

OEUVRES  
DE POTHIER.

---

TRAITÉS

DES CENS, DES CHAMPARTS, DE LA GARDE-NOBLÉ ET BOURGEOISE, DU  
PRÉCIPUT LÉGAL DES NÔBLES, DE L'HYPOTHÈQUE, DES SUBSTITUTIONS,  
ET DES SUCCESSIONS.

---

TOME DOUZIÈME.

**SE TROUVE**

**Chez MM. les Secrétaires caissiers des Facultés de droit;  
Chez MM. les Greffiers des tribunaux de première instance;  
Et chez les principaux Libraires de la France et de l'Étranger.**

**DE L'IMPRIMERIE DE WARIN-THIERRY.**

OEUVRES  
DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION,  
ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR;

PUBLIÉE  
PAR M. SIFFREIN.

---

TOME DOUZIÈME.



A PARIS,  
CHEZ L'ÉDITEUR,  
RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 1.  
M. DCCCXXII.



# TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHERS.  
CONTENUS DANS LES TRAITES DES CENS, DES CHAMPARTS,  
DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE, DU PRÉCIPUT LÉGAL  
DES NOBLES, DE L'HYPOTHÈQUE, DES SUBSTITUTIONS, ET  
DES SUCCESSIONS.

## TRAITÉ DES CENS.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE, pag. 1	§. I. En quoi consiste l'amende? 12
SECTION PREMIÈRE.	§. II. Quand le défaut est-il encouru? ibid.
Du cens, et du défaut faute de paiement du cens, 5	§. III. Est-il dû plusieurs, ou une seule amende, lorsqu'il y a plusieurs héritages possédés par une même personne, ou lorsque le cens est dû par plusieurs possesseurs, par indivis, ou à plusieurs co-seigneurs? 15
ART. I. De la nature du cens, ibid.	§. IV. Quand l'amende encourue par défaut est-elle censée remise? 16
§. I. De la foncialité du cens, et si les possesseurs en sont tenus personnellement, ibid.	§. V. Du défaut dans les censives requérables, 17
§. II. Si le cens est indivisible ou divisible? ibid.	SECTION II.
§. III. De l'imprescriptibilité du cens, 6	Des profits censuels, et de l'amende pour ventes récelées, 18
§. IV. Si le cens est sujet à compensation, 8	ART. I. Des profits censuels, ibid.
§. V. Si la saisie-arrêt, faite par les créanciers du seigneur de censive sur les censitaires, de ce qu'ils doivent et devront à leur seigneur, les dispense d'aller porter le cens? 9	§. I. De la nature des profits censuels, et en quoi ils consistent, ibid.
ART. II. Des différentes espèces de cens, 10	§. II. En quel cas y a-t-il lieu au profit de vente? 19
§. I. Différentes divisions, ibid.	
§. II. Du cens portable, ibid.	
§. III. Du cens requérable, 11	
ART. III. Du défaut, ibid.	

- ART. II. De l'amende pour ventes recélées, 22
- §. I. Comment se fait le dépri? Dans quel temps doit-il être fait? Et quelle est l'amende encourue faute de dépri? ibid.
- §. II. En quel cas l'amende est-elle encourue? 23
- §. III. Contre quelles personnes cette amende peut-elle être demandée? Et quand est-elle censée remise? 27
- §. IV. Quelles personnes peuvent saisir censuellement? 34
- §. V. De la forme de la saisie censuelle, ibid.
- §. VI. De l'infraction de la saisie censuelle, 36
- §. VII. De l'opposition à la saisie censuelle, 37

## SECTION V.

- De quelques espèces particulières de censives dans la coutume d'Orléans, 39
- ART. I. Des différentes espèces particulières de censives qui ont lieu dans la coutume d'Orléans, ibid.
- Première espèce, ibid.
- Seconde espèce, ibid.
- Troisième espèce, 41
- Quatrième espèce, ibid.
- ART. II. En quoi consiste le profit de relevoisons à plaisir, et de la faculté de guesver? 42
- ART. III. En quels cas sont dues les relevoisons? Du chef de qui, et par qui? 46
- §. I. En quels cas? ibid.
- §. II. Du chef de qui les relevoisons sont-elles dues? 47
- §. III. Exceptions portées par l'article 158, au principe établi au paragraphe précédent, 52
- ART. IV. Ce qu'il y a de particulier dans les censives à droit de relevoisons à plaisir, pour la saisie censuelle, et quelles amendes sont dues dans ces censives, ibid.
- SECTION III.
- De l'action afin d'exhiber les titres, la reconnaissance censuelle, et de la saisie, 28
- §. I. De l'action du seigneur de censive, afin d'exhibition des titres, ibid.
- §. II. Contre quels acquéreurs a-t-elle lieu? ibid.
- §. III. En quoi consiste l'obligation d'exhiber? 30
- §. IV. De la reconnaissance censuelle, 31
- §. V. De la saisine, ou ensaisinement, ibid.
- SECTION IV.
- Des actions qu'a le seigneur pour être payé de ses cens et droits censuels, et de la saisie censuelle, 32
- §. I. Quelles actions a le seigneur? ibid.
- §. II. Ce que c'est que la saisie censuelle, et de sa nature, ibid.
- §. III. Pour quelles choses la saisie censuelle peut-elle être faite? 34

---

**TRAITÉ DES CHAMPARTS.**


---

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	55.	sujettes à champart, et des actions et droits des seigneurs de champarts, 58
ARTICLE PREMIER.		
De la nature du droit de champart, et sur quelles terres il se perçoit ?	ibid.	§. I. De l'obligation des détenteurs des terres sujettes à champart, par rapport à la perception de ce droit, ibid.
§. I. De la nature du droit de champart,	ibid.	§. II. De l'obligation en laquelle sont les possesseurs des terres à champart, de les cultiver, et s'ils peuvent en changer la forme, 60
§. II. Sur quelles terres se perçoit le champart ?	57	§. III. Des actions qu'a le seigneur de champart, 62
ARTICLE II.		
Des obligations des détenteurs et propriétaires des terres		

---

**TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE  
ET BOURGEOISE.**


---

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	64	§. I. A quelles personnes les coutumes déferent-elles le droit de garde-noble ? 67
§. I. Définition de la garde-noble, et ses différents noms,	ibid.	§. II. Des qualités que doivent avoir ceux à qui la garde-noble est déferée, 72
§. II. De l'origine de la garde-noble,	65	§. III. Sur quelles personnes la garde-noble a-t-elle lieu ? 74
§. III. De la garde-bourgeoise,	66	§. IV. Des personnes auxquelles est déferée la garde-bourgeoise, et des qualités qu'elles doivent avoir, 75
SECTION PREMIÈRE.		
Des personnes qui peuvent avoir, et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde-noble,	67	

SECTION II.		§. I. De l'inventaire, 90
		§. II. De la caution, 91
Quand et comment la garde se défère? De son acceptation et de sa répudiation, 77		§. III. Des aliments et de l'éducation des mineurs, 92
§. I. Quand se défère la garde-noble? ibid.		§. IV. De l'entretien des biens des mineurs, 93
§. II. Quand se défère la garde-bourgeoise, 78		§. V. De l'acquittement des dettes, 94
§. III. De l'acceptation de la garde, tant noble que bourgeoise, 79		§. VI. Des autres charges que le gardien est tenu d'acquitter, 98
SECTION III.		§. VII. Si le gardien noble est tenu des dettes et autres charges <i>ultra vires</i> , et s'il est restituable contre l'acceptation de la garde, 100.
En quoi consiste le droit de garde? 82		SECTION IV.
ART. I. §. I. Des biens sujets à la garde, et des différents droits du gardien par rapport à ces biens, 85		Des manières dont la garde finit, 101
§. II. Du droit qu'a le gardien noble, de jouir des immeubles de la succession du prédécédé, 85		§. I. Quand finit la garde-noble? ibid.
§. III. Du gain des meubles, que quelques coutumes attribuent en propriété au gardien noble, 89		§. II. Quand finit la garde-bourgeoise? 103.
ART. II. Des obligations et des charges de la garde-noble, 90		SECTION V.
		Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels? 104

---

## TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

---

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 109	préciput légal des nobles; à quelles personnes les coutumes l'accordent-elles, et en quel cas? 110.
ARTICLE PREMIER.	
Quand y a-t-il ouverture au	

ARTICLE II.	§. I. Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal,	116
Quelles choses comprend ce préciput ?		114
ARTICLE III.	§. II. Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris,	117
Des charges du préciput légal,		116

## TRAITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	121	SECT. II. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque?	
Ce que c'est que l'hypothèque, et ses différentes espèces,	ibid.	Par qui peuvent-elles être hypothéquées ? Et pour quelles dettes ?	132
CHAPITRE PREMIER.		§. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque ?	ibid.
De ce qui concerne la création de l'hypothèque,	123	§. II. Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées ?	134
SECT. I. Quelles sont les causes qui produisent l'hypothèque ?	ibid.	§. III. Pour quelles dettes peut-on hypothéquer ?	138
ART. I. De l'hypothèque qui naît des actes devant notaires,	ibid.	CHAPITRE II.	
§. I. Observations générales,	ibid.	Des effets de l'hypothèque, et des actions qui en naissent,	141
§. II. Quels notaires sont compétents, pour que leurs actes puissent produire hypothèque ?	124	SECT. I. De l'action hypothécaire simplement dite,	142
§. III. Des formes dont doivent être revêtus les actes des notaires, pour produire hypothèque,	126	ART. I. De la nature de l'action hypothécaire simplement dite. Par qui, et contre qui s'intente-t-elle ?	ibid.
§. IV. Des actes sous signature privée, reconnus par-devant notaires, et en justice,	127	ART. II. De l'exception de discussion et des autres qui peuvent être opposées contre l'action hypothécaire,	144
ART. II. De l'hypothèque des jugements,	128		
ART. III. De l'hypothèque que produit la loi seule,	130		

- §. I. De la nature de cette exception, et en quel temps peut-elle être opposée ? 144
- §. II. Par qui, et à l'égard de quelles créances cette exception peut-elle être opposée ? 145
- §. III. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter, et aux frais de qui ? 147
- §. IV. De l'exception qui peut être opposée contre l'action hypothécaire, pour raison des impenses faites à l'héritage, 148
- §. V. De l'exception qui résulte de la garantie, 150
- §. VI. De l'exception *cedendarum actionum*, 152
- ART. III. De l'effet de l'action hypothécaire, 155
- SECT. II. Des autres actions qui naissent de l'hypothèque, 160
- §. I. De l'action personnelle hypothécaire, *ibid.*
- §. II. De l'action d'interruption, 163
- SECT. III. De l'exécution des hypothèques; de leur subrogation d'une créance à une autre, et de l'ordre entre les créanciers hypothécaires, 164

## APPENDICE.

De ce qu'il y a de particulier touchant l'ordre et le rang des hypothèques sur les offices, 176

## CHAPITRE III.

Des manières dont s'éteint l'hypothèque, 177

- §. I. De l'extinction de la chose hypothéquée, 178
- §. II. Du cas auquel le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, et de la confusion, 180
- §. III. De l'extinction de l'hypothèque, par la résolution et extinction du droit du propriétaire qui l'a constituée, 182
- §. IV. De l'extinction de l'hypothèque, par l'extinction de la dette pour laquelle elle a été constituée, 183
- §. V. De l'extinction de l'hypothèque, par la remise expresse ou tacite que fait le créancier, de son droit d'hypothèque, 186
- §. VI. De la prescription de l'hypothèque, et de quelques autres manières introduites par les lois, pour purger les hypothèques, 191

## CHAPITRE IV.

- Du nantissement, 193
- ART. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement; des choses qui en sont susceptibles; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes, *ibid.*
- §. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement, *ibid.*
- §. II. Quelles choses sont susceptibles du nantissement? Des personnes qui peuvent constituer cette espèce de

gagé, et pour quelles dettes ?	194	§. III. De l'obligation du débiteur qui a donné une chose en nantissement, envers le créancier à qui il l'a donnée,	200
ART. II. Des effets du nantissement,	195		
§. I. Du droit du créancier, dans la chose qui lui a été donnée en nantissement,	ibid.	CHAPITRE V.	
§. II. De l'engagement du créancier envers le débiteur, produit par le contrat de nantissement,	198	De l'antichrèse, et du contrat pignoratif,	201
		ART. I. De l'antichrèse, ibid.	
		ART. II. Du contrat pignoratif,	205

## TRAITÉ DES SUBSTITUTIONS.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	207	publication des substitutions,	214
SECTION PREMIÈRE.		§. II. Quelles substitutions sont sujettes aux formalités de l'insinuation et de la publication,	215
Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires; de leurs différentes natures, suivant les différents actes qui les contiennent, et de leurs formalités, tant intrinsèques qu'extrinsèques,	209	§. III. Où l'insinuation et la publication des substitutions doivent-elles se faire?	216
ART. I. Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires,	ibid.	§. IV. Comment se fait la publication et l'insinuation des substitutions,	218
ART. II. De la différente nature des substitutions, suivant les différents actes qui les contiennent,	211	§. V. Dans quels temps doivent se faire la publication et l'insinuation des substitutions,	219
ART. III. Des formalités intrinsèques des substitutions,	213	§. VI. Par quelles personnes le défaut de publication ou d'insinuation peut-il être opposé ?	ibid.
ART. IV. Des formalités extrinsèques des substitutions,	214	§. VII. Contre qui le défaut de publication et d'insinuation peut-il être opposé ?	221
§. I. De l'insinuation et de la		SECTION II.	
		Des termes qui expriment	

- ou non les substitutions; quand en doit-on supposer de tacites? Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle; et quand doit-on supposer quelque degré qui n'est pas exprimé? 222
- ART. I. Des termes qui expriment ou non les substitutions, ibid.
- ART. II. Quand doit-on supposer une substitution ou fidéicommiss tacite? 224
- ART. III. Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle, et quand doit-on supposer un degré de substitution qui n'est pas exprimé? 225
- ART. III. De la substitution qui résulte de la défense d'aliéner, 248
- §. I. Quelles espèces de défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes? ibid.
- §. II. Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors la famille? 250
- §. III. Quelles aliénations donnent ouverture à cette substitution? 251
- §. IV. Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille? 254

## SECTION III.

De l'interprétation des substitutions fidéicommissaires; de l'interprétation de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, et de quelques espèces particulières de substitutions, 236

ART. I. Règles sur l'interprétation des substitutions, et sur celles de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, ibid.

ART. II. Des substitutions d'une famille, et de la substitution de celui de la famille ou de celui des enfants que le grevé a choisi, 241

§. I. Des substitutions d'une famille, ibid.

§. II. De la substitution de celui de la famille que le grevé a choisi, 244

## SECTION IV.

Des personnes qui peuvent faire des substitutions; de celles qui y peuvent être appelées, ou en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence? Et des choses qui en peuvent être l'objet, 255

ART. I. Des personnes qui peuvent faire des substitutions; de celles qui peuvent y être appelées; ou de celles qui en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence, ibid.

§. I. Des personnes qui peuvent faire des substitutions, ibid.

§. II. Des personnes qui peuvent être appelées à une substitution, ibid.

§. III. Des personnes qui peuvent être grevées de substitution, 257

§. IV. En quel temps pouvons-

nous grever quelqu'un de substitution ? 258	exercée, et sur quels biens ? 288
§. V. Jusqu'à quelle concurrence pouvons-nous grever quelqu'un de substitution ? 261	§. VII. Si l'aliénation ou l'engagement des biens substitués pourroit être permis dans des cas très-favorables ? ibid.
ART. II. Des choses dont les substitutions peuvent être l'objet, 262	ART. III. Troisième principe et ses corollaires, 289
§. I. Des choses dont sont composées les substitutions universelles pures et simples, ibid.	ART. IV. Des obligations que l'ordonnance impose au grevé de substitution, lorsqu'il recueille les biens substitués, 292
§. II. Des choses dont on doit faire déduction, et tenir compte au grevé sur les biens substitués, dans les substitutions universelles, 269	§. I. De l'inventaire, ibid.
§. III. Des substitutions universelles faites sous certaines conditions, 273	§. II. De la publication, de l'insinuation et de l'ordonnance pour se mettre en possession, 293
§. IV. Des choses qui peuvent être l'objet des substitutions particulières, 276	§. III. De la vente des meubles, et emploi des deniers, ibid.
SECTION V.	
De l'effet des substitutions avant leurs ouvertures, et des obligations du grevé, 277	De l'ouverture des substitutions; de l'effet de cette ouverture, et des actions qui en naissent, 294
ART. I. Premier principe et ses corollaires, 278	ART. I. De l'ouverture des substitutions, ibid.
ART. II. Second principe et ses corollaires, 280	§. I. Ce que c'est, et quand elle est ouverte, ibid.
§. I. Motifs de cette hypothèque subsidiaire, et en quel cas a-t-elle lieu ? 281	§. II. La restitution anticipée des biens substitués équivolle-t-elle à une ouverture de substitution ? 296
§. II. A l'égard de quelles personnes ? 282	ART. II. De l'effet de l'ouverture des substitutions, et des actions qui en naissent, 299
§. III. A-t-elle lieu dans tous les degrés ? 284	§. I. Principes sur ces effets, ibid.
§. IV. A l'égard de quels mariages ? ibid.	§. II. Des actions et de l'hypothèque du substitué, 301
§. V. Pour quelles causes ? 286	
§. VI. Par qui peut-elle être	

## SECTION VII.

Comment s'éteignent les substitutions ?	302	substitutions, par l'extinction des choses sujettes à la substitution, et par la défaillance des conditions dont elles dépendent, et dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé,	310
ART. I. De l'extinction des substitutions de la part de l'auteur de la substitution, ou de la part de l'héritier,	ibid.	§. I. De l'extinction des choses sujettes à la substitution,	ibid.
§. I. De l'extinction des substitutions de la part de leur auteur,	ibid.	§. II. De l'extinction des substitutions, par la défaillance des conditions,	311
§. II. De l'extinction des substitutions de la part de l'héritier,	303	§. III. De l'extinction des substitutions dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé,	312
ART. II. De l'extinction des substitutions de la part du substitué,	305	ART. IV. D'une manière dont s'éteignent les substitutions, particulières aux substitutions graduelles, par l'accomplissement du nombre des degrés limités par l'ordonnance,	ibid.
§. I. Quand se fait la répudiation d'une substitution ?	ibid.		
§. II. Comment se fait la répudiation d'une substitution ?	306		
§. III. De l'effet de la répudiation.	307		
ART. III. De l'extinction des			

---

 TRAITÉ DES SUCCESSIONS.
 

