permettre au second retrayant, non-seulement de suivre l'exécution du retrait adjugé au premier retrayant, que le second a annoncé pour suspect, mais encore de l'exécuter de sa part, comme on le verra plus amplement par la seconde section ci-après. Jurisprudence qui me paroît très-conforme à l'esprit de la coutume, puisqu'elle conserve tous les droits des intéressés. Sur cette préférence, voyez Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, sect. 2, pag. 320 & 321. Quant à la fraude dans l'exercice du retrait, on a établi que le retrait étoit frauduleux, s'il y avoit revente dans l'an, & ce, dans quelques coutumes qui l'ordonnent ainsi; mais cela peut-il être étendu à la coutume de Paris? Voyez le journal des audiences, tom. 2, liv. 5, chap. 5.

II. Examinons sur ce, l'effet du concours apparent. Si les exploits en retrait sont du même jour, la diligence de l'heure l'emporte; en effet, la diligence ne fût-elle que sur l'heure, est toujours diligence qui doit produire effet; c'est la lettre de la coutume, qui, sur cela, est générale & sans limitation.

Arrêt du 13 mars 1582, il est rapporté par Labbé, sur l'art. 141 de la coutume; voyez le Maître, tit. 7, ch. 2, pag. 186. Sur la préférence entre retrayans, il convient observer ici que le retrait lignager est préférable au retrait seigneurial, comme on l'a expliqué sur le titre des fiefs. Voyez sur cette différence Dumoulin, sur la coutume de Paris, art. 78, glos. 1, art. 143; & Dupleſſis, des fiefs, liv. 6, chap. 7, pag. 63.

III. De la proposition précédente, il s'ensuit que dans ce même cas, si l'heure est marquée dans l'un des exploits, & ne le soit pas dans l'autre, celui qui contient l'heure est présumé le premier: c'est la premiere conséquence qui résulte des deux propositions précédentes.

Tel est l'usage du châtelet, il est fondé sur le texte de la coutume, & les autorités qu'on vient de citer.

IV. De-là il s'ensuit encore qu'entre coretrayans, la proximité du degré n'est d'aucune considération, puisque c'est la diligence qui régle entr'eux la préférence; c'est une seconde conséquence de ce que dessus, mais la proximité seroit à considérer, s'il y avoit parfaite égalité de diligence.

Voyez les propositions suivantes qui développent ceci, qui est suite de l'article 141.

V. Il en est autrement, lorsqu'il y a concours; en effet, lorsqu'il y a concours de diligence, le plus prochain l'emporte; le concours lui ouvre ce droit, tout se trouvant

égal par rapport au tems ; c'eſt au degré de parenté auquel il faut recourir pour ſe déterminer, & la proximité fait juſtement pencher la balance du côté de celui qui l'a.

Arrêt du 5 juin 1563, rapporté par Carondas, ſur l'art. 141 de la coutume ; c'eſt l'avis de Ricard, ſur l'art. 141, & telle eſt ſur ce l'opinion commune.

VI. Voyons à préſent le concours parfait. S'il y a concours, tant en diligence, qu'en degré, le retrait eſt adjugé à l'un & à l'autre, concurremment & conjointement ; leur égalité ſur-tout leur donne un droit abſolument égal : l'adjudication doit donc être commune ; c'eſt droit exactement balancé, & qui par-là devient néceſſairement commun.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 2, pag. 321 ; & chacun d'eux doit exécuter le retrait, & offrir de conſigner en totalité ; c'eſt une ſuite de la propoſition, puiſqu'ils concourent dans tout. L'exécution doit être faite *in ſolidum*, dit Dupleſſis, traité du retrait, ch. 321, qu'on vient de citer. Mais en ſe réuniſſant, ne ſeroit-il pas juſte d'admettre de leur part une exécution commune ?

VII. Voici ce qu'opére cette double exécution. Par l'événement ils partagent l'héritage qu'ils ont ainſi retiré, & chacun d'eux retire moitié de ſa conſignation ; telle eſt la forme & la conſommation de l'exécution d'un tel retrait : mais il ne paroît pas qu'on s'écarte de la coutume, & qu'il y ait un inconvénient à le ſimplifier de la maniere qu'on a obſervé ſur la propoſition précédente.

C'eſt ce qui ſe pratique, & ce qui réſulte de ce que deſſus.

SECTION II.

Que l'adjudication du retrait au plus diligent des retrayans ne ſe fait qu'avec la faculté aux autres de ſuivre l'exécution du retrait.

VIII. Nonobſtant l'effet de la diligence, on laiſſe ſubſiſter le droit des autres, tant qu'il peut ſe réaliſer ; en effet, l'adjudication du retrait en faveur du plus diligent, ne ſe fait qu'avec la faculté aux autres co-retrayans de ſuivre & d'exécuter de leur part (*s'ils le veulent*) le retrait adjugé ; cela conſerve le droit de tous, c'eſt donc avec telle condition que tel retrait doit être adjugé ; tel eſt l'eſprit de la coutume qui les a tous ſaiſis, qui ne ceſſe que relativement.

C'eſt ce qui ſe juge au châtelet dans le cas qu'il y a pluſieurs co-retrayans, & cette juriſprudence ménage tous les droits des intéreſſés, c'eſt-à-dire, tant ceux des co-retrayans, que ceux du défendeur en retrait, qui ne doit pas moins être rembourſé & rendu indemne dans le cours de 24 heures, nonobſtant le concours de pluſieurs retrayans.

IX. Voyons ce que cela opére. L'effet de cette exécution, quoiqu'en apparence ſurabondante, opére que le co-retrayant primé par la diligence d'un autre, a droit de demander à celui auquel le retrait a été adjugé, la communication des pieces juſtificatives de l'exécution du retrait à lui adjugé, & cette communication a encore un autre effet ; s'il y a nullité dans cette exécution, elle lui profite, & il a la voie ouverte pour demander que l'adjudication milite en ſa faveur, attendu qu'il a exécuté le retrait de ſa part, ſans laquelle exécution il ne pourroit avoir ce droit ; c'eſt ſuite de la rigueur de cette matiere, & par cette voie on exécute, on concilie les diverſes diſpoſitions de la coutume, le défendeur en retrait eſt payé, & le véritable exécutant le retrait en devient ſaiſi.

Brodeau ſur Loüet, let. R, num. 53 ; mais il faut qu'en ce cas l'exécution ſoit faite de part & d'autre *in ſolidum*, comme l'obſerve Dupleſſis ſur un autre cas, pag. 321, celui-ci ſe réglant de même ; tel eſt l'uſage du châtelet : cela eſt juridique, mais rigoureux.

X. Ceſſante cette exécution, quoiqu'en apparence ſurabondante de la part du retrayant le moins diligent, il ne ſeroit recevable après coup, de demander que l'adjudication du retrait militât en ſa faveur, faute par le premier auquel il avoit été adjugé, comme plus diligent, de l'avoir valablement exécuté ; il faut exécution de ſa part, & cela eſt fondé, ſur ce que le délai pour l'exécution eſt fatal, & fatal pour tous les retrayans, & qu'icelui paſſé nul retrayant n'eſt recevable à exécuter le retrait, ce qui confirme les deux propoſitions précédentes. Il faut cependant convenir qu'on s'attache peut-être plus en cela à la lettre, qu'à l'eſprit de la coutume ; mais en cette matiere cette lettre eſt impérieuſe, du moins la regarde-t-on comme telle.

Cela réſulte de l'article 136, & s'il ne le fait, dit cet article, le retrayant eſt déchu du retrait, ce qui doit embraſſer le ſecond comme le premier retrayant ; c'eſt la juriſprudence du châtelet, elle a ſa racine dans la lettre de la coutume : mais encore une fois, cela eſt rigoureux, parce que la coutume a voulu conſerver le droit de tous les lignagers, & qu'il paroîtroit que le droit du ſecond retrayant devroit s'ouvrir par la déchéance du premier, la raiſon conduit là, ſi la lettre de la loi le rejette.

SECTION III.

Ce que doit faire l'acquéreur, lorſqu'il eſt aſſigné à la requête de pluſieurs co-retrayans.

XI. L'acquéreur étant aſſigné à la requête de pluſieurs retrayans, doit dénoncer à chacun des co-retrayans les différentes demandes en retrait contre lui formées, ſon propre in-

térêt le conduit à cette dénonciation; en effet, il eſt le milieu par lequel ſeul ces demandes puiſſent parvenir à la connoiſſance des autres retrayans, & pour ſon propre intérêt il doit les mettre en état de s'accorder ſur la préférence, pour quoi il doit même communiquer à chacun des retrayans, les exploits de demandes en retrait; ce qui fonde la propoſition, c'eſt-à-dire, la dénonciation qu'elle contient qui a ce double motif; & faute de cette dénonciation, ce que le défendeur en retrait feroit avec un des retrayans, ne militeroit pas contre les autres, dont les demandes ſubſiſteroient dans leur force contre lui.

Cette communication eſt uſitée au châtelet, & ſi elle n'eſt faite volontairement on l'ordonne; c'eſt une ſuite de la coutume, puiſque c'eſt ſur elle qu'on doit régler la préférence qui ne peut ſe régler qu'avec tous les retrayans, & c'eſt cette voye juridique qui rend l'inſtance commune à tous.

XII. Par cette dénonciation, par cette communication, chacun des co-retrayans devient le légitime contradicteur de la demande des autres retrayans, & chacun d'eux eſt partie capable pour faire valoir les moyens de nullités, ſi aucunes ſe trouvoient dans les exploits des autres; moyens qui ne ſe couvrent, & qui ſont regardés comme moyens de fonds en matiere de retrait lignager, ce qui eſt particulier à cette matiere de rigueur; & ils ont cette capacité, encore que le défendeur au retrait eût reconnu la procédure valable, parce qu'ils ne peuvent pas par le fait d'un tiers, perdre un droit qui leur eſt acquis; tel eſt donc le motif de la dénonciation, que le concours de pluſieurs dans l'exercice d'un même droit, rend inévitable, ainſi que la critique que chacun d'eux a droit de faire de la procédure des autres.

Je l'ai entendu ainſi juger, & pluſieurs fois au châtelet; en effet, en cette matiere les moyens de forme ſont regardés comme des moyens du fonds, & la négligence de l'un de ceux qui étoient intéreſſés à relever ces moyens, ne peut nuire aux autres qui ont intérêt de les faire valoir.

XIII. Par le même principe, chacun d'eux peut critiquer dans les autres la qualité de lignager; cela eſt ſuite de ce que deſſus, parce que le concours les rend chacun les vrais défendeurs aux demandes des autres; c'eſt encore une conſéquence de ce que deſſus: critique d'autant plus inconteſtable, que le défaut de concours dans la qualité, écarte abſolument le concours dans l'exercice du droit qui n'eſt attaché qu'à cette qualité.

Par les propoſitions précédentes, on a vu que les coretrayans avoient contre l'exploit & la procédure de chacun d'eux, l'examen & la critique ſur la forme, à plus forte raiſon l'ont-ils pareillement l'un contre l'autre, ſur le fonds de la matiere & la qualité; cela eſt ſuite de la coutume.

TROISIEME PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

DES FORMALITÉS D'ICELUI.

CHAPITRE PREMIER.

DANS QUEL TEMS LE RETRAIT DOIT ÊTRE INTENTÉ.

SECTION PREMIERE.

DE LA DURÉE DE CETTE ACTION.

(Art. 129, 130 & 131 de la coutume.)

PARAGRAPHE PREMIER.

De quel jour le tems de cette action commence à courir, & quel doit être l'enſaiſinement.

I. S'IL y a ici rigueur, cette rigueur eſt juſte, & on ne peut s'en écarter. Le tems pour exercer cette action, eſt d'un an & jour, comme on le verra plus amplement par le quatrieme paragraphe ci-après, & cet an & jour commence à courir du jour de l'enſaiſinement pour les héritages roturiers; telle eſt la durée de cette action, que l'édit des inſinuations laïques a ſuſpendue, le délai aux termes de cet édit ne courant que du jour de l'inſinuation du contrat de vente, tant pour les héritages en roture, que pour les fiefs: juſte diſpoſition qui va droit au but de la coutume par la publicité qu'elle entraîne, ce que la coutume ne faiſoit qu'imparfaitement, vu que l'enſaiſinement eſt ſecret.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 1, pag. 277, & les art. 129 & 130 de la coutume, & l'édit des inſinuations laïques, qui eſt de 1703; cela eſt plus juſte que rigoureux.

II. A l'égard des fiefs, cet an & jour commencent à courir du jour de la preſtation de foi; ce qui a lieu dans l'un & dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, tant à l'égard des fiefs, qu'à l'égard des rotures contre les mineurs, ainſi que contre les majeurs. Tels étoient les actes qui aux termes de la coutume, faiſoient commencer le tems du retrait: par l'édit des inſinuations, comme on l'a déja obſervé, ce tems ne court pas, tant que le contrat n'eſt point inſinué; inſinuation qui ſe faiſant dans des regiſtres publics, va, comme on l'a dit, plus droit au but que la coutume s'eſt propoſé, que l'enſaiſinement & la preſtation de foi; il en eſt de même lorſque le ſeigneur a retiré un fief par retrait féodal; comme le lignager lui eſt préférable, le tems de ce retrait ne court que du jour qu'il y a publication & inſinuation ou mention d'icelle dans regiſtre.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 131 de la coutume: il faut excepter le cas dans lequel le tuteur ſeroit l'acquéreur; en ce cas le délai d'an & jour, ne courroit pas contre les mineurs *quia à ſe ipſo debuit exigere*. Note marginale ſur Dupleſſis, pag. 276; c'eſt le ſentiment de Dumoulin, de le Maître, pag. 191, & c'eſt l'opinion commune; ainſi en ce cas le tems du retrait ne commence à courir contre les mineurs en faveur de leur tuteur, que du jour que les mineurs ont pu agir contre lui; c'eſt une juſte exception qui ſert à confirmer la régle générale portée par la coutume, & que l'édit a juſtement étendue, à quoi il faut ajouter que la réception en main ſouveraine produit le même effet que celle qui ſeroit faite par le ſeigneur.

III. Voyons quel enſaiſinement fait courir ce tems. L'enſaiſinement, quoique ſous ſignature privée, eſt bon, il fait le délai d'an & jour du retrait, la coutume ne l'ayant aſſujetti à aucune forme; cela eſt ſuite du texte, ce qui ne s'entend que dans le cas que le contrat de vente eſt dûement inſinué, puiſqu'il faut encore cette forme pour faire courir le délai; mais cette derniere n'a pas anéanti l'autre, qui doit être remplie ſur le contrat même.

Mais il doit être mis ſur le contrat, & non ſur une feuille volante; Dupleſſis, pag. 278, telle eſt la juriſprudence: motif que l'inſinuation perfectionne.

☞ Sur la forme de l'enſaiſinement, voyez l'arrêt du 17 février 1605, remarqué par Chopin, ſur l'article 130 de la coutume, num. 2, qui a jugé qu'un écrit ſéparé d'un décret, portant promeſſe d'enſaiſiner, quand le décret ſeroit expédié, ne vaut pas l'enſaiſinement, & que l'an du retrait ne commence à courir que du jour de l'enſaiſinement endoſſé ſur le décret.

IV. En cas de refus de la part du ſeigneur, d'enſaiſiner le contrat, le requiſitoire qui lui eſt fait par écrit par l'acquéreur avec exhibition du contrat & offre des droits, fait courir le délai dans lequel la loi veut que le retrait ſoit intenté, autrement ce ſeroit rendre l'acquéreur la victime d'un refus injuſte fait par le ſeigneur, ce qui ne peut être; mais il

faut que ce requiſitoire ſoit authentique, & fait par perſonne publique.

Dupleſſis, à la même page 278 qu'on vient de citer, prétend que ce requiſitoire doit être conſtaté par un acte notarié, cela eſt plus authentique; mais l'huiſſier a ſerment en juſtice, pour donner authenticité à ſon acte, & comme tel, il eſt ſuffiſant.

V. Approfondiſſons la nature & l'effet de l'enſaiſinement. Le payement des lods & ventes, n'équipolle pas à l'enſaiſinement, c'eſt-à-dire, la quittance de ce droit ſans enſaiſinement réel; ainſi tel payement ne feroit pas courir le délai, parce que c'eſt de l'enſaiſinement que la coutume fait courir l'an du retrait, & non du jour du payement des lods & ventes; enſaiſinement même inutile contre des mineurs, lorſque c'eſt leur tuteur qui eſt acquereur.

Le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 191; telle eſt la juriſprudence: en effet, ce payement ne remplit pas ce que la coutume a voulu, & ſur la ſuſpenſion du délai en faveur du mineur à l'égard de ſon tuteur, lorſque c'eſt ce dernier qui eſt acquéreur; voyez la note ſur la ſeconde propoſition de cette ſection.

§. II.

De quel jour court le délai, lorſque l'acquiſition eſt un franc-aleu, ou que le ſeigneur a acquis un héritage étant dans ſa cenſive.

(Art. 132 & 135 de la coutume.)

VI. Dans le premier cas, qui eſt celui de l'acquiſition du franc-aleu, le délai pour intenter le retrait, ne commence à courir que du jour que le contrat a été publié à l'audience dans le ſiége royal, le plus prochain de l'aſſiette de l'héritage acquis, & qui eſt tenu en franc-aleu; la qualité de l'héritage affranchiſſant de l'enſaiſinement, il a fallu une forme, une publicité particuliere pour faire courir l'an du retrait.

Dupleſſis, à la même page 278, & c'eſt la diſpoſition de l'art. 132.

VII. Il faut que cette publication ſoit inſcrite ſur le regiſtre de l'audience, & que le juge en ait donné lettres; c'eſt ce qui la conſtate, & qui par conſéquent lui fait produire cet effet; ſans cela l'allégation de la publication ne ſeroit d'aucune conſidération, elle ſeroit vaine, rien ne la conſtatant.

Voyez le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 192; tel eſt l'uſage fondé ſur ce que la coutume veut une preuve juridique de ce qu'elle exige.

☞ Sur quoi il faut obſerver que la formalité de la publication ne ſe ſupplée point; ainſi l'aliénation du franc-aleu ſeroit parvenue à la connoiſſance des lignagers par d'autres voyes que celle de la publication; ils ſeroient cenſés l'ignorer juſqu'à cette publication qui eſt de rigueur, & du jour de laquelle ſeulement peut courir l'an du retrait.

VIII. Même ſuſpenſion lorſque le ſeigneur eſt acquéreur: en effet, lorſque le ſeigneur a acquis un fief relevant de lui, ou un héritage étant dans ſa cenſive, qui étoient l'un & l'autre propres au vendeur; le délai pour intenter le retrait, ne commence à courir contre les lignagers, que du jour que le ſeigneur a fait publier ſon acquiſition à l'audience du ſiége royal le plus prochain, telle publication pouvant ſeule la manifeſter: même raiſon, même motif dans ce cas-ci que dans le précédent; ce qui influe ſur le retrait féodal.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 1, pag. 278, & l'art. 135 de la coutume leve ſur ce toute difficulté; ainſi cette nouvelle diſpoſition eſt diſpoſition ſalutaire pour les retrayans; & ſi elle nuit à l'acquéreur, elle ne lui nuit que par ſa propre négligence.

IX. Approfondiſſons cette forme requiſe. Il faut, comme dans le cas précédent, lettres de cette publication & inſcription d'icelle ſur le regiſtre de l'audience; c'eſt dans ce cas, comme dans le précédent, ce qui conſtate cette publication, & il faut qu'elle ſoit conſtatée.

Voyez l'art. 135; la baſe de cet article eſt que l'acquéreur étant lui-même le ſeigneur, l'enſaiſinement a lieu tacitement & de plein droit, & ſe confond dans ſa perſonne: confuſion qui n'ayant aucune publicité, la publication de l'acquiſition ſupplée à ſon défaut, & peut ſeul produire ſon effet: tel eſt l'uſage, le texte de la coutume le fonde, & tel eſt le motif de ſa diſpoſition.

☞ Faute de cette publication de la part du ſeigneur, il peut être évincé pendant 30 ans par les lignagers; voyez Dumoulin, ſur l'art. 13 de l'ancienne coutume, gloſ. 12, num. 11 & 12.

§. III.

De quel jour court le délai, lorſque le ſeigneur eſt lui-même le vendeur de l'héritage ſujet au retrait.

X. La coutume ſur ce a gardé le ſilence. Dans ce cas ſingulier, le délai pour intenter le retrait, court-il du jour du contrat même? la vente étant faite par le ſeigneur, emporte-t-elle de plein droit enſaiſinement? & lui faut-il une certaine publicité à l'égard des lignagers? & cette publicité eſt-elle la publication du contrat de vente à l'audience du plus prochain ſiége royal? Je ne l'eſtime pas néceſſaire, puiſque la coutume ne le dit pas, & ici tout eſt de rigueur, l'enſaiſinement ſous ſignature privée eſt efficace, & par conſéquent le tacite vaut.

Dupleſſis, pag. 278, à la fin, eſtime qu'en ce cas pour faire courir le délai contre les lignagers, il faut publication au plus prochain ſiége royal; mais comme l'enſaiſinement ſous ſignature privée, ſuivant le même commentateur, eſt bon, ne pourroit-on pas dire d'un autre côté, que la ſignature

du ſeigneur au contrat, même portant remiſe tacite de ſes droits, vaut bien un enſaiſinement? C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ajoutées à ſon commentaire, pag. 279, ce qui me paroît conſéquent aux principes de la coutume, & l'inſinuation ſupplée: effet de l'inſinuation qui me paroît lever toute difficulté; ainſi en ce cas par l'exécution de cet édit, la coutume eſt remplie.

XI. Le délai en ce cas du retrait de l'héritage vendu par le ſeigneur, & étant dans ſa cenſive, ſeroit délai ordinaire, ſi par la vente le ſeigneur avoit fait une réſerve expreſſe de ſes droits, c'eſt-à-dire, d'an & jour, du jour de l'enſaiſinement, parce qu'en ce cas, l'acquéreur ſeroit obligé de payer les droits, & par conſéquent, de prendre enſaiſinement pour faire courir le délai du retrait, comme il y eſt obligé dans la théſe générale; dans ce cas, il rentre donc dans le droit commun.

Le Maître, tit 7, ch. 3, pag. 192; cela réſulte de ce qui eſt dit dans les deux premieres diſtinctions ci-deſſus, & naît du texte, qui ſur le délai eſt général; mais n'y ayant pas de réſerve, c'eſt le cas de la déciſion contenue dans les notes ſur la premiere propoſition.

§. IV.

De la durée de l'action du retrait à partir de l'enſaiſinement, & des actes qui y ſuppléent, & de l'inſinuation du contrat, & ſi la publicité de la vente fait courir le délai.

XII. A partir du jour de la preſtation de foi, de l'enſaiſinement ou des actes qui y ſuppléent, & à partir encore du jour de l'inſinuation du contrat: juſte formalité ajoutée à celle de la coutume, comme on l'a déja obſervé, les lignagers n'ont qu'un an & un jour pour intenter le retrait, & après ce tems, il y a fin de non-recevoir, comme on l'a déja annoncé par le premier paragraphe de la préſente ſection; telle eſt encore une fois, la durée très-juſtement limitée de cette ſection des lignagers, & la publicité de l'inſinuation du contrat de vente, dont on va parler, a exactement remédié à la clandeſtinité de l'enſaiſinement; & l'on a ajouté un jour à l'an pour faire ceſſer la queſtion de ſavoir ſi le jour du terme étoit compris dans le terme; ainſi, par cette addition, ce jour y eſt compris.

Ricard, ſur l'art 130 de la coutume, ſur cette addition d'un jour, dit, il faut obſerver que *Dies termini, id eſt, à quo terminus computatur, non eſt in termino ſed extra annum*; ce qui eſt conſtant dans l'uſage, c'eſt la fin de la loi: ſur quoi il faut obſerver que, quoique la coutume diſe (ne prend enſaiſinement qui ne veut) cependant au retrait lignager, il eſt d'une abſolue néceſſité.

XIII. Ce détail fatal d'un an & un jour court contre tout lignager indiſtinctement; c'eſt preſcription ſtatuaire générale, qu'aucun privilége particulier ne peut arrêter; c'eſt juſte rigueur, parce qu'il auroit été injuſte que le droit de l'acquéreur fût plus long-temps incertain: ce qui influe même ſur une vente publique.

C'eſt ce que dit l'art. 131 de la coutume: ſi le titre de l'acquiſition eſt une adjudication, l'appel d'icelle ne peut proroger le délai; arrêt du 2 juillet 1657, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 72; voyez les deux propoſitions ſuivantes qui contiennent la preuve de celle-ci, & qu'on peut joindre à l'arrêt qu'on vient de citer.

XIV. De-là il s'enſuit qu'il court contre les femmes en puiſſance de mari, contre les mineurs & les interdits; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente, & c'eſt ſuite du texte: en effet, lorſqu'il s'agit d'acquérir & d'acquérir au préjudice d'un tiers, qui eſt un acquéreur de bonne-foi, ceux-là ne doivent pas avoir plus de droit que les autres, à moins que l'acquéreur ne fût leur tuteur.

Lapeyrere, let. R, déciſion 140, à l'addition, pag. 191; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 1, pag. 276, & telle eſt la juriſprudence du châtelet: en effet, lorſqu'il eſt queſtion d'acquérir, les mineurs, les interdits, les femmes en puiſſance de mari, ſont regardés comme les majeurs, & comme ceux qui ſont dans la jouiſſance & dans l'exercice de leurs droits; cette eſpéce de preſcription, cette fin de non-recevoir, doit donc militer contr'eux comme contre les autres: tels ont été les motifs de la coutume, cependant il faut excepter le cas, comme on l'a déja dit ci-deſſus, auquel leur tuteur ſeroit l'acquéreur, parce qu'en ce cas, *à ſe ipſo debuit exigere*. Note ſur Dupleſſis, pag. 276, & en ce cas, ce délai ne court pas; c'eſt juſte exception déja remarquée, mais elle confirme la régle générale atteſtée par Loyſel, des retraits, reg. 46, & par tous les commentateurs de la coutume; voyez Louet & Brodeau, let. R, ch. 7.

XV. Ce délai eſt généralement en ſuſpens, tant que le contrat d'acquiſition n'eſt pas inſinué; c'eſt-à-dire, qu'en ce cas, & par le défaut d'inſinuation, ce délai eſt en ſuſpens, tant à l'égard des majeurs, qu'à l'égard des mineurs, leur droit étant ſur ce égal; c'eſt de ce jour, comme on l'a déja dit, que la coutume fait partir le délai: diſpoſition qui avoit ſon inconvénient, que la ſageſſe des ordonnances a fait ceſſer.

Voyez l'édit des inſinuations, & celui d'Henri III, du mois de novembre 1581; cela a été jugé au parc-civil, à mon profit & au profit de mon frere, ſur un retrait que nous avions intentés conjointement; cela ne peut faire matiere d'un doute, puiſque c'eſt la teneur de l'édit.

XVI. La publicité de la vente n'abrége pas ce délai; en effet, quoique la vente ſoit publique, le délai pour le retrait eſt toujours en ſuſpens, juſqu'à l'enſaiſinement & l'inſinuation; la loi municipale n'a pas ſur ce diſtingué, & par conſéquent, ſa diſpoſition tombe ſur une vente qui eſt publique, comme ſur les autres: ſur quoi il faut obſerver,

que ce qu'on dit de l'enſaiſinement s'entend auſſi de l'inſinuation qui eſt une formalité juſtement ajoutée ; de là il s'enſuit, que quoique l'adjudication du propre ait été faite par décret forcé, & que par ce moyen, la ſortie de l'héritage hors la famille ſoit publique ; cependant, le delai du retrait ne court que du jour de l'enſaiſinement pris ſur le décret, c'eſt-à-dire, ſur la ſentence d'adjudication & de l'inſinuation ; parce qu'encore une fois, où la loi ne diſtingue pas, on ne peut admettre de diſtinction.

Dupleſſis, pag. 279 ; mais auſſi il court de ce jour, encore qu'il y eût appel de l'adjudication ; le même auteur, à la même page 273, & à la page 329 ; en effet, en ce cas, la diſpoſition de la loi municipale eſt remplie, l'appel ne peut y ajouter ; & c'eſt à la diſpoſition de la coutume qu'il faut s'attacher ; voyez de Lhommeau, liv. 3, max. 205.

§. V.

Que le décret volontaire que l'acquéreur fait faire, que la faculté de réméré n'empêchent pas le delai de courir, mais que l'aſſignation eſt bonne tel jour qu'elle ſoit donnée.

XVII. Le décret volontaire que l'acquéreur fait faire pour purger les hypothéques du chef de ſon vendeur, n'empêche pas que le délai donné aux lignagers pour retraire, ne coure dès que le contrat de vente a été enſaiſiné par le ſeigneur, & qu'il a été inſinué ; c'eſt la vente qui fait ouverture à ce droit, le décret n'en eſt que la confirmation.

Note ſur Dupleſſis, pag. 279 ; cela eſt fondé ſur ce que l'enſaiſinement eſt la manifeſtation que la loi exige, de la ſortie de l'héritage de la famille, & cette manifeſtation ſuffit pour faire courir l'an du retrait, nonobſtant le cours que peut prendre le décret volontaire ; la ſtipulation d'un delai n'ayant pour objet que l'intérêt de l'acquéreur, & non d'étendre ou de proroger le droit des lignagers : tel décret leur eſt donc étranger ; le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 189, & tel eſt l'uſage, mais il faut toujours inſinuation ; & il en eſt de même, ſi le décret de volontaire qu'il étoit, devenoit forcé ; c'eſt accident, & la ſortie du propre hors la famille, eſt conſtante par la vente, & a ſuffiſante publicité par l'enſaiſinement & l'inſinuation ; ainſi nul obſtacle au cours du délai par le décret

XVIII. La faculté de réméré, comme on l'a déja annoncé, ne ſuſpend pas le délai ; ce droit poteſtatif, qui réſulte du contrat de vente, n'empêchant pas abſolument la ſortie de l'héritage hors la famille ; ainſi nonobſtant une telle faculté ſtipulée par le contrat, le délai d'an & jour court du jour de l'enſaiſinement pris ſur icelui, & de l'inſinuation ; autrement ce ſeroit ajouter à la coutume & à l'édit : ce que l'on ne peut faire, quoique, peut-être, il fût favorable de le faire.

Tiraqueau, *de retractu*, §. 1, gloſ. 10, num. 22 ; Lapeyrere, let. R, déciſion 140, pag. 391, eſt d'avis contraire, avis qui n'eſt pas ſuivi, quoique de bons auteurs l'ayent adopté, comme on le verra dans les notes ſur la propoſition ſuivante, où l'on réfutera cette opinion.

XIX. Mais comme on l'a vu dans le ſixieme chapitre de la premiere partie de ce titre, cette ouverture de retrait en faveur des lignagers du vendeur, n'empêche pas que le vendeur n'exerce le réméré contre le lignager qui a retrait ; autrement ce ſeroit le dépouiller lui-même, & contre ſon gré, c'eſt-à-dire, au-delà de la vente conditionnelle qu'il a faite, ce qu'on ne peut admettre ; ainſi, dès que l'exercice du retrait ne peut faire aucun obſtacle à celui de la faculté de réméré en faveur du vendeur ou de ſes héritiers, on ne voit pas que la ſtipulation de cette faculté puiſſe proroger la durée de l'action en retrait, qui eſt de rigueur, qui eſt très-juſtement limitée pour l'avantage du commerce ; c'eſt une foible raiſon que dire que tant que la faculté de reméré ſubſiſte, l'héritage n'eſt pas abſolument ſorti de la famille ; cela eſt vrai, mais l'omiſſion de l'exercice de cette faculté en fait la ſortie abſolue ; & de ce que l'acquéreur eſt ſujet à deux évictions ; il ne s'enſuit pas qu'il faille augmenter contre lui la durée de celle qui eſt abſolument de rigueur, & qui eſt indépendante de l'autre : cette raiſon eſt déterminante.

Dupleſſis & les auteurs des notes ajoutées à ſon commentaire, pag. 280, ſont d'avis contraire, & admettent le retrait après l'expiration de la faculté, ne faiſant courir le délai que du jour de l'expiration du réméré ; ils le rejettent tant que la faculté dure, mais il n'y a aucun inconvénient de l'admettre pendant ce tems, & il y en a beaucoup à le rejetter ; ainſi cette opinion ne peut ſe ſoutenir qu'en ajoutant à la coutume : je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, ſur le fondement que l'acquéreur vouloit exciper du droit d'un tiers qu'on laiſſoit ſubſiſter dans toute ſa force : raiſon qui me paroît déciſive, outre que la faculté de réméré qui n'a trait qu'au vendeur & à ſes héritiers, ne paroît pas pouvoir donner aux lignagers un droit plus étendu que celui qu'ils ont par la coutume ; & l'on a vu que tel eſt le ſentiment de Tiraqueau, qui me paroît plus conforme à l'eſprit de la coutume que l'autre.

XX. Mais ce délai eſt utile dans ſa totalité ; en effet, l'expiration du délai d'an & jour, emportant avec elle une fin de non-recevoir contre la demande en retrait lignager, & même contre les mineurs, l'aſſignation en retrait eſt valable, quoique donnée un jour de dimanche ou de fête ; tout jour doit être utile dans un délai ſi court. Cependant, il faut que la premiere huitaine de l'aſſignation échoit dans le délai ; ce qui en fait une diminution qui s'écarte des premiers principes : ce qui demande un examen particulier ; examen qui fera la matiere du paragraphe qui ſuit.

Loüet & Brodeau, let. R, num. 39 ; Dupleſſis, &c

& la note ſur ſon commentaire, pag. 282, les mêmes notes, pag. 289; le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 191; mais cela n'eſt admis que ſous la limitation qui va faire la matiere des propoſitions ſuivantes; il faut donc de-là tirer cette conſéquence, qu'une aſſignation en retrait donnée un dimanche ou une fête, eſt valable; c'eſt l'eſprit de la coutume: arrêt du 21 juin 1720, plaidans Chevalier & Pothouin; & tel eſt l'uſage du châtelet, qui eſt conforme au ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 322 de la coutume de Poitou, & de Lhommeau, liv. 3, max. 196.

§. VI.

Que le délai d'an & jour, n'eſt pas entiérement utile aux lignagers, & que la premiere huitaine de l'aſſignation doit écheoir en dedans icelui, & de l'effet de l'année biſſextile quant à ce.

(Art. 301 de la coutume.)

(*Aſſignation à écheoir dans ledit an & jour.*)

XXI. Cependant ce délai d'an & jour ne leur eſt pas abſolument utile dans toute ſa durée, la premiere huitaine doit écheoir en dedans ce même délai; il n'eſt donc pas entiérement utile aux lignagers: ne ſeroit-il pas à ſouhaiter qu'il en fut autrement? en effet, ce délai déja court, loin d'avoir un jour au par-deſſus d'un an, a ſept jours moins que l'année complette; cela n'eſt pas abſolument conforme à l'eſprit de la coutume, mais cela l'eſt à une lettre claire dont on ne peut s'écarter, quoique par un grand nombre de diſpoſitions des autres coutumes, il ſoit ſuffiſant pour la validité du retrait lignager que l'aſſignation en retrait ait été donnée dans l'an & jour: cela devroit être uniforme, comme étant très-raiſonnable; mais il faut reſpecter cette lettre impérieuſe.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 130; voyez Dupleſſis, traité du retrait lignager, ch. 1, pag. 285; le Maître, tit. 7, ch. 3, & par la juriſprudence du châtelet, ceſſante cette échéance de la premiere huitaine, il y auroit déchéance; cela eſt ſuite du texte trop rigoureux: Louet, let. R, num. 10, rapporte un arrêt contraire; mais il eſt à obſerver que cet arrêt eſt rendu avant la derniere réformation de la coutume, & que l'article 130, qui eſt de nouvelle coutume, porte que la premiere huitaine de l'aſſignation doit écheoir dans le délai d'an & jour; d'où il s'enſuit, que ſi par la diſtance du domicile du défendeur en retrait, l'aſſignation a été donnée à la quinzaine, il faut que cette quinzaine échoie dans l'an & jour; tel eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 285, en quoi la coutume me paroît moins harmonique qu'elle ne devroit l'être dans ſa diſpoſition; mais il faut la reſpecter telle qu'elle eſt: à l'égard de l'uſage du châtelet, il ſuffit par cet uſage que le premier délai échoie dans l'an & jour, & non tous les délais de l'aſſignation; cet uſage y eſt conſtant; voyez de Lhommeau, liv. 3, max. 195; c'eſt bien aſſez donner à une loi qui auroit beſoin de réformation.

XXII. Voyons l'effet que produit cette rigueur. De-là il s'enſuit, que ſi l'enſaiſinement ou la prefiation de foi, ſont du premier janvier, il faut la que premiere huitaine de l'aſſignation tombe à ſon échéance le ſecond de janvier de l'année ſuivante, ce qui forme la révolution de l'an & jour; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; on ſuppoſe le contrat inſinué, ſinon ce ſeroit de l'inſinuation qu'il faudroit partir, ſuivant l'édit; ce qui manifeſte que le délai, loin d'être d'un an & du jour, eſt au contraire de ſept jours moins long que l'année; ce qui eſt inconſéquent aux principes capitaux.

Le Maître tit. 7, ch. 3, pag. 191; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; ſur quoi on obſerva que par arrêt de réglement du 27 juillet 1727, l'aſſignation en retrait, à comparoître dans les délais de l'ordonnance eſt nulle; il eſt cité par l'auteur des notes ſur le Maître, pag. 188; ce qui eſt bien rigoureux, la loi qui eſt publique ſuppléant à la lettre de l'aſſignation, & il eſt conſtant qu'on le juge ainſi dans toute autre matiere; il n'y a donc pas ſur ce de décret irritant, & la demande en fait-elle par ſa nature un? c'eſt ce que je ne vois pas; il faut donc qu'il y eût quelque choſe de particulier dans l'eſpece de cet arrêt, duquel il ſeroit difficile de tirer une régle générale.

XXIII. La loi a ajouté un jour à l'an, afin d'ôter toute conteſtation ſur le calcul des jours, & afin de comprendre les deux jours extrêmes dans le délai, c'eſt-à-dire, celui qui commence, & celui qui termine le délai; cette ſage précaution de la coutume coupe ſur ce la racine à toute conteſtation, comme on l'a déja obſervé; elle étoit foible à la vérité, mais il a été prudent de la faire ceſſer; pourquoi ne la pas prendre dans toute ſon étendue?

Ricard, ſur l'art 130 de la coutume; ce qui ſert à prouver que l'échéance de la premiere huitaine ne paroît pas harmonique avec l'eſprit de la coutume; mais il faut ſe tenir à cette échéance.

XXIV. L'année ſe trouvant biſſextile ne change rien à ce calcul, & on ne retranche pas du délai, dans le cas d'une telle année, le jour que la loi ajoute à l'an; ce qu'on va développer, cette réſolution générale demandant un examen plus particulier, mais d'abord ſans entrer dans des détails; il eſt conſtant que l'année biſſextile ne change rien à ce que deſſus, un calcul qui ne tomberoit que ſur des heures, ne feroit que de l'embarras.

Voyez les propoſitions ſuivantes, ſur l'effet que le jour biſſexte peut produire par rapport au retrait; ce jour qu'on inſére de quatre ans en quatre ans dans le mois de février, eſt formé des ſix heures que le ſoleil employe à faire ſon cours chaque année au-delà de 365 jours; on l'appelle biſſexte, parce que Jules-Céſar ordonna qu'il ſeroit intercalé après le 23 février, qui étoit le 6 des calendes de mars; ainſi, parce que l'on comptoit cette année-là deux fois les calendes de mars, *Biſſexto calendas*, on nomme biſſexte le jour intercalé. Premiere explication néceſſaire ſur cette matiere,

quoique rare, puiſque cela arrivant peut devenir intéreſſant.

XXV. Examinons plus à fond l'effet du jour biſſexte. Lorſque l'année eſt biſſextile, cette addition d'un jour pour les ſix heures excédentes, qui font partie de chaque année, augmente le délai d'un jour, mais non indiſtinctement. Voyons d'abord quand il n'augmente pas le délai. Dans le cas que l'enſaiſinement a été donné après le dernier février de telle année, le délai par cette circonſtance ne ſe trouve pas augmenté d'un jour, le délai eſt le délai ordinaire; ainſi en ce cas, il faut faire toute abſtraction que l'année a été biſſextile; en effet, c'eſt plutôt celle qui ſuit qui eſt telle.

Voyez l'arrêt du 32 mai 1650, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 6, ch. 9; Dupleſſis, & la note ſur ſon commentaire, pag. 182: en effet, en ce cas, l'année du retrait n'eſt pas exactement biſſextile, c'eſt celle qui la ſuit qui l'eſt.

XXVI. De-là il s'enſuit, que ſi le contrat de vente a été enſaiſiné le 28 février, il faut que l'exploit en retrait ſoit donné, & la premiere huitaine d'icelui ſe trouve échue au 28 février de l'année ſuivante, quoique biſſextile, la véritable année du retrait n'étant pas en ce cas, biſſextile, mais bien celle qui la ſuit; mais ſi l'enſaiſinement a été donné le dernier février, & que l'année ſuivante, c'eſt-à-dire, celle qui part de l'enſaiſinement, & l'année courante ſoit biſſextile, le délai eſt augmenté d'un jour, & l'année du retrait comprend le nombre de jours qui compoſent l'année biſſextile; telle eſt l'explication de la diſtinction annoncée ci-deſſus.

Voyez Lapeyrere, let. R, déciſ. 195, pag. 401; au moyen de ce, ſi l'enſaiſinement du contrat de vente ſur lequel le retrait s'ouvre, a été donné le 1 mars, & l'année qui ſuit cet l'enſaiſinement étant biſſextile, il ſuffit que l'exploit ſoit donné, & la premiere huitaine d'icelui échue au 1 mars, quoique le mois de février qui précéde cette échéance ſe trouve angmenté d'un jour; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus: en un mot, tout ce qui répand ici obſcurité, c'eſt qu'on conçoit une année par habitude à partir du premier janvier; ici il faut la concevoir à partir du jour de l'enſaiſinement & de l'inſinuation; ſi le jour intercalé arrive pendant la révolution des 12 mois, il eſt utile aux lignagers & augmente ce délai d'un jour; mais s'il arrive hors cette révolution de 12 mois, il n'eſt plus d'aucune conſidération.

XXVII. De-là il s'enſuit, à plus forte raiſon, que lorſque l'année à partir de l'enſaiſinement n'eſt pas biſſextile, le retrayant ne peut compter comme utile & en ſa faveur, les ſix heures qui reſtent de chaque année, & qu'on réunit de quatre ans en quatre ans, pour en former un jour complet dont l'année biſſextile eſt augmentée; c'eſt une ſeconde conſéquence de ce que deſſus. En effet, il faut ſe conformer à l'uſage commun, l'uniformité & la ſimplicité ſont toujours favorables, comme tendant à applanir les difficultés; ces ſix heures qu'il faut ajouter à chaque année, & qui en ſont réellement partie, ne ſont donc hors le cas ci-deſſus marqué d'aucune conſidération en matiere de retrait lignager; cela eſt conſtant par l'uſage: cependant il en eſt autrement par rapport à la majorité, la révolution de ces ſix heures qui ſe fait ſucceſſivement chaque année pour y parvenir, doit pour ſon complément entrer dans la révolution du tems pour ce néceſſaire, parce que ces jours ſont partie des 25 ans qui forment la majorité.

On obſerve qu'il n'en eſt pas de même par rapport à la majorité, ſuivant la loi 3, §. 3, ff. *de min.* pour la rendre complette on compte tous les tems, enſorte que celui qui eſt né le 28 février, & de qui la majorité arrivera une année biſſextile, ne ſera majeur que le 29 février à l'heure de ſa naiſſance; c'eſt ce que dit cette loi: *Ut à momento ad momentum tempus ſpectetur, perindè biſſexto natus eſt ſive priore, ſive poſteriore die, Celſus ſcribit, nihil refert, nam id biduum pro uno die habetur, & poſterior dies calendarum intercaletur;* en effet, par rapport à la majorité, ce jour fait partie des années néceſſaires pour la rendre complette, mais le retrait n'eſt pas aſſez favorable pour faire indiſtinctement cette exacte ſupputation des tems; & comment la faire par rapport à une ſeule année qui eſt la durée de cette action, lorſque cette année n'eſt pas biſſextile, & que la révolution de 12 mois la rend complette?

☞ Sur toutes les propoſitions de cette ſection, voyez l'acte de notoriété du châtelet, du 17 janvier 1691, portant que, ſuivant l'article 130 de la coutume, la demande en retrait doit être intentée dans l'an & jour de l'enſaiſinement, & l'aſſignation échoir dans le même tems; enſorte que ſi l'enſaiſinement eſt fait le 2 janvier, l'aſſignation doit échoir le même jour 2 janvier de l'année ſuivante, & ſi elle échoit le 3, le demandeur en retrait ſeroit non recevable, la coutume ne recevant point d'extenſion. Par le même acte de notoriété, il eſt certifié que l'article 3 du tit. 3 de l'ordonnance de 1667, eſt inviolablement obſervé & que toute aſſignation qui ſe donne en matiere de retrait au parc civil ſont de huitaine franche, dans laquelle on ne comprend ni le jour de l'aſſignation, ni celui de l'échéance; de ſorte que pour donner une aſſignation valable dans l'an & jour de l'anéantiſſement, en le ſuppoſant du 2 janvier, elle doit être du 24 décembre, parce que la huitaine franche, ſans compter le jour de l'exploit, ni celui de l'échéance, ſe trouve dans l'an & jour de la date de l'enſaiſinement; à l'égard du jour biſſexte, il n'eſt d'aucune conſidération: voyez Tiraqueau, des retraits, paragraphe 1, gloſ. 11, num. 119; & l'arrêt du 10 décembre 1569, rapporté par Carondas, ſur l'art. 130 de la coutume.

§. VII.

De la durée de l'action en retrait lorſqu'il n'y a pas preſtation de foi, ni d'enſaiſinement, ou qu'il n'y a pas d'inſinuation, & lorſqu'il y a revente de l'héritage.

XXVIII. Dans le premier cas qui eſt celui

du défaut d'enſaiſinement, la durée de l'action en retrait eſt de trente-un ans & un jour, après quoi fin de non-recevoir; ces trente années forment & valent enſaiſinement légal, quoiqu'il ne ſoit pas réel, & du jour que cet enſaiſinement légal a lieu, le délai du retrait commence, qui eſt d'an & jour; ce qui renferme l'application de diverſes diſpoſitions de la coutume ſur la preſcription & le retrait

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 1, pag. 182 & 183, examine la queſtion ſans la décider; mais la propoſition eſt conforme au ſentiment des auteurs des notes qui y ont été ajoutées, & à l'uſage du châtelet, fondé ſur ce que la preſtation de foi & l'enſaiſinement ne ſont preſcrits qu'après 30 ans, & ce n'eſt que du jour de la preſcription acquiſe qui vaut enſaiſinement, qu'on peut faire partir le délai d'un an & jour pour le retrait, qui eſt le délai que la coutume a fixé pour cette action; cela eſt regardé au châtelet comme une maxime conſtante, comme ayant ſa racine dans les principes de la coutume; en effet, le tems a produit enſaiſinement légal, & du jour de cet enſaiſinement commence ſeulement la durée de l'action en retrait.

XXIX. Cette preſcription de trente ans de l'enſaiſinement milite contre les mineurs lignagers, parce que le ſeigneur ne peut exciper de leur droit, & que dès que l'enſaiſinement eſt acquis contre lui, il vaut contre tout autre; il doit donc par conſéquent militer contre les lignagers, quoique mineurs, le délai pour le retrait courant contr'eux, ſauf au ſeigneur mineur à faire valoir la ſuſpenſion que ſon âge lui procure, & dont le lignager, quoique mineur, ne peut exciper.

Le Maître tit. 7, ch. 3, pag. 190. On a établi ci-deſſus que le délai ordinaire d'an & jour militoit contre les mineurs, & comment celui ci ne courroit-il pas contr'eux, lorſque le premier court? De-là il s'enſuit qu'en ce même cas où le contrat de vente n'a pas été enſaiſiné, le mineur lignager, n'a, comme le majeur, que 31 ans & un jour pour retraire; c'eſt ce qui a été jugé au parc-civil, dans la cauſe du ſieur d'Arennes, caiſſier des conſignations.

XXX. Dans le cas où la publication du contrat d'acquiſition à l'audience eſt néceſſaire, & qu'elle n'a pas été faite, le délai du retrait eſt le même que dans le cas du défaut d'enſaiſinement; ce délai eſt de trente-un ans & un jour; ce que deſſus fonde cette propoſition, parce que où la raiſon eſt la même, la réſolution ne peut varier; & la minorité du ſeigneur, dans le cas qu'il n'y auroit pas d'enſaiſinement pris ſur le contrat, ne prorogeroit pas le délai du retrait, qui eſt en ce cas, & comme l'a vu ci-deſſus, de trente-un ans & un jour; en effet, comme le ſeigneur ne peut exciper du droit des lignagers, ces derniers ne peuvent exciper du droit du ſeigneur.

Cette queſtion fut agitée au châtelet après la plaidoirie de la cauſe du ſieur d'Arennes par d'habiles avocats, & telle fut leur réſolution, fondée ſur ce que l'an & jour lorſqu'il y a enſaiſinement court contre les mineurs, ſuivant l'art. 131 de la coutume, & que le laps de 30 ans opére enſaiſinement relativement aux lignagers, toute abſtraction faite du droit de ſeigneur, ou du privilége qu'il peut avoir pour proroger la durée de l'action qui lui eſt perſonnelle; en effet, le défaut d'enſaiſinement ne peut jamais, à l'égard des lignagers, produire d'autre effet que de donner à leur action en retrait la durée ordinaire de toute autre action qui leur ſeroit perſonnelle: durée que le privilége qui eſt particulier à un tiers ne peut étendre, ainſi après 30 ans, l'enſaiſinement eſt préſumé fait, & cette preſomption fait courir l'an de retrait; ce qu'on a dit de l'enſaiſinement s'applique auſſi à l'inſinuation & à la publication à l'audience, dans le cas qu'elle eſt néceſſaire.

XXXI. Venons à préſent à l'enſaiſinement pris par un ſecond acquéreur; la lettre de la coutume garde ſur ce le ſilence, c'eſt donc ſon eſprit qu'il faut conſulter. Si le premier acquéreur n'a pas fait enſaiſiner ſon contrat & que le ſecond acquéreur ait pris enſaiſinement, tel enſaiſinement fait courir l'an & jour du retrait contre les lignagers; en effet, tel enſaiſinement a rempli la diſpoſition de la coutume; il doit donc produire ſon effet, abſtraction faite de la perſonne qui a obtenu l'enſaiſinement; c'eſt l'eſprit de la coutume, c'eſt ſa diſpoſition générale, qui doit opérer pour un ſecond acquéreur comme pour un premier.

C'eſt le ſentiment de Brodeau, ſur l'art. 139 de la coutume, num. 2. En effet, quoique pris par un ſecond acquéreur-il eſt toujours ſuffiſant pour la notification aux lignagers de la ſortie du propre hors la famille, & par conſéquent il doit produire ſon effet; d'où il s'enſuit par une ſeconde conſéquence qu'il fait courir le délai d'an & jour pour le retrait; cela eſt d'uſage au châtelet, & cet uſage eſt fondé ſur l'eſprit de la coutume, ſa diſpoſition ſur le cas exprimé devant influer ſur celui qui ne l'eſt pas.

XXXII. De-là il s'enſuit que dans ce cas, le délai n'eſt pas comme dans le cas précédent de trente-un ans & un jour, mais ſeulement du tems qui s'eſt écoulé avant l'enſaiſinement pris par le ſecond acquéreur ſur ſon propre contrat, & en outre d'un an & d'un jour à partir du jour de cet enſaiſinement; mais ſi le ſecond acquéreur n'a pas pris d'enſaiſinement, l'action en retrait doit avoir contre lui la même durée qu'elle auroit contre un premier acquéreur, c'eſt-à-dire, qu'elle doit ſubſiſter trente-un ans & un jour; ainſi ce qu'on a dit par rapport à un premier acquéreur, s'applique à un ſecond, & la preſcription par rapport à l'un & à l'autre, ne peut être que de trente ans.

Voyez le Maître, tit. 7, ch. 13, pag. 190, qui eſtime que le ſecond acquéreur preſcrit contre l'action en retrait par 10 ans entre préſens, & 20 ans entre abſens; ce qui ne me paroît pas avoir

aucun fondement, ni dans la lettre, ni dans l'eſprit de la coutume, du moins par rapport au tems du retrait : car quand ce tems de 10 ou de 20 années affranchiroit l'acquéreur de l'action hypothécaire du ſeigneur, par rapport aux droits à lui dûs pour la premiere mutation ; il n'en eſt pas moins conſtant à l'égard des lignagers, que pour faire courir l'an du retrait il faut enſaiſinement ou laps de tems qui l'opére, c'eſt-à-dire, 30 ans, puiſque c'eſt la durée de l'action perſonnelle, & que la preſcription de 10 ou de 20 ans ne peut effacer que le droit ou la pourſuite hypothéquaire ; ainſi l'action du ſeigneur étant ſubſiſtante contre le premier acquéreur, le droit des lignagers doit ſubſiſter même contre un ſecond acquéreur, qui ne peut faire courir en ce cas l'an du retrait que par un enſaiſinement pris par lui-même ou par le laps du tems de 31 années, mais qui ſe compte du jour de la premiere vente, lorſqu'il n'y a eu aucun enſaiſinement ſur l'un ni ſur l'autre.

XXXIII. Continuons d'examiner un tel enſaiſinement. Si le nouvel acquéreur n'avoit pris l'enſaiſinement que trente ans & un jour après la premiere vente, l'enſaiſinement pris par un ſecond acquéreur ne r'ouvriroit pas l'action de retrait en faveur des lignagers, parce que la fin de non-recevoir eſt acquiſe, & que l'enſaiſinement relatif au ſeigneur, ne peut faire renaître une action que le tems a effacé ; c'étoit de la premiere vente & non de la ſeconde, que le droit des lignagers dérivoit ; c'eſt donc de la premiere qu'il faut compter la durée leur action.

Voyez la diſtinction précédente, elle contient la preuve de la propoſition qui naît naturellement de la coutume.

XXXIV. On verra ci-après que lorſqu'un premier acquéreur a vendu à un ſecond, & qu'il y a encore lieu au retrait en faveur des lignagers du premier vendeur, le retrait, quoique réfléchiſſant ſur le ſecond acquéreur, s'exerce néanmoins ſur le premier contrat de vente & non ſur le ſecond ; c'eſt ce contrat qui a fait ouverture au droit des lignagers, ce qu'il eſt à-propos d'obſerver ici, & qui confirme la derniere partie de la précédente propoſition.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, ce qu'on verra ci-après plus amplement.

SECTION II.

Des cas eſquels le délai d'an & jour pour intenter le retrait eſt prorogé ; que la demeure du vendeur dans la poſſeſſion de l'héritage ne le proroge pas, & de la durée de l'inſtance du retrait.

XXXV. Quoique le vendeur ſoit reſté en poſſeſſion du propre par lui vendu, le délai pour intenter le retrait ne laiſſe pas de courir lorſque le contrat a été enſaiſiné & inſinué, la coutume ne requérant pour ce que l'enſaiſinement ; autrement, & ſur une matiere de rigueur, ce ſeroit ajouter à ſa diſpoſition, ce qu'on ne peut faire : quelques-uns ont penſé le contraire ; c'eſt erreur, c'eſt une addition non-recevable à la diſpoſition de la coutume ; l'équité, mais mal appliquée, les avoit conduit-là.

Dupleſſis, en ſon traité du retrait, ch. 7, ſect. 2, pag. 327, eſt d'opinion contraire ; c'eſt une opinion ſinguliere, auſſi n'eſt-elle ſuivie ni au châtelet, ni par les auteurs des notes ajoutées à ſon commentaire, au ch. 1, du même traité, pag. 287, qui diſent que le délai en ce cas ne laiſſe pas de courir du jour de l'enſaiſinement, & la publicité de l'inſinuation ; ſa néceſſité pour faire courir l'an du retrait leve ſur ce toute difficulté.

☞ Il a même été jugé que le lignager étoit non-recevable dans ſa demande en retrait intentée après l'an & jour de l'enſaiſinement, ſur le fondement que le fermier avoit acheté peu de tems après ſon bail l'héritage qui lui étoit affermé ; voyez l'arrêt du 2 janvier 1576, rapporté par Chopin, des retraits, num. 3 ; ce qui confirme la propoſition.

XXXVI. Venons au cas dans lequel il y a prorogation. Le mari ayant vendu le propre de la femme ſans ſon conſentement, l'an & jour du retrait ne court que du jour de l'enſaiſinement pris ſur la ratification de la femme : ratification qui forme ſeule l'aliénation & non le contrat de vente, qui eſt nul par l'incapacité de celui qui l'a paſſé : nullité qui arrête abſolument le cours du délai pour l'exercice du retrait, puiſque par icelle il n'y a pas de vraie ſortie de l'héritage hors la famille ; & par conſéquent, de véritable ouverture au retrait.

Dupleſſis, traité du douaire, ch. 1, pag. 281, & la note qui y eſt ajoutée ; le Maître, tit. 7, pag. 189, & tel eſt le ſentiment général.

XXXVII. Il n'en eſt pas de même de la vente faite par le mineur ; comme cette vente eſt valable, ſauf la reſtitution en entier en ſa faveur contre icelle, s'il y a lieu, l'an & jour du retrait court du jour de l'enſaiſinement pris ſur le contrat de vente, & non de celui pris ſur la ratification qui a effet rétroactif ; c'eſt l'effet naturel d'une telle vente & d'une telle ratification, la premiere a réellement fait ſortir l'héritage hors la famille, ſauf le droit du mineur de ſe faire reſtituer qui lui eſt perſonnel, & dont les lignagers auxquels ce droit n'a nul trait ne peuvent exciper.

Arrêt rapporté par Robert, liv. 3, ch. 17 ; le Maître, à la page citée ſur la propoſition précédente, & tel eſt l'uſage du châtelet ; en effet, en ce cas le contrat de vente a vraiment fait ſortir l'héritage hors la famille.

XXXVIII. La demande formée par le vendeur en nullité du contrat de vente, n'empêche pas que l'an & jour du retrait ne court

contre les lignagers, la proviſion étant dûe au titre, & la vente préſumée bonne juſqu'à ce qu'elle ait été détruite ; autrement il dépendroit du vendeur de proroger le délai du retrait lignager, ce qu'on ne peut admettre ; c'eſt la loi qui agit & quidétermine ici, & non ſa volonté.

Cela eſt de juriſprudence au châtelet, parce qu'il eſt de principe que *ſtatur inſtrumento.*

XXXIX. Voici un ſecond cas où il y a prorogation. Le tuteur ayant acquis un héritage dont le retrait pouvoit être intenté par ſon pupille, l'an & jour ne court contre ſon pupille que du jour de la tutelle finie, pourvu que ce pupille juſtifie, que ſon tuteur avoit à lui des deniers ſuffiſans pour exercer le retrait, ſans quoi le pupille n'auroit pas ce droit ; la premiere partie de la propoſition eſt fondée ſur l'impuiſſance du pupille, d'agir contre ſon tuteur, & ſur l'obligation du tuteur de le faire pour lui ; & la ſeconde partie, ſur ce que ce n'eſt qu'autant que le pupille juſtifie que ſon tuteur avoit à lui deniers ſuffiſans pour l'exercice du retrait, qu'il peut raiſonnablement lui imputer de la négligence ; cela ceſſant, il n'y en a pas : ſuſpenſion déja annoncée ci-devant en général, mais que ces réflexions développent en fixant ſa juſte application.