---

ARTICLE PRÉLIMINAIRE,	320	§. II. Des François qui ont perdu les droits de citoyens, par une abdication de leur patrie, et établissement en pays étranger,	324
CHAPITRE PREMIER.		§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale,	325
Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession, et de celles qui sont capables de succéder,	321	§. IV. Des religieux,	326
SECT. I. Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession, ibid.		§. V. Des serfs mortallables,	ibid.
§. I. Des étrangers ou aubains non naturalisés,	323		

SECT. II. Des personnes qui peuvent succéder, 327	rent, du droit de succéder, 330
ART. I. De l'existence nécessaire pour succéder, <i>ibid.</i>	§. I. De l'exhérédation, <i>ibid.</i>
ART. II. De la vie civile nécessaire pour succéder, 330	QUEST. I. Qui peut-on exhéréder, et pour quelles causes? 331
§. I. Des aubains, 331	QUEST. II. Comment se doit faire l'exhérédation? 333
§. II. Des personnes établies en pays étranger, 332	QUEST. III. A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation? 334
§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale, <i>ibid.</i>	QUEST. IV. Quels sont les effets de l'exhérédation? <i>ibid.</i>
§. IV. Des religieux, 335	QUEST. V. Si l'effet de l'exhérédation s'étend aux enfants de l'exhéréde? 336
ART. III. De la parenté, 336	QUEST. VI. Quand l'exhérédation est-elle censée révoquée? <i>ibid.</i>
§. I. Ce que c'est que parenté, <i>ibid.</i>	§. II. De l'indignité, 337
§. II. Des lignes et degrés de parenté, 337	§. III. Des renonciations aux successions futures, 338
§. III. Quelle parenté donne droit de succéder, 339	QUEST. I. Qui sont ceux qui peuvent faire ces renonciations, et en faveur de qui? 339
§. IV. Quelles conjonctions sont légitimes? 340	QUEST. II. Au profit de quelles personnes la renonciation est-elle présumée faite, lorsque cela n'est pas exprimé? <i>ibid.</i>
§. V. De la légitimation par mariage subséquent, 345	QUEST. III. A quelles successions futures se font ces renonciations? 361
QUESTION I. Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent? <i>ibid.</i>	QUEST. IV. Par quel acte, et comment se font ces renonciations? <i>ibid.</i>
QUEST. II. Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime? 347	QUEST. V. Quand s'éteignent ces renonciations aux successions futures? 363
QUEST. III. S'il est nécessaire que le mariage soit accompagné d'un contrat devant notaire, pour opérer la légitimation, 348	§. IV. De l'exclusion de succéder que donnent certaines coutumes aux filles mariées, 367
QUEST. IV. Quel est l'effet de cette légitimation, qu'on appelle <i>per subsequens matrimonium</i> ? <i>ibid.</i>	
§. VI. De la légitimation par lettres, 350	
ART. IV. Des causes qui peuvent exclure un pa-	

SECT. III. Des choses auxquelles on peut succéder, 368	ritages qui y sont sujets? 395
	Du manoir, ibid.
	Si l'ainé peut prendre pour son manoir, la créance d'un manoir, ou une rente à prendre sur un manoir, 401
CHAPITRE II.	Si l'ainé peut prendre un manoir dans chacune des successions de père, mère, aïeul, etc. 402
De l'ordre de succéder, 369	Autres cas auxquels l'ainé ne peut prétendre le préciput d'un manoir entier, 408
SECT. I. De la succession de la ligne descendante du défunt, ibid.	Cas auquel l'ainé peut avoir plusieurs préciputs de manoir dans la succession d'une même personne, 409
ART. I. Du droit de représentation en ligne directe, 370	De la portion avantageuse de l'ainé, dans le surplus des biens nobles, ibid.
§. I. Quelles personnes peuvent succéder par représentation? 371	§. V. A quel titre l'ainé a-t-il son droit d'ainesse? 412
§. II. Qui peut-on représenter? 372	§. VI. Si les père ou mère peuvent donner atteinte au droit d'ainesse, ibid.
§. III. De l'effet de la représentation, 374	§. VII. Disposition particulière de la coutume d'Orléans, qui permet aux père et mère d'exclure le droit d'ainesse dans les fiefs qu'ils acquièrent, 414
§. IV. De la représentation à l'effet simplement de partager, 377	De la nature et de la forme de cette déclaration. 415
ART. II. Du droit d'ainesse, 379	Des héritages qui sont susceptibles de cette déclaration, ibid.
§. I. A qui les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles le droit d'ainesse? ibid.	Par qui la déclaration permise par cet article, peut-elle être faite? 417
§. II. Sur quels biens les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles un droit d'ainesse? 384	Pour quelle succession? ibid.
§. III. Comment les choses sur lesquelles l'ainé exerce son droit d'ainesse, doivent-elles appartenir à la succession, 389	§. VIII. Si l'ainé peut renoncer à son droit d'ainesse, 418
Des choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite, ibid.	§. IX. De quelques prére-
Des choses dont le défunt n'étoit point en tout propriétaire, et n'avoit que la seule possession civile, 393	
§. IV. En quoi consiste le droit d'ainesse sur les hé-	

- gatives du droit d'ainesse, 419
- SECT. II. De la succession dé-  
férée aux ascendants, 420
- ART. I. De la succession des  
ascendants aux meubles et  
acquêts, selon les coutumes  
de Paris et d'Orléans, 421
- ART. II. De la succession des  
ascendants aux propres qui  
ne sont pas de leur côté, 422
- Tempérament apporté par les  
articles 314 de Paris, et 316  
d'Orléans, 424
- A quelles personnes cette suc-  
cession est-elle accordée,  
et en quel cas? 425
- Quels sont les héritages dont  
l'usufruit est accordé au  
survivant, par ces articles? 427
- A quel titre le survivant a-t-il  
l'usufruit qui lui est accordé  
par cette disposition de cou-  
tume? 432
- Si ce droit a lieu dans les  
coutumes qui ne s'en expli-  
quent pas? 433
- ART. III. De la succession dé-  
férée aux ascendants du  
défunt des propres de leur  
côté, ibid.
- §. I. Du cas des articles 315  
de Paris, et 317 d'Orléans,  
ibid.
- §. II. Des cas des articles 313  
de Paris, et 315 d'Orléans,  
436
- De quelles choses ces cou-  
tumes déferent-elles, par  
ces articles-là, succession à  
l'ascendant donateur? ibid.
- Quelles personnes sont préfé-  
rées à l'ascendant dona-  
teur, et à quelles personnes  
l'est-il? 437
- A quel titre l'ascendant dona-  
teur succède-t-il aux choses  
par lui données? 439
- §. III. Des autres cas aux-  
quels les père, mère et au-  
tres ascendants, succèdent  
aux propres de leurs des-  
cendants, ibid.
- SECT. III. De l'ordre de suc-  
céder en succession colla-  
térale, 441
- ART. I. De la représentation  
en ligne collatérale, ibid.
- §. I. De la représentation qui  
a lieu dans les coutumes de  
Paris et d'Orléans, en fa-  
veur des neveux et nièces,  
ibid.
- §. II. De la représentation  
dans les coutumes qui l'ad-  
mettent, en collatérale, à  
l'infini, 450
- §. III. Du rappel qui sup-  
plée à la représentation,  
452
- QUEST. II. De la prérogative  
du double lien, 456
- §. I. Ce que c'est que double  
lien, ibid.
- §. II. Quelle loi a établi la  
prérogative du double lien,  
et quelle est la variété des  
coutumes sur cette ma-  
tière? 457
- §. III. Si la prérogative du  
double lien a lieu dans les  
coutumes qui ne s'en sont  
pas expliquées? ibid.
- §. IV. En faveur de quels  
parents la prérogative du  
double lien a-t-elle lieu par  
la Nouvelle, et dans les cou-  
tumes qui s'y sont confor-  
mées? 459
- §. V. Dans les coutumes qui  
ont exprimé les parents

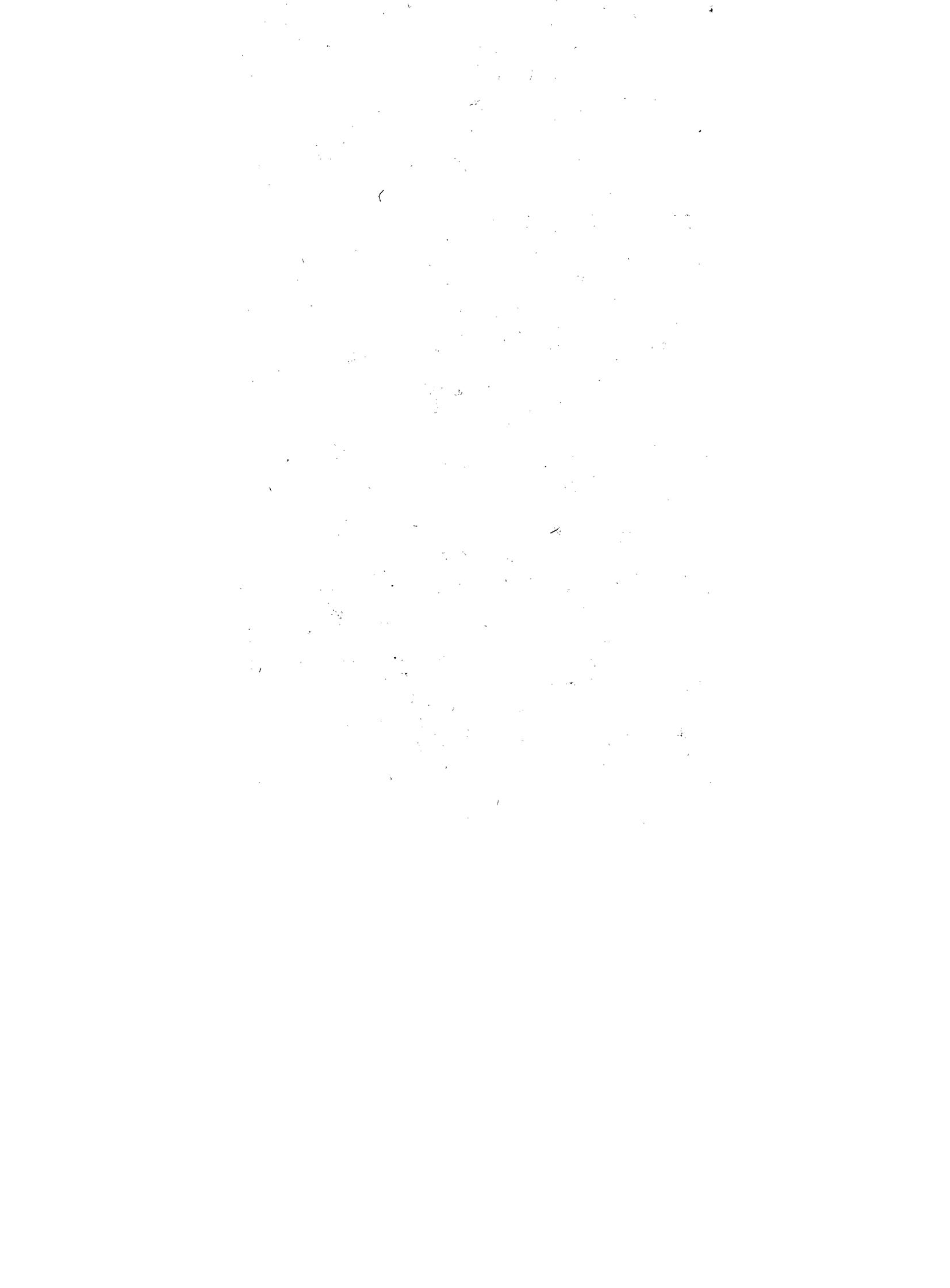
auxquels elles accordoient la prérogative du double lien, peut-elle être étendue à d'autres ?	461	§. II. De l'ouverture de la succession d'une personne, par sa profession religieuse,	480
§. VI. Dans les coutumes qui accordent, en termes généraux, la prérogative du double lien, quels parents sont censés compris dans la disposition ?	462	§. III. De l'ouverture de la succession, par la condamnation à une peine capitale,	481
§. VII. Sur quels parents la prérogative du double lien peut-elle être exercée ?	463	SECT. II. Comment s'acquièrent les successions ? et de la règle <i>le mort saisit le vif</i> ,	482
§. VIII. A quels parents et sur quels parents la coutume d'Orléans accorde-t-elle la prérogative du double lien ?	464	SECT. III. De l'acceptation des successions,	486
§. IX. Pour quelles espèces de biens a lieu la prérogative du double lien ?	465	ART. I. De l'acceptation pure et simple,	487
ART. III. De la prérogative de masculinité dans la succession collatérale des fiefs,	467	§. I. Comment accepte-t-on une succession ?	ibid.
ART. IV. De la succession des propres,	472	§. II. Par qui une succession peut-elle être acceptée ?	492
CHAPITRE III.		§. III. Quand une succession peut-elle être acceptée ?	493
De l'ouverture des successions ; comme elles s'acquièrent ; et de la règle <i>le mort saisit le vif</i> ; comment elles s'acceptent, et comment elles se répudient ; du temps accordé à l'héritier pour délibérer,	477	§. IV. De l'effet de l'acceptation d'une succession ; et de la restitution contre l'acceptation,	497
SECT. I. De l'ouverture des successions,	ibid.	ART. II. De l'acceptation de succession sous le bénéfice d'inventaire,	499
§. I. De l'ouverture de la succession d'une personne, par sa mort naturelle, et quand est présumée ouverte celle d'un absent dont on n'a point de nouvelle,	478	§. I. De la nature de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire ;	ibid.
		§. II. Un testateur peut-il défendre que son héritier ait recours au bénéfice d'inventaire ?	500
		§. III. Quelles choses sont requises pour le bénéfice d'inventaire ?	ibid.
		De l'inventaire,	502
		§. IV. De l'administration de l'héritier bénéficiaire,	503
		§. V. De ce que doit observer l'héritier bénéficiaire, tou-	

- chant la vente des effets de la succession, 504
- §. VI. Premier effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que l'héritier n'est pas tenu envers les créanciers sur ses propres biens, mais seulement à un compte de ce qu'il a reçu de ceux de la succession, 506
- §. VII. Du second effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que les droits et actions que l'héritier avoit contre le défunt, ne se confondent point, 509
- §. VIII. Du troisième effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste à pouvoir renoncer aux biens de la succession, 511
- §. IX. Contre quels créanciers le bénéfice d'inventaire a-t-il lieu? 513
- ART. III. De la préférence que les coutumes donnent à l'acceptation pure et simple, sur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, *ibid.*
- §. I. Origine de cette préférence, et sur quoi elle est fondée, *ibid.*
- §. II. Quels héritiers bénéficiaires peuvent être exclus par les héritiers purs et simples, 515
- §. III. Quelles personnes peuvent exclure l'héritier bénéficiaire, en se portant héritiers simples, 516
- §. IV. Quand et comment l'héritier simple exclut-il l'héritier bénéficiaire, et comment l'héritier bénéficiaire peut-il éviter l'exclusion? 520
- §. V. De l'effet de l'exclusion de l'héritier bénéficiaire, par l'héritier simple, 521
- SECT. IV. De la répudiation des successions, 525
- §. I. Par qui une succession peut-elle être demandée? 526
- §. II. Quand peut-on répudier une succession? 527
- §. III. Comment répudie-t-on une succession? *ibid.*
- §. IV. De l'effet de la répudiation d'une succession; et à qui le droit du renonçant accroît ou est dévolu, 528
- §. V. Comment cela s'entend-il? *ibid.*
- SECT. V. Du temps accordé à l'héritier, pour délibérer sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation des successions, 529
- CHAPITRE IV.
- Du partage des successions, et des rapports qui s'y font, 532
- ART. I. De l'action de partage, *ibid.*
- §. I. En quel cas a lieu le partage? 533
- §. II. Quelles personnes peuvent provoquer à partage, et y être provoquées, 535
- §. III. Quels sont les objets de l'action de partage? 537
- ART. II. Des rapports auxquels sont obligés les enfants qui viennent à la succession de leurs ascendants, 539

- §. I. Des différentes classes des coutumes touchant le rapport auquel sont obligés les enfants, des avantages qui leur ont été faits, et quel est le droit général sur cette matière, *ibid.*
- §. II. Quels avantages sont sujets à rapport? 541
- §. III. Quelles choses sont exceptées de la loi du rapport, ou n'y sont pas comprises? 549
- §. IV. A qui faut-il que la donation ait été faite, pour qu'il y ait lieu au rapport? 552
- §. V. A la succession de qui se fait le rapport? 558
- §. VI. A qui est dû le rapport? 560
- §. VII. En quoi consiste l'obligation du rapport? 561
- §. VIII. De l'effet du rapport, et de l'alternative de moins prendre, 570
- ART. III. Du rapport en succession collatérale, et de l'incompatibilité des qualités d'héritier et légataire, 571
- §. I. Variétés des coutumes sur ce rapport, et auxquelles on doit s'arrêter, *ibid.*
- §. II. De la disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, sur l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, et en quel cas elle peut avoir lieu, 573
- ART. IV. De la manière dont on procède au partage, et des licitations, 579
- ART. V. De l'effet des partages et licitations, et des actions de garantie qui en naissent, 582
- §. I. De l'effet des partages, *ibid.*
- §. II. Des différentes espèces de retour de partage, 584
- §. III. De la garantie de partage, 586
- §. IV. De l'hypothèque privilégiée pour les obligations résultantes du partage, 593
- ART. VI. De la rescision des partages, 594
- CHAPITRE V.
- Des dettes et autres charges des successions, 596
- ART. I. Quelles sont les dettes et autres charges des successions? *ibid.*
- ART. II. De ceux qui sont tenus des dettes et charges des successions, 597
- §. I. Des héritiers, *ibid.*
- §. II. De ceux qui sont aux droits des héritiers, 608
- §. III. Des donataires et légataires universels et autres successeurs universels, 609
- ART. III. Comment et pour quelle part ceux qui sont tenus des charges d'une succession en sont-ils tenus? 612
- §. I. Les héritiers sont tenus des dettes d'un défunt, pour la part dont ils sont héritiers, même au delà des forces de la succession, *ibid.*
- §. II. Pour quelle portion les héritiers sont-ils tenus des dettes? 614

§. III. Pour quelle part l'aîné contribue-t-il aux dettes? 616	ritiers et successeurs universels sont-ils tenus des legs, 621
§. IV. Pour quelle part les donataires et légataires universels, et autres successeurs universels contribuent-ils aux dettes? 619	ART. IV. Des actions des créanciers et légataires contre les héritiers et autres successeurs universels, 622
§. V. Des dettes indivisibles, ibid.	CHAPITRE VI.
§. VI. Pour quelle part les hé-	Des successions irrégulières, 629

FIN DE LA TABLE.



# TRAITÉ

DES

CENS.

---

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

**L**E contrat de bail à cens est un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage ou d'un autre droit immobilier l'aliène, sous la réserve qu'il fait de la seigneurie directe, et d'une redevance annuelle en argent ou en fruits, qui doit lui être payée par le preneur ou ses successeurs, en reconnaissance de ladite seigneurie.

Cette redevance annuelle s'appelle *cens*.

L'héritage chargé de cette redevance, à la charge de laquelle il a été concédé, est ce qu'on appelle un héritage *censuel*.

Le possesseur de cet héritage s'appelle *censitaire*.

Celui à qui est due cette redevance reconnitive de la seigneurie directe qui est par-devers lui, est ce qu'on appelle *le seigneur de censive*.

On appelle *censive* le droit de seigneurie directe qu'a le seigneur sur les héritages donnés à titre de *cens*.

Il résulte de la définition que nous avons donnée, qu'il est de l'essence du contrat de bail à cens, qu'il contienne la réserve de la part du bailleur de la seigneurie directe, et d'un droit

de redevance annuelle recognitive de ladite seigneurie.

En cela, le bail à cens diffère du simple bail à rente foncière, lequel ne contient la réserve d'aucune seigneurie directe de l'héritage, mais d'une simple charge et redevance foncière.

En cela aussi, le cens diffère de la simple rente foncière. Le cens est une redevance seigneuriale, c'est-à-dire, recognitive de la seigneurie directe qui est par-devers celui à qui il est dû; et, en conséquence, le cens est imprescriptible. Au contraire, la rente foncière n'est point seigneuriale, mais une simple charge de l'héritage; et, en conséquence, cette rente est prescriptible.

De ce que nous venons de dire, il suit qu'il n'y a que le propriétaire de l'héritage, dont le droit de propriété renferme quelque seigneurie honorifique de l'héritage, qui puisse le donner à cens.

Il n'est pas douteux que celui qui tient un héritage, en franc-aleu, ne le puisse donner à cens; car, ne reconnoissant aucun seigneur, il a par-devers lui toute la seigneurie de l'héritage; et, par conséquent, il peut, en le donnant à cens, s'en réserver la seigneurie directe et honorifique.