Note marginale ſur Dupleſſis, pag. 276, elle ne fait pas mention de la limitation ; mais je l'ai entendu ainſi juger au châtelet, & la juſtice de cette limitation eſt atteſtée par le Maître, pag. 191 ; en effet, il ne peut y avoir de négligence où il y a entiere impuiſſance d'agir.

XL. Voici un troiſieme cas de prorogation. Dans le cas où il y a fraude par le contrat, par exemple, ſi on a déguiſé le prix, ſi l'on a qualifié le contrat de vente, de donation, le délai pour intenter le retrait ne court que du jour de la découverte de la fraude ; autrement ce ſeroit l'adopter & lui faire produire ſon effet contre ceux contre leſquels elle avoit été pratiquée, ce qui ne peut être.

Cela eſt encore de juriſprudence ; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, & des auteurs des notes ajoutées à ſon commentaire, pag. 283 & 284 ; c'eſt droit commun ; voyez de Lhommeau, liv. 3, max. 200, & Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. du retrait, num. 18 ; ſur quoi on peut obſerver que l'édit des inſinuations leve par la publicité qu'il exige, toutes les fraudes qu'on auroit voulu rendre efficaces par la clandeſtinité ; mais la réſolution reſte pour les fraudes qui viendroient de la fauſſe qualification du contrat.

XLI. Mais non-ſeulement la minorité du vendeur, comme on vient de le voir, mais encore cette minorité jointe à une promeſſe de ſa part de ratifier après ſa majorité, ne ſuſpend point le délai pour intenter le retrait ſur une telle vente : une telle vente a toujours fait ouverture au retrait & ſortie de l'héritage ; ainſi, ce n'eſt pas du jour de la ratification, mais du jour de la vente que court l'an du retrait. Cependant, il en ſeroit autrement ſi le contrat étoit nul ; en ce cas, ce tems ne courroit que du jour de la ratification dûement inſinuée.

C'eſt le ſentiment de Tronçon & de Ricard, ſur l'art. 230, & cela eſt obſervé au châtelet ; en effet la promeſſe de ratifier la vente qui n'eſt qu'une ſuite de l'aliénation, ne peut donner aucune atteinte à la troiſieme propoſition de cette ſection ; c'eſt toujours vente ; voyez de Lhommeau, liv. 3, max. 201, 202, 203 ; Robert, liv. 3, ch. 17 ; Chopin, ſur Anjou, liv. 3, tit. du retrait, num. 2 ; Tiracqueau, du retrait, art. 1, gloſ. 10, queſt. 17, num. 64 ; & le journal du palais *in-4°.* tom. 4, pag. 469.

XLII. Venons à la durée de l'action en retrait ; l'inſtance de retrait eſt annale, parce qu'elle ne doit pas avoir plus de durée que l'action même.

Voyez le titre de la péremption, où il eſt établi que cette inſtance n'a pas la même durée que les autres : de-là il s'enſuit que cette inſtance tombe en péremption faute de pourſuite pendant un an, cela a été jugé au préſidial, moi plaidant.

XLIII. Cette péremption a lieu, quoiqu'il y ait eu conteſtation en cauſe, dès que la procédure a été diſcontinuée pendant un an ; tout eſt ici de rigueur.

Voyez le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 192, & tel eſt l'uſage du châtelet. Par la nouvelle juriſprudence, l'effet de la péremption eſt bien affoibli, mais cet affoibliſſement ne doit pas s'étendre ſur une matiere de rigueur.

CHAPITRE SECOND.

DES FORMALITÉS DU RETRAIT JUSQU'A L'ADJUDICATION.

(Art. 140 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DES FORMALITÉS DE L'EXPLOIT CONTRE LE PREMIER ACQUÉREUR.

I. ICI, c'eſt-à-dire, dans l'inſtance de retrait, les épines dont on a entouré cette matiere commencent à ſe faire ſentir, elles deviennent encore plus fortes dans l'exécution de ce droit; ainſi le retrait étant de rigueur, s'il y a nullité dans l'exploit, il y a abſolue déchéance : principe général dont on va voir les conſéquences par le préſent chapitre. De ce principe, il s'enſuit, 1°. que l'exploit doit être libellé ſuivant les art. 79 & 80 de l'ordonnance de 1539; & de celle de 1667; 2°. qu'il doit être ſignifié à la perſonne, ou à ſon domicile, avec mention à qui il a été laiſſé, tant dans l'original que dans la copie; 3°. il doit être fait en préſence de deux témoins, qui doivent ſigner, tant l'original que la copie; & mention doit être faite dans l'exploit de leurs noms, ſurnoms, qualités & demeures : 4°. l'huiſſier doit être capable d'exploiter dans le lieu, & il doit ſigner, tant l'original que la copie; l'omiſſion d'une ſeule de ces formalités emporte déchéance abſolue : il y a outre cela les offres dont on parlera ci-après.

Sur quoi il eſt bon d'obſerver que le défaut de la juſtification de la qualité de lignager, par l'exploit, n'eſt pas nullité; en effet, il ſuffit que cette qualité ſoit juſtifiée par la ſuite, cet objet étant du fonds & non de la forme; arrêt du 26 juillet 1674, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 88; journal du palais, troiſieme partie, pag. 433, & tel eſt l'uſage du châtelet; voyez ſur la déchéance les propoſitions ſuivantes, on la porte loin & peut-être trop loin.

☞ Il faut encore que l'exploit faſſe mention s'il eſt donné avant ou après midi; doit en outre contenir conſtitution de procureur à peine de nullité, même dans les juſtices où il n'y a que des procureurs poſtulans; voyez l'ordonnance de 1667, & l'arrêt du 22 ſeptembre 1735, cité par Lacombe, *verb.* retrait, num. 1; doit être donné de jour & non de nuit; arrêt du 7 ſeptembre 1602, rapporté par Tronçon, ſur l'art. 130 de la coutume; néanmoins voyez l'arrêt du 21 juin 1720, & la ſentence des requêtes du palais du 5 juillet de la même année, rapportés par Deniſard, au mot retrait, qui ont déclarés valables des exploits en retrait, quoique donnés l'un à ſept heures du ſoir au mois de novembre, & l'autre à ſix heures du ſoir au mois de janvier.

II. Voici une premiere ſuite de cette rigueur. Cette déchéance eſt ſi abſolue, que le retrayant qui a failli, ne peut plus réitérer ſon action par un nouvel exploit ou nouvelle demande; il y ſeroit non-recevable, ce qui eſt plus rigoureux que juridique : car, s'il eſt encore dans le tems, pourquoi ne l'en pas laiſſer jouir lorſque les autres lignagers en jouiſſent? mais il faut reſpecter cette rigueur.

Arrêt du 11 août 1733, rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 2, ch. 56; autre du 5 mai 1639, rapporté par le même, tom. 2, liv. 8, ch. 19; Lapeyrere, let. R, déciſion 166, pag. 396, & c'eſt l'uſage du châtelet; il faut s'y tenir, quoiqu'il ſemble que le délai de la coutume devroit toujours être utile, ſauf au demandeur en retrait à payer les frais de ſa mauvaiſe procédure : mais encore une fois on obſerve ici une rigueur outrée; cette rigueur eſt encore atteſtée par les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait, art. 44; c'eſt un torrent dont peut-être on arrêtera le cours.

III. Cela a lieu, c'eſt-à-dire, que cette impuiſſance de réitérer la demande en retrait a lieu, encore qu'il n'y ait point de ſentence qui ait prononcé la déchéance ſur la premiere demande, ce droit de déchéance étant acquis au défendeur, quelle rigueur!

Dupleſſis, pag. 307 & 308; note ajoutée à ſon commentaire, déſignée par la double lettre S, pag. 308, & tel eſt l'uſage du châtelet.

IV. Venons à la compétence du juge. L'action en retrait étant mixte, partie perſonnelle & partie réelle, elle doit être intentée devant le juge du domicile de l'acquéreur, la perſonnalité l'emportant ſur la réalité; cependant l'incompétence ne feroit pas nullité : le torrent n'a pas encore gagné juſques-là.

Tel eſt ſur ce la juriſprudence du châtelet; mais l'incompétence du juge pardevant lequel l'inſtance de retrait auroit été introduite n'opére pas nullité; arrêt du premier juillet 1627, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 129; voyez Bardet, tom. 2, liv. 6, ch. 60.

Quant à la régularité d'aſſigner le défendeur en retrait devant le juge de ſon domicile, quoique l'action en retrait ſoit *actio in rem ſcripta*; & le droit qu'il a par conſéquent de demander ſon renvoi devant ce juge, s'il étoit aſſigné devant un autre : cette régularité eſt atteſtée par Louet & par Brodeau, lettre R, ch. 51, & eſt conforme à l'art. 382 de la coutume d'Anjou ; mais l'inobſervation de cette régularité n'emporte pas nullité, & ouvre ſeulement au défendeur en retrait, la voie de demander ſon renvoi devant le juge de ſon domicile ; & il ne faut pour cela nouveau délai, nouvelle aſſignation, d'autant plus que la premiere, quoique donnée devant un juge incompétent, étant libellée, a interrompu le cours de la preſcription ; mais il faut que le demandeur en retrait agiſſe dans l'an devant le nouveau juge : ſans cela, il y auroit fin de non-recevoir acquiſe contre lui, parce que l'inſtance qui n'eſt qu'une acceſſoire à l'action, ne peut pas avoir plus de durée que l'action même ; mais c'eſt l'effet de la péremption.

V. La propoſition précédente reçoit une exception ; ſi l'héritage étoit ſitué dans une coutume qui requiert que la demande en retrait ſoit formée devant le juge du lieu où l'héritage eſt ſitué, il faut en ce cas aſſigner devant ce juge, autrement il y auroit déchéance, tout retrait devant être formé ſuivant les formalités de la coutume, dans l'étendue de laquelle l'héritage eſt ſitué, c'eſt ſtatut réel ; qualité qui aſſujettit néceſſairement à cette forme.

Telle eſt encore la juriſprudence du châtelet ; Mornac, ſur la loi 70, ff. *de judiciis*; Lapeyrere, let. R, déciſion 162, pag. 396, ont penſé le contraire, leur opinion n'eſt pas ſuivie ; voyez la note ſur Dupleſſis, pag. 275, où il eſt prouvé que le retrait eſt réel ; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 199, confirme encore la propoſition, qui ne me paroit pas à préſent ſouffrir de difficulté.

VI. Mais, malgré la rigueur de cette matiere, ceſſant la diſpoſition de la loi municipale, l'aſſignation donnée devant un juge dont on peut valablement décliner la juriſdiction, n'emporteroit pas déchéance, ainſi qu'on l'a déja vu dans les notes ; en effet, telle aſſignation ne donne droit que de décliner la juriſdiction, mais n'eſt pas nulle en elle-même ; telle incompétence ne peut donc opérer déchéance du retrait.

Voyez l'arrêt cité ſur la quatrieme propoſition de cette ſection ; tel eſt l'uſage du châtelet, tel eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 285 & 286 ; il y en a encore un ancien arrêt, il eſt rapporté dans la note ſur Dupleſſis ; & cela eſt droit commun.

VII. Voyons ſi la nullité ouvre quelque garantie ; la nullité de l'exploit en retrait ne donne aucune action contre l'huiſſier (*à mal exploiter point de garant*) c'eſt une maxime du droit françois, & qui milite ici.

Cela a été jugé pluſieurs fois au châtelet ; la maxime à mal exploiter point de garant, eſt atteſtée par Loyſeau, en ſes inſtituts, elle a lieu ici ; cependant elle reçoit quelques exceptions.

VIII. Paſſons à la forme de l'exploit, conformément à la coutume ; car ci-devant on n'a expoſé que les formalités portées par les ordonnances : voyons à préſent celles de la coutume. L'exploit en retrait doit contenir des offres de bourſe, deniers, loyaux coûts, & à parfaire, à peine de nullité ; & outre ce doit être revêtu de toutes les formalités de l'ordonnance, ſans cela il y auroit nullité & par conſéquent déchéance ; de même il doit contenir les formalités preſcrites par la coutume qui régit l'objet du retrait ; c'eſt à cette coutume ſur cela qu'il faut ſe fixer, c'eſt elle qui dirige le retrait étant un droit réel ; le libelle des offres ci-deſſus eſt pour la coutume de Paris.

Le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 194. Si l'héritage qui fait l'objet du retrait étoit ſitué dans une autre coutume, il faudroit ſuivre, à peine de nullité, les formalités portées par cette coutume, quoique le retrait ſe diſcutât à Paris ; ainſi en ce cas, les termes changeroient ; Louet, let. R, num. 52 ; & Brodeau, au même endroit : ce qui eſt encore atteſté par Pocquet, en ſes régles du droit françois, pag. 631 & 632 ; il ajoute qu'il faut encore ſuivre les uſages du ſiége où le retrait eſt pendant ; mais quant à ce, il n'y auroit nullité qu'autant qu'il y auroit une loi portant décret irritant.

SECTION II.

Dans quels actes de l'inſtance les offres ſont néceſſaires.

(Art. 140 de la coutume.)

IX. Ces offres de bourſe, deniers, loyaux coûts, & à parfaire néceſſaires dans la coutume de Paris, doivent être faites non-ſeulement par l'exploit, mais encore être réitérées à chaque fois que la cauſe eſt portée à l'audience, & la ſentence doit donner lettres de ces offres, au défaut deſquelles il y auroit déchéance, c'eſt ce que la coutume appelle journée de la cauſe, ce qu'on expliquera ; c'eſt ſigne extérieur, quoique incertain, dont on s'eſt anciennement contenté comme d'une réalité, ce qu'il faut reſpecter.

Le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 194 ; & tel eſt l'uſage du châtelet fondé ſur le texte.

X. Détaillons les actes où ces offres ſont néceſſaires. De toutes les procédures de l'inſtance, autres que les ſentences rendues par le juge ſéant en ſon tribunal, ces mêmes offres ne ſont néceſſaires que dans les actes du greffe, ces actes étant cenſés faits en préſence du juge, ainſi les premieres ont néceſſairement entraîné les ſecondes ; ce ſont vraies journées de la cauſe.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, *tom.* 1, cent. 1, ch. 23 ; je l'ai fait juger pluſieurs fois au

châtelet, où les procureurs s'étoient imaginés introduire la néceſſité de ces offres dans d'autres actes, ce que le Maître rejette, & ce qu'on rejette à préſent avec raiſon au châtelet; cette matiere a aſſez d'épines ſans les augmenter par une vaine crainte & un uſage abuſif: ces praticiens ne le ſont que trop ſouvent.

XI. En cauſe d'appel ces mêmes offres ne ſont néceſſaires que juſqu'à concluſion ſur l'appel incluſivement, mais non au-delà, & elles ne le ſont pas dans des inſtances incidentes.

Tel eſt le texte la coutume; mais elles ne ſont pas néceſſaires en inſtance en réglement de juges ni en matiere de requête civile, parce qu'il ne faut rien ajouter à la coutume.

☞ Elles ne ſont pas non plus néceſſaires ſur une déclination aux requêtes du palais; parce qu'en ce cas, il ne s'agit pas du retrait, mais ſeulement de la juriſdiction; & par cette raiſon, le défaut d'offres dans une rétention n'opére pas de nullité. Voyez Brodeau ſur Louet, lettre R, nomb. 52.

XII. Nul acte n'équipolle à ces offres, juſques-là que la conſignation que le retrayant feroit prématurément & avant l'adjudication du retrait ne le diſpenſeroit pas de ces offres, ce ſeroit de ſa part vouloir s'élever au-deſſus de la coutume & s'ériger en réformateur de ſa diſpoſition; ce qu'on ne peut admettre.

Cela s'entend dans la coutume de Paris, & cela eſt d'un uſage conſtant au châtelet; il n'en eſt pas de même dans les coutumes qui autoriſent la conſignation préliminaire; Dumoulin avoit penſé le contraire, cette opinion a été rejettée.

XIII. Les mineurs, les interdits, les femmes en puiſſance de mari ne ſont pas reſtituables contre les nullités de l'exploit, ni l'omiſſion des offres, telles que deſſus, dans les actes dans leſquels elles ſont néceſſaires, parce que lorſqu'il eſt queſtion d'acquérir ils n'ont pas plus de droit que les majeurs; ils ſont donc comme ces derniers aſſujettis à cette forme; cela eſt de droit commun, c'eſt principe généralement adopté.

Ces actes ſont les journées de la cauſe, comme on l'a déja annoncé; ſur ce mot, *journée*, voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par la let. Q, pag. 292; ces actes ne s'entendent que de ceux qui ſont faits devant le juge, ou qui ſont cenſés faits devant lui; & pour ces derniers, pour les faire réputer tels, il faut qu'ils ſoient reçus par le greffier, tout autre acte n'eſt pas journée de cauſe; le contraire étoit abus, il eſt étrange qu'anciennement les praticiens y ſoient tombés.

XIV. Sur ces formalités il faut obſerver que les moyens de nullité en matiere de retrait ne ſe couvrent pas, ils ſont regardés comme des moyens de fonds, & comme tels, ils peuvent être propoſés en tout état de cauſe; la rigueur de la matiere l'a fait ainſi établir contre la pureté de la régle générale, qui devroit l'emporter ſur cette rigueur, puiſqu'elle eſt contraire aux principes.

Tel eſt l'uſage du châtelet; il faut s'y tenir, tant que la rigueur qu'on a adopté ſur cette matiere ſera ſuivie.

SECTION III.

Des formalités du retrait intenté contre un ſecond acquéreur.

XV. Nonobſtant la vente faite, par un premier acquéreur, d'un propre pendant l'an du retrait, la demande en retrait doit toujours être intentée contre lui, premier acquéreur, parce que c'eſt par ſon contrat d'acquiſition que l'héritage propre eſt ſorti de la famille; on va voir par les propoſitions ſuivantes les autres formalités d'un tel retrait, & l'effet qu'il a contre le ſecond acquéreur, ce qui eſt fondé ſur ce que l'action en retrait eſt mixte; que cette action dérive du contrat fait avec le premier acquéreur, contre lequel il y a une perſonnalité à laquelle il eſt toujours demeuré ſujet, autrement on éluderoit la diſpoſition de la coutume, en rendant la ſeconde vente ſecrette, par le défaut d'enſaiſinement; c'eſt donc avec raiſon qu'il faut toujours ſe pourvoir contre le premier acquéreur; voilà la régle qui dérive de la coutume.

Tel eſt l'uſage du châtelet, il a ſa racine dans l'eſprit de la coutume, & dans la lettre de l'art. 129; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 1, pag. 286 & 287, eſt d'opinion contraire, mais ſon opinion n'eſt nullement ſuivie au châtelet ni au palais; en effet, la ſeconde vente eſt ici étrangere, puiſque c'eſt par la premiere que l'héritage eſt ſorti de la famille. Raiſon déciſive; c'eſt donc ſur cette premiere vente que le retrait doit être intenté & exécuté, & non ſur l'autre.

XVI. Mais ce premier acquéreur n'étant plus en poſſeſſion de l'héritage pour lequel il eſt aſſigné en retrait, doit dénoncer la demande formée contre lui, & s'il néglige de faire cette dénonciation, cette négligence ne nuit pas au retrayant qui peut ignorer cette vente, & qui n'eſt obligé d'agir que contre le premier acquéreur; cependant ſi le ſecond acquéreur & ſon droit ſont connus du retrayant, il peut pour accélerer le mettre en cauſe, pour voir dire que la ſentence qui interviendra contre le premier acquéreur ſera déclarée commune avec lui; mais encore une fois l'omiſſion de ſa part de la dénonciation de la demande en retrait par lui formée, ne donneroit aucune atteinte à ſon droit qui milite contre le premier acquéreur,

& qu'il a pleinement conſervé par la demande qu'il a formée contre lui, & qui s'exécute lorſqu'elle eſt adjugée contre le ſecond acquéreur, comme on l'expliquera par la cinquieme propoſition de cette ſection; cela conſerve tous les droits légitimes.

Je l'ai ſouvent vu pratiquer ainſi au châtelet, mais il eſt prudent de dénoncer lorſqu'on le peut faire: cependant, il n'y a pas ſur cela de néceſſité de la part du retrayant; autrement on ajouteroit à la coutume.

XVII. Il en ſeroit de même ſi l'acquéreur, pendant l'an du retrait, avoit été dépouillé de l'héritage par un décret pourſuivi ſur lui à la requête de ſes créanciers; la publicité de ce décret ne change point le droit du retrayant, qui eſt toujours fondé à dire qu'il ne connoît que le premier acquéreur; il peut donc encore en ce cas ſe pourvoir & agir contre lui nonobſtant l'adjudication faite de l'objet du retrait: c'eſt ſuite du principe contenu dans les deux propoſitions précédentes.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, à la fin du premier chapitre de ſon traité du retrait, pag. 288, qui ajoute qu'en ce cas la rigueur de la régle eſt que le retrayant ne rembourſe que le prix porté par le contrat qui a mis l'héritage hors la famille; mais ce n'eſt pas rigueur de droit, c'eſt vrai droit que ce rembourſement ainſi limité; voyez la note ſur la propoſition qui ſuit qui confirme ce droit.

XVIII. Dans l'un comme dans l'autre cas le retrait adjugé ne s'exécute que contre le premier acquéreur, c'eſt la conſéquence de ce que deſſus; il eſt néanmoins prudent, mais non de néceſſité, de dénoncer cette exécution au ſecond acquéreur, comme on l'a déja dit par rapport à la demande, ce qui influe ſur l'exécution qu'on examine ici, n'ayant encore examiné que la demande; & s'il y a différence de prix, la garantie dépend des circonſtances.

Si le prix de la ſeconde vente étoit plus fort que celui de la premiere, le ſecond acquéreur auroit-il recours contre ſon vendeur? J'ai entendu plaider cette queſtion au parc civil, elle fut appointée, & je n'ai point appris depuis le jugement. On pourroit dire que c'eſt éviction légale qui ne peut donner ouverture à garantie, qu'au cas que par dol le vendeur ait fait ignorer au ſecond acquéreur qu'il y avoit encore ouverture à retrait; c'eſt ce que je penſe, conformément au ſentiment des auteurs des notes ſur le commentaire de Dupleſſis, pag. 303, qui eſtiment que dans le cas que le prix de la ſeconde vente eſt plus foible, le nouvel acquéreur dans la perſonne duquel le premier a transféré tous ſes droits, profite de l'excédent du prix; ce qui me paroît très-juſte, ainſi que le recours contre ſon vendeur, ſi ſon vendeur par dol lui a fait ignorer que l'année du retrait étoit encore ſubſiſtante; dans ce dernier cas, c'eſt le dol qui décide, & dans l'autre cas, l'acquéreur inſtruit a tout pris à ſes riſques; ainſi, comme il profite, s'il y a gain, il doit ſouffrir s'il y a perte; c'eſt une juſte balance & l'effet du contrat de ſon acquiſition.

XIX. L'exécution d'un tel retrait étant faite avec le premier acquéreur, & ce dans le cas qu'on examine, c'eſt-à-dire, lorſqu'il y a eu de ſa part vente de l'hérirage pendant l'an du retrait, cette exécution milite contre le ſecond acquéreur, contre lequel il ſuffit par la ſuite & ſans autres formalités, que celles des inſtances ordinaires, de demander, qu'attendu l'exécution du retrait, la ſentence d'adjudication d'icelui ſoit déclarée commune avec lui, ce qui étant jugé, la ſentence d'adjudication s'exécute contre lui; mais il faut cette forme pour l'exécution réelle, autrement ce ne ſeroit plus agir par les voies de la juſtice, mais militairement.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; & cela eſt ſuite de ce que deſſus.

CHAPITRE TROISIEME.

COMMENT LE RETRAIT ADJUGÉ DOIT ÊTRE EXÉCUTÉ.

(Article 136 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DU DÉLAI POUR L'EXÉCUTION.

C'EST ici, comme on l'a annoncé, que les épines s'augmentent. Le retrait étant adjugé, le retrayant doit dans les 24 heures après l'adjudication d'icelui, rendre l'acquéreur quitte & indemne de tous les engagemens portés par ſon contrat d'acquiſition, autrement il y auroit déchéance, ce qui entraîne le rembourſement ou la conſignation du prix, ainſi & de la maniere qu'on le verra ci-après; c'eſt la conſommation des offres ci-deſſus expliquées; on dit adjugé par ſentence contradictoire ou par défaut, car un ſimple acte d'acquieſcement au retrait ne ſeroit pas ſuffiſant pour faire courir le dé-

l'ai, comme on l'explique par la huitieme propoſition de cette ſection.

Sur quoi il convient d'obſerver que le retrayant ne peut alléguer aucune compenſation, même de ſommes liquides, il faut payement ou conſignation réelle; Lapeyrere, lettre R, déciſ. 193, pag. 400; voyez Dupleſſis, traité du retrait, ch. 2, ſect. 2, pag. 294; & tel eſt l'uſage fondé ſur l'art. 136; voyez ſur la néceſſité de ce rembourſement dans ce bref délai la conférence des coutumes, & Louet & Brodeau, let. R, ch. 35; c'eſt rigueur qu'il faut reſpecter.

II. Voyons quand ce bref délai commence à courir. Ce délai de 24 heures ne court que du moment que l'acquéreur a mis ſon contrat au greffe, & que la miſe eſt notifiée au retrayant; ainſi ſi la ſentence d'adjudication donne lettres de cette miſe au greffe, le délai court de l'heure que l'audience finit, non du moment que la ſentence a été rendue; ce qui s'entend lorſque la ſentence eſt contradictoire; mais ſi elle eſt par défaut, le délai ne court que de l'heure qu'elle eſt ſignifiée, avec l'acte de miſe du contrat au greffe, comme on le verra ci-après; au moyen de quoi il faut cotter l'heure dans la ſignification, autrement quel commencement donneroit-on au délai?

Tel eſt l'uſage du châtelet, Dupleſſis l'a atteſté pag. 294; par rapport à la premiere partie de la propoſition, elle eſt conforme à ce qu'il dit, pag. 295, & tout cela réſulte de l'art. 136; lorſque la ſentence eſt contradictoire, ce délai ne commence à courir que de midi, parce que les procureurs ne pouvant plutôt quitter l'audience, ne peuvent avertir les parties que de ce tems; d'où il s'enſuit que pour les ſentences de relevé des requêtes du palais, le délai de 24 heures ne commence à courir que des 6 heures du ſoir juſqu'au lendemain pareille heure.

☞ Si la ſentence adjudicative du retrait étoit rendue ſur inſtance appointée, le délai couroit du jour de la prononciation de la ſentence aux deux procureurs, & en cas d'abſence du jour de la ſignification; voyez l'arrêt de réglement rendu pour le châtelet, le 8 mars 1610, rapporté par Auzanet ſur la coutume.

III. Ce même délai de 24 heures eſt encore ſuſpendu ſi l'affirmation de l'acquéreur a été requiſe, auquel cas le délai ne court que de la fin de la derniere heure de l'audience pendant laquelle cette affirmation a été faite; ſi elle a été faite en préſence du retrayant ou de ſon procureur, & ſi elle a été faite par défaut, le délai ne court que du moment de la notification d'icelle, c'eſt-à-dire, de l'heure de la ſignification de la ſentence qui donne lettres de cette affirmation; c'eſt cette affirmation qui étoit la condition de l'adjudication qui la conſomme; mais la coutume ne parlant ici que d'heures & non de jour, ce délai qu'elle rend rigoureuſement fatal, ſe compte *de momento ad momentum*: tel eſt l'eſprit de la coutume, l'uſage rend tout ici de rigueur.

Tel eſt encore l'uſage du châtelet; en effet, l'adjudication n'étant que conditionnelle, ne peut devenir abſolue que par l'accompliſſement de la condition; cela eſt une ſuite des régles de l'ordre judiciaire & de l'eſprit de la coutume.

IV. Voici où la rigueur de délai ſe fait ſentir: quoique le tems de 24 heures pour exécuter le retrait échoie un dimanche ou une fête ſolemnelle, le délai ne laiſſe pas de courir; & après ce tems, nonobſtant la ſolemnité du jour, pendant lequel le délai a couru, il y auroit déchéance, c'eſt au retrayant à prévenir cet inconvénient, & à y parer par la voie qui ſera ci-après expliquée: cela eſt plus rigoureux que ſatisfaiſant, mais il faut le reſpecter.

Voyez Robert, liv. 4, chap. 15; Dupleſſis, pag. 297, la note ajoutée à ſon commentaire, déſignée par la double lettre E, pag. 298; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, c'eſt ſuite du texte.

☞ Voyez l'arrêt du 11 mars 1603, remarqué par Peleus en ſes actions formées, liv. 6, art. 2, il confirme la propoſition; ſur quoi il faut encore obſerver que ce délai court contre un mineur, contre un abſent même pour le ſervice du roi ou de l'état. Il faut néanmoins excepter le cas où les 24 heures tomberoient un jour de fête extraordinaire, comme celui d'une proceſſion générale où il y auroit deſcente de la châſſe ſainte Genevieve, alors l'échéance ſeroit remiſe & ne tomberoit qu'au lendemain; voyez l'arrêt du 14 janvier 1588, cité par Robert, liv. 4, *rerum judicat*, cap. 5, & par tous les commentateurs ſur l'article 136 de la coutume.

V. Le retard de la part du défendeur, contre lequel le retrait a été adjugé, de mettre ſon contrat au greffe, ou d'affirmer que le prix eſt ſincere, ſuſpend bien le délai de 24 heures, mais il ne l'éterniſe pas, pourquoi il faut que le retrayant pourſuive l'acquéreur dans l'an, ſans quoi il ſeroit non-recevable, l'exécution ne devant pas avoir plus de durée que l'action même; raiſon déciſive, & qui rend cette pourſuite & ce tems pour la faire inconteſtable.

Je l'ai entendu ainſi décider au châtelet par les anciens avocats; Dupleſſis, pag. 302, dit qu'en ce cas le retrayant ſe fait envoyer en poſſeſſion en conſignant certaine ſomme, ce qui eſt pratiqué au châtelet; mais il doit toujours reſter pour conſtant que l'exécution du retrait adjugé ne peut pas avoir plus de durée que l'action même; cela eſt conſéquent aux diſpoſitions de la coutume.

VI. Lorſque le défendeur en retrait a requis l'affirmation du demandeur, qu'il ne prête pas ſon nom, & que l'adjudication ne lui a été faite qu'avec cette charge, ce requiſitoire ſuſpend, comme on l'a vu, le dé-

lai; mais le retrayant déclarant qu'il veut vendre l'héritage, mais à profit, cette déclaration ne donne aucune atteinte à l'adjudication; ce profit étant le prix légitime de son droit de lignager, d'autant plus qu'ayant agi pour son propre intérêt, on ne peut pas dire qu'il a prêté son nom à un autre; c'est son droit personnel dont il peut ainsi user, puisque son fait ne donne aucune atteinte au droit des autres lignagers.

Duplessis, pag. 295, c'est une opinion commune au châtelet; ce qui doit d'autant moins souffrir de difficulté, qu'outre que tel est son droit de lignager, c'est que la vente qu'il fait ouvre de nouveau le droit de retrait; ce qui conserve le droit des autres, sans le priver d'un juste bénéfice que la loi lui donne, & dont il peut user à son gré.

VII. Si le défendeur en retrait est appellant dans les 24 heures de la sentence adjudicative du retrait, le délai pour l'exécution est en suspens, & il ne court que du jour de l'arrêt; en effet, en ce cas il n'y a plus d'adjudication du retrait, du moins est-elle en suspens, jusques à ce que le juge supérieur ait prononcé sur la validité ou invalidité de l'adjudication.

Cela résulte de la disposition de la coutume, qui requiert des offres aux journées de la cause d'appel jusqu'à conclusion; la proposition est suite de cette disposition, & c'est le sentiment de Duplessis, pag. 300.

VIII. La déclaration par écrit faite par le défendeur qu'il tend le giron, n'est pas suffisante pour faire courir le délai de 24 heures, il faut sentence d'adjudication; c'est le vrai titre de subrogation qu'une simple déclaration insérée dans une procédure ne peut fournir, ce n'est que ce vrai titre de subrogation qui peut faire courir le délai; mais une telle déclaration forme un vrai contrat judiciaire, & par conséquent ne peut être révoqué, si ce n'est de la part d'un mineur.

Il y en a arrêt prononcé en robes rouges; c'est le sentiment de Duplessis, traité du retrait, ch. 2, sect. 2, pag. 294; & tel est l'usage du châtelet, mais après une telle déclaration, & à plus forte raison après l'adjudication, le retrayant majeur ne peut plus se désister de sa demande en retrait, le contrat en justice est formé; voyez sur cela Papon, liv. 11, tit. 7, num. 13; mais si le retrait avoit été intenté par un tuteur *ad hoc*, sa puissance ne s'étendant pas au-delà de l'objet qui lui a été confié, il peut se désister du retrait adjugé, ainsi que cela a été jugé par sentence du châtelet, citée ci-dessus dans le titre des tutelles; en effet, un tuteur *ad hoc* ne peut engager le mineur au-delà de l'objet qui lui est confié; ainsi le tuteur du mineur abandonnant & se désistant de la demande en retrait, quoique le défendeur à cette demande y eût acquiescé, ce dernier ne peut forcer l'autre à l'exécution, parce que le pouvoir d'un tel tuteur est limité à l'objet que la justice lui a confié sans avoir de qualité, & par conséquent sans avoir de pouvoir d'engager les autres droits & biens du mineur.

IX. Le défendeur en retrait pour faire courir le délai de 24 heures n'est pas obligé d'attendre les délais de l'assignation, il peut les anticiper, & dès le lendemain de l'assignation, sans attendre même la premiere huitaine, tendre le giron, & obtenant sentence qui lui donne lettre; car il faut, comme on vient de le voir, une telle sentence, il fait courir le délai de 24 heures, à partir de la signification de la sentence par défaut, qui lui donnant lettres de ce qu'il tend le giron est adjudicative du retrait, pourvu qu'avec cette signification il constate par un acte du greffe qu'il a déposé en icelui le contrat de son acquisition; comme il perd les fruits du jour de la demande, cette diligence doit bien lui être permise; ce qui n'a pas lieu dans toute autre matiere pour les défendeurs, par rapport auxquels les délais étant respectifs, ils ne peuvent les anticiper.

Tel est l'usage du châtelet, quoiqu'en toute autre matiere les délais sont respectifs; l'arrêt du parlement de Bordeaux rapporté dans la seconde partie du journal du palais, pag. 476, a jugé que le défendeur en retrait ne pouvoit anticiper le délai de huitaine; mais ce qui justifie la jurisprudence du châtelet, est que le retrayant gagne les fruits du jour de son assignation; il faut donc lui laisser la voie ouverte de toucher le prix de l'héritage, puisque du jour de l'assignation en retrait, les fruits d'icelui ne courent plus à son profit: raison décisive, puisqu'elle est tirée non de la rigueur de cette matiére, mais du fonds d'icelle, & même de l'équité, le demandeur en retrait ne pouvant légitimement gagner ces fruits qu'autant qu'il a ses fonds prêts.

SECTION II.

Des cas esquels le délai de 24 heures est prorogé.

X. Nonobstant la rigueur de ce délai, il cesse de courir en certains cas; en effet, la coutume en établissant un délai si court n'a eu d'autre intention que d'obliger le retrayant à rembourser incontinent l'acquéreur; tout autre motif seroit contraire à sa sagesse, & de ce motif naissent les exceptions qu'on va expliquer, elles sont dans l'esprit de la loi. De-là s'il y a une espece d'impossibilité d'exécuter le retrait dans ce délai, il doit être prorogé, c'est la conséquence de la proposition, & voilà l'exception générale que la suite va développer; autrement ce seroit dépouiller la coutume de sa sagesse, & lui attribuer une disposition qui en certains cas deviendroit dérisoire.

Voyez l'arrêt rapporté par Bardet, tom. 2, liv. 5, ch. 3; Duplessis, pag. 298, la note marginale au même endroit où un ancien arrêt est cité; & tel est l'usage du châtelet qui se confirme par les propositions suivantes.

XI. La prorogation du délai dépend de l'arbitrage du juge, & eſt plus ou moins longue ſuivant les circonſtances; il eſt prudent de demander cette prorogation avant l'adjudication du retrait: cependant ſi le retrayant n'a connu les difficultés de l'exécution que par la communication des piéces que le défendeur en retrait a mis au greffe, il peut demander cette prorogation de délai après l'adjudication; mais il faut qu'elle ſoit demandée dans les 24 heures, ſinon il y auroit fin de non-recevoir; c'eſt le vrai délai qu'il a, & c'eſt ce même délai qu'il doit faire proroger; il faut donc qu'il agiſſe pendant ſon cours, & la prorogation du délai ne peut avoir d'autre bonne baſe que l'impoſſibilité de s'y conformer.

Je l'ai vu ainſi pratiquer & entendu ainſi juger au châtelet, & cela eſt conſéquent au texte.

XII. Particulariſons les cas eſquels il y a lieu à la prorogation. Il y a lieu à la prorogation de délai lorſque le défendeur en retrait eſt domicilié hors le lieu où l'inſtance de retrait a été jugée; premiere circonſtance ſuffiſante pour fonder la prorogation du délai, la coutume ne l'ayant ainſi abrégé que dans la préſuppoſition que les deux parties étoient domiciliées dans le même lieu.

Brodeau, ſur l'art. 136, num. 23, & cela a été jugé au châtelet pluſieurs fois, moi plaidant.

XIII. Autre cas où il y a lieu à la prorogation. S'il y a pluſieurs vendeurs, encore qu'ils fuſſent tous domiciliés dans le lieu où le retrait a été adjugé, & que le prix ou partie d'icelui leur fut dû, ou ſi par le contrat le prix de la vente a été délégué à pluſieurs créanciers, parce que dans l'opération ou exécution d'un tel retrait, ce ſont ces créanciers qu'il faut rembourſer; multiplicité de perſonnes à rembourſer, qui fait ſouvent plus d'embarras que la diſtance du domicile d'une ſeule qui ſeroit à ſatisfaire; ſeconde circonſtance ſuffiſante encore pour la prorogation du délai, que la coutume n'a ſi étroitement limité, que relativement à une ſeule perſonne qui ſeroit à rembourſer.

La prorogation a été accordée dans le cas de cette propoſition par deux différentes ſentences rendues au châtelet, moi plaidant.

XIV. Voici un troiſieme cas où la prorogation a encore lieu. Lorſque la vente eſt d'un propre & d'un acquêt, moyennant un prix unique, & que le défendeur en retrait a déclaré qu'il entendoit retenir l'acquêt, le délai de vingt-quatre heures pour l'exécution du retrait ne court qu'après la notification de la ventilation de la valeur du propre, eu égard au prix total de la vente faite de l'un & de l'autre par un ſeul prix; en effet, ce n'eſt que de ce jour que l'adjudicataire du retrait peut reconnoître ce qu'il doit offrir ou conſigner; ce n'eſt donc que de ce jour que le délai peut courir contre lui.

Cela eſt encore de juriſprudence au châtelet, ſauf autre prorogation, ſi l'on rentroit dans l'un des deux cas précédens.

☞ La prorogation au cas porté par la propoſition ci-deſſus, eſt auſſi un des chefs de l'arrêt rapporté par Brodeau, ſur l'art. 140 de la coutume, num. 9, où cet auteur dit qu'il a été rendu à ſon profit en la chambre de l'édit, le 12 décembre 1640.

XV. Hors ces cas, le délai de vingt-quatre heures eſt fatal, & il eſt tel même contre les mineurs & les interdits, par les raiſons qu'on a déja expoſées; tout eſt de rigueur: en effet, l'art. 146 de la coutume dit que s'il ne le fait il eſt déchu, & la coutume ſur cela ne ne fait aucune diſtinction avec d'autant plus de raiſon, que lorſqu'il s'agit d'acquérir, les mineurs ſont conſidérés comme les majeurs.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 2, ſect. 2, au commencement, pag. 294, & tel eſt l'uſage.

☞ Il faut encore remarquer que le délai de 24 heures, n'eſt que pour les héritages ſitués dans l'étendue de la coutume de Paris; car pour les biens ſitués en d'autres coutumes, quoique le retrait ſe pourſuive au châtelet, il faut ſuivre relativement au délai la coutume des lieux: voyez l'arrêt du 2 janvier 1603, cité par Chopin, du retrait, num. 4.

SECTION III.

De la forme des offres dans le délai ci-deſſus lorſque l'acquéreur a payé, & de la conſignation en cas de refus des offres.

(Art. 136 de la coutume.)

XVI. Les offres de ce que l'acquéreur a payé; car c'eſt dans le cas du payement qu'on examine ici les offres, ou celles de la libération de ce dont il reſtoit débiteur pour raiſon de ſon acquiſition, doivent lui être faites à ſa perſonne ou à ſon domicile par un huiſſier aſſiſté de deux témoins; la propoſition qui ſuit explique la différence des offres ſur ce qui eſt dû, ainſi les offres faites en exécution du retrait adjugé, étant faites au domicile du procureur, ſeroient nulles, le procureur n'ayant ni qualité ni pouvoir pour accepter ou pour refuſer de telles offres: prix dû ou payé, il les faut au domicile de l'acquereur; cela a lieu indiſtinctement.

Le Maître, pag. 296, confirme la premiere partie de la propoſition qui naît de l'art. 136; ſur le ſurplus de la forme de ces offres, voyez ce que dit Dupleſſis, en ſon traité du retrait, ch. 2, ſect. 2, pag. 296, & ſur la néceſſité des recors que l'uſage a conſervé nonobſtant l'édit du contrôle; voyez la note ajoutée au commentaire du Dupleſſis, déſignée par la lettre X, pag. 288; c'eſt uſage

ſans loi écrite & qui vaut loi; mais il ne faut pas, comme quelques-uns l'avoient penſé, que ces offres ſoient atteſtées par deux notaires: l'huiſſier qui a ſerment en juſtice a caractere pour ce faire; c'eſt un acte de ſon miniſtere, je l'ai toujours vu pratiquer ainſi au châtelet; & ſi la rigueur de cette matiere y a fait conſerver la néceſſité de deux témoins, il ne faut pas aller au-dela.

XVII. Par l'acte ou l'exploit d'offres, dans le cas que le prix a été payé par l'acquéreur, le retrayant doit lui offrir le principal porté par le contrat étant acquitté; s'il ne l'eſt pas, lui en apporter acquit & décharge: décharge qu'on approfondira par les deux premieres diſtinctions de la ſection qui ſuit; enſemble lui offrir le pot de vin porté par le contrat, les droits ſeigneuriaux lorſqu'ils ſont liquides par l'enſaiſinement qui les rend toujours tels, & le cout du contrat lorſque l'expédition d'icelui contient le reçu du notaire, faire l'énumération des eſpeces offertes, & ſe ſoumettre de rembourſer tous les autres loyaux couts après leur liquidation; faute de tout ce que deſſus, il y auroit nullité dans les offres, & elles doivent contenir tout cela; on verra par la ſuite, la conſignation que l'adjudicataire doit faire dans le cas que les offres ne ſont pas acceptées; on ſe fixe ici à marquer ce qui rend les offres intégrales & par conſéquent valables, la conſignation, lorſqu'il y a lieu à la faire, demande une explication particuliere; c'eſt la conſommation des offres, on explique le cas du prix payé ou la décharge en général.

C'eſt-là principalement où regne la rigueur, ſi les offres ne contiennent pas tout ce que deſſus, c'eſt-à-dire, non-ſeulement la réalité de ce que l'acquéreur a payé, & qu'il eſt juſtifié par le contrat qu'il a payé, mais encore la libération de tous les engagemens qu'il a contractés par icelui, on juge au châtelet qu'il y a déchéance; mais il n'eſt pas néceſſaire, ſuivant l'uſage du même tribunal, que les offres ſoient atteſtées par deux notaires, comme le dit Dupleſſis, pag. 296; en effet, il y a déja aſſez de formalités ſur cela ſans les multiplier, & l'huiſſier, lorſque ſon acte eſt atteſté par deux témoins ou recors, eſt partie capable pour ce faire, c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; en effet, il n'eſt pas douteux qu'il a foi & ſerment en juſtice; pourquoi rejetteroit-on comme inſuffiſant un acte qui eſt de ſon miniſtere? je n'en vois pas la raiſon; ainſi cette opinion me paroît devoir être rejettée, comme on l'a dit par la premiere propoſition de cette ſection.

XVIII. Examinons à préſent l'effet du refus des offres ci-deſſus. Si l'acquéreur refuſe d'accepter les offres, il faut dans le même délai de vingt-quatre heures, l'aſſigner au bureau des conſignations, pour être préſent à la conſignation des ſommes offertes, enſemble des actes ou expéditions de décharges, ſi aucune décharge lui a été offerte; ſans cela il y auroit nullité dans l'exécution du retrait, & après ces offres il faut faire la conſignation réelle ſans qu'il y ſoit beſoin dans cette matiere, quoique cela ſoit néceſſaire dans les autres, de ſentence, qui ordonne la conſignation; la coutume en ce cas, en ouvrant la voie & l'ordonnant expreſſément, produit amplement l'effet d'une ſentence.

C'eſt ce que dit l'art. 136 de la coutume; arrêt du 13 mars 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences, qui déclare un retrayant déchu, faute d'avoir appellé le défendeur en retrait à la conſignation, ce qui eſt d'une juriſprudence inconteſtable, & le texte de la coutume le décide ainſi: on examine toujours le cas du prix payé, les offres & la conſignation doivent être différentes, quand il n'a pas été payé, & qu'étant dû, il eſt exigible ou non; ce qu'on examine par les deux premieres diſtinctions de la ſection qui ſuit.

XIX. Il faut que la quittance du receveur des conſignations, contienne l'énumération des eſpeces, & qu'elle ſoit ſemblable à celle portée par l'exploit d'offres; c'eſt la conſommation des offres, ce qui prouve qu'elle doit leur être ſemblable, autrement il y auroit déchéance, ce qui eſt bien rigoureux, mais uſité.

Dupleſſis, pag. 297; le Maître, tit. 7, chap. 4, pag. 198, & telle eſt l'opinion commune.

XX. Voyons à préſent ce que l'abſence de l'acquéreur rend néceſſaire. Dans le cas que l'acquéreur ne ſeroit pas comparu au bureau des conſignations, il faut dans le même délai de vingt-quatre heures, lui ſignifier la quittance du receveur des conſignations; c'eſt cette quittance qui a fait ſa décharge, & le demandeur en retrait a dû la lui fournir dans le délai de vingt-quatre heures qui eſt le délai de l'exécution, & dans lequel il doit être rendu indemne; décharge qu'il n'a que par la remiſe d'une telle quittance.

Ceſſant cette ſignification dans ce même délai, on juge au châtelet qu'il y a déchéance; c'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 298, tout au commencement, & cela réſulte de la coutume.

XXI. La conſignation doit être faite entre les mains du receveur des conſignations de la juriſdiction du domicile du défendeur en retrait, parce que c'eſt là où l'exécution du retrait doit ſe conſommer.

Dupleſſis, à la même pag. 298, ce qui emporte ſouvent bien des inconvéniens; il ſeroit à ſouhaiter qu'on y parât en autoriſant la conſignation ès mains du receveur des conſignations de la juriſdiction où le retrait a été jugé: c'eſt une ſuite, mais cela n'eſt pas encore autoriſé, ce ſeroit juſtice & bon ordre que de le faire.

XXII. En cas de refus ou d'abſence de ce receveur des conſignations, autre inconvénient auquel il ſeroit bon encore de parer, le retrayant doit préſenter une requête au juge du lieu où la conſignation devoit être faite, à

l'effet par lui de commettre une perſonne pour recevoir la conſignation & recevoir ſon ſerment ; ce qui doit être fait dans le délai de vingt-quatre heures, ou la prorogation d'icelui, s'il y a eu prorogation demandée & accordée ; car encore une fois l'adjudicataire ne peut exécuter valablement, lorſqu'il eſt au-delà du délai, s'il n'a été prorogé ; c'eſt ſuite de la coutume.

C'eſt une précaution uſitée au châtelet, en ce cas, que de faire commettre une perſonne pour recevoir la conſignation, par la ſentence même adjudicative du retrait, lorſque dans le lieu du domicile du défendeur en retrait, il n'y a pas de receveur des conſignations en titre.

XXIII. De toutes ces formalités, il réſulte évidemment, que faute d'offres ou de conſignation réguliere, il y a déchéance, parce que ce n'eſt que ſous cette condition que la coutume permet & que la juſtice accorde l'adjudication du retrait.

C'eſt la conſéquence qui ſe tire de l'article 136 ; ſur la queſtion de ſçavoir, ſi y ayant dans la conſignation quelques eſpéces légeres, il y a déchéance ; voyez le Maître, tit. 7 pag. 195 & 196 : ce ſont des minuties qui devroient être écartées lorſque le receveur des conſignations s'eſt chargé de la ſomme.

XXIV. Voyons ce qu'on doit faire dans le cas du changement, augmentation ou diminution ſur les eſpeces. Si les eſpeces ſont augmentées lors de l'exécution du retrait, le retrayant n'eſt obligé d'offrir & de conſigner, que ſur le pied que les eſpeces ont cours lors de l'exécution du retrait ; c'eſt alors qu'il doit payer, offrir ou conſigner ; c'eſt donc ce ſeul tems qui eſt à conſidérer ſur cela, non celui de la vente.

Le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 196, & autrement ce ſeroit ajouter à la coutume : de-là il s'enſuit, que la conſignation doit être faite par livres, ſols & deniers, & non par marcs, onces & grains ; c'eſt la conſéquence de la propoſition : ainſi tout changement intervenu ſur les eſpéces, depuis la vente juſqu'à l'exécution du retrait, ne ſont dans cette exécution d'aucune conſidération ; c'eſt le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 13 de la coutume, gloſ. 8, num. 2, & en ſon traité des uſures, num. 712 : note ſur Dupleſſis, déſignée par la double lettre B, pag. 296, & tel eſt l'uſage du châtelet, ſoit qu'il y ait diminution, ſoit qu'il y ait augmentation d'eſpéces ſurvenues depuis la vente, & c'eſt droit commun.

XXV. Paſſons à l'effet de la conſignation. La conſignation étant réguliere, les frais de conſignation tombent ſur le défendeur en retrait ; en effet l'adjudicataire du retrait ne doit pas ſouffrir du refus injuſte que le défendeur en retrait a fait, d'offres intégrales & régulieres : ces frais tombent donc ſur lui dans le cas de la régularité des offres.

C'eſt ce qui réſulte de l'art. 136 ; tel eſt l'uſage du châtelet, & c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 301 ; en effet, en ce cas, c'eſt le défendeur en retrait qui eſt le téméraire plaideur, c'eſt donc ſur lui que doivent tomber les frais ; c'eſt ſuite du texte : mais ſi les deniers conſignés étoient ſaiſis ſur le retrayant à la requête d'un de ſes créanciers, on a prétendu que faute par lui de faire une ſeconde conſignation, & ce dans le délai fatal, il y auroit déchéance ; mais n'eſt-ce pas expoſer un retrayant à une déchéance preſque inévitable? & ne vaudroit-il pas mieux dire que les deniers conſignés n'appartenans plus au retrayant, la ſaiſie & arrêt qui en a été faite ſur lui, entre les mains du receveur des conſignations, eſt nulle, & comme telle, ne doit produire aucun effet à ſon égard, que relativement au défendeur en retrait ; cela me paroîtroit plus régulier?

☞ Quelques auteurs diſtinguent le cas où la ſaiſie ſeroit déclarée bonne & valable, d'avec celui où elle ſeroit déclarée nulle : dans le premier cas ils prétendent que le retrayant eſt déchu, & dans le ſecond qu'il n'y a point de déchéance ; mais cette diſtinction eſt contraire aux véritables principes : en effet, toute conſignation eſt payement, d'où il réſulte qu'aucune ſaiſie ne peut empêcher l'effet de cette conſignation, ni opérer la déchéance : voyez la note (*ii*) ſur Dupleſſis, ch. 2, ſect. 2.

SECTION IV.

Des offres & de la conſignation, dans le cas que l'acquéreur doit le prix.

DISTINCTION PREMIERE.

De ces offres dans le cas que le prix eſt exigible & payable a tems.

XXVI. Le retrayant auquel le retrait a été adjugé, ne profite pas des délais accordés à l'acquéreur, il doit dans les vingt-quatre heures de l'adjudication rendre l'acquéreur affranchi de tous les engagemens réſultans de ſon acquiſition, & lui faire des offres de cette décharge, & ce ſont les offres & le fourniſſement de cette libération, qui ſont la matiere de cette diſtinction ; cela eſt encore rigoureux, mais cependant très-juſte, parce qu'il faut qu'un acquéreur évincé par un retrait lignager, & dont les engagemens ſubſiſtent nonobſtant cette éviction, ſoit par l'exécution du retrait lignager affranchi totalement des engagemens qu'il avoit contractés à l'occaſion de ſon acquiſition.

Cela eſt de juriſprudence ; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 304, & le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 197 ; ainſi il faut ſe tenir à cette rigueur qui eſt juſte en elle-même, comme étant une ſuite de l'art. 136 de la coutume ; cela eſt encore atté par le Prêtre, cent. 2, ch. 23, & par Salvaing, de l'uſage des fiefs, ch. 90 ; en effet, puiſque la coutume a & avec raiſon jugé cette décharge néceſſaire dans le cas que la vente a été faite moyennant une rente fonciere rachetable, comme on va l'expliquer par la diſtinction qui ſuit ; à plus

forte raiſon faut-il cette décharge dans le cas du délai du prix exigible.

XXVII. De-là il s'enſuit, que lorſque le prix ou portion d'icelui, eſt dû au vendeur du propre qui fait l'objet du retrait, le retrayant eſt obligé d'offrir au vendeur ce qui lui eſt dû, & à ſon refus, il doit le conſigner & appeller pour voir faire cette conſignation, tant le vendeur que le défendeur en retrait, & notifier à ce dernier la quittance de conſignation faite à ſa décharge, & ce dans le délai de vingt-quatre heures; à moins que le vendeur n'ait par acte authentique déchargé l'acquéreur & pris le retrayant pour homme, auquel dernier cas il ſuffit que le retrayant offre au défendeur en retrait une expédition de cette décharge, ou qu'il la conſigne s'il a été refuſant de l'accepter; tel eſt le principe fondamental de cette ſection qui milite pareillement lorſque le prix de la vente eſt une rente conſtituée ou une rente foncière rachetable, comme on l'expliquera par la diſtinction qui ſuit; la coutume le dit pour ce dernier cas, mais celui qu'on examine ici ne peut avoir une autre réſolution; celui-ci étant une conſéquence de l'autre, & par l'examen duquel on a cru devoir commencer, comme plus ſimple que l'autre que la coutume régle ainſi.

Faute de ce faire, il y a déchéance; ce qui a été ainſi jugé par ſentence rendue au parc civil, le 25 juin 1720, contre M. Carnot, ancien notaire, qui s'étoit contenté de faire des offres à l'acquéreur qui n'avoit pas payé ſon prix; au lieu de l'offrir au vendeur & de le conſigner, & de notifier à tems la quittance de conſignation au défendeur en retrait.

XXVIII. Par la même raiſon, ſi le prix étoit délégué à des créanciers par le contrat de vente, c'eſt à eux auxquels il faut offrir, & à leur refus, conſigner avec les ſommations & notifications ci-deſſus; c'eſt une ſeconde conſéquence du même principe, mais celle-là eſt plus éloignée que l'autre, & elle eſt bien rigoureuſe.

Le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 198. Par ſentence du parc civil, du 6 février 1721, plaidans Pothouin & Sandrier, un acquéreur évincé par un retrait, & qui ne devoit payer ſon prix qu'après un décret, fut condamné à payer ce même prix à ſon vendeur, quoique le retrayant l'eût conſigné, ſauf à lui de retirer la conſignation, faute par lui d'avoir fait déclarer une telle conſignation nulle, comme faite ſans avoir été notifiée au vendeur; ce qui confirme la propoſition & la précédente.

XXIX. Faute de ce que deſſus il y a déchéance, & déchéance dans le cas même que le défendeur en retrait auroit rendu le giron; ſon acquieſcement au retrait n'empêche pas ſa critique ſur l'exécution, d'autant plus que cet acquieſcement ne peut être cenſé fait de ſa part, que pour être libéré dans le tems preſcrit par la coutume, & conformément à ſa diſpoſition, & non autrement; mais il ſuffit que les offres ſoient faites en monnoie courante lors de l'exécution du retrait, abſtraction faite de leur valeur, lors de l'acquiſition; d'où il s'enſuit qu'elles ſont régulieres, lorſqu'elles contiennent exactement la ſomme qui a compoſé le prix.

Tel eſt encore l'uſage du châtelet, le conſentement eſt à l'adjudication, & non à l'exécution; ſur la ſeconde partie de la propoſition, voyez Louet & Brodeau, let R, num. 25, & ci-deſſus où l'on a examiné le cas du changement ſur les eſpeces.

DISTINCTION II.

Des offres & de la conſignation, dans le cas que le prix eſt une rente rachetable.

(Art. 137 de la coutume.)

XXX. Le retrayant dans ce cas, doit ſe faire prendre pour homme par le vendeur du propre, & obtenir la décharge du défendeur en retrait, du capital de cette rente, enſemble des arrérages échus depuis l'aſſignation en retrait, & remettre cette décharge à l'acquéreur dans le délai de vingt-quatre heures, ou la conſigner, ſinon il doit, & de même que ſi c'étoit une ſomme exigible, rembourſer le capital d'une telle rente au vendeur; rembourſement qui fait la matiere de la propoſition qui ſuit, le délai n'eſt pas pour lui; ainſi le principe fondamental de la diſtinction précédente milite dans ce cas-ci, il faut au défendeur en retrait, dans l'un comme dans l'autre, une décharge abſolue.

C'eſt ce qui réſulte de l'article 137; voyez le Prêtre, cent. 2, ch. 19; Bardet, tom. 1, liv. 2, ch. 12; c'eſt ce que dit Dupleſſis, en ſon traité du retrait, ch. 2 ſect. 2, pag. 305, où il s'explique en ces termes: ſi le bailleur veut, il peut bien innover le contrat & reconnoître le retrayant pour débiteur, ce qui eſt inconteſtable; mais s'il ne le veut, il faut décharge entiere au défendeur en retrait, cela eſt inconteſtablement ſuivi au châtelet, conformément à la rigueur du texte; voyez ſur la neceſſité de rembourſer une telle rente, le journal des audiences tom. 3, liv. 1, ch. 130; les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, tit. du retrait, art. 41; le Prêtre, cent. 2, ch. 23; & de Lhommeau, liv. 3, max. 219.

XXXI. S'il ne peut obtenir cette décharge de la rente en faveur de l'acquéreur, & ſe faire accepter par le vendeur pour débiteur d'icelle, il faut qu'il offre au vendeur le rembourſement de cette rente, enſemble les arrérages échus depuis la demande en retrait; ſi ce rembourſement eſt accepté, il doit remettre une expédition de la quittance au défendeur en retrait dans le délai de vingt-quatre heures; ſi les offres ſont refuſées, il doit conſigner: conſignation particuliere à ce

cas, qui forme la propoſition qui ſuit, ſans cela déchéance; inutilement diroit-on que le prix total étant une rente, que par cette fixation de prix l'acquéreur n'ayant rien déboursé, il n'y a rien à lui rembourſer, qu'il ſuffit pour exécuter le retrait ſur une telle vente de continuer la rente, & de rendre à l'acquéreur ſes loyaux-coûts; mais la coutume en a ordonné autrement par une double raiſon; la premiere, c'eſt que par la continuation de la rente, l'acquéreur ne ſeroit par déchargé, l'action perſonnelle qui réſulte du contrat de ſon acquiſition reſtant toujours ſubſiſtante contre lui; ce qui ne doit pas être après ſon éviction occaſionnée par le retrait; & la ſeconde, que le vendeur a bien voulu l'acquéreur pour débiteur, & non le retrayant: double raiſon qui néceſſite la décharge qu'on examine ici, & par conſéquent la néceſſité du rembourſement lorſque le retrayant n'eſt pas accepté pour homme.

On a vu dans la diſtinction précédente, que le retrayant ne profitoit point des délais; par le même principe, il doit rembourſer la rente que l'acquéreur évincé par ſon retrait avoit conſtitué pour le prix de ſon acquiſition; c'eſt une conſéquence inconteſtable de ce principe; ſur ce rembourſement, voyez Lapeyrere, let. R, déciſion 176, pag. 397; Dupleſſis, pag. 304; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 195; & c'eſt ſur ce principe d'une entiere décharge pour l'acquéreur, que l'article 137 de la coutume a été formé.

XXXII. Dans le cas que les offres du rembourſement d'une telle rente, ſeroient refuſées par le vendeur, il faut conſigner à ſon refus, tant le capital que les arrérages de la rente, & appeller, tant le vendeur que le défendeur en retrait, pour être préſens à la conſignation; & en cas d'abſence de ce dernier, lui notifier la quittance de conſignation dans le délai de vingt-quatre heures, qui eſt toujours le délai de l'exécution, autrement déchéance; il eſt vrai que la coutume ne dit pas expreſſément qu'il faut appeller le défendeur en retrait à cette conſignation, mais cela naît évidemment de ſon eſprit, puiſqu'il lui faut procurer une pleine décharge.

Dupleſſis, pag. 304 & 305, dit qu'en ce cas, il n'eſt pas d'une abſolue néceſſité d'appeller l'acquéreur à la conſignation, néanmoins il le conſeille comme une précaution plus sûre, mais c'eſt néceſſité qui naît du texte; en effet, au châtelet, cela n'eſt pas regardé comme une ſimple précaution, c'eſt formalité néceſſaire, ſans laquelle il y auroit déchéance, parce que dans les 24 heures l'acquéreur doit être rendu indemne: voyez le Maître, pag. 195, il faut donc l'appeller à une telle conſignation, & la lui notifier dans le délai; tel eſt l'uſage du châtelet; & il eſt à obſerver que telle conſignation doit ſe faire au domicile du vendeur, quoiqu'elle intéreſſe le défendeur en retrait, parce que c'eſt au premier à la retirer.

XXXIII. Si la conſignation étoit faite ſans offres & ſommation au vendeur, il y auroit nullité, parce que le défendeur en retrait n'auroit pas été rendu indemne, puiſqu'il reſteroit, dans ce cas, obligé envers le vendeur en vertu de ſon contrat, envers lequel il ne peut être libéré que par des offres, & une conſignation faite par le refus du vendeur de recevoir ſon rembourſement, mais non par une conſignation faite ſans être précédée d'offres, & d'un tel refus.

Voyez l'arrêt du 13 mars 1629, rapporté dans le premier volume du journal des audiences; telle eſt la juriſprudence du châtelet, comme on l'a remarqué ſur la propoſition précédente; & cela eſt encore ſuite néceſſaire de l'article 137 de la coutume.

XXXIV. Des propoſitions précédentes, il réſulte que l'omiſſion de quelques-unes des formalités ci-deſſus, emporteroit déchéance.

Voyez l'article 137 de la coutume, cette propoſition en eſt la conſéquence.

XXXV. Paſſons au cas de la variété dans le prix. Si partie du prix étoit payée, partie en rente rachetable, il faut remplir les formalités pour l'une comme pour l'autre partie, ainſi qu'il a été expliqué ci-deſſus, ce qui double les actes de l'opération ou de l'exécution d'un tel retrait; cela eſt inévitable en ce cas; rembourſement d'une partie, décharge ou rembourſement effectif de l'autre: voilà l'exécution.

Arrêt du 23 décembre 1560, rapporté par Brodeau, ſur l'art. 137, & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet par une ſeule exécution, mais différemment conſommée, lorſque quant à la rente, le retrayant eſt pris pour homme.

XXXVI. A l'égard des arrérages mentionnés dans la troiſieme propoſition de la préſente diſtinction, cela ne s'entend que de ceux échus depuis l'exploit en retrait; mais faute d'offres & de conſignation d'iceux arrérages, en cas de refus des offres, il y auroit déchéance du retrait, d'autant plus juſte, que c'eſt de ce jour que le demandeur en retrait gagne les fruits.

Dupleſſis, pag. 304, & cela réſulte du texte de la coutume; & quant aux arrérages antérieurs ils ſont à la charge de l'acquéreur, c'eſt la balance des fruits: ce qui eſt juſte lorſque l'objet du retrait produit des fruits civils qui ſe partagent de jour à autre, mais bien rigoureux, lorſque cet objet produit des fruits naturels: auſſi l'acquéreur en offrant de rendre tous les fruits qu'il a perçu, peut-il mettre en loyaux coûts les arrérages de la rente; cette option conſerve ſes droits, c'eſt exacte équité dont on ne peut s'écarter.

DISTINCTION III.

Des offres dans le cas que la vente eſt à la charge d'une ancienne rente fonciere non rachetable, ou d'un prix que l'acquéreur doit garder.

XXXVII. Ici l'eſprit de la coutume ſert de

de guide au défaut d'une diſpoſition expreſſe. En effet, la vente étant faite à la charge d'une ancienne rente non rachetable, le retrayant n'eſt pas obligé à la rembourſer, il lui ſuffit d'offrir au créancier de la rente, ou de conſigner en cas de refus, les arrérages échus depuis la demande en retrait, & faute de ce, déchéance; mais il doit en outre ſe ſoumettre à continuer la rente : derniere obligation de ſa part qui ſera expliquée par la ſuite; mais qui devient bien plus étendue, ſi l'acquéreur s'eſt ſoumis à fournir & faire valoir une telle rente, parce qu'alors il n'y a pas ſimplement réalité, mais encore perſonnalité contre lui.

On entend parler d'une rente fonciere dont l'héritage ſeroit déja chargé, ce qui ſe décide par le principe de l'art. 137, auquel cas pour exécuter le retrait dans cette théſe générale, il ſuffit de ſe ſoumettre à la continuation de la rente; mais ſi le vendeur étoit obligé à fournir & faire valoir une telle rente, & que l'acquéreur eût acquis à la charge d'acquitter ſon vendeur d'une telle rente; ſi le retrayant en ce cas, ne peut ſe faire prendre pour homme, & obtenir du créancier la decharge de cette rente, tant du vendeur que de l'acquéreur, il ne peut, vû la rigueur qui regne dans cette matiere, y avoir lieu au retrait, parce que l'acquéreur ne ſeroit pas rendu indemne : note ſur Dupleſſis, déſignée par la double let. Q, pag. 306 & 307, ce qui n'eſt pas ſans difficulté; car pourquoi ne forcera-t-on pas le créancier de la rente de recevoir ſon rembourſement, ou de prendre l'adjudicataire pour homme? Voyez la troiſieme propoſition de cette diſtinction; il me paroît qu'il ſeroit équitable d'obliger le créancier de la rente à opter, & que cette équité ne s'écarteroit point de la coutume : il eſt le maître de recevoir ſon rembourſement, & le refuſant, il doit ſe contenter de la réalité & de la perſonne du retrayant.

XXXVIII. Pour cette conſignation d'arrérages dans le cas d'une rente fonciére non rachetable, il faut pareille ſommation & notification que ci-deſſus, c'eſt-à-dire, les offrir d'abord au créancier de la rente, ne les conſigner qu'à ſon refus de recevoir, appeller l'acquéreur pour être préſent à la conſignation, & lui en notifier la quittance dans le délai de vingt-quatre heures; c'eſt une forme rigoureuſe pour peu de choſe, mais il faut la reſpecter, parce que ſans cela la pleine décharge qu'elle requiert, ne ſeroit pas complette.

Cela eſt expliqué dans la troiſieme & dans la derniere propoſition de la diſtinction précédente; mais il ſeroit juſte d'obliger le créancier de recevoir le rembourſement de ſa rente, ou de prendre le retrayant pour homme, cela conſerveroit l'équité dont on s'écarte par une plus grande rigueur.

XXXIX. Le retrayant par les offres doit ſe ſoumettre de continuer la rente fonciére, lorſqu'il n'y a pas ſoumiſſion à la faire valoir, & n'eſt pas tenu de la rembourſer, parce que cette rente n'emporte contre l'acquéreur aucune action perſonnelle, & que dès qu'il eſt évincé, il eſt de plein droit déchargé d'icelle; cette qualité de la rente affranchit l'adjudicataire du retrait du rembourſement d'icelle; mais dans le cas que l'acquéreur eſt ſoumis à la faire valoir, il y a lieu de forcer le créancier à l'option dont on a ci-deſſus parlé; encore une fois, c'eſt ſouveraine équité.

C'eſt en ce cas ce qui ſe pratique au châtelet; on parle toujours d'une ancienne rente, car la nouvelle non rachetable fermeroit l'ouverture au retrait.

XL. Dans le cas que la vente eſt d'un propre grevé de ſubſtitution, & qu'il a été dit que la portion du prix revenant au ſubſtitué, reſtera entre les mains de l'acquéreur, juſqu'à l'ouverture de la ſubſtitution, en ce cas le retrayant ne pouvant offrir cette ſomme, doit pour rendre l'acquéreur indemne, conſigner cette portion ſubſtituée, & paſſer acte authentique, par lequel il ſe ſoumettra d'en payer les intérêts juſqu'à l'ouverture de la ſubſtitution, & notifier à l'acquéreur, dans le délai, tant l'acte de ſoumiſſion que la quittance de conſignation; je ne vois en ce cas, que cette maniere d'exécuter un tel retrait qui puiſſe être réguliere; il ſeroit à propos d'en adoucir la rigueur, l'autorité ſeule le peut faire & non le raiſonnement.

Je l'ai vu ainſi pratiquer au châtelet, où une exécution de retrait faite ainſi qu'il eſt expliqué dans la propoſition, a été confirmée par ſentence; cela a bien des inconvéniens, il ſeroit à ſouhaiter qu'on y remédiât par une exécution plus ſimple.

DISTINCTION IV.

Des offres & exécution du retrait, dans le cas que la vente eſt faite à des charges non appréciables en deniers.

XLI. Dans ce cas, il y a non-ſeulement difficulté, mais impoſſibilité d'exécuter le retrait; en effet, ſi la vente de l'héritage qui fait l'objet du retrait, avoit été faite à la charge de nourrir & loger le vendeur ſa vie durant, le retrait ne peut être exécuté, ſi le vendeur ne veut pas décharger l'acquéreur & prendre le retrayant pour homme : autre rigueur outrée aſſurément; c'eſt un inconvénient, mais par l'exécution qui eſt dûe aux conventions, il eſt bien difficile d'y remédier; j'eſtime donc en ce cas, qu'il ne peut y avoir lieu au retrait, tant qu'il n'y aura pas de réglement ſur cela.

Dupleſſis, traité du retrait, pag. 360, propoſe cette queſtion ſans la décider, mais il paroît qu'il incline à rejetter ce retrait; en effet, lorſque le vendeur ne veut pas ſe prêter, il me paroît qu'en ce cas, il eſt inadmiſſible : cependant il ſeroit à ſouhaiter, qu'un arrêt de réglement ſur ce cas, conſervât le droit des lignagers, la décharge en-

tiere de l'acquéreur & la sûreté du vendeur : cela n'eſt pas impraticable, mais l'autorité ſur cela eſt auſſi néceſſaire que la raiſon.

☞ Il eſt vrai que Dupleſſis ne décide pas nettement la queſtion, mais il dit qu'en pareil cas, il ſemble que la caution fournie à l'acquéreur d'acquitter les nourritures ſtipulées doit être ſuffiſante, d'où il ſembleroit conclure que la charge de nourrir & loger le vendeur n'empêche pas l'exécution du retrait ; enſorte que d'après cet auteur il ſuffiroit d'obliger le retrayant à une penſion envers le vendeur, eu égard aux circonſtances, & à donner bonne & ſuffiſante caution pour le payement de cette penſion ; mais c la ne feroit pas ceſſer les inconvéniens. En effet, le vendeur ayant fait choix d'une perſonne pour le nourrir, il n'auroit pas la même confiance dans une autre, & par cette raiſon il eſt certain qu'il ne peut y avoir lieu au retrait dans ce cas. Voyez Denifart, *verbo* retrait, il rapporte un arrêt du 9 août 1736, qui a débouté du retrait dans une eſpéce qui a beaucoup de connexité avec la queſtion.

XLII. Il n'en ſeroit pas de même, ſi la vente avoit été faite moyennant une penſion viagére, en ce cas le retrait peut s'exécuter ſans le conſentement du vendeur, ainſi & de la maniere qu'on va le voir ; c'eſt autre embarras à applanir dans l'exécution, car cela eſt indubitable dans la théorie, mais fort épineux dans la pratique ; épines qu'il ſeroit à propos de couper.

L'arrêt du 5 mars 1655, rapporté dans le ſecond volume du journal des audiences, liv. 1, ch. 9, fonde cette propoſition, la difficulté ne conſiſte que dans l'exécution d'un tel retrait : on va la voir & l'examiner, mais le droit en ſoi eſt ſans difficulté.

XLIII. Pour cela & pour l'exécution d'un tel retrait, il faut ſommer le vendeur de décharger l'acquéreur & de prendre le retrayant pour homme, & à ſon refus conſigner le capital de la rente viagére ſur le pied du denier 20, avec ſoumiſſion d'en payer les arrérages pendant ſon cours, ſauf au retrayant à retirer ce capital conſigné, qui fait la ſûreté de tous, c'eſt-à-dire, tant de l'acquéreur que du vendeur, après l'extinction de la rente viagére ; il faut convenir que cela eſt bien rigoureux & bien à charge à un retrayant, mais j'eſtime qu'il eſt plus ſûr de ſe tenir à cette rigueur, que de ſe livrer à des expédiens juſqu'à ce que ces expédiens aient été ſuffiſamment autoriſés ; mais il eſt à deſirer qu'ils le ſoient, puiſqu'ils ſont judicieux.

Voyez la propoſition ſuivante & les notes ſur icelle, qui développent celle-ci, dont à la vérité l'uſage & la pratique ſont ſi difficiles qu'ils ſemblent l'anéantir : anéantiſſement preſque total, en ce cas, du droit des lignagers, & auquel il ſeroit très-juſte de remédier, parce que ſans cela, on laiſſe la voie d'éluder les diſpoſitions & les prévoyances de la coutume.

XLIV. Il faut à cette conſignation appeller, tant l'acquéreur, que le créancier de la rente viagére, & en cas d'abſence, la notifier dans les 24 heures, forme exacte ; mais la conſignation telle que deſſus, eſt encore une fois bien rigoureuſe, il ſeroit juſte d'en diminuer la rigueur par les raiſons qu'on vient d'expliquer.

Telle eſt l'opinion la plus commune au châtelet, elle va à rendre le retrait en ce cas preſqu'impraticable, c'eſt donner trop d'étendue à une ſimple forme, & ne vaut-il pas mieux, ſuivant la juriſprudence des deux arrêts rapportés par Soëfve, tom. 2, cent. 1, ch. 60, admettre le retrayant à continuer la rente viagére en déchargeant l'acquéreur d'icelle ? mais cette décharge peut avoir des inconvéniens & changer la condition du vendeur. Voyez la derniere propoſition de cette diſtinction, la caution ſemble déſintéreſſer le vendeur ; il ſeroit à ſouhaiter qu'elle fût généralement adoptée : elle ne me le paroît pas encore ; mais la raiſon & la juſtice conduiſent à cette adoption.

XLV. Dans le cas que la vente eſt faite moyennant une rente viagére, il ſeroit favorable d'admettre les offres du retrayant, de continuer la rente, & de l'admettre pour ce à donner caution ; mais ce parti eſt-il aſſez autoriſé, & ne répugne-t-il pas à la rigueur de la régle, qui veut que l'acquéreur ſoit rendu indemne, ce qui n'eſt point, quand pour ſe mettre à l'abri d'une action perſonnelle, qui ſubſiſte encore contre lui, on ne lui laiſſe à diſcuter qu'une caution & un retrayant ? Par cette raiſon, j'eſtime qu'il faut ſe tenir quant à préſent à la rigueur de la régle, & rejetter cette prétendue faveur par l'inconvénient qu'elle entraîne avec elle ; mais y ayant inconvénient de part & d'autre, & celui de rendre impraticable l'exercice du droit des retrayans, étant le plus grand, le vendeur n'étant expoſé qu'à un danger très-éloigné, pourquoi ne conſerveroit-on pas le droit des premiers, la raiſon & l'équité devroient écarter les doutes ſur la préférence ?

Ces difficultés me font penſer, qu'il eſt plus ſûr d'exécuter le retrait, ainſi qu'il eſt dit, dans la troiſieme propoſition de cette diſtinction, juſqu'à ce que l'exécution exprimée dans la préſente propoſition, ait été autoriſée par un arrêt de réglement.

CHAPITRE QUATRIEME.

DU REMBOURSEMENT DES LOYAUX COUTS.

(Art. 129 de la coutume.)

(*Sort principal & loyaux coûts.*)

SECTION PREMIERE.

DE CE QUI EST COMPRIS SOUS LE NOM DE LOYAUX-COUSTS.

I. LE rembourſement des loyaux coûts eſt dû à l'acquéreur, mais ſur ce rembourſement on a écarté les épines dont on a entouré le rembourſement du capital. Les loyaux coûts ſont toutes les dépenſes néceſſaires que l'acquéreur a fait, pour raiſon de ſon acquiſition; mais le tems de ce rembourſement n'eſt pas fatal, comme il l'eſt par rapport au capital, ſi ce n'eſt pour ce qui eſt liquidé par le contrat, ce qu'on verra ci-après par la troiſieme ſection de ce chapitre; par celle-ci on n'examine que les loyaux coûts en eux-mêmes, dont le rembourſement eſt juſtement & inévitablement dû par le retrayant; mais il ne le doit qu'avec l'exercice d'une action ordinaire.

Voyez ſur ce Dupleſſis, traité du retrait, ch. 2, ſection 2, pag. 299, & l'art. 129 de la coutume.

II. Venons au détail. Le pot de vin, les frais du contrat, l'inſinuation d'icelui, les droits ſeigneuriaux ſont des loyaux coûts, & rembourſables comme tels, lorſqu'ils ne ſont pas liquides, par la ſeule repréſentation du contrat, c'eſt à-dire, que hors ce cas le tems de leur rembourſement n'eſt pas fatal.

Cela eſt dit par tous les commentateurs; & tel eſt l'uſage du châtelet, il eſt fondé ſur ce que la coutume n'ayant ſur ce rembourſement fixé aucun délai, elle a marqué par ce ſilence qu'il devoit être fait à l'ordinaire.

III. Cependant ſur cela, il faut obſerver que les droits ſeigneuriaux doivent être rembourſés en plein, quoiqu'il y ait eu remiſe, elle ne profite qu'à l'acquéreur; c'eſt à lui auquel le ſeigneur a fait la remiſe, & non au retrayant; il doit donc les rembourſer dans leur entier, & ſur la remiſe qu'il allégueroit, il ne ſeroit pas recevable à demander l'affirmation de l'acquéreur; c'eſt droit qui lui eſt acquis par la quittance.

Le retrayant ne peut demander l'affirmation du défendeur en retrait. Arrêt du 8 janvier 1619, rapporté par Bardet, tom. 1, liv. 1, ch. 51; tel eſt l'uſage du châtelet; Dupleſſis, pag. 299 & 300; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 198, confirment cet uſage. Voyez ſur cette néceſſité du rembourſement total des droits ſeigneuriaux, Coquille, queſt. 184; & Louet & Brodeau, let. S, ch. 22.

IV. Voici d'autres loyaux coûts. Les labours & ſemences, les réparations néceſſaires & conſtatées telles, & que l'acquéreur a fait faire étant à ce autoriſé par la juſtice, ſont de ce genre & rembourſables comme tels, c'eſt-à-dire, ſans délai fatal; mais il en faut le rembourſement, ſans lequel le retrayant qui doit rendre indemne celui qui a été évincé par le retrait s'enrichiroit à ſes dépens.

Dupleſſis, pag. 299; & tel eſt encore l'uſage du châtelet.

V. Il en eſt de même du rembourſement du centieme denier, c'eſt une dépenſe inévitable, de même des frais du décret volontaire, parachevé ou ſimplement encommencé, ainſi que du droit de francs-fiefs; ſi l'acquéreur l'a payé, le retrayant doit le lui rembourſer encore qu'il en fût exemt, ſauf à le répéter de celui qui l'a reçu; tout cela eſt compris ſous le nom de loyaux coûts, qui ne peuvent tomber ſur l'acquéreur évincé, & dont le rembourſement doit lui être fait, afin de le mettre dans le même état qu'il étoit avant ſon acquiſition.

Note ſur Dupleſſis, pag. 300; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 198, ne donne à l'acquéreur évincé que la répétition contre le traitant, par rapport au droit de franc-fief; ce qui ne me paroît pas régulier, c'eſt au retrayant à rendre l'acquéreur indemne. Raiſon qui me fait préférer le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis au ſien.

VI. La balance des fruits forme une autre loyale dépenſe; en effet, dans le cas que la vente a été faite à la charge d'une rente rachetable, l'acquéreur peut coucher en loyaux coûts, les arrerages d'icelle, en rendant tous

les fruits ou loyers qu'il a perçus, ces arrérages étant une ſuite de ſon acquiſition, & par conſéquent une dépendance des loyaux coûts d'icelle; c'eſt juſte indemnité qu'on ne peut lui refuſer ſans rendre ſon acquiſition (à laquelle le retrayant eſt cenſé ſubrogé avec effet rétroactif) onéreuſe pour lui, ce qui ſeroit injuſte & incompatible avec cette ſubrogation.

Dupleſſis, pag. 305 à la fin; le Maître, tit. 7, chap. 4, pag. 195; & cela ſe pratique ainſi au châtelet.

VII. Mais l'acquéreur ayant payé ſon prix, ou partie d'icelui comptant, ne peut coucher en loyaux coûts les intérêts de ce prix, ce qui a lieu encore qu'il n'eût perçu aucuns fruits; telle eſt la rigueur de la régle, il me paroît que l'équité exigeroit le contraire dans le cas d'un héritage ruſtique ou d'une terre, principalement lorſque la récolte ſe trouve prochaine au moment de la demande en retrait, parce qu'en ce cas l'acquéreur ſouffre de ſon acquiſition; cela eſt ſi juſte, qu'on viendra quelque jour à ce parti

Cela eſt regardé au châtelet indiſtinctement, comme une maxime; le Maître, pag. 198, eſt d'avis contraire: il le fonde ſur ce que l'acquéreur doit être indemniſé, mais c'étoit à lui à tendre le giron, & le retrayant qui a eu ſes deniers prêts, ne doit pas ſouffrir de ſa négligence; ce qui détruit ſon opinion pour les intérêts à partir du jour de la demande, mais non pour les intérêts antérieurs, qui ne pouvoient ſe balancer que par des fruits qu'il n'a pas récoltés; cela me paroît ainſi.

SECTION II.

Du rembourſement des droits ſeigneuriaux, dans le cas que l'acquéreur ou le retrayant en ſeroient exempts.

VIII. Dans ce cas ce rembourſement eſt différent de celui du cas précédent. Si l'acquéreur, par un certain privilége attaché à ſa perſonne, a été exempt de payer les droits ſeigneuriaux, le retrayant ne doit pas lui faire le payement de ces droits, mais bien au ſeigneur, auquel ils ſont dûs au moyen du retrait; il faut par l'exécution du retrait, le rendre indemne, mais non pas lui procurer un bénéfice au préjudice d'un tiers; c'eſt donc au ſeigneur & non à lui auquel les droits ſont dûs, & cela conſerve les intérêts légitimes de tous; en effet, ce bénéfice n'étoit attaché qu'à ſa propriété, ainſi ſa propriété ceſſant, ce bénéfice doit pareillement ceſſer.

C'eſt le ſentiment de Dumoulin, ſur lart. 22, num 5, ſuivi par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 299, qui ſe récrient contre les auteurs, qui, ſur le fondement d'un arrêt mal entendu, avoient été d'opinion contraire, à quoi il faut joindre la propoſition qui ſuit & les autorités rapportées ſur icelle; elles ſont communes à celle-ci. Sur les priviléges octroyés aux ſecrétaires du roi, qui jouiſſent de cette exemption, voyez Louet & Brodeau, let. S, num. 9; c'eſt dans le cas de ces priviléges que la propoſition s'applique.

IX. Approfondiſſons la propoſition précédente. Le retrait produit une ſubrogation du retrayant au lieu & place de l'acquéreur, ſubrogation qui a un effet rétroactif, au moyen de laquelle ſubrogation l'acquéreur eſt cenſé n'avoir jamais acquis; cette ſubrogation rétrogradante ouvre donc le droit du ſeigneur, mais ne peut procurer un bénéfice à l'acquéreur évincé par le retrait qui le fait regarder comme s'il n'avoit pas acquis; c'eſt donc au ſeigneur qu'il faut que le retrayant paye les droits & non à l'acquéreur, la condition de l'exemption ne s'étant pas enſuivie.

C'eſt l'avis de Dumoulin, tit. 1, §. 15, gloſ. 1, num. 6, art. 6 de la coutume de Paris, où il dit, *transfert emptionem in retrahentem perindè ac ſi retrahens immediatè emiſſet ab ipſo venditore.* Sur ce fondement, il conclut que le ſecrétaire du roi, évincé par retrait lignager, ne peut prétendre les droits ſeigneuriaux, ce qui s'applique au cas qu'on examine ici. Une autre raiſon, eſt que les ſecrétaires du roi ne ſont ni les donataires, ni les ceſſionnaires de ſa majeſté, & que leur droit ſe réduit à une ſimple exemption qui leur eſt perſonnelle, & qui ne peut ſubſiſter qu'avec l'acquiſition, d'où il s'enſuit que ſi c'eſt l'acquéreur qui eſt exempt, le payement du droit doit ſe faire au ſeigneur; voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 27: cet arrêt qui eſt du 18 décembre 1668, eſt auſſi rapporté dans le troiſieme volume du journal des audiences, liv. 2, ch. 7; & dans la ſeconde partie du journal du palais, pag. 373: voilà donc pour le cas que l'acquéreur eſt privilégié, on va examiner le cas dans lequel c'eſt le retrayant qui eſt exempt du payement des droits ſeigneuriaux, & ce que tel privilége opére ſur ce; dans l'un comme dans l'autre cas, l'effet rétroactif du retrait lignager eſt déciſif.

X. Dans le cas que c'eſt le retrayant qui eſt privilégié & exempt de droits ſeigneuriaux, ce privilége ne l'affranchit pas de rembourſer les droits ſeigneuriaux à l'acquéreur, lorſqu'il les a payés, ſauf au retrayant à les retirer de celui qui les a reçu, l'acquéreur évincé par retrait, doit toujours être indemne; indemnité entiere qui rend ce rembourſement de la part du retrayant, quoique privilégié, inévitable; ſauf à lui par l'effet de la ſubrogation qui le fait réputer comme acquéreur immédiat du vendeur, à répéter par l'effet de ſon exemption, le droit payé au ſeigneur, & qui par ſon exemption, n'eſt point dû, mais ſans affoiblir l'indemnité dûe à l'acquéreur évincé.

Lapeyrere, let. R, déciſion 144, pag. 393. Note ſur Dupleſſis, pag. 300; c'eſt ce qui ſe pratique, la ſubrogation parfaite fonde la répétition.

XI. Voyons à préſent le cas qu'il y a privilége & exemption des droits ſeigneuriaux de part & d'autre. Lorſque l'acquéreur & le retrayant ſont privilégiés, il n'y a dans l'exécution du retrait aucun rembourſement de droits ſeigneuriaux à faire, ſoit à l'acquéreur évincé, ſoit au ſeigneur, la ſubrogation légale du retrait, n'opérant rien quant à ce, puiſque l'une & l'autre perſonne jouiſſent du même privilége ; le ſeigneur n'a rien à demander, puiſque la ſubrogation opérée, par le retrait lignager, n'a apporté aucun changement à ſon ſort, & que l'acquéreur évincé, qui à la vérité ne doit rien perdre, mais qui ne doit rien gagner, n'a rien à payer pour droit ſeigneurial.

Arrêt du 5 avril 1607, rapporté par Louet, let. S, num. 22 ; Brodeau, au même endroit ; note ſur Dupleſſis, pag. 300 ; & c'eſt ce qui réſulte des deux propoſitions précédentes, puiſque la ſubrogation que le retrait opére, laiſſe les choſes comme elles étoient avant icelui.

SECTION III.

Dans quel tems les loyaux coûts doivent être rembourſés.

(Art. 136 de la coutume.)

(*Pour l'achat dudit héritage.*)

XII. Développons ici ce qu'on a déja annoncé. Il n'y a pas de tems fatal pour le rembourſement des loyaux coûts, ſauf l'exception qui forme la propoſition qui ſuit ; ainſi dans la théſe générale, il ſuffit au retrayant de rembourſer le montant d'iceux, après la liquidation, & l'acquéreur évincé n'a pour ce qu'une ſimple action avec privilége ſur l'héritage ; c'eſt action & non exécution fatale, & cela réſulte du ſilence que la coutume a gardé en cette partie, autrement ce ſeroit ajouter à ſa diſpoſition.

Ricard, ſur l'art. 138 ; note ſur Dupleſſis, pag. 299 ; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 196 ; & cela eſt d'uſage au châtelet, & l'eſprit de la coutume qui n'a ſur ce fixé aucun délai fatal.

☞ Quoique le retrayant ne ſoit pas obligé de rembourſer avec le prix principal, les loyaux coûts ; néanmoins l'uſage au châtelet eſt d'offrir une certaine ſomme en attendant la liquidation, ſauf à augmenter & à parfaire.

XIII. Cependant, s'il y avoit des loyaux coûts liquidés par le contrat ou les mentions faites ſur icelui, comme on l'a déja obſervé ; par exemple, le reçu du notaire pour le coût du contrat, ceux-là doivent être offerts, rembourſés ou conſignés dans les 24 heures, comme le prix principal, ſinon il y auroit déchéance, l'incertitude de quelques-uns, autoriſant ſeule leur ſuſpenſion ; mais leur certitude les fait regarder comme le prix capital ; c'eſt l'eſprit de la coutume ; ce qui entraîne le rembourſement en plein du droit de lods & ventes, lorſque le contrat eſt enſaiſiné ; la remiſe non écrite de portion d'icelui ne profitant pas au retrayant, & le montant d'icelui étant toujours fixe par celui du prix principal, & la diſpoſition de la coutume ; ce qui me paroît rigoureux, mais juridique.

Telle eſt, par rapport aux loyaux coûts qui ſe trouvent liquidés par le contrat même ou les mentions authentiques ſur icelui, la juriſprudence du châtelet, comme on l'a déja obſervé ci-deſſus ; il faut donc en ce cas les rembourſer dans le même délai & ſous les mêmes peines que le prix principal.

QUATRIEME PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

DE CE QUE CE DROIT OPÉRE DANS LA PERSONNE DU RETRAYANT, ET DANS CELLE DE L'ACQUÉREUR.

CHAPITRE PREMIER.

DES EFFETS DU RETRAIT A L'ÉGARD DU RETRAYANT.

SECTION PREMIERE.

DE LA SUBROGATION RESULTANTE DU RETRAIT, ET DES FRUITS APPARTENANS AU RETRAYANT.

(Art. 134. de la coutume.)

I. LE retrait ſubroge le retrayant au lieu & place de l'acquéreur, comme on a déja été obligé de le dire pluſieurs fois; il s'agit de voir ici ce qui réſulte de cette maxime qui reſte à développer. De cette ſubrogation il s'enſuit, que tous les engagemens portés par le contrat de vente réfléchiſſent directement contre le retrayant; c'eſt la premiere conſéquence qui réſulte de cette ſubrogation; ce qui a lieu cependant plus par la déremption du gage, que par la véritable action perſonnelle; action que l'exécution du retrait doit même conſommer, comme on l'a expliqué ci-devant.

Dumoulin, tit. 1, §. 15, gloſ. 1, num. 5 & 6; d'Argentré, ſur la coutume de Bretagne, art. 71, gloſ. 1, num. 10; le Prêtre, cent. 2, chap. 82; Lapeyrere, let. R, déciſion 148, pag. 393; Dumoulin, dit, *perindè ac ſi retrahens immediatè emiſſet ab ipſo venditore*; mais par les offres & la conſignation, tous ces engagemens ſont effacés; c'eſt exécution prompte & néceſſairement telle, qui ne peut laiſſer ſubſiſter l'action perſonnelle du vendeur, que par ſon conſentement & par une dérogation de ſa part à la rigueur de la coutume.

II. Néanmoins cette ſubrogation ne fait pas perdre au vendeur, l'action qu'il avoit contre l'acquéreur, c'eſt à ce dernier à veiller que le vendeur ſoit rembourſé; en effet, le fait d'un tiers, c'eſt-à-dire, du retrayant, ne peut lui faire perdre un droit qui lui étoit acquis; ce n'eſt donc qu'avec cette limitation qu'on doit entendre la ſubrogation dont on examine ici les effets, qui n'influe nullement ſur les droits du vendeur contre l'acquéreurr, elativement auquel le contrat reſte dans ſa force.

Lapeyrere, let. R, déciſion 174, pag. 397; & tel eſt l'uſage du châtelet: on a cité ci-deſſus une ſentence par laquelle un acquéreur a été condamné de payer, quoique le prix eût été conſigné, mais irréguliérement.

III. Suivons les effets de ce principe. De cette ſubrogation il s'enſuit, que toutes les hypothéques ſur l'héritage retiré, provenantes du fait de l'acquéreur, s'évanouiſſent, l'adjudication du retrait ayant un effet rétroactif au jour du contrat, & l'acquéreur étant cenſé n'avoir jamais acquis; ſeconde conſéquence qui réſulte de cette même ſubrogation, & ſans laquelle l'introduction du retrait lignager pour conſerver les propres dans les familles ſeroit bien imparfaite.

Voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 34; & celui rapporté dans la premiere partie du journal du palais, pag. 10; c'eſt un arrêt du parlement de Rouen, & rendu au ſujet d'un héritage ſitué dans la coutume de Normandie: l'on le juge ainſi au châtelet.

IV. Du même principe il s'enſuit, que le retrayant n'eſt pas obligé de reconnoître le fermier ou le locataire, auquel l'acquéreur avoit loué, pendant l'an du retrait; troiſieme conſéquence du même principe.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 3, pag. 309; & cela a été ainſi jugé au châtelet, moi plaidant; & cela réſulte des principes établis par le chapitre ſuivant, ſur l'impuiſſance de l'acquéreur, d'innover pendant l'an du retrait.

V. Enfin voici une derniere conſéquence. De ce même principe il s'enſuit, que les actions du vendeur contre l'acquéreur, militent contre le retrayant; & s'il y avoit lieu de reſtituer le vendeur contre la vente, la reſtitution de ſa part s'exerceroit contre le

retrayant ; c'eſt encore ce qui réſulte du même principe, c'eſt action réelle qui milite contre tout détempteur de la choſe.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet, fondée ſur ce que l'exercice du retrait lignager ne peut faire perdre au vendeur un droit qui lui étoit acquis.

VI. Examinons à préſent les fruits de l'objet du retrait. Le retrayant gagne les fruits du jour de ſa demande en retrait, & cela a lieu, encore que l'inſtance de retrait dure pluſieurs années ; on verra par les propoſitions ſuivantes, ce qui réſulte de ce principe, tant par rapport aux fruits civils, que par rapport aux fruits naturels ; ce droit du retrayant eſt fondé ſur ce que du jour de ſa demande en retrait la coutume l'oblige d'avoir ſes deniers prêts, & que la durée de l'inſtance de retrait ne peut venir que des conteſtations que fait naître le défendeur en retrait ; c'eſt exacte juſtice que cet accroiſſement des fruits à l'objet du retrait.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 134 ; Dupleſſis, traité du retrait, ch. 4, pag. 310, & cela ſe juge ainſi au châtelet, ſur ce qu'il eſt obligé d'avoir ſes deniers prêts, qu'il ne doit pas ſouffrir des délais ou conteſtations qu'on lui fait eſſuyer ; en effet, dès que le retrait eſt par la ſuite adjugé, il eſt juſte que l'effet de ces conteſtations tombent ſur celui qui les a fait naître, qui eſt le défendeur au retrait. Voyez Dumoulin, tit. 7, ch. 4, pag. 198 ; & tel eſt la baſe de la coutume qu'on peut regarder comme un droit commun.

VII. Examinons les ſuites de ce principe, & quels ſont ces fruits. Tous les fruits prêts à percevoir lors de la demande en retrait, lui appartiennent, & ce de quelque nature qu'ils ſoient, quoique cultivés par l'acquéreur, en rembourſant les labours & ſemences ; c'eſt portion de la choſe, ils en ſont indiviſibles ; cependant dans de certaines circonſtances, il eſt dur de n'en pas dédommager l'acquéreur évincé.

Les arrêts qui l'ont ainſi jugé, ſont cités dans une note marginale ſur le commentaire de Dupleſſis, déſignée par le chiffre 4, pag. 310 ; on a déja obſervé que telle étoit la rigueur de la régle, & qu'il ſeroit équitable, lorſqu'il n'y a pas de conteſtation de ſa part, de lui accorder l'intérêt de ſon prix ; & que tel étoit le ſentiment de le Maître ; en effet, pourquoi ne l'en pas dédommager, lorſqu'il a payé ſon prix, comme on l'en dédommage lorſqu'il a acquis moyennant une rente les arrérages de laquelle il peut mettre en loyaux coûts, en abandonnant tous les fruits ? La raiſon de décider me paroît devoir être la même dans les deux cas.

VIII. A l'égard des fruits civils, toute abſtraction faite de leur échéance, ils ſe diviſent entre l'acquéreur & le retrayant, & ce dernier a tous ceux échus depuis ſa demande ; les précédens appartiennent à l'acquéreur, tel eſt le partage de ces fruits, dans lequel l'équité eſt conſervée.

Cela s'entend des loyers de maiſons, car à l'égard du bail d'une terre, comme tel bail fait par l'acquéreur évincé par le retrait, ne réfléchit pas contre le retrayant, ce ſont les fruit pendans qui lui appartiennent : voyez l'art. 134 de la coutume d'Orléans, le Maître pag. 198 ; en effet, c'eſt la récolte qui doit décider, c'eſt droit réel ; mais on y pourroit ſuivre la réflexion qui termine la note précédente.

☞ Les loyers, ainſi que les arrérages de rente conſtituée, étant dûs *dietim*. ſe partagent, enſorte que l'acquéreur prend les termes échus depuis le contrat de vente, ce qui a couru après l'échéance du dernier terme juſqu'au jour de l'aſſignation, & le lignagerce qui a couru depuis ; mais s'il s'agiſſoit de rentes foncieres, elles ne ſe partagent pas de même, on ne conſidere que le jour du payement ; de ſorte que ſi l'aſſignation en retrait eſt donnée avant que ce jour ſoit venu, les arrérages de la rente appartiennent entiérement au retrayant, ſans qu'il ſoit obligé de les partager avec l'acquéreur ; ainſi une rente fonciere eſt payable en un ſeul payement au jour de S. Martin d'hiver, elle eſt vendue au mois de décembre ſuivant, le retrait eſt intenté au mois d'octobre de l'année ſuivante, la rente appartient en entier au retrayant, quoiqu'il ſe ſoit paſſé dix mois depuis la vente de cette rente : voyez l'arrêt du 30 juin 1597, rapporté par Chopin, du retrait, nomb. 7.

IX. Cependant ſi le vendeur s'étoit réſervé de certains fruits, le retrayant ne pourroit les prétendre, ils ſont diſtraits de la vente par contrat qui réfléchit contre le retrayant, puiſque tout l'effet de ſon retrait, eſt de le ſubroger aux droits qui en réſultent ; il ne peut donc aller au-delà : & ſi lors de l'acquiſition de l'héritage retiré il y avoit ſur icelui des fruits pendans par les racines, & que l'acquéreur les eût par la ſuite recueillis, il doit en faire raiſon au retrayant ; c'eſt quant à ce une eſpéce de capital beaucoup plus que fruit relativement à lui ; qualité qui l'aſſujettit à faire cette raiſon.

Arrêt du 29 août 1649, dans le journal des audiences, tom. 1, liv. 5, ch. 47. En effet, ces fruits ont formé une eſpéce de capital, puiſqu'ils ont augmenté le prix de l'héritage que le retrayant rembourſe, d'où il s'enſuit qu'il faut lui en faire raiſon, c'eſt la conſéquence qui réſulte de la propoſition ; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 198 & 199 ; & telle eſt l'opinion commune au châtelet. Quant aux fruits retenus par le vendeur, c'eſt objet non compris dans la vente, & qui par conſéquent, n'en peut-être un pour le retrait.

X. De ce que deſſus il s'enſuit que l'acquéreur évincé par retrait lignager, ne fait ſiens par rapport aux fruits civils, que ceux échus de ſon tems, & par rapport aux fruits naturels, que ceux qui proviennent de ſa culture & ſemence, & qu'il a perçus avant la demande en retrait ; c'eſt la conſéquence de ce que deſſus.

Qui medio tempore nati sunt & simul percepti, Brodeau, sur l'art. 134, num. 4; & cela eſt une ſuite de l'art. 134 de la coutume.

SECTION II.

Du lien du droit réſultant contre le retrayant de ſa demande en retrait.

XI. Le retrayant ne peut ſe déſiſter de ſa demande en retrait lorſque l'acquéreur a tendu le giron; la demande de l'un & l'acquieſcement de l'autre, forment un véritable contrat en juſtice, qui lie l'un & l'autre irrévocablement; d'où il s'enſuit que le premier ne peut plus ſe déſiſter de ſa demande en ce cas, mais il le peut, tant qu'il n'y a pas d'acquieſcement.

Ainſi ſi la choſe vient à périr après un tel acquieſcement de la part du défendeur en retrait, mais non avant, elle périt pour le retrayant; il en ſeroit autrement ſi l'acquéreur n'avoit pas tendu le giron; c'eſt par cet acquieſcement de ſa part à la demande que le contrat judiciaire peut être formé; tant qu'il ne l'eſt pas, il y a ouverture au déſiſtement; Lapeyrere, let. R, déciſion 164, pag. 307; le Maître, tit. 7, ch. 4, pag. 199.

XII. Cette rigueur dans la théſe générale a lieu même contre le mineur retrayant; cependant ſi la demande en retrait avoit été formée pour le mineur par un tuteur *ad hoc*, ce qui eſt bien différent de celle formée par un tuteur indéfini, en ce cas l'acquéreur en tendant le giron ne peut forcer le mineur à l'exécution du retrait, parce que le tuteur *ad hoc* ne peut engager le mineur au-delà de l'objet qui lui eſt confié, & par conſéquent l'abandonnement de l'héritage qui faiſoit l'objet du retrait, ou plutôt le déſiſtement de ce même retrait, eſt toujours recevable; ce tuteur (dont le pouvoir eſt limité) ne pouvant engager le mineur au-delà de l'objet confié à ſon adminiſtration, comme on l'a déja obſervé; c'eſt juſte exception qui naît de la qualité même, au-delà de laquelle celui à qui la juſtice l'a confié ne peut aller.

Cela a été jugé par ſentence du châtelet rendue ſur productions reſpectives des parties au rapport de Heron: j'avois écrit au procès; & le moyen contenu dans la propoſition réſultant de l'incapacité d'un tel tuteur, d'engager le mineur au-delà de l'objet du retrait, fut celui qui détermina les juges.

XIII. Quoique le mineur retrayant ne ſoit pas reſtituable contre ſon retrait par rapport au défendeur en retrait, & ce dans la théſe générale, néanmoins il eſt reſtituable contre ſon pere, qui en qualité de ſon tuteur, a exercé un retrait ſous ſon nom & par la voie de la reſtitution en entier qui lui eſt ouverte, en ce cas il peut ſe procurer ſa décharge envers lui du rembourſement de ce qu'il a payé pour l'exécution du retrait, ce qui même peut influer contre le défendeur en retrait; autrement le fils de famille ſe trouveroit lézé par un fait auquel il ne peut parer, le pere en ce cas étant réputé avoir agi autant pour lui que pour ſon fils.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet, de laquelle on pourroit conclure qu'en cas que le tuteur fût inſolvable, la reſtitution en entier contre le fait de ce tuteur qui porteroit un préjudice conſidérable au pupille, devroit ſubſidiairement réfléchir contre le défendeur au retrait, ſans quoi un pupille pourroit être ruiné par le ſeul fait de ſon tuteur; & il me paroît qu'en ce cas c'eſt le bon parti, pourvu que le mineur céde ſon action de tutelle juſqu'à concurrence.

XIV. Dans ce cas de reſtitution, l'héritage ainſi retiré par un pere comme tuteur de ſon fils, reſte au pere tuteur, le fils eſt déchargé de tous les engagemens réſultans de l'exécution d'un tel retrait; c'eſt ce qui réſulté d'une telle reſtitution, qui en ce cas me paroît ſans difficulté; décharge qui n'a lieu que par l'abandonnement de l'héritage à la ſucceſſion.

Mais ſi le fils conſerve l'héritage que le pere a retiré ſous ſon nom, tel héritage lui eſt acquêt, quoique ſon pere en ait payé tout le prix; Lapeyrere, let. R, déciſion 401, pag. 401; parce qu'en ce cas c'eſt vraiment le fils qui eſt acquéreur, ſauf à l'héritier de la ligne de tel héritage, nonobſtant cette qualité d'acquêt, s'il ſe trouvoit dans la ſucceſſion du retrayant, à le retirer en rembourſant l'héritier des meubles & acquêts, comme on l'a vu ci-deſſus, ce qui ne change en rien la qualité d'acquêt.

☞ L'héritage retiré par le pere ſous le nom de ſon fils, eſt propre à ſon fils & non acquêt; mais il eſt obligé de rapporter à la ſucceſſion de ſon pere, au cas qu'il y vienne & qu'il ſe porte ſon héritier, les deniers, frais & loyaux coûts déboursés pour l'exécution du retrait: voyez l'arrêt du 12 mai 1640, rapporté par Brodeau, let R, nomb. 5; voyez auſſi le Prêtre, cent. 3, ch. 65; & Grimaudet, des retraits, liv. 2, ch. 12: il en ſeroit autrement, ſi le fils n'avoit pas de biens ſuffiſans pour faire le rembourſement du prix de cet héritage, alors il ne lui ſeroit point propre: voyez l'art. 482 de la coutume de Normandie.

SECTION III.

De la qualité de l'héritage retiré dans la perſonne du retrayant.

§. I.

Que le retrayant, quoiqu'impubere, eſt propriétaire de l'héritage, mais qu'il n'eſt pas propre dans ſa perſonne.

XV. Le mineur, même l'impubere, au nom

nom duquel on a retiré un héritage par retrait lignager, eſt propriétaire d'icelui, comme on l'a déja annoncé par la ſection précédente, ce qui reſte à approfondir. De cette qualité de propriétaire il réſulte, qu'il doit rembourſer à ſon tuteur les deniers qu'il a employé à l'exécution du retrait, à moins que le tuteur n'eut des deniers appartenans au mineur lors de l'exécution du retrait, ou que le tuteur n'en eût reçu depuis & ſuffiſamment pour ſe remplir; ce qui doit ſe conſommer par le compte de tutelle qui doit contenir toute la juſte recette, & la légitime dépenſe, & la balance de l'une & de l'autre.

Par l'uſage du châtelet, cela ſe régle ainſi dans le compte de tutelle, & le rembourſement mentionné dans la propoſition a été jugé par arrêt du 18 mai 1585, il eſt cité dans la note ſur Dupleſſis, pag. 323, ce qui eſt inconteſtable; c'eſt opérer du compte de tutelle dans laquelle on doit balancer les recettes, les dépenſes & les emplois légitimes; & la propriété du mineur qui fait la premiere partie de la propoſition, eſt atteſtée par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, traité du retrait, ch. 6, ſect. 3, pag. 322; elle eſt inconteſtable.

XVI. Voyons un autre effet que produit un tel retrait. Le pere qui a retiré un héritage ſous le nom de ſon fils, ne peut plus le vendre, s'il n'y eſt autoriſé, & en ce cas il doit faire raiſon à ſon fils des profits de la revente, encore qu'il eût avancé tous les deniers pour l'exécution du retrait; c'eſt ce qui réſulte de ſa propriété & de la premiere propoſition de cette ſection; en effet, ce fils de famille étant propriétaire, c'eſt à lui à profiter de l'augmentation de valeur de la propre choſe, quoique par un tel acte, il ne puiſſe pas ſouffrir de perte.

Lapeyrere à l'endroit ci-deſſus cité, ſauf dans le compte de tutelle à faire dépenſe par le pere des deniers qu'il a employé pour l'exécution du retrait, & recette du prix de la vente qu'il a faite enſuite de l'héritage par lui ainſi retiré, c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet; ce qu'il a paru néceſſaire de reprendre ici en examinant l'effet du retrait, & la qualité de l'héritage retiré dans la perſonne du retrayant.

XVII. Quant à la qualité d'un héritage retiré, l'héritage retiré par retrait n'eſt point propre dans la perſonne du retrayant, mais ſimple acquêt, ſauf la qualité de propre, mais relative & non abſolue qui fait la matiere du paragraphe qui ſuit & qu'on a déja annoncé; c'eſt qualité purement relative & limitée à ce cas qu'on examine par le paragraphe qui ſuit.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 8, pag. 334, dit qu'il eſt de nature mixte, ce qui revient au même que la propoſition, c'eſt-à-dire, qu'il n'eſt acquêt que ſous une limitation qu'on va voir, & ce qui réſulte de la coutume.

XVIII. De-là il s'enſuit que tel héritage n'eſt pas ſujet aux réſerves coutumieres, & que le retrayant en peut par teſtament diſpoſer en totalité: premiere conſéquence; & par le même principe cet héritage ſe trouvant dans la ſucceſſion du retrayant, il appartient à ſon héritier des meubles & acquêts ſous la modification ci-après; c'eſt la ſeconde conſéquence; ce dernier eſt ſujet au retrait qu'on va examiner, le premier ne le ſeroit pas, on ne voit pas trop pourquoi il eſt traité plus favorablement que l'autre.

Voyez ſur ce le paragraphe qui ſuit, ce retrait ſubordonné mérite un examen particulier.

§. II.

Que l'héritier des propres peut le retirer.

(Art. 139 de la coutume.)

XIX. Quoique dans la théſe générale l'héritage retiré ſoit acquêt, il forme néanmoins un propre relatif & limité à un certain cas, derniere qualité qu'il s'agit d'examiner; en effet, comme le motif du retrait lignager eſt de conſerver les biens dans les familles, comme on l'a établi dans les premiers chapitres de ce titre, par une ſuite de ce motif, l'héritier des propres de la ligne de l'héritage retiré peut dans l'an & jour, à compter du décès du retrayant, retirer l'héritage des mains de l'héritier des meubles & acquêts, en lui payant tous les deniers déboursés par le défunt pour l'exécution du retrait; c'eſt un retrait ſubſéquent fondé ſur l'effet que le premier doit produire, ſans quoi le premier ne ſeroit pas efficace; inconvénient, auquel la coutume a remédié par ce retrait ſubordonné, qui eſt très-conſéquent à ſes premiers principes.

Dupleſſis, en ſon quatrieme traité, qui eſt celui des qualités accidentelles des immeubles, p. 114, & en ſon traité du retrait, pag. 334; c'eſt le texte de la coutume, & tel a été la baſe de ce texte conſéquent à ſes premieres diſpoſitions; ſur cette qualité de propre relatif de l'héritage retiré par retrait, voyez les arrêtés faits chez M. le premier préſident de Lamoignon, titre des propres, article 7; & de Renuſſon, en ſon traité des propres, ch. 1, ſect. 12, & ch. 3, ſect. 9.

XX. Ce même droit de l'héritier des propres de la ligne, a lieu contre le légataire univerſel, en le rembourſant comme deſſus; en effet, le légataire étant encore moins favorable que l'héritier mobiliaire, je ne vois pas que ce dernier puiſſe s'affranchir d'un tel retrait; penſer le contraire ſous prétexte que la lettre toujours courte, toujours ſentencieuſe n'embraſſe pas ce cas, ce ſeroit s'écarter totalement de l'eſprit de la loi, ce qui ne pourroit s'étendre à un légataire particulier, mais c'eſt de la choſe même dont le teſtateur a voulu le gratifier.

Ricard, des donations, troiſieme partie, chapitre 10, ſect. 1, num. 1556, pag. 746; il y en a arrêt cité, ſans date dans la note marginale ſur Dupleſſis, pag. 334: voyez les notes ſur le Maître, pag. 337, & cela eſt ſuite de l'art. 139.

XXI. Dans la perſonne de l'héritier des propres qui a exercé un tel retrait l'héritage eſt propre abſolument, ſans que dans cette ſeconde ſucceſſion l'héritier des acquêts puiſſe prétendre aucun rembourſement; il y auroit eu trop d'inconvéniens à étendre ce rembourſement dans la ſeconde ſucceſſion, car cela auroit conduit néceſſairement à l'étendre à l'infini.

Le Brun, traité des ſucceſſions, page 122, num. 41, & c'eſt ce qui ſe pratique, parce que autrement ce ſeroit ajouter à la coutume.

XXII. Quoique dans cette eſpece de retrait ſubordonné, l'héritier des propres ſoit tenu de rembourſer les loyaux-coûts payés à l'occaſion de l'exercice du retrait lignager, cependant il n'eſt pas obligé de rembourſer les améliorations faites par le défunt; c'eſt un accroiſſement à l'héritage qu'il a droit de reprendre dans l'état qu'il ſe trouve, de même que tout bâtiment ſur un fonds propre appartient à l'héritier des propres, comme cela a été établi ſur le titre des propres & ſur celui des ſucceſſions Principe qui influe ſur le retrait ſubordonné qu'on examine ici, & qui me paroît ſur cela lever toute difficulté, & autrement on ajouteroit à la coutume.

Voyez ſur ce le titre des ſucceſſions où cet accroiſſement eſt établi, accroiſſement qui fonde la propoſition; c'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 335, au ſujet des améliorations; mais il décharge auſſi l'héritier du rembourſement des loyaux coûts, ſur le fondement que la coutume ne l'en charge pas expreſſément, mais comme le capital régle toujours ſon acceſſoire, il paroît que pour ſa décharge de ce il en auroit fallu mention expreſſe; par conſéquent la coutume n'en ayant pas affranchi l'héritier des propres, j'eſtime qu'il eſt tenu de faire à l'héritier des meubles & acquêts le rembourſement de ces loyaux-coûts, comme il eſt tenu de faire le rembourſement du capital; l'un eſt ſuite de l'autre, c'eſt le prix de l'exercice du premier retrait qu'il doit rendre, non celui de ce qui a été fait depuis.

XXIII. Paſſons à la forme de ce retrait. Ce retrait ſubordonné en faveur de l'héritier des propres, n'eſt pas ſujet à aucune formalité, il ſuffit à cet héritier de faire ſa déclaration dans l'an, & de rembourſer l'héritier des meubles & acquêts ou de conſigner à ſon refus; c'eſt bien plus un droit ſucceſſif, mais accordé ſous une charge, qu'un véritable retrait lignager; qualité qui l'affranchit des formalités.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 8, pag. 334, où il obſerve que pour ce le délai d'an & jour eſt fatal, ce qui s'obſerve au châtelet, & c'eſt en cela ſeul que ce droit eſt une eſpéce de retrait; voilà toute ſa forme.

§. III.

Si le retrayant vend l'héritage il y a lieu au retrait.

XXIV. Le retrayant vendant à un étranger l'héritage par lui retiré, cette vente, quoique d'un acquêt, donne ouverture au retrait en faveur des parens du côté & ligne duquel l'héritage étoit originairement propre; ce qu'on a déja vu ci-deſſus & qu'il eſt bon de reprendre ici en examinant les effets du retrait lignager.

Je l'ai entendu ainſi décider par tous les anciens avocats plaidans au châtelet; c'eſt l'avis de Dupleſſis, traité du retrait, à la fin du ſeptieme chapitre, pag. 334. En effet, cela eſt fondé ſur ce que le retrait intenté & exécuté par le vendeur a arrêté le droit des autres lignagers, mais ne l'a pas anéanti, & que leur droit s'ouvre par la revente & la ſortie de l'héritage hors la famille; c'eſt ſur cette raiſon que les anciens avocats au châtelet ont fondé leur ſentiment, elle me paroît ſatisfaiſante, autrement ce ſeroit dépouiller la coutume de ſa ſageſſe, & faire ſervir le retrait par elle établie pour conſerver les propres dans les familles à en autoriſer la ſortie; & ſur cela il ne peut y avoir aucun doute, puiſque c'eſt la diſpoſition de l'art. 139 de la coutume par rapport au droit ſucceſſif, bien plus favorable qu'une vente. Voyez Pocquet de Livoniere, en ſon traité des fiefs, titre du retrait féodal, ainſi le cas réglé par la coutume régle l'autre.

XXV. De ces parens il faut excepter le premier vendeur qui avoit mis ſon propre hors la famille, par la premiere vente qu'il en avoit fait; il ne peut retraire ſur celui qui a acquis de ſon parent retrayant, incapacité qu'on a déja établie & que l'ordre oblige de reprendre ici; en effet, ſon parent qui a retrait eſt ſubrogé à la vente qu'il en avoit fait, & le ſecond retrait ſur la revente du retrayant opére toujours une ſubrogation ſubordonnée à la premiere vente, contre laquelle le premier vendeur ne peut agir; ce qui fonde ſon incapacité.

On a établi ci-deſſus, que le vendeur ne peut retraire que quand il a vendu à un lignager ou à un acquéreur qui avoit des enfans étant en ligne; faculté qui étant limitée à ces cas, l'exclut pour les autres.

CHAPITRE SECOND.

DE LA NATURE DE LA PROPRIÉTÉ DE L'ACQUÉREUR PENDANT L'AN DU RETRAIT.

(Article 146 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE SON IMPUISSANCE DE CHANGER L'HÉRITAGE, OU D'EN DIMINUER LA VALEUR PENDANT CE TEMS, MAIS QU'IL LE PEUT VENDRE.

I. LA coutume dans l'établiſſement du retrait lignager a preſque tout prévu. Pendant l'an & jour du retrait l'acquéreur ne peut rien changer dans l'héritage; s'il le fait, les lignagers peuvent le forcer de le remettre au même état qu'il étoit lors du contrat de ſon acquiſition, la loi pendant ce tems lui lie les mains, parce que tant qu'il ſubſiſte il n'eſt pas propriétaire incommutable, & que ſans cette juſte impuiſſance que la coutume ſur ce prononce contre lui, il affoibliroit le droit des lignagers ou en rendroit l'exercice plus difficile; ce qui feroit une contravention à ce droit que la coutume conſerve en ſon entier par cette prévoyante diſpoſition, & c'eſt un droit commun.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 146: voyez Dupleſſis traité du retrait, ch. 3, pag. 309; mais il peut enlever ſes augmentations, à moins que le retrayant n'offre le rembourſer juſqu'à concurrence de ce dont l'héritage eſt augmenté. Le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 193; principe duquel il réſulte comme on l'a vu ci-deſſus, que le bail fait par l'acquéreur ne peut militer contre le retrayant.

II. Par une ſuite de cette même impuiſſance, il ne peut pendant ce tems affecter ni hypothequer l'héritage au préjudice des lignagers, s'il le fait, & qu'il y ait retrait exécuté, toutes les hypothéques de ſon chef ſont de plein droit effacées, il ne peut pendant ce tems préjudicier au droit du retrayant; & par le même principe, le bail qu'il auroit paſſé ne milite point contre les lignagers qui ont droit d'expulſer le fermier ou le locataire par lui introduit; ſi l'on a déja examiné cela, on ne l'a examiné que par rapport au retrayant; ici on l'examine par rapport à celui qui eſt évincé par un retrait lignager; ce qui oblige à cette répétition, tout cela eſt ſuite de la ſubrogation que l'exercice du retrait lignager opére, & qu'on a établi ci-deſſus.