Le propriétaire d'un héritage, qui le tient à titre de fief, peut aussi le donner à cens; car, quoiqu'il ne soit lui-même qu'un seigneur utile vis-à-vis de celui de qui il tient son héritage en fief, néanmoins cette seigneurie utile qu'il a, n'est pas bornée à ce qu'il y a de purement utile dans la seigneurie; elle renferme aussi une seigneurie honorifique de l'héritage, quoique subordonnée à celle du seigneur de qui il relève en fief. Il peut en conséquence se qualifier seigneur de l'héritage qu'il tient en fief; il jouit de tous les honneurs et droits honorifiques

qui peuvent y être attachés; il y a le droit de chasse, qui est un des droits, *quæ in honore magis quàm in utilitate consistunt*. Cette seigneurie honorifique qu'il a, peut faire la matière de la seigneurie directe qu'il doit se réserver en donnant son héritage à cens.

Au contraire, le propriétaire d'un héritage, qui le tient lui-même à cens, ne peut pas en faire un bail à cens, selon la maxime : *Cens sur cens n'a lieu*. Coutume d'Orléans, art. 122. La raison est, que son droit de propriété ne contenant rien d'honorifique, mais seulement ce qu'il y a de purement utile, il n'a aucune seigneurie honorifique et directe qu'il puisse se retenir sur le cens; et, par conséquent, il ne peut le donner à cens, ne pouvant y avoir de bail à cens, sans réserve de la seigneurie directe de la part du bailleur.

Si, dans le fait, le propriétaire d'un héritage censuel avoit fait un bail de cet héritage, pour une certaine redevance annuelle et perpétuelle, qui, par le bail, auroit été qualifiée de cens, ce bail ne seroit qu'un simple bail à rente foncière; et cette redevance, quoique qualifiée de cens, ne seroit qu'une simple rente foncière, non seigneuriale et sujette à prescription.

Un tel bail ne feroit point encourir de droits de ventes aux mutations, à moins qu'ils n'eussent été expressément stipulés; et, s'ils avoient été stipulés, ils seroient dûs, non comme droits seigneuriaux, mais comme simples charges foncières.

Nous traiterons séparément du cens annuel, et des autres différents droits dont les censitaires sont tenus, tels que le défaut faute de paiement du cens au jour et au lieu nommés; les profits qui sont dûs en cas de vente; le dépris auquel est

obligé l'acquéreur d'un héritage censuel, et l'amende faute de dépris; la reconnoissance censuelle. Nous traiterons ensuite de la saisie censuelle, et des autres actions qu'ont les seigneurs de censive, pour être payés de leurs droits censuels. Enfin, nous traiterons de quelques espèces particulières de censives dans la coutume d'Orléans.

---

---

---

**SECTION PREMIÈRE.**

Du cens, et du défaut faute de paiement du cens.

**ARTICLE PREMIER.**

De la nature du cens.

Le cens est une redevance annuelle en argent ou en fruits, imposée sur l'héritage lors du bail à cens, qui est due par le possesseur de l'héritage censuel au seigneur deensive, en reconnaissance de sa seigneurie.

§. I. De la foncialité du cens, et si les possesseurs en sont tenus personnellement.

Le cens étant une redevance imposée sur l'héritage, est une charge de l'héritage; il est dû principalement par l'héritage, le possesseur de l'héritage ne le doit qu'en sa qualité de possesseur de l'héritage; d'où il suit qu'il peut s'en libérer pour l'avenir, en aliénant ou déguerpissant l'héritage.

Mais, quoique le cens soit principalement dû par l'héritage, le possesseur ne laisse pas d'être débiteur personnel des arrérages de cens courus pendant le temps de sa détention, et celle de ceux dont il est héritier; car celui qui prend un héritage à cens, s'oblige envers le bailleur, par le contrat de bail à cens, à la prestation du cens, pour tout le temps que lui ou ses héritiers seront possesseurs de l'héritage; et pareillement le tiers détenteur s'oblige, *ex quasi contractu*, en acquérant l'héritage, à la prestation du cens, pendant que lui et ses héritiers seront détenteurs.

Il n'y a pas lieu à cet égard, comme à l'égard des rentes foncières, à la distinction si le détenteur a acquis ou non à la charge du cens; car, n'y ayant nulle terre sans seigneur, la charge de la prestation des droits seigneuriaux est toujours sous-entendue.

§. II. Si le cens est indivisible ou divisible?

Le cens, comme les rentes foncières, est dû pour le total, non-seulement par la totalité de l'héritage qui a été donné.

à la charge de ce cens, mais par toutes et chacune des parties dont cet héritage est composé.

C'est pourquoi, de droit commun, lorsqu'un héritage donné à quelqu'un à cens, est par la suite divisé en plusieurs personnes, les détenteurs de chaque partie de l'héritage sont tenus chacun solidairement du cens envers le seigneur de censive.

Il en est autrement dans la coutume d'Orléans, *art. 121*; de Blois, *art. 129*; et de Dunois, *art. 46*. Le cens y est divisible, et il se divise en effet, lorsque l'héritage chargé du cens vient à se diviser entre plusieurs personnes : chaque détenteur de chaque partie de l'héritage n'est tenu que d'une portion du cens proportionnée à la part qu'il a dans l'héritage : et, en cela, le cens, dans cette coutume, est différent de la rente foncière. La raison de différence est, que la rente foncière n'ayant d'autre objet que la somme due, le seigneur de rente foncière à qui elle est due, souffrirait préjudice de la division, s'il étoit obligé de recevoir cette somme par parcelles, et de s'adresser à plusieurs pour en être payé.

Au contraire, le cens étant plus honorifique qu'utile, l'objet du cens, et l'intérêt principal du seigneur de censive consistant plutôt dans la reconnaissance de sa seigneurie, que dans la somme modique qui est payée en reconnaissance d'icelle, cet intérêt du seigneur n'est point blessé par la division du cens ; au contraire, il se trouve avoir plus d'honneur de pouvoir obliger un grand nombre de censitaires à le reconnoître, que d'être reconnu par un seul.

Comme c'est la division de l'héritage censuel qui opère cette division du cens, si cette division cesse, et que toutes les parties de l'héritage qui avoit été divisé entre plusieurs personnes, se réunissent par la suite en une seule, la division du cens cessera ; et cette personne, devenue propriétaire de tout l'héritage, ne sera pas recevable à payer le cens par parties, pour les différentes parties de l'héritage qu'elle a acquises successivement.

Si plusieurs possèdent par indivis l'héritage censuel, chacun d'eux est tenu solidairement du cens ; car ce n'est que la division de l'héritage qui opère la division du cens.

### §. III. De l'imprescriptibilité du cens.

Le cens est une redevance seigneuriale, est imprescripti-

ble : car c'est un principe avoué de tous, que les devoirs seigneuriaux sont imprescriptibles.

Selon la maxime, *nulle terre sans seigneur*, qui a lieu dans ces provinces, le possesseur d'un héritage est censé le posséder comme le tenant du seigneur connu ou inconnu duquel il relève; c'est pourquoi le seigneur possède en quelque façon l'héritage par son censitaire, qui ne peut conséquemment lui opposer aucune prescription contre sa seigneurie directe, ni par conséquent contre les devoirs dans lesquels elle consiste.

Le cens est à la vérité imprescriptible, parce que c'est dans le cens que réside la seigneurie directe du seigneur, qui, comme nous venons de le voir, est imprescriptible; mais la quotité du cens est prescriptible. Par exemple, si on a payé, pendant trente ans, deux sous de cens, pour un héritage qui avoit été donné pour quatre sous de cens, le censitaire aura acquis la libération de deux sous, parce que cette quotité ne touche point à la seigneurie directe, qui est aussi bien reconnue par une prestation de deux sous de cens, comme par une prestation de quatre. La coutume d'Orléans en a une disposition : *Droits censuels, et autres droits seigneuriaux ne se peuvent prescrire pour le tout, mais bien pour la quotité.* Orléans, art. 263; Paris, art. 124. Cette prescription de la quotité du cens s'acquiert par la possession en laquelle a été le censitaire, pendant tout le temps requis pour la prescription, de payer une certaine somme moindre que celle portée par les titres, laquelle possession fait présumer une réduction du cens à cette somme, et une remise du surplus; mais il faut pour cela que la prestation ait été uniforme. Si le censitaire eût payé tantôt une somme, tantôt une autre, il ne seroit point en possession de payer aucune somme certaine et déterminée; et, par conséquent, il n'y auroit point de prescription, et il en faudroit revenir au titre.

Le censitaire peut-il, par la prescription, être déchargé de la prestation d'une espèce plus précieuse pour une autre moins précieuse? Par exemple, si, pendant plus de trente ans, j'ai payé un boisseau d'orge pour cens, à la place d'un boisseau de blé, dont mon héritage étoit chargé: il a été jugé pour la négative par un arrêt célèbre de 1581, rendu au profit du roi de Navarre. La raison est, que la coutume ne permettant la prescription du cens, que pour la quotité, et non pour le tout, le censitaire ne peut se libérer par

prescription, que de quelque partie du boisseau de blé, et non pas de tout le boisseau de blé.

Il n'y a que le fonds du cens qui soit imprescriptible; les arrérages sont sujets à la prescription ordinaire; et le seigneur, lorsqu'elle n'a point été interrompue, n'en peut demander que vingt-neuf années; car ces arrérages, lorsqu'ils sont échus, ne sont plus qu'une créance, la seigneurie directe consiste dans le droit de se faire servir du cens à l'avenir.

§. IV. Si le cens est sujet à compensation.

De ce que le cens est reconnaissant de la seigneurie directe, il suit qu'il n'est pas sujet à compensation, et que le censitaire, quoique créancier de son seigneur de censive d'une plus grosse somme que n'est le cens qu'il lui doit, n'est pas dispensé pour cela d'aller, ou d'envoyer de sa part vers le seigneur de censive, aux jour et lieu nommés pour la réception des cens: car le cens ne consiste pas seulement dans l'utilité de la somme qui est due pour le cens, pour laquelle il pourroit y avoir lieu à la compensation, si le cens ne consistoit que dans cette utilité; mais il consiste principalement dans la reconnaissance de la seigneurie directe qui se fait par ce paiement; et, comme cette reconnaissance est quelque chose d'honorifique et d'inestimable, elle ne peut tomber en compensation.

*Quid?* si mon seigneur de censive étoit lui-même mon censitaire, pour raison d'autres héritages chargés envers moi d'une somme de cens pareille à celle que je lui dois, et payable à pareil jour, mais sans amende, ou sous moindre amende, serions-nous déchargés l'un envers l'autre d'aller payer le cens? Et pourroit-il prétendre contre moi le défaut, faute d'être allé lui payer le cens que je lui dois? Il y a une plus grande raison de douter, que dans l'espèce précédente; car ce que nous devons de part et d'autre est de même espèce, et consiste *in pari utilitate et in pari honore*. Or, la compensation a lieu lorsque les dettes dues de part et d'autre sont *in pari specie*. Néanmoins, Dumoulin, coutume de Paris, art. 85, décide fort bien qu'il ne peut y avoir lieu dans cette espèce à la compensation, et que nous ne sommes point déchargés, l'un envers l'autre d'aller payer le cens. La raison est, que la compensation ne peut avoir lieu, qu'elle ne donne à chacun ce qui lui appartient. Lorsque mon créancier de

dix écus me doit, *ex aliâ causâ*, dix écus, la compensation nous donne à chacun les dix écus qui nous appartiennent; car j'ai véritablement les dix écus qui me sont dûs, par la décharge d'autant que je dois: mais, dans cette espèce, la compensation ne donneroit pas à chacun ce qui lui appartient; car je ne suis pas reconnu, pour l'héritage qui relève de moi, par la décharge de reconnoître de ma part le seigneur duquel le mien relève. C'est pourquoi cette compensation ou décharge réciproque de nous reconnoître, ne nous donnant point à chacun ce qui nous appartient, ne peut avoir lieu: d'ailleurs, *monumenta censuum inturbarentur*.

Le cens n'est pas, à la vérité, sujet à compensation, en ce sens que le censitaire puisse être dispensé d'aller, ou d'envoyer quelqu'un de sa part, aux lieu et jour nommés, payer le cens, parce que la seigneurie ne seroit pas reconnue; mais il pourroit y être sujet en ce sens, qu'en allant par lui-même ou par quelqu'un de sa part, il pourroit offrir, au lieu de la somme d'argent qu'il doit pour le cens, une quittance de pareille somme sur ce qui lui est dû par le seigneur de censive; car cette offre équipolle au paiement réel de la somme de deniers due pour le cens, et paroît pouvoir renfermer une reconnoissance de la seigneurie, comme le paiement réel du cens.

§. V. Si la saisie-arrêt, faite par les créanciers du seigneur de censive sur les censitaires, de ce qu'ils doivent et devront à leur seigneur, les dispense d'aller porter le cens?

De ce que le cens est payé en reconnoissance de la seigneurie directe, et est plus honorable qu'utile, il suit que la saisie-arrêt que les créanciers d'un seigneur de censive font sur les censitaires de ce qu'ils devront à leur seigneur de censive, ne peut dispenser les censitaires d'aller, ou d'envoyer par-devers le seigneur de censive, aux jour et lieu nommés pour la réception des cens; car ce devoir de reconnoître leur seigneur ne peut être censé compris dans la saisie-arrêt qu'ont faite les créanciers, les choses qui consistent *in honore* n'en étant pas susceptibles.

Mais comme, dans la prestation du cens, il y a deux choses; la reconnoissance de la seigneurie qui se fait par cette prestation, qui est quelque chose d'honorifique et non sujette à la saisie, et la somme de deniers qui se paye pour le cens, et qui est quelque chose d'utile, et qui en conséquence pour-

roit être saisie, on pourroit peut-être penser que le censitaire, en ce cas, seroit tenu seulement d'aller aux jour et lieu nommés, dire qu'il est prêt à payer le cens, lorsque le seigneur lui rapportera main-levée de la saisie.

On peut aussi dire, sur-tout lorsque le cens est modique, qu'on ne doit point considérer dans le cens, la somme, à cause de sa modicité, et que le cens indistinctement n'est point susceptible de saisie, devant être considéré comme honorable plutôt qu'utile; et qu'en conséquence les censitaires, nonobstant la saisie, doivent le payer.

#### ARTICLE II.

##### Des différentes espèces de cens.

###### §. I. Différentes divisions.

On distingue ordinairement le cens en *chef-cens* et *sur-cens*. Le *chef-cens* est le cens proprement dit, la première redevance imposée à l'héritage, recognitive de la seigneurie directe. Le *sur-cens* est celle qui y est ajoutée; et ce sur-cens n'est pas proprement un cens, mais une simple rente foncière sujette à prescription.

On le distingue encore en *gros-cens* ou *cher-cens* et en *menu-cens*. Le *gros-cens* est celui pour lequel toute une métairie ou autre héritage a été donné en bloc, comme lorsqu'on a donné une métairie de cent arpents de terre, à la charge de cinquante sous de cens.

Si, par le bail à cens, le cens a été distribué et réparti sur chaque partie dont l'héritage est composé, comme si un héritage a été donné à cens, à la charge de deux sous de cens pour la maison, et de six deniers de cens pour chaque arpent, ce cens ainsi distribué est ce qu'on appelle *menu-cens*.

Dans la coutume d'Orléans, le *cher-cens* est pris dans une autre signification pour celui qui excède dix sous : *Art. 135.*

Enfin, on distingue le cens en cens portable et en cens requérable.

###### §. II. Du cens portable.

Le cens portable est celui que le censitaire, ou quelqu'un de sa part, doivent porter au seigneur de censive, à certain

jour et lieu nommés par le bail à cens ou par les reconnoissances censuelles : lorsqu'il n'y a aucun lieu marqué par les titres, et que le seigneur demeure dans l'étendue de sa censive, c'est au lieu de sa demeure que le cens doit être porté. S'il n'y demeure pas, il doit choisir un lieu dans l'étendue de sa censive où les cens doivent être portés, et le notifier à ses censitaires; et, jusqu'à ce qu'il le leur ait notifié, il ne peut faire contre eux aucune poursuite (*Coutume de Tours, art. 6.*); ni prétendre aucune amende, faute de paiement.

Le censitaire n'est pas obligé d'aller payer le cens en personne; il suffit que quelqu'un le paye de sa part: et, en cela, le cens est différent de la foi, qui doit être portée par le vassal en personne. La raison de différence est, que la foi consiste dans un hommage personnel, le cens est présumé portable. Il n'est pas même nécessaire que celui qui va le payer de sa part fasse apparoir d'un pouvoir de lui; le seigneur ne peut le refuser, faute de ce pouvoir. Le censitaire est présumé approuver ce qui se fait en son nom, et le seigneur est par-là suffisamment reconnu.

Si, néanmoins, le censitaire étoit en procès contre le seigneur sur le fonds du cens que la censitaire conteste, le seigneur seroit bien fondé à refuser le cens qu'un tiers sans pouvoir viendroit offrir au nom du censitaire; car le procès qu'a le censitaire dément ce qui se fait en son nom.

#### §. III. Du cens requérable.

Le cens requérable est celui que le seigneur doit envoyer demander en la maison du censitaire, selon notre coutume d'Orléans, *art. 133.* Le censitaire, lorsque le cens est requérable, a terme de vingt-quatre heures pour le payer, depuis qu'il en est requis.

Lorsqu'il y a plusieurs possesseurs par indivis de l'héritage sujet à un cens requérable, comme ils sont débiteurs solidaires de ce cens, il suffit que l'interpellation soit faite à l'un d'eux, pour constituer tous les autres en demeure.

#### ARTICLE III.

##### Du défaut.

Le défaut est une amende qu'encourt le censitaire, faute de paiement du cens.

## §. I. En quoi consiste l'amende ?

L'amende, faute de paiement du cens, est, selon la coutume de Paris, de cinq sous parisis, qui valent six sous trois deniers de la monnaie ordinaire, le sou parisis valant un quart en sus du sou ordinaire. Elle en excepte les héritages situés dans la ville et banlieue de Paris, qui ne sont point sujets à cette amende, s'il n'y a titre au contraire.

Dans notre coutume d'Orléans, cette amende est de cinq sous tournois (qui sont les sous ordinaires), ou de moins, selon la nature des censives, art. 102; c'est-à-dire, que si le bail à cens et la reconnaissance portent une moindre amende, il n'est dû que celles portées par lesdits titres.

Si les titres ne faisoient mention d'aucune, celle de cinq sous, qui est l'amende coutumière, seroit due : *Nam in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Si les titres portoient une amende plus forte que celle de la coutume, seroit-elle due ? Il sembleroit, par les termes dont la coutume s'est servie, ou de moins, selon la nature des censives, qu'elle n'auroit admis que les amendes moindres de cinq sous, et qu'elle auroit rejeté et condamné celles qui seroient de plus grande somme.

## §. II. Quand le défaut est-il encouru ?

Lorsque le cens est portable aux jour et lieu nommés, cette amende est encourue de plein droit par le censitaire, lorsqu'il a manqué de payer le cens aux jour et lieu nommés; quand même il viendroit le lendemain, il n'éviteroit pas la peine du défaut. S'il n'y avoit pas de lieu où le cens dût être payé, les censitaires n'encourroient aucune amende, faute de paiement, au jour nommé; mais, lorsque le seigneur leur aura notifié un lieu dans l'étendue de sa censive pour la réception des cens, si, depuis ladite notification, ils manquent de se trouver audit lieu, au jour auquel les cens doivent se payer, ils encourront l'amende.