Cela a été ainſi jugé au parc-civil du châtelet, moi plaidant, par rapport au bail; & ſur la premiere partie de la propoſition, voyez l'arrêt rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 34; & la premiere ſection du chapitre précédent.

III. Dans le cas de l'inexécution d'un tel bail, le fermier a un dédommagement à prétendre contre l'acquéreur évincé par retrait, quoiqu'éviction légale, ſi par le bail il n'a pu prévoir cette éviction, mais non autrement; le contraire feroit injuſtice dans le dernier cas, a-t-il ignoré le danger qu'il couroit, c'eſt juſte dédommagement? l'a-t-il connu, ce n'eſt plus que ſon fait?

Dupleſſis, pag. 309; il en ſeroit autrement ſi par le bail le fermier avoit été averti, que ſon bailleur pouvoit être évincé par cette éviction légale; tel eſt l'uſage du châtelet, cette diſtinction concilie les principes.

IV Ce que deſſus a ſes limites; en effet, nonobſtant l'impuiſſance de l'acquéreur d'innover pendant l'an du retrait, néanmoins pendant ce tems l'acquéreur peut vendre l'héritage par lui acquis, quoique ſujet encore au retrait lignager; c'eſt une ſuite de ſa propriété, mais cette ſeconde vente ne change rien aux droits des lignagers, parce qu'ils exercent leur retrait ſur la premiere vente, non ſur la ſeconde, comme on l'a vu ci-deſſus, en traitant de l'exécution du retrait.

Voyez la diſtinction 14 de la premiere ſection du premier chapitre de la troiſieme partie de ce titre.

V. Voyons ce qu'opére une telle éviction. Le ſecond acquéreur évincé par cette voie n'a aucun dédommagement à prétendre contre ſon vendeur au ſujet de la diminution du prix; ſi on ne peut imputer aucun dol à ce dernier, il eſt ſemblable au fermier; c'eſt éviction légale & éviction qu'il a dû prévoir; qualité qui écarte tout dédommagement de ſa part, comme de celle du fermier, ſi l'un ni l'autre n'a été ſurpris.

Cela ne s'entend que dans le cas que le vendeur par dol n'a pas fait ignorer à l'acquéreur qu'il y avoit ouverture au retrait; note ſur Dupleſſis, pag. 303; ainſi ceſſant ce dol, il n'a aucun recours; mais ſi le prix de la premiere vente eſt plus fort que celui de ſon acquiſition, cet excédent de prix lui appartient indiſtinctement; c'eſt ce que Dupleſſis, à la même page 303; ce qui me paroît

d'autant plus juſte, que ſi le prix de la vente à lui faite étoit plus fort que celui de la premiere, il n'auroit pour ce aucune répétition contre ſon vendeur que dans le cas du dol: il ſeroit cependant équitable de la lui donner indiſtinctement; mais cette perte eſt balancée par le profit qu'il peut faire en cas de prix plus foible.

VI. Cela auroit lieu encore que le premier acquéreur eût vendu après l'an, & que le délai du retrait eût été prorogé par ſa négligence de prendre enſaiſinement, pourvu que par la remiſe du premier contrat de vente, le ſecond acquéreur eût connu cette négligence, parce qu'alors l'acquéreur a accepté l'acquiſition, connoiſſant ou devant connoître la charge de l'éviction légale, par le retrait lignager à laquelle cette acquiſition étoit encore aſſujettie; & dans ce même cas de connoiſſance le ſecond acquéreur n'a pas de répétition de l'excédent du prix de ſon acquiſition, quoique les lignagers ne lui rembourſent que le prix du premier contrat de vente, qui a mis l'héritage hors la famille; c'eſt un événement qu'il a pris à ſes riſques; mais en ce même cas, & comme on l'a déja obſervé, s'il a acquis moins que ſon vendeur, l'excédant du prix lui appartient, parce que par la vente tous les droits que ſon vendeur pouvoit avoir quant à ce ſont paſſés dans ſa perſonne; c'eſt donc à lui à qui l'excédant appartient; c'eſt ſuite de ſon droit de propriété; cela dans un cas peut paroître rigoureux, mais eſt juridique, c'eſt balance de la perte avec le gain.

La perte expliquée dans la premiere partie de la propoſition eſt balancée par l'excédant du prix, comme on l'a vu ci-deſſus, ſi excédant il y avoit, excédant qui lui appartient toujours & indiſtinctement, parce que la choſe, ainſi que l'action, ne peuvent augmenter que pour le propriétaire; mais dans le cas que tel retrait peut lui apporter quelque dommage, ce dommage ne peut fonder en ſa faveur un recours ou répétition contre ſon vendeur qu'autant que ce dernier a agi & contracté avec lui avec do & lmauvaiſe foi: juſte diſtinction qui concilie tous les juſtes intérêts.

VII. Quoique l'acquéreur puiſſe vendre, parce que ſa vente ne peut nuire aux lignagers, le ſecond acquéreur ne peut rembourſer une rente fonciere, dont l'héritage ſeroit chargé, & s'il le fait, il ne peut exiger des lignagers que la continuation de la rente, parce qu'il n'a pas eu plus de droit qu'un premier acquéreur de changer la condition des lignagers; il eſt ſemblable à un premier acquéreur, & l'on vient d'établir cette impuiſſance dans la perſonne de ce dernier.

Notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 309; & ce qui réſulte de ſon impuiſſance d'innover tant qu'il y a lieu au retrait lignager; telle eſt l'opinion commune au châtelet, & même la juriſprudence de ce tribunal; elle a pour baſe l'art. 146 de la coutume, qui doit militer contre un ſecond acquéreur comme il milite contre un premier, dans le cas qu'il y a ouverture au retrait lignager contre un ſecond acquéreur.

SECTION II.

De la coupe de bois relativement à l'acquéreur pendant l'an du retrait.

(Art. 146 de la coutume.)

(*Ne peut empirer l'héritage.*)

VIII. Le même article de la coutume régle encore ce cas-ci. Pendant l'an & jour du retrait l'acquéreur ne peut faire aucune coupe de bois de haute-futaye, ſa propriété pendant ce tems qui n'eſt pas incommutable ne lui permet pas de le faire; ce ſeroit dégradation, & toute dégradation pendant ce tems lui eſt interdite; c'eſt une ſuite de la ſection précédente.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 3, à la p. 309, déja cité, & c'eſt ſuite de l'article cité.

IX. Voyons ce qui réſulte de cette impuiſſance. S'il avoit fait une telle coupe, il ſeroit obligé d'en rendre le prix aux lignagers, & leur payer en outre le montant du dédommagement qu'ils ſouffriroient par cette coupe; c'eſt la conſéquence de la propoſition précédente; & ſans le juſte dédommagement, outre le prix, la diſpoſition de la coutume ne ſeroit pas remplie.

C'eſt ce qui ſe juge, en ce cas, conformément à ce qui réſulte du texte.

X. Par une ſuite de cette même impuiſſance, il ne peut par anticipation faire couper un bois taillis, quoique mis en coupe ordinaire; s'il le faiſoit, il doit aux lignagers la reſtitution du prix de cette coupe avec dommages & intérêts: dans le premier cas, c'eſt-à-dire, par rapport à un bois de haute-futaie, il y a abſolue impuiſſance; dans le ſecond cas l'anticipation de la coupe la produit & dégénere en une fraude qu'il a voulu faire au droit des lignagers & qu'il doit réparer, la coutume par une diſpoſition générale proſcrivant toute fraude qui ſeroit faite à ce droit; c'eſt l'effet de ſa diſpoſition générale.

Cela réſulte encore de ſon impuiſſance d'innover; c'eſt une autre conſéquence du même article.

XI. De ce que deſſus il réſulte qu'il ne peut pareillement faire par anticipation la pêche d'un étang; s'il l'a faite & qu'il y ait retrait lignager, il doit rendre & dédommager le retrayant de tous fruits, autres que ceux qu'il a dû avoir, en jouiſſant comme un bon pere de famille auroit jouit; c'eſt encore ce qui réſulte du principe capital de cette ſection, c'eſt-à-dire, de ſon impuiſſance d'inno-

ver pendant l'an du retrait ; ce ſont différens cas dans leſquels s'applique la diſpoſition générale de la coutume.

Dupleſſis, ſur cette propoſition & la précédente, à la même pag. 309 ; c'eſt toujours ſuite du même article.

SECTION III.

Des réparations dont l'acquéreur a le rembourſement, mais qu'il n'a pas celui des améliorations.

(Art. 146 de la coutume.)

XII. La coutume ici conſerve encore tout intérêt ; en effet, malgré l'impuiſſance dans laquelle l'acquéreur eſt d'agir pendant l'an & jour du retrait, il peut néanmoins faire les réparations néceſſaires, & qui ſont conſtatées telles par un rapport en juſtice ; & de telles réparations le rembourſement lui en eſt dû par les lignagers, c'eſt-à-dire, par celui d'entre les lignagers qui exerce contre lui le retrait lignager ; autrement ce dernier s'enrichiroit aux dépens de l'autre, ce qu'il faut toujours rejetter dès que la certitude & la néceſſité de la réparation, ſont conſtatées.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 3, cinquieme obſervation, pag. 309 ; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ; la coutume l'autoriſe à faire les réparations néceſſaires, mais il faut conſtater leur néceſſité : elles ſeront rembourſées, ou ſur le pied que l'acquéreur les a payées, ou ſur le pied qu'elles valent lors de l'exécution.

☞ Pour faire avec ſûreté les réparations néceſſaires, il faut que l'acquéreur préſente ſa requête au juge, tendante à ce que les lieux ſoient vus & viſités par experts, & que ſur le rapport des experts ils obtiennent ſentence, en vertu de laquelle il doit faire des marchés pardevant notaires, & tirer quittances des ouvriers ; lorſqu'il eſt ainſi en régle, le retrayant ne peut rien diminuer du montant de ces réparations.

XIII. Ce rembourſement en ce cas, lui eſt tellement dû, que les lignagers ſeroient obligés de le lui faire, encore que ces réparations fuſſent péries par quelque cas fortuit ; la néceſſité de les faire, la ſubrogation du retrayant en ſa place, fonde ce rembourſement ; & ſi elles ſubſiſtent, le rembourſement doit être total ; ce qui s'entend dans la théſe générale.

Si elles ſubſiſtent, ſur quel pied lui ſeront-elles rembourſées, ou ſur le pied que l'acquéreur les a payées, ou ſur le pied qu'elles valent lors de l'exécution du retrait ? Les auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 309 & 310, eſtiment que le rembourſement ne s'en doit faire qu'eu égard au tems du retrait ; l'opinion contraire me paroît plus conforme au principe du retrait, qui eſt en lui-même peu favorable, & par l'exercice duquel l'acquéreur ne doit ſouffrir aucune perte à l'occaſion de ſon acquiſition, ce qui arriveroit néanmoins ſi on lui rembourſoit moins qu'il n'a dépenſé pour le bien de la choſe ; ainſi le ſentiment des auteurs de ces notes me paroît ne pouvoir avoir lieu, dans le cas que le retrait s'exerce dans l'an & jour ; mais lorſque par le fait & la négligence de l'acquéreur il peut s'exercer un long tems après, ce ſentiment eſt bon ; c'eſt avec cette diſtinction que ce ſentiment doit être entendu, en ce cas, c'eſt ſeulement la valeur actuelle qui eſt à rembourſer.

☞ Voyez notre obſervation ſur la précédente propoſition & l'arrêt du 27 mai 1617, rapporté par Tronçon ſur l'article 146 de la coutume ; cet arrêt a jugé que l'eſtimation doit être faite ſur le procès-verbal de viſite, ſur les marchés & quittances des ouvriers ; & que dans le cas où il n'y a point eu de rapport d'experts, elles doivent être eſtimées en l'état qu'elles ſont, piéce à piéce & par le menu, le tout à dire d'experts, comme maçons, charpentiers, menuiſiers & autres.

XIV. Une autre raiſon qui fonde la propoſition précédente, outre celles qu'elle contient, eſt la même que par rapport au prix principal dont le retrayant doit toujours le rembourſement, encore que l'héritage par quelque cas fortuit, ou force majeure, fût diminué de valeur ; donc ce rembourſement eſt dû nonobſtant l'anéantiſſement des réparations, cela me paroît une ſuite des principes de la coutume qui veut abſolument que l'acquéreur évincé par le retrait, ſoit rendu indemne, & ſans ce rembourſement, il ne le ſeroit pas.

C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 303, où ils réfutent l'opinion contraire.

XV. Venons aux améliorations faites par l'acquéreur. Si pendant l'an & jour du retrait l'acquéreur a amélioré l'héritage, il ne lui eſt dû pour ce aucun rembourſement, ce changement vient de ſon goût, non de la néceſſité ; il n'a donc de ce aucun rembourſement, & cela réſulte des ſections précédentes, autrement ſonfait nuiroit aux lignagers, qui cependant ne doivent pas s'enrichir à ſes dépens.

Cela réſulte de ſon impuiſſance à faire aucun changement pendant l'année du retrait : impuiſſance fondée ſur le texte même & établie ſur les ſections précédentes, & notamment ſur la premiere ſection du préſent chapitre ; tout ſon droit quant à ce ſe réduit à la propoſition qui ſuit.

XVI. Cependant il peut enlever les améliorations par lui faites, lorſqu'il eſt évincé par un retrait, ſi le retrayant ne veut lui en faire raiſon, pourvu que ce ſoit ſans détérioration, & remettant les choſes en même état qu'elles étoient lors de ſon acquiſition ; cela réſulte encore de ce que deſſus, & à l'égard du droit du retrayant d'empêcher l'enlevement en rembourſant le montant des améliorations, il eſt fondé ſur ce que l'oppoſition à ce droit, de la part de l'acquéreur, ne ſeroit

que malignité à laquelle on ne peut se prêter; mais ceſſant le rembourſement de l'amélioration avec empêchement de ſon enlevement, ce ſeroit conquête du bien d'autrui.

Il y en a arrêt du 9 décembre 1570, il eſt cité dans une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 309; & tel eſt l'uſage du châtelet.

XVII. Les plants d'arbres ne ſont point regardés comme impenſes néceſſaires, mais améliorations pour leſquels il n'échoit aucun rembourſement, ſauf l'enlevement de la part de l'acquéreur, ſi le retrayant ne veut rembourſer; & les propoſitions ci-deſſus auroient lieu encore que les améliorations euſſent été faites plus d'un an après l'acquiſition, l'acquéreur ne pouvant imputer qu'à lui-même de n'avoir pas fait courir l'an du retrait, lorſqu'il ſe trouve prorogé par ſa négligence; ainſi dans le cas de cette prorogation qui ne vient que ſon fait, il reſte dans le même état d'impuiſſance dans lequel la coutume le place pendant l'an & jour du retrait.

Je l'ai entendu juger ainſi au parc-civil, & la coutume fonde encore cette déciſion, toutes ſes diſpoſitions devant opérer.

TITRE VINGT-UNIEME.

DU RETRAIT DE MI-DENIER.

CHAPITRE PREMIER.

QUAND ET EN FAVEUR DE QUI IL A LIEU.

(Art. 155 & 157 de la coutume.)

I. CE retrait milite contre la communauté; en effet, lors de la diſſolution de la communauté pendant laquelle deux conjoints ont acquis un héritage qui étoit propre à un parent de l'un d'eux, le retrait du mi-denier s'ouvre en faveur du conjoint lignager du vendeur ou de ſes héritiers, & ce avant tout partage de communauté, ſauf l'effet du don mutuel; c'eſt, pour ainſi dire, un prélevement qu'ils ont droit de faire en payant le prix d'icelui; on verra par la ſuite qu'elle eſt la fin de ce retrait & ſes formalités; ſa baſe eſt que la coutume ayant conſidéré qu'elle établit en cas de défaillance au retrait, lorſque de deux conjoints acquéreurs, l'un eſt lignager du vendeur, pour ce même cas elle établit un retrait ſubordonné par la voie duquel l'héritage peut être conſervé dans la famille: voilà la baſe de ce retrait; mais ſi les deux conjoints étoient lignagers, il n'y auroit plus lieu à ce retrait, encore que par le partage il ſortît de la famille; car le retrait n'a lieu en ſucceſſion, mais il doit ſe faire une ſubrogation.

Mais par rapport à l'immeuble retiré par retrait lignager pendant la communauté du chef de l'un des conjoints qui étoit lignager, & dont on a déja parlé, ce n'eſt plus retrait de mi-denier; en effet, ſans formalités, cet immeuble comme propre relativement à la communauté appartient au conjoint ou aux héritiers du conjoint, du chef duquel le retrait a été exercé, en indemniſant la communauté, c'eſt-à-dire, l'autre conjoint ou ſes héritiers de la moitié de ce qui a été tiré de la communauté pour l'exercice d'un tel retrait; tel eſt l'uſage du châtelet, ce qui s'y conſomme par le partage de communauté; ce qui eſt conforme à l'arrêt du 10 avril 1668, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 13; au ſentiment de Dumoulin, en ſes notes poſthumes, §. 184, num. 1; à celui des auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 338, & de le Maître, tit. 7, pag. 180, ce qu'on verra plus amplement par le chapitre 3 de ce titre; ce n'eſt donc plus en ce cas retrait de mi-denier; en effet, par rapport au retrait de mi-denier, la coutume parlant de l'héritage qui en fait l'objet, dit *acquis* & non pas retiré.

II. S'il y a renonciation à la communauté & que ce ſoit la femme qui ſoit lignagere, en ce cas comme dans celui de l'acceptation, ce n'eſt plus retrait de mi-denier, mais retrait ſur la communauté qui a lieu pour le tout contre le mari ſurvivant ou ſes heritiers; on verra ci-après comment ce retrait s'exerce dans l'un comme dans l'autre cas, c'eſt-à-dire, ſoit que la communauté ſoit acceptée, ſoit qu'il y ait renonciation à icelle; on examine ici le droit en ſoi, & ce retrait pour le tout dans le cas de la renonciation à la communauté, eſt une ſuite du retrait pour moitié dans le cas de l'acceptation d'icelle, & ſuite des deux articles de la coutume cités en tête de ce chapitre; ſi la coutume ne le dit pas expreſſément, c'eſt une conſéquence de ſa diſpoſition.

Telle eſt l'opinion commune au châtelet, conforme au ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 341, & à celui de Brodeau; c'eſt en vain qu'on oppoſe en ce cas que la femme ayant renoncé à la communauté, elle tient lieu de ven-

dereſſe ; c'eſt s'écarter de l'eſprit de la coutume, elle eſt telle quand elle accepte & qu'elle partage l'héritage : cependant c'eſt ce même partage qui fait ouverture à ce retrait.

☞ C'eſt auſſi la diſpoſition de la coutume de Troyes, art. 150, & de celle d'Orléans, art. 382, qui a lieu dans celle de Paris & dans les autres qui n'ont point de diſpoſition contraire. Voyez Tronçon, ſur l'article 155 de la coutume.

III. La ſéparation de biens ne fait pas ouverture au retrait de mi-denier, ainſi que le divorce ou la ſéparation d'habitation ; c'eſt un droit de rigueur qu'on ne peut étendre hors ſon cas, & ce ſeroit mal préſumer que de préſumer une haine éternelle, implacable entre les conjoints, l'eſpérance de leur réconciliation ſuſpend ce droit.

Dupleſſis, pag. 340, à la fin ; le Maître, tit. 7, pag. 179 & 180, eſt d'avis contraire par rapport au divorce, mais on doit toujours préſumer pour la réconciliation, ce qui doit faire préférer le ſentiment du premier au ſien, & c'eſt l'opinion commune, autrement c'eſt ajouter à la coutume.

IV. Au refus du conjoint lignager, les autres lignagers peuvent exercer ce droit, & il s'ouvre même en faveur du premier vendeur, parce qu'il peut retraire lorſqu'il a vendu à un lignager, comme on l'a établi ſur le titre du retrait lignager ; parce que par une telle vente il n'a pas mis réellement l'héritage hors la famille.

Sur quoi il eſt bon d'obſerver que lorſqu'il y a don mutuel, ce retrait eſt en ſuſpens pendant la vie du donataire mutuel ; le Maître, tit. 7, pag. 180 ; ce qui eſt fort juſte, car tel héritage eſt conquêt avec la limitation de le retraire lors du partage de communauté ſeulement ; à l'égard de la dernière partie de la propoſition que ce retrait s'ouvre même en faveur du premier vendeur, c'eſt ce qui a été jugé par l'arrêt du 6 mars 1706, rapporté par Augeard, tom. 1, ch. 67, pag. 542, & c'eſt conſéquence de la coutume.

☞ Quoique le retrait ſoit en ſuſpens pendant la vie du donataire mutuel, néanmoins il ne faut pas attendre ſon décès pour intenter l'action de mi-denier ; elle doit toujours être intentée dans l'an & jour du décès de l'un des conjoints ; époque à laquelle la coutume borne généralement cette action, autrement elle ſeroit éteinte & il n'y auroit plus lieu d'y revenir.

V. Il faut voir à préſent ceux à qui ce droit eſt donné. Il eſt donné d'abord au conjoint lignager & à ſes héritiers, ce ſont les premiers pour qui ce retrait eſt établi ; il ne s'ouvre en faveur des autres qu'à leur refus ; on examinera le droit de ces derniers dans les propoſition ſuivantes, il n'eſt queſtion ici que du privilége du conjoint lignager & de ſes héritiers ; ce privilége eſt conſtant, mais ſi l'héritier qui ſuccéde à un tel héritage acquis n'étoit pas lui-même lignager & n'ayant par le partage de communauté, que portion d'icelui, pourroit-il en ce cas, exercer le retrait de demi-denier contre l'autre conjoint ou lignager ? je ne le penſe pas, non parce qu'on ne pourroit admettre un tel retrait ſans dépouiller la coutume de ſa ſageſſe ; mais en ce cas, le droit des autres lignagers eſt ouvert.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſect. 1, pag. 337, & c'eſt ce qui réſulte de la coutume ; mais ſi ce conjoint a partagé ou ſes héritiers, ils ne peuvent plus exercer ce retrait, parce qu'alors ils ſont vendeurs ; mais en ce cas le retrait s'ouvre en faveur des autres lignagers, comme on l'expliquera par les propoſitions ſuivantes.

VI. Cette préférence eſt fondée ſur ce qu'ayant déja moitié dans la choſe, ou devant naturellement l'avoir, il eſt juſte de les préférer aux autres, & par cette préférence on évite les licitations : motif favorable de cette préférence.

Voyez l'auteur cité ſur la propoſition précédente, & le moyen que renferme la propoſition eſt bien ſuffiſant pour la fonder.

VII. Si l'un des héritiers du conjoint lignager, du côté & ligne de l'héritage, ne veut pas exercer ce retrait, les autres héritiers peuvent le faire pour le tout, car ils ſont pour ce parfaitement conjoints, & cette parfaite conjonction rend ce droit indiviſible ; le refus de l'un des héritiers ne peut donc ſur ce nuire aux autres.

C'eſt le ſentiment de Dupleſſis, pag. 338, & ce qui ſe pratique au châtelet, comme étant l'eſprit de la coutume ; en effet, il y a entr'eux une parfaite conjonction, *re & verbis* : l'exercice d'un tel retrait eſt donc indiviſible.

VIII. Voici le cas où ce retrait a lieu en faveur des autres lignagers. Le conjoint lignager ou ſes héritiers ayant partagé l'héritage, ſans réſerve d'exercer le retrait de mi-denier, ce retrait s'ouvre en faveur des autres parens, & ce n'eſt que par ce partage qu'il eſt ouvert en leur faveur ; c'eſt lui qui le fait naître, mais il faut que ſon exercice ou la proteſtation ſe faſſent dans l'an à partir du jour de la diſſolution, ſi le contrat a été enſaiſiné & inſinué ; autrement il y auroit ouverture à ce retrait, à partir du jour de ces formalités, & cependant un an à compter du jour du partage.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſect. 2, pag. 341, tel eſt ſur cette ouverture l'uſage du châtelet ; la propoſition ſuivante explique pour quelle part il s'ouvre, & cette ouverture a ſa racine dans l'art 133 de la coutume : quant au délai, quelques-uns ont prétendu que le défaut d'enſaiſinement & d'inſinuation ne pouvoit être oppoſé par les héritiers du conjoint lignager, & que le délai d'an & jour devoit courir contr'eux du jour de la diſſolution de la communauté, parce que c'étoit avec

eux-mêmes que ſe faiſoit le partage; mais comme les autres lignagers ſont auſſi appellés, & que le délai ne peut courir contr'eux que par l'enſaiſinement, il ne faut pas ſur le délai admettre de diſtinction ; c'eſt le ſentiment de Brodeau.

IX. Il s'ouvre pour la portion de l'héritage qui eſt tombée dans le lot du conjoint non lignager, & non au-delà, puiſque le ſurplus de l'héritage eſt reſté dans la ligne, ce qui exclut tout retrait lignager ſur cette portion ; mais il a lieu pour le tout ſi, par le partage de communauté, tout l'héritage eſt ſorti de la famille; c'eſt le véritable eſprit de la coutume, & ſa lettre, en la prenant dans ſon juſte ſens, n'y eſt pas contraire.

De là il s'enſuit qu'il s'ouvre pour le tout s'il y eſt tombé pour le tout ; c'eſt le ſentiment de Ricard, ſur l'art. 157 de la coutume, & des auteurs de la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, déſignée par un quadruple A, pag. 342 ; Dupleſſis, à la même page, étoit d'avis contraire, ſur un fondement aſſez foible qui eſt de dire que cet héritage par le partage de communauté avoit été remplacé par d'autres ; mais cette raiſon militeroit auſſi pour la moitié, & ſi la coutume n'a parlé que de moitié, c'eſt que les loix ne préſentent que le cas le plus général ; ainſi du texte de la coutume même naît la conſéquence que le retrait de mi-denier a lieu pour la moitié de l'héritage, qui en ce cas eſt ſorti de la famille par les opérations du partage, & ce, quoique cette moitié ait été remplacée par ce même partage, par d'autres héritages : raiſon qui me fait rejetter le ſentiment de Dupleſſis, comme contraire à l'eſprit de la coutume.

X. Cependant ce droit ne s'ouvre que par de certaines précautions pour ce néceſſaires ; c'eſt-à-dire, que pour l'exercice du retrait de mi-denier, il faut que le partage ait été fait dans l'an, ou que les lignagers ayent déclaré qu'ils exerceroient le retrait ; ſi par le partage de communauté l'héritage étoit mis hors la famille, il ſeroit conſéquent de ne faire courir le délai contre eux que du jour du partage; c'eſt-à-dire, à l'égard des autres lignagers, qui n'y ſont admis qu'au refus du conjoint lignager & de ſes héritiers ; cela me paroît ainſi : cependant ils ont la voie ouverte de proteſter, ce qui eſt ſuffiſant pour conſerver leur droit.

Voyez la premiere note marginale miſe ſur le commentaire de Dupleſſis, où il eſt dit qu'une ſimple proteſtation ſignifiée, par laquelle on déclareroit qu'on entend intenter le retrait, en cas que l'héritage ſorte par le partage de la famille, eſt ſuffiſante, ce qui me paroît une conſéquence de la diſpoſition de la coutume; mais quant à ce, il y a un délai fatal ſur lequel il faut voir la huitieme propoſition de ce chapitre & le chapitre ſuivant ; il eſt encore à obſerver ſur ce retrait que le rembourſement ſe fait au conjoint non lignager & non à la communauté, ce rembourſement étant le prix de la portion dans l'héritage qui lui appartenoit ſous la condition de cette faculté en qualité de commun.

CHAPITRE SECOND.

DU TEMS ACCORDÉ POUR L'EXERCICE DE CE RETRAIT, DE SES FORMALITÉS, ET QUAND IL CESSE.

[Article 156 & 157 de la coutume.]

I. CE retrait, de telle part qu'il ſoit exercé, doit être intenté dans l'an du jour de la diſſolution de la communauté ; ce qui a lieu tant à l'égard du conjoint lignager, de ſes héritiers, que des autres lignagers qui ne peuvent intenter ce retrait, que faute par les premiers de le faire, les derniers mériteroient cependant quelque diſtinction ; mais la coutume ne la fait pas, il ne la faut donc pas faire : il y en a cependant une qui eſt inconteſtable pour la prorogation de ce délai; c'eſt lorſque l'action du retrait de mi-denier appartient à des enfans mineurs, étant ſous la tutelle du ſurvivant de leur pere & mere ; en ce cas, comme on l'a vu dans le retrait ordinaire, le retrait ne court que du jour de la clôture du compte de tutelle, parce que ce n'eſt que de ce jour que les enfans peuvent agir.

Cela s'entend avec la limitation mentionnée dans les notes ſur la propoſition précédente ; c'eſt-à-dire, que s'il y avoit proteſtation de l'intenter, l'action dureroit juſqu'au partage : il y a plus, quoique ce partage de communauté fût fait après l'an de la diſſolution d'icelle & ſans proteſtation, ſi cette action de retrait de mi-denier avoit lieu en faveur des enfans contre leur pere ſurvivant & leur tuteur, cette année ne court que du jour de la ceſſation de la tutelle ; Louet, let. R, num. 40 ; en effet, en ce cas le pere étant maître des droits de ſon fils ne peut alléguer aucun laps de tems contre lui ; c'eſt exception générale qui milite dans tous les cas contre les tuteurs, cela avoit déja été atteſté par Dumoulin, ſur l'art. 340 de la coutume de Ponthieu ; par de Lhommeau, liv. 3, max. 240, & par Coquille, queſt. 140 & 181.

II. Ce tems ne court contre les lignagers, autres que le conjoint, que lorſque ſur le contrat d'acquiſition il y a ſaiſine ou inféodation ; mais s'il n'y avoit ni l'un ni l'autre, ni inſinuation du contrat que l'édit des inſinuations a ajouté à ce que la coutume requiert pour faire courir l'an & jour du retrait, en ce cas, ce n'eſt que du jour de l'enſaiſinement & inſinuation qu'il court, non du jour de la diſſolution, qui ne peut en ce même cas opérer

opérer contre eux, lorſque le contrat de vente n'eſt ni inſinué, ni enſaiſiné ; c'eſt ſuite de la coutume & de l'édit.

Voyez le Maître, tit. 7, ch. 3, pag. 193, la note ſur la même page, & telle eſt l'opinion commune.

III. Paſſons à la forme de ce retrait. Le retrait de mi-denier peut être exercé par le partage de la communauté, il eſt même plus expédient de le conſommer par un acte; cependant la ſimple réſerve le couvre, & l'opération en ce cas ſe fait, ſoit en rembourſant en deniers, ſoit en donnant au conjoint non lignager d'autres conquêts juſqu'à concurrence de la valeur de celui qui eſt ſujet au retrait de mi-denier ; par là c'eſt conſommation volontaire d'icelui, & qui ſe fait par le partage même de la communauté ; mais lorſqu'il n'y a pas de conſentement, ce retrait eſt ſujet à toutes les formalités du retrait ordinaire, ſoit dans l'inſtance, ſoit dans ſon execution; ainſi ce qui a été quant à ce dit ci-deſſus s'applique ici : en effet, lorſqu'il n'eſt pas conſommé par le partage de communauté, il devient un retrait ordinaire ; il faut donc en ſuivre la forme ; il y a plus, il eſt même plus rigoureux qu'un retrait ordinaire ; car il faut que le retrayant rembourſe les impenſes en tant qu'elles améliorent l'héritage; c'eſt récompenſe dûe à la communauté.

Arrêt du 14 août 1642, il eſt cité en une note marginale ſur Dupleſſis, pag. 339; cela eſt rigoureux, mais il faut ſe tenir à cette rigueur; quant à la ſeconde partie, c'eſt action de récompenſe qui appartient inconteſtablement à la communauté, & ſans laquelle le propre augmenteroit aux dépens de la maſſe de la communauté.

IV. Ce droit de retrait de mi-denier établi en faveur du conjoint lignager & de ſes héritiers, ceſſe en trois cas : 1°. Le conjoint lignager ou ſes héritiers ayant partagé l'héritage ſans réſerve ne ſont plus recevables à exercer ce retrait; ils ſe ſont eux-mêmes fermé la porte à l'exercice d'icelui, mais par là même ils l'ont ouverte à d'autres, ce qu'on a vu ci-deſſus ; ce ſont les autres lignagers, dans la perſonne deſquels ce droit paſſe comme on l'a expliqué par le chapitre précédent; mais il ceſſe dans la perſonne du premier.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſect. 2, pag. 341 ; mais il y a lieu à ce retrait en faveur des autres lignagers, ainſi qu'on l'a vu dans le premier chapitre ci-deſſus: premiere cauſe de ſa ceſſation. De ce que deſſus il s'enſuit que lorſqu'un homme qui a convolé en ſecondes noces, a acquis pendant ſon ſecond mariage un héritage propre d'un lignager des enfans de ſon ſecond lit, & que par le partage de la ſeconde communauté, cet héritage eſt ſorti de la famille en tout ou en partie, le retrait appartient d'abord aux enfans du ſecond lit, & enſuite aux autres lignagers; voyez ci-deſſus le chapitre quatrieme de la premiere partie du titre précédent.

V. Une ſeconde cauſe l'efface encore ; lorſqu'il y a des enfans communs, le retrait de mi-denier ceſſe par leur ſeule exiſtence, parce que ces enfans ſont de la ligne, & par leur qualité & leur eſpérance de réunir la totalité de l'héritage dans leur perſonne, ils mettent le conjoint non lignager à couvert de ce retrait, ſauf l'exception qui forme la propoſition qui ſuit, & qui conſerve ces enfans.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 156; voyez Dupleſſis, ch. 9, ſect. 3, pag. 343, c'eſt ce qu'il dit auſſi à la pag. 339; & le Maître, tit. 7, pag. 181; & tel eſt l'uſage du châtelet, il a le texte pour baſe.

VI. Cependant ces enfans communs peuvent intenter le retrait de mi-denier contre le ſurvivant de leur pere & mere non lignager, l'exception introduite en leur faveur ne pouvant valoir contre eux-mêmes; c'eſt pour eux & non contre eux que la loi a établi l'exception, d'où il s'enſuit qu'ils peuvent intenter un tel retrait contre le ſurvivant de leur pere & mere.

Cela a été établi ci-deſſus, c'eſt l'opinion commune fondée ſur l'eſprit de la coutume & ſur les principes du droit civil, touchant les priviléges qu'on ne peut interpréter contre celui pour laquelle la loi l'a établi; cela eſt atteſté par Chopin, ſur la coutume d'Anjou, liv. 3, tit. du retrait lignager, num. 21 ; c'eſt raiſon écrite.

☞ L'opinion de Chopin, ſur laquelle notre auteur a formé la propoſition ci-deſſus, n'eſt point que les enfans peuvent intenter le retrait de mi-denier contre le ſurvivant de leur pere & mere non lignager ; il penſe au contraire qu'ils ne le peuvent pas, & ſon opinion eſt ſuivie par Brodeau qui rapporte même un arrêt du 3 décembre 1640, qui l'a ainſi jugé. C'eſt à ce dernier ſentiment qu'il faut s'en tenir comme le plus conforme à l'eſprit de la coutume, qui décide aſſez clairement que le retrait n'a lieu quand celui qui n'eſt en ligne, a des enfans qui ſont en ligne; mais les enfans peuvent exercer ce retrait ſur leur pere non lignager qui s'eſt remarié & qui a des enfans d'un ſecond lit. Voyez l'arrêt du 22 décembre 1639, rapporté par Auzannet ſur l'article 156 de la coutume.

VII. De ce que l'exiſtence d'enfans communs empêche le retrait de mi-denier, comme il empêche le retrait ordinaire, il s'enſuit que le ſurvivant des conjoints, quoiqu'il ſoit lignager, ne peut intenter retrait de mi-denier contre ſes enfans, parce qu'étant de la ligne, leur qualité les met à couvert de ce retrait; c'eſt ce qui réſulte évidemment de ce que deſſus ; ce retrait n'a pas encore lieu dans le cas d'un partage entre enfans de différens lits ou entre collatéraux, lorſque dans ce partage on donne à l'un des copartageans des propres d'une autre ligne pour ſe remplir de la portion qu'il doit avoir dans la ſucceſſion, parce que en ce cas, c'eſt échange, & dans l'échange, la coutume rejette le retrait, parce qu'il y a ſubrogation.

Il eſt encore établi ci-deſſus que cette qualité met à couvert du retrait, ce qui fonde la propoſition formée ſur l'opinion commune, & cette opinion eſt fondée ſur l'eſprit de la coutume & ſur la doctrine de Chopin, à l'endroit cité ſur la propoſition précédente; voilà pour la premiere partie de la propoſition: quant à la ſeconde partie, outre le moyen que contient la propoſition, il faut obſerver que le retrait de mi-denier n'a été introduit par la coutume que pour l'héritage acquis pendant la communauté, la coutume ne parlant ſur cela que de conjoints.

VIII. Voici une troiſieme & derniere cauſe de ceſſation, mais momentanée. Lorſqu'il y a don mutuel, quoique le ſurvivant des conjoints ſoit étranger & non lignager, le retrait de mi denier n'a pas lieu contre lui, comme on l'a déja obſervé; c'eſt exception, parce que ſa jouiſſance eſt de la choſe même, non du prix d'icelle, ce qui ſuſpend, mais n'efface pas le retrait, pourvu que dans l'an il y ait eu proteſtation de l'exercer, auquel cas il s'exerce après l'extinction du don, qui ne fait qu'une ceſſion d'uſufruit; ceſſion qui, aux termes de la coutume, n'eſt pas ſujette au retrait lignager, preuve par le texte même de la propoſition.

Dupleſſis, pag. 340, vers le milieu; le Maître, tit. 7, pag. 180: ſur ce que deſſus, il faut obſerver que ce retrait a lieu pour le tout, & non-ſeulement pour moitié lorſque la totalité de l'héritage eſt ſortie de la famille; & il n'eſt appellé retrait de mi-denier que pour le cas, où moitié d'icelui ſeulement, eſt par le partage ſorti de la famille, ce qui doit s'entendre dans tous les cas où ce retrait peut avoir lieu; le Maître, tit. 7, pag. 181, ce qui eſt ſans difficulté, puiſque c'eſt une expreſſion inexacte qui ne change pas le vrai ſens du texte. Sur la propoſition, il faut obſerver que le droit qu'elle renferme en faveur du conjoint donataire mutuel, n'a pas lieu par rapport à l'héritage retiré par retrait lignager, pendant la communauté par l'un des conjoints, lequel héritage eſt propre au conjoint qui a retrait relativement à la communauté, & qu'en ce cas le donataire mutuel n'a que ſon droit ſur la récompenſe qu'il faut replacer dans la communauté, & ce, moitié en propriété, & l'autre moitié en ſimple jouiſſance; ce qui conſerve au ſurvivant les droits réſultans de ſes deux qualités.

CHAPITRE TROISIEME.

QUE LE RETRAIT DE MI-DENIER N'A PAS EFFET RETROACTIF, ET QU'IL N'A LIEU SUR L'HÉRITAGE RETIRÉ.

I. L'EXERCICE du retrait de mi-denier n'a pas, comme l'exercice du retrait lignager, un effet rétroactif, d'où il s'enſuit qu'il n'efface pas les hypothéques qui viennent du chef du conjoint étranger dépoſſédé par ce retrait; autrement ce retrait s'exerçant longues années après l'acquiſition, ſeroit un piége pour les créanciers qui n'y pourroient parer, ce qu'on ne peut admettre.

Dupleſſis, traité du retrait, ch. 9, ſection 1, pag. 340, vers la fin, & ce qui ſe pratique au châtelet; en effet, ce retrait ne ſe fait pas ſur la premiere vente, ce qui l'effaceroit totalement, mais il ſe fait ſeulement ſur la mutation qu'opere la diſſolution du mariage & le partage de ſa maſſe.

II. Par le même principe il n'anéantit pas le bail de l'héritage ſujet à ce retrait, parce que le conjoint étranger a été pendant le tems du mariage vrai propriétaire, & que l'opération du partage de communauté qui a mis l'héritage, ou portion d'icelui hors la famille, eſt abſolument incertaine, & ne fait qu'ouvrir un droit nouveau, qui ne peut préjudicier à un tiers, qui a contracté de bonne foi, & dans une ignorance invincible, de ce droit qui eſt éloigné; ce qui renferme encore une preuve de la propoſition précédente.

Le Maître, tit. 7, pag. 180, & c'eſt l'opinion commune.

III. Cependant ſi pendant la communauté il y avoit vente de l'héritage ſujet au retrait de mi-denier, les lignagers ne rembourſeroient ni n'exerceroient leur retrait que ſur le premier contrat, parce que leur droit a été en ſuſpens par la qualité de lignagers de l'un des acquéreurs, & que c'eſt à ce contrat auquel ils doivent ſe faire ſubroger, & non au ſecond qui ſur ce leur eſt étranger, & qui ne fait qu'effacer la ſuſpenſion de leur droit que la qualité des premiers acquéreurs opéroit.

Telle eſt la juriſprudence du châtelet dont les motifs ſont ci-deſſus établis; mais il faut pour cela que les lignagers agiſſent dans l'an de la ſeconde vente, ſans quoi il y auroit contr'eux fin de non-recevoir.

IV. Il n'en eſt pas de même de l'héritage retiré par l'un, & du chef d'un des deux conjoints pendant la communauté: en effet, le retrait de mi-denier n'a pas lieu ſur l'héritage retiré pendant la communauté au nom de l'un des conjoints, ſon droit eſt plus fixe & plus fort que ce retrait; parce que cet héritage eſt un vrai propre relativement à la communauté, & le conjoint qui a exercé le retrait en eſt de plein droit propriétaire, & ne doit à la communauté qu'une ſimple récompenſe, ainſi ſa propriété eſt acquiſe indépendamment d'action qui lui eſt inutile; il n'eſt quant à ce aſſujetti qu'au rembourſe-

ment ordinaire d'une récompenſe ; en un mot, tel héritage eſt un vrai propre au conjoint retrayant relativement à la communauté qui eſt entre lui & ſon autre conjoint, ſauf la récompenſe.

Arrêt du 10 avril 1668, rapporté par Soëfve, tom. 2, cent. 4, ch. 13 ; notes ſur Dupleſſis, pag. 338, tel eſt l'uſage du châtelet ; voyez les autres autorités qui fondent cette propoſition, elles ſont rapportées ſur la premiere propoſition du premier chapitre de ce titre ; auxquelles autorités il faut joindre le ſentiment de Pocquet de Livoniere, en ſon traité des fiefs, tit. du retrait féodal, & le texte même de la coutume, qui, comme on l'a déja obſervé par le premier chapitre, dit acquis & non pas retiré, ce qui eſt déciſif.

V. Cependant la femme renonçante à la communauté n'eſt point obligée de prendre pour ſon compte un héritage retiré par ſon mari en ſon nom, mais ſans ſon concours ; ainſi abandonnant un tel héritage, elle ſe libere de l'action de récompenſe dont elle étoit tenue envers la communauté, ce qui doit avoir lieu dans le cas même de l'acceptation de la communauté, parce que dans tel cas que ce ſoit, ſon mari ne peut jamais engager ſes propres ; mais en ce dernier cas, elle en eſt tenue juſques à concurrence de ſon amendement dans la communanté.

L'art. 226 de la coutume fonde cette propoſition ; par ſa diſpoſition, le mari ne peut donner la moindre atteinte aux propres de ſa femme ; preuve qu'en renonçant à la communauté, elle eſt totalement libérée, & qu'en l'acceptant elle n'eſt tenue que juſqu'à concurrence de ſon amendement, ſur quoi l'on peut voir ci-deſſus la ſection troiſieme du chapitre cinquieme de la quatrieme partie du titre de la communauté.

TITRE VINGT-DEUXIEME.

DE LA PRESCRIPTION QUI DONNE OU CONFIRME LA PROPRIÉTÉ AU DÉFAUT DE TITRE SUFFISANT.

CHAPITRE PREMIER.

DE CELLE QUI SUPPLÉE A TOUT TITRE.

SECTION PREMIERE.

DU TEMS QU'IL FAUT POUR ACQUÉRIR CETTE PRESCRIPTION.

(Art. 118 de la coutume.)

I. VOICI une derniere voie d'acquérir les biens ; on n'examine ici que la preſcription ou uſucapion qui vaut titre de propriét ; on examinera dans le dernier livre celle qui opére libération. Celui qui a poſſédé un héritage pendant trente ans a acquis preſcription contre le vrai propriétaire, encore que ce poſſeſſeur n'ait aucun titre ; c'eſt à l'effet de cette preſcription à laquelle on ſe borne ici, on examinera enſuite celle qui eſt accompagnée d'un titre & de la bonne foi, & celle qui opére libération ne ſera examinée que dans le ſixieme livre ; cette derniere preſcription ayant tout une autre fin que celle qui tend à acquérir ou à confirmer une propriété ; de ce dernier genre de preſcription, c'eſt-à-dire, de celle qui tient lieu de propriété, la coutume en établit quatre ; l'une de dix ans, l'autre de 20 ans ; la troiſieme de trente, qui eſt celle qu'on examine ici, & la derniere de quarante, qui ſera, ainſi que les deux premieres, examinée dans ſon ordre.

Loi *Sicut de præſcript.* 30, *vel* 40, *annorum, bono publico uſucapio introducta eſt, ne ſcilicet quarumdam rerum diù & ferè ſemper incerta dominia eſſent, cùm ſufficeret dominis ad inquirendas res ſuas ſtatuti temporis ſpatium*, loi 1, ff. *de uſurp. & uſucap.* diſpoſition du droit civil adoptée & ſur laquelle a été formé l'art. 118 de la coutume ; voyez le Maître, tit. 6, ch. 1, ſect. 2, pag. 163. Sur la faveur de la preſcription, voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 485 ; on abuſeroit de cette faveur ſi on l'appliquoit au débiteur ou à l'uſurpateur, elle ne milite que pour celui qui a titre, & par conſéquent, elle ne peut recevoir aucune application par rapport à la preſcription qu'on examine ici qui eſt inconteſtablement peu favorable ; ce ſeroit abuſer des principes que de les y appliquer.

II. Il n'en eſt pas de même de la preſtation d'une rente non dûe, comme de la poſſeſſion d'un héritage ou bien réel ; le tems ne peut faire naître & fournir une rente qui n'a jamais exiſté, ſi ce n'eſt en faveur de l'égliſe, dont on préſume la perte de ti-

tre ; ainſi, hors ce cas, celui qui ſans titre a joui d'une rente pendant 30 ans, ne peut prétendre par cette poſſeſſion que la rente lui ſoit légitimement dûe, ni continuer à l'exiger lorſqu'il n'a pas de titre, il faut un objet & une baſe pour appliquer & pour aſſeoir une telle preſcription ; par conſéquent en ce cas elle ne peut être d'aucune conſidération.

Dupleſſis, des preſcriptions, pag. 500 & 501, cette préſomption ne s'admet que *favore eccleſiæ*, ainſi jugé en faveur du curé de S. Etienne de Noiſy, par arrêt du 8 août 1606, rapporté par Bouguier, let. D, num. 40 : exception qui confirme la régle que contient la propoſition.

☞ Le ſentiment de Dupleſſis, loin de confirmer la propoſition, y eſt abſolument contraire ; en effet, il dit expreſſement *que l'on peut acquérir rente contre le débiteur, pourvu que l'on en puiſſe prouver le payement, par 30 ans & par écrit, ſans être obligé de juſtifier aucunement qu'elle fût dûe, puiſque le cens ſe peut bien acquérir par la preſcription de 30 ans.* Ainſi il faut admettre la préſomption de la perte du titre, non-ſeulement en faveur de l'égliſe, mais encore en celle des particuliers, n'y ayant aucune raiſon de faire une différence à cet égard.

III. Sur ce juſte effet de cette preſcription, il faut obſerver que l'on poſſéde tant par ſoi que par ſes fermiers ; ainſi le tems de l'une ou de l'autre de ces poſſeſſions eſt utile & ſe compte pour rendre celui de cette preſcription complet, & il ſuffit qu'il ſoit tel par rapport au propriétaire, abſtraction faite de la différence des poſſeſſeurs.

Loi 2, cod. *comm. de uſucap.* & nos uſages y ſont conformes ; c'eſt l'eſprit de la coutume, c'eſt droit commun.

IV. Par le même principe & le tems étant ici la baſe, pour acquérir cette preſcription, on peut joindre le tems de ſon auteur, l'un & l'autre utile, l'inaction & le ſilence du propriétaire étant la baſe de cette preſcription, & tous les tems de ce ſilence devant ſe joindre contre lui.

Loi 4, §. 1, ff. *de diu. temp. præſcrip.* cette loi eſt encore confirmée par l'uſage.

V. La propriété des héritages n'étant jamais en ſuſpens, l'héritier du poſſeſſeur eſt cenſé avoir poſſedé auſſi-tôt le décès de ce premier poſſeſſeur ; ainſi nul intervalle inutile, par rapport à la poſſeſſion, à la preſcription, & à ſon effet, il faut compter tous les tems ſans diſtraction, parce que tous ces tems ſont ceux de l'inaction du propriétaire.

Hæredibus enim, & his qui ſucceſſorum loco habentur actio teſtatoris, liv. 14, §. 1, ff. *de diu. temp. præſcrip.* ce qui eſt encore adopté, & c'eſt ſuite de ce que deſſus.

VI. La bonne-foi n'eſt pas abſolument requiſe dans cette preſcription de 30 ans, cette longue poſſeſſion vaut un titre à l'uſurpateur, pourvu qu'il ait joui publiquement à titre de propriétaire, & non à titre précaire ; mais ces conditions ſont abſolument néceſſaires dans cette preſcription ; il faut encore que la poſſeſſion ne ſoit pas commencée, & continuée pas la ſeule violence, elle y ſeroit obſtacle, parce que cette preſcription a pour baſe la preſomption d'un droit légitime dans ſon origine, dont le tems a effacé ou fait perdre la preuve ; ainſi ſi la mauvaiſe foi y étoit évidente, il ſeroit bien difficile d'admettre cette preſcription ; autrement ce ſeroit ſuppoſer que la loi autoriſe une injuſtice ; mais pour rejetter cette preſcription, il faut que la mauvaiſe foi de celui qui l'allégue ſoit dans le dernier degré de l'évidence ; au contraire, pour l'admettre, il ne faut pas une preuve de bonne foi, autrement la coutume ſeroit contradictoire avec elle-même, puiſqu'elle admet la preſcription de 30 ans contre les obligations, dans l'allégation de laquelle il y a toujours de la mauvaiſe foi de la part du débiteur qui ſe ſert de ce moyen ; mais cela n'empêche pas que la preuve évidente de la mauvaiſe foi ne doive faire rejetter la preſcription qu'on examine ici, parce que s'il s'agit de la preſcription d'une propriété, la loi ſuppoſe la perte du titre ; s'il s'agit d'une preſcription tendante à libération, elle ſuppoſe la perte de la quittance ; cependant dans l'un comme dans l'autre cas, elle n'a point entendu autoriſer une mauvaiſe foi évidente, mais une juſte préſomption à laquelle l'ordre public a conduit.

Le Maître, tit. 6, pag. 163, combat la propoſition, & eſtime que la mauvaiſe foi fait obſtacle à cette preſcription ; mais Brodeau la ſoutient, & eſtime que cela ne doit s'entendre que de la mauvaiſe foi qui réſulte du titre ; & tel eſt le vrai ſens de la coutume ; en effet, celui qui n'a aucun titre, peut alléguer cette preſcription ; les loix 3, §. 3, ff. *de acquir. & amit. poſſeſſ.* & 12, *de uſurp. & uſucap.* qui requiérent la bonne-foi, ne s'entendent que de la preſcription de dix & de vingt ans ; ainſi, ces conditions concourans avec le tems néceſſaire pour cette preſcription, la preſcription eſt acquiſe, nonobſtant la mauvaiſe foi ſurvenue, & même nonobſtant la mauvaiſe foi dans l'origine de la poſſeſſion de celui qui l'allégue, pourvu qu'elle ne naiſſe pas du titre même de ce poſſeſſeur, ſi aucun étoit rapporté. Il y a plus, celui contre lequel elle eſt alléguée, ne peut l'obliger à affirmer ſur les faits contraires. Arrêt du 8 avril 1698, rapporté dans le cinquieme volume du journal des audiences, liv. 14, ch. 3, pag. 961. Voyez Dupleſſis, pag. 501, & la note à la même page, où il eſt établi, que cette poſſeſſion de trente ans ſans titre, a lieu en faveur de ceux qui ont poſſédé de mauvaiſe foi, comme en faveur de ceux qui ont poſſédé de bonne-foi ; & je l'ai toujours vu ainſi pratiquer au châtelet. On ne peut donc pas s'arrêter au ſentiment de le Maître, que dans le cas d'une mauvaiſe foi évidente : hors ce

cas, c'eſt légitime & juridique préſomption à laquelle il faut ſe tenir.

SECTION II.

De l'interruption de cette preſcription, & quand elle eſt en ſuſpens.

(Art. 118 de la coutume).

VII. Le trouble de fait, comme celui de droit, interrompt le cours de cette preſcription de 30 ans; elle ceſſe où la continuité du tems ceſſe, puiſque c'eſt le tems & la poſſeſſion qui la fondent; ainſi où ce tems complet & ſans trouble ne ſe trouve pas, elle ne peut avoir lieu; c'eſt ſa baſe.

Voyez l'art. 118 de la coutume, il met la propoſition hors de doute, ce qui eſt conforme au droit civil, & forme un droit commun dans le royaume.

VIII. De-là il s'enſuit, que ſi le propriétaire a fait la récolte qui eſt le trouble de fait; s'il a aſſigné l'uſurpateur pour revendiquer l'héritage, qui eſt le trouble de droit, & ce avant les trente ans, le poſſeſſeur ne peut alléguer cette preſcription; elle n'eſt plus complette.

Cette propoſition & la précédente, réſultent de l'art. 118 de la coutume, qui veut que la poſſeſſion pour opérer preſcription, ait été franche & ſans inquiétation; elle ceſſe donc cette preſcription où il y a trouble de fait ou de droit, pourvu, dans ce dernier cas, que la demande ſoit ſubſiſtante & non périe, puiſque c'eſt elle qui prouve le trouble.

IX. Venons à l'effet du trouble ſuffiſant. Tout le tems qui s'eſt écoulé avant le trouble de fait ou de droit, eſt effacé par le trouble, & le poſſeſſeur ne peut alléguer la preſcription, qu'en partant depuis le trouble; c'eſt l'effet de l'interruption, elle efface la preſcription; mais cela reçoit une exception; en effet, ſi la demande en revendication de l'héritage étoit périe, le tems de la poſſeſſion échu avant ce tems, eſt utile au poſſeſſeur, parce que toute inſtance périe eſt cenſée non faite & non avenue, & par conſéquent elle ne peut produire aucun effet.

L'article 15 de l'ordonnance de Rouſſillon, fonde la propoſition; & tel eſt l'uſage: c'eſt l'effet de la péremption.

X. Voici une exception générale à ce droit. On ne peut jamais preſcrire contre ſon propre titre, il vaut continuelle interruption contre la preſcription, ce qui en arrête par conſéquent le cours, & c'eſt droit commun.

Le Maître, tit. 6, pag. 164; c'eſt maxime, elle s'applique au fermier, à l'uſufruit & au ſéqueſtre, qui ne peuvent par tels laps de tems que ce ſoit, changer la cauſe primitive de leur poſſeſſion; mais il ne s'enſuit pas de-là qu'un débiteur ne puiſſe acquérir ſa libération par le laps de tems; ce n'eſt pas la preſcrire contre ſon titre: ce qu'on verra plus amplement ſur le titre des actions en examinant leur extinction; c'eſt le vrai ſiége de cette matiere: il ſuffit ici de poſer la propoſition ſur la preſcription de trente ans, néceſſaire pour acquérir, & que la mauvaiſe foi réſultante du titre même écarte.

XI. Voici une autre exception, mais elle eſt limitée. Cette preſcription eſt en ſuſpens contre les mineurs pendant tout le tems de leur minorité, leur impuiſſance d'agir, la protection ſinguliere qu'ils méritent les en mettent à couvert; cela eſt de droit commun, on ne peut preſcrire contre celui qui eſt dans l'impuiſſance d'agir.

Loi 3, cod. *quibus non obj. long. temp. præſcrip.* Voyez Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 241 & 242; & c'eſt ce que la coutume explique par ces mots, entre âgés & non privilégiés.

XII. De même contre tous les interdits; les mêmes raiſons les ont affranchi de ſon effet, ils jouiſſent des priviléges des mineurs; elle ne court donc pas contr'eux, parce que la loi les aſſimile aux premiers, & que comme eux, ils ſont dans une abſolue incapacité d'agir.

D'Argentré, dans ſon commentaire ſur l'ancienne coutume de Bretagne, au titre des appropriances; & telle eſt la juriſprudence du châtelet, qui aſſimile les interdits aux mineurs, & la coutume l'exprime en diſant, non privilégiés.

XIII. Paſſons à l'effet de la tranſmiſſion de l'action. Cette preſcription qui a commencé contre un majeur, eſt en ſuſpens contre l'héritier mineur de ce majeur, & reprend ſon cours auſſi-tôt que l'héritier a acquis la majorité; c'eſt ce qui réſulte des deux propoſitions précédentes, parce que le privilége qu'elles contiennent ne peut être étendu hors ſon cas; & telle eſt l'exécution de la double diſpoſition de la loi; y a-t-il capacité, la preſcription court; y a-t-il incapacité d'agir, elle eſt en ſuſpens.

Louet & Brodeau, let. P, num. 63; c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, & ce qui réſulte du texte.

XIV. En ce cas de tranſmiſſion de l'action, les deux tems utiles pour la preſcription, ſe joignent enſemble, & ſe comptent après la défalcation du tems de minorité, qui ne peut être utile pour cette preſcription, comme pour toute autre; c'eſt encore ce qui réſulte de ce que deſſus, & ce qui fait l'application de la régle générale, & de l'exception à icelle.

Lapeyrere, let. P, déciſion 68, pag. 321; ce qui eſt droit commun.

XV. Ce même principe décide dans un autre cas. Si l'héritage que l'uſurpateur preſcrit, eſt commun entre un majeur & un mineur, la preſcription produit ſon effet contre & pour la portion du majeur, & eſt en ſuſpens à l'égard du mineur, le majeur ne pouvant exciper du droit du mineur, que dans les choſes indiviſibles; autre conſéquence des propoſitions précédentes.

Loi 10, ff. *quem ſervit. amit.* dit, *ſi communem fundum ego & pupillus habemus, licèt uterque non utantur, tamen proprer pupil'um & ego viam retineo.* Loi adoptée & qui forme un droit commun, mais qui n'a lieu que dans les choſes indiviſibles, comme une ſervitude qui eſt l'eſpéce de la loi citée : exception qu'on examinera plus à fond, ſur le titre des ſervitudes, & ſur celui de la preſcription qui opére libération, mais qui éclaircit ce qu'on examine ici; c'eſt-à-dire, la ſuſpenſion au cours de la preſcription que produit la minorité.

☞ Il en eſt de même de l'hypothéque qui ſeroit indiviſe entre pluſieurs héritiers, elle ſe preſcrit pour la part des majeurs, & non pour celle qui appartient aux mineurs pendant leur minorité. Brodeau ſur Louet, let. B, nombre 20, rapporte cependant un arrêt qui a jugé la queſtion au profit des majeurs contre la preſcription; mais le même auteur ajoute, qu'il eſt d'avis contraire à l'arrêt, par ce que, dit-il, il y a une grande différence entre les choſes individues incorporelles, & les corporelles indiviſes ou indiviſées; enſorte qu'il n'y a point d'inconvénient que la preſcription coure pour la part du majeur & non pour celle des mineurs. Sentiment en conformité duquel il a été rendu un autre arrêt au mois de mars 1650, auſſi rapporté par Brodeau au même endroit, & qui eſt poſtérieur au premier.

CHAPITRE SECOND.

DE LA PRESCRIPTION QUI AJOUTE UN DROIT AU TITRE, C'EST-A-DIRE, DE CELLE DE DIX ET DE VINGT ANS.

(Art. 113 de la coutume.)

SECTION PREMIERE.

DE LA NATURE DE CETTE PRESCRIPTION, ET DE L'EFFET D'ICELLE.

I. CE droit eſt moins une voie d'acquérir, qu'une voie de confirmer une acquiſition déja faite, mais imparfaite. C'eſt une ſage prévoyance de la loi; ainſi cette preſcription, qui ne fait que confirmer ou aſſurer l'exécution d'un titre, qu'on préſumoit bon & ſuffiſant, pour transférer la propriété d'un certain héritage, & qui cependant ne l'étoit pas, eſt favorable, au lieu que la précédente eſt odieuſe; ce n'eſt plus uſurpation, mais pleine exécution d'un titre bon en ſoi, ou préſumé tel dans ſon effet; ſource de ſa faveur, & qui a fait fixer pour ſon complément un tems bien plus court que celui de la preſcription précédente.

C'eſt à cette preſcription & non à celle qui a fait la matiere du chapitre précédent, qu'on doit appliquer la faveur de la preſcription établie par les auteurs des notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, pag. 485 : ce ſeroit en abuſer que l'appliquer à l'autre, mais cela n'y donne aucune atteinte, il ne faut en retrancher que la faveur, qui n'a pas été établie pour elle, mais ſeulement pour la preſcription qu'on examinera ici, & pour la libération; mais non pour faire valoir une uſurpation, que le tems ne couvre que lorſque la preſcription eſt rigoureuſement complette; tel eſt le véritable eſprit de la coutume.

II. Cette preſcription eſt favorable, parce qu'elle n'a lieu qu'en faveur de celui qui a un titre, & qui a toujours joui de bonne-foi; ce ſont ces accompagnemens (le titre & la bonne-foi) qui la rendent favorable; faveur qui ne peut par conſéquent influer ſur la preſcription de trente ans. Et lorſque la coutume, relativement à cette preſcription, exige un juſte titre, cela ne s'entend que d'un titre civil, capable de transférer la propriété, mais cependant qui par un défaut caché n'eſt pas tel; car s'il avoit opéré cette tranſmiſſion, il ne faudroit plus de preſcription; c'eſt pour parer par l'acquéreur, à ſon vice à lui inconnu, qu'elle a été établie.

Cette preſcription a lieu en faveur du tiers acquéreur, nonobſtant la mauvaiſe foi de ſon auteur, & le vice du titre de ſon auteur; Henrys, tom. 2, liv. 4, queſt. 48; c'eſt pour cela même qu'elle eſt établie : c'eſt ſur ce principe que l'art. 113 de la coutume a été formé, & le titre néceſſaire pour cette preſcription, eſt le titre coloré, quoiqu'inſuffiſant pour transférer la vraie propriété, & qui a été tel, que l'acquéreur a eu juſte ſujet de penſer qu'il produiroit effet; Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 1, ch. 2, pag. 489. Mais la mauvaiſe foi qui ſurvient avant que cette preſcription ſoit complette, en arrête le cours : on le juge ainſi au châtelet, conformément au ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 67 de la coutume; en effet,

la coutume n'admet cette preſcription, qu'avec le titre & la bonne-foi, ce qui doit s'entendre pendant tout le tems qu'elle requiert pour ce, puiſqu'elle ne diſtingue pas; ainſi, en ce cas, la condition qu'elle attache à ſa diſpoſition n'étant pas remplie, ſa diſpoſition ne peut plus militer; & par conſéquent, la ſurvenance de la mauvaiſe foi l'écarte.

III. Cependant cette preſcription, comme toutes les autres, toute favorable qu'elle eſt, n'eſt pas de droit, c'eſt-à-dire, que le juge ne peut la ſuppléer d'office, & qu'elle doit être alléguée par la partie; c'eſt un droit qui lui eſt perſonnel, on ne peut donc le ſuppléer.

C'eſt ce qui ſe pratique au châtelet, parce qu'en ce cas, le titre ſubſiſte dans ſa force; & par conſéquent, c'eſt celui d'appliquer la régle *ſta. ur inſtrumento.*

IV. Venons à l'effet de cette preſcription favorable. Le motif de cette preſcription, eſt de mettre celui qui a acquis de bonne foi à couvert de tout trouble, lorſqu'il a joui paiſiblement le tems réglé par la loi, tems qui fera la matiere de la ſection ſuivante. Ce tems joint à ſa bonne-foi, lui aſſure ſa propriété; voilà l'effet de cette preſcription, & par-là la loi conſomme ſon motif, & par-là cette preſcription eſt la baſe de l'ordre & de la tranquillité dans les poſſeſſions; c'eſt par ce motif de cette preſcription, qu'on y a attaché une juſte faveur, qu'on ne peut appliquer à la preſcription de trente ans.

Ne ſcilicet quarumdam rerum diu & ferè ſemper incerta dominia eſſent, l. 1, ff *de uſurp. & uſucap.* le Maître, tit. 6, ch. 1, ſect. 1, pag. 155: ce qui établit la faveur de cette preſcription.

V. Voyons les ſuites de cet effet au moyen de cette preſcription; celui qui a titre & bonne-foi, ne peut plus être troublé, ni par le vrai propriétaire de l'héritage, ni par les créanciers auxquels cet héritage auroit été affecté & hypothéqué; tel eſt l'effet de cette preſcription favorable. C'eſt la juſte fin à laquelle la coutume tend, par la poſſeſſion dont on va expliquer le tems.

Sur la nature du titre néceſſaire pour cette preſcription, voyez d'Argentré, ſur l'art. 266 de la coutume de Bretagne; le Maître, pag. 155; & tel eſt l'effet qu'on donne à cette preſcription; c'eſt ſuite du texte de la coutume: ce que la propoſition ſuivante confirme encore.

VI. Il en eſt de même des ſervitudes; ſa paiſible poſſeſſion les a à ſon égard effacées, & elles ne peuvent pas plus ſubſiſter contre lui, après le laps de tems qu'on va expliquer, que l'effet de l'hypothéque, que ce laps de tems efface à ſon égard; tout cela eſt égal: mais dans le cas de cette propoſition, comme dans celui de la précédente, il faut la poſſeſſion telle & pendant le tems qu'on va expliquer.

Voyez l'art 113 de la coutume, il fonde la propoſition: tout droit d'un tiers ſur l'héritage eſt détruit par cette preſcription lorſqu'elle eſt acquiſe.

SECTION II.

Quel tems eſt néceſſaire pour acquérir cette preſcription.

(Art. 113 & 116 de la coutume.)

(*Par dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens.*)

VII. Pour rendre cette preſcription complette, il faut une poſſeſſion paiſible, ſans trouble de fait ni trouble de droit, pendant dix ans entre préſens, & vingt ans entre abſens; l'abſence qui rend l'action plus difficile en double le tems; doublement du tems qu'on examine par la ſuite, & qu'on examinera encore plus à fond ſur le titre des actions, cela étant commun à l'une & à l'autre preſcription, tant celle pour acquérir que celle pour ſe libérer.

Dupleſſis, liv 1, ch. 2, pag. 489; & c'eſt ce qui réſulte du texte de la coutume.

VIII. Après ce tems, c'eſt aux prétendans droit à l'héritage, ainſi affranchi par la paiſible poſſeſſion du légitime acquéreur, à s'imputer leur négligence, ce qui embraſſe, tant les prétendans droit à la propriété, que ceux qui auront hypothéque ſur icelui, la coutume n'admettant ſur cela aucune diſtinction, & ce qui innue ſur les ſervitudes.

C'eſt ſur cet effet qu'eſt fondé principalement la diſpoſition de la coutume, qui a voulu après un certain tems parer à l'incertitude des poſſeſſions.

IX. Sur les deux propoſitions précédentes, il faut obſerver que les tems de la poſſeſſion ſe conjoignent; le poſſeſſeur joint au tems de ſa poſſeſſion celui de la poſſeſſion de ſes auteurs; le droit de ces derniers lui eſt tranſmis: tranſmiſſion qui eſt une baſe inconteſtable de cette jonction des tems, qui ne comprend pas celui de la poſſeſſion de l'uſurpateur.

Dupleſſis, pag. 489. Voyez ſur cette jonction la loi 14, §. 1, ff *de div. temp. præſcrip.* & tel eſt l'eſprit de la coutume.

X. Mais comme la préſence & l'abſence varient le tems, il faut les déterminer. La préſence ou l'abſence ſe déterminent par le domicile du poſſeſſeur, & de celui qui prétend droit ſur l'héritage, abſtraction faite de la ſituation d'icelui héritage, qui pour ce n'eſt d'aucune conſidération; il n'y a donc à conſidérer que le domicile des deux par-

ties, non la ſituation de l'héritage, pour déterminer l'abſence ou la préſence.

Carondas, ſur l'art. 116 de la coutume; Dupleſſis, pag. 498 : voyez la note déſignée par la let. F, ajoutée à ſon commentaire, qui eſt à la page 497 & 498 : ce qui ſe développe par ce qui ſuit.

XI. Il y a préſence, s'ils ſont l'un & l'autre domiciliés dans l'étendue d'une même juriſdiction, & abſence ſi leur domicile eſt dans deux différentes juriſdictions, & ce toute abſtraction faite encore une fois, de la ſituation de l'héritage, qui ſur cela n'eſt pas à conſidérer.

Le Maître, tit. 6, ch. 1, ſect. 1, pag. 157; & cela a été ainſi jugé aux cauſes d'appel du préſidial, moi plaidant; & il y en a une ancienne ſentence du 14 avril 1675; & cela eſt encore conforme à la loi derniere, au cod. *de preſcrip.* 10 *vel* 20 *anno.*

XII. Dans le cas de la préſence, il ne faut au poſſeſſeur, qui a titre & bonne-foi, que dix ans de paiſible poſſeſſion pour acquérir preſcription, ſoit contre le vrai propriétaire, ſoit contre tout autre prétendant droit à l'héritage ou hypothéque ſur icelui; car ſur ce il ne faut pas diſtinguer la propriété d'avec la ſimple hypothéque, la preſcription milite également, & pour le même tems pour l'une & pour l'autre; mais dans le cas d'abſence, la ſageſſe de la coutume qui a prévu tout, double le tems, il faut avec le titre & la bonne-foi vingt ans de paiſible poſſeſſion; &, quoique les tems d'abſence & de préſence puiſſent ſe joindre, comme on le va voir, il faut toujours que la preſcription ſoit uniforme; tel eſt ſur cela le principe général qu'on développera par la ſuite.

Lapeyrere, let. P, déciſion 83, pag. 326 de l'édition de 1725, eſt d'avis que l'abſence ſe préſume toujours, & que c'eſt à celui qui veut s'aider de la preſcription à prouver la préſence : mais reprenons le principe. La préſence ou l'abſence ſe déterminant relativement au domicile, & non à la ſituation de l'héritage : domicile qui eſt preſque toujours conſtant ou qu'il faut conſtater; s'il y a conteſtation ſur icelui, la preuve doit ſe faire de la part de celui qui poſe ſur ce un fait conſtaté : voilà la véritable explication du ſentiment de l'auteur qu'on vient de citer : ce ſeroit erreur que de le prendre à la lettre.

XIII. Il faut développer ce qu'on vient d'annoncer ſur la jonction des tems. Pour acquérir cette preſcription, il n'eſt pas néceſſaire que tout le tems qu'on compte pour icelle, ſoit de préſence continuelle; le poſſeſſeur peut joindre les tems, quoique coupés par un tems d'abſence; mais il faut uniformité, c'eſt-à-dire, vingt ans de poſſeſſion paiſible, toute abſtraction faite de l'abſence ou de la préſence, ou dix années complettes de poſſeſſion entre préſens. Encore une fois voilà le principe, toute autre addition, toute autre ſupputation des tems s'en écarte.

Cela eſt atteſté par Dupleſſis, pag. 494, & ſera expliqué plus amplement ci-après. Sur le titre des actions, voyez l'authentique, *quod ſi quis*, cod. *de præſcrip. longi temp.* Carondas, ſur l'art. 116 de la coutume; Palu, ſur l'art. 208 de la coutume de Tours, & les notes ſur Dupleſſis.

XIV. Le principe contenu dans la propoſition précédente a lieu, ſoit que cette preſcription ait commencé contre un abſent, ſoit qu'elle ait commencé contre un préſent, pourvu qu'il y ait dix années de préſence, ou vingt années complettes, en cas de quelque abſence.

Sur cette ſupputation des tems, quoique entrecoupés, voyez la note ajoutée au commentaire de Dupleſſis, pag. 498 & 499, où l'utilité de ces tems, quoique différens, eſt ſolidement établie, ainſi que l'inutilité de ceux d'abſence, qui n'entrent pour rien dans la ſupputation de la preſcription de dix ans, & qui ne peuvent entrer dans la ſupputation, que dans le cas d'une preſcription de vingt ans. Voyez la propoſition ſuivante qui développe ceci : en un mot, il faut uniformité de preſcription; autrement, ce ſeroit admettre trois différentes preſcriptions, dans le cas du titre & de la bonne-foi, & la coutume n'en admet que deux.

XV. Suivons cette ſeconde régle de l'uniformité de la preſcription. Tout ce qu'opére cette jonction des deux tems différens, c'eſt que dès qu'il y a abſence & qu'on veut en compter le tems, en ce cas le tems de la preſcription, & dans ſa totalité doit ſe doubler, ce qui va s'éclaircir. Si cette preſcription a commencé & couru pendant cinq ans contre un propriétaire ou créancier préſent, qu'après cet intervalle il ait été abſent, pour rendre la preſcription complette, il faut encore quinze années de paiſible poſſeſſion, à moins qu'il ne ſe trouve dix années complettes de préſence; cela fait uniformité de preſcription, & par conſéquent de preſcription complette ſuivant la coutume, parce qu'on ne pouvoit dans ce cas réduire ce qui reſte de tems pour faire le complément de la preſcription à dix années, ſans admettre une preſcription mixte que la coutume n'admet pas.

Les auteurs des notes ſur Dupleſſis, à la même pag. 499, cités ſur la propoſition précédente; enſorte qu'en ce même cas, le poſſeſſeur qui auroit poſſédé pendant cinq ans de préſence, ne pourroit pas dire que l'abſence arrivée depuis ſes cinq ans de poſſeſſion, n'ont fait que doubler les cinq années qui lui reſtoient à poſſéder : pour avoir une preſcription complette, il faut que la preſcription ſoit uniforme de dix ans de préſence ou de vingt ans, dès qu'on y fait entrer le moindre tems d'abſence.

XVI. Des explications précédentes il réſulte

réſulte que cette régle ſe ſuit, ſi les tems d'abſence & de préſence ſont entrelaſſés les uns dans les autres ; cette variété dans le fait ne peut apporter ſur ce aucune différence dans le droit.

C'eſt ce qui réſulte de la note citée ſur la propoſition précédente ; ainſi dans tous les cas, il faut pour que la preſcription ſoit complette, ou qu'il y ait poſſeſſion, telle que la coutume le requiert, pendant dix années de préſence, quoiqu'entrecoupées par des tems d'abſence ; ou que ſi l'on met en ligne de compte le moindre tems d'abſence, il y ait en ce cas une poſſeſſion de vingt ans ; c'eſt l'eſprit de la coutume.

SECTION III.

De l'interruption du cours de cette preſcription.

(Art. 113 de la coutume.)

[*Et ſans interruption.*]

XVII. Il convient d'examiner à préſent ce qui arrête l'effet de cette preſcription. Le trouble de fait, comme celui de droit, interrompt le cours de cette preſcription ; en effet, l'un & l'autre ſont incompatibles avec la bonne-foi requiſe pendant tout le cours de cette preſcription ; ils la font donc ceſſer. Il peut y avoir quelque doute ſur le trouble ſimplement de fait, mais il n'y en a pas ſur celui de droit.

Cela réſulte de l'art. 113 de la coutume ; mais par la loi 17, ff. *de acquir, vel amitt. poſſeſ.* les voies de fait n'interrompent pas le cours de la preſcription, ce que nous ne ſuivons pas ; la propoſition ayant été formée ſur l'uſage du châtelet, le trouble de fait doit opérer, non lorſqu'il eſt fait par un créancier hypothécaire, mais lorſqu'il eſt fait par un vrai propriétaire ; c'eſt acte de propriété de ſa part.

XVIII. Dès qu'il y a eu trouble, ſoit de fait, ſoit de droit, tout le tems précédent eſt effacé, & ne peut plus être compté pour cette preſcription : cependant ſi l'inſtance qui avoit formé le trouble, étoit tombée en péremption, le tems écoulé avant cette inſtance, eſt utile pour la preſcription, parce que la péremption a totalement anéanti l'inſtance, & que par ſon anéantiſſement on ne voit plus que la poſſeſſion qui décide.

Par la loi 10, au cod. *de præſcrip. long. temp.* la demande en juſtice interrompt le cours de la preſcription ; & par l'art. 15 de l'ordonnance de Rouſſillon, inſtance périe eſt cenſée non faite, & non avenue ; voyez le Maître, tit. 6, pag. 151 ; & Dupleſſis, p. 491 & 492 ; c'eſt droit commun.

XIX. Voici une autre interruption au cours de cette preſcription, & qui réſulte de la condition que la loi municipale y a attachée. La ſeule ſurvenance de mauvaiſe foi, dans le cours de cette preſcription, ſuffit pour en interrompre le cours, ce qui n'eſt pas dans celle de trente ans, comme on l'a vu ci-deſſus, puiſque même dans cette derniere preſcription, la mauvaiſe foi du poſſeſſeur dans l'origine de ſa poſſeſſion, n'en empêcheroit pas l'effet ; ainſi, différence entiere entre l'une & l'autre preſcription, l'une eſt conditionnelle, & ne peut avoir lieu ſans la condition, l'autre eſt pure & ſimple.

Loi 3, §. 3, ff. *de acquir. vel. amit. poſſeſ.* Loi 12, ff. *de uſurp. & uſucap.* ce qui ne s'applique qu'à la preſcription de dix & de vingt ans ; c'eſt le ſentiment de Dumoulin, ſur l'art. 67 de la coutume de Paris ; de le Maître, pag. 155 ; & ce qui s'obſerve au châtelet, comme une ſuite de l'art. 113.

☞ Il ſuffit pour preſcrire d'avoir commencé de bonne-foi la proviſion, quoique dans la ſuite on ait eu connoiſſance que celui qui a vendu n'étoit pas le maître de la choſe. Voyez l'arrêt du 18 mai 1684, rapporté au journal du palais.

XX. Mais il ne faut pas confondre le poſſeſſeur de bonne-foi, avec ſon auteur qui ne l'étoit pas. La mauvaiſe foi de l'auteur ne nuit pas au poſſeſſeur, qui a titre apparent & bonne-foi, pourvu qu'il ne ſoit que ſucceſſeur ſingulier, & non ſucceſſeur à titre univerſel ; en effet, c'eſt pour cela même que cette preſcription a été établie, comme on l'a vu ci-deſſus ; mais dans le cas qu'on eſt ſucceſſeur à titre univerſel, la mauvaiſe foi de l'auteur nuit, on ne peut avoir plus de droit que lui.

Dupleſſis, traité des preſcriptions, *liv. 1, ch. 2* tout à la fin, pag. 501 ; le Maître, tit. 6, pag. 155 ; c'eſt la juriſprudence du châtelet, qui me paroît inconteſtable, tel étant le véritable ſens de l'art. 113 de la coutume.

XXI. Approfondiſſons la derniere partie de la propoſition précédente, au ſujet du ſucceſſeur univerſel ; en effet, c'eſt avec raiſon qu'il n'en eſt pas de même du ſucceſſeur à titre univerſel ; la mauvaiſe foi de ſon auteur, non-ſeulement interrompt, mais empêche abſolument en ſa faveur, le cours & l'effet de cette preſcription, parce qu'étant ſucceſſeur à titre univerſel, il ne peut avoir plus de droit que celui qu'il repréſente à ce titre ; & le vice de la poſſeſſion, qui n'eſt que la continuation de celle du défunt, ſubſiſte dans ſa perſonne.

Tel eſt l'uſage du châtelet, où l'on diſtingue toujours, par rapport à la mauvaiſe foi de l'auteur, ſon ſucceſſeur à titre univerſel, d'avec ſon ſucceſſeur à titre particulier. En effet, en qualité de ſucceſſeur univerſel, il ne fait que continuer une poſſeſſion vicieuſe que cette preſcription ne peut purifier, & qui ne peut être confirmée que par une preſcription de trente ans, d'autant plus qu'il eſt ſujet & tenu de toutes les actions, dont l'auteur qu'il repréſente à titre univerſel étoit tenu ; or, il étoit tenu pendant 30 ans de l'action en revendication de l'héritage qu'il avoit uſurpé, celui-ci l'eſt donc de même : cela paroît encore une ſuite de l'art. 113 ; & ſur l'interruption au cours de cette preſcription, par le trouble de fait ou de droit, & ſur la néceſſité, pour que cette preſcription

puiſſe avoir lieu, que la poſſeſſion ſoit tout enſemble civile & naturelle, voyez les notes ſur Dupleſſis, pag. 492 & 493, elles confirment la propoſition.

XXII. Devéloppons ici la nature de la véritable interruption. Quoiqu'il ait été dit ci-deſſus, que le trouble de droit ſuffiſoit pour interompre le cours de cette preſcription, ce trouble ne doit s'entendre que de celui qui naît d'une demande, mais non d'une ſimple déclaration extrajudiciaire, parce que l'acquéreur n'eſt pas obligé de croire, que ce qu'on lui a ſignifié ſoit ſérieux & véritable, lorſqu'il n'a pas été ſuivi d'une demande; qualité qui rend, à l'égard d'un acquéreur de bonne-foi, un tel acte ſans effet.

D'Argentré, ſur l'art. 266 de la coutume de Bretagne, ch. 5, *de interruptione civili.* num. 9; & cela a été ainſi jugé par trois arrêts qui ſont rapportés par les auteurs des notes ſur Dupleſſis, pag. 493. Voyez ci-après dans le ſixieme livre, le chapitre des actions en déclarations d'hypothéque, où cela eſt plus amplement établi, comme étant le ſiége de cette matiere.

☞ Il faut une demande, & que l'aſſignation ſoit donnée devant un juge compétent, car ſi elle étoit donnée devant un juge incompétent, elle n'interrompoit pas le cours de la preſcription. Voyez le Grand, ſur l'art. 23 de la coutume de Troyes, gloſe 1, nomb. 31; néanmoins Lacombe dit qu'il a été jugé par arrêt du 17 juillet 1715, qu'un exploit du même libelle, interrompt la preſcription, quoique donné devant un juge incompétent.

SECTION IV.

De ceux en faveur deſquels cette preſcription ne court point, & des cas eſquels elle n'a lieu.

(Art. 113 de la coutume.)

(*Agés & non privilégiés.*)

XXIII. La coutume affranchit quelques perſonnes de cette preſcription; en effet, cette preſcription de dix ou de vingt ans, ne court pas contre les mineurs, ni les interdits, ils ne peuvent agir; d'où il s'enſuit, que tout le tems qui a couru, pendant la minorité ou l'interdiction, ne ſe compte pas contr'eux par rapport à cette preſcription, comme il ne ſe compte pas à leur égard, par rapport à la preſcription de trente ans; dans l'un comme dans l'autre cas, la faveur eſt la même, c'eſt même principe, c'eſt juſte ſuſpenſion au cours de toutes preſcriptions, qui doit encore plus militer dans ce cas-ci, que dans celui de la preſcription de trente ans.

Loi 3, cod. *Quibus non obj. long. temp. præſcrip.* le Maître, tit. 6, pag. 156 & 157; & c'eſt le texte même de la coutume, formé ſur la maxime, *contra non valentem agere non currit præſcriptio.*

XXIV. Il ne faut pas dans cette impuiſſance d'agir, confondre la femme mariée: en effet, cette preſcription court contre la femme en puiſſance de mari, parce que ſi ſon mari refuſe de l'autoriſer pour agir, elle a la voie de ſe faire autoriſer en juſtice: faculté qui laiſſe contr'elle le cours à cette preſcription; mais elle ne court pas contre l'égliſe & contre les communautés, ce que la coutume exprime par le mot privilégié; ce qui fera la matiere du chapitre ſuivant.

Sur cette propoſition & la ſuivante, voyez Lapeyrere, let. P, déciſion 87, pag. 328; & ci-devant le titre de la communauté, enſemble la propoſition qui ſuit qui limite celle-ci.

XXV. Cependant la propoſition précédente concernant la femme, reçoit une exception, ſi ſon action réfléchiſſoit contre ſon mari, en ce cas, cette preſcription ſeroit en ſuſpens contr'elle, cette réflexion d'action la mettant dans une eſpece d'impoſſibilité d'agir; c'eſt une juſte exception à la régle générale & qui ſert à la confirmer, & c'eſt le cas d'appliquer l'exception que produit l'impuiſſance d'agir, & qui opére à l'égard de la preſcription qu'on examine ici, comme par rapport à celle qui tendroit à libération.

Voyez les titres des reſtitutions en entier, & les notes ſur Dupleſſis, pag. 495; le Brun, en ſon traité de la communauté, pag. 294, num. 13; & la propoſition qui ſuit qui contient l'application de celle-ci qui s'obſerve au châtelet.

XXVI. Cela auroit lieu, par exemple, ſi le mari avoit vendu ſeul le propre de ſa femme, en ſuppoſant qu'une telle vente peut être valable, & que l'acquéreur eût pu la regarder telle; en ce cas, l'acquéreur, quoiqu'avec titre & bonne-foi, ne peut preſcrire contre la femme par dix ou vingt ans de poſſeſſion, mais bien par trente, & non par une poſſeſſion plus courte, autrement la femme ſe trouveroit dépouillée de ſon propre par le ſeul effet d'une inaction dont elle ne pouvoit ſe tirer ſans troubler la paix du mariage, puiſqu'elle ne pouvoit s'en tirer que par une demande qui auroit directement réfléchi contre ſon mari; motif ſuffiſant même pour faire rejetter l'effet de la preſcription de trente ans.

C'eſt le ſentiment des auteurs des notes ſur Dupleſſis, à la page citée ſur la propoſition précédente; & telle eſt la juriſprudence du châtelet.

XXVII. Venons au cas de la tranſmiſſion de l'action, relativement à la preſcription de dix ou de vingt ans; ici même principe que ſur la preſcription de 30 ans. En effet, ſi cette preſcription de dix ans entre préſens, & de vingt ans entre abſens, a commencé contre un majeur qui a laiſſé un mineur pour héritier, elle eſt en ſuſpens tout le tems de la minorité de cet héritier, mais elle recommence à prendre ſon cours à ſa majorité; les deux tems ſe joignent & ſe comptent, non celui de minorité, & ſe comptent utilement, ſauf l'effet de l'abſence ou celui de la préſence, auquel cas ces tems doivent ſe compter, comme il a été expliqué ci-deſſus; ce ſont

doubles exceptions qu'il faut conjointement appliquer.

C'eſt ce que dit Dupleſſis, pag. 495 & 496; & le Maitre, tit. 6, pag. 156, & ce qui réſulte de la coutume.

XXVIII. De même ſi le droit de propriété ou d'hypothéque ſur l'heritage, eſt commun à un majeur & à un mineur, la preſcription eſt en ſulpens contre ce dernier, quoiqu'elle ait cours contre l'autre; cela eſt une ſuite de ce que deſſus, l'un & l'autre droit n'étant pas indiviſibles, & la diſpoſition de la coutume devant opérer, tant à l'égard de l'un, qu'à l'égard de l'autre; ainſi la preſcription doit donc courir contre le majeur, quoiqu'elle ne court pas contre le majeur.

Cela a déja été établi ſur le chapitre précédent, n'y ayant que dans les choſes indiviſibles, où le droit du mineur profite au majeur, ce qui eſt établi ſur le titre des ſervitudes, étant un vrai droit indiviſible; c'eſt donc dans ce cas-là ſeulement que le privilége du mineur devient commun au majeur, & c'eſt ce que dit le Maître, pag. 156. Voyez le Brun, des ſucceſſions, liv. 4, ch. 1, num. 58, pag. 592; & c'eſt ce qui ſe pratique au châtelet ſur le fondement, qu'où la diviſion peut ſe faire, les deux diſpoſitions de la loi doivent chacune opérer.

XXIX. Non-ſeulement cette preſcription admet ſuſpenſion, mais il y a des cas où elle n'a pas lieu. Celui qui a acquis un bien ſaiſi réellement ne peut preſcrire par dix ans entre préſens, vingt ans entre abſens, il faut trente ans, & ce dans la théſe générale; cependant s'il n'y avoit point eu établiſſement de commiſſaire, il pourroit preſcrire par dix ou vingt ans; c'eſt cet établiſſement qui rend la ſaiſie vraiment ſaiſie réelle, ſans lui c'eſt ſimple procédure particuliere, qui ne doit pas arrêter l'effet de la loi générale.

On le juge ainſi au châtelet; & cela eſt conforme, tant à l'équité qu'aux régles de l'ordre judiciaire.

XXX. De même ſi la ſaiſie réelle étoit tombée en péremption, la péremption l'anéantit, elle ne peut donc en ce cas produire aucun effet, & principalement contre un tiers; mais il faut obſerver lorſqu'il y a bail judiciaire, la ſaiſie réelle n'eſt pas ſujette à péremption.

L'art. 15 de l'ordonnance de Rouſſillon, fonde cette propoſition.

XXXI. Voici un troiſieme cas où cette preſcription n'a pas lieu. Celui qui a acquis d'un interdit ou d'une femme en puiſſance de mari ſans autoriſation, ne peut ſe ſervir ni alléguer cette preſcription, il faut pour pouvoir le faire, un titre qui ſoit en apparence tranſlatif de propriété, & dans l'un & dans l'autre cas le titre n'eſt point tel; il ne peut donc alléguer cette preſcription, la baſe d'icelle devant être un titre qui ſoit en apparence tranſlatif de propriété; mais le titre tel qu'il ſoit, ne peut être utile par rapport à un douaire, que du jour de ſon ouverture.

Cela réſulte de l'art. 113 de la coutume qui réquiert un juſte titre; en effet, le vice de ſon titre efface toute préſomption de bonne-foi de ſa part, n'ayant pu croire qu'un incapable fit paſſer la propriété de la choſe dans ſa perſonne; or, la bonne-foi étant abſolument néceſſaire pour pouvoir alléguer cette preſcription, il s'enſuit qu'en ces cas, elle ne peut être oppoſée, & que dans ces mêmes cas la propriété ne peut ſe ſoutenir que par une poſſeſſion de trente ans. Sur ce que deſſus, il eſt à propos d'obſerver que celui qui a acquis un héritage chargé d'un douaire, ne peut alléguer cette preſcription qu'à partir du jour de l'ouverture du douaire, comme il eſt dit dans le titre du douaire; de même celui qui a acquis un héritage ſubſtitué, auquel cas cette preſcription ne peut être utile, qu'à partir du jour de l'ouverture de la ſubſtitution. Sur cette derniere partie, voyez Lapeyrere, let. P, déciſion 91, pag. 330: ce ſont des exceptions à l'effet de la preſcription de dix & de vingt ans, qui ſervent à confirmer ce même effet dans la théſe générale, & comment la preſcription effaceroit-elle ces droits lorſque le décret ne les purge pas? ce dernier principe a néceſſairement conduit à l'autre.

☞ A l'égard des héritages ſubſtitués, l'ouverture de la ſubſtitution ne formeroit un tems utile à l'acquéreur, pour preſcrire, que dans un cas où il auroit acquis d'autre que de l'héritier grevé, ou ſi l'appellé à la ſubſtitution avoit approuvé la vente; mais hors de ces deux cas, l'ouverture même de la ſubſtitution ne lui eſt d'aucun avantage, parce qu'il faut un juſte titre, & que celui qui lui a conféré la propriété d'un bien ſubſtitué, eſt radicalement nul. Il n'en eſt pas de même des dettes actives héréditaires, elles peuvent ſe preſcrire par les débiteurs au préjudice de l'appellé à la ſubſtitution, pendant la vie du grevé. Tel eſt le ſentiment de Dolire, en ſes queſtions, liv. 4, chap. 17; il rapporte même un arrêt du parlement de Toulouſe, qui l'a ainſi jugé, & la raiſon qu'il en donne, eſt qu'il eſt au pouvoir de l'héritier grevé d'exercer les actions contre les débiteurs; d'où il s'enſuit que ces derniers peuvent preſcrire contre lui, ſans que l'appellé à la ſubſtitution puiſſe après le tems de la preſcription accomplie les inquiéter, mais ſauf ſon recours contre l'héritier négligent qui a laiſſé preſcrire.

CHAPITRE TROISIEME.

DE LA PRESCRIPTION QU'ON PEUT ACQUÉRIR CONTRE L'ÉGLISE ET LES COMMUNAUTÉS.

I. TOUTES les preſcriptions ci-deſſus, c'eſt-à-dire, ni celle de trente ans, ni celle de dix, ou de vingt ans n'ont point lieu contre l'égliſe, ni contre les communautés; cependant leurs biens ne ſont pas impreſcriptibles, mais ils ne ſont ſujets

qu'à une certaine preſcription qui leur eſt particuliere : la juſte faveur qu'elles méritent, la leur a procuré ; c'eſt cette ſeule preſcription qui milite contre elle.

Loi 8, au cod. *de fund. patrim.* & la novelle 131, ch. 6 ; Dupleſſis, pag. 497 & 604, au commencement, atteſte que les arrêts l'ont ainſi jugé, & cela eſt de droit commun. Voyez Ricard, ſur l'art. 118 de la coutume, & Baſnage, ſur l'art. 521 de la coutume de Normandie, la coutume ne fait pas mention de cette preſcription, ſi ce n'eſt par l'art. 123 au ſujet du cens, par rapport auquel elle en fait une diſpoſition expreſſe, & qui doit influer ſur tous les droits appartenans à l'égliſe ; c'eſt droit commun, tiré de la loi & de la novelle qu'on vient de citer & de l'authentique, *quas actiones cod. de ſacros eccleſ.* ; c'eſt juſte faveur & bon ordre public.

II. Voyons donc celle qui a lieu contre l'égliſe. Cette preſcription uniforme eſt de quarante ans de poſſeſſion paiſible, publique & à titre de propriétaire ; nulle autre preſcription n'a lieu contre elle, ni contre les communautés : mais il y faut les mêmes accompagnemens qu'à la preſcription de trente ans, qu'on a examiné ci-deſſus ; c'eſt-à-dire, qu'il n'y ait eu aucun trouble qui en ait interrompu le cours, ni titre vicieux.

Novelle 131, ch. 6 ; le Maître, tit. 6, ch. 2, pag. 167 ; Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 19, ch. 1 ; les notes ſur Dupleſſis, pag. 503 ; & l'arrêt rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 148 : cependant par rapport aux profits de fiefs appartenans à l'égliſe, le même auteur Dupleſſis, traité des héritages tenus en franc-aleu, liv. 2, ch. 1, *ſubdiviſion* 4, pag. 110 ; eſtime que les profits de fief ſe preſcrivent contre l'égliſe par le laps de 30 ans, ce qui n'eſt pas ſuivi au châtelet, où l'on penſe que toute action appartenante à l'égliſe, & même la ſimple action perſonnelle, dure 40 ans.

III. Paſſons aux conſéquences de cette maxime. De-là il s'enſuit que ſoit qu'il y ait titre apparent, ſoit qu'il n'y en ait pas, il faut une preſcription & poſſeſſion de quarante ans pour effacer les droits de l'égliſe, ou de communauté. Et lorſque l'aliénation eſt vicieuſe, cette preſcription de quarante années eſt même inefficace, & elle eſt encore telle, lorſque de la part de celui qui l'allégue, il y a une mauvaiſe foi évidente, principalement ſi elle réſulte du titre dont il veut ſe ſervir ; cela eſt ſuite de la même faveur.

Lorſque l'aliénation eſt vicieuſe, & qu'elle a été faite ſans formalités & ſans utilité pour l'égliſe, la preſcription même centenaire n'a pas lieu contre elle ; arrêt du grand conſeil rapporté dans la quatrieme partie du journal du palais, pag. 125.

☞ Il y a pluſieurs régles concernant l'aliénation des biens appartenans à l'égliſe. La premiere eſt qu'il y ait une information précédente, touchant la néceſſité & utilité de l'aliénation ; la ſeconde qu'elle ſoit faite avec le conſentement de toutes les parties intéreſſées ; par exemple, ſi les biens appartiennent à un chapitre, les chanoines & l'évêque doivent concourir pour ce conſentement. Si c'eſt un monaſtere, il faut celui des religieux, de l'abbé & du ſupérieur eccléſiaſtique ; & à l'égard des monaſteres exempts de l'ordinaire, l'aliénation doit être approuvée par le pape. La troiſieme qu'il y ait des lettres patentes du roi enrégiſtrées dans les cours ſouveraines. L'inobſervation de ces formalités rend l'aliénation nulle, & la preſcription, quelque longue qu'elle puiſſe être, ne peut en couvrir le défaut.

IV. Cette preſcription de quarante années a lieu même par rapport à la ſimple hypothéque, ou action hypothéquaire appartenante à l'égliſe ou à une communauté, que l'acquéreur, avec titre & bonne-foi, ne peut preſcrire que par une poſſeſſion de quarante ans ; c'eſt ce qui réſulte de la propoſition précédente, cette preſcription étant la ſeule qui qui milite contre l'égliſe ; il la faut donc par rapport à cette ſimple action, comme il la faut par rapport à la propriété.

Le Maître, tit. 6, ch. 2, pag. 169, & tel eſt ſur ce l'uſage.

V. Il y a même à cette preſcription un certain obſtacle légal. Ces quarante années, contre l'Egliſe & les communautés, ne commencent à courir, par rapport à la propriété & la revendication, nonobſtant l'obſervation apparente des formalités, que du jour que le mauvais adminiſtrateur qui a induement aliéné, a ceſſé d'adminiſtrer ; mais cela n'a lieu que pour la propriété & revendication d'un héritage, & non par rapport à la ſimple action hypothéquaire, la premiere étant bien plus favorable que l'autre, autrement ce ſeroit rendre la derniere perpétuelle.

Voyez l'arrêt du parlement d'Aix, rapporté dans la troiſieme partie du journal du palais, pag. 148, & les notes ſur Dupleſſis, pag. 503 & 504 ; à l'égard de la ſeconde partie de la propoſition, elle s'établit ſur la raiſon, que ſi tout négligent étoit mauvais adminiſtrateur, l'action hypothéquaire ſeroit impreſcriptible ; ce qu'on ne peut admettre.

VI. Paſſons à l'effet de cette preſcription. Lorſque les quarante années ſont révolues, il n'y a pas lieu à la reſtitution en entier en faveur de l'égliſe, ou des communautés contre cette preſcription, autrement ce ſeroit l'anéantir ; or dès qu'elle eſt admiſe, il faut qu'elle puiſſe opérer effet, par conſéquent nulle voye à reſtitution en entier contre icelui.

Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, ch. 6 : voyez les notes ſur Dupleſſis, pag. 487 & 488. Mais ſi l'acquéreur raportoit un titre, & que le titre fût vicieux, la preſcription même centenaire n'a pas lieu contre l'égliſe ; notes ſur Dupleſſis, pag. 504, à quoi il faut joindre ce qui a été dit ſur la cinquieme propoſition ci-deſſus.

VII. A l'égard de la reſtitution en entier appartenante à l'égliſe, elle dure quarante ans ; c'eſt une action perſonnelle, & c'eſt la durée uniforme de toutes les actions qui

lui compétent ; celle-la doit donc avoir une pareille durée, ſans comprendre dans cet eſpace de tems, celui de la poſſeſſion du mauvais adminiſtrateur, & contre le fait duquel il faut ſe pourvoir : limitation qui ne s'applique pas aux communautés, lorſque pour l'acte, il y a eu autoriſation en forme.

Le Maître, titre 6, page 169 ; & telle eſt la pratique.

CHAPITRE QUATRIEME.

DES CHOSES IMPRESCRIPTIBLES.

(Art. 12, 123 & 186 de la coutume.)

I. VOYONS les droits ſur leſquels la preſcription n'a pas lieu. Les choſes ſacrées, les choſes ſaintes ſont telles, c'eſt-à-dire, impreſcriptibles, étant hors de commerce ; qualité qui les affranchit de toute preſcription, puiſque la preſcription eſt une eſpece d'aliénation, & que ces choſes ne peuvent être aliénées ; qualité qui les affranchit néceſſairement de la preſcription.

Exceptis rebus ſacris, ſanctis, publicis populi romani & civitatum, l. 9, ff. *de uſurp. & uſucap.* diſpoſition adoptée & qui forme un droit commun dans le royaume ; c'eſt raiſon écrite.

II. Le domaine de la couronne, participant à la nature des choſes précédentes, eſt comme tel impreſcriptible ; & les biens que le roi a reuni à ſon domaine, le deviennent par la réunion : c'eſt une conſéquence de la propoſition précédente, même nature, même réſolution, inaliénabilité, impreſcriptibilité.

Edit de François I. de 1539, conforme au droit civil. *Res fiſci uſucapi non poteſt*, §. 9, inſt. *de uſucap.* Sur la queſtion de ſçavoir ſi la preſcription centenaire eſt quant à ce efficace, voyez la déclaration d'Henri II, du 13 janvier 1555, elle eſt rapportée par Baſſet, tom. 2, liv. 6, tit. 8, ch. 3 ; cette preſcription n'y eſt plus admiſe, contre l'avis de Bacquet ; voyez le Maître, pag. 171 ; en effet, les coutumes ne peuvent militer contre le roi, que *in vim pacti non vim ſtatut.* Maxime ſûre qui écarte toute preſcription admiſe par des coutumes qui ne peuvent militer contre le domaine ſacré de la couronne.

III. Mais les biens échus au roi & qu'il n'a pas jugé à propos de réunir au domaine, ſont preſcriptibles ; en effet, en ce cas ils ne ſont pas du domaine du roi, mais ſimples fruits : ils ſont donc ſujets à la preſcription, comme étant ſujets au droit commun du royaume.

Le Maître, pag. 171 ; ſur l'impreſcriptibilité des biens dépendans du domaine de la couronne, voyez les notes ajoutées au commentaire de Dupleſſis, traité des preſcriptions, livre 2, chap. 3, pag. 521 & 522.

IV. Voici un autre droit qui eſt comme les précédens, impreſcriptible de ſa nature. Le droit de ſervitude ne peut jamais s'acquérir par la preſcription ; il eſt odieux en lui-même, la ſeule poſſeſſion ne peut donc le fonder, par conſéquent il faut un titre qui le conſtitue, ce qui écarte ſur ce toute preſcription : diſpoſition de notre coutume plus judicieuſe, plus ſalutaire, que celle du droit civil qui eſt contraire.

Ordonnance de Charles VIII, de 1485, art. 185 de la coutume conforme ; cependant, le contraire a lieu en pays de droit écrit ; Henrys, tom. I, liv. 4, ch. 6, queſt. 77. Juriſprudence qui ne peut avoir aucune application parmi nous & qui me paroît peu judicieuſe ; en effet, la juriſprudence contraire étant fondée ſur une ordonnance, forme un droit commun dans le royaume ; & indépendamment de l'autorité, cette diſpoſition a encore pour elle une raiſon ſupérieure.

V. Pluſieurs autres droits ſont encore impreſcriptibles. Nul cohéritier ne peut preſcrire la propriété d'un bien reſté en commun par le partage, ce ſeroit vouloir preſcrire contre ſon propre titre, ce qu'on ne peut faire ; & par le même principe l'uſufruitier, le fermier ne peuvent jamais preſcrire la propriété de la choſe ; leur propre titre écarte toute propriété, & par conſéquent fait obſtacle à la preſcription, & c'eſt à ces cas que ſe réduit la maxime qu'on ne preſcrit pas contre ſon titre ; l'étendre au-delà, ce ſeroit en abuſer.

Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, ch. 9 ; Lapeyrere, let. P, déciſion 78, pag. 325 ; en effet, c'eſt une maxime conſtante en matiere de preſcription, que *nemo poteſt mutare cauſam poſſeſſionis ſuæ*, & la raiſon l'a dicté, comment y réſiſteroit-on ?

VI. La coutume ajoute un autre cas aux précédens. Le cenſitaire ne peut preſcrire le droit de cens contre ſon ſeigneur, il eſt la marque de la directe ſeigneurie, qui eſt par elle-même impreſcriptible par l'impérieuſe maxime (*nullet erre ſans ſeigneur, nul franc-aleu ſans titre*) ce qui fonde l'impreſcriptibilité, mais plus par la légitime autorité, que par la raiſon.

C'eſt la diſpoſition de l'art. 123 de la coutume ; voyez Dupleſſis, pag. 107 ; le Maître, tit. 6, pag. 165 ; & c'eſt le texte, ainſi nulle difficulté ; mais un ſeigneur peut preſcrire la directe contre un autre ſeigneur ; le même auteur Dupleſſis, pag. 109. Outre les droits ci-deſſus qui ſont impreſcriptibles, ceux de l'ordre de Malte le ſont par un privilége particulier accordé à cet ordre ;

Henrys, tom. 1, liv. 4, ch. 6, queſt. 81; Baſſet, tom. 1, liv. 2, tit. 29, ch. 21. Cependant la preſcription centenaire a lieu contre cet ordre, ſuivant le même auteur, tom. 2, liv. 6, tit. 8, ch. 3 & ch. 5; & c'eſt bien aſſez de lui laiſſer un tel privilége, l'étendre au-delà ſeroit abus.

☞ Le privilége de l'ordre de Malte, eſt fondé ſur une bulle du pape Clément VII, en date du 22 juillet 1523, qui a été vérifiée au parlement de Provence, de Toulouſe & non au parlement de Paris, où Auzanet rapporte qu'il a été rendu un arrêt en la premiere chambre des enquêtes, par lequel il a été jugé, que la preſcription de 40 ans étoit ſuffiſante contre cet ordre. Sur quoi il faut obſerver que les abbés & religieux de Saint-Denis, prétendent avoir le même privilége que l'ordre de Malte.

VII. Mais tous les autres biens qui ſont dans le commerce ſont preſcriptibles, & l'on peut même par la preſcription acquérir la propriété d'une rente, pourvu qu'elle exiſte, & que la conteſtation ne ſoit qu'entre les contendans la propriété d'icelle; mais on ne peut par la preſcription des arrérages d'une rente non dûe en acquérir la preſcription, comme on l'a dit ci-deſſus, parce qu'elle ne peut donner l'être à un droit qui n'exiſte pas, ce qui rend quant à ce tout laps de tems inefficace; la preſcription, droit purement civil, peut bien s'appliquer au droit civil, mais non à la nature, & donner l'être à une choſe qui n'a jamais exiſté.

Dupleſſis, pag. 499 & 500; & telle eſt l'opinion commune.

CHAPITRE CINQUIEME.

DE LA PRESCRIPTION RELATIVEMENT AUX MEUBLES.

I. LA preſcription n'eſt d'aucune conſidération, elle ne peut être d'aucun uſage quant aux meubles, puiſque par rapport à de tels biens, la ſimple poſſeſſion produit tout l'effet d'un titre parfait: principe qui applanit les difficultés, que le ſilence, que la coutume a gardé ſur cette preſcription, faiſoit naître. En effet, quelques-uns prétendoient que pour acquérir cette preſcription, il falloit une poſſeſſion de trente ans; mais cela n'étoit pas raiſonnable, vu que pour les immeubles, *lorſqu'il y a* titre & bonne-foi, elle ne requiert entre préſens qu'une poſſeſſion de dix ans: inconvénient qui avoit conduit d'autres, à dire que conformément à la diſpoſition des inſtituts, liv. 2, tit. 6, il falloit pour preſcrire les meubles, une poſſeſſion de trois ans; ces contradictions ceſſent par le principe adopté, & qu'on vient de poſer; principe auquel il faut ſe tenir, comme étant ſalutaire; il eſt étrange qu'on ait tenté de s'en écarter.

Cependant Bretonnier, en ſes déciſions alphabétiques, pag. 24, dit, que le parlement de Paris requiert pour les meubles la même preſcription que pour les immeubles, ce qui ne paroît pas à moins qu'il n'y ait action perſonnelle en reſtitution contre le poſſeſſeur même, & la juriſprudence du châtelet eſt contraire. En effet, ſuivant la juriſprudence de ce tribunal, la poſſeſſion d'un meuble ne fût-elle que d'un jour, vaut titre de propriété, ſauf l'exception ci-après; mais hors ce cas, la poſſeſſion quant à ce vaut toujours titre de propriété; c'eſt ce que dit Lapeyrere, let. P, déciſion 98, pag. 331 de l'édition de 1725. Cependant, Dupleſſis, traité des preſcriptions, liv. 1, ch. 1, pag. 488 & 489, eſtime qu'avec bonne-foi, il faut trois ans pour preſcrire la propriété d'un meuble, & trente ans lorſqu'il n'y a pas de bonne-foi; Brodeau, ſur l'article 118 de la coutume de Paris, eſt de même ſentiment: j'ai toujours vu cette opinion rejettée au châtelet, où l'on tient pour maxime, qu'en matiere de meubles la poſſeſſion vaut titre de propriété, à moins que le meuble ne ſoit furtif; la juriſprudence contraire ſeroit préjudiciable au bien public, puiſque perſonne par rapport aux meubles, n'exige un titre qui ſoit tout enſemble juſtificatif & tranſlatif de propriété, & ſur ce chacun ſe confie & ſe contente de la poſſeſſion; elle eſt donc ſuffiſante: ainſi je me tiens à cette juriſprudence, comme étant ſalutaire & conforme à l'ordre public & à la ſûreté du commerce.

II. Venons à l'exception qu'on a déjà annoncé. La choſe furtive peut être revendiquée par tout où on la trouve; c'eſt la ſeule exception qu'on puiſſe apporter à la regle ci-deſſus poſée (*qu'en matiere de meubles la poſſeſſion vaut titre.*)

Voyez dans le dernier livre le titre des ſaiſies & revendications, où cela eſt établi, & tel eſt encore une fois la juriſprudence du châtelet, où cette exception eſt adoptée, ſur le fondement de la maxime de la loi des 12 tables, *rei furtivæ perpetua autoritas eſto.*

III. Pour donner ouverture à ce droit de ſuite, & de revendication, il faut que le vol ſoit juridiquement conſtaté par une plainte & information; autrement il y auroit fin de non-recevoir dans la demande en revendication, & dans ce même cas la poſſeſſion décideroit toujours, ce qui confirme ce que deſſus.

Telle eſt la juriſprudence de la chambre civile du châtelet, où ces ſortes de conteſtations ſe préſentent fréquemment; toutes les propoſitions qui compoſent ce chapitre ont été formées ſur icelle; en effet, quant à cette derniere propoſition & à la précédente, comme elles ſe réduiſent à une exception au principe général, cette même exception n'en peut faire ceſſer l'application, qu'autant qu'elle eſt juridiquement prononcée.

Après avoir examiné comment on acquiert les biens, il faut voir comment ils ſe régiſſent; c'eſt la matiere du livre qui ſuit.

Fin du troiſieme livre & de la premiere partie.

TABLE

DES Livres, Titres, Chapitres, Sections, Diſtinctions, Diviſions, Subdiviſions & Paragraphes, contenus dans le premier Volume.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

TITRE PREMIER.

DES Perſonnes libres. pag. 1

CHAPITRE PREMIER.

Quelles Perſonnes ſont libres. 1

CHAPITRE II.

Quand la liberté n'a pas lieu, & quand elle ceſſe. 2

TITRE II.

Des Perſonnes relativement à la nature. 3

TITRE III.

Des Perſonnes conſidérées relativement au Droit civil. 6

CHAPITRE PREMIER.

De l'âge auquel on commence à jouir de la liberté. 6

CHAPITRE II.

Des Mariages. 6

SECT. I. *De leur décence.* 6

II. *De la néceſſité du conſentement des pere & mere au mariage de leurs enfans.* 7

DIST. I. *Sur quoi eſt fondée cette néceſſité, que le mariage eſt nul par le défaut de ce conſentement.* 7

II. *Quand le mariage du fils de famille eſt valable, nonobſtant le défaut de ce conſentement.* 8

III. *De la peine que le majeur encourt lorſqu'il contracte mariage ſans le conſentement de ſes pere & mere, & quand & comment il s'en met à couvert.* 8

IV. *Si ce conſentement eſt néceſſaire pour le ſecond mariage des enfans, & ſi le convol des pere & mere les en affranchit.* 9

SECT. III. *De la néceſſité du conſentement des tuteurs & curateurs.* 9

IV. *Formalités communes à tous les mariages.* 10

PARAG. I. *De la publication des bans.* 10

II. *De la préſence du propre Curé.* 11

III. *Du domicile conſidéré relativement à la ſolemnité du mariage.* 11

IV. *De la préſence de quatre témoins.* 12

V. *Des promeſſes de mariage.* 12

SECT. V. *De la nullité des mariages, par l'inobſervation des formalités ci-deſſus expliquées, & du rapt.* 13

VI. *Des mariages nuls, quant aux effets civils ſeulement.* 13

VII. *Des mariages nuls, quant au ſacrement, & qui néanmoins produiſent des effets civils.* 17

PARAG. I. *Du principe de cette faveur.* 17

II. *Du mariage d'une perſonne libre, & dans la bonne-foi, avec une perſonne engagée dans un précédent mariage, ou dans les Ordres.* 17

III. *Des droits de la veuve & des enfans nés d'un tel mariage.* 17

IV. *Des effets de la bonne-foi du mari, & des droits de la femme qui s'eſt mariée en mauvaiſe foi.* 18

V. *Du mariage contracté entre parens, & ſi la bonne-foi peut lui faire produire des effets civils.* 18

CHAPITRE III.

Des Femmes en puiſſance de maris. 19

CHAPITRE IV.

De la preuve de la légitimité du mariage & de la légitimité des enfans. 19
SECT. I. *Des preuves de cette légitimité.* 19
II. *Des erreurs & des déguisemens dans les extraits baptistéres.* 20
III. *De la possession d'état d'enfant légitime.* 20

CHAPITRE V.

Des Bâtards. 22
SECT. I. *De leur état considéré en général, & du nom qu'ils peuvent porter.* 22
II. *Des différentes especes de bâtards, de leur incapacité à succéder, & que leur incapacité influe sur leurs enfans.* 22
III. *A qui le bâtard & la descendance du bâtard peut succéder, & de ceux qui lui succédent.* 23
IV. *Du droit du bâtard de disposer de ses biens, & à qui ses biens appartiennent faute de disposition & d'héritiers mentionnés dans la section précédente.* 24
V. *De ce que le bâtard peut recevoir de ses pere & mere.* 24
PARAG. I. *De ce que peut recevoir l'enfant naturel.* 24
II. *Si cette incapacité de toute disposition universelle influe sur les enfans légitimes du bâtard.* 25
III. *De ce que peut recevoir de ses pere & mere le bâtard incestueux ou adulterin.* 25
SECT. VI. *De l'action du bâtard pour alimens sur les successions de ses pere & mere.* 26

CHAPITRE VI.

De la légitimation des bâtards. 27
SECT. I. *De leur légitimation par le mariage subséquent de leurs pere & mere.* 27
DIST. I. *Quand le mariage subséquent produit cet effet.* 27
II. *Que cette légitimation a effet rétroactif, & même contre les enfans nés depuis le mariage contracté, & que les pere & mere ne peuvent empêcher cet effet.* 27
III. *Que cette légitimation à l'égard des donations, est regardée comme survenance d'enfans, & qu'elle milite en faveur de la descendance du fils naturel, quoique mort avant le mariage subséquent.* 28
SECT. II. *Quand le subséquent mariage ne produit pas la légitimation.* 29
III. *De la légitimation par lettres du Prince.* 30
DIST. I. *De l'effet de ces lettres, lorsque le bâtard les obtient sans l'approbation de ses pere & mere, & parens naturels.* 30
II. *De l'effet de ces lettres, lorsqu'il y a consentement à icelles de la part de la famille.* 30
PARAG. I. *Si en ce cas, le bâtard a droit de succéder, & relativement à qui il a ce droit.* 30
II. *Quand ce droit de succession active, en faveur du bâtard ainsi légitimé, est de droit révoqué.* 31
III. *Si cette légitimation même consentie, donne lieu à la révocation de la donation antérieure.* 32
IV. *Si le légitimé par lettres, a droit d'aîneſſe.* 32
V. *Si ces lettres rendent le bâtard capable de dispositions universelles.* 32

TITRE IV.

Des Personnes considérées relativement à l'ordre public. 33

CHAPITRE PREMIER.

Des Communautés considérées relativement aux biens qu'elles possédent. 33
SECT. I. *Comment les Communautés peuvent se former, & de leur rapport à l'ordre public.* 33
II. *Des différentes espéces de Communautés.* 34
III. *Comment les biens des Communautés se régissent, & si les Administrateurs peuvent les aliéner.* 34

CHAPITRE II.

Des Avocats. 35

CHAPITRE III.

Du droit de Bourgeoiſie, & des priviléges des Bourgeois de Paris. 37
SECT. I. *Des droits de franc-fief & de taille, considérés relativement aux Bourgeois de Paris.* 38
II. *De leur Juge privilégié.* 38
PARAG. I. *Quand cette attribution a lieu.* 38
II. *Que ce privilége céde à celui de* committimus, *à celui du Seigneur de traduire devant son Juge, pour les droits de son fief; mais qu'il l'emporte sur celui résultant des lettres de Garde gardienne.* 39

TITRE V.

Des Personnes considérées relativement à l'ordre des familles. 40

CHAPITRE PREMIER.

Des Peres de famille. 40
SECT. I. *De leur puissance sur leurs enfans.* 40
II. *De leurs engagemens naturels envers leurs enfans.* 41
III. *Si les peres font les fruits leurs, des biens de leurs enfans.* 41

CHAPITRE II.

Des enfans en puissance de pere & de mere. 42
SECT. I. *De leur dépendance & du tems qu'elle subsiſte.* 42
II. *De la liberté des enfans par la majorité.* 42

CHAPITRE III.

Des Femmes en puissance de maris. 43

TITRE VI.

Des perſonnes conſidérées relativement à l'incapacité naturelle ou légale. 45

CHAPITRE PREMIER.

De la majorité & de la minorité. 45

SECT. I. *Des effets de la majorité.* 45
II. *Des effets de la minorité; des actes pour leſquels le mineur a capacité, & quand il eſt reſtituable.* 45
III. *Quand le mineur eſt réputé majeur.* 46

CHAPITRE II.