S'il y a un lieu certain pour la réception des cens, mais qu'au jour auquel ils doivent se payer, l'abord en ait été fermé aux censitaires par quelque force majeure, comme par un débordement de rivière, peste, ou guerre, ils n'encourront point l'amende; car l'impossibilité fait cesser toutes les obligations. La maladie du censitaire ne l'excuse pas;

car il pourroit, quoique malade, envoyer quelqu'un payer le cens de sa part.

Sa minorité ne l'excuse pas non plus; elle ne doit pas empêcher que le seigneur ne doive être reconnu, et il doit suffire à ce mineur qu'il ait, pour l'amende qu'il a encourue faute de paiement du cens, un recours contre son tuteur; ou, s'il n'en avoit point, contre ceux qui étoient obligés de lui en faire nommer un. Pareillement on peut dire que, lorsque la succession du censitaire est vacante, le défaut ne laisse pas d'être encouru, faute de paiement du cens, aux jour et lieu nommés, sauf le recours de cette succession contre le curateur qui étoit obligé de l'envoyer payer; et, s'il n'y avoit point de curateur, ceux qui ont intérêt à la conservation des biens et droits de cette succession vacante, doivent s'imputer de n'en avoir pas fait élire un.

Le censitaire qui a offert le cens au jour et au lieu où il est dû, n'encourt pas l'amende de cens non payé, dans le cas où le seigneur auroit refusé de recevoir ses offres; il paroît même qu'il n'est pas nécessaire que le censitaire fasse suivre ses offres d'une consignation, le cens formant un objet trop modique.

L'on demande si le censitaire éviteroit l'amende, dans le cas où il se présenteroit à son seigneur au jour et au lieu fixés, non pour payer le cens, mais pour demander un délai de huitaine pour le paiement? Il paroît qu'il encourroit l'amende, le jour ayant été fixé pour le paiement, et non pour demander terme, et l'amende s'encourant faute de paiement. Si cependant le seigneur avoit consenti à la demande, le censitaire n'encourroit l'amende que dans le cas où il n'auroit pas payé le cens au nouveau terme.

L'on demande si le seigneur peut demander autant d'amendes qu'il y a de cessations de paiement? Il paroît qu'il n'est dû qu'une seule amende pour la cessation de plusieurs années de paiement. Cet usage forme le droit commun du pays coutumier, dont l'on ne peut s'écarter que dans les coutumes qui ont des dispositions contraires. Le seigneur censuel a néanmoins un moyen de multiplier les amendes, suivant le nombre des années où le cens n'a pas été payé, c'est d'en former tous les ans la demande en justice, ou de saisir tous les ans les fruits de l'héritage censuel.

La créance du censitaire contre le seigneur de censive, et les saisies et arrêts faits entre ses mains, ne le dispensant

pas d'aller ou d'envoyer aux jour et lieu nommés pour la réception des cens, suivant que nous l'avons vu ci-dessus, il encourt le défaut s'il y manque.

L'on demande si le censitaire peut demander la remise de la totalité, ou d'une partie du cens, dans le cas de stérilité ou de quelque autre accident semblable. Dumoulin distingue trois cas : le premier où le cens est très-modique, le second où il est très-considérable, le troisième où il tient un milieu entre ces deux extrémités. Dans le premier cas, lorsque l'objet du cens n'est pas de tenir lieu des fruits, mais seulement de former une reconnaissance de la directe, Dumoulin décide que le censitaire ne peut demander aucune remise. Cet auteur se fonde sur deux raisons ; la première, c'est que le cens n'étant pas regardé comme une compensation des fruits, il paroît inutile de considérer la quantité de ceux que le censitaire a perçus. La deuxième, c'est que le cens n'étant établi que comme une marque de la directe émanée de celui qui a la propriété utile, il suffit, pour que ce dernier soit obligé d'acquitter le cens, qu'il conserve cette propriété utile : c'est donc le cas d'appliquer au censitaire ce que les lois décident du preneur à bail emphytéotique, qu'il ne peut demander de remise pour cause de stérilité. Dans le second cas, où la redevance est si considérable que l'on peut la regarder comme une compensation des fruits, Dumoulin prétend que la récolte venant à manquer par un cas fortuit, il est juste d'accorder au censitaire une remise, si l'on estime que l'abondance des récoltes précédentes ne puisse pas l'indemniser de la stérilité présente ; remise dont il devroit pareillement tenir compte, si l'abondance des années subséquentes pouvoit compenser la stérilité qui y a donné lieu. La raison sur laquelle Dumoulin se fonde, est de dire que l'équité veut que, dès que l'on s'est écarté des règles ordinaires du bail à cens, pour fixer la quotité des redevances, l'on s'écarte pareillement de ce qui étoit une conséquence de ces règles. Or, les lois n'ont exclu la remise dans le bail à cens, qu'à cause de la modicité de cette redevance ; il en résulte donc que ces remises doivent être autorisées toutes les fois que la quotité du cens est considérable.

Dans le troisième cas, lorsque la redevance est telle qu'on ne peut la regarder ni comme une juste compensation des fruits, ni comme un simple droit honorifique, Dumoulin

est d'avis que, comme cette redevance participe aux deux extrémités, l'on prenne aussi un juste milieu en ne refusant pas indistinctement la remise, et en ne l'accordant pas aussi trop facilement; de manière que si la stérilité a continué pendant un long temps, ce sera le cas de la remise. Dumoulin dit que l'on doit regarder comme un long temps l'espace de cinq ans.

Quelle que soit la quotité du cens, le censitaire doit en être déchargé, si la chose vient à périr entièrement: c'est ce que les lois décident à l'égard du preneur à bail emphytéotique; il faut regarder la chose comme périée lorsque les ennemis s'en sont emparés.

L'on demande, qui doit payer le cens, ou du possesseur de l'héritage censuel, ou de celui qui en est le véritable propriétaire, quoiqu'il n'en ait pas la possession? Nous dirons que ce doit être le possesseur, parce que, vis-à-vis de tous les tiers, il est censé le véritable propriétaire.

§. III. Est-il dû plusieurs, ou une seule amende, lorsqu'il y a plusieurs héritages possédés par une même personne, ou lorsque le cens est dû par plusieurs possesseurs, par indivis, ou à plusieurs co-seigneurs?

Lorsqu'une même personne possède plusieurs héritages, dans la censive d'un même seigneur, chargés de cens distincts et séparés, doit-il autant d'amendes qu'il possède d'héritages, faute d'être venu payer lesdits cens aux jour et lieu nommés? Il sembleroit qu'oui; car chacun des héritages qu'il possède, est chargé d'un certain cens, à peine d'une telle amende, à défaut de le payer: néanmoins, on décide qu'il ne doit qu'une amende pour tous les héritages qu'il possède. La raison est, que l'amende est la peine de la demeure: or, la demeure étant personnelle et non réelle, une même personne, quoique pour raison de plusieurs héritages, ne contracte qu'une demeure, et par conséquent ne doit être sujette qu'à une amende.

Cette décision a lieu quand même les héritages procédroient de différents baux, pourvu que les cens fussent payables au même seigneur, au même jour et au même lieu.

S'ils étoient payables en différents jours, quoiqu'au même seigneur, ou en différents lieux, le censitaire encourroit plusieurs amendes; car, à chaque jour qu'il auroit dû aller

payer le cens, et qu'il n'y seroit pas allé, il auroit été autant de fois en demeure.

De ce que la demeure est personnelle, doit-on en conclure que si plusieurs possesseurs, par indivis d'héritage, manquent d'aller payer le cens, chacun encourt l'amende? Il sembleroit qu'oui; car chacun est en demeure: néanmoins comme tous, *unius locum obtinent*, ils n'encourent tous ensemble qu'une amende.

Lorsque l'un d'eux vient aux jour et lieu nommés offrir seulement sa part, le défaut est encouru, non-seulement contre les copropriétaires qui n'y sont pas venus, mais même contre lui; car, par ces offres insuffisantes de sa portion, il n'a pas satisfait à son obligation pour lui-même, puisqu'il devoit le total; mais il a son recours contre ses copropriétaires qui ne sont pas venus apporter leur part.

Lorsqu'il y a plusieurs co-seigneurs de censive, il n'est dû qu'une amende à eux tous. Si l'un d'eux avoit reçu sa part du cens qui est dû, le censitaire qui lui auroit payé sa part et ne l'auroit pas payée aux autres, n'encourroit l'amende que pour la part des autres; car le co-seigneur qui a reçu sa part est censé, en la recevant, lui avoir remis cette amende pour la part qui lui en appartient.

#### §. IV. Quand l'amende encourue par défaut est-elle censée remise?

1° Le défaut est censé remis, lorsque le seigneur a depuis reçu les arrérages de cens, sans faire aucune réserve du défaut: *Creditor accipiendo pecuniam remisisse pœnam videtur: l. fin. de eo quod cert. loc.*

Quid? si c'étoit le procureur du seigneur qui eût ainsi reçu sans réserve? Il semble d'abord qu'on ne peut pas dire la même chose, parce qu'un procureur, quelque générale et étendue que soit sa procuration, n'a que le pouvoir d'administrer et non pas de donner, d'où il semble suivre qu'il ne peut pas remettre l'amende du défaut, une remise étant une donation. Néanmoins, Dumoulin décide que non-seulement le procureur du seigneur peut remettre le défaut, mais qu'il est censé l'avoir remis lorsqu'il a reçu sans réserve les arrérages du cens; car la règle qu'un procureur ne peut donner, souffre exception à l'égard des donations modiques, qui sont de bienséance et d'usage, lorsqu'il y a tout lieu de présumer que celui qui a donné la procuration les

auroit faites lui-même. Or, telle est la remise du défaut que la plupart des seigneurs ont coutume de remettre.

S'il y avoit des circonstances qui donnassent lieu de présumer que le seigneur n'auroit pas fait la remise, comme si le censitaire étoit en procès avec son seigneur, en ce cas, Dumoulin décide que le procureur ne peut pas la faire.

2° Selon notre coutume, le défaut est censé remis par le laps d'un an, lorsqu'il n'y a aucune interpellation judiciaire; car notre coutume, *art. 102*, dit : *Si le seigneur laisse courir plusieurs années d'arrérages, ne pourra néanmoins faire payer que l'amende d'un seul défaut.*

#### §. V. Du défaut dans les censives requérables.

La coutume d'Orléans, *art. 133*, porte que dans les censives requérables, le censitaire qui a laissé passer le temps de vingt-quatre heures, depuis qu'il a été requis de payer le cens, encourt de plein droit l'amende de cinq sous après ledit temps passé, s'il n'a pas payé le cens.

Lorsqu'il y a plusieurs possesseurs par indivis de l'héritage sujet à ce cens, comme ils le doivent chacun solidairement, l'interpellation faite à l'un d'eux, fait encourir l'amende entière de cinq sous qui est due par tous.

Lorsqu'il y a plusieurs co-seigneurs, on présume facilement que l'interpellation que l'un d'eux fait au censitaire de payer le cens, est faite tant pour lui que pour ses co-seigneurs; c'est pourquoi elle fait encourir au censitaire l'amende entière, s'il ne paye dans les vingt-quatre heures.

La coutume ajoute que le seigneur qui a requis le cens, peut, après les vingt-quatre heures, s'il n'est payé, procéder par saisie censuelle, et que si, dans les vingt-quatre heures après la saisie censuelle, le censitaire n'a pas payé, il encourt l'amende de cinq sous.

C'est une seconde amende qu'encourt le censitaire, faute du paiement du cens, car il en avoit déjà encourue une, faute d'avoir payé dans les vingt-quatre heures depuis la réquisition.

En cela, le censitaire est plus puni dans les censives à cens requérable, que dans celles où le cens est portable, dans lesquelles le censitaire ne peut encourir qu'une amende.

Si le seigneur, au lieu de procéder par saisie, avoit procédé par voie d'action, le censitaire encourroit-il pareillement une seconde amende, faute d'avoir payé dans les

vingt-quatre heures depuis l'action donnée? On dira pour l'affirmative qu'il y a même raison : que le censitaire ne doit pas être plus excusé, ni moins mériter l'amende, parce que son seigneur a usé envers lui d'une voie moins rigoureuse que n'est la saisie; cependant, il faut décider le contraire, la raison en est que les dispositions des coutumes, sur-tout celles qui sont pénales, sont de droit très-étroit, et ne doivent point être étendues d'un cas à l'autre; d'où il suit que la coutume n'ayant prononcé cette seconde amende que dans le cas auquel le seigneur a procédé par saisie, elle ne doit pas être étendue au cas auquel il a procédé par action.

---

## SECTION II.

Des profits censuels, et de l'amende pour ventes recélées.

### ARTICLE PREMIER.

Dès profits censuels.

§. I. De la nature des profits censuels, et en quoi ils consistent.

Les profits censuels ne sont pas de l'essence du contrat de bail à cens, comme l'est le cens; car il ne peut y avoir de contrat de bail à cens; il ne peut y avoir de censive, qu'il n'y ait un cens annuel que le seigneur de censive se soit réservé sur l'héritage par le bail à cens qu'il en a fait; mais il peut y avoir des censives dans lesquelles il ne soit dû aucun profit pour les ventes et les mutations qui se feront des héritages, et on peut convenir par le bail à cens, que cela sera ainsi.

Les profits ne sont pas à la vérité de l'essence du contrat de bail à cens; c'est pourquoi, quoiqu'on ne soit pas expressément convenu par le contrat de bail à cens, qu'il sera dû profit au seigneur, par les ventes qui se feront de l'héritage censuel, ces profits ne laisseront pas de lui être dûs selon la disposition des coutumes, et les parties sont censées en être tacitement convenues par le bail à cens, selon cette règle : *In contractibus tacite veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Ces profits censuels s'appellent profits de vente, parce que c'est la vente de l'héritage censuel qui y donne ouverture. Ce profit de vente est différemment réglé par les coutumes. Dans la coutume de Paris, et dans la plupart des coutumes,

le profit de vente est de la douzième partie du prix pour lequel l'héritage est vendu. Le profit de vente est aussi dans la coutume d'Orléans, de la douzième partie. Nos anciens appeloient ce profit le profit du *franc quatre blancs*, parce que, pour chaque franc, c'est-à-dire, pour chaque vingt sous du prix de la vente, il est dû quatre blancs, qui font vingt deniers, et par conséquent le douzième. Outre la douzième partie du prix, il est dû dans certaines censives, dans la coutume d'Orléans, en cas de vente, une paire de gants; et dans d'autres, une jallaye de vin, qui contient seize pintes. On appelle ces censives, censives à gants et ventes, censives à vins et ventes; mais il faut que le seigneur de censive ait titres, ou, à défaut de titres, ait une possession établie par des reconnoissances censuelles, pour prétendre cette paire de gants, ou cette jallaye de vin.

La coutume d'Orléans reconnoît aussi des censives qu'elle appelle de lods et ventes, dans lesquelles il est dû, par la vente de l'héritage censuel, double profit de vente, c'est-à-dire, deux douzièmes du prix de la vente, ce qui fait un sixième.

Delalande pense que, dans la grande antiquité de notre droit, il étoit dû, dans ces censives, un profit par l'acheteur, qui s'appeloit lods, et un par le vendeur, qui s'appeloit profit de vente, comme cela s'observe encore dans quelques coutumes; mais, lors de la rédaction de la nôtre, en 1509, l'acheteur a été chargé de tout.

Nous avons, dans notre coutume, des censives dans lesquelles il y a lieu à une autre espèce de profit que le profit de vente: on appelle ce profit *relevoisons*; il y en a de différentes espèces. Nous parlerons de ces censives dans la section dernière.

Nous observerons seulement, que régulièrement une censive n'est pas à divers droits. Néanmoins, il y en a plusieurs du côté de Meung et de Baugenci, dans lesquelles il y a lieu au profit de vente en cas de vente, et au profit de relevoisons, dans le cas des autres mutations.

#### §. II. En quel cas y a-t-il lieu au profit de vente?

Il faut tenir pour règle qu'il y a lieu au profit de vente à l'égard des héritages censuels, toutes les fois qu'il y a lieu au profit de quint à l'égard des héritages féodaux; c'est pourquoi, tout ce que nous avons dit à cet égard, dans notre

Traité des fiefs, du profit de vente qu'on appelle, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, profit de quint, reçoit application à l'égard du profit de vente, qui est dû pour les héritages censuels, etc. Nous y renvoyons.

Il y a néanmoins, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, une différence entre le profit de quint, qui a lieu dans les fiefs, et le profit de vente, qui a lieu dans les censives, qui est que lorsqu'un fief a été donné à rente non rachetable, avec démission de foi, il n'y a que les ventes qui se font de l'héritage qui donnent lieu au profit de quint, et non celles qui se font de la rente; et, lorsqu'il a été donné à rente avec rétention de foi, de la manière dont les coutumes le permettent, il n'y a que les ventes de la rente qui y donnent lieu, et non celles de l'héritage, comme nous l'avons vu au Traité des fiefs. Au contraire, lorsqu'un héritage censuel a été donné à rente, il y a lieu au profit de vente, lorsque l'héritage se vend, et lorsque la rente se vend; mais, comme il est dû profit par les ventes de la rente, le profit qui est dû par les ventes de l'héritage, n'est qu'à raison du prix que l'héritage est vendu outre et par-dessus la rente.

En cela, les coutumes de Paris et d'Orléans sont semblables; mais elles diffèrent en ce que, dans la coutume de Paris, le bail à rente non rachetable d'un héritage censuel, ne donne pas ouverture au profit de vente; au lieu que, dans celle d'Orléans, le bail à rente, quoique non rachetable, donne, à l'égard des héritages censuels, ouverture au profit de vente, quoiqu'il ne donne pas lieu au profit de quint à l'égard des fiefs.

Pour régler ce profit, notre coutume, *art.* 108, évalue le capital de la rente sur le pied du denier dix; et le profit de vente est la douzième partie de ce capital ainsi évalué. Par exemple, si un héritage a été baillé à rente pour douze livres de rente, le capital de cette rente est évalué à douze pistoles; et, par conséquent, il est dû pour le profit de vente une pistole. Notre coutume a, par ledit article, évalué pareillement le capital des rentes en blé ou en autres espèces; elle évalue celle en blé-froment sur le pied de vingt livres pour le capital de chaque muid de blé de rente. Par exemple, si un héritage a été donné pour six muids de blé-froment de rente, le capital de cette rente s'évalue à cent vingt livres; et le profit sera par conséquent de dix livres. Le capital de chaque muid de seigle de rente est estimé quinze livres. La coutume ne

parle pas du méteil ; mais le prix du méteil étant le prix mitoyen entre le froment et le seigle, on doit évaluer le capital de chaque muid de blé-méteil à dix-sept livres dix sous. Elle évalue le capital de chaque muid d'avoine ou d'orge à dix francs ; les pois et les fèves sont évalués au prix du froment, et le mil au prix du seigle. Le capital de chaque tonneau de vin de rente est évalué à quarante livres ; de chaque porc de rente, à quinze livres ; de chaque chapon, à quinze sous ; de chaque poule ou de chaque fromage, à dix sous.

Les praticiens ignorants s'imaginent que, par cet article, la coutume estime un chapon quinze sous, une poule dix sous, etc. ; au lieu que c'est le capital d'une rente d'un chapon, ou le capital d'une rente d'une poule, que la coutume estime. Ces évaluations sont faites sur le pied de ce que les choses valoient en 1509, temps de la rédaction de notre coutume, auquel l'argent étoit extrêmement rare, et sur le pied ou fur du denier dix, qui est celui qui avoit lieu en ce temps. Quoique le prix de ces choses fût déjà bien augmenté en 1583, temps de la réformation, néanmoins cette évaluation a été conservée, parce que les profits ne sont pas favorables. C'est pourquoi il n'est pas douteux que les profits d'un bail à rente non rachetable, doivent se régler encore aujourd'hui suivant cette évaluation, quelque disproportion qu'il y ait entre le prix que valent les choses aujourd'hui, et celui qu'elles valoient dans ce temps.

Le bail à rente à vie, ou pour un certain nombre d'années, doit-il donner, dans notre coutume, ouverture au profit de vente ? Je ne le pense pas ; car notre coutume ne parle que d'un bail à rente perpétuelle : sa disposition, qui contient un droit exorbitant, doit être restreinte dans son cas, qui est celui du bail à rente perpétuelle, et ne doit pas être étendue aux baux à rente à vie ou à temps. On l'a ainsi jugé au bailiage en 1660, pour un bail de vingt et un ans.

Notre coutume d'Orléans diffère encore de celle de Paris, à l'égard du contrat d'échange. Dans celle de Paris, on ne fait aucune distinction entre les héritages féodaux et les héritages censuels, à l'égard du contrat d'échange. Ce contrat, dans cette coutume, ne donne ouverture au profit de vente, soit pour le fief, soit pour la censive, que lorsqu'il y a un retour en denier ; et, pour raison de ce retour seulement, on n'y distingue point non plus si les héritages échangés sont en même censive ou en différentes.

Au contraire, la coutume d'Orléans fait une différence entre les fiefs et les héritages censuels, quoique, par l'article 13, l'échange en héritages féodaux ne donne pas lieu au profit de quint, sinon lorsqu'il y a un retour en deniers, et pour raison de ce retour seulement. Au contraire, l'échange des héritages censuels, quoique fait but à but, donne lieu au profit de vente, pourvu néanmoins que les héritages échangés soient en différentes censives : *Art. 110.*

Si les héritages étoient en une même censive, il n'y auroit pas lieu au profit de vente, sinon pour le retour, s'il y en avoit un.

La coutume dit : *en une même censive.* Donc, s'ils sont en différentes censives, quoique ces censives appartiennent au même seigneur, il y a lieu au profit.

Depuis les édits pour les droits d'échange, tous les contrats d'échange indistinctement donnent lieu au profit de vente ; mais, dans les cas auxquels il n'y a pas lieu au profit par les coutumes, ce profit, dans lesdits cas, n'appartient pas au seigneur, s'il n'a acquis du roi les droits d'échange ; mais il appartient en ce cas au traitant.

Les donations et legs ne donnent aucune ouverture au profit de vente, non plus qu'au profit de quint : voyez ce que nous en avons dit au *Traité des fiefs.*

#### ARTICLE II.

##### De l'amende pour ventes recélées.

Celui qui a acquis un héritage censuel à un titre qui donne lieu au profit de ventes, doit, dans le temps porté par la coutume, payer le profit au seigneur, ou dépri; c'est-à-dire, demander terme pour le paiement du profit. Faute par l'acquéreur de satisfaire dans ledit temps à cette obligation, il est présumé avoir voulu celer le profit de vente qu'il devoit au seigneur ; en punition de quoi, il encourt de plein droit l'amende d'une somme réglée par les coutumes. Cette amende s'appelle amende pour les ventes recélées.

§. I. Comment se fait le dépri? Dans quel temps doit-il être fait?  
Et quelle est l'amende encourue faute de dépri?

Le dépri n'est assujetti à aucune formalité. Il n'est pas nécessaire que ce soit l'acquéreur qui aille lui-même

trouver le seigneur, il suffit que quelqu'un y aille de sa part.

Ce dépri peut se faire verbalement, ou même par lettres missives; et, si le seigneur disconvenoit de ce dépri, l'acquéreur pourroit, à défaut de preuves, s'en rapporter à l'affirmation du seigneur. Lorsque le seigneur n'a point de maison dans l'étendue de sa censive; et, pareillement, lorsqu'il en a une, mais que l'acquéreur ne l'a point trouvé chez lui, ni aucun procureur-receveur, ou autre personne chargée de ses affaires, l'acquéreur peut en ce cas, pour éviter l'amende, faire le dépri devant le juge du territoire dans lequel est assis l'héritage. Suivant l'ancien droit françois, l'acquéreur n'avoit que huit jours pour faire le dépri, suivant que nous l'apprend l'Auteur du grand Coutumier. La nouvelle coutume de Paris, *art. 77*, lui accorde vingt jours: celle d'Orléans, *art. 107*, lui en accorde quarante.

Ce temps court du jour du contrat d'acquisition: néanmoins, si le contrat étoit suspendu par une condition, il ne courroit que depuis l'échéance de la condition; car le profit de vente n'ayant en ce cas commencé à être dû que du jour de l'échéance de cette condition, le temps de satisfaire à l'obligation de le payer ou de dépri, n'a pas pu commencer plus tôt.

L'amende que l'acquéreur encourt faute d'avoir déprié, est, dans la coutume de Paris, d'un écu et un quart d'écu, qui font soixante sous parisis. Dans notre coutume d'Orléans, elle est d'un écu, ou soixante sous tournois.

*Quid?* Si le profit de vente ne montoit pas à cette somme d'un écu, Dumoulin décide qu'en ce cas l'amende ne seroit que de la somme à laquelle monte le profit de vente. Il fonde son opinion sur ce qui est décidé en droit, que la peine, faute de satisfaire à une obligation, ne doit jamais excéder le prix de la chose due, outre la chose due. *L. un. cod. de sent., quæ pro eo quod interest prof. Nec obstat* que, pour le défaut de paiement d'un seul denier de cens, il est dû une amende de cinq sous; car, dans le cens, ce n'est pas tant le denier qu'on considère, que la reconnaissance de la seigneurie directe, qui est quelque chose d'incalculable.

#### §. II. En quel cas l'amende est-elle encourue?

L'amende étant due pour ventes recélées, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir lieu à cette amende, qu'il n'y ait

eu un profit de vente dû, que l'acquéreur ait caché au seigneur.

Donc, 1° si le contrat, par sa nature, ne donne pas ouverture au profit de vente, comme si c'est un contrat de donation, il ne peut y avoir lieu à aucune amende, faute d'avoir donné avis de ce contrat au seigneur.

2° Si l'acquéreur est par privilège exempt du profit de vente, comme lorsqu'un secrétaire du roi a acquis un héritage dans la censive du roi, il ne peut y avoir lieu à aucune amende, faute par lui d'avoir donné avis de son contrat au receveur du domaine.

3° Lorsque le contrat de vente est nul, ce contrat, en conséquence de ce qu'il a été jugé être nul, n'ayant donné lieu à aucun profit de vente, il ne peut y avoir lieu à l'amende pour ventes recélées.

Si le contrat de vente a été valable, et si par conséquent le profit de vente a été dû, quoique, par la suite, et après l'expiration du temps réglé par la coutume pour le dépri, ce contrat soit annullé, et soit regardé comme non venu, l'amende encourue pour vente recélée ne laissera pas d'être due, quoique le profit de vente cesse d'être dû. Par exemple, si le vendeur et l'acheteur, *re integrâ*, avant aucune tradition de l'héritage, avant aucune demande du seigneur, et après l'expiration du temps réglé pour le dépri, se désistent réciproquement du contrat, il n'y aura aucun profit de vente dû pour raison de ce contrat, selon la doctrine de Dumoulin; parce que ce contrat qui y donnoit lieu, et qui avoit été formé par le seul consentement des parties, est entièrement détruit, et réduit *ad non causam*, par un consentement contraire: mais, quoique les ventes cessent d'être dues pour ce contrat qui est détruit, l'amende encourue pour ne les avoir pas dépriées dans le temps de la coutume, ne laisse pas de continuer à être due; car le désistement du contrat de vente détruit bien le contrat de vente, et par conséquent la dette du profit de vente qui résulte de ce contrat; mais ce désistement ne détruit pas la faute et le recel commis par l'acquéreur, et par conséquent ne détruit point l'obligation de l'amende qui résulte de ce recel, et non du contrat. C'est l'opinion de Dumoulin sur l'art. 77 de la coutume de Paris, gl. 1, n. 29 et seq. *Si post mulctam tempore medio acquisitam domino, resolvatur contractus, mulcta non annullatur, quia jam per se substitit, et non fundatur in*

*contractu nec in laudimīs, nec ampliūs ab illis dependet; sed fundatur in culpā vel negligentia semel commissā, etc.; et au n. suiv. : Et sic est casus in quo debetur mulcta, sed non laudimia.*

Si le contrat avoit été annullé avant l'expiration du terme accordé pour le dépri, en ce cas il n'est pas douteux qu'il n'y auroit pas lieu à l'amende; car elle ne pourroit pas s'encourir, faute de dépri de ventes qui ne sont plus dues.

Nous avons vu que, pour qu'il y eût lieu à l'amende, il falloit 1° qu'il y eût un profit de vente dû. 2° Il faut qu'il ait été recélé.

Il est censé l'avoir été, non-seulement lorsque l'acheteur n'a point déprié du tout, mais lorsqu'il a déprié frauduleusement, en cachant au seigneur une partie du prix de la vente. En ce cas, l'amende est-elle encourue pour le total? Dumoulin, *D. glos.*, n. 41, décide qu'elle ne l'est que pour la partie du profit dû que l'acquereur a caché au seigneur; car l'amende étant due pour le profit des ventes non dépriées, elle ne peut être due que pour la partie qui n'a pas été dépriée, et non pour celle qui l'a été. J'inclinerois néanmoins au sentiment contraire, que l'amende doit, en ce cas, être encourue pour le total; car le dépri frauduleux, qui renferme une fraude et un mensonge, est plus criminel, et ne doit pas être moins puni que le défaut de dépri, qui ne part le plus souvent que de négligence. La raison sur laquelle se fonde Dumoulin, paroît plus subtile que solide. On doit distinguer dans l'acquereur, par rapport au profit, qu'il doit deux obligations: l'obligation primitive, qui est celle de payer ce profit; et l'obligation secondaire, qui est celle de la prestation de la bonne foi, par rapport à la dette de ce profit, qui consiste à obliger l'acquereur à informer le seigneur, de la somme qu'il lui doit pour le profit: si l'obligation primitive de payer le profit est divisible, l'obligation secondaire de la prestation de la bonne foi, par rapport à ce profit, est, suivant la doctrine de Dumoulin lui-même, en son *Traité de individ.*, une obligation indivisible. L'acquereur, en dépriant pour partie, ou même en payant partie du profit, dont il cache au seigneur l'autre partie, satisfait pour partie à l'obligation primitive; mais il contrevient, pour le total, à la prestation de la bonne foi, à laquelle on ne peut

contrevénir pour partie seulement, cette obligation étant indivisible : cette contravention étant donc une contravention entière, et non une contravention partielle, doit faire encourir l'amende entière.

L'amende étant due pour la vente recélée, il ne peut pas y avoir lieu à l'amende, lorsque le seigneur a assisté au contrat de vente, soit comme notaire, soit comme témoin, soit comme partie intervenante, soit comme caution de l'un des contractants; car l'acquéreur ne peut pas être censé avoir celé au seigneur ce qu'il savoit que le seigneur ne pouvoit ignorer. C'est la décision de Dumoulin, art. 77, gl. 1, §. 23.

*Quid?* Si le seigneur n'a pas été présent au contrat, mais qu'il en ait été informé avant l'expiration du terme, par d'autres que par l'acquéreur? Il sembleroit qu'en ce cas l'acquéreur ne devoit pas être censé avoir recélé la vente, suivant cette règle de droit : *Nemo potest videri celatus qui scit*, et qu'il ne devoit point par conséquent encourir d'amende faute de dépri. Néanmoins, Dumoulin, D. gl., n. 10 et seq., décide qu'il encourt l'amende, parce que l'acquéreur ne sachant pas, en ce cas, si le seigneur est instruit ou non de la vente, il doit l'en instruire. La coutume l'oblige, non-seulement à ne la pas cacher au seigneur, mais à l'en instruire.

Lorsqu'il y a lieu de présumer que l'acquéreur n'a pu connoître le seigneur d'où relève l'héritage, il n'encourt pas l'amende, faute d'avoir déprié dans le temps de la coutume.

C'est sur ce fondement que notre coutume, art. 107, décide que l'adjudicataire d'un héritage par décret, n'encourt point l'amende faute de dépri, à moins que l'affiche n'indiquât le seigneur de qui l'héritage relève. La raison est que, dans ces ventes forcées, on ne remet ordinairement aucuns titres à l'adjudicataire, qui puissent lui donner connoissance des seigneurs de qui l'héritage relève.

Cette décision de notre coutume doit être restreinte aux décrets forcés : la raison sur laquelle elle est fondée, ne milite pas à l'égard des décrets volontaires.

§. III. Contre quelles personnes cette amende peut-elle être demandée?  
Et quand est-elle censée remise ?

Cette amende peut-être demandée contre l'acquéreur qui n'a pas payé ou déprié dans le temps de la coutume.

Est-elle due par un mineur, au nom duquel l'acquisition auroit été faite ? Il semble que non, cette amende étant la peine d'un recel, et d'une faute dont le mineur n'est pas capable : néanmoins Dumoulin, *art. 77, gl. 1, n. 27*, décide que le mineur est tenu de cette amende, et que la faute du tuteur qui manque à déprier, oblige le mineur, sauf le recours de ce mineur contre son tuteur.

Il faut dire la même chose à l'égard d'un insensé, dont le curateur n'auroit pas déprié.

Par la même raison, si mon fondé de procuration fait pour moi une acquisition, je suis tenu de l'amende s'il ne déprié pas, et j'ai un recours contre lui ; car, s'étant chargé de faire pour moi cette acquisition, il s'est chargé de tout ce qui en est une suite, et par conséquent du dépri. Dumoulin, *cod. loco*.

Lorsque plusieurs ont acquis par indivis un héritage censuel, il n'est dû qu'une seule amende par tous ces acquéreurs, puisqu'il n'y a qu'un seul contrat de vente, et un seul profit de vente qui ait été recélé.

Ils sont tous tenus solidairement de cette amende ; car cette amende naît du recel de la vente qui est un quasi-délict. Or, toute obligation qui naît *ex delicto, aut quasidelicto plurimum personarum*, est solidaire.

Si le dépri avoit été fait par un seul d'entr'eux, il n'y auroit lieu à aucune amende.

Cette amende est censée remise, de même que le défaut, par le paiement du profit reçu sans réserve du reste : elle ne se prescrit que par trente ans.

L'amende peut-être demandée non-seulement à l'acquéreur qui l'a encourue, mais même à des tiers détenteurs de l'héritage ; car, lorsqu'elle a été encourue par l'acquéreur, comme c'est en sa qualité de possesseur de l'héritage qu'il l'encourt, cette demande devient une charge du fonds qui y est affecté. C'est la décision de Dumoulin, *D. gl. , n. 28*.

## SECTION III.

De l'action afin d'exhiber les titres, la reconnaissance censuelle, et de la saisie.

§. I. De l'action du seigneur de censive, afin d'exhibition des titres.

Par l'art 75 de la coutume de Paris, il est dit : « Il est  
» loisible à un seigneur foncier ou censier de poursuivre  
» l'acquéreur nouvel détempteur d'aucun héritage étant en  
» la censive ou seigneurie foncière, afin d'exhiber les lettres  
» d'acquisition, si aucunes y en a, pour être payé des droits  
» de vente, saisines et amendes. »

Notre coutume, art. 108, en a aussi une disposition : elle porte : « Est tenu le preneur ou acheteur d'exhiber les lettres  
» de la prise ou achapt au seigneur censier, s'il en est  
» requis. »

De ces dispositions de coutumes, naît une action qu'ont les seigneurs de censive contre les acquéreurs des héritages situés en leur censive, pour les obliger à leur exhiber leur titres.

Cette action est une action personnelle qui naît de la disposition des coutumes, qui oblige les acquéreurs à cette exhibition, *condictio ex lege*. Cette action doit durer trente ans, comme les autres actions personnelles.

Les coutumes ont accordé aux seigneurs cette action, pour qu'ils puissent avoir connoissance des profits qui leur sont dûs, sans être obligés d'avoir recours à la voie du compulsoire, qui est coûteux et souvent très-difficile, et presque impossible, faute par le seigneur de savoir le temps de l'acquisition, et le notaire qui a passé le contrat.

§. II. Contre quels acquéreurs a-t-elle lieu ?

Cette action ayant été accordée au seigneur, pour avoir connoissance des profits de vente qui peuvent lui être dûs, il sembleroit qu'elle ne devrait avoir lieu que contre les acquéreurs qui ont acquis à un titre qui donne ouverture au profit de vente. Néanmoins, Dumoulin décide qu'elle a lieu contre tous les nouveaux acquéreurs, à quelque titre que ce soit qu'ils aient acquis. La raison est, que la coutume de Paris ne distingue point : elle dit en termes généraux,

*l'acquéreur nouvel détenteur.* La raison ultérieure est, que le seigneur n'est pas obligé à s'en rapporter à ce que lui déclare son censitaire, que le titre auquel il a acquis n'est pas un titre qui donne ouverture au profit de vente; le seigneur doit en prendre connoissance par lui-même, par l'examen qu'il doit avoir la liberté de faire de ce titre, et il doit pour cela lui être exhibé.

La question pourroit faire plus de difficulté dans notre coutume d'Orléans; car elle dit : *Et est tenu le preneur ou acheteur*; d'où il semble qu'on peut conclure que notre coutume n'oblige à cette exhibition, que les acquéreurs qui ont acquis l'héritage à un titre qui donne ouverture au profit, tel qu'est un preneur qui a acquis à titre de bail à rente, ou un acheteur. Néanmoins, on doit décider, même dans notre coutume, que tout acquéreur est obligé à cette exhibition, parce que ce n'est pas lui qui doit être le juge si son titre donne ou non ouverture au profit de vente. Le seigneur doit être mis à portée de le connoître par lui-même, par l'exhibition que le censitaire lui en doit faire : si la coutume s'est servie de ces termes, *le preneur ou acheteur*, cela peut s'entendre en ce sens : celui que le seigneur prétend pouvoir être preneur ou acheteur.

Un secrétaire du roi, ou autre privilégié qui a acquis un héritage censuel dans la mouvance du roi, est-il tenu à l'exhibition de son titre? Il semble d'abord que non, et que le receveur du domaine est sans intérêt pour la demander, puisque cet acquéreur est exempt de profits. Néanmoins, on doit décider que ce privilégié est obligé d'exhiber son titre : le receveur du domaine a intérêt de l'examiner, pour connoître si ce privilégié a effectivement acquis pour lui, et s'il n'est pas en possession pour un autre non privilégié.

Celui qui possède un héritage censuel à titre d'héritier, n'est obligé à l'exhibition d'aucun titre d'acquisition de cet héritage, qu'autant que le défunt, dont il est héritier, n'y auroit pas satisfait de son vivant, auquel cas il auroit succédé à cette obligation du défunt, autrement il n'est obligé à aucune exhibition. Le seigneur ne peut demander l'exhibition du partage de la succession : ces titres ne doivent pas être exhibés; *ne secreta familiarum pandantur* : et, d'ailleurs, les partages ne donnant point ouverture au profit de vente, le seigneur n'a aucun intérêt de les voir.

Quoique celui qui possède un héritage censuel à titre

d'héritier du dernier possesseur, ne soit régulièrement tenu à aucune exhibition de titres, néanmoins il pourroit être tenu de justifier au seigneur sa parenté, si le seigneur, qui seroit en même temps seigneur-justicier, prétendoit que l'héritage lui appartient à titre de déshérence, ou contestoit à ce possesseur sa parenté avec le défunt.

§. III. En quoi consiste l'obligation d'exhiber ?