Des Tuteurs. 46

SECT. I. *De leur nomination.* 46
DIST. I. *Des cas eſquels il y a lieu à cette nomination.* 46
II. *De la forme de cette nomination, & de l'aſſemblée des parens néceſſaire pour y parvenir.* 47
III. *Quels ſont les tuteurs qui doivent être nommés.* 47
IV. *Si l'on peut nommer pluſieurs tuteurs.* 48
V. *Quand le tuteur nommé eſt tenu d'accepter, & quand la tutelle court à ſes riſques.* 48
VI. *Des tuteurs honoraires & des protuteurs.* 49
SECT. II. *Du pouvoir des tuteurs & de leur adminiſtration.* 50
DIST. I. *Qu'ils ont capacité pour tout acte d'adminiſtration.* 50
II. *Des baux que le tuteur peut faire, & qu'il peut recevoir le remboursement des rentes.* 50
III. *Des actes qui ne ſont pas en la puiſſance du tuteur.* 51
IV. *De l'avis de parens & de la tutelle,* ad hoc, *néceſſaires pour les actes d'aliénation, & des limites du pouvoir du tuteur* ad hoc, *& des autres formalités des aliénations.* 52
V. *Si le tuteur peut ſeul conſentir au mariage du pupille, s'il peut épouſer ſa pupille, & nommer aux offices & bénéfices.* 53
VI. *Des procès que le tuteur peut intenter, & s'il peut accorder des remiſes & prétendre des appointemens.* 54
VII. *Des actions du pupille contre ſon tuteur, & qu'il ne peut ſe rendre adjudicataire de ſes biens.* 55
SECT. III. *Des engagemens des tuteurs.* 55
DIST. I. *Du ſoin de l'éducation, & de l'obligation de conſtater les biens du mineur.* 55
II. *De la vente des meubles.* 56
III. *Des effets mobiliers que le tuteur doit conſerver.* 56
IV. *Des diligences que le tuteur doit faire pour la conſervation & le recouvrement des dettes actives.* 56
V. *Que le tuteur n'eſt garant de l'inſolvabilité lorſqu'il a fait des diligences.* 57
VI. *Des emplois de deniers que le tuteur doit faire.* 57
PARAG. I. *Quand il doit faire cet emploi, & des deniers qui y ſont ſujets.* 57
II. *Des nourritures, entretiens du mineur, & de ſes revenus, conſidérés relativement à la néceſſité de l'emploi.* 58
III. *De la peine que le tuteur encourt faute de faire emploi, & comment il s'en met à couvert.* 59
IV. *Des formalités que le tuteur doit obſerver dans les emplois.* 60
V. *De l'extinction légale des créances du tuteur contre ſon pupille, lorſqu'il a deniers ſuffiſans, & de ſes effets.* 61
DIST. VII. *Si les actes & obligations que le tuteur paſſe comme tuteur, réfléchiſſent contre lui perſonnellement.* 62
VIII. *Du compte que le tuteur doit rendre.* 62
SUBD. I. *Dans quel tems ce compte doit être rendu, & de ſa forme.* 62
II. *Des proviſions que le mineur obtient contre le tuteur en retard de rendre le compte, & des intérêts du reliqua.* 63
III. *Des débats ſur le compte de tutelle; quand l'intérêt des articles débattus court, & de l'hypothéque du reliqua.* 64
IV. *Du compte que doit le tuteur qui continue à recevoir depuis la majorité, & de la continuation du privilége de la minorité en faveur du pupille devenu majeur.* 65
SECT. IV. *Des cauſes qui diſpenſent de l'acceptation de tutelle.* 65
DIST. I. *De l'âge, du nombre d'enfans, ou de tutelles déja acceptée.* 65
II. *Des procès & intérêts oppoſés du tuteur contre le mineur, & s'ils ſervent d'excuſes.* 67
III. *Des exemptions de tutelles réſultantes du privilége attaché à de certains offices ou certaines fonctions.* 67
SECT. V. *Des cauſes qui rendent incapable de tutelle.* 68
DIST. I. *De l'âge & du ſexe qui produiſent incapacité.* 68
II. *De l'ignorance & des infirmités qui produiſent cette incapacité.* 69
SECT. VI. *De la deſtitution des tuteurs.* 69
DIST. I. *De la forme de la deſtitution.* 69
II. *Des cauſes de deſtitution.* 70
III. *Quand la deſtitution emporte note d'infâmie.* 70
SECT. VII. *Comment finit la tutelle.* 70

CHAPITRE III.

De l'Émancipation des mineurs. 71

SECT. I. *De l'émancipation légale.* 71
II. *De l'émancipation par lettres.* 72
III. *Des effets de l'une & de l'autre émancipation.* 73
IV. *Des actes dont l'émancipé eſt incapable.* 74
V. *Des fonctions du curateur de l'émancipé.* 74

CHAPITRE IV.

Des Interdits & de leurs curateurs. 75

SECT. I. *Des interdits par démence.* 75
DIST. I. *Quels ſont ces interdits.* 75
II. *De la forme de cette interdiction, & quand elle commence.* 76

III. *Qui ſont ceux qui peuvent être curateurs des interdits pour démence.* 77
IV. *Comment finit l'interdiction pour démence.* 77
SECT. II. *Des interdits pour prodigalité.* 78
DIST. I. *Quels ſont ces interdits & quelle eſt leur incapacité.* 78
II. *De la forme de cette interdiction & quand elle commence.* 78
III. *De la notification de la Sentence d'interdiction pour prodigalité.* 79
IV. *Comment finit l'interdiction pour prodigalité.* 80
SECT. III. *Des engagemens des curateurs des interdits, ſoit pour démence, ſoit pour prodigalité.* 80

CHAPITRE V.

Des Priviléges des mineurs & des interdits. 81

CHAPITRE VI.

Des Incapables. 82
SECT. I. *Des incapables de ſuccéder.* 82
II. *Des incapables de donner & de recevoir.* 82
DIST. I. *Des incapables de donner.* 82
II. *De la limitation à la prohibition de s'avantager entre conjoints.* 83
III. *Des incapables de recevoir.* 84
IV. *De la limitation en faveur des Magiſtrats & autres.* 85

TITRE VII.

De l'État relativement à la qualité de ſujet du Roi. 86

CHAPITRE PREMIER.

Des Étrangers & des incapacités attachées à la pérégrinité. 86
SECT. I. *Des actes dont l'étranger eſt incapable.* 86
II. *Des actes dont l'étranger eſt capable, quoiqu'il n'ait pas obtenu des lettres de naturalité.* 88
III. *A qui appartient la ſucceſſion de l'étranger.* 90

CHAPITRE II.

Des Étrangers naturaliſés, & des lettres de naturalité. 91
SECT. I. *De la forme de ces lettres, & de l'effet d'icelles conſidéré en général.* 91
II. *Des différens effets de ces lettres.* 91
PARAG. I. *De ſon droit actif de ſuccéder, & à qui il ſuccéde.* 91
II. *De ſon droit de tranſmettre ſa ſucceſſion, & de ceux qui lui ſuccédent.* 92
III. *Du droit reſultant des lettres de naturalité de diſpoſer par l'étranger, & de recevoir par teſtament.* 92
IV. *Quand ceſſe l'effet des lettres de naturalité, & à qui appartient la ſucceſſion du naturaliſé, décédant ſans héritiers regnicoles.* 93

CHAPITRE III.

Des Priviléges accordés à de certains étrangers. 94
SECT. I. *Du privilége des Ambaſſadeurs.* 94
II. *Du privilége accordé aux Étrangers ſervans dans les Troupes; que ce privilége n'a lieu en leur faveur, ainſi que des Profeſſeurs étrangers, que pendant qu'ils vivent.* 94
II. *Du privilége accordé aux Marchands étrangers qui s'établiſſent dans de certains lieux, & du privilége des Marchands fréquentans certaines Foires.* 95
V. *Des priviléges accordés à de certains étrangers.* 96
PARAG. I. *Du privilége des Suiſſes.* 96
II. *De celui des Ecoſſois, Portugais & des Savoyards.* 97
III. *Du privilége des habitans de la ville d'Avignon & de celle de Carpentras, & ſi les Navarrois jouiſſent indiſtinctement des droits de regnicoles, & de l'état de quelqu'autres étrangers.* 97
IV. *Du privilége des Flamans & des Milanois.* 98

CHAPITRE IV.

Des François établis en pays étrangers. 99
SECT. I. *Quand les François établi en pays étranger ne perd aucun de ſes droits.* 99
II. *Des droits que perd le François qui s'eſt établi ſans permiſſion en pays étranger, & de ceux qu'il conſerve.* 99
III. *Quand le François, nonobſtant l'établiſſement en pays étranger, devient capable de ſuccéder en France.* 100
IV. *A qui appartient la ſucceſſion du François établi & mort en pays étranger.* 101
V. *Du François qui s'eſt retiré en pays étranger, pour fait de religion.* 101

TITRE VIII.

Des Abſens. 103

CHAPITRE PREMIER.

Quels ſont les abſens; s'ils perdent quelqu'uns de leurs droits, & juſqu'à quel tems ils ſont préſumés vivre relativement à leurs intérêts. 103

CHAPITRE II.

Juſqu'à quel tems l'abſent eſt réputé vivre, relativement à ſes créanciers & à ſa femme. 104

CHAPITRE III.

De quel jour l'abſent eſt réputé mort, relativement à ſes héritiers. 104

CHAPITRE IV.

Comment & dans quel tems les héritiers de l'abſent partagent ſes biens. 105

TITRE IX.

Du Domicile. 106

CHAPITRE PREMIER.

Du lieu du domicile, comme il s'acquiert, & si on peut en avoir deux. 106

CHAPITRE II.

Du domicile de droit, & des cas esquels il prévaut sur le domicile de fait. 107

TITRE X.

De la loi qui régit les personnes, & de celle qui régit les biens. 108

CHAPITRE PREMIER.

De celle qui régit la personne. 108

CHAPITRE II.

De celle qui régit les biens. 109

SECT. I. *De celle qui régit les meubles.* 109

II. *De celle qui régit les immeubles.* 109

III. *De celle qui régit les formalités des actes.* 110

TITRE XI.

Comment on distingue la Loi qui s'applique à la personne, d'avec celle qui régit les biens, ou de la distinction du statut réel & du statut personnel. 111

CHAPITRE PREMIER.

Du motif de cette distinction. 111

CHAPITRE II.

Du Statut personnel & de ses effets. 111

CHAPITRE III.

Du Statut réel & de ses limites. 112

CHAPITRE IV.

Des exemples de l'un & de l'autre statut & de la détermination de leur qualité. 113

SECT. I. *Que la loi du domicile qui régle la majorité & la faculté de tester, & celle de donner, est en ce, statut personnel.* 113

II. *Du changement du domicile considéré relativement au statut personnel, & si c'est la loi du domicile d'origine, ou celle du domicile actuel, qui le forme & qui régle la capacité.* 114

III. *Si la loi qui établit communauté de biens entre conjoints, forme un statut réel ou personnel.* 115

IV. *Si la nécessité de l'autorisation de la femme; si la prohibition d'avantager entre conjoints, forment des statuts réels ou personnels.* 115

V. *Si la faculté accordée aux conjoints par de certaines coutumes de se faire un don mutuel, est un statut personnel ou un statut réel.* 116

VI. *Si pour la tradition dans les donations entre-vifs, la loi du domicile du donateur forme un statut personnel, ou s'il faut pour ce, suivre les coutumes dans l'étendue desquelles les biens donnés sont situés.* 117

VII. *Si la nécessité d'une institution d'héritier établie par le droit civil; si la nécessité de la survie de quarante jours établie par la coutume de Normandie; si l'adoption du Velleïen en cette Province, forment des statuts personnels.* 117

VIII. *Des dispositions principales des coutumes qui ne forment que des statuts réels & locaux.* 119

TITRE XII.

De la Mort civile. 120

CHAPITRE PREMIER.

De la mort civile par la profession en religion. 120

SECT. I. *De cette mort civile considérée en général.* 120

II. *Des avantages dont le Religieux est capable, & de ceux qu'il peut se conserver.* 121

III. *De la sécularisation par l'Épiscopat, & par la restitution contre les vœux.* 121

IV. *Que le Religieux qui apostasie, que celui qui quitte son cloître ne sont pas sécularisés.* 122

V. *De l'état des Chevaliers de Saint Jean de Jérusalem, & de la mort civile qu'ils encourent.* 123

CHAPITRE II.

De la mort civile, par la condamnation pour crime. 124

SECT. I. *De la condamnation à mort non exécutée.* 124

II. *De la condamnation à une peine capitale; de la condamnation aux galéres, & du bannissement.* 124

III. *Si les condamnations qui emportent note d'infâmie, emportent mort civile, & du blâme & de l'admonition.* 125

IV. *Si la simple accusation d'un crime capital emporte mort civile ou note d'infâmie, & de l'incapacité limitée qu'elle produit.* 125

V. *Si les condamnations par défaut emportent mort civile, & des cas esquels le condamné meurt en possession de son état.* 127

CHAPITRE III.

De l'effet principal de la mort civile. 128

SECT. I. *Du retranchement de la société & de l'incapacité qu'elle produit.* 128

II. *De la limite à cette incapacité.* 128

III. *De l'effet de la mort civile à l'égard des enfans du mort civilement.* 129

CHAPITRE IV.

De certaines condamnations & des simples accusations à l'égard des Officiers. 130

LIVRE SECOND.

DES BIENS.

TITRE PREMIER.

DES biens considérés en général & des meubles en particulier. 132

CHAPITRE PREMIER.

De la distinction générale des biens. 132

SECT. I. *Des meubles considérés en général.* 132
II. *Des immeubles réels considérés en général.* 132
III. *De quelle nature sont les rentes constituées, les offices & les actions.* 133

CHAPITRE II.

De l'étendue que la Justice donne au mot de meuble en matiere de succession. 135
SECT. I. *Des effets portatifs.* 135
II. *Des fruits naturels & des fruits civils, & quand ils sont réputés meubles en matiere de succession.* 135
DIST. I. *Des fruits naturels de la terre.* 135
II. *Des animaux croissans & multiplians.* 136
III. *Des fruits civils & quand ils sont meubles en succession.* 136
IV. *Quand les fruits civils sont meubles relativement aux créanciers.* 138
SECT. III. *De quelle nature sont les pratiques de Notaires & de Procureurs ; les moulins, les navires, les bateaux & les presses d'Imprimerie, tant par rapport aux héritiers, qu'aux créanciers.* 138

CHAPITRE III.

De l'étendue qu'on donne au mot de meubles, relativement à la communauté des biens entre conjoints. 139

CHAPITRE IV.

De ce que comprend le mot de meubles, relativement aux testamens. 140
SECT. I. *De l'étendue du legs des meubles meublans.* 140
II. *De l'étendue du legs de meubles, sans autre expression ni désignation.* 140
III. *De l'étendue du legs des meubles & effets mobiliers.* 141

CHAPITRE V.

De certains biens qui de mobiliers par la nature deviennent immobiliers. 141
SECT. I. *Des effets mobiliers qui deviennent immobiliers par l'incorporation parfaite à un immeuble.* 141
II. *De l'effet que produit cette parfaite incorporation, tant par rapport au locataire, qu'aux héritiers, créanciers & acquéreurs.* 142
III. *Quand l'incorporation est imparfaite, & que les ornemens restent mobiliers.* 143
IV. *Des effets mobiliers par leur nature, & qui deviennent immobiliers, par leur accession ou leur destination.* 143
V. *Des deniers comptans qui par leur représentation sont réputés immeubles en faveur des mineurs.* 144

CHAPITRE VI.

Des principaux effets que produit la qualité de meubles. 145
SECT. I. *De la possession en matiere de meubles, & qu'elle vaut titre.* 145
II. *Quand les meubles sont sujets à suite.* 145
III. *De la vente des meubles sans déplacement.* 146
VI. *A qui les meubles sont présumés appartenir, lorsque deux personnes habitent ensemble.* 146

TITRE II.

Des immeubles en général. 147

CHAPITRE PREMIER.

De l'effet de cette qualité & de la possession à leur égard. 147

CHAPITRE II.

De la charge à laquelle tout immeuble réel est sujet. 147

CHAPITRE III.

De quel Seigneur les immeubles sont présumés relever, & à quel titre on présume qu'ils relevent. 148

CHAPITRE IV.

Des Francs-aleux. 149

TITRE III.

Des immeubles réels considérés relativement à la qualité de fief, & des fiefs en particulier. 150

CHAPITRE UNIQUE.

Quels héritages & biens sont nobles, & qui peut les posséder. 150
SECT. I. *Du titre qui forme le fief.* 150
II. *Quelles personnes peuvent posséder les fiefs, & s'ils annoblissent ceux qui les possédent.* 151
III. *Des fiefs de dignité & de la loi qui régit les fiefs.* 151
IV. *De la charge du service dont les possesseurs des fiefs sont tenus envers le Roi.* 152

PREMIERE

PREMIERE PARTIE DES FIEFS.

Des devoirs & droits légaux dûs aux Seigneurs. 153

CHAPITRE PREMIER.

De la foi & hommage relativement aux propriétaires. 153
SECT. I. *En quelle mutation elle eſt dûe, & par qui & en quel tems elle doit être rendue.* 153
DIST. I. *Qu'elle eſt dûe en toute mutation, ſoit de Vaſſal, ſoit de Seigneur.* 153
II. *De la requiſition néceſſaire de la foi, lorſque la mutation eſt arrivée de la part du Seigneur.* 154
III. *Du délai accordé au Vaſſal dans l'un & l'autre cas pour faire la foi.* 154
IV. *De la prorogation du délai pour faire la foi, tant volontaire que de droit, & de la ſouffrance.* 155
SUBD. I. *De la prorogation ou ſouffrance volontaire.* 155
II. *De la ſouffrance de droit par l'impoſſibilité réſultante de la nature de l'acquiſition, de rendre la foi.* 155
III. *De la ſouffrance de droit à cauſe de la minorité du propriétaire.* 156
DIST. V. *Quand on eſt réputé âgé relativement aux fiefs.* 157
VI. *Par qui la foi & hommage doit être rendue, & de ſon effet, & s'il en réſulte un engagement perſonnel.* 157
VII. *De l'effet de l'hommage-lige.* 157
VIII. *Quand la foi peut être rendue par Procureur.* 158
IX. *Que de droit le frere aîné peut faire la foi & hommage pour ſes ſœurs.* 159
X. *Que de droit le mari fait la foi pour ſa femme; & que tout autre uſufruitier la peut faire pour le propriétaire.* 159
XI. *Que les Communautés peuvent faire la foi & hommage par Procureurs; & de l'homme vivant & mourant, qu'elles ſont obligées de donner pour ce au Seigneur.* 159
XII. *Que tous les intéreſſés à la conſervation des fruits d'un fief peuvent faire la foi & hommage pour le propriétaire, négligeant de la faire, & quels ſont ces intéreſſés.* 160
SECT. II. *Comment la foi & hommage doivent être rendues.* 161
DIST. I. *Du lieu où elle doit être rendue.* 161
II. *De ce que doit faire le Vaſſal en rendant la foi.* 162
III. *De la ſoumiſſion avec laquelle le Vaſſal doit faire la foi, & ſi les Eccléſiaſtiques ſont diſpenſés de cette ſoumiſſion.* 162
IV. *De l'acte qui doit être dreſſé, de la preſtation de foi, & de l'effet de cet acte.* 140
V. *Du refus du Seigneur de recevoir la foi, & de l'effet de ce refus.* 163
VI. *Quelle coutume il faut ſuivre pour la forme de la foi, lorſque le fief ſervant & le fief dominant, ſont ſitués dans deux différentes coutumes* 163
VII. *Comment le Vaſſal doit faire la foi, lorſqu'elle eſt prétendue par pluſieurs.* 164
SUBD. I. *De la réception en main-ſouveraine, & de ſon effet.* 164
II. *De la forme de la réception par main-ſouveraine, & de la conſignation que le Vaſſal doit faire.* 164
III. *De ce que doit faire le Vaſſal, lorſque la conteſtation entre les deux Seigneurs eſt terminée, & de la nouvelle ouverture qui arrive pendant le combat de fief.* 165
SECT. III. *De la peine & ſaiſie féodale, faute par le Vaſſal de faire la foi.* 165
DIST. I. *Quand le Seigneur peut ſaiſir féodalement.* 165
II. *De la forme de la ſaiſie féodale.* 166
III. *Quelle Coutume régit cette forme, lorſque le fief dominant & le ſervant ſont ſitués dans deux différentes coutumes.* 167
IV. *Des effets de la ſaiſie féodale & des fruits que le Seigneur gagne.* 168
SUBD. I. *Qu'elle opere réunion.* 168
II. *Comment le Seigneur doit jouir.* 168
III. *Des fruits que le Seigneur ſaiſiſſant féodalement fait ſiens.* 169
DIST. V. *De l'effet du bail du fief ſervant, relativement au Seigneur ſaiſiſſant féodalement.* 170
VI. *Que le Seigneur qui a ſaiſi féodalement, ne peut dépoſſeder ſon Vaſſal de ſon habitation.* 170
VII. *Que le bail à rente non inféodée ne milite pas contre le Seigneur ſaiſiſſant féodalement.* 171
VIII. *Des fruits civils que le Seigneur ſaiſiſſant féodalement fait ſiens.* 171
IX. *Des profits de fief que le Seigneur ſaiſiſſant féodalement fait ſiens; & de ſon droit ſur les arriere-fiefs.* 172
SUBD. I. *Des profits de fief, dépendans de celui par lui ſaiſi, qui lui appartiennent.* 172
II. *De la foi que le Seigneur qui a ſaiſi féodalement, a droit d'exiger de ſes arriere-vaſſaux, & de la ſaiſie féodale qu'il peut faire ſur eux.* 173
III. *Du dénombrement que le Seigneur qui a ſaiſi feodalement, peut exiger ſur ſes arriere-vaſſaux, & du retrait féodal qu'il peut exercer ſur les arriere-fiefs.* 173
DIST. X. *De la préférence de la ſaiſie féodale ſur les autres.* 174
XI. *Des charges de la ſaiſie féodale.* 175
SUBD. I. *Du rembourſement des labours & ſemences que le Seigneur doit faire.* 175
II. *Des labours & ſemences qu'il doit faire.* 175
III. *Des rentes dont le Seigneur qui a ſaiſi féodalement eſt tenu, & de celles dont il n'eſt pas tenu.* 175
IV. *Des réparations dont le Seigneur eſt tenu.* 176
DIST. XII. *De l'infraction à la ſaiſie féodale; quel Juge en doit connoître, & ſi le Vaſſal ſaiſi peut vendre.* 176
XIII. *Que le Seigneur, pendant la ſaiſie féodale*

ne peut preſcrire le fief ſaiſi. 177
XIV. *De la durée de la ſaiſie féodale.* 177

CHAPITRE II.

De la foi & hommage conſidéré relativement aux uſufruitiers, tant du fief dominant que du ſervant, & de l'effet de la ſaiſie féodale à leur égard. 178
SECT. I. *Que l'uſufruitier du fief dominant ne peut recevoir la foi, mais qu'il profite des droits utiles.* 178
II. *Quand & comment l'uſufruitier peut uſer de la main miſe.* 178
III. *De l'effet de cette ſaiſie féodale en faveur de l'uſufruitier, & du gain des fruits qu'elle lui procure, quoiqu'elle ſoit faite au nom du propriétaire* 179
IV. *Que la ſaiſie féodale du fief ſervant influe ſur celui qui a l'uſufruit de ce fief.* 180
V. *De la garantie que la ſaiſie féodale ouvre en faveur de l'uſufruitier contre le propriétaire, & comment l'uſufruitier peut faire ceſſer cette ſaiſie.* 180

CHAPITRE III.

De l'aveu & dénombrement dû par le propriétaire du fief ſervant au propriétaire du fief dominant. 181
SECT. I. *Quand il eſt dû, & dans quel tems il doit être fourni.* 181
II. *De la forme du dénombrement.* 182
III. *De l'effet de l'aveu & dénombrement.* 182
IV. *Du blâme de l'aveu & dénombrement.* 183
DIST. I. *Ce que c'eſt que le blâme; du tems que le Seigneur a pour le fournir, & de ce que doit faire le vaſſal pour le faire courir.* 183
II. *Si le vaſſal encourt quelque peine par l'imperfection ou par l'infidélité de ſon aveu.* 184
III. *Si le Seigneur peut blâmer l'aveu après avoir anſaiſiné le contrat.* 184
SECT. V. *De la réformation de l'aveu & dénombrement, & de l'inſtance faute de réformation.* 184
VI. *Si le vaſſal, pour compoſer ſon aveu & dénombrement, peut demander communication des titres du Seigneur, & des cas eſquels cette communication eſt reſpective.* 185
VII. *De la peine qu'encourt le vaſſal, faute d'aveu, & s'il perd les fruits; & de la forme de l'aveu & dénombrement des fiefs mouvans du Roi.* 185

CHAPITRE IV.

Des mutations qui ne font aucune ouverture à aucun droit utile en faveur des Seigneurs. 186
SECT. I. *Que pour les mutations qui arrivent par ſucceſſion directe, deſcendante ou aſcendante, il n'eſt dû aucun droit.* 186
II. *Que la donation en directe ne fait pareillement aucune ouverture à droit utile en faveur du Seigneur.* 187
III. *Quand la dation en payement du fief, faite en faveur d'un deſcendant emporte & n'emporte pas droit utile en faveur du Seigneur.* 188
IV. *Que la remiſe de la confiſcation, au profit d'un deſcendant du condamné, ne fait ouverture à aucun droit utile en faveur du Seigneur.* 189
V. *Que le partage de communauté; que la renonciation à icelle, & l'accroiſſement que cette renonciation produit, ne font ouverture à aucun droit Seigneurial.* 189
VI. *Que la femme ne doit aucun droit à cauſe de ſon premier mariage.* 190
VII. *Que pour la réſolution forcée de la vente, il n'eſt dû aucun droit.* 191
VIII. *Que toutes les exemptions ci-deſſus mentionnées, n'ont pas lieu, ſi le fief eſt ſitué dans le Vexin-François, & quels ſont ces fiefs.* 191
IX. *Quel eſt l'engagement du Seigneur, pendant l'an de ſon relief, lorſque les enfans ſuccé. dans à leur pere, n'ont d'autre bien que le fief régi par l'uſage du Vexin.* 192

CHAPITRE V.

Du Relief. 192
SECT. I. *De ce droit conſidéré en général, & de ce en quoi il conſiſte.* 192
II. *Quand le Seigneur doit faire ſon option & s'il peut varier.* 193
III. *Du relief opté en nature.* 194
DIST. I. *Comment le Seigneur doit jouir; quand commence ſa jouiſſance, & des fruits naturels que le relief en nature comprend.* 194
II. *Des fruits induſtriaux & des fruits civils, que le relief comprend, & de ſes limitations.* 195
SUBD. I. *Du profit des animaux, & des fruits civils que le relief embraſſe.* 195
II. *Que le Seigneur jouiſſant à titre de relief, doit laiſſer l'habitation à ſon Vaſſal, & en quoi conſiſte ce droit, lorſque le fief ne conſiſte que dans un château.* 196
III. *Si le Seigneur qui jouit à titre de relief, profite des droits attachés à la Juſtice.* 196
DIST. III. *Des charges du relief en nature.* 197
SECT. II. *Des mutations qui ſont ouverture au relief.* 198
DIST. I. *Que la donation entre-vifs fait ouverture à ce droit; quand en ce cas il eſt exigible, & ſi la donation faite avec une charge appréciable en deniers, ne fait pas ouverture à plus fort droit.* 198
II. *Que le relief eſt dû & non le quint, pour un fief cedé en payement d'une ſomme donnée.* 199
III. *Que le legs fait ouverture à ce droit; quand pour ce il eſt exigible, & ſi la délivrance du legs ou la renonciation à icelui, y font double ouverture.* 199
IV. *Que le retour du fief donné; que la révocation de la donation d'icelui, ne font pas ouverture à ce droit.* 200
V. *Que la ſucceſſion collatérale fait ouverture à ce droit.* 200
VI. *Que toute ouverture de ſubſtitution, même en faveur d'un deſcendant du teſtateur, donne lieu à ce droit.* 201

VII. *Quand le mariage du propriétaire du fief, fait ouverture à ce droit.* 203
VIII. *Que le bail emphithéotique, fait ouverture à ce droit, ainsi que la cession d'icelui.* 204
IX. *Si le retour du fief au bailleur, par l'expiration du tems porté par le bail emphithéotique, fait ouverture à ce droit.* 205
X. *Que le bail à rente non rachetable, fait ouverture au relief.* 205
XI. *Si pour le bail à vie d'un fief, il est dû relief au Seigneur & pour la cession d'icelui.* 206
XII. *Si la veuve qui jouit d'un fief à titre de douaire coutumier, doit relief.* 206
XIII. *Si dans le cas qu'il y a double mutation, l'une sur la propriété, & l'autre sur la jouissance, ou double mutation dans l'an, dans la propriété seulement, il est dû double droit de relief.* 207
XIV. *Si la vente à faculté de réméré, fait ouverture à ce droit.* 207
XV. *Des droits de relief successifs, dûs par les gens de main-morte.* 207
SUBD. III. *Quand les Communautés possédant un fief, doivent relief au Seigneur.* 208
DIST. XVI. *Du droit de relief dû par le Seigneur, & quand ce droit est par lui dû.* 209

CHAPITRE VI.

Du quint. 210
SECT. I. *De l'étendue de ce droit & de son origine.* 210
II. *Que la vente fait ouverture à ce droit, & de la faculté de réméré, considérée quant à ce.* 210
III. *Que les actes équipollens à vente y font ouverture.* 211
DIST. I. *De la dation en payement.* 211
II. *De l'échange, & qu'il fait ouverture à ce droit.* 212
III. *Que le quint n'est pas dû pour la vente de fief à titre de rente foncière non rachetable.* 213
IV. *De la vente, de la rente foncière non rachetable, & qu'elle emporte droit de quint.* 213
V. *Si le déguerpissement du fief pris à rente foncière, si la résolution du contrat de vente font ouverture à ce droit.* 213
VI. *Que le droit de quint est dû pour l'adjudication d'un fief.* 214
VII. *Quand l'adjudication sur décret volontaire produit droit de quint.* 214
VIII. *Si l'adjudication d'un fief sur le délaissement par hypothéque d'icelui, produit droit de quint.* 215
SECT. IV. *Des actes qui en apparence équipollent à vente, & qui néanmoins ne produisent pas le droit de quint.* 215
DIST. I. *Du partage entre cohéritiers.* 215
II. *Que l'abandonnement fait à l'un des héritiers, d'un fief, pour le remplir de ce qui lui est dû, ou à la charge de payer les dettes de la succession, ne fait ouverture à ce droit.* 216
III. *Que la licitation quoiqu'équipollente à vente n'y fait pas ouverture.* 216
IV. *Si la vente d'une coupe de bois de haute-futaye, fait ouverture à ce droit.* 217

CHAPITRE VII.

Des personnes exemptes des droits de relief & de quint, à l'égard des fiefs mouvans du Roi. 218
SECT. I. *Quelles sont ces personnes.* 218
II. *Sur quels fiefs ce privilége a lieu.* 218

CHAPITRE VIII.

Des droits de relief & de quint, considérés relativement aux usufruitiers. 219
SECT. I. *Quand ces droits appartiennent à l'usufruitier ou au fermier du fief dominant.* 219
II. *Si l'ouverture de ces droits influe sur l'usufruitier du fief servant.* 219
DIST. I. *Que l'usufruitier en est exempt, la mutation n'étant pas de son chef.* 219
II. *Des cas privilégiés esquels l'usufruitier ne doit pas le relief, quoique la mutation soit de son chef.* 220
III. *Quand l'usufruitier doit le relief.* 220
SUBD. I. *Qu'il le doit lorsqu'il acquiert l'usufruit du propriétaire du fief.* 220
II. *S'il est dû double droit de relief au Seigneur, lorsque par un même acte de libéralité, l'un acquiert l'usufruit, & l'autre la propriété d'un fief.* 221

CHAPITRE IX.

Du droit de patronage, de la nomination aux offices, & des droits honorifiques considérés par rapport aux usufruitiers. 222
SECT. I. *Qu'ils jouissent du droit de patronage, & qu'ils peuvent nommer aux offices.* 222
II. *Si l'usufruitier jouit des droits honorifiques, & profite de ceux de justice.* 223

CHAPITRE X.

Des actions des Seigneurs, pour se faire payer de leurs droits de relief & de quint. 223
SECT. I. *Quand & contre qui ces actions ont lieu.* 223
II. *De la subrogation légale du Vassal qui paye d'anciens droits, & quand l'action hypothécaire du Seigneur cesse.* 224

CHAPITRE XI.

De l'hypothéque légale du Seigneur, sur le fief mouvant de lui, pour se faire payer de ses droits de relief & de quint. 225
SECT. I. *Des effets de cette hypothéque & de ce qui la fonde.* 225
II. *Des bornes de cette hypothéque, & que le Vassal s'affranchit des anciens droits en déguerpissant le fief.* 225
III. *Quand cette hypothéque cesse, & quand elle n'a lieu.* 226

SECONDE PARTIE DES FIEFS.

Des droits légaux mixtes, en partie utiles, en partie honorifiques. 227

CHAPITRE PREMIER.

Du Retrait féodal. 227

SECT. I. *De l'origine de ce droit, de son effet, & à quel Seigneur il appartient.* 227
II. *De la nature de ce droit & qu'il est cessible.* 227
III. *Si le retrait féodal peut être exercé par un usufruitier.* 228
IV. *Si le droit de retrait féodal, se divise entre les copropriétaires du fief dominant, & si l'acquisition de l'acquéreur peut être syncopée.* 228
V. *Pour quelles parts le retrait féodal a lieu, lorsque l'acquéreur par un même contrat a acquis des fiefs relevans de différens Seigneurs.* 229
VI. *Si ce retrait peut avoir lieu pour un seul fief, lorsque par un même contrat, l'acquéreur en a acquis plusieurs, relevans d'un même Seigneur.* 229
VII. *Du tems auquel ce retrait féodal doit être intenté, & s'il est sujet à des formalités.* 229
VIII. *Du remboursement que le Seigneur doit faire, & de l'engagement qui résulte de sa déclaration, & de l'adjudication de ce retrait.* 230
IX. *De l'effet du retrait féodal relativement aux créanciers du vendeur.* 230
X. *Quand il y a fin de non-recevoir contre ce retrait.* 231
XI. *Si la réception des droits par l'usufruitier, si la qualité de suzerain dans la personne de l'acquéreur, font obstacle à ce retrait.* 232
XII. *Si les lettres d'amortissement font aucun obstacle au retrait, & s'il y a lieu à icelui lorsque la vente est déclarée nulle.* 232
XIII. *Des mutations sur lesquelles le retrait féodal n'a pas lieu.* 232
XIV. *De la préférence du retrait lignager sur le féodal, & du cas où ce dernier l'emporte sur l'autre.* 233

CHAPITRE II.

Quand le Seigneur confisque le fief de son Vassal à son profit. 233
SECT. I. *Sur quoi est fondé le droit de confiscation.* 233
II. *De la confiscation pour félonie.* 234
III. *De la confiscation par désaveu.* 234
IV. *Par quels Vassaux la félonie & le désaveu doivent être faits, pour emporter confiscation, & si le Vassal qui les a commis est restituable.* 235
V. *Que le Seigneur ne peut se mettre en possession qu'en vertu de Sentence.* 235
VI. *De la durée de cette action, & à qui la provision est dûe pendant l'instruction d'icelle.* 236
VII. *Des cas dans lesquels la félonie ni le désaveu n'emportent pas confiscation du fief.* 236
VIII. *Que le faux ou inutile aveu n'emporte pas confiscation.* 236
IX. *Si la confiscation efface les hypothéques acquises sur le fief confisqué.* 137

CHAPITRE III.

Du droit des Seigneurs d'empêcher le démembrement des fiefs mouvans d'eux. 238
SECT. I. *Du motif de la prohibition de démembrer.* 238
II. *Du démembrement prohibé.* 238
III. *De la peine lorsque le Vassal contrevient à cette prohibition.* 239
IV. *Des démembremens licites.* 239
DIST. I. *Des démembremens forcés.* 239
II. *Des démembremens volontaires & licites.* 239
SECT. V. *Des conditions sous lesquelles le démembrement volontaire devient licite.* 240
VI. *Des effets du démembrement licite.* 240
DIST. I. *De son effet relativement au Vassal & à l'acquéreur; de la portion démembrée, & de son effet relativement au Seigneur.* 241
II. *Quand ces effets cessent relativement au Seigneur.* 241

CHAPITRE IV.

De la réunion du fief servant au dominant & de la réunion de la censive au fief, lorsqu'ils se trouvent en une même main. 242
SECT. I. *De la réunion du fief servant au dominant, lorsque le propriétaire du fief servant devient propriétaire du dominant.* 242
II. *De la réunion des deux fiefs, lorsque le propriétaire du fief dominant acquiert le fief servant.* 242
III. *De la réunion de la censive au fief, lorsque l'un & l'autre se trouvent en même main, & du partage de l'héritage comme noble, lorsqu'il a été réuni au fief.* 243
IV. *Si la réunion forme un propre.* 243
V. *Que la réunion faite ne peut plus par la suite se détruire par celui dans la personne duquel elle s'est faite, & qu'elle est plus nuisible qu'utile.* 244
VI. *Du moyen d'empêcher les réunions ci-dessus, & si l'on peut détruire la déclaration contraire à la réunion lorsqu'elle a été faite.* 244
VII. *Quelle loi régit la réunion, lorsque le fief servant & le dominant sont situés dans différentes coutumes.* 245
VIII. *Comment se fait la réunion relativement à la communauté.* 245
IX. *Si le franc-aleu est susceptible de réunion.* 246

TROISIEME

TROISIEME PARTIE DES FIEFS.

Des droits appartenans à de certains Seigneurs, & pour lesquels il faut titre. 247

CHAPITRE PREMIER.

Du droit de Justice. 247

SECT. I. *Que tout droit de Justice vient du Roi, & que pour ce il faut titre.* 247
II. *Comment les Seigneurs doivent faire rendre la Justice à leurs Vassaux & Censitaires.* 248
III. *Des profits de Justice.* 248
IV. *Des charges auxquelles le droit de Justice assujettit le Seigneur.* 249
V. *Des matieres dont les Juges des Seigneurs peuvent connoître.* 249
VI. *Des droits appartenans aux Haut-Justiciers.* 250
DIST. I. *De la confiscation.* 250
II. *De la deshérence & du droit du Haut-Justicier, dans la succession du bâtard.* 251
III. *Des charges de ces droits.* 252
IV. *Des épaves, des trésors trouvés & de l'alluvion.* 252

CHAPITRE II.

Du droit de foire & de marché, & de celui de péage. 253

CHAPITRE III.

Du droit de bannalité. 254

SECT. I. *Du titre nécessaire pour établir le droit de bannalité.* 254
II. *Des cas dans lesquels le titre déclaratif est pour ce suffisant, & des cas où il ne l'est pas.* 255
III. *De ceux sur qui le droit de bannalité influe.* 255
IV. *Des actions du Seigneur, résultantes du droit de bannalité, & de la prescription contre ce droit.* 256
V. *Du droit de corvées.* 256

QUATRIEME PARTIE DES FIEFS.

Des prérogatives & des préséances que la loi donne aux Seigneurs. 257

CHAPITRE PREMIER.

Du droit de chasse. 257

CHAPITRE II.

Du droit de colombier à pied. 258

SECT. I. *Quand les Seigneurs ont ce droit, & quand ils ne l'ont pas.* 258
II. *Quelles voliéres les autres peuvent avoir, & à qui appartient l'action à cet égard.* 258

CHAPITRE III.

Des honneurs dûs au Seigneur Haut-Justicier dans l'Église paroissiale. 259

SECT. I. *En quoi consiste ces droits, lorsqu'il n'y a pas de concours de Patron, & quels Seigneurs en jouissent.* 259
II. *Quels sont les droits honorifiques du Seigneur, lorsqu'il y a un Patron & Fondateur.* 260
III. *Quel est le Patron, & si le droit de patronage est cessible.* 261
IV. *De la maniere de jouir des droits honorifiques, lorsqu'il y a plusieurs Coseigneurs du même fief, ou différens Seigneurs de différens fiefs, & qui d'entr'eux dans ce dernier cas, a droit de s'intituler Seigneur de la terre.* 261
V. *Si les Officiers du Seigneur peuvent prétendre à la préséance.* 262
VI. *Si l'usufruitier & le Seigneur qui a saisi féodalement, jouissent des droits honorifiques, & des actions du Seigneur pour ces droits.* 262

TITRE IV.

Des Censives. 263

CHAPITRE PREMIER.

Que tout héritage est présumé tenu à cens, s'il n'y a titre contraire. 263

CHAPITRE II.

Du Cens. 264

SECT. I. *De la nature de ce droit, & comment il doit être payé.* 264
II. *De l'amende faute de payement du cens, & que les maisons de Paris sont affranchies de cette amende.* 265
III. *Du titre du Seigneur pour le payement du cens & pour la quotité d'icelui.* 266
IV. *De la voie ouverte au Seigneur pour se faire payer du cens, & de la saisie & brandonnement des fruits.* 266
DIST. I. *Quand le Seigneur peut pour ce saisir, & de la forme de cette saisie.* 266
II. *Si le bail de l'héritage sujet au cens fait obstacle à cette saisie, & comment le censitaire en peut obtenir main-levée.* 267
III. *Que cette saisie & brandonnement n'emporte pas perte des fruits, & comment le Seigneur doit les faire vendre.* 267
IV. *Des fruits que le Seigneur ne peut saisir & brandonner.* 268
V. *Si pour la conservation du cens le Seigneur peut empêcher que le censitaire change la face de l'héritage, & de l'effet de la permission de rentrer, stipulée faute de payement du cens.* 268
VI. *Du Surcens.* 268
VII. *De l'hypothéque légale du Seigneur pour le cens, & de l'indivisibilité qu'elle produit.* 269

CHAPITRE III.

Des droits conservatoires du Seigneur sur les héritages tenus de lui à cens. 270

SECT. I *De l'exhibition du contrat, & de l'amende faute d'icelle.* 270

II. *De l'ensaisinement, & que le Seigneur ne peut retenir le contrat.* 270

CHAPITRE IV.

Des lods & ventes. 271

SECT. I. *Quel est ce droit & sur quoi il se prend.* 271

II. *Des mutations qui font ouverture à ce droit.* 272

DIST. I. *De la vente & de l'échange.* 272

II. *De l'adjudication d'un immeuble réel.* 273

III. *De la dation en payement.* 274

IV. *Du bail à rente rachetable.* 274

SECT. III. *Qui de l'acquéreur ou du vendeur, est chargé du droit de lods & ventes.* 275

IV. *Que toutes les mutations qui font ouverture au quint, font ouverture au droit de lods & ventes.* 275

V. *Des mutations qui ne donnent aucune ouverture à ce droit.* 275

DIST. I. *Que toute succession, toute donation n'y fait aucune ouverture.* 275

II. *Du bail à rente non rachetable.* 276

SUBD. I. *Que pour telle rente il n'est rien dû pour les héritages tenus à cens, mais que la vente d'une telle rente emporte lods & ventes.* 276

II. *Quel droit est dû & sur quel pied il se paye pour la vente de l'héritage chargé de la rente foncière.* 277

DIST. III. *Que le rachat de rente foncière, pour la création de laquelle n'étoit dû aucun droit, fait ouverture à ce droit.* 277

IV. *Si le déguerpissement de l'héritage chargé de la rente foncière non rachetable, fait ouverture au droit de lods & ventes.* 278

V. *Si le bailleur rentrant en possession de son héritage, faute de payement des arrérages de la rente, doit lods & ventes.* 278

VI. *Si la dation de l'héritage en payement du pere au fils, fait ouverture à ce droit.* 279

VII. *Que le bail emphythéotique ne fait pas ouverture à ce droit, ni la cession d'un tel bail s'il n'y a pas deniers payés.* 280

VIII. *Si pour le retour de l'héritage au bailleur, il est dû droit de lods & ventes.* 281

IX. *Que le bail à vie de l'héritage ne fait aucune ouverture à ce droit, encore que le prix en ait été payé en deniers.* 282

X. *Si la vente à faculté de réméré, fait ouverture à ce droit.* 282

SUBD. I. *Quand elle n'y fait pas ouverture.* 282

II. *A quel fermier le droit appartient dans le cas de la vente à faculté de réméré non exercée à tems, & quand la vente à faculté de réméré fait incontinent ouverture à ce droit.* 283

III. *Que le désistement de la faculté de réméré emporte ce droit, & sur quel pied il est dû; mais pour l'exercice de cette faculté il n'en est dû aucun.* 284

DIST. XII. *Si les contrats mixtes font ouverture à ce droit.* 284

XIII. *Que le partage ni la licitation entre cohéritiers, ne font pas ouverture à ce droit.* 285

XIV. *De la licitation entre copropriétaires étrangers.* 286

XV. *Si la résolution du contrat de vente produit ce droit.* 287

SUBD. I. *Quand elle ne le produit pas & quand elle le produit.* 287

II. *Si la vente étant forcément résiliée, le Seigneur est tenu de rendre le droit à lui payé.* 289

DIST. XVI. *Si la vente d'une coupe de bois de haute-futaie produit ce droit, & s'il est dû pour le meuble vendu avec l'immeuble.* 290

XVII. *Que le décret volontaire ne produit pas double droit, mais peut l'augmenter lorsque le décret devient forcé.* 290

XVIII. *Que pour le délaissement par hypothéque, il n'est dû aucun droit au Seigneur, ni pour l'adjudication sur icelui; mais que telle adjudication peut augmenter ce droit, & que la création d'une rente constituée n'y fait aucune ouverture.* 291

SECT. VI. *Des actions du Seigneur pour la conservation & pour le payement du droit de lods & ventes.* 292

DIST. I. *Si le Seigneur pour la conservation de ce droit peut empêcher que le censitaire change la face & diminue la valeur de l'héritage, & de l'amende faute de payement de ce droit.* 292

II. *De l'action personnelle du Seigneur pour se faire payer du droit de lods & ventes.* 293

III. *De l'action hypothécaire du Seigneur sur l'héritage, pour les anciens droits de lods & ventes.* 293

SUBD. I. *De l'effet de cette hypothéque contre le nouvel acquéreur, & de ses créanciers.* 293

II. *Si cette hypothéque milite contre le vendeur qui est rentré en la possession de l'héritage.* 294

CHAPITRE V.

De la déclaration ou reconnoissance des droits dûs au Seigneur par les censitaires : du motif de cette déclaration, de son tems & de sa forme. 295

CHAPITRE VI.

Du droit d'amortissement dû au Roi, & de celui d'indemnité dû au Seigneur par les gens de main-morte. 296

SECT. I. *De la base de ces droits & qu'ils sont communs aux fiefs & aux censives.* 296

II. *De l'amortissement.* 296

DIST. I. *Qu'il leve l'incapacité des gens de main-morte, & que le Roi seul peut l'accorder.* 296

II. *De la forme de l'amortissement, & de son effet relativement au Roi.* 297

III. *De l'effet de l'amortissement relativement au Seigneur.* 298

SECT. III. *De l'indemnité dûe par les gens de main-morte aux Seigneurs à cauſe des fiefs.* 298
DIST. I. *Que par la fiction de l'homme vivant & mourant, l'indemnité ne donne aucune atteinte à la directe.* 298
II. *Quel eſt le montant de cette indemnité, & comment elle ſe partage entre le Seigneur, de fief & le Haut-Juſticier.* 299
III. *De l'action du Seigneur pour ſe faire payer de ſon droit d'indemnité, & ſi le payement d'icelle éteint les redevances.* 300
IV. *Quand le Seigneur eſt non-recevable à prétendre le droit d'indemnité, & ſi le Seigneur qui eſt homme de main-morte, le peut prétendre.* 300
V. *Si le droit d'indemnité eſt preſcriptible, & ſi les gens de main-morte l'ayant payé, peuvent preſcrire la directe.* 301
VI. *Quelle indemnité eſt dûe, quand un fief paſſe d'une main-morte dans une autre main-morte, & ſi l'indemnité ſe rend, lorſque le fief amorti rentre dans le commerce.* 302
SECT. IV. *De l'indemnité dûe par les gens de main-morte pour l'acquiſition par eux faite d'héritages tenus à cens.* 302
DIST. I. *Que dans ce cas, il ne faut pas d'homme vivant & mourant; du montant de ce droit, & comment il ſe partage entre le Seigneur qui a la cenſive & celui qui a la juſtice.* 302
II. *Quels droits ſubſiſtent en faveur du Seigneur nonobſtant le payement de l'indemnité payée pour la cenſive.* 303

CHAPITRE VII.

Du droit de nouveaux acquêts. 304

CHAPITRE VIII.

De l'indemnité qui ſe payé par le Roi, lorſqu'il devient propriétaire d'un fief ou d'un héritage relevant d'un Seigneur. 304

TITRE V.

Des immeubles par repréſentation. 305

CHAPITRE UNIQUE.

Des rentes non conſtituées à prix d'argent. 305
SECT. I. *De quelle nature eſt la rente dont on ne rapporte pas le titre primordial.* 305
II. *Des rentes foncières.* 306
DIST. I. *Quelles ſont les rentes qui ſont foncières; quelle coûtume les régit, & que la faculté de les racheter peut être ſtipulée.* 306
II. *De la preſcription de la faculté de rembourſer une rente foncière.* 307
SUBD. I. *De la baſe de cette preſcription, & quand elle eſt acquiſe.* 307
II. *Si le titre nouvel de la rente renouvelle cette faculté.* 307
DIST. III. *Si les rentes foncières impoſées ſur les maiſons des villes, ſont comme les autres rentes foncières non-rachetables, & ſi la faculté de rachat eſt preſcriptible.* 308
IV. *Si par le déguerpiſſement on ſe libere de la rente foncière, & quand on ne peut l'être par icelui.* 309
V. *Si la rente conſtituée du prix en deniers de l'immeuble eſt foncière.* 309
VI. *Combien on peut demander d'arrérages d'une rente foncière.* 310

TITRE VI.

Des dixmes. 311

CHAPITRE PREMIER.

Des dixmes appartenans aux Curés. 311
SECT. I. *De la qualité de cette dixme.* 311
II. *Des fruits ſujets à la dixme.* 312
III. *Comment la dixme doit être perçûe.* 313
IV. *De l'action pour la dixme & du privilége pour icelle.* 314

CHAPITRE II.

De la dixme appartenante aux gros décimateurs, & des novales. 316

CHAPITRE III.

Des dixmes inféodées. 317

CHAPITRE IV.

Des exemptions de dixmes. 318

CHAPITRE V.

Des Juges qui connoiſſent des conteſtations ſur les dixmes. 319

TITRE VII.

Des rentes & redevances en grains. 320
SECT. I. *Comment on peut créer une telle rente.* 320
II. *Que nulle rente n'eſt préſumée rente en grain ou en vin, ſi elle n'eſt juſtifiée telle.* 321
III. *Que la préſomption eſt contraire lorſque telle redevance eſt dûe au Seigneur.* 321
IV. *De quelle nature eſt la redevance en grains.* 322

TITRE VIII.

Des immeubles par la diſpoſition de la loi. 322

CHAPITRE PREMIER.

Des rentes perpetuelles conſtituées à prix d'argent. 322
SECT. I. *Comment ces rentes ſe peuvent former, & ſur quel pied on le peut conſtituer.* 322
II. *De la nature de ces rentes & de la faculté perpétuelle de les racheter.* 322
III. *Comment s'en fait le rachat, &*

débiteur n'y peut être contraint. 324
IV. *Des cas singuliers esquels le débiteur d'une rente constituée peut être contraint au rachat.* 325
V. *Des cas dans lesquels le créancier a le parcorps, & si la vente du gage fait ouverture au remboursement.* 325
VI. *Des arrérages des rentes constituées, & combien le créancier en peut exiger.* 327
VII. *Que la prescription des cinq ans des arrérages de ces rentes n'a lieu lorsqu'il y a reconnoissance ou poursuites.* 327
VIII. *Des quittances à compte des arrérages, & si le débiteur les peut imputer sur les cinq dernieres années, & des arrérages des rentes affranchis de la prescription des cinq ans.* 328
IX. *Si des arrérages d'une rente constituée, on en peut former le capital d'une autre rente.* 329
X. *Quelle coutume régit les rentes constituées.* 329
DIST. I. *Quelle coutume les régit relativement au créancier.* 329
II. *Quelle coutume régit la rente lorsque de la part du créancier il y a changement de domicile.* 330
SUBD. I. *Quelle coutume la régit par rapport à sa succession.* 330
II. *Quelle coutume régit les rentes par rapport à la communauté & au douaire, lorsqu'il y a translation de domicile.* 331
III. *Quelle coutume régit la rente lorsqu'elle* 331
IV. *Quelle coutume régit la rente, par rapport au débiteur d'icelle.* 332
SECT. IV. *De quelle nature sont les deniers provenans du rembourse. d'une rente constituée.* 332
DIST. I. *Que dans la thèse générale ils sont mobiliers, ainsi que la rente, lorsque le remboursement en est donné.* 332
II. *De quelle nature est la rente lorsque le remboursement en a été offert par le débiteur.* 333
III. *De quelle nature sont les deniers provenans du remboursement d'une rente constituée lorsqu'ils appartiennent à un mineur.* 333
SUBD. I. *Qu'en ce cas, ces deniers à l'egard des héritiers du mineur sont immobiliers, & pourquoi: & des autres deniers sur lesquels cette fiction s'étend.* 333
II. *Quand cette fiction cesse, & si elle continue dans la personne de l'héritier qui en a profité.* 334
III. *Que cette fiction n'a pas lieu à l'égard des créanciers du mineur remboursé, ni par rapport à lui-même.* 335

CHAPITRE II.

Des rentes viagéres constituées à prix d'argent. 335
SECT. I. *De ceux qui peuvent emprunter à ce titre.* 335
DIST. I. *Que tous les particuliers le peuvent, & pourquoi.* 335
II. *Si les Communautés peuvent emprunter à ce titre.* 336
SECT. II. *Sur quel pied ces rentes peuvent être constituées; qu'elles sont inamortissables & affranchies de la prescription des cinq ans.* 336
IV. *De ceux qui peuvent prêter à ce titre* 337
DIST. I. *Que toute personne capable peut le faire, & même le mari peut faire un tel emploi des deniers de la communauté.* 337
II. *Si le don mutuel empêche le mari de placer à fonds perdu.* 338
SECT. V. *Si les arrérages d'une rente viagére sont saisissables.* 339

CHAPITRE III.

Des rentes de libéralité. 340
SECT. I. *Des rentes perpétuelles de libéralité.* 340
DIST. I. *Comment elles se forment, & si leurs arrérages sont sujets à la prescription des cinq ans.* 340
II. *Si ces rentes sont rembourſables; quand elles le sont, & quand elles ne le sont pas.* 340
III. *Sur quel pied se fait le rachat des rentes de libéralité imposées sur les maisons de Paris, & de l'emploi que le débiteur qui les rembourse est tenu d'en faire faire.* 341
SECT. II. *Des rentes viagéres de libéralité.* 342

CHAPITRE IV.

Des rentes constituées sur les Aides & Gabelles. 343
SECT. I. *De la nature de ces rentes & de la loi qui les régit.* 343
Des charges de ces rentes & de leur échéance. 344
DIST. I. *De cette échéance relativement aux héritiers.* 344
II. *De cette échéance considérée relativement aux créanciers saisissans.* 344
III. *De cette échéance relativement à l'usufruitier de la rente & au donataire mutuel.* 344
IV. *De leur échéance relativement à la communauté de biens entre conjoints.* 345
SECT. III. *Comment les hypothéques sur ces rentes se conservent, & comment on les en affranchit.* 346
DIST. I. *Que les lettres de ratification purgent ces rentes de l'hypothéque, mais non de l'hypothéque du douaire.* 346
II. *Comment l'hypothéque sur ces rentes se conserve, & de l'effet de l'opposition aux lettres de ratification.* 346
SECT. IV. *Si la garantie au sujet des rentes sur la ville, a lieu entre copartageans.* 347
DIST. I. *Qu'elle a lieu lorsque le trouble vient du chef du défunt.* 347
II. *Que la garantie n'a lieu entr'eux, lorsqu'il y a retranchement par la volonté du Roi, si elle n'est stipulée.* 347
SECT. V. *Comment ces rentes se rapportent à succession.* 347
VI. *Quelle garantie a lieu à l'égard de ces*

rentes, lorſqu'elles ſont données par donation entre vifs. 348
VII. *De l'effet de la ſoumiſſion à la garantie des faits du Prince, dans un partage ou dans une donation.* 348
VIII. *Qu'elle garantie a lieu contre le vendeur d'une rente ſur la ville.* 349
DIST. I. *Qu'il eſt de droit garant de ſes faits & promeſſes, & de l'effet de cette garantie.* 349
II. *Qu'il n'eſt pas garant des faits du Prince, à moins qu'il ne ſe ſoit expreſſément ſoumis à cette garantie, & de l'effet de cette ſoumiſſion.* 350

TITRE IX.

Des biens provenans du Domaine de la Couronne. 351
Que ces biens ſont réputés ſacrés. 351

CHAPITRE PREMIER.

Quels ſont ces biens; qu'ils ſont inaliénables à perpétuité, & quand ils peuvent être aliénés à tems. 351

CHAPITRE II.

Que ces biens ne s'aliénent que ſous la faculté perpétuelle de les racheter. 352

CHAPITRE III.

Des biens du Domaine conſidérés dans la perſonne des particuliers au profit deſquels l'aliénation ſubſiſte. 353
SECT. I. *Que ces biens tant qu'ils ſont dans leurs mains ſont ſujets à toutes les régles du droit.* 353
II. *Que les baux à longues années de ces mêmes biens, ſont conſidérés dans la perſonne des particuliers comme ces biens mêmes.* 353
DIST. I. *Quand les baux de peu de durée des boutiques du Palais & des échopes des marchés ſont meubles.* 353
II. *Des baux à longues années des boutiques du Palais, & des échopes.* 354
SUBD. I. *De la nature de ces baux, & de leur effet à l'égard de la communauté.* 354
II. *Du renouvellement de ces baux conſidérés relativement à la communauté, & relativement au preneur & à ſes créanciers, & que par leur expiration l'hypothéque s'éteint.* 354

TITRE X.

Des baux emphythéotiques. 355

TITRE XI.

Des Offices. 356

PREMIERE PARTIE DES OFFICES.

Des Offices conſidérés en général. 356

CHAPITRE PREMIER.

Quelle eſt cette tierce eſpéce de biens. 356

CHAPITRE II.

Que les Offices ne ſont vénaux & héréditaires que par accident. 357

CHAPITRE III.

Des Magiſtratures. 358

CHAPITRE IV.

De la capacité requiſe pour poſſéder les Offices. 358

CHAPITRE V.

Si l'Office eſt révocable & peut être impétré lorſqu'il eſt rempli. 359

CHAPITRE VI.

Si les honneurs attachés aux Offices ſubſiſtent lorſqu'on ceſſe de les poſſéder, & quelle coutume les régit. 359

SECONDE PARTIE DES OFFICES.

Des Offices conſidérés par les détails, & relativement aux titulaires, à leurs héritiers & aux acquéreurs. 360

CHAPITRE PREMIER.

Des Offices domaniaux. 360
SECT. I. *Quels ſont ces Offices & quelle eſt leur nature.* 360
II. *Si ces Offices ſont exempts de la ſurvie des 40 jours, & qui peut les poſſéder.* 360

CHAPITRE II.

Des Offices de judicature & de ceux des finances. 361
SECT. I. *De leur vénalité.* 361
II. *Qu'ils ne ſont pas de droit héréditaires.* 362
III. *De ceux qui peuvent poſſéder les Magiſtratures, & de ceux qui les exerceroient ſans droit.* 362

CHAPITRE III.

Comment ces Offices peuvent devenir ceſſibles & tranſmiſſibles. 363
SECT. I. *Du motif & de l'utilité de la diſpenſe de la ſurvie des 40 jours, & comment cette diſpenſe s'obtient, & de ſon effet.* 363
II. *Du droit des créanciers d'acquitter ce droit pour leur débiteur & ſans ſon conſentement.* 364
III. *De l'échéance de ce droit, & ſi le mari qui le paye pour la conſervation de l'Office qui lui eſt propre, doit indemnité à la communauté.* 364
IV. *De l'état de l'Officier qui n'a pas acquitté la paulette.* 365
V. *Du droit de préférence de la veuve & des héritiers, ſur l'Office tombé aux parties caſuelles.* 366

CHAPITRE IV.

Du don fait par le Roi, à la veuve & aux enfans, de l'Office tombé aux parties casuelles : de l'effet de ce don, & du partage d'icelui. 367

CHAPITRE V.

De la vente des Offices. 368

SECT. I. *De la procuration* ad resignandum; *qu'elle est la base de ces ventes, & si elle suffit sans contrat.* 368

II. *De l'effet du contrat de vente de l'Office; de qui l'acquéreur tient son droit & de ce qui le rend Officier.* 368

CHAPITRE VI.