Exhiber, suivant la définition des lois, est *legendi et describendi copiam facere* ; d'où il suit que le nouvel acquéreur est tenu de remettre son titre d'acquisition à son seigneur, sous le récépissé que le seigneur doit lui en donner, pour ledit titre rester par-devers le seigneur un temps suffisant pour qu'il puisse l'examiner, et en tirer copie si bon lui semble.

L'acquéreur n'est donc point obligé de lui en fournir une copie ; les coutumes ne l'obligent qu'à l'exhibition.

La coutume de Paris dit : *Exhiber les lettres d'acquisition, si aucunes y en a. Quid ?* s'il n'y en avoit point ? Puta, si cet acquéreur alléguoit que les minutes du notaire qui a passé son contrat d'acquisition ont été incendiées, et qu'il n'en a point d'expédition ; ou s'il alléguoit qu'il a acquis par un acte sous signature privée, lequel est adiré, ou verbalement : en ces cas, l'acquéreur ne seroit tenu à aucune exhibition, ne pouvant pas être obligé à l'impossible ; mais il seroit obligé de se purger par serment, qu'il n'a point le contrat de son acquisition, d'en déclarer au seigneur la teneur, et d'attester par serment la sincérité de sa déclaration.

*Quid ?* s'il y avoit minute du contrat d'acquisition, l'acquéreur seroit-il dispensé d'exhiber, en disant qu'il n'en a pas levé d'expédition ? Non : il seroit tenu d'en lever une, et de l'exhiber au seigneur. La coutume, par ces termes : *si aucunes y en a*, ne les dispense de l'exhibition que lorsque les lettres d'acquisition n'existent pas ; mais, si elles existent chez le notaire qui en conserve la minute, il ne suffiroit pas à l'acquéreur d'indiquer au seigneur le notaire, pour y en aller prendre communication : le seigneur n'est point obligé de se déplacer ; cette exhibition doit lui être faite chez lui.

La coutume ne parle que des lettres de l'acquisition de ce nouvel acquéreur : il n'est donc point obligé de communiquer au seigneur tous les anciens titres qu'il peut avoir

de cet héritage; cependant il est assez d'usage, lorsque le seigneur fait un terrier, d'obliger les censitaires à communiquer les anciens titres qu'ils peuvent avoir, pour parvenir à faire un terrier juste par la confrontation de ces anciens titres, et des reconnoissances que le seigneur a entre les mains.

§. IV. De la reconnoissance censuelle.

La reconnoissance censuelle est une description détaillée de l'héritage tenu à cens par nouveaux tenants et aboutissants, et des charges auxquelles il est sujet, que chaque nouveau censitaire doit faire par un acte par-devant notaires, et dont il doit donner une expédition au seigneur. Cette reconnoissance censuelle n'est point due aux mutations du seigneur, comme l'est le port de foi dans les fiefs, mais seulement aux mutations de censitaire.

Chaque nouveau censitaire doit cette reconnoissance, de quelque manière qu'il soit devenu propriétaire, soit par acquisition, soit par succession directe ou collatérale.

Lorsqu'un tuteur a passé reconnoissance pour ses mineurs, les mineurs devenus majeurs ne sont pas obligés d'en passer une nouvelle; car ils sont censés l'avoir passée eux-mêmes par le ministère de leur tuteur, le fait du tuteur étant le fait du mineur.

Mais lorsqu'une femme, qui a passé reconnoissance, se marie, son mari est obligé de passer reconnoissance; car il devient nouveau censitaire, à moins que le contrat de mariage ne portât, outre l'exclusion de communauté, la clause que chacun des conjoints jouiroit séparément de son bien.

Le censitaire qui doit la reconnoissance censuelle, doit les frais, tant de l'acte que de l'expédition qu'il doit fournir au seigneur; mais il n'est point obligé de se servir du notaire du seigneur: il peut prendre celui qu'il voudra.

§. V. De la saisine, ou ensaisinement.

La saisine ou ensaisinement est un acte par lequel le seigneur déclare solennellement qu'il met le censitaire en possession de l'héritage tenu à cens de lui.

Suivant la coutume de Paris, le censitaire qui se fait ensaisiner par le seigneur, lui doit pour cette saisine un droit de douze deniers.

Le seigneur est obligé d'accorder cette saisine au censitaire, lorsqu'il la demande, à la charge par le censitaire de lui payer préalablement tous les arrérages de cens, profits et amendes qu'il lui doit, et son droit de douze deniers; et, s'il refusoit de l'accorder, le censitaire pourroit le poursuivre en justice, pour l'y faire condamner, à peine de tous dépens, dommages et intérêts.

Au contraire, le censitaire ne peut être obligé par le seigneur, à prendre cette saisine; car, suivant l'art. 82 de la coutume de Paris, *ne prend saisine qui ne veut*.

Mais les nouveaux acquéreurs ont intérêt de prendre cette saisine, parce que, dans la coutume de Paris, comme dans plusieurs autres, l'an du retrait lignager ne court que du jour de cette saisine. A Orléans, cette saisine n'est pas en usage.

#### SECTION IV.

Des actions qu'a le seigneur pour être payé de ses cens et droits censuels; et de la saisie censuelle.

##### §. I. Quelles actions a le seigneur?

Le seigneur a deux voies pour être payé de ses cens et droits censuels; la voie d'action, et la saisie censuelle: il a l'action personnelle, *condictionem ex lege*, contre ses censitaires, pour les arrérages de cens courus de leur temps, et du temps de ceux dont ils sont héritiers, aussi bien que pour les profits, et autres droits censuels dûs par lesdits censitaires de leur chef, ou du chef de ceux dont ils sont héritiers.

Cette action étant personnelle, il a cette action contre eux, même après qu'ils ont cessé de posséder l'héritage; il a l'action réelle contre ses censitaires, pour les arrérages de cens courus du temps de leurs prédécesseurs, dont ils ne sont pas héritiers, et pour les profits et amendes dûs du chef de leursdits prédécesseurs; parce que l'héritage qu'ils possèdent y étant affecté, ils sont tenus de payer ce qui est dû au seigneur, ou de lui abandonner l'héritage. L'autre voie qu'a le seigneur, est la saisie censuelle.

##### §. II. Ce que c'est que la saisie censuelle, et de sa nature.

On peut définir la saisie censuelle, la main mise du seigneur sur l'héritage qui relève de lui à cens, à l'effet d'em-

pêcher le censitaire d'en jouir, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à ses devoirs.

Cette saisie censuelle n'est proprement qu'un arrêt. La coutume de Paris, *art. 74*, l'appelle *arrêt* : notre coutume l'appelle *empêchement, obstacle* : *Art. 103*.

Elle diffère totalement de la saisie féodale : celle-ci est un acte par lequel le seigneur de fief réunit à son domaine l'héritage qu'il saisit féodalement, jusqu'à ce que la foi lui en ait été portée, et en devient en quelque façon, jusqu'à ce temps, le propriétaire et le possesseur, suivant que nous l'avons vu, au *Traité des fiefs*. Au contraire, le seigneur de censive, par la saisie censuelle, ne réunit point à son domaine l'héritage qu'il saisit censuellement : il n'en devient, pendant que la saisie dure, ni propriétaire ni possesseur ; il le tient seulement arrêté et empêché, à l'effet que le censitaire n'en puisse jouir. Cette saisie diffère aussi de la saisie-exécution qu'un créancier qui a un titre exécutoire fait des fruits pendants par les racines sur les héritages de son débiteur ; car ce créancier les saisit pour les vendre, à l'effet d'être payé de ce qui lui est dû sur le prix de la vente ; et il peut, en conséquence, poursuivre la vente de ces fruits pendants par les racines devant le juge, et les faire vendre au marché par un huissier, avec les formalités ordinaires, après qu'il les a perçus. Au contraire, la saisie censuelle n'étant qu'un arrêt ou empêchement, le seigneur qui a saisi censuellement, ne peut poursuivre la vente des fruits de l'héritage qu'il a saisi censuellement, ni avant, ni depuis qu'ils sont coupés, jusqu'à ce qu'il ait obtenu sentence de condamnation contre le censitaire, en vertu de laquelle sentence, qui est un titre exécutoire, il peut convertir cette saisie censuelle en saisie-exécution, et vendre.

Cette saisie censuelle étant d'une nature particulière, peut concourir avec la saisie des fruits pendants par les racines, faite par un créancier du censitaire ; mais le créancier du censitaire, dont la saisie se trouve concourir avec celle du seigneur de censive, ne peut mettre la sienne à chef, et vendre, qu'il n'ait satisfait le seigneur de censive, et obtenu mainlevée de sa saisie ; car il ne peut avoir plus de droit sur les biens de son débiteur, que n'en a son débiteur lui-même : par conséquent ; puisque son débiteur ne peut disposer des fruits de son héritage, tant que la saisie censuelle subsiste, ses créanciers ne le peuvent non plus.

Les créanciers du censitaire, dont l'héritage est saisi censuellement, et qui ont un titre exécutoire, doivent, comme nous le disons, faire une saisie qui concoure avec celle du seigneur de censive, et non pas former opposition à celle du seigneur de censive, qui est une saisie d'une nature contraire à celle qu'ils ont droit de faire : mais, lorsqu'il y a plusieurs seigneurs de censives, et que l'un d'eux a saisi, les autres co-seigneurs, par indivis, peuvent faire signifier au censitaire, qu'ils entendent se servir, pour leurs parts et portions, de la saisie faite par l'un d'eux.

§. III. Pour quelles choses la saisie censuelle peut-elle être faite ?

Les coutumes varient sur ce point. Celle de Paris, *art. 74*, n'accorde la voie de la saisie censuelle, que pour les arrérages de cens : elle décide, *art. 81*, que les ventes et amendes se poursuivent par action seulement.

Au contraire, à Orléans, le seigneur de censive peut saisir censuellement, non-seulement pour les arrérages de cens qui lui sont dûs, mais pareillement pour les profits censuels et amendes, et généralement pour tous les droits qui lui sont dûs. La coutume s'exprime ainsi, *art. 403* : *Le seigneur, pour les arrérages de son cens, et son défaut et droits censuels, peut empêcher, etc.*, ce qui comprend, tant les profits censuels, que les amendes même, la reconnaissance censuelle, et le droit de se faire exhiber le titre d'acquisition.

§. IV. Quelles personnes peuvent saisir censuellement ?

Non-seulement le propriétaire de la censive peut saisir censuellement, l'usufruitier le peut aussi ; et généralement, tout ce que nous avons dit au Traité des fiefs, sur la question de savoir qui sont ceux qui peuvent saisir féodalement, reçoit application à l'égard de celle, qui sont ceux qui peuvent saisir censuellement.

§. V. De la forme de la saisie censuelle.

La saisie censuelle, si c'est une maison qui est saisie, se fait aux termes de notre coutume d'Orléans, en mettant un barreau aux portes de la maison, pour en fermer l'entrée, et la rendre inexploitable au censitaire.

Lorsque ce sont des terres qui sont saisies censuellement,

la saisie se fait par des brandons, qui se mettent aux fruits pendants par les racines.

Ces brandons sont de petits piquets revêtus de petits tortillons d'herbe ou de paille qu'on fiche dans les champs saisis, où sont les fruits pendants par les racines.

La coutume de Paris fait aussi mention de ces brandons pour la saisie des terres; mais l'obstacle des maisons par barreaux mis aux portes, y est inconnu. Au lieu de cet obstacle, elle permet au seigneur de procéder, par voie de saisie-gagerie, sur les meubles étant dans la maison qui relève de lui à cens; pour trois années de cens et au-dessous. Quoique cet obstacle des maisons soit autorisé par la coutume d'Orléans, il n'arrive guère dans l'usage, que le sergent qui fait l'obstacle ou saisie censuelle, mette effectivement des barreaux aux portes. On ne met plus guère non plus de brandons, quoique le sergent fasse mention dans son procès-verbal, qu'il en a mis.

Lorsque la maison, ou les autres héritages sont loués ou affermés, on se contente d'arrêter les loyers ou fermes entre les mains des locataires ou fermiers.

Au reste, on ne peut arrêter, en saisissant censuellement, que les fermes et loyers à échoir, de même qu'on ne peut saisir que les fruits pendants.

Le sentiment de Dumoulin, §. 74, *gl.* 1, n. 50 et 51, qui pensoit que le seigneur qui saisissoit censuellement, pouvoit saisir les fruits déjà coupés, pourvu qu'ils fussent encore sur l'héritage, n'a pas été suivi suivant que l'atteste Berroyer; car la coutume de Paris ne parle que de ceux qui sont pendants en l'héritage.

Cela est encore plus indubitable dans la nôtre, qui permet seulement de saisir l'héritage; ce qui exclut les fruits coupés qui n'en font plus partie.

Il paroît qu'anciennement, dans notre coutume d'Orléans, le seigneur de censive faisoit de son autorité privée, par ses gens, la saisie censuelle, où obstacle des maisons et héritages de sa censive; mais, depuis, on a jugé qu'il étoit plus convenable qu'elle se fit par le ministère d'un officier de justice, suivant cette règle de droit: *Non est singulis concedendum quod per magistratum publicè possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*: l. 176, ff. de reg. jur.

C'est pourquoi, par la réformation de la coutume, art. 103, qui étoit le 103 de l'ancienne, après ces mots: *le seigneur de*

*censive peut empêcher et obstacler, on a ajouté ceux-ci, par un sergent.*

Au reste, il n'est pas nécessaire de prendre une commission du juge, pour saisir censuellement. En cela, la saisie censuelle diffère de la féodale.

Il n'est pas nécessaire non plus qu'elle soit précédée de commandement.

Le sergent, pour faire cette saisie, doit se transporter sur le lieu. L'exploit ou procès-verbal qu'il doit dresser de cette saisie, doit faire mention du transport de ce sergent sur les héritages, qui doivent y être énoncés par le détail, et attestés par orient, occident, septentrion et midi : il doit contenir le nom du seigneur à la requête de qui la saisie est faite, les causes pour lesquelles elle est faite; et il doit être revêtu de toutes les formalités communes à tous les exploits, à peine de nullité. Par cette saisie, le sergent établit un ou plusieurs commissaires : c'est à ces commissaires à faire faire la récolte des fruits saisis, à les faire serrer, à les garder.

Enfin, le sergent doit signifier cette saisie au censitaire, à personne ou domicile : au reste, comme l'observe Dumoulin, il n'est pas nécessaire que ce soit au vrai domicile du censitaire, il suffit de le faire à la maison qui doit le cens; cette maison étant son domicile de censitaire, et le seul que le seigneur soit obligé de connoître.

#### §. VI. De l'infraction de la saisie censuelle.

Notre coutume d'Orléans prononce une amende contre le censitaire qui brise la main à lui dûment signifiée, c'est-à-dire, qui enfreint la saisie censuelle, en récoltant les fruits au préjudice de la saisie, ou en les enlevant après qu'ils ont été récoltés par les commissaires du seigneur; en un mot, lorsqu'il apporte quelque trouble aux commissaires établis à la saisie censuelle.

Est-ce infraction à la saisie, lorsque le censitaire, qui a formé opposition, sur laquelle il a obtenu mainlevée provisionnelle, succombe par la suite en définitif, et est déclaré mal fondé en son opposition? Dumoulin, par le §. 74, gl. 1, n. 172, décide pour l'affirmative : il prétend que celui qui, en s'opposant mal à propos à la saisie, a injustement contesté à son seigneur la seigneurie, et obtenu en conséquence

mainlevée provisionnelle, a plus enfreint la saisie, que s'il avoit de violence enlevé quelques fruits, ayant, autant qu'il étoit en lui, voulu soustraire à toujours son héritage au seigneur. Le sentiment de Dumoulin souffre difficulté : l'opposition à la saisie censuelle, bien ou mal fondée, est une voie de droit, et non une voie de fait, comme lorsque le censitaire enlève les fruits, de son autorité privée; et il y a lieu de penser que les coutumes n'ont entendu punir que les voies de fait, par l'amende qu'elles ont prononcée.

L'amende pour l'infraction de saisie, est, selon notre coutume d'Orléans, de cinq sous tournois.

Toutefois, ajoute-t-elle, *art. 103*, si le seigneur est justicier, ou procède avec autorité de justice, il y a soixante sous d'amende.

C'est une question de savoir ce que notre coutume entend par ces termes, *avec autorité de justice*. Delalande prétend que c'est par inadvertance que cette distinction entre les saisies faites avec, ou sans autorité de justice, a été transcrite en cet article; qu'elle ne peut plus avoir lieu, et que toute saisie censuelle ne pouvant plus se faire que par le ministère d'un sergent, qui est un officier de justice, doit être censée faite avec autorité de justice.

D'autres pensent que la distinction peut encore avoir lieu aujourd'hui, et qu'on ne doit réputer faites avec autorité de justice les saisies censuelles, que lorsqu'elles sont faites en vertu d'une ordonnance du juge, au bas d'une requête; que cette ordonnance rend l'infraction plus griève.

Observez que, sur l'amende de soixante sous, le seigneur de censive, *qui n'a justice que de censier*, c'est-à-dire, qui n'a d'autre droit que de saisir censuellement ses censitaires, et qui n'a d'ailleurs aucun droit de justice, prend seulement la somme de cinq sous; et le surplus de l'amende appartient au seigneur de justice.

### §. VII. De l'opposition à la saisie censuelle.

Le possesseur de l'héritage saisi censuellement, peut s'opposer à la saisie; ou, parce qu'il prétend que l'héritage ne relève point à cens du seigneur qui a fait la saisie; ou, parce qu'en confessant la seigneurie, il prétend n'être pas débiteur des causes de la saisie.

Au premier cas, lorsque le possesseur de l'héritage s'oppose à la saisie, en prétendant que son héritage ne relève

pas du seigneur qui l'a saisi, ce seigneur est obligé de justifier, au moins sommairement et imparfaitement, que cet héritage est dans sa censive; faute de quoi, le possesseur doit avoir mainlevée.

Cette mainlevée s'accorde au moins par provision. Le propriétaire à qui on l'accorde, n'est point obligé de donner caution pour cela; il n'est pas même obligé de consigner aucuns arrérages de cens, comme il y est obligé dans le cas que nous verrons ci-après, car la saisie censuelle n'ayant aucun fondement apparent, lorsque le saisissant n'apporte aucune preuve de sa seigneurie, elle ne peut produire aucun effet.

Mais si le seigneur fait connoître par ses papiers censiers, ou autrement, que l'héritage est dans sa censive, la saisie doit tenir.

Cela ne doit pas néanmoins s'entendre d'une justification pleine et complète de la seigneurie; il suffit, pour que la saisie tienne, que le seigneur de censive fasse apparoir de ses titres, sauf au propriétaire de l'héritage à les contredire pendant le cours du procès, la saisie tenant par provision.

Au second cas, lorsque le propriétaire de l'héritage ne disconvient pas que son héritage est dans la censive du seigneur qui a saisi, mais soutient n'être pas débiteur des arrérages de cens, pour lesquels la saisie est faite, pour quelque nombre d'années d'arrérages que la saisie soit faite, le censitaire en doit avoir mainlevée par provision, en consignant trois années d'arrérages de cens; ce qui est conforme à une ordonnance de Charles IX, de 1563.

La coutume d'Orléans oblige à consigner en outre l'amende pour le défaut; ce qui n'a pas lieu à Paris, où les amendes ne peuvent se poursuivre que par action.

Cette mainlevée provisionnelle s'accorde sans caution, la coutume n'en demandant point.

Au reste, comme cette mainlevée n'est que provisionnelle, s'il est jugé en définitif que le censitaire est débiteur d'une plus grande quantité d'arrérages, que ceux qu'il a consignés, il peut être contraint par corps, comme dépositaire de biens sous la main de justice, à représenter les fruits de l'héritage saisi, par lui perçus, à moins qu'il ne paye promptement ce qu'il doit en principal et frais.

Cette mainlevée accordée au censitaire, en consignant trois années de cens, n'a pas lieu lorsque la saisie est faite

pour des profits censuels, pour lesquels notre coutume permet de saisir : c'est ce qui résulte des termes de l'art. 105, où notre coutume accorde cette main levée ; il y est dit : *si le propriétaire saisi pour arrérages de cens, etc.* ; elle n'ajoute pas, comme dans l'article précédent, *et droits censuels* : elle n'accorde donc la main levée, que dans le cas d'une saisie faite seulement pour des arrérages de cens, qui est aussi le cas dans lequel l'ordonnance de 1563, d'où la disposition de notre coutume est tirée, l'accordoit. Le seigneur, en ce cas, doit s'imputer d'avoir laissé accumuler trop d'arrérages de cens. La disposition de la coutume ne doit donc pas s'étendre aux saisies faites dans un autre cas, pour profits censuels, les dispositions de coutumes qui sont de droit étroit, ne devant pas s'étendre d'un cas à un autre.

## SECTION V.

De quelques espèces particulières de censives dans la coutume d'Orléans.

### ARTICLE PREMIER.

Des différentes espèces particulières de censives qui ont lieu dans la coutume d'Orléans.

On peut distinguer, dans la coutume d'Orléans, quatre espèces de censives.

#### PREMIÈRE ESPÈCE.

La première espèce de censive est la censive à droit de ventes, dont il a été parlé dans les sections précédentes.

Cette espèce se subdivise en censive à droit de ventes simples, à droits de lods et ventes ; de vin et ventes ; de gants et ventes, dont nous avons parlé *suprà*, sect. 2, art. 1, §. 1.

#### SECONDE ESPÈCE.

Les censives à droit de relevoisons forment une seconde espèce de censives.

On appelle *relevoisons*, un profit qui est dû au seigneur de censive à toutes mutations : il est appelé relevoison, à l'instar du profit de relief qui a lieu dans les fiefs.

Il y a différentes espèces de ces relevoisons, qui forment autant de différentes espèces de censives.

Il y a 1<sup>o</sup> les relevoisons de tel cens telle relevoison, lorsque le profit est d'une somme pareille au cens.

2<sup>o</sup> Les censives à relevoisons du denier six, ou du denier quatre : ce sont celles pour lesquelles il est dû à chaque mutation, six fois autant ou quatre fois autant que la somme à laquelle monte le cens annuel.

Ces censives de relevoisons du denier six, se trouvent dans la ville d'Orléans et aux environs. On n'en trouve au denier quatre, qu'aux environs de Meung et de Baugénci.

Il y a 3<sup>o</sup> les relevoisons à plaisir. Ces relevoisons consistent dans le revenu de l'année de l'héritage sujet à ce droit, qui est dû à toutes mutations.

Ces censives ne sont connues que dans la ville d'Orléans. Toutes censives à droit de relevoison, dont le territoire est au-dedans des anciennes barrières de la ville d'Orléans, sont présumées être à droit de relevoisons à plaisir, si le censitaire ne justifie le contraire par rapport de titres. *Orléans, art. 124.*

La coutume ne dit pas simplement *toutes censives*, mais toutes censives à droit de relevoisons; d'où il s'ensuit que, pour que la présomption portée par cet article ait lieu, il faut qu'il soit porté par les titres que la censive est à droit de relevoisons; en ce cas, quoique les titres ne s'expliquent pas sur l'espèce de relevoisons, elle sera présumée être à droit de relevoisons à plaisir; mais, si le seigneur ne rapportoit aucuns titres de cette censive, il ne pourroit pas prétendre qu'elle fût à droit de relevoisons à plaisir; on devroit décider qu'elle est à droit de vento, qui est le fur ordinaire des censives.

La présomption établie par cet article cesse : 1<sup>o</sup> lorsque le censitaire rapporte quelque titre contraire. Je pense qu'une seule reconnaissance, acceptée par le seigneur, peut suffire pour cela, pourvu qu'elle ne soit pas démentie par d'autres.

S'il y avoit de part et d'autre des reconnaissances, dont les unes marquassent que le fur est à relevoisons à plaisir, les autres marquassent un autre fur, ces reconnaissances se détruiraient, en ce cas, les unes les autres : il devroit y avoir lieu à la présomption de la coutume, à moins que les reconnaissances qui portent la relevoison à plaisir ne

fussent nouvelles et en petit nombre, et que les reconnoissances qui portent une autre espèce de relevoison ne fussent anciennes et en grand nombre.

Cette présomption cesse : 2° à l'égard de celles qui sont à droit de *cher-cens*, lesquelles ne sont sujettes à aucun profit, comme nous le verrons ci-après.

3° A l'égard de celles dont le cens est requérable, elles sont présumées être à quelqu'autre droit que celui de relevoisons à plaisir, à moins que le seigneur ne justifie qu'elles sont à droit de relevoisons à plaisir. *Orléans, articles 131, 135.*

Les censives dont le territoire est hors les anciennes barrières de la ville, ne sont point présumées être à relevoisons à plaisir, sinon qu'il y ait titre, comme bail à cens, convention entre le seigneur et les censitaires, sur le fur de la censive, ou prescription qui s'établit par une suite de plusieurs reconnoissances uniformes, pendant le temps de trente ans au moins : *Article 136.*

Enfin, les censives qui sont à droit de ventes, ou à droit de relevoisons au denier six, ne sont point à droit de relevoisons à plaisir; une censive ne pouvant être à deux divers droits : *Article 123.*

#### TROISIÈME ESPÈCE.

Il y a quelques censives aux environs de Meung et de Baugenci, qui sont tout à la fois à droit de vente et à droit de relevoisons du denier quatre; non pas néanmoins à l'égard des mêmes espèces de mutations, mais qui sont à droit de vente dans le cas des mutations qui donnent ouverture à ce profit, et à droit de relevoisons dans le cas des autres espèces de mutation. Le seigneur de Prélefort a été maintenu à percevoir ces différents droits, par sentence du 8 juillet 1694, contre le sieur Terré.

#### QUATRIÈME ESPÈCE.

Il y a des censives dans lesquelles il n'y a lieu à aucun profit annuel, telles sont celles sur des héritages situés dans la ville d'Orléans, tenus à droit de *cher-cens*. La coutume, *art. 135*, déclare que telles censives ne sont sujettes ni à ventes ni à relevoisons, *s'il n'y a titre au contraire*, ou une suite de reconnoissances qui équipollent à titre.

La coutume, en faveur de la décoration des villes, a établi cette présomption, pour décharger les maisons de villes qui se trouvent déjà chargées par la grosseur du cens.

On appelle *cher-cens*, celui qui excède 10 sous : *Art. 135.*

Les héritages de la campagne tenus à droit de champart (c'est-à-dire, chargés d'une redevance qui consiste dans une certaine portion des fruits qui s'y recueillent), lorsque ce droit de champart tient lieu de cens, ne sont sujets à aucun profit : *Article 143.*

Mais si ces héritages, outre le droit de champart, étoient chargés d'un cens, le champart n'étant pas en ce cas la redevance seigneuriale, ils ne laisseroient pas d'être sujets au droit de vente.

Tout ceci souffre exception, lorsqu'il y a titre au contraire.

#### ARTICLE II.

En quoi consiste le profit de relevoisons à plaisir, et de la faculté de guesver ?

Le profit de relevoisons à plaisir consiste dans le revenu d'une année de la maison qui est sujette à ce droit.

En cela, ce profit est semblable au profit de rachat qui a lieu pour les fiefs.

Ces profits ont aussi cela de semblable, qu'ils consistent l'un et l'autre dans le revenu de l'année qui a suivi les offres du vassal ou du censitaire, ou la demande du seigneur. Le profit doit donc être estimé, non à ce que pouvoit valoir de loyer la maison lors de l'ouverture du profit, mais au prix qu'elle est actuellement louée, ou, si elle ne l'est pas, au prix qu'elle le pourroit être au temps des offres.

Ces profits conviennent encore en ce que le seigneur deensive à qui la relevoison à plaisir est due, ne peut, non plus que le seigneur du fief, déloger le propriétaire qui occupe sa maison, ni expulser son locataire; mais il doit se contenter du loyer de la maison sur le pied du bail, lorsqu'elle est louée sans fraude, ou sur le pied de l'estimation qui doit en être faite par arbitres, lorsque le propriétaire l'occupe en personne.

Cette estimation doit se faire par arbitres, dont l'un doit être nommé par le seigneur, et l'autre par le censitaire; lesquels arbitres, lorsqu'ils sont d'avis contraire, peuvent

se faire départager par un tiers que lesdits arbitres choisissent : *Art. 129.*

Elle se fait aux dépens du censitaire, *art. 129*; car c'est pour son avantage qu'elle se fait, pour qu'il ne soit pas obligé de déloger.

Pourroit-il éviter les frais de cette estimation, en offrant auparavant au seigneur une somme suffisante? On pourroit soutenir que oui; le seigneur qui ne l'a pas acceptée ayant eu tort, lorsqu'il paroît par l'estimation faite depuis, qu'il a persisté outre la somme offerte, qui étoit suffisante ou même plus que suffisante.

Le profit de relevoison diffère du rachat, en ce que, pour le rachat, le vassal est ordinairement obligé d'offrir trois choses au seigneur : une somme, le dire d'experts, ou le revenu en nature; desquelles trois choses, le seigneur a le choix : au lieu que le seigneur de censive n'a aucun choix pour la relevoison à plaisir qui lui est due; il est au contraire au choix du censitaire, d'en payer au seigneur l'estimation, suivant le dire d'experts, ou d'abandonner au seigneur la jouissance de la maison, à commencer du prochain terme qui suit les offres, pour, par le seigneur, en jouir et disposer pendant une année, soit en l'habitant lui-même, soit en la louant.

Cet abandon que le censitaire fait au seigneur, de la jouissance de la maison, s'appelle *guesvement*. Ce guesvement se fait pour le prochain terme qui suit les offres. Le jour et fête de S. Jean est le terme ordinaire auquel commence la jouissance des maisons de la ville d'Orléans, c'est pourquoi il n'est pas douteux que le censitaire peut guesver sa maison pour le terme de la S. Jean prochaine.

On a douté si Noël étoit un terme. Effectivement les maisons de la ville d'Orléans n'ont coutume de se louer que de S. Jean en S. Jean. On ne loue guère les maisons pour le terme de Noël; et ce terme est plutôt un terme de paiement qu'un terme de délogement : néanmoins, Delalande et Martin décident qu'on peut guesver pour le terme de Noël, aussi bien que pour le terme de S. Jean; et ils rapportent des sentences qui l'ont ainsi jugé.

Il n'importe en quel temps se fasse ce guesvement, quoiqu'il semblât équitable que le censitaire ne pût le faire qu'un certain temps avant le terme pour lequel la maison est guesvée, afin que le seigneur à qui elle est guesvée, eût

le temps de trouver à la louer : néanmoins , l'usage autorise les guesvements en quelque temps qu'ils soient faits , même ceux qui seroient faits la veille de la S. Jean , pour le terme de S. Jean.

Ce guesvement se fait par une signification que le censitaire fait par un sergent au seigneur , par laquelle il déclare qu'il lui guesve la maison.

Cette signification doit se faire à personne ou domicile ; elle peut se faire , soit au vrai domicile du seigneur , soit au lieu où se paye le cens , ce lieu étant réputé le domicile du seigneur , pour tout ce qui concerne sa qualité de seigneur de censive , et le censitaire n'étant pas obligé d'en connoître d'autre.

Le censitaire qui guesve est aussi obligé , suivant l'article 128 , de bailler ou faire bailler les clefs au seigneur , dans le premier jour du terme , c'est-à-dire , le jour de S. Jean , si c'est pour le terme de S. Jean que le guesvement se fait.

Cette disposition n'est pas néanmoins suivie à la rigueur ; et , dans l'usage , on accorde au censitaire jusqu'au jour de S. Pierre inclusivement , pour remettre les clefs. La raison est , qu'il lui seroit souvent impossible de les remettre plus tôt , le locataire qui sort de la maison n'étant pas obligé de les remettre plus tôt. D'ailleurs , on ne fait en cela aucun préjudice au seigneur à qui le guesvement est fait ; il n'en jouit pas moins une année entière , puisque , si on ne lui remet les clefs qu'à la S. Pierre , il n'est obligé de les remettre qu'à pareil jour l'année suivante.

Est-il nécessaire , pour que le guesvement soit valable , que le censitaire qui guesve la maison , la mette en état de pouvoir être occupée ? L'Auteur des Notes de 1711 , prétend qu'il n'y est pas obligé ; que guesver n'est pas s'obliger à faire jouir , comme s'oblige un locateur envers le locataire , mais que c'est seulement abandonner la jouissance de la maison telle qu'elle se trouve , permettre au seigneur d'en jouir comme il pourra. Je trouve plus raisonnable le sentiment de Delalande , qui décide que le censitaire doit mettre sa maison en état d'être exploitée , c'est-à-dire , close et couverte , pour que son guesvement soit valable.

Il est faux que le guesvement du censitaire ne renferme pas l'obligation de faire jouir le seigneur pendant l'année , la relevoison à plaisir étant le revenu de l'année , la jouissance

d'une année. Le censitaire qui doit au seigneur cette jouissance, *debet ei præstare frui licere* : ce n'est pas lui prêter la jouissance qu'il lui doit, que de lui abandonner pendant un an une maison dont l'état dans lequel elle se trouve ne permet pas qu'on en puisse jouir.

Delalande apporte une exception à sa décision, qui est le cas auquel la maison seroit échue à un pauvre homme qui n'auroit pas le moyen d'y faire les réparations : il cite, pour fondement de cette exception, la loi 38, ff. *de rei vend.*, qui n'a aucune application. Je pense, que cette exception ne doit pas être suivie. Si ce pauvre homme n'a pas le moyen de réparer sa maison, il ne doit pas la guesver, mais la louer, et déléguer les loyers aux ouvriers qui la répareront : ces ouvriers seront préférés au seigneur, sur les loyers ; et le seigneur attendra à l'année suivante, si son censitaire n'a pas moyen de le payer.

S'il survient, pendant l'année, des réparations qui rendent la maison inexploitable, le censitaire peut, par la même raison, être obligé par le seigneur à les faire.

Le propriétaire d'une partie indivise d'une maison, peut la guesver au seigneur, pour la portion qui lui en appartient, soit qu'il n'y ait eu ouverture à la relevoison que pour sa portion, soit qu'y ayant eu ouverture pour le total, ses copropriétaires aient composé pour leurs portions.

Mais, pour que ce propriétaire puisse valablement guesver pour sa portion, il faut qu'il laisse au seigneur la maison vacante, et qu'il lui en remette les clefs, pour, par le seigneur, en partager la jouissance avec les propriétaires des autres portions, ou liciter entr'eux cette jouissance, ou louer en commun la maison à quelqu'un.

Lorsqu'il y a plusieurs seigneurs de la censive, dont la maison guesvée relève, le guesvement doit être fait à chacun d'eux : s'il étoit fait à l'un d'eux, tant pour lui que pour les co-seigneurs, il ne seroit valable que pour la portion de celui à qui il auroit été signifié, et ne libéreroit pas le censitaire envers les autres seigneurs.

Le seigneur à qui le guesvement est fait, doit jouir de la maison en bon père de famille ; il doit l'exploiter comme elle a coutume d'être exploitée. Par exemple, si c'est une maison bourgeoise, il n'en doit pas faire un cabaret : il est tenu, lorsqu'il en jouit, des réparations locatives. Au reste, soit qu'il en jouisse, soit qu'il laisse la maison va-

cante, le censitaire est libéré envers lui du profit au bout de l'année.

Il est aussi libéré du cens pour cette année; car ce cens étant une charge du revenu de cette année, qui est abandonnée au seigneur, le seigneur en est tenu, et doit le confondre sur lui.

#### ARTICLE III.

En quels cas sont dues les relevoisons? Du chef de qui, et par qui?

##### §. I. En quels cas?

Notre coutume, *art. 126*, porte : *Sont dues et acquises lesdites relevoisons à plaisir par toutes mutations, etc.*

Les autres espèces de relevoisons, telle qu'est celle du denier six, sont aussi dues à toutes mutations : *Article 132*.

Cela comprend même les successions, et les donations en ligne directe, sauf néanmoins que les relevoisons auxquelles les donations en ligne directe donnent ouverture, ne sont dues que lors de la mort du donateur : *Art. 273*. La raison est que, ces donations n'étant que des anticipations de succession, il faut attendre que la succession soit ouverte, pour que la relevoison soit due.

Les donations avec réserve d'usufruit, à quelques personnes qu'elles soient faites, ne donnent pareillement lieu au profit de relevoisons, non plus qu'au profit de rachat, qu'après l'extinction de l'usufruit : *Article 285*.

Quoique le mariage ne fasse pas proprement une mutation à l'égard des héritages des femmes qui se marient, néanmoins il donne lieu aux relevoisons, de même qu'au rachat, pourvu qu'il ne soit pas le premier : voyez tout ce que nous avons dit au *Traité des fiefs*, à cet égard.

L'échange des maisons en même censive, ne donne pas ouverture aux relevoisons : *Art. 137*. Le seigneur ne changeant point de censitaire, il n'y a pas en quelque sorte de vraie mutation.

Néanmoins, si cet échange étoit fait avec un retour, il seroit dû profit de relevoisons pour raison du retour. *D. Art. 137*. Par exemple, si le retour étoit le dixième de la valeur de la maison pour laquelle on a donné un retour, il seroit dû la dixième partie du revenu de l'année, si la relevoison étoit à plaisir, ou la dixième partie de ce qui est dû pour une autre espèce de relevoison.

La raison de l'exception du cas auquel il y a un retour, paroît être, que le profit de relevoison est dû aux mutations par celui qui en est tenu, pour raison de ce qu'il devient le nouveau censitaire du seigneur. Lorsque l'échange est fait but à but de maison étant en même censive, chacun des copermutants ne devient pas censitaire plus qu'il ne l'étoit déjà; et, par conséquent, il ne doit point de relevoison : mais, lorsque l'échange est fait avec retour, celui des copermutants qui acquiert, à la charge du retour, une maison plus considérable que n'étoit celle qu'il donne en contre-échange, devient censitaire pour plus qu'il ne l'étoit; et, par conséquent, il doit profit de relevoison pour raison de ce plus, lequel plus se mesure sur le retour qu'il donne.

Les partages et licitations ne sont pas proprement des mutations, suivant que nous l'avons vu au *Traité des fiefs*, et par conséquent ne donnent aucune ouverture aux relevoisons, non plus qu'aux autres profits.

Les mutations instantanées, celles dont l'effet est détruit, etc., ne donnent pas ouverture aux relevoisons, non plus qu'au rachat. Tout ce que nous avons dit à cet égard au *Traité des fiefs*, en parlant du rachat, reçoit application aux relevoisons.

Enfin, quoiqu'il y ait ouverture aux relevoisons à toutes mutations, néanmoins, s'il en survient plusieurs par mort en une même année, il n'en est dû qu'une seule : *Art. 139*. En cela, les relevoisons sont encore semblables au profit de rachat.

#### §. II. Du chef de qui les relevoisons sont-elles dues?

Notre coutume, *art. 126*, dit : *Sont dues lesdites relevoisons à plaisir par toutes mutations procédantes du côté de ceux au nom desquels se paye le cens.*

L'*art. 132* dit la même chose à l'égard des autres espèces de relevoisons.