Des actions résultantes du contrat de vente d'un Office. 369

SECT. I. *Des actions de l'acquéreur contre le vendeur.* 369

II. *De l'action de l'acquéreur, lorsqu'il paroît deux contrats de vente, & lorsqu'il a acquis de celui qui n'avoit pas droit de le vendre.* 370

III. *Des actions du vendeur de l'Office.* 371

IV. *Des effets du contrat de vente d'Office relativement à la jouissance de l'acquéreur, & aux droits que le vendeur conserve.* 371

CHAPITRE VII.

Du regrès. 372

SECT. I. *Quand & pourquoi il a lieu.* 372

II. *Comment le regrès doit être exercé, & du dédommagement qui est dû pour ce à l'acquéreur, & s'il a lieu sur les Offices domaniaux.* 372

TROISIEME PARTIE DES OFFICES.

Des Offices considérés relativement à des tiers. 373

CHAPITRE PREMIER.

Des Offices considérés par rapport à la communauté de biens entre conjoints. 373

SECT. I. *Que l'Office que le mari possède lors du mariage lui est propre, s'il n'y a clause contraire.* 373

II. *De ce qui résulte de cette qualité de propre de l'Office, en cas de vente ou suppression d'icelui, & des taxes payées à son occasion, pendant & constant la communauté.* 374

III. *Des Pratiques de Procureurs & de Notaires, & de l'effet de la stipulation de propres de ces Pratiques.* 374

IV. *De l'Office acquis pendant la communauté.* 375

DIST. I. *De la nature de cet Office, & si le mari s'en peut faire un propre.* 375

II. *De la taxe payée à cause de l'Office conquêt de communauté; de la suppression d'icelui; & si la perte de l'Office, arrivée par la mort du mari, fait ouverture à indemnité.* 376

III. *Si le mari peut faire le remploi des deniers du propre de sa femme, en acquisition d'un Office, & d'un Office donné au mari.* 377

IV. *Du droit du mari de retenir l'Office conquêt de communauté.* 377

V. *De la récompense que le mari doit pour la retenue de l'Office, & de la nature de l'action pour ce competente aux héritiers de la femme.* 378

CHAPITRE II.

Des Offices considérés par rapport au douaire. 379

SECT. I. *Qu'ils sont tous sujets au douaire préfix.* 379

II. *Qu'ils ne sont pas indistinctement sujets au douaire coutumier.* 379

CHAPITRE III.

Des Offices considérés par rapport à la collation ou rapport en succession, & à la qualité de propre. 380

SECT. I. *Si l'enfant donataire d'un Office, est tenu de rapporter l'Office, & s'il peut le rapporter en nature* 380

II. *Quelle valeur le descendant rapporte pour l'Office à lui donné par un ascendant.* 381

DIST. I. *De cette valeur, lorsque l'ascendant les achete pour son fils ou autre descendant.* 381

II. *De cette valeur rapportable, lorsque le pere a donné sa propre charge à son fils.* 381

PARAG. I. *Quel est le montant de ce rapport, lorsque la donation ne contient aucune estimation.* 381

II. *De cette valeur rapportable de l'Office qui passe du pere au fils, lorsque la donation contient estimation ou fixation du prix de l'Office donné.* 381

SECT. III. *Si les Offices sont susceptibles de la qualité de propre.* 382

CHAPITRE IV.

Des Offices considérés par rapport aux donations entre-vifs. 383

SECT. I. *Des formalités de la donation d'un Office.* 383

II. *Si la donation d'un Office est sujette à la légitime des enfans du donateur.* 383

CHAPITRE V.

Comment on peut conserver l'hypothéque sur les Offices, & s'acquérir un droit de suite sur iceux, nonobstant le sceau des provisions. 384

SECT. I. *De l'effet du sceau des provisions.* 384

II. *Des oppositions au sceau & de leurs effets.* 384

DIST. I. *De leur effet par rapport à l'acquéreur.* 384

II. *De leur effet à l'égard des créanciers.* 385

III. *Si le vendeur est obligé de former opposition au sceau des provisions de son acquéreur, pour conserver son privilége sur l'Office.* 386

SECT. III. *Des oppositions au titre.* 386

DIST. I. *En quoi elles différent des oppoſitions au ſceau.* 386
II. *De ceux qui peuvent former des oppoſitions au titre, & où ces oppoſitions s'agitent.* 386

CHAPITRE VI.

De la diſtribution du prix des Offices. 387

SECT. I. *De cette diſtribution lorſqu'il y a des oppoſans au ſceau.* 387
II. *Des priviléges ſur le prix des Offices, & de l'ordre des privilégiés.* 388
III. *De la diſtribution du prix de l'Office lorſqu'il n'y a aucune oppoſition au ſceau.* 389

CHAPITRE VII.

De la ſaiſie réelle des Offices. 389

SECT. I. *Quand & quels Offices peuvent être ſaiſis réellement.* 389
II. *De l'état du titulaire dont l'Office eſt ſaiſi réellement, & de l'adjudication d'icelui.* 390

QUATRIEME PARTIE DES OFFICES.

De tous les autres offices non vénaux ni héréditaires. 391

CHAPITRE PREMIER.

Des Offices de la Maiſon du Roi. 391
SECT. I. *De la nature de ces Offices ; qu'ils ſe perdent avec la vie, & qu'ils ſont inſaiſiſſables.* 391
II. *Qu'ils ne peuvent ſervir de gage.* 391
III. *De la grace ou faculté de les vendre, & des brevets de retenue ſur ces Offices.* 392
IV. *Des Offices de la Maiſon du Roi conſidérés par rapport à la communauté de biens entre conjoints par mariage.* 393
V. *De ces Offices conſidérés relativement au rapport à ſucceſſion.* 394

CHAPITRE II.

Des Offices dépendans des domaines du Roi, engagés ou aliénés. 395

SECT. I. *De la nature de ces Offices, & s'ils ſont réputés royaux, & quand ils ne ſont plus réputés tels.* 395
II. *Au nom de qui ces Officiers rendent la juſtice, & de qui ils prennent proviſion : s'ils ſont deſtituables, & de qui ils obtiennent la diſpenſe de la ſurvie des 40 jours.* 395

CHAPITRE III.

Des Offices dépendans des Juſtices des Seigneurs. 396

SECT. I. *De l'origine & de la nature de ces Offices.* 396
II. *Si les Seigneurs peuvent rendre la juſtice par eux-mêmes ; des Officiers qu'ils peuvent pourvoir, & de leur réception.* 397
III. *Du pouvoir des Seigneurs de deſtituer leurs Officiers.* 398
IV. *Des cas eſquels les Officiers des Seigneurs ſont deſtituables.* 398
DIST. I. *Que l'Officier eſt indeſtituable lorſqu'il a acquis à prix d'argent, & qu'en ce même cas il tranſmet l'Office à ſes héritiers.* 398
II. *Que l'Officier eſt indeſtituable lorſqu'il eſt pourvu pour récompenſe de ſervice ; mais qu'en ce cas l'Office ne paſſe pas à ſes héritiers.* 398
III. *Des Seigneurs qui peuvent donner à leurs Officiers la qualité d'indeſtituables.* 399
IV. *Que l'Officier pourvu par le Seigneur à titre onéreux ou pour récompenſe de ſervices, peut être deſtitué par forfaiture, mais n'eſt ſujet à la ſurvie des 40 jours.* 400
V. *Que lorſque l'Officier a été pourvu à prix d'argent, il peut non-ſeulement réſigner, mais encore lorſqu'il a réſigné, ſon ſucceſſeur eſt indeſtituable.* 400
SECT. V. *A qui appartient la nomination de ces Offices & la deſtitution.* 401
VI. *Quels Officiers les Seigneurs peuvent avoir, & ſi ces Officiers doivent être gradués.* 401

CINQUIEME PARTIE DES OFFICES.

Des fruits civils des Offices royaux, & des priviléges qui y ſont attachés. 402

CHAPITRE PREMIER.

Des émolumens de ces Offices. 402

SECT. I. *Des différentes ſortes d'émolumens.* 402
II. *Quels ſont les Officiers qui n'ont point de ſalaires.* 402
III. *Quand l'Officier commence & ceſſe de jouir des gages, & quand il commence à jouir des ſalaires.* 403
IV. *Si les gages de l'Office peuvent être ſaiſis, & ſi la ſaiſie réelle de l'Office en emporte la perte.* 403

CHAPITRE II.

Des priviléges attachés aux Offices. 404
SECT. I. *Des Offices qui donnent la haute nobleſſe.* 404
II. *Des Offices qui donnent la nobleſſe ſimple & de race.* 404
III. *Des Offices qui donnent la nobleſſe impropre & non tranſmiſſible.* 404
IV. *Des Offices qui donnent les immunités & les exemptions accordées à la nobleſſe.* 405
V. *Quand ces immunités ceſſent, & de l'état de la veuve par rapport aux priviléges.* 405

SIXIEME PARTIE DES OFFICES.

De la vacance des Offices. 406

CHAPITRE PREMIER.

De leur vacance impropre. 406
SECT. I. *De cette vacance par ſuppreſſion.* 406
II. *De la vacance impropre par l'incompatibilité & par l'abandon total des fonctions.* 406

CHAPITRE II.

De la vacance absolue des Offices. 407

SECT. I. *De la vacance par mort.* 407
DIST. I. *Quand elle a lieu, & quand elle n'a pas lieu.* 407
II. *Que la mort du résignataire ne produit pas vacance d'icelui.* 407
SECT. II. *De la vacance de l'Office par la résignation.* 407
III. *De la vacance des Offices par forfaiture.* 408
DIST. I. *De la forfaiture expresse.* 408
II. *De la forfaiture tacice.* 409
SUBD. I. *Ce que c'est que la forfaiture tacite, & quels jugemens l'emportent.* 409
II. *Si l'infamie de fait, si l'imprudence du Juge, emportent forfaiture tacite.* 410

TITRE XII.

Des qualités des immeubles, relatives aux propriétaires. 410

TITRE XIII.

Des acquêts. 411

CHAPITRE PREMIER.

Quels biens sont acquêts. 411

CHAPITRE II.

Que par la présomption de droit tout bien est réputé conquêt, lorsque le propriétaire est marié. 412

CHAPITRE III.

Des principaux effets des qualités d'acquêts & de conquêts. 412

TITRE XIV.

Des propres réels. 413

CHAPITRE PREMIER.

Des moyens par lesquels les biens deviennent propres. 413
SECT. I. *Que la loi seule fait les propres, & quels biens sont susceptibles de cette qualité.* 413
II. *Des immeubles recueillis par succession.* 413
DIST. I. *De ceux qui sont propres.* 414
II. *De ceux recueillis par succession qui ne sont qu'acquêts.* 414
SECT. III. *Si les donations & legs forment des propres.* 414
IV. *Si la dation en payement du pere au fils, si la donation à la charge de payer les dettes, & la rente constituée par le pere au fils, forment des propres.* 416
V. *Si l'ouverture de substitution fait des propres.* 416
SUBD. I. *Qu'elle en fait indistinctement, lorsque la substitution est faite par un ascendant.* 416
II. *Qu'elle n'en fait pas indistinctement, lorsque la substitution est faite par un collatéral.* 417
SECT. VI. *Si la remise de la confiscation au profit de l'héritier du condamné, forme des propres.* 418
VII. *Quand le propre n'est que naissant, & quand il est ancien.* 418
VIII. *Quelle sorte de propre l'ameublissement fait par l'un des conjoints, forme dans la personne de leurs enfans.* 418
IX. *Quelle sorte de propre la donation faite par l'un des conjoints à l'autre forme dans la personne de leurs enfans.* 420
X. *Si la soulte payée par l'héritier, fait obstacle à la qualité de propre de l'héritage qui lui est échu par succession.* 420
XI. *Si l'adjudication par licitation, forme des propres.* 421
XII. *Quels propres se forment par le droit de non décroissement, & par la renonciation de la veuve à la communauté.* 422
XIII. *Quels propres se forment par la dévolution des propres d'une ligne manquante à une autre ligne.* 422
XIV. *Des biens subrogés aux propres.* 422
DIST. I. *Quand la subrogation est imparfaite & qu'elle ne forme pas des propres.* 422
II. *Quand la subrogation est parfaite, & qu'elle produit des propres.* 423
SECT. XV. *Des propres que forme la représentation du propre.* 424
DIST. I. *Du prix du propre du mineur.* 424
II. *Que la rente foncière moyennant laquelle le propre a été aliéné le représente, & comme telle est propre.* 425
III. *Que les matériaux étant sur la place sont propres.* 425
SECT. XVI. *Des propres qui se forment par la consolidation & réunion au propre.* 426
DIST. I. *Que les bâtimens construits sur le terrein propre, sont propre, mais non les augmentations de terrein.* 426
II. *Si la réunion du fief servant au dominant propre, & celle de la censive au fief propre, forment des propres.* 427

CHAPITRE II.

De certaines actions susceptibles de la qualité de propres. 428
SECT. I. *Des rentes constituées, & des Offices, considérés relativement à la qualité de propres.* 428
II. *Des cas esquels l'action pour recouvrer un immeuble est propre.* 428
III. *Que la rente propre cédée avec garantie & reprise en conséquence, appartient à l'héritier des propres.* 428
IV. *Des actions passives & des deniers procédans de l'éviction d'un propre, qui conservent la qualité de propres.* 429

CHAPITRE III.

Des motifs & des effets de la qualité de propres. 430

SECT. I.

SECT. I. *De ſon motif.* 430
II. *De ſes effets par rapport aux ſucceſſions légitimes.* 430
DIST. I. *Que les propres ne remontent pas, & que dans la théſe générale, c'eſt à l'héritier de la ligne de celui qui a mis l'héritage dans la famille qu'ils appartiennent.* 430
II. *Que les quatre quints des propres, ſont réſervés aux héritiers de la ligne.* 430
SECT. III. *Des effets de la qualité de propre par rapport à la vente & à la donation entre-vifs d'icelui.* 431

CHAPITRE IV.

Des propres imparfaits & purement relatifs. 431
SECT. I. *Des immeubles que les conjoints poſſédent lors du mariage.* 431
II. *De l'immeuble retiré par retrait lignager, & de celui qui eſt acquis par un lignager.* 431

TITRE XV.

Des propres fictifs. 432

CHAPITRE PREMIER.

Si l'on peut donner à un ſimple mobilier la qualité de propre, & du motif & de l'effet principal d'une telle fiction. 432

CHAPITRE II.

De la fiction ou ſtipulation de propre limitée à la communauté. 433
SECT. I. *De la convention qui l'opére.* 433
II. *De ceux qui peuvent faire cette ſtipulation.* 433
III. *Des effets de cette ſtipulation.* 434
DIST. I. *De ſes effets relativement au partage de communauté acceptée.* 434
II. *De ſes effets lorſqu'il y a renonciation à la communauté, & ſi cette ſtipulation peut opérer dans la ſucceſſion des enfans.* 435
III. *Des effets de cette clauſe dans la ſucceſſion du conjoint qui l'a ſtipulé, & ſi elle géne ſa diſpoſition.* 435

CHAPITRE III.

De la ſtipulation portée par contrat de mariage, qu'une certaine ſomme appartenante à l'un des conjoints ſera employée. 436
SECT. I. *De l'effet de cette clauſe, lorſque l'emploi n'eſt pas fait.* 436
II. *De l'effet de cette clauſe, lorſque l'emploi eſt fait.* 437
DIST. I. *De cet effet relativement au conjoint, au profit duquel il eſt ſtipulé.* 437
II. *De l'effet de l'emploi dans la ſucceſſion du conjoint qui l'a ſtipulé, lorſqu'il ne laiſſe point d'enfans.* 437
III. *De l'effet de l'emploi dans la ſucceſſion des enfans.* 437

CHAPITRE IV.

De la clauſe par laquelle on ſtipule qu'une certaine ſomme ſera propre à l'un des conjoints & aux ſiens. 438
SECT. I. *De ſes effets relativement à la communauté & à la diſponibilité.* 438
II. *De ſes effets dans la ſucceſſion des enfans.* 439
DIST. I. *De ſes effets quant au conjoint ſurvivant.* 439
II. *De ſon effet dans la ſucceſſion du dernier mourant des enfans, lorſqu'il ne laiſſe ni pere ni mere.* 440
SECT. III. *Quand la clauſe d'une certaine ſomme propre à l'un des conjoints & aux ſiens ceſſe de produire effet.* 441
DIST. I. *Qu'elle ceſſe indiſtinctement par le payement fait au conjoint qui l'a ſtipulée, & ſi elle ceſſe par le défaut de payement de dot.* 441
II. *Qu'elle ceſſe par le payement d'icelui fait aux enfans, mais non indiſtinctement.* 441
III. *Qu'elle ceſſe par la confuſion dans la perſonne des enfans majeurs.* 442

CHAPITRE V.

De la clauſe par laquelle on ſtipule qu'une certaine ſomme ſera propre à l'un des conjoints, aux ſiens, & à ceux de ſon côté & ligne. 443
SECT. I. *De la différence de cette clauſe avec les trois précédentes.* 443
II. *Des effets de cette clauſe.* 444
DIST. I. *De la repriſe de la ſomme ſur la communauté, & ſi le conjoint au profit duquel la ſtipulation eſt faite en peut diſpoſer.* 444
II. *De ſes effets dans la ſucceſſion des enfans.* 444
SUBD. I. *Un des principes fondamentaux de la ſaiſine de ce propre fictif.* 444
II. *Que l'autre conjoint eſt exclu de ſuccéder à ce propre, non-ſeulement par les autres enfans, mais même par tout autre parent du côté du conjoint qui l'a ſtipulé, & d'abord de la ſaiſine en faveur des freres & ſœurs de celui des enfans qui prédécéde le ſurvivant de ſes pere & mere.* 446
III. *Qu'au défaut de frere ou ſœur du dernier mourant des enfans, le propre fictif paſſe aux ayeux maternels de cet enfant.* 447
IV. *Qu'au défaut de frere ou ſœur, qu'au défaut d'ayeul maternel, tel propre fictif paſſe à l'héritier collatéral le plus prochain de la ligne du conjoint qui a fait la ſtipulation à l'excluſion du pere & de tout parent paternel.* 449
SECT. III. *Quand cette clauſe & cette fiction ne produit plus d'effet.* 450
DIST. I. *Qu'elle ceſſe par le payement fait à la femme & par celui fait aux enfans.* 450
III. *Qu'elle ceſſe par la confuſion.* 451
IV. *Que cette fiction ne produit plus aucun effet, lorſque la ſomme a été recueillie par un collatéral.* 451

CHAPITRE VI.

De la nature de l'action de remploi du propre de l'un des conjoints par mariage, aliéné pendant la communauté, & ſi cette action eſt ſuſceptible de la qualité de propre fictif. 452

SECT. I. *Que légalement elle eſt mobiliaire.* 452
II. *Que par la convention on peut donner à cette action la qualité de propre fictif.* 453
DIST. I. *Quand elle a cette qualité par la convention expreſſe en faveur des enfans, & même en faveur des autres héritiers.* 453
II. *Quand l'action de remploi a la qualité de propre fictif, tant en faveur des enfans que des parens de la ligne du conjoint dont le propre a été aliéné, & ce par conſéquence & convention tacite & ſans convention expreſſe.* 454

LIVRE TROISIEME.

COMMENT LES BIENS S'ACQUIÉRENT.

TITRE PREMIER.

DE l'échange. 456

CHAPITRE PREMIER.

De l'origine & de la nature de ce contrat. 456

CHAPITRE II.

Des engagemens qui réſultent de ce contrat. 456

CHAPITRE III.

De la ſubrogation que l'échange opére. 458

TITRE II.

De l'achat des meubles. 458

CHAPITRE PREMIER.

De la tranſmiſſion de propriété que cet achat produit, & s'il en faut titre. 458

CHAPITRE II.

De ce qui eſt néceſſaire pour rendre la vente parfaite. 459

CHAPITRE III.

Des engagemens qui réſultent de la vente parfaite. 460
SECT. I. *Des engagemens du vendeur.* 460
II. *Des engagemens de l'acheteur.* 460

CHAPITRE IV.

Des changemens qui arrivent à la choſe. 461

CHAPITRE V.

Des garanties qui réſultent de la vente. 462
SECT. I. *Quand il n'y a pas lieu à la garantie.* 462
II. *Quand il y a lieu à la garantie & même à la réſolution de la vente.* 462
DIST. I. *Quand elles ont lieu contre un vendeur non marchand, & quelles défectuoſités y donnent ouverture.* 462
II. *De la garantie & de la réſolution qui ont lieu contre marchand public.* 462
SECT. III. *De la garantie particuliere dans la vente des chevaux & beſtiaux, & du tems dans lequel elle doit être exercée.* 463

TITRE III.

De la vente des choſes incorporelles. 464
SECT. I. *Comment on les acquiert, & qui les peut vendre.* 464
II. *Comment on entre en poſſeſſion des droits incorporels cédés.* 465
III. *De la garantie réſultante d'un tranſport.* 466
DIST. I. *Des principes généraux de cette garantie, & de l'effet de la ſtipulation que le tranſport eſt fait ſans garantie.* 466
II. *Des effets de la garantie conventionnelle & de ſes différens degrés.* 467
SUBD. I *Du premier degré de cette garantie, & de l'effet de la clauſe que le tranſport eſt fait avec garantie.* 467
II. *Du deuxieme degré de cette garantie, & de l'effet de la clauſe par laquelle le cédant ſe ſoumet de fournir & faire valoir, ou de payer, faute de payement de la part du débiteur.* 467
III. *Du troiſieme degré de cette garantie, & de l'effet de la clauſe par laquelle le cédant s'eſt obligé de payer, faute de payement de la part du débiteur, & ſans que le ceſſionnaire ſoit obligé de faire aucune pourſuite.* 468
SECT. IV. *S'il y a lieu à la garantie en vente de droits ſucceſſifs, & ſi la léſion y eſt à conſidérer.* 469

TITRE IV.

De l'acquiſition des immeubles. 470

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui eſt néceſſaire pour former le contrat, & de la néceſſité d'un acte qui le conſtate. 470

CHAPITRE II.

De la nature & de la forme de ce contrat, & ſi la ſimple promeſſe de vendre eſt obligatoire. 471

CHAPITRE III.

De ceux qui peuvent vendre les immeubles, & de la nullité de leur vente par le défaut de qualité. 472
SECT. I. *De la vente du propre de la femme faite par le mari ſeul.* 472
II. *De la vente faite par un grevé de ſubſtitution.* 473
III. *De la vente de l'immeuble appartenant à un pupille.* 473

CHAPITRE IV.

Des effets de la vente parfaite d'un immeuble. 474
SECT. I. *De la tranſlation de propriété & de la délivrance.* 474
II. *Des changemens & de la perte de l'immeuble depuis la vente.* 474

CHAPITRE V.

Des conditions attachées au contrat de vente, & de la ſtipulation de l'interpoſition d'un décret. 475

CHAPITRE VI.

Des acceſſoires de l'immeuble vendu, & contre qui s'interprête l'obſcurité de la vente. 476

CHAPITRE VII.

Des engagemens réſultans du contrat de vente. 476
SECT. I. *Des engagemens de l'acquéreur.* 476
DIST. I. *Du payement du prix & des intérêts d'icelui.* 476
II. *Si les ſaiſies & arrêts ſur le prix, empêchent le cours des intérêts d'icelui.* 477
III. *Si le péril d'éviction ſuſpend en faveur de l'acquéreur l'exigibilité du prix.* 477
SECT. II. *Des engagemens du vendeur d'un immeuble.* 478
DIST. I. *De la délivrance ou miſe en poſſeſſion, & de la remiſe des titres.* 478
II. *Des garanties dûes par le vendeur.* 479
SUBD. I. *Des cauſes les plus ordinaires de cette garantie, & ſi le vendeur en peut ſtipuler ſa décharge.* 479
II. *De la déclaration que le vendeur doit faire des charges & des ſervitudes, & des actions qui ont lieu contre lui faute d'avoir fait cette déclaration.* 480
III. *Si l'expreſſion, que la vente eſt faite comme la maiſon ſe pourſuit & comporte, & ſi la remiſe à l'acquéreur du titre de la ſervitude ſuppléent à la déclaration, & ſi cette déclaration doit embraſſer les vices apparens.* 481
IV. *De la garantie de la meſure dûe par le vendeur.* 482
DIST. III. *De la reſtitution que le vendeur doit faire du prix, en cas que l'acquéreur ſoit évincé.* 483

CHAPITRE VIII.

Du bail de l'immeuble vendu & s'il engage l'acquéreur. 485

CHAPITRE IX.

De la réſolution du contrat de vente. 485
SECT. I. *Des réſolutions d'icelui, qui ont lieu en faveur du vendeur.* 485
DIST. I. *De la réſolution en ſa faveur faute de payement du prix.* 486
II. *De la réſolution en ſa faveur par l'exercice du réméré ſtipulé.* 486
III. *De la réſolution de la vente en faveur du vendeur par la léſion d'outre moitié.* 487
SECT. II. *Des réſolutions d'icelui en faveur de l'acquéreur, & s'il eſt reſtituable par la léſion d'outre moitié.* 487
III. *Des réſolutions communes à l'acquéreur & au vendeur.* 488
IV. *De la réſolution imparfaite qu'opére le retrait.* 488
V. *Des effets de la réſolution de la vente à l'égard des tiers.* 488

TITRE V.

Du prêt ſimple. 490

CHAPITRE PREMIER.

De l'objet de ce contrat, & comment il ſe forme. 490

CHAPITRE II.

De l'effet principal de ce contrat, & des engagemens de celui qui emprunte. 490
SECT. I. *De ce qu'il doit rendre.* 490
II. *Quand & où il doit rendre.* 491
III. *De l'eſtimation à faire lorſque le débiteur eſt en retard de rendre, & des intérêts en ce cas.* 491

TITRE VI.

Du prêt à uſage. 492
SECT. I. *De l'objet de ce contrat, & comment il ſe forme.* 492
II. *Des engagemens de l'emprunteur.* 493

TITRE VII.

De la ſociété pour un certain commerce. 494

CHAPITRE PREMIER.

Comment la société se contracte, & de ses effets. 494

SECT. I. *Du choix réciproque des associés, & du motif de la société.* 494

II. *Sur quoi on peut former la société; quelles conventions elle peut contenir; par quelle preuve on doit l'établir, & de ses effets.* 494

CHAPITRE II.

Des intérêts des associés dans le fonds de la société, & comment le gain & la perte se partagent entr'eux. 496

SECT. I. *De cette division lorsque la société ne contient sur ce aucune convention.* 496

II. *De cette division lorsque l'acte de société la régle, & de la faculté de rendre la condition des associés inégale.* 496

CHAPITRE III.

De la fourniture des mises & des intérêts d'icelles. 497

CHAPITRE IV.

De la régie de la société. 498

CHAPITRE V.

Des engagemens des associés. 498

SECT. I. *De leurs engagemens réciproques, des fautes dont ils sont tenus les uns envers les autres.* 498

II. *De leurs engagemens à l'égard des créanciers.* 499

CHAPITRE VI.

De la dissolution de la société. 500

SECT. I. *De la dissolution par un acte contraire, par la fin de l'affaire commune, & par la mort.* 500

II. *De la dissolution par le défaut de fournir les fonds & d'agir.* 501

III. *De la dissolution de la société par la renonciation à icelle de la part de l'un des associés.* 501

DIST. I. *Quand la renonciation est valable; de quel jour elle a effet, & de ce qu'elle opére à l'égard des autres.* 501

II. *De la renonciation frauduleuse & à contre-tems, & du dédommagement auquel elle donne lieu.* 502

CHAPITRE VII.

Du partage de la société après sa dissolution. 503

SECT. I. *Si avant la dissolution, l'un des associés peut demander sa part dans le gain, & du compte des régisseurs préalable au partage.* 503

II. *Du partage & division de la masse, & si l'on fait sur icelle le prélevement de mises ou apports.* 503

TITRE VIII.

De la société de tous biens. 504

TITRE IX.

De la société tacite, & de la communion de biens. 505

TITRE X.

De la société légale, ou de la communauté de biens entre conjoints par mariage. 506

I. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

Quelle loi la régit, quelle convention y déroge. 506

CHAPITRE PREMIER.

Que la loi de la situation des conquêts céde à celle sous laquelle les conjoints se sont mariés, & céde encore à celle du domicile. 506

SECT. I. *Que les conjoints peuvent, quant à ce, se soumettre à une coutume à leur choix, & de l'effet de cette soumission.* 506

II. *Quelle loi régit la communauté lorsqu'il n'y a pas soumission par écrit à une certaine coutume, mais qu'il y a contrat de mariage.* 507

III. *De la loi qui la régit lorsqu'il n'y a point de contrat, ou que le mari n'a aucun domicile.* 508

IV. *Que la loi qui régit les droits des conjoints lors du mariage est inviolable, & que les conjoints n'y peuvent plus déroger.* 508

DIST. I. *Que cette loi régit les biens que les conjoints ont acquis, quoique situés dans d'autres coutumes, & que le changement de domicile n'y peut donner atteinte* 508

II. *S'il y a communauté de biens avec un Normand qui s'est soumis à la coutume de Paris.* 509

CHAPITRE II.

Des conventions dérogeantes au droit de communauté. 510

SECT. I. *De l'exclusion de communauté.* 510

DIST. I. *De ce qu'elle opére relativement à la femme & à ses héritiers.* 510

II. *Des revenus de la femme dont le mari jouit, nonobstant l'exclusion de communauté, & de la différence entre l'exclusion de communauté & la séparation contractuelle.* 511

III. *De l'irrévocabilité de l'exclusion de communauté, & des dettes dont le mari est tenu.* 511

SECT. II. *De la séparation contractuelle.* 512

III. *Des modifications & des limites que les conjoints peuvent donner par la convention au droit de communauté.* 512

DIST. I. *De la reſtriction à une certaine portion ou à une certaine ſomme.* 512
II. *De la clauſe par laquelle les héritiers de la femme ſont exclus de la communauté, & de celle par laquelle il eſt permis au mari d'exclure ou d'admettre les héritiers de la femme au partage de la communauté.* 513

CHAPITRE III.

De la privation & perte du droit de communauté que la femme encourt pour le crime d'adultére. 514

CHAPITRE IV.

Que le défaut de payement de dot ni la retraite de la femme de la maiſon de ſon mari, ne dépouillent pas la femme de ſon droit de communauté. 515

CHAPITRE V.

Quand le droit de communauté n'a lieu par la nullité du mariage. 516

II. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

Quels biens y entrent. 517

CHAPITRE PREMIER.

Quand commence la communauté, & ce qui la forme. 517

CHAPITRE II.

Si les changemens qui arrivent dans les biens pendant le tems intermédiaire entre le contrat & la célébration ſont à conſidérer. 517

PREMIERE CLASSE.

Des biens de la communauté. 519

CHAPITRE III.

Que les meubles que les conjoints poſſédent lors de la célébration du mariage, tombent dans la communauté. 519

CHAPITRE IV.

Que tout le mobilier dans le cas du convol ne tombe pas dans la ſeconde communauté. 520

CHAPITRE V.

Que dans tous les cas les actions immobiliaires ne tombent pas en communauté, s'il n'y a convention contraire. 521

CHAPITRE VI.

Que le mobilier que la loi fait tomber dans la communauté en peut être exclus par une convention contraire. 522

SECONDE CLASSE.

Des biens de la communauté. 523

CHAPITRE VII.

Des immeubles ameublis par contrat de mariage. 523
SECT. I. *De l'effet de l'ameubliſſement, & que l'ameubliſſement doit être exprès.* 523
II. *Si le mineur peut ameublir, s'il eſt quant à ce reſtituable, & que la reſtitution n'affoiblit pas ſon droit ſur la communauté.* 524

TROISIEME CLASSE.

Des biens de la communauté. 525

CHAPITRE VIII.

Des meubles que les conjoints recueillent par ſucceſſion pendant le mariage. 525
SECT. I. *Quand ces biens tombent en communauté.* 525
II. *Quand la convention empêche que ces effets qui échoient aux conjoints pendant le mariage, tombent en communauté.* 526

QUATRIEME CLASSE.

Des biens qui tombent en communauté. 527

CHAPITRE IX.

Des biens donnés ou légués aux conjoints pendant le mariage; quand ces biens tombent en communauté, & quand ils n'y tombent pas. 527
SECT. I. *Que tout ce qui eſt donné ou légué aux conjoints par autres que par aſcendans, tombe de droit en communauté.* 527
II. *Des choſes données ou léguées aux conjoints & qui ſont légalement propres.* 528
III. *Des donations faites aux conjoints, ou à l'un d'eux de penſions viagéres, & quand elles leur ſont propres.* 529
IV. *Des donations d'immeubles faites aux conjoints ou au mari ſeul par l'un des aſcendans de la femme, dans le cas que le contrat de mariage ne contient pas la clauſe de propres.* 530
V. *Qu'il eſt loiſible au donateur d'empêcher que ſa libéralité ne tombe en communauté.* 531
VI. *Des biens donnés ou légués aux conjoints dans le cas que leur contrat de mariage contient la clauſe, que ce qui leur ſera donné leur ſera propre.* 531
DIST. I. *De cette clauſe conſidérée en général, & de ſon effet.* 531
II. *Des rentes viagéres données ou léguées aux conjoints dans le cas de cette clauſe.* 532
III. *A qui la donation ou legs eſt propre, dans le cas de la clauſe de propre porté par le*

contrat de mariage, & que la donation eſt faite aux deux conjoints par un parent de l'un d'eux, ou faite à celui qui eſt étranger au donateur. 532
SECT. VII. *Si les biens donnés aux conjoints, ou à l'un d'eux par le contrat de leur mariage, tombent en communauté.* 534

CINQUIEME CLASSE.

Des biens de la communauté. 535

CHAPITRE X.

Des conquêts. 535
SECT. I. *Des biens qui ſont vraiement conquêts* 535
II. *Des biens acquis pendant la communauté, qui ne ſont pas conquêt.* 536
DIST. I. *De l'échange & du bail à rente.* 537
II. *De l'immeuble adjugé par licitation, & de celui que les conjoints acquiérent en vertu d'un droit appartenant à l'un d'eux antérieurement au mariage.* 537
III. *De l'immeuble retiré par retrait lignager, & du propre vendu & retiré par faculté de reméré pendant le mariage.* 538
IV. *Des Offices acquis pendant la communauté.* 539
SECT. III. *Si les biens acquis par la femme ſeule ſont conquêts.* 539

SIXIEME CLASSE.

Des biens qui tombent en communauté. 540

CHAPITRE XI.

Des fruits des immeubles appartenans aux conjoints. 540
SECT. I. *Quels ſont les fruits qui tombent en communauté.* 540
DIST. I. *De ceux échus pendant le mariage.* 540
II. *Des fruits civils échus & des naturels pendans, lors de la célébration du mariage.* 540
III. *De ces mêmes fruits conſidérés lors de la diſſolution de la communauté.* 541
SECT. II. *Quels ſont les fruits qui ne tombent pas en communauté.* 542
III. *Des coupes de bois de haute-futaie; ſi elles tombent en communauté.* 542
IV. *Des coupes de bois taillis, devenus bois de haute-futaie pendant la communauté.* 543
V. *Des fouilles de carriéres, & ſi leur produit tombe en communauté.* 544
DIST. I. *Des carriéres ouvertes lors de la célébration du mariage.* 544
II. *Des carriéres ouvertes ſur le propre d'un des conjoints depuis la célébration du mariage.* 544
SECT. VI. *Des arrérages des rentes viagéres appartenantes à l'un des conjoints, & s'ils tombent en communauté.* 545
DIST. I. *Des arrérages de ces rentes conſtituées avant le marigge.* 545
II. *Des arrérages de ces rentes conſtituées depuis le mariage, & qui échoient pendant icelui.* 545
III. *Du rachat d'un douaire préfix fait à une veuve qui a convolé, & s'il tombe en communauté.* 546

III. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

De ſes charges. 547

CHAPITRE PREMIER.

Des dettes immobiliaires antérieures au mariage. 547
SECT. I. *Qu'il n'y a que les arrérages de ces dettes qui tombent en communauté.* 547
II. *De l'effet du titre nouvel de ces dettes & des arrérages antérieurs au mariage.* 547

CHAPITRE II.

Des dettes mobiliaires des conjoints antérieures au mariage. 548
SECT. I. *Que ces dettes tombent ſur la communauté dans la théſe générale.* 548
II. *Des billets & engagemens de la femme datés antérieurement au mariage.* 549
III. *Des certaines dettes ſingulieres, & de l'effet de la communauté de dettes, relativement à celles qui ſont dûes par l'un des conjoints à l'autre.* 549
IV. *Que l'excluſion de communauté emporte ſéparation de dettes de plein droit.* 550

CHAPITRE III.

De la clauſe de ſéparation de dettes relativement aux conjoints. 551
SECT. I. *De ſon effet contre les conjoints, & qu'elle eſt ſuffiſante à leur égard, mais non à l'égard des créanciers pendant le mariage, s'il n'y a état.* 551
II. *De l'effet de cette clauſe relativement aux arrérages de rentes & au don mutuel.* 552

CHAPITRE IV.

De la clauſe de ſéparation de dettes relativement aux créanciers. 553
SECT. I. *Que cette clauſe opére contr'eux après la diſſolution, quoiqu'il n'y ait pas d'état de biens, mais qu'elle n'opére pendant le mariage qu'en cas d'état, & des cas eſquels l'état n'eſt pas néceſſaire.* 553
II. *Quand l'état eſt néceſſaire pour faire produire à la clauſe l'effet contre les créanciers, & du compte que le mari doit pour ce aux créanciers.* 554

CHAPITRE V.

De l'affranchiſſement de dettes antérieures au

mariage en faveur de la communauté & de l'autre conjoint, par la déclaration faite par les pere & mere de l'un des conjoints, qu'il eſt franc & quitte de dettes. 555
SECT. I. *De l'effet de cette clauſe, lorſque ce ſont les pere & mere du futur époux qui s'y ſont ſoumis.* 555
II. *De l'effet de cette clauſe de la part des pere & mere de la future épouſe.* 557

CHAPITRE VI.

Des dettes paſſives des ſucceſſions échues aux conjoints pendant le mariage, & des charges des donations à eux faites. 557
SECT. I. *De ces dettes conſidérées dans le cas que le contrat de mariage ne porte pas, que ce qui leur échoira ſera propre.* 557
DIST. I. *Qu'en ce cas les dettes mobiliaires ſont charges de la communauté pour le tout, par rapport aux ſucceſſions échues à la femme, & juſqu'à concurrence de l'émolument, par rapport à celles échues au mari, & que la clauſe de ſéparation de dettes, n'apporte ſur ce aucune différence.* 557
II. *Comment le mari affranchit ſa communauté des dettes des ſucceſſions échues à ſa femme, quoique le contrat de mariage ne porte pas que ce qui échoira ſera propre.* 559
III. *Que la communauté profite du mobilier & des fruits de ces mêmes ſucceſſions, quoique le mari n'ait pas autoriſé ſa femme pour l'acceptation.* 559
SECT. II. *Des dettes des ſucceſſions échues aux conjoints conſidérées dans le cas que le contrat de mariage contient la clauſe, que ce qui échoira aux conjoints par ſucceſſions, leur ſera propre.* 560
III. *Des charges attachées aux donations ou legs faits aux conjoints pendant le mariage.* 561
DIST. I. *Quand elles tombent ſur la communauté, & quand elles n'y tombent pas.* 561
II. *Que le refus du mari d'autoriſer ſa femme pour accepter une donation, affranchit ſa communauté.* 562

CHAPITRE VII.

Des dettes contractées pendant la communauté. 562
SECT. I. *Des engagemens du mari.* 562
II. *Des actions des créanciers, réſultantes des engagemens du mari.* 563
III. *Des engagemens de la femme ſeule, & s'ils chargent la communauté.* 564

CHAPITRE VIII.

Des dépenſes qui ſont à la charge de la communauté. 564

IV. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

De l'adminiſtration des biens qui la compoſent. 566

CHAPITRE PREMIER.

Du pouvoir abſolu du mari ſur ces biens. 566
SECT. I. *Des actes de commerce au ſujet des conquêts.* 566
II. *Des libéralités que le mari peut faire aux dépens de la communauté.* 567
III. *Si les diſpoſitions teſtamentaires du mari, peuvent nuire à la femme.* 568
IV. *Si la confiſcation, ſi la condamnation de dommages & intérêts, nuiſent à la communauté.* 569
DIST. I. *De l'effet d'une telle condamnation prononcée contre le mari.* 569
II. *De l'effet de ces condamnations contre la femme.* 570
SECT. V. *Comment la loi balance en faveur de la femme, le pouvoir qu'elle accorde au mari ſur la communauté.* 571

CHAPITRE II.

De la régie du mari des propres de ſa femme. 572
SECT. I. *Quels actes d'adminiſtration des propres de ſa femme ſont en ſa puiſſance, & quels baux il peut faire.* 572
II. *Que le mari eſt maître des actions mobiliaires & poſſeſſoires de ſa femme, & de ſa dote mobiliaire.* 572
III. *Que le mari ne peut pas diſpoſer des propres de ſa femme.* 573
IV. *Des propres de la femme dont le mari diſpoſe valablement, & du rembourſement qu'il peut recevoir des rentes de ſa femme.* 574
V. *Si l'eſtimation du propre de la femme rend le mari maître d'en diſpoſer.* 575
VI. *Que le mari n'eſt pas maître des actions immobiliaires de ſa femme, & ne peut remettre des droits immobiliers à elle appartenans, ni tranſiger ſeul ſur iceux.* 576
VII. *Que le mari peut recevoir la foi des vaſſaux de ſa femme, & nommer aux bénéfices & offices dépendans du fief de ſa femme.* 577

CHAPITRE III.

De l'incapacité de la femme de contracter ſans l'autoriſation de ſon mari. 578
SECT. I. *De cette incapacité conſidérée relativement aux intérêts du mari, & quand la femme l'engage lui-même ſans autoriſation.* 578
II. *Des limitations à cette incapacité, & quels ſont les maris qui ſont incapables d'autoriſer.* 579
III. *Que le mari, quoique mineur, autoriſe valablement ſa femme majeure.* 580
IV. *De l'autoriſation en juſtice au refus de celle du mari.* 581
V. *Que l'autoriſation de la femme telle qu'elle ſoit, n'empêche pas la reſtitution en entier en ſa faveur.* 581
VI. *De la forme de l'autoriſation du mari.* 582
DIST. I. *Qu'il faut qu'elle ſoit expreſſe, mais*

que dans les instances la seule présence du mari suffit. 582
II. *Que l'autorisation après coup est insuffisante, mais que l'antécédente est valable.* 583
III. *Comment la femme doit agir, lorsqu'elle agit en vertu d'une procuration de son mari.* 583
SECT. VIII. *De la nullité résultante du défaut d'autorisation.* 584

CHAPITRE IV.

Des cas esquels la femme en puissance de mari, s'engage valablement sans autorisation. 584
SECT. I. *Que le don mutuel est valable sans autorisation, & tout autre acte, lorsque le mariage est inconnu.* 584
II. *De la femme marchande publique.* 585
III. *Que la femme sans autorisation, s'oblige valablement pour retirer son mari de prison, & pour l'établissement de ses enfans, lorsque son mari est absent.* 585
IV. *De la femme séparée de biens.* 586
V. *Des limitations au pouvoir de la femme séparée de biens.* 587
VI. *Si l'exclusion de communauté rend la femme capable de contracter sans autorisation.* 588
VII. *Que l'autorisation générale n'est bonne que lorsqu'il y a séparation contractuelle, & de l'effet de cette autorisation.* 588
VIII. *Quand l'emploi de l'emprunt fait par la femme sans autorisation, rend son engagement valable,* 589
IX. *Que lorsque la femme a un bien paraphernal, elle s'engage valablement sans autorisation jusqu'à concurrence d'icelui.* 590
X. *Que la femme peut tester sans autorisation, & qu'elle s'oblige en délinquant.* 590

CHAPITRE V.

Des priviléges de la femme relatifs à la communauté. 591
SECT. I. *Du motif & de la base de ces priviléges.* 591
II. *De sa faculté accordée à la femme & à ses héritiers, de renoncer à la communauté.* 591
DIST. I. *De quelles dettes elle s'affranchit par la renonciation, & de l'inventaire qu'elle doit faire.* 591
II. *Que la clause par laquelle on stipuleroit que la femme ou ses héritiers ne pourroient renoncer à la communauté, seroit nulle.* 592
III. *Quand la veuve peut renoncer, & qu'elle ne le peut lorsqu'elle a fait acte de commune.* 593
IV. *Que la veuve d'un homme assassiné, ne fait pas acte de commune, en profitant des dommages & intérêts.* 593
SECT. III. *Du privilége de la femme & de ses héritiers, de n'être tenus des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de l'émolument.* 594
DIST. I. *De l'effet de ce privilége & que la femme n'y peut déroger.* 594
II. *De ce que la veuve & ses héritiers doivent faire pour jouir de ce privilége.* 594
III. *Que ce privilége n'est pas si étendu que celui de l'héritier bénéficiaire, & que la femme nonobstant icelui perd sa mise & son préciput, mais non son propre fictif.* 595
IV. *Que la veuve rendant compte aux créanciers, est obligée de se charger en recette de la moitié des indemnités & des dots par elle fournie à ses enfans.* 596
V. *Que relativement aux héritiers du mari, la veuve lorsqu'elle est commune, ne leur doit point indemnité, pour les dots fournies par elle & son mari à leurs enfans.* 597
VI. *Des déductions qu'on doit accorder à la veuve rendant compte aux créanciers de son amendement de la communauté.* 597

CHAPITRE VI.

Que par le recelé la femme est privée de ces deux priviléges. 599
SECTION UNIQUE. *Que les recelés emportent les peines, & si la minorité les excuse.* 599

CHAPITRE VII.

De l'inventaire qui doit être fait après la dissolution de la communauté. 600
SECT. I. *Du délai accordé à la veuve pour le faire faire, & pour prendre qualité, & si la nullité de l'inventaire rend la veuve commune.* 600
II. *Si le mari étant survivant est obligé de faire faire inventaire, & des recelés de sa part.* 601

V. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

De la dissolution de la communauté. 602

CHAPITRE PREMIER.

De la dissolution par mort naturelle, & de celle par la mort civile du mari. 602

CHAPITRE II.

De la mort civile de la femme, & si la mort civile du mari fait ouverture aux gains nuptiaux au profit de la femme. 603

CHAPITRE III.

De la dissolution par la séparation. 604
SECT. I. *De la séparation de biens.* 604
DIST. I. *Quand il y a lieu à cette séparation, & si la femme en la demandant peut accepter la communauté.* 604
II. *De la forme de cette séparation & de son peu de faveur.* 605
III. *Si après la séparation de biens, les conjoints peuvent se remettre en communauté.* 606
IV. *Que par la séparation, la femme n'a pas les gains nuptiaux, mais bien la faculté de reprendre, & que cette séparation ne donne aucune atteinte aux clauses du contrat.* 607

V. *Que par cette séparation, la femme n'est pas entiérement mise hors la puissance de son mari, & que le mari est toujours garant de ses propres aliénés.* 608
SECT. II. *De la séparation d'habitation.* 608
DIST. I. *Quand il y a lieu à cette séparation.* 608
II. *Que dans le cas de la séparation d'habitation, la femme a droit d'accepter la communauté.* 609
III. *Que la séparation d'habitation, comme la simple séparation de biens, ne fait pas ouverture aux gains de survie; mais bien à la faculté de reprendre, & que dans ce cas le mari n'est garant de remplois que lorsqu'il a signé les quittances.* 609

CHAPITRE IV.

De la dissolution de communauté par la nullité de mariage. 610

VI. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

De son partage. 611

CHAPITRE PREMIER.

De ce partage considéré dans le point de vue général. 611

CHAPITRE II.

Des prélévemens à faire sur la communauté, lorsqu'elle est acceptée par la femme ou ses héritiers. 612

SECT. I. *De la reprise respective des deniers stipulés propres.* 612
DIST. I. *Comment cette reprise se fait lorsqu'il n'y a pas de deniers pour la remplir.* 612
II. *Comment cette reprise se fait lorsqu'il y a dans la communauté des deniers suffisans pour la remplir, & que la communauté est acceptée.* 613
III. *Quand la reprise du propre fictif cesse.* 615
SECT. II. *De l'effet de la clause par laquelle il est accordé au mari une certaine somme pour les frais de noces.* 616
III. *Des remplois des propres aliénés lorsque la communauté est acceptée par la femme ou ses héritiers.* 616
DIST. I. *Quel acte fait naître l'action de remploi.* 616
II. *Si la coupe d'un bois de haute-futaye, si l'ouverture d'une carriere donnent lieu à l'action de remploi, & que la simple négligence du mari la fait naître.* 617
III. *Des viages qui donnent lieu au remploi.* 618
IV. *De l'action de remploi appartenant à la femme pour l'office qu'elle a apporté en dot; comment le remploi s'exerce & de l'hypothéque d'icelui.* 618
SECT. IV. *Quand l'action de remploi cesse.* 620
DIST. I. *Que la stipulation qu'il n'y auroit pas de remploi seroit nulle, & que la séparation ne la fait pas cesser, mais qu'elle cesse dans le cas de l'échange.* 620
II. *Que cette action cesse par le remploi.* 621
III. *Qu'elle n'a lieu pour conversion de rente ni pour soulte.* 622
SECT. V. *De la nature de l'action de remploi & des intérêts qu'elle produit.* 622
VI. *Quand l'hypothéque de l'action de remploi, prime ou ne prime pas le douaire.* 623

CHAPITRE III.

Des indemnités lorsque la communauté est acceptée. 624
SECT. I. *Des actes qui y donnent lieu.* 624
II. *Par qui les indemnités sont dûes & comment elles s'exercent lorsque la communauté est acceptée.* 625
III. *Comment se paye l'indemnité dûe pour l'acquittement d'une rente dont l'un des conjoints étoit chargé lors du mariage, ou dont il est devenu débiteur en qualité d'héritier de celui qui l'étoit.* 627

CHAPITRE IV.

Des récompenses dûes à la communauté acceptée. 628
SECT. I. *Des bâtimens faits pendant la communauté sur l'un des propres des conjoints.* 628
II. *De la récompense pour payement de soulte ou adjudication par licitation.* 629
III. *Comment les récompenses s'acquittent lorsque la communauté est acceptée, & des opérations à faire pour cela.* 629
IV. *Que les réparations d'entretien, les impenses voluptuaires, & les accroissemens de terrein ne donne lieu à la récompense, qu'ils sont conquêts, mais que l'exercice du retrait & que le payement d'une taxe y donnent lieu.* 630

CHAPITRE V.

Comment la veuve est remplie des avantages portés par son contrat de mariage, lorsqu'elle accepte la communauté. 631
SECT. I. *Du préciput conventionnel en deniers, & de celui en meubles.* 631
II. *Du préciput à l'égard du mari survivant.* 632
III. *Du deuil, & comment la veuve acceptant la communauté en est payée.* 633
IV. *Comment la veuve acceptant la communauté se remplit de la donation à elle faite par son mari, & du douaire une fois payé.* 634

CHAPITRE VI.

De la division du bénéfice de la communauté. 635
SECT. I. *Du compte de communauté, & du partage des conquêts.* 635
II. *Du droit du mari de retenir l'office conquêt de communauté, & de l'office propre au mari, supprimé & rétabli pendant la communauté, considéré relativement au partage.* 636

III. *Des offices de la Maiſon du Roi, acquis pendant la communauté, & conſidérés relativement au partage d'icelle.* 637
IV. *De la charge & contribution aux dettes de la communauté.* 638
V. *Comment la communauté ſe partage lorſque la femme eſt réduite à une certaine portion ou à une certaine ſomme.* 638
VI. *Des effets du partage de communauté.* 639
DIST. I. *De la propriété & de la garantie qu'il produit.* 639
II. *De la ceſſion faite par le ſurvivant ou l'héritier du prédécédé à un étranger, de ſon droit dans un partage à faire de communauté.* 639

CHAPITRE VII.

Des propres réels conſidérés dans le cas de l'acceptation de la communauté, & relativement au partage. 640

CHAPITRE VIII.

Des fruits & revenus des propres conſidérés relativement au partage de communauté. 641
SECT. I. *Des fruits naturels & des fruits civils.* 641
II. *Du partage des fruits civils & de la rente dûe par l'un des conjoints à l'autre, par rapport aux arrérages.* 642

VII. PARTIE DE LA COMMUNAUTÉ.

Des droits des conjoints lorſqu'il y a renonciation à la communauté. 643

CHAPITRE PREMIER.

De la liquidation reſpective des droits qu'ils ont en ce cas. 643
SECT. I. *Qu'en ce cas la maſſe de la communauté reſte au mari.* 643
II. *De l'effet de la clauſe qui accorde au mari une certaine ſomme pour frais de nôces dans le cas de la renonciation à la communauté.* 644
III. *Des indemnités & des récompenſes dûes par la femme renonçante à la communauté.* 644
DIST. I. *De l'indemnité pour raiſon de l'acquittement de ſes dettes.* 644
II. *Des récompenſes que la femme renonçante doit en entier à la communauté, pour groſſes réparations & augmentations faites à ſon propre.* 645
III. *De la récompenſe dûe par la femme renonçante, pour dot fournie aux enfans & pour adjudication qui lui accroiſſent.* 646
IV. *Quel eſt l'héritier de la femme renonçante qui doit payer les récompenſes & indemnités.* 647

CHAPITRE II.

Des repriſes de la femme lorſqu'elle ou ſes héritiers ont renoncé à la communauté. 649
SECT. I. *De la repriſe de la miſe en communauté.* 649
DIST. I. *Quand la veuve a droit de la reprendre, que cette faculté eſt de rigueur & ne ſe ſupplée pas.* 649
II. *Que la faculté de reprendre ne s'étend pas d'un cas à un autre, & qu'il faut étroitement ſuivre la clauſe, que néanmoins elle s'ouvre par la ſéparation & par la mort civile.* 650
III. *Que cette faculté ne s'étend pas d'une perſonne à une autre.* 652
IV. *Comment on interprète les termes équivoques dans leſquels la clauſe de repriſe eſt ſouvent conçue.* 652
V. *Des cas eſquels la faculté de reprendre eſt tranſmiſe par ceux qui auroient droit de l'exercer à leurs héritiers.* 653
VI. *Que lorſque les héritiers de la femme ſont ſaiſis perſonnellement du droit de reprendre en renonçant à la communauté, chacun d'eux peut prendre le parti qu'il juge à propos.* 655
VII. *Que la faculté de reprendre & l'action qui en réſulte ſont mobiliaires, la repriſe de l'immeuble ameubli exceptée.* 656
VIII. *Que le don mutuel fait entre les conjoints ne fait pas obſtacle à l'exercice de la faculté de repriſe, & que malgré la rigueur, l'exiſtence d'enfant d'un premier lit la fait ſupléer.* 656
SECT. II. *De la repriſe du propre fictif de la femme dans le cas de la renonciation de ſa part à la communauté, & de celle de ſes héritiers.* 658
III. *De la repriſe des propres réels de la part de la femme renonçante à la communauté, ou de ſes héritiers.* 659
IV. *De ſon action pour les réparations à faire ſur ſes propres, & de celle de remploi du propre aliéné.* 659
V. *Comment la veuve eſt payée des avantages à elle faits en cas de renonciation à la communauté.* 660
DIST. I. *Comment en ce cas elle eſt payée de ſon douaire & de ſon préciput.* 660
II. *Comment la veuve renonçante ſe remplit de la donation à elle faite, de ſon deuil, & de la Sentence qu'elle doit obtenir.* 661
SECT. VI. *De la garantie dûe à la femme renonçante pour les dettes auxquelles ſon mari l'a engagée.* 662
VII. *Que la ſéparation de biens fait ouverture à cette garantie, & que l'hypothéque d'icelle, remonte au contrat de mariage.* 664
VIII. *Que la veuve qui a renoncé à la communauté, & qui paye des dettes de la ſucceſſion de ſon mari, n'a pas cette rétrogradation d'hypothéque.* 666
IX. *De l'ordre des repriſes & conventions matrimoniales de la veuve.* 666
DIST. I. *De la dot, & qu'elle marche avant le douaire & toute autre repriſe.* 666

II. *Du remploi des propres de la femme, aliénés volontairement, & du douaire, considéré relativement à l'hypothéque du remploi.* 668
III. *Jusqu'à quelle concurrence les créanciers qui ont la femme pour obligée, priment le douaire.* 669
IV *Que cet ordre des reprises a lieu dans le cas que la communauté est acceptée.* 670
SECT. X. *De la faveur des reprises & conventions matrimoniales, & du droit de la femme sur les biens substitués au profit des enfans.* 670

TITRE XI.

De l'ordre des créanciers qui ont la femme pour obligée, tant sur les biens de la femme que sur ceux du mari. 672

TITRE XII.

De la continuation de communauté. 673

CHAPITRE PREMIER.

Quand & au profit de qui elle a lieu. 673
SECT. I. *De son motif & de ce qui la produit, & au profit de qui elle a lieu.* 673
II. *Si la survenance de la majorité, si la renonciation des mineurs font obstacle à la continuation.* 675
III. *Si la mort ou le mariage de quelqu'un des enfans y fait obstacle.* 676
IV. *Si la renonciation de la veuve à la communauté, si la donation faite au profit du survivant, si l'acceptation par lui faite de la garde, empêchent la continuation.* 676
V. *Si l'enfant qui a renoncé par contrat de mariage, & si celui qui s'est soumis à ne demander aucun compte peuvent prétendre continuation.* 677
VI. *Qu'il n'y a jamais lieu à la continuation lorsqu'il n'y a pas eu de communauté, & que la continuation n'a lieu en faveur des collatéraux.* 678

CHAPITRE II.

De l'effet de la continuation, & de la confusion qu'elle opére dans la personne du survivant, & de sa part lorsqu'il est réduit à une portion dans la masse de la communauté. 679

CHAPITRE III.

De ce que le survivant doit faire pour empêcher la continuation. 681
SECT. I. *Quel est l'acte qui peut opérer dissolution, & des formalités de cet acte.* 681
II. *Du tems dans lequel l'inventaire doit être fait, & quand il a effet rétroactif.* 682

CHAPITRE IV.

Des biens qui tombent dans la continuation de communauté. 683
SECT. I. *Du mobilier qui y tombe, mais que les propres fictifs n'y tombent pas.* 683
II. *Que les propres réels n'y tombent pas, ni les conquêts de communauté.* 684
III. *Des fruits & revenus qui tombent dans la continuation, & de ceux qui n'y tombent pas.* 685
IV. *Des acquisitions faites par le survivant, qui tombent dans la continuation.* 686
V. *Des acquisitions faites par les enfans, & qu'elles ne tombent pas dans la continuation.* 687

CHAPITRE V.

Des dettes & charges de la continuation de communauté. 688
SECT. I. *Des dettes qui y tombent.* 688
II. *Quels arrérages de rentes tombent sur la continuation, & des nourritures & entretiens des enfans.* 689
III. *De la raison que les enfans doivent se faire au sujet de ces nourritures & entretiens.* 689

CHAPITRE VI.

De l'administration des biens de la communauté continuée, & du pouvoir du survivant sur les biens qui la composent. 691

CHAPITRE VII.

Comment la communauté continuée entre le survivant & ses enfans se dissout. 692
SECT. I. *De la dissolution par l'inventaire.* 692
II. *S'il y a dissolution par la mort des enfans, ou celle du conjoint survivant, & si le contrat du second mariage peut opérer dissolution.* 692

CHAPITRE VIII.

Pour quelle part la communauté continue lorsque le survivant des conjoints se remarie. 694
SECT. I. *De la diminution de la part des enfans par le convol du survivant.* 694
II. *Des biens qui tombent dans la communauté qui continue avec un beau-pere ou une belle-mere, & des dettes qui sont à la charge de cette continuation.* 695
III. *De l'effet des clauses du contrat du second mariage contre les enfans.* 696
DIST. I. *De l'effet de la donation faite par le nouveau conjoint au profit de l'autre, étant en continuation avec ses enfans; de celui de la séparation de dettes, & de celui de l'exclusion de communauté.* 696
II. *De l'effet de la stipulation de propre par rapport aux enfans.* 697
SUBD. I. *De celle stipulée en faveur du nouveau conjoint.* 697
II. *De celle faite en faveur du conjoint qui convole & qui est en continuation.* 697
DIST. III. *De l'effet de la stipulation de reprendre contre les enfans, & de ce qu'elle produit en leur faveur.* 698

IV. *Si les enfans étant en continuation peuvent se plaindre de ce que leur mere en convolant a omis de stipuler la reprise en sa faveur, & du préciput & de l'ameublissement considérés à leur égard.* 698

SECT. IV. *Que le nouveau conjoint est maître de dissoudre la continuation quand il le juge à propos.* 700

CHAPITRE IX.

Du droit accordé aux enfans de renoncer à la continuation de communauté ou de l'accepter, & sur quoi se fixe la portion des renonçans. 701

CHAPITRE X.

Que chacun des enfans peut prendre tel parti qu'il juge à propos au sujet de l'acceptation ou de la renonciation, & sur qui se prend la part de celui qui renonce à la continuation. 702

CHAPITRE XI.

Du droit d'accroissement en faveur des enfans. 703

SECT. I. *Quand ce droit a lieu, & quand il n'a pas lieu.* 703

II. *Que le droit de l'enfant décédé dans la continuation, est transmissible, lorsque cet enfant ne laisse ni freres ni sœurs.* 705

III. *De ce qui résulte de ce droit d'accroissement, & de la privation de la succession mobiliaire des enfans.* 706

CHAPITRE XII.

De l'accroissement en faveur d'un beau-pere ou d'une belle-mere. 706

SECT. I. *Quand cet accroissement a lieu.* 706

II. *Quand l'accroissement n'a pas lieu en faveur du beau-pere ou de la belle-mere.* 707

CHAPITRE XIII.

Du partage de la continuation de communauté. 708

SECT. I. *Du partage de cette communauté avec le survivant des pere & mere.* 708

DIST. I. *A quel jour on fixe la dissolution de la continuation & des opérations préalables au partage.* 708

II. *Comment se divise ce qui reste de la masse de la continuation, & de la raison que les copartageans doivent se faire à cause des indemnités.* 709

III. *Si les biens que les enfans recueillent de la continuation leur sont propres, s'ils sont sujets au droit d'aîneſſe, & si dans la personne du survivant ils sont sujets à l'Édit des secondes noces.* 710

IV. *Des dettes dont les enfans sont tenus.* 710

V. *Des rapports que les enfans se doivent les uns aux autres par la subdivision de la continuation.* 711

SECT. II. *Du partage de la communauté qui a continué avec un beau-pere ou une belle-mere.* 712

DIST. I. *Des opérations préliminaires à ce partage.* 712

II. *De la division des biens de la communauté continuée avec un beau-pere ou une belle-mere.* 714

III. *Des dettes dont les enfans sont tenus par la part qu'ils ont pris dans la communauté qui a continué avec un beau-pere ou une belle-mere.* 714

TITRE XIII.

Du douaire. 715

CHAPITRE PREMIER.

Du motif du douaire, de son ouverture, & si le défaut de payement de dot en prive la veuve. 715

CHAPITRE II.

Comment & quand le douaire est acquis à la femme. 717

CHAPITRE III.

Si dans le cas de la nullité du mariage il y a douaire en faveur de la femme. 718

CHAPITRE IV.

Si la femme de l'étranger a douaire sur les biens étant en France. 719

CHAPITRE V.

Des conventions licites sur le douaire. 720

SECT. I. *Qu'on peut par convention diminuer le douaire légal, même stipuler que la femme n'en aura aucun.* 720

II. *Que la diminution, même le retranchement de tout douaire consenti par la femme influe sur les enfans ; mais qu'on peut stipuler, qu'en cas d'enfant, le douaire sera différent.* 721

III. *Du droit accordé à la femme, de choisir le douaire coutumier, ou un certain douaire conventionnel ; qu'ayant fait ce choix, elle ne peut plus varier, & qu'il influe sur les enfans.* 721

IV. *De la stipulation d'un douaire sans retour, & de son effet à l'égard des enfans & des créanciers.* 722

CHAPITRE VI.

Du douaire coutumier. 724

SECT. I. *Du douaire coutumier d'une premiere femme.* 724

DIST. I. *Des biens qui y sont sujets & de la portion d'iceux qu'il embrasse.* 724

II. *Des dettes qui diminuent ce douaire.* 725

III. *Si*

III. *Si les rentes conſtituées appartenantes au mari, lors de ſon mariage, ſont ſujettes à ce douaire, & de l'indemnité à laquelle leur rembourſement donne lieu.* 726
IV. *Si les offices ſont ſujets au douaire coutumier* 727
V. *Si l'immeuble que le mari a ameubli par ſon contrat de mariage, ſi celui qui lui eſt échu par ſucceſſion directe aſcendante, y ſont ſujets.* 728
VI. *Que le mari ne peut par une renonciation frauduleuſe affoiblir le douaire, & s'il peut augmenter par le fait du mari, & depuis la diſſolution du mariage.* 729
VII. *De quel jour la veuve gagne les fruits des immeubles ſujets au douaire coutumier; des actions qu'elle a pour raiſon d'icelui, & de la qualité qu'elle peut prendre.* 730
VIII. *Des charges auxquelles la veuve qui jouit du douaire coutumier eſt aſſujettie.* 731
SUBD. I. *Des arrérages de rente dont elle eſt tenue.* 731
II. *Des réparations dont la veuve eſt tenue à cauſe du douaire coutumier, & de l'action qui milite pour ce contre elle.* 732
DIST. IX. *De l'action de la veuve contre les enfans douairiers, ou héritiers du mari au ſujet des groſſes réparations.* 733
X. *De la contribution qui eſt à faire entre la veuve & les héritiers au ſujet des groſſes réparations qui ſurviennent à faire.* 734
SECT. II. *Quand la veuve eſt privée de ſon douaire.* 735
DIST. I. *Qu'elle en eſt privée par l'adultere.* 735
II. *Que la mort civile de la veuve ne l'en prive pas indiſtinctement, mais bien l'indignité.* 736
SECT. III. *Du douaire coutumier conſidéré dans la perſonne des enfans.* 737
DIST. I. *Quel eſt le droit des enfans & des héritiers pendant la jouiſſance de la veuve.* 737
II. *Du retour effectif du fonds du douaire en faveur des enfans.* 737
SUBD. I. *Quand & comment les enfans douairiers jouiſſent pleinement du fonds du douaire, & du jour qu'ils gagnent les fruits.* 737
II. *De quelle qualité eſt le fonds du douaire dans la perſonne des enfans, & ſi le pere peut les en priver.* 738
SECT. IV. *Du retour du douaire coutumier au profit des collatéraux du mari; ſi la veuve peut en hypothéquer le fonds, & du rembourſement des labours & ſemences.* 739
V. *Quelle coutume régit le douaire coutumier.* 741
VI. *Du douaire coutumier d'une ſeconde femme, & des enfans d'un ſecond mariage.* 742
DIST. I. *De l'étendue de ce douaire, lorſqu'il n'y a pas d'enfans du premier mariage, & de ſon étendue lorſqu'il y en a.* 742
II. *Des conquêts de premiere communauté conſidérés relativement à la douairiere ou ſeconde femme, ayant douaire coutumier.* 743
III. *Que la réduction du ſecond douaire, telle qu'elle eſt expliquée a lieu, encore que par le contrat du premier mariage, il eût été ſtipulé qu'il n'y auroit aucun douaire, ou qu'il ſeroit préfix, & nonobſtant le prédécès des enfans du premier mariage.* 744
IV. *Quand & comment la ſeconde femme jouit du douaire coutumier, & quand les enfans en jouiſſent.* 745

CHAPITRE VIII.

Du douaire préfix & conventionnel, tant de la premiere que de la ſeconde femme. 746
SECT. I. *De ce douaire conſidéré dans la perſonne de la veuve.* 746
DIST. I. *Que la convention le regle & qu'il exclut le coutumier.* 746
II. *Qu'il ſe prend en entier ſur les biens du mari & qu'il eſt de droit ſujet à retour ſi le contraire n'eſt ſtipulé.* 747
III. *Comment le douaire préfix ſe prend, lorſqu'il y a don mutuel & lorſqu'il n'y a que des conquêts de communauté.* 748
IV. *De quel jour la veuve eſt ſaiſie du douaire préfix & de ce dont elle eſt tenue.* 749
SECT. II. *Du douaire préfix conſidéré dans la perſonne des enfans.* 749
DIST. I. *Que ce douaire eſt celui de la veuve; que cependant la ſtipulation, ſans retour, ceſſe en leur faveur.* 749
II. *De l'action des enfans douairiers contre celui qui s'eſt rendu caution du douaire préfix, & quand ils commencent à jouir de ce douaire.* 750
III. *De l'action en répétition, des enfans contre la ſucceſſion de leur mere, lorſque le douaire eſt d'une ſomme fixe, & que leur mere l'a reçue, & de quelle qualité eſt le douaire préfix dans leur perſonne.* 751
SECT. III. *Comment les enfans héritiers de leur pere, contribuent au payement du douaire préfix.* 752
IV. *Comment les collatéraux ſaiſis d'abord comme héritiers ou devenans héritiers par la renonciation des enfans, contribuent au payement du douaire, & ſi la veuve héritiere d'un enfant en confond partie.* 753
V. *A qui le douaire préfix retourne après la mort de la veuve, dans le cas qu'il n'y a pas d'enfans douairiers.* 753

CHAPITRE IX.

Du partage de l'un & l'autre douaire entre les enfans. 754
SECT. I. *Que les enfans n'y prennent part qu'en renonçant; le prenant ainſi, qu'ils ne payent aucune dette; & de l'incompatibilité des qualités d'héritier & de douairier.* 754
II. *De la part des enfans douairiers dans le fonds du douaire, lorſqu'il y a d'autres enfans ayant différentes qualités.* 755
III. *Que l'incompatibilité des qualités d'héritier & de douairier, ceſſe par les loix de bénéfice d'inventaire indiſtinctement à l'égard*

des créanciers, mais non indistinctement par rapport aux autres enfans. 755
IV. *Des enfans qui font nombre dans le partage & la division du fonds du douaire, & de ceux dont les portions accroissent au profit des douairiers.* 756
V. *De la division du douaire entre les enfans d'un même mariage.* 758
DIST. I. *De l'opération de cette division, lorsque les enfans ont des qualités différentes.* 758
II. *Que le douaire se partage également & sans droit d'aînesse, & qu'il se partage par souches.* 758
SECT. VI. *Du partage du douaire lorsqu'il y a des enfans douairiers de deux lits.* 759
DIST. I. *Du partage du double douaire coutumier.* 759
II. *Du partage du double douaire préfix.* 760
SECT. VII. *Si le douaire du premier mariage, soit coutumier, soit préfix, est sujet à la légitime des enfans du second lit.* 760
VIII. *De la préférence du premier douaire sur le second, & sur la dot de la seconde femme.* 761

CHAPITRE X.

Quand le douaire de la seconde femme est sujet à retranchement. 762
SECT. I. *Que le douaire coutumier n'y est jamais sujet, mais bien le douaire préfix.* 762
II. *Que cette réduction du douaire préfix d'une seconde femme n'est pas de droit, & n'est établie que pour empêcher un avantage prohibé; si la seconde femme peut demander la conversion de son douaire & se venger pour icelui sur les conquêts de premiere communauté.* 763

CHAPITRE XI.

Si dans le cas d'insuffisance de biens pour un seul & premier douaire, la veuve est préférable aux enfans. 765

CHAPITRE XII.

Des rapports auxquels la qualité de douairier assujettit. 767
SECT. I. *Que ces rapports dans la thèse générale, ne se font qu'en faveur des héritiers & des créanciers.* 767
II. *Quand le rapport au douaire a lieu en faveur des codouairiers.* 768
III. *Des choses sujettes au rapport relativement au douaire.* 769
IV. *Que le douairier est obligé de rapporter ce que son pere a donné à ses enfans: ce qui a lieu pour le petit-fils douairier, par rapport à ce qui a été donné à son pere.* 769

CHAPITRE XIII.

De la faveur du douaire. 771
SECT. I. *Quand le fonds d'icelui est inaliénable de la part du mari.* 771
DIST. I. *Que cela n'a lieu que pour le douaire coutumier.* 771
II. *Que l'action révocatoire n'a lieu en faveur de la veuve, ni des enfans douairiers, sur les ventes d'offices.* 772
III. *Que cette même action en faveur des douairiers, de faire révoquer les ventes des immeubles réels sujets au douaire coutumier, n'a lieu lorsque le douaire est préfix.* 773
IV. *Que dans le cas du douaire préfix, la veuve ni les enfans douairiers, n'ont pas l'action en déclaration d'hypothéque contre l'acquéreur d'un office hypothéqué au douaire.* 774
SECT. II. *Que les actions qui résultent de l'un & l'autre douaire sont imprescriptibles, tant qu'ils ne sont pas ouverts.* 774
DIST. I. *De cette imprescriptibilité par rapport aux biens du mari, & de ceux de la caution du douaire.* 774
II. *Dans quel cas l'acquéreur d'un conquêt de communauté, quoique hypothéqué à un douaire préfix, ne peut être troublé.* 775
III *Si la prescription est en suspens à l'égard des enfans jusqu'au décès de leur mere, lorsqu'elle est covendereſſe.* 776
SECT. III. *Que le décret ne purge pas le douaire coutumier non ouvert.* 777
DIST. I. *De l'effet du décret à son égard.* 777
II. *Du recours de l'adjudicataire, & quand il ne peut plus être inquiété.* 778
III. *Que le décret purge le douaire coutumier lorsqu'il est ouvert.* 779
SECT. IV. *Du décret relativement au douaire préfix.* 780
DIST. I. *Qu'il n'en purge pas l'hypothéque, & du recours de l'adjudicataire.* 780
SUBD. II. *Que le décret purge l'hypothéque du douaire préfix lorsqu'il est ouvert.* 781
SECT. V. *Que le douaire se prend sur les biens substitués.* 781

CHAPITRE XIV.

Des précautions pour se mettre à l'abri de l'éviction à cause d'un douaire. 782
SECT. I. *Du consentement de la femme à la vente, & de son effet.* 782
II. *Du consentement des enfans à la vente.* 783
III. *Quand l'acquéreur peut retenir son prix ou portion d'icelui pour le fonds du douaire.* 783
DIST. I. *Qu'il peut retenir moitié de son prix lorsqu'il s'agit d'un douaire coutumier, mais qu'il ne le peut dans la thèse générale, lorsqu'il s'agit d'un douaire préfix.* 783
II. *Que l'acquéreur peut retenir le fonds du douaire préfix lorsqu'il a acquis en justice l'immeuble hypothéqué à icelui; mais qu'en aucun cas, l'acquéreur d'un office ne peut faire cette retenue.* 784

TITRE XIV.

Du droit d'habitation en faveur de la veuve. 785

CHAPITRE PREMIER.

De la nature de ce droit, de ſon étendue, & de la maniere dont la veuve en doit jouir. 785

CHAPITRE II.

Si la veuve a l'option lorſqu'il y a pluſieurs châteaux, & ſi elle peut choiſir pour ce une maiſon ſiſe à Paris. 786

CHAPITRE III.

De l'indemnité dûe à la veuve lorſqu'il n'y a ni château ni maiſon. 787

CHAPITRE IV.

Des charges du droit d'habitation, & quand ce droit ceſſe. 787

TITRE XV.

Du préciput légal des nobles. 788

CHAPITRE PREMIER.

Quand & en faveur de qui il a lieu. 788

CHAPITRE II.

De ce qu'il embraſſe. 789

CHAPITRE III.

De ſes charges & de la confuſion qu'il produit. 790

CHAPITRE IV.

Quand ce préciput n'a pas lieu. 791

TITRE XVI.

Du droit de la veuve avant la détermination de ſa qualité ſur l'acceptation ou la renonciation à la communauté, de retenir la vaiſſelle d'argent, en y ſubſtituant deniers comptans à la place. 792

TITRE XVII.

Des ſucceſſions. 793

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

Du motif de la loi dans l'ordre de ces différentes ſucceſſions. 793

I. PARTIE DES SUCCESSIONS.

De leur ouverture & des incapacités de ſuccéder. 795

CHAPITRE PREMIER.

De l'ouverture des ſucceſſions. 795

SECT. I. *De l'ouverture de ſucceſſion par mort naturelle.* 795

II. *De l'ouverture des ſucceſſions par mort civile.* 796

PARAG. I. *De cette ouverture lorſque la condamnation eſt contradictoire.* 796

II. *De quel jour la condamnation par contumace fait ouverture à ſucceſſion.* 796

III. *De cette ouverture par la profeſſion en religion, & ſi le banniſſement y donne lieu.* 797

SECT. III. *De l'ouverture de ſucceſſion par l'abſence.* 798

PARAG. I. *Que lorſqu'il s'agit des intérêts de l'abſent & de ceux qui ont contracté avec lui, il eſt préſumé vivre juſqu'à ce qu'il ait atteint cent ans.* 798

II. *Que cette préſomption de la vie de l'abſent juſqu'à ce qu'il ait atteint cent ans, ceſſe dans le cas d'une bataille ou d'un naufrage.* 799

III *Que lorſqu'il ne s'agit que de déterminer quels ſont les héritiers de l'abſent, s'il eſt réputé mort du jour de ſon abſence, ou du jour du partage proviſionnel.* 799

IV. *Que malgré cette préſomption relative de la mort de l'abſent, c'eſt-à-dire, que malgré l'ouverture que l'abſence fait à ſucceſſion après un certain tems, en faveur de ceux qui ſe trouvent les plus prochains, ſes parens héritiers ne peuvent ſe mettre en poſſeſſion de ſes biens qu'après un certain tems, & quand ils peuvent partager.* 800

V. *Que nonobſtant l'abſence de dix années, l'envoi en poſſeſſion, ni le partage proviſionnel, n'ont lieu lorſque l'abſent a donné de ſes nouvelles ou laiſſé procuration.* 801

CHAPITRE II.

De ce qui réſulte du principe, qu'il faut prendre les ſucceſſions dans l'état qu'elles ſe trouvent. 802

SECT. I. *Que cet inſtant détermine les héritiers ſaiſis, & les dettes, & que les changemens ſur les propres ne ſont pas à conſidérer.* 802

II. *Que ce principe, qu'il faut prendre les ſucceſſions en l'état qu'elles ſe trouvent, n'a lieu en ſucceſſion de mineur.* 803

CHAPITRE III.

Des incapables de ſuccéder. 804

SECT. I. *De l'incapacité naturelle.* 804

PARAG. I. *Du mort-né; du monſtre, & de celui qui n'eſt pas conçu lors de l'ouverture de la ſucceſſion.* 804

II. *De l'enfant qui naît avant les ſept mois, & de celui qui eſt ou qui n'eſt pas viable.* 805

SECT. II. *De l'incapacité du bâtard; qu'il ſuccéde à ſes enfans légitimes, & que ces enfans lui ſuccédent, & de la capacité du légitimé par mariage ſubſéquent.* 806

III. *De l'incapacité des religieux.* 807

IV. *Des condamnations qui emportent incapacité de ſuccéder.* 808

V. *Des condamnations qui n'emportent pas incapacité de ſuccéder, & de enfans des condamnés.* 809

VI. *De l'incapacité de l'étranger à succéder.* 810
VII. *De l'incapacité du François à succéder lorsqu'il est établi en pays étranger.* 811
VIII. *De l'incapacité de succéder, résultante de l'indignité.* 812
IX. *De la privation de la portion héréditaire par l'exhérédation.* 813
PARAG. I. *De l'effet de l'exhérédation contre l'exhérédé, & des causes qui la rendent valable.* 813
II. *De l'effet de l'exhérédation contre les enfans de l'exhérédé valablement.* 813
SECT. X. *De l'incapacité de l'absent lorsqu'il y a dix ans qu'on n'a eu de ses nouvelles.* 815

II. PARTIE DES SUCCESSIONS.

Des successions des pere & mere & autres ascendans, au profit des descendans. 816

CHAPITRE PREMIER.

De ceux qui sont appellés à cette succession. 816

CHAPITRE II.

Comment les enfans & descendans succédent. 817
SECT. I. *De la représentation.* 817
DIST. I. *Qu'elle a lieu à l'infini, & qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier de celui qu'on représente, mais que le degré étant rempli, elle ne peut avoir lieu.* 817
II. *Que néanmoins les représentans un renonçant, étant en parité de degré en directe, concourent, & que la mort civile rend le degré vacant.* 818
SECT. II. *De quelle portion sont saisis ceux qui viennent par représentation à une succession directe.* 819
PARAG. I. *Quand il y a concours d'enfans en degré inégal, quelles sont les portions entr'eux.* 819
II. *S'il y a représentation quand il n'y a que des petits-enfans en degré égal.* 819

CHAPITRE III.

Comment les biens se partagent entre les enfans. 820
SECT. I. *Du partage entr'eux de tous les biens dans la thèse générale, & abstraction faite des fiefs.* 820
II. *Des droits de l'aîné sur les fiefs.* 821
DIST. I. *Du motif du droit d'aînesse, & que ce droit est de droit public.* 821
II. *Si un pere peut disposer de son fief, au préjudice du droit d'aînesse, & si ce droit a lieu entre roturiers.* 822
SECT. III. *A qui appartient le droit d'aînesse.* 823
IV. *Que les filles n'ont aucun droit d'aînesse; que néanmoins les petites-filles représentantes l'aîné, l'ont, la représentation y ayant lieu.* 824
V. *De l'effet de la représentation dans la subdivision relativement au droit d'aînesse & aux puînés.* 825
VI. *Quand le droit d'aînesse passe à un puîné, & quand il cesse.* 825
VII. *Du préciput de l'aîné.* 827
PARAG. I. *En quoi consiste ce droit.* 827
II. *Quand il a droit de prendre plusieurs châteaux, & dans quel cas il n'en a qu'un, tant pour la succession du pere que celle de la mere.* 827
III. *Que l'aîné prend le château en l'état qu'il le trouve; des dépendances de ce droit, & de son indemnité lorsqu'il n'y a pas de château bâti.* 828
IV. *Que ce préciput embrasse le droit de patronage, four & pressoir construits dans les préclôtures, lorsqu'ils ne sont pas bannaux, & non le moulin ni les profits de fief.* 828
V. *Que l'aîné peut s'intituler Seigneur de la terre, & même la retenir lorsqu'elle est titrée, en récompensant.* 829
SECT. VIII. *De la portion avantageuse de l'aîné dans les fiefs; de ce qui la détermine, & de ses autres droits.* 830
IX. *Si le droit d'aînesse est préférable à la légitime des puînés, & y peut donner atteinte, & s'il est préférable au douaire.* 831
X. *Des droits de l'aîné lorsqu'il est réduit à sa légitime.* 833
DIST. I. *De son action révocatoire de la donation de fief faite par son pere à son puîné, & de son indemnité s'il n'exerce pas cette action.* 833
II. *De la quotité de la légitime de l'aîné, relativement à ses freres & sœurs & à ses enfans qui lui sont substitués, lorsqu'il n'est pas enfant unique.* 834
III. *De la quotité de la légitime de l'aîné, relativement à des donataires étrangers, & à un légataire universel étranger.* 835
IV. *De la légitime du fils unique sur les fiefs, lorsqu'il est grevé de substitution envers ses enfans.* 836
V. *De l'ordre que l'aîné doit observer dans la pétition de sa légitime, lorsqu'il la demande contre des donataires.* 837
SECT. II. *De la légitime des puînés dans le cas que l'aîné est donataire universel.* 838

CHAPITRE IV.

De l'égalité requise entre enfans héritiers de leur pere. 841
SECT. I. *Quand l'incompatibilité des qualités de légataire, de donataire & d'héritier, a lieu entr'eux.* 841
II. *Quand cette incompatibilité n'a pas lieu entre les héritiers du sang, & même entre héritiers civils.* 842

CHAPITRE V.

Des avantages que les pere & mere, & autres ascendans peuvent faire à leurs enfans. 846

SECT. I.

SECT. I. *Que l'enfant n'en peut profiter qu'en renonçant.* 846
II. *Que l'enfant peut être légataire de sa portion héréditaire & d'un prélegs, & quand le seul prélegs est valable.* 847

CHAPITRE VI.

Des rapports que les enfans avantagés sont obligés de faire à la succession de l'ascendant, lorsqu'elle est par eux acceptée. 848
SECT. I. *De ceux qui obligent les enfans à faire le rapport.* 848
II. *De ceux qui sont obligés au rapport.* 849
DIST. I. *Du rapport de l'enfant avantagé ou débiteur, & de son droit d'accepter la succession.* 849
II. *Quand la femme doit rapporter ce qui lui a été donné par son pere pendant son mariage.* 849
PARAG. I. *De ce qui a été ainsi donné à elle & à son mari.* 849
II. *Que la fille n'est obligée à rapporter que la moitié, lorsque par la donation faite par son pere à elle & à son mari, ce dernier est expressément gratifié, & qu'elle n'a pas d'enfant.* 850
DIST. III. *Si la fille est obligée de rapporter ce que son pere a donné à son mari seul.* 851
PARAG. I. *Si le rapport d'une telle donation a lieu lorsqu'elle est en mobilier, & que la communauté est subsistante ou qu'elle est acceptée.* 851
II. *Que la fille est indistinctement obligée de rapporter l'immeuble donné par son pere à son mari seul.* 852
DIST. IV. *Si la fille est obligée de rapporter ce que son pere a prêté à son mari.* 852
SECT. III. *De ceux qui sont obligés de rapporter ce qui a été donné à un autre.* 853
PARAG. I. *Du rapport que doit le fils aîné pour la fille qui a renoncé en sa faveur.* 853
II. *Du rapport du survivant des pere & mere pour l'enfant de la portion duquel il a droit de jouir par le contrat de mariage du dernier.* 853
III. *Que les petits enfans, succédans à leur ayeul, doivent rapporter ce que leur ayeul a donné à leur pere, & jusqu'à quelle concurrence ils doivent ce rapport.* 854
IV. *Que les petits-enfans succédans, à leur ayeul, sont tenus de rapporter ce qui a été donné à ceux de leur branche.* 855
V. *Que le fils doit rapporter à la succession de son pere, ce que son pere a donné à ses enfans, & même ce que son pere leur a prêté.* 855
SECT. IV. *Que les enfans sont tenus de rapporter ce qui leur a été prêté par leur pere.* 856
V. *De ceux qui sont obligés de rapporter ce qui a été précedemment rapporté pour eux.* 857
VI. *Des intérêts des rapports.* 257

CHAPITRE VII.

Des choses sujettes au rapport. 858
SECT. I. *Du rapport de ce que le pere a acheté pour son fils.* 858
II. *Que les frais de doctorat, ceux de réception à maîtrise, sont rapportables, & non ceux des études.* 859

CHAPITRE VIII.

Comment se font les rapports. 860
SECT. I. *Comment les sommes de deniers se rapportent.* 860
II. *Comment les immeubles se rapportent.* 860
DIST. I. *Quand en nature, & des fruits qui y sont pendans.* 860
II. *Que le rapport en nature, cesse par l'aliénation & non par l'amélioration, & de ce qu'elle produit.* 861
III. *Comment les enfans rapportent les Offices à eux donnés, ou vendu à eux, par leur pere.* 861
PARAG. I. *Que l'Office ne se rapporte pas en nature, & du rapport du prix de celui acheté par le pere, pour le fils.* 861
II. *Quel est le prix rapportable, lorsque l'Office a passé de la personne du pere, par la voie de la résignation.* 862
III. *Si le rapport a lieu pour les Offices de la Maison du Roi, qui passent du pere au fils.* 863
SECT. III. *Comment les effets mobiliers se rapportent.* 863
IV. *Comment se fait le rapport d'un immeuble appartenant à l'un des pere & mere, & par eux donné conjointement à l'un de leur enfans.* 864
V. *Des effets du rapport en nature.* 864
VI. *Que l'héritier doit rapporter l'héritage en état de réparation d'entretien, mais est affranchi du rapport par sa perte.* 865

CHAPITRE IX.

Des choses qui ne sont pas sujettes à rapport, & s'il a lieu pour les rentes viagéres. 866

CHAPITRE X.

Des bornes que la loi met aux avantages que les pere & mere peuvent faire à leurs enfans, & de la légitime ou portion dans leur succession qu'ils doivent leur réserver. 868
SECT. I. *Du motif de la légitime & à qui ce droit appartient.* 868
II. *De la quotité de la légitime.* 869
III. *De la liquidation de la légitime.* 870
PARAG. I. *Des biens qui y sont sujets, & comment on opére pour la liquider.* 870
II. *Quels enfans sont nombre dans cette liquidation.* 871
III. *De l'imputation sur la légitime.* 872
IV. *De ce qui n'est pas imputable sur la légitime.* 873
SECT. IV. *Comment la légitime doit être fournie, & de l'estimation des biens.* 874

V. *Que la légitime produit intérêts qu'elle doit être fournie libre, & qu'on n'y admet pas de compensation.* 875
VI. *Que dans le cas de dissipation la substitution intégrale subsiste contre le grevé, mais non contre ses créanciers.* 876
VII. *Quelle qualité est nécessaire pour demander la légitime.* 877
PARAG. I. *Que dans la thèse générale il faut être héritier, que néanmoins elle est dûe au légataire.* 877
II. *Que le légitimaire prenant part dans les donations n'est tenu que des dettes antérieures à icelles.* 878
SECT. VIII. *De ceux contre lesquels les légitimaires exercent leur action en petition de légitime, ou de parfournissement d'icelle.* 878
DIST. I. *Qu'ils doivent d'abord se pourvoir sur les biens non legués & étant de la succession, & que les legs y contribuent avant les donations.* 878
II. *Quand les légitimaires peuvent se pourvoir contre les donataires, & de l'ordre qu'ils y doivent garder.* 879
III. *Des cas esquels cet ordre n'a pas lieu.* 880
SECT. IX. *De la durée de l'action en répétition de légitime, ou du parfournissement d'icelle, & de la garantie.* 881
X. *Des effets de la garantie entre les légitimaires & les donataires.* 881
XI. *Des enfans qui sont privés du droit de légitime.* 882
XII. *Des légitimes de faveur, fondées sur le droit du sang & sur la convention.* 883
DIST. I. *De l'espéce de légitime des enfans de l'exhérédé, pour s'être marié sans le consentement de son pere, & de celle du Religieux qui est sans subsistance.* 883
II. *De la légitime du second conjoint qui a une donation de portion d'enfant.* 884

CHAPITRE XI.

Des partages des successions de pere & mere entre enfans héritiers. 885
SECT. I. *Des opérations à faire dans ce partage.* 885
DIST. I. *De l'exclusion des enfans avantagés, & qui se tiennent à leur don; de l'estimation préalable entre héritiers, & de la masse de ce partage.* 885
II. *De la division des biens & composition des lots; de l'effet du partage, de l'intervention des créanciers de l'héritier, & de la subdivision entre petits-enfans.* 886
III. *De l'égalité qu'il doit y avoir dans le partage; du jet, & de la garantie des lods.* 887
SECT. II. *De la restitution en entier contre un partage.* 888
PARAG. I. *De celle en faveur du mineur.* 888
II. *De la restitution du majeur contre un partage.* 889
SECT. III. *De l'effet du partage relativement à des tiers, & de la préférence des copartageans contre un cessionnaire.* 890

CHAPITRE XII.

Des dettes des successions des ascendans. 891
SECT. I. *Que les enfans héritiers purs & simples en sont tenus indistinctement, & comment ils y contribuent entr'eux.* 891
II. *De la contribution lorsqu'il y a un légataire universel & des héritiers, & si la contribution tombe sur les charges réelles.* 892
III. *Que l'aîné ayant préciput & avantage n'y contribue pas plus que les autres, & du prix du fief dû.* 893
IV. *Que la remise faite par un créancier à l'un des enfans profite à tous.* 894
V. *Des actions des créanciers contre les enfans héritiers purs & simples.* 894
PARAG. I. *De la division de leur action.* 894
II. *De l'exécution du titre passé par le défunt, & si le par-corps auquel le défunt étoit soumis a lieu contre ses héritiers, & de l'effet de l'hypothéque.* 895
SECT. VI. *Du privilége des créanciers sur les biens de la succession, & du recours de l'héritier qui a payé plus que sa portion.* 896
VII. *De l'effet des lettres de bénéfice d'inventaire dans les successions des pere & mere.* 897
DIST. I. *De l'effet de ces lettres contre les créanciers, de n'être tenu au-delà de l'émolument.* 897
II. *Quand les enfans peuvent obtenir ces lettres, & de la condition d'icelles.* 898
III. *Que l'héritier bénéficiaire peut être poursuivi sur ses propres biens, tant qu'il n'a pas rendu compte de ceux de la succession, & de ce que ce compte doit contenir.* 899
IV. *De la dépense que ce compte peut contenir, & de la subrogation légale de l'héritier bénéficiaire aux droits des créanciers qu'il a acquitté.* 899
V. *Qu'après le compte rendu & le reliqua payé, l'héritier bénéficiaire ne laisse pas d'être héritier.* 900
VI. *De l'autre effet de ces lettres, d'éviter absolument la confusion & le rapport, relativement aux créanciers seulement, mais qu'elles ne militent pas contre le Roi.* 901
VII. *De l'effet de ces lettres en directe, à l'égard des autres cohéritiers; & si elles affranchissent du rapport.* 902
VIII. *Si en directe, l'enfant héritier pur & simple, exclut l'enfant héritier par bénéfice d'inventaire.* 903

CHAPITRE XIII.

Des renonciations des enfans aux successions de leurs pere & mere & autres ascendans. 904
SECT. I. *De la renonciation à une succession échue.* 904
PARAG. I. *De l'effet de cette renonciation, & de la faculté de renoncer à toute succession.* 904

II. *Quand l'enfant peut renoncer, & de l'acte d'héritier.* 904
III. *De l'appréhenſion des biens après la renonciation, & qu'elle ne fait obſtacle à icelle.* 905
IV. *Du délai dans lequel on peut renoncer; que ce délai n'eſt pas fatal, & de la forme de la renonciation.* 906
V. *Des renonciations faites en fraude des créanciers, & de leur nullité.* 906
VI. *Du retour des enfans renonçans à la ſucceſſion, & quand ce retour a lieu.* 907
VII. *Des biens dans leſquels les enfans prennent part, nonobſtant leur renonciation.* 908
SECT. II. *De ce que doivent faire les créanciers, lorſque tous les enfans ont renoncé.* 908
III. *Des renonciations des enfans à des ſucceſſions futures.* 909
DIST. I *Quand cette renonciation eſt valable, & à quelle ſucceſſion elle ſe peut faire.* 909
II. *De l'effet des renonciations à ſucceſſions futures, contre les deſcendans du renonçant.* 910
III. *Quand ces renonciations ceſſent de produire effet.* 911
IV. *Du rappel à ſucceſſion nonobſtant telle renonciation, & du rapport auquel il donne lieu.* 912

III. PARTIE DES SUCCESSIONS.

Des ſucceſſions des enfans & deſcendans déférés aux pere & mere, & autres aſcendans. 913

CHAPITRE PREMIER.

Quand ils ſont appellés à la ſucceſſion de leurs enfans. 913

CHAPITRE II.

Comment les aſcendans ſuccédent. 914
SECT. I. *Si la repréſentation a lieu entr'eux, & ſi l'héritier pur & ſimple exclut le bénéficiaire.* 914
II. *Comment les biens ſe partagent entre aſcendans.* 914
III. *Des qualités qui ſont entr'eux incompatibles, & s'ils ſont ſujets au rapport.* 915
IV. *Si les aſcendans ont droit de légitime.* 916

CHAPITRE III.

Des biens auxquels les aſcendans ſuccédent. 917
SECT. I. *Qu'ils ſuccédent aux meubles & acquêts.* 917
II. *Des cas eſquels les aſcendans ne ſuccédent pas au propre fictif, & des cas eſquels ils y ſuccédent.* 918
III. *Des propres réels auxquels les aſcendans ſuccédent.* 920
DIST. I. *Qu'il n'y a pas dans leur perſonne d'incapacité de ſuccéder aux propres, & qu'ils ſuccédent aux propres naiſſans.* 920
II. *Du droit de retour en faveur des aſcendans des choſes par eux données à leurs aſcendans.* 921
PARAG. I. *Quand & ſur quoi ce droit a lieu.* 921
II. *De la nature de ce droit de retour.* 924
III. *Quand ce droit ceſſe, & des charges d'icelui.* 925
DIST. III. *De l'uſufruit auquel les aſcendans ſuccédent; des conquêts de leur communauté.* 926
PARAG. I. *Des cas eſquels cet uſufruit a lieu, & de ceux eſquels il n'a lieu.* 926
II. *Si cet uſufruit a lieu lorſque le conquêt a fait ſouche, & lorſque l'aſcendant n'eſt pas héritier mobiliaire; & s'il embraſſe le propre ameubli.* 927
III. *De la contribution aux dettes à laquelle cet uſufruit aſſujettit; comment elle ſe fait, & de la confuſion que cette contribution opére.* 929
IV. *Que la mere ſurvivante n'a pas ce droit d'uſufruit, lorſqu'elle a renoncé à la communauté.* 930
DIST. IV. *Des cas eſquels les deſcendans étant de la ligne, ſuccédent aux propres de cette ligne; mais qu'ils ne priment pas les lignagers.* 931
V. *Des propres de lignes manquantes auxquelles les aſcendans ſuccédent.* 932

CHAPITRE IV.

Comment les aſcendans contribuent au payement des dettes. 933
SECT. I. *De cette charge lorſqu'il n'y a que des meubles & des acquêts; qu'ils ſont ſeuls ſucceſſeurs; & de ſon étendue lorſqu'il y a un héritier des propres.* 933
II. *De cette charge lorſque les aſcendans ſuccédent à de certains propres, ſoit en propriété, ſoit en uſufruit, & qu'un autre héritier des propres, & un légataire univerſel, concourt avec eux.* 934

IV. PARTIE DES SUCCESSIONS.

Des ſucceſſions collatérales. 935

CHAPITRE PREMIER.

De la vocation aux ſucceſſions collatérales, conſidérée généralement. 935

CHAPITRE II.

De la ſaiſine des meubles & acquêts en faveur du collatéral plus prochain. 936

CHAPITRE III.

Que les propres appartiennent aux parens de la ligne. 937
SECT. I. *Des principes préliminaires de cette ſucceſſion, & qu'il n'eſt pas néceſſaire d'être deſcendu du premier acquéreur.* 937
II. *Que le collatéral deſcendu du premier acquéreur eſt préféré aux autres de premiere*

fois que l'héritage passe en collatérale, lorsqu'il est en partie de degré. 938
III. *Auquel des collatéraux les propres de la ligne manquante ou renonçante sont dévolus.* 959

CHAPITRE IV.

Comment les collatéraux succédent. 940
SECT. I. *Du double lien; s'il a lieu entr'eux, & de la supputation des degrés.* 940
II. *De la représentation en ligne collatérale.* 941
DIST. I. *En faveur de qui elle a lieu dans cette ligne.* 941
PARAG. I. *Qu'elle n'a lieu que dans le second degré; que l'oncle exclut le cousin, & les neveux les arriere-neveux.* 941
II. *Du rappel des arriere-neveux.* 942
III. *Quand les oncles concourent avec les neveux, & quand ceux-ci les excluent par le droit de la représentation.* 944
DIST. II. *Comment les biens se partagent entre collatéraux, lorsque nul d'entr'eux ne vient par représentation.* 944
III. *Comment les biens se partagent entre collatéraux, lorsque quelqu'un d'entr'eux vient par représentation.* 945
IV. *Si un frere par sa renonciation peut empêcher l'effet de la représentation qui a lieu lors de l'ouverture de la succession, ou faire ouverture au partage par têtes, lorsqu'il n'avoit pas lieu, au moment de l'ouverture de la succession.* 945

CHAPITRE V.

Du droit des mâles en collatérale sur les fiefs. 947
SECT. I. *En quoi ce droit consiste; à quels mâles il appartient, & quand les femelles concourent.* 947
II. *Des effets de la représentation relativement à cette exclusion.* 949
III. *Qu'en égalité de degré les mâles descendans des femelles, non-seulement ne sont pas exclus, mais excluent eux-mêmes les femelles, quoique descendues de mâles.* 950
IV. *De la charge de cette prérogative des mâles sur les fiefs.* 951

CHAPITRE VI.

Des qualités incompatibles en ligne collatérale. 952
SECT. I. *Que les qualités de légataire & d'héritier y sont incompatibles.* 952
DIST. I. *Quand cette incompatibilité a lieu entre cohéritiers.* 952
II. *Que les étrangers ne peuvent empêcher qu'un collatéral ne soit légataire & héritier, ni même les autres héritiers, lorsqu'il y a un legs universel.* 953
III. *Du prélegs fait à l'héritier collatéral, & du legs fait à des enfans.* 953
SECT. II. *Que cette incompatibilité cesse à l'égard des biens par rapport auxquels le collatéral est absolument inhabile à succéder; mais qu'elle ne cesse pas par le défaut de saisine actuelle.* 954
III. *De la compatibilité en collatérale, des qualités de donataire & d'héritier, & que le rapport n'y a lieu, mais que l'héritier impute ce qu'il doit au défunt.* 956

CHAPITRE VII.

De l'acceptation des successions collatérales, & de la renonciation à icelles. 958
SECT. I. *De leur acceptation, & des actes d'héritier, & quand on peut renoncer.* 958
II. *Si le collatéral majeur est restituable contre sa renonciation, & à qui la part du renonçant accroît.* 958

CHAPITRE VIII.

Du partage entre héritiers collatéraux. 959
SECT. I. *De la liquidation & fixation des biens, & de leur différente masse, pour fixer la saisine de chacun.* 959
DIST. I. *Des principes de cette liquidation préliminaire, & de la masse des meubles & acquêts.* 959
II. *Des masses des propres, & de l'estimation préalable des biens.* 961
SECT. II. *Des divisions entre collatéraux.* 962
PARAG. I. *Du partage des meubles & acquêts.* 962
II. *De la division des propres de chaque ligne entre les héritiers qui en sont saisis.* 962
SECT. III. *De la garantie qui a lieu entre collatéraux.* 962
DIST. I. *Des régles générales de cette garantie, & qu'elle n'a lieu qu'entre vrais cohéritiers.* 962
II. *Que pour l'acquittement des dettes la garantie est ouverte contre tous, & des effets de la garantie des lods.* 963
III. *Quand l'insolvabilité des débiteurs des effets ou créances tombés dans le lod d'un des héritiers donne lieu à cette garantie, & qu'elle cesse par la perte naturelle de la chose.* 965
IV. *Que cette garantie n'embrasse pas les faits du Prince, & quelle lésion détruit le partage en collatérale.* 966

CHAPITRE IX.

De la contribution aux dettes en succession collatérale. 967
SECT. I. *Entre qui se fait cette contribution & pour quelles dettes elle a lieu.* 967
II. *Des actions des créanciers contre les héritiers & contre les donataires & légataires universels.* 971

CHAPITRE X.

Des lettres de bénéfice d'inventaire en collatérale. 973
SECT. I. *De l'effet de ces lettres, tant par rapport aux créanciers, que par rapport aux cohéritiers.* 973

II. De

II. *De l'exclusion de l'héritier bénéficiaire par l'héritier pur & simple.* 974
III. *De l'effet des lettres dans la personne des héritiers de celui qui les a obtenues; du compte que l'héritier bénéficiaire doit rendre; & que les lettres n'opérent pas contre le Roi.* 976

TITRE XVIII.

Du droit des conjoints par mariage, de succéder à celui d'entr'eux qui meurt sans héritiers. 978

TITRE XIX.

De la garde noble & bourgeoise. 979

CHAPITRE PREMIER.

De l'origine de la garde; de la loi qui la régit, & du pouvoir du gardien. 979

CHAPITRE II.

Du motif de l'ouverture de la garde, & de la nature de ce droit. 981

CHAPITRE III.

Si le prédécédé des pere & mere peut empêcher la garde, & si l'acceptation de la tutelle y fait obstacle. 982

CHAPITRE IV.

Au profit de qui la garde a lieu. 983
SECT. I. *Des ascendans en faveur de qui elle a lieu considérés en général.* 983
II. *De la garde noble en faveur des ayeux.* 984
DIST. I. *Quels sont ces ayeux, & quand il y a ouverture en leur faveur.* 984
II. *Comment le survivant des pere & mere peut priver les ayeux de l'ouverture de la garde* 985
III. *Comment la garde & les profits d'icelle se partagent entre les ayeux, & quels biens y sont sujets.* 985
SECT. III. *Que la garde bourgeoise n'a lieu qu'en faveur des pere & mere seulement; & des autres différences entre l'une & l'autre garde.* 986

CHAPITRE V.

De ce qui détermine la nature de la garde, soit noble, soit bourgeoise. 988

CHAPITRE VI.

Des fruits dont le gardien noble ou bourgeois profite à cause de la garde. 989
SECT. I. *Que sa jouissance n'embrasse que la succession du prédécédé des pere & mere, & non les biens que le mineur a d'ailleurs; & des fruits de cette succession.* 989
II. *De la portion du gardien dans les fruits qui ne se recueillent qu'après la révolution d'un certain tems, & des profits de fiefs qu'il fait siens.* 990
III. *Si le gardien jouit des droits honorifiques, & s'il peut recevoir la foi, les aveux & dénombremens.* 992
IV. *De sa jouissance des meubles & de celle des effets mobiliers, & de l'inventaire qu'il doit faire.* 993

CHAPITRE VII.

De l'acceptation de la garde. 995
SECT. I. *De la nécessité de cette acceptation; quand elle doit être faite, & devant quels Juges* 995
II. *De l'irrévocabilité du contrat judiciaire qui naît de l'acceptation de la garde.* 996

CHAPITRE VIII.

Des charges de la garde. 997
SECT. I. *Si le gardien est tenu de faire inventaire, de faire la foi & hommage.* 997
II. *De la charge d'acquitter le mineur de toutes dettes mobiliaires.* 997
III. *Quand le gardien n'est tenu des dettes mobiliaires que jusqu'à concurrence de son émolument, mais que les nourritures & entretiens sont toujours à sa charge.* 998
IV. *Si la restitution du mineur, contre son acceptation de la succession, profite au gardien.* 1000

CHAPITRE IX.

Des reprises & conventions que le gardien confond en sa qualité de gardien. 1001
SECT. I. *Si l'acceptation de la garde fait perdre à la veuve la somme à laquelle elle est réduite pour droit de communauté, & si elle lui fait perdre le propre fictif & l'action de remploi.* 1001
II. *Si la veuve gardienne confond la reprise de sa mise en communauté, & si le gardien confond les récompenses & les indemnités.* 1002
III. *Que la veuve gardienne ne confond pas le douaire, mais qu'elle confond son deuil indistinctement & son préciput en certain cas.* 1003

CHAPITRE X.

Des autres charges de la garde. 1005
SECT. I. *Que le gardien est tenu des frais funéraires, mais non des legs faits par le prédécédé.* 1005
II. *Que le gardien est tenu des arrérages des rentes dûes par celui des conjoints dont la mort a fait ouverture à la garde, & de nourrir & entretenir les mineurs.* 1006
III. *Des réparations considérées relativement au gardien.* 1007
PARAG. I. *De celles dont le gardien est tenu.* 1007
II. *Des réparations dont le gardien n'est pas tenu.* 1008

III. *Ce que peut faire le gardien au ſujet des groſſes réparations pour ſe procurer une pleine jouiſſance.* 1009
SECT. IV. *Des frais dont le gardien eſt tenu.* 1009

CHAPITRE XI.

Si les charges de la garde diminuent lorſqu'elle finit avant l'âge du mineur. 1010

CHAPITRE XII.

Si le gardien doit un droit au Seigneur à cauſe de ſa garde. 1011

CHAPITRE XIII.

De la charge particuliere au gardien bourgeois de donner caution, & de l'hypothéque des mineurs. 1012

CHAPITRE XIV.

Comment finit la garde. 1013
SECT. I. *Qu'elle finit par la mauvaiſe adminiſtration du gardien.* 1013
II. *Qu'elle finit par l'âge des enfans, & quelle coutume il faut ſuivre ſur ce.* 1014
III. *Qu'elle finit par le convol du gardien, & par le mariage de l'enfant.* 1015
IV. *Qu'elle finit par la mort de l'enfant, encore que d'autres enfans étant en garde profitent de la ſucceſſion, & par la mort du gardien & par ſa renonciation à icelle.* 1016

TITRE XX.

Du retrait lignager. 1017

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

Des motifs de la loi dans l'établiſſement du retrait lignager. 1017

I. PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

De ſon ouverture & des biens qui y ſont ſujets. 1019

CHAPITRE PREMIER.

Des mutations qui y font ouverture. 1019
SECT. I. *Que la vente, la ſimple promeſſe de vendre, & tout acte équipollent à vente, y font ouverture.* 1019
II. *Des ventes moyennant rentes qui y font ouverture.* 1020
III. *Que l'adjudication en juſtice du propre ne fait point obſtacle au retrait, & quand il a lieu en échange.* 1021

CHAPITRE II.

Des aliénations ſur leſquelles le retrait n'a lieu par leur propre nature. 1022
SECT. I. *Que la vente à rente non rachetable n'y fait pas ouverture.* 1022
II. *Que le bail emphytéotique n'y fait pas ouverture, & même pour les maiſons de Paris; & quand le retrait n'a lieu en échange.* 1023
III. *Que la vente de l'uſufruit ou le bail à vie n'y fait pas ouverture, mais bien la vente de la propriété, lorſqu'elle ſe fait à la même perſonne.* 1023
IV. *Que la donation ni le legs du propre ne font pas ouverture au retrait.* 1024
V. *Que l'adjudication ſur un curateur au déguerpiſſement du propre déguerpi, ne fait pas ouverture au retrait, & de celle ſur un curateur à ſucceſſion.* 1025
VI. *Quand l'adjudication par licitation, ne fait pas ouverture au retrait, & quand elle y fait ouverture.* 1025

CHAPITRE III.

Des ventes ſur leſquelles le retrait n'a lieu par la faveur perſonnelle à l'acquéreur, ou par celle de la vente. 1027

CHAPITRE IV.

De l'ouverture du retrait, lorſque l'acquéreur lignager vend, ou que ſes enfans lignagers meurent; & du droit de ces enfans. 1028

CHAPITRE V.

Des autres ouvertures au retrait qui peuvent arriver après un long tems. 1029

CHAPITRE VI.

Des biens ſujets à retrait. 1030
SECT. I. *Des immeubles réels, & de la faculté de réméré qui ne fait obſtacle au retrait.* 1030
II. *De baux à longues années ſujets à retrait, & s'il a lieu en vente de droits ſucceſſifs.* 1031
III. *En vente de propres & d'acquêts, quels biens ſont ſujets à retrait.* 1032
IV. *Des acquêts ſujets à retrait.* 1033
PARAG. I. *De l'héritage pris en échange du propre; de celui acquis d'un lignager.* 1033
II. *De l'héritage propre donné ou legué à un parent, & de celui par lui retiré.* 1033
III. *Du retrait de l'héritage retiré, lorſqu'il ſe trouve dans la ſucceſſion du retrayant.* 1034
IV. *Du retrait de l'acquêt, lorſque l'acquéreur étoit lignager ou avoit des enfans qui étoient en ligne.* 1034

CHAPITRE VII.

Des biens non ſujets au retrait lignager. 1035
SECT. I. *Des meubles, des offices, & des dixmes inféodées vendus à l'Égliſe.* 1035
II. *Des rentes conſtituées à prix d'argent, des rentes foncières rachetables, & des bois de haute-futaie, conſidérés relativement au retrait.* 1035

CHAPITRE VIII.

De la préférence du retrait lignager ſur le féodal. 1036

SECONDE PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

De ceux en faveur de qui il a lieu. 1037

CHAPITRE PREMIER.

Quels parent peuvent l'intenter. 1037

SECT. I. *Qu'il faut être parent de la ligne capable de ſuccéder, & que le vendeur eſt incapable.* 1037

II. *Si l'exhérédation, ſi la renonciation du retrayant à la ſucceſſion du vendeur, ſi la naiſſance depuis la vente ôtent la capacité de retraire, & du légitimé par mariage ſubſéquent.* 1038

III. *Si les enfans du vendeur qui ont ſigné à la vente, ſi celui qui s'eſt rendu caution d'icelle, & ſi le mineur ſans aſſiſtance d'un tuteur peuvent intenter le retrait.* 1039

IV. *Si les héritiers du vendeur décédé peuvent retraire, & quand le vendeur peut lui-même le faire.* 1040

V. *Que celui qui a renoncé expreſſement au retrait, ne peut retraire, mais bien ſes héritiers, & que le mari le peut intenter.* 1041

VI. *A qui paſſe l'action, lorſque le retrayant meurt.* 1041

CHAPITRE II.

De la préférence entre coretrayans. 1042

SECT. I. *Que le plus diligent l'emporte; & qui l'emporte lorſqu'il y a concours.* 1042

II. *Que l'adjudication du retrait au plus diligent des retrayans, ne ſe fait qu'avec la faculté aux autres de ſuivre l'exécution du retrait.* 1043

III. *Ce que doit faire l'acquéreur, lorſqu'il eſt aſſigné à la requête de pluſieurs coretrayans.* 1043

TOISIEME PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

Des formalités d'icelui. 1045

CHAPITRE PREMIER.

Dans quel tems le retrait doit être intenté. 1045

SECT. I. *De la durée de cette action.* 1045

PARAG. I. *De quel jour le tems de cette action commence à courir, & quel doit être l'enſaiſinement.* 1045

II. *De quel jour court le délai, lorſque l'acquiſition eſt un franc-aleu, ou que le Seigneur a acquis un héritage étant dans la cenſive.* 1046

III. *De quel jour court le délai, lorſque le Seigneur eſt lui-même le vendeur de l'héritage ſujet au retrait.* 1046

IV. *De la durée de l'action du retrait à partir de l'enſaiſinement, & des actes qui y ſuppléent, & de l'inſinuation du contrat, & ſi la publicité de la vente fait courir le délai.* 1047

V. *Que le décret volontaire que l'acquéreur fait faire, que la faculté de réméré n'empêchent pas le délai de courir, mais que l'aſſignation eſt bonne tel jour qu'elle ſoit donnée.* 1048

VI. *Que le délai d'an & jour, n'eſt pas entiérement utile aux lignagers, & que la premiere huitaine de l'aſſignation doit échoir en dedans icelui, & de l'effet de l'année biſſextile quant à ce.* 1049

VII. *De la durée de l'action en retrait, lorſqu'il n'y a pas preſtation de foi, ni d'enſaiſinement, ou qu'il n'y a pas d'inſinuation, & lorſqu'il y a revente de l'héritage.* 1050

SECT. II. *Des cas eſquels le délai d'an & jour pour intenter le retrait eſt prorogé; que la demeure du vendeur dans la poſſeſſion de l'héritage ne le proroge pas, & de la durée de l'inſtance du retrait.* 1054

CHAPITRE II.

Des formalités du retrait juſqu'à l'adjudication. 1054

SECT. I. *Des formalités de l'exploit contre le premier acquéreur.* 1054

II. *Dans quels actes de l'inſtance les offres ſont néceſſaires.* 1055

III. *Des formalités du retrait intenté contre un ſecond acquéreur.* 1056

CHAPITRE III.

Comment le retrait adjugé doit être exécuté. 1057

SECT. I. *Du délai pour l'exécution.* 1057

II. *Des cas eſquels le délai de 24 heures eſt prorogé.* 1059

III. *De la forme des offres dans le délai ci-deſſus, lorſque l'acquéreur a payé, & de la conſignation en cas de refus des offres.* 1060

IV. *Des offres & de la conſignation, dans le cas que l'acquéreur doit le prix.* 1062

DIST. I. *De ces offres dans le cas que le prix eſt exigible & payable à tems.* 1062

II. *Des offres & de la conſignation, dans le cas que le prix eſt une rente rachetable.* 1063

III. *Des offres dans le cas que la vente eſt à la charge d'une ancienne rente foncière non rachetable, ou d'un prix que l'acquéreur doit garder.* 1064

IV. *Des offres & exécution du retrait, dans le cas que la vente eſt faite à des charges non appréciables en deniers.* 1065

CHAPITRE IV.

Du rembourſement des loyaux coûts. 1067

SECT. I. *De ce qui eſt compris ſous le nom de loyaux coûts.* 1067

II. *Du rembourſement des droits ſeigneuriaux, dans le cas que l'acquéreur ou le retrayant en ſeroient exempts.* 1068
III. *Dans quel tems les loyaux coûts doivent être rembourſés.* 1069

QUATRIEME PARTIE DU RETRAIT LIGNAGER.

De ce que ce droit opére dans la perſonne du retrayant, & dans celle de l'acquéreur. 1070

CHAPITRE PREMIER.

Des effets du retrait à l'égard du retrayant. 1070
SECT. I. *De la ſubrogation réſultante du retrait, & des fruits appartenans au retrayant.* 1070
II. *Du lien de droit réſultant contre le retrayant de ſa demande en retrait.* 1072
III. *De la qualité de l'héritage retiré dans la perſonne du retrayant.* 1072
PARAG. I. *Que le retrayant, quoiqu'impubere, eſt propriétaire de l'héritage, mais qu'il n'eſt pas propre dans ſa perſonne.* 1072
II. *Que l'héritier des propres peut le retirer.* 1073
III. *Si le retrayant vend l'héritage, il y a lieu au retrait.* 1074

CHAPITRE II.

De la nature de la propriété de l'acquéreur pendant l'an du retrait. 1075
SUBD. I. *De ſon impuiſſance de changer l'héritage, ou d'en diminuer la valeur pendant ce tems, mais qu'il le peut vendre.* 1075
II. *De la coupe de bois relativement à l'acquéreur pendant l'an du retrait.* 1076
III. *Des réparations dont l'acquéreur a le rembourſement, mais qu'il n'a pas celui des améliorations.* 1077

TITRE XXI.

Du retrait de mi-denier. 1078

CHAPITRE PREMIER.

Quand & en faveur de qui il a lieu. 1078

CHAPITRE II.

Du tems accordé pour l'exercice de ce retrait; de ſes formalités, & quand il ceſſe. 1080

CHAPITRE III.

Que le retrait de mi-denier n'a pas effet rétroactif, & qu'il n'a lieu ſur l'héritage retiré. 1082

TITRE XXII.

De la preſcription qui donne ou confirme la propriété au défaut de titre ſuffiſant. 1083

CHAPITRE PREMIER.

De celle qui ſupplée à tout titre. 1083
SECT. I. *Du tems qu'il faut pour acquérir cette preſcription.* 1083
II. *De l'interruption de cette preſcription, & quand elle eſt en ſuſpens.* 1085

CHAPITRE II.

De la preſcription qui ajoute un droit au titre, c'eſt-à-dire, de celle de dix & de vingt ans. 1086
SECT. I. *De la nature de cette preſcription, & de l'effet d'icelle.* 1086
II. *Quel tems eſt néceſſaire pour acquérir cette preſcription.* 1087
III. *De l'interruption du cours de cette preſcription.* 1089
IV. *De ceux en faveur deſquels cette preſcription ne court point, & des cas eſquels elle n'a lieu.* 1090

CHAPITRE III.

De la preſcription qu'on peut acquérir contre l'Égliſe & les Communautés. 1091

CHAPITRE IV.

Des choſes impreſcriptibles. 1093

CHAPITRE V.

De la preſcription relativement aux meubles. 1096

Fin de la Table du premier Volume.