Il résulte de ces termes que, si une maison à droit de relevoisons avoit été baillée à emphytéose, ou à autre titre de rente foncière, avec la clause que le cens dont cette maison est chargée, continueroit d'être payé au nom du bailleur, ce seroit les mutations qui arriveroient du chef du bailleur, c'est-à-dire, les mutations de la rente qui donneroient ouverture au profit de relevoisons; celles qui arriveroient du chef des possesseurs de la maison n'y donneroient pas ouverture.

Il n'y auroit aucune ouverture aux relevoisons, par les mutations qui arriveroient de la maison sujette à la rente.

Au contraire, si le bail à rente avoit été fait à la charge du cens, ou simplement de manière que le cens se payât au nom du preneur, les relevoisons ne sont dues que par les mutations de la maison : celles de la rente n'y donnent pas ouverture.

En cela, les censives à relevoisons sont très-différentes des censives à droit de vente ; car, dans les censives à droit de vente, on ne considère pas au nom de qui se paye le cens ; et il y a ouverture au profit de vente, comme nous l'avons vu, tant par la vente de l'héritage pour ce qu'il est vendu, et vaut de plus que les rentes foncières dont il est chargé, que par la vente desdites rentes, lorsqu'elles sont vendues.

Observez que la relevoison à plaisir, qui est due du chef de celui au nom duquel se paye le cens, ne doit pas néanmoins être acquittée en entier par ce nouveau censitaire ; il ne doit cette relevoison qu'à proportion du droit qu'il a dans la maison qui y est sujette, chacun des autres qui y ont quelque droit, y doit contribuer à proportion du droit qu'il y a.

Par exemple, si une maison sujette à droit de relevoisons, a été donnée par bail emphytéotique, par une communauté à qui elle appartenoit, à un particulier, pour une certaine rente, avec la clause que le cens continueroit d'être payé au nom de la communauté, les relevoisons ne seront dues, à la vérité, que par les mutations qui arriveront de la part des vicaires vivants et mourants de cette communauté, au nom de laquelle se paye le cens ; mais cette communauté ne sera tenue de cette relevoison, que jusqu'à concurrence de la rente emphytéotique qu'elle a à prendre sur cette maison : le possesseur de la maison, la mort de ce vicaire arrivant, sera tenu du surplus de ladite relevoison, qui consiste dans le revenu entier de la maison.

*Vice versa*, lorsque le cens se paye au nom du possesseur de la maison, les relevoisons qui sont dues par les mutations qui arrivent dans la maison, ne doivent pas être pour cela acquittées en entier par le possesseur de la maison, qui est le nouveau censitaire : tous ceux qui ont des rentes foncières à prendre sur cette maison, doivent contribuer à la relevoison jusqu'à concurrence d'une année d'ar-

rérages de leur rente, qu'ils ne perçoivent point, en ce cas, du possesseur qui a acquitté toute la relevoison. C'est ce qui est décidé par l'art. 130 de notre coutume, qui porte : *Toutefois et quantes que relevoisons à plaisir sont dues par les mutations, les rentes foncières, arrières-foncières, sur-foncières, ou sortissant nature de rente foncière, encourent, et sont exploitées par lesdites relevoisons ; et le seigneur détenteur est seulement tenu des améliorations qui sont outre lesdites rentes, sinon qu'il y ait convention expresse au contraire.*

La coutume entend ici, par *rentes foncières*, la première pour laquelle bail a été fait de l'héritage sujet au droit de relevoisons ; par *arrières-foncières*, la seconde rente pour laquelle bail a été fait de la maison déjà chargée, outre le cens d'une première rente ; par *sur-foncières*, la troisième ou ultérieure rente pour laquelle bail a été fait de la maison chargée outre le cens. Telle est l'interprétation qu'en donne Delalande, qui est très-plausible.

Il y a plus de difficulté sur l'interprétation de ces termes, *ou sortissant nature de foncières*. Je pense que la coutume, par ces termes, entend parler des rentes dont elle fait mention en l'article 271, qui sont créées sur une maison par don ou legs qu'une personne fait de cette rente ; *putà*, à quelque église pour quelque fondation ; de manière néanmoins qu'il n'y ait que la maison qui en soit tenue, et que le donateur ou héritier du testateur n'en soient point personnellement débiteurs.

La coutume n'appelle pas ces rentes, *foncières* ; parce qu'on entend communément, par *rentes foncières*, celles qui sont créées par l'aliénation de l'héritage, par bail, partage ou licitation ; mais elle les appelle *sortissant nature de foncières*, parce qu'étant dues par l'héritage, plutôt que par la personne, qui n'en est tenue qu'autant qu'elle possède l'héritage, elles ont effectivement la même nature que les *rentes foncières* : c'est pourquoi ces rentes doivent être exploitées pour la relevoison à plaisir, comme les autres *rentes foncières*.

Il en est autrement, lorsque le donateur s'est personnellement et principalement obligé à la rente, lorsque le testateur en a principalement chargé ses héritiers, et que la maison n'en a été chargée que par forme d'assignat, *undè solveretur* ; ce qui se présume lorsque le testateur a simplement dit : *Je lègue à une telle église, une telle rente, à*

*prendre sur une telle maison* : en ce cas, la rente n'est point sujette à la relevoison à plaisir; et, quoique la relevoison à plaisir absorbe en entier le revenu de la maison sur laquelle elle est à prendre, ceux qui en sont les débiteurs personnels ne laissent pas d'être obligés de payer cette rente au créancier, parce qu'ils en sont débiteurs personnels, et indépendamment de la maison. Par la même raison, les rentes constituées pour le prix de la maison, non plus que celles créées par assignat spécial sur la maison, quoique les notaires donnent quelquefois à ces rentes le nom de sur-foncières, ou de sortissantes nature de foncières, ne sont point sujettes aux relevoisons à plaisir; car ces rentes sont dettes personnelles, la maison n'y est qu'hypothéquée. Il en est de même d'une rente viagère pour laquelle une maison auroit été donnée.

Cette décision de notre coutume, que la relevoison due par la mutation procédante du chef du possesseur, au nom duquel se paye le cens, doit être acquittée, non-seulement par lui, mais encore par tous ceux qui ont des rentes foncières à prendre sur la maison, jusqu'à concurrence des rentes qu'ils y ont, et *vice versa*, a lieu non-seulement lorsque la mutation procède d'un fait involontaire, comme de la mort d'un censitaire, mais encore lorsqu'elle procède d'un fait volontaire du censitaire : c'est pourquoi, lorsque le possesseur, au nom duquel se paye le cens, a aliéné volontairement la maison par vente, ou donation, ou autre contrat, ceux qui ont des rentes à prendre sur ladite maison, acquittent ladite relevoison jusqu'à concurrence des rentes qu'ils ont à prendre; et l'acquéreur de la maison n'en est tenu que pour ce que le revenu de la maison vaut de plus que les rentes.

Cela paroît contraire à ce principe de droit, *nemo ex alieno facto prægravari debet*; néanmoins, telle est la loi en notre article 150, qui ne fait aucune distinction si les mutations, qui donnent ouverture à la relevoison, procèdent d'une cause volontaire ou d'une cause nécessaire, et on peut dire que les seigneurs de rente foncière, ne souffrent en cela aucune injustice, parce qu'ils ont dû s'attendre, en faisant le bail, à la charge du cens, que le preneur et ses successeurs pourroient vendre et disposer à leur gré de la maison donnée à rente, et que ces aliénations don-

neraient lieu à des profits auxquels les rentes par eux retenues seroient sujettes.

Au reste, on peut convenir par le bail, et même cette convention est assez d'usage par les baux, que la rente foncière sera exempte des relevoisons qui seront dues ; c'est pourquoi notre coutume, *art. 130*, ajoute ces mots : *sinon qu'il y ait convention au contraire.*

Observez aussi que, quoique les seigneurs de rente foncière doivent contribuer de la rente qui leur est due à l'acquiescement de la relevoison à plaisir, néanmoins le seigneur censier, à qui elle est due, ne s'adresse qu'au possesseur de la maison, qui est tenu de la lui payer en entier, mais qui s'en récompense sur les seigneurs de rente foncière, en ne leur payant pas la rente pour cette année.

Si ceux qui ont un droit de rente foncière sur une maison, doivent acquitter, jusqu'à concurrence de l'année de rente qu'ils ont à prendre sur cette maison, les relevoisons qui sont dues par les mutations qui arrivent du chef des propriétaires de la maison, il semble que, selon le principe de notre coutume, on doit pareillement décider que celui qui a un droit d'usufruit sur la maison, doit acquitter les relevoisons dues par les mutations qui arrivent du chef des propriétaires, pendant le cours de son usufruit ; d'autant que ces relevoisons ne sont autre chose que des charges réelles de l'héritage, et qu'il est de principe que l'usufruitier est tenu d'acquitter toutes les charges réelles de l'héritage qui surviennent pendant le cours de l'usufruit, et que les relevoisons à plaisir ne sont autre chose qu'une charge réelle de la maison.

Cette règle néanmoins pourroit souffrir quelque difficulté pour un usufruit qui auroit été légué expressément pour les aliments du légataire. Cette clause doit faire présumer que l'intention du testateur a été que ses héritiers acquittassent les charges qui absorberoient tout le revenu de la chose, et ne laisseroient plus rien de quoi fournir au légataire, les aliments que le testateur a voulu lui laisser.

L'usufruit que les coutumes accordent à la veuve, pour son douaire, étant censé accordé pour ses aliments, on pourroit soutenir qu'elle ne seroit pas tenue d'acquitter les relevoisons qui seroient dues pendant le cours de son usufruit.

§. III. Exceptions portées par l'article 136, au principe établi au paragraphe précédent.

Suivant les principes établis au paragraphe précédent, lorsque le cens d'une maison sujette à relevoison à plaisir, se paye au nom d'un seigneur de rente foncière, les relevoisons sont dues par les mutations qui arrivent du chef du seigneur de la rente, qui n'en est néanmoins tenu que jusqu'à concurrence de sa rente ; le surplus de cette relevoison, quoiqu'il dû par la mutation arrivée du chef du seigneur de rente, doit être acquitté par le propriétaire de la maison.

On a été obligé, lors de la rédaction de notre coutume en 1509, de faire une exception à cette règle pour les maisons sujettes à relevoisons à plaisir, que des chapelains, ou autres titulaires particuliers de bénéfices, avoient anciennement données à bail à rente, avec la clause que le cens continueroit d'être payé en leur nom.

Il arrivoit que les propriétaires de ces maisons étoient accablés de profits, par les fréquentes mutations qui arrivoient du chef de ces bénéficiers, toujours disposés à permuter leur bénéfice, lorsqu'ils en trouvoient un meilleur ; d'où il arrivoit que plusieurs propriétaires de maisons les laissoient tomber en ruine.

Pour remédier à ce mal, on a fait l'exception portée par l'art. 135 de notre coutume, qui est le 138 de la nouvelle : cet article porte, qu'à l'égard de ces maisons dont le cens se paye au nom d'un titulaire de bénéfice, seigneur de rente à prendre sur la maison, les relevoisons ne seroient plus dues par les mutations qui arriveroient du chef de ce titulaire, que pour raison de la rente seulement que le titulaire du bénéfice a à prendre sur la maison, lesquelles relevoisons seroient par lui acquittées ; et qu'en récompense, il seroit dû aussi des relevoisons pour ce que le revenu de la maison vaut de plus que la rente, par les mutations qui arriveroient du chef du propriétaire, lesquelles seroient acquittées par lesdits propriétaires.

#### ARTICLE IV.

Ce qu'il y a de particulier dans les censives à droit de relevoisons à plaisir, pour la saisie censuelle, et quelles amendes sont dues dans ces censives.

Les censives à relevoisons à plaisir ont cela de commun avec les autres, que le seigneur peut saisir censuellement,

non-seulement pour les cens qui lui sont dûs, mais encore pour le défaut et pour les profits censuels ; c'est ce qui résulte de l'art. 125, pour être payé desquelles relevoisons et arrérages de cens, et d'un défaut. . . . le seigneur censier peut obstacler. . . .

Il peut saisir pour les relevoisons, non-seulement lorsqu'il saisit en même temps pour les arrérages de cens, mais même pour les relevoisons seules, s'il ne lui étoit dû aucuns arrérages de cens. Les termes de l'art. 115 de l'ancienne coutume, d'où celui-ci est tiré, y sont formels : *pour être payé desquelles relevoisons le seigneur peut obstacler. . . . et aussi pour les cens.* Ce qui est dire, bien formellement, qu'il peut obstacler pour les relevoisons *principaliter et propter se* ; et non pas seulement accessoirement à l'obstacle qu'il feroit pour le cens.

En ceci, les censives à relevoisons à plaisir conviennent avec les autres, mais elles diffèrent en deux points :

1° Par rapport au temps dans lequel l'obstacle peut être fait ; car, au lieu que dans les censives ordinaires à droit de vente, le seigneur ne peut saisir que quarante jours après la mutation, suivant qu'on le peut inférer de l'art. 107, qui donne quarante jours pour payer ou dépriër ; au contraire, dans les censives à relevoisons à plaisir, le seigneur peut saisir censuellement, et procéder par voie d'obstacle quinze jours après la mutation.

2° En ce que dans les censives à relevoisons à plaisir, le seigneur, après qu'il a procédé par obstacle, en faisant mettre des barreaux aux portes, peut encore, huit jours après, si le censitaire n'a pas satisfait, faire enlever les huis et fenêtres, c'est-à-dire, dépendre les portes et fenêtres hors de leurs gonds, et les coucher de travers.

Ce droit de dépendre les portes, pour contraindre au paiement les censitaires, étoit autrefois un droit commun dans le royaume, suivant que nous l'apprenons de l'Auteur du grand Coutumier, paragraphe 37. Le chef seigneur, dit-il, pour cause de son fonds non payé, peut mettre l'*huis* des censiers en travers.

Quoique notre coutume ait expressément conservé ce droit au seigneur de censives à relevoisons à plaisir, néanmoins il ne se pratique plus ; et j'apprends, d'une Note de M. de Manthelon, que le baron de S. Laurent ayant une fois fait dépendre les portes et les fenêtres d'une maison de

sa censive, il fut, par sentence du bailliage, condamné à les rétablir à ses dépens. Cette sentence souffre néanmoins de la difficulté, étant contraire au texte formel de la coutume. Au reste, le seigneur ne pourroit pas, de son autorité privée, obstacler, ni huitaine après, dépendre les portes : il faut que l'obstacle, aussi bien que l'enlèvement des portes, se fasse par le ministère d'un sergent assisté de deux témoins, qui en dresse un procès-verbal, lequel soit revêtu de toutes les formalités qui doivent être observées dans les exploits.

Tout ce qui a lieu dans les censives ordinaires à l'égard de l'opposition à la saisie censuelle, et des cas auxquels on en doit donner ou non mainlevée, par provision, a aussi lieu dans les censives à relevoisons à plaisir.

A l'égard des amendes, on ne connoît dans les censives à relevoisons à plaisir, que l'amende appelée défaut pour le défaut du paiement de cens aux jour et lieu nommés ; et elle est la même que dans les censives ordinaires. Il n'y a point d'amende faite d'avoir déprié les relevoisons qui sont dues, comme il y en a dans les censives à droit de vente. C'est une question, si l'amende pour infraction de l'obstacle a lieu dans les censives à relevoisons à plaisir, comme dans les censives à droit de vente. On pourroit soutenir qu'elle a lieu ; l'*art.* 103 paroît, dans sa généralité, comprendre toutes les censives.

# TRAITÉ

## DES

# CHAMPARTS.

---

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

**L**E champart est une redevance foncière, qui consiste dans une certaine quotité des fruits qui se recueillent sur l'héritage qui en est chargé.

Nous traiterons de la nature de ce droit; des obligations des possesseurs; des terres tenues à champart, et des droits des seigneurs de champart.

---

### ARTICLE PREMIER.

De la nature du droit de champart, et sur quelles terres il se perçoit?

#### S. I. De la nature du droit de champart.

Le champart est quelquefois un droit seigneurial; quelquefois il ne l'est pas. Lorsque l'héritage qui en est redevable, n'est chargé d'aucun cens, et que le champart est la première redevance dont l'héritage est chargé, il est en ce cas censé avoir été retenu sur l'héritage, non-seulement comme un droit utile, mais encore comme un droit reconnaissant de seigneurie, que s'est retenu celui qui a donné l'héritage à ce titre; et conséquemment le champart est, en ce cas, un droit seigneurial.

Si l'héritage redevable du champart est aussi chargé d'un droit de cens, soit envers le même seigneur à qui le champart est dû, soit envers un autre seigneur; en ce cas, le cens est censé être la première redevance et la redevance seigneuriale; car c'est la nature du cens d'être reconnaissant de la seigneurie, et il ne seroit pas proprement cens sans cela; en ce

cas, le champart n'est pas seigneurial, mais est une simple redevance foncière : car un même héritage ne peut être tenu de deux redevances seigneuriales, ni relever de plus d'une seigneurie.

Cette distinction du champart seigneurial ou non seigneurial, suivant qu'il est ou non la première redevance dont l'héritage est chargé, est très-ancienne. Elle se trouve dans l'Auteur du grand Coutumier, et forme le droit commun.

Quoique le cens soit présumé être la redevance seigneuriale plutôt que le champart, néanmoins s'il étoit justifié par les titres, que le champart est plus ancien que le cens, et que c'est celui qui tenoit l'héritage à droit de champart, qui l'a depuis donné à cens, en ce cas le champart seroit la redevance seigneuriale, et le cens ne seroit pas un vrai cens, mais une redevance foncière : celui qui le tenoit roturièrement à droit de champart, n'ayant pu le donner à cens, et se retenir une reconnaissance recognitive d'une seigneurie qui n'étoit pas par-devers lui.

Lorsque le champart est seigneurial, il a les prérogatives des redevances seigneuriales, en conséquence :

1° Il est imprescriptible, c'est-à-dire, que les possesseurs des terres tenues à ce droit, ne peuvent en acquérir la libération par quelque laps de temps que le seigneur ait laissé passer sans se faire servir de son droit.

2° Il ne se purge point par décret.

3° Il emporte profit de vente aux mutations de l'héritage, dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

Par une disposition singulière de la coutume d'Orléans, les terres tenues à droit de champart ne sont sujettes à aucun profit lors des mutations. *Orléans, art. 143.*

Observez néanmoins que, lorsque les terres sont chargées d'un cens et d'un champart, quoiqu'envers le même seigneur, le champart dont elles sont chargées ne les affranchit pas du droit de vente, ni de relevoisons aux mutations, qui est une suite du droit de cens. *Orléans, art. 143.*

Lorsque le champart n'est pas seigneurial :

1° Il est prescriptible comme toutes les autres redevances foncières.

2° Il se purge par le décret, comme les autres redevances foncières.

La coutume d'Orléans s'est écartée de ce principe : elle décide, en l'*art 480*, qu'il n'est pas nécessaire de s'opposer

au décret pour le champart, quoiqu'il ne soit pas seigneurial. La raison en peut-être, que la perception du champart étant publique, les adjudicataires en peuvent être facilement instruits, et que les décrets ne sont faits que pour purger les droits que les adjudicataires pourroient ignorer.

5° Il n'emporte aucuns profits aux mutations.

Soit que le champart soit seigneurial, soit qu'il ne le soit pas, ce ne sont que les titres ou la possession qui en déterminent la quotité; elle n'est point déterminée par les coutumes, si l'on en excepte un petit nombre: celle de Montargis la détermine à la douzième gerbe: *Art. 3, chap. 5.*

La coutume d'Orléans ne l'a point déterminée. Dans cette coutume, la quotité est différente, suivant les différents titres ou usages: il y a des champarts de la vingtième, de la quinzième, de la douzième, de la neuvième gerbe. Celui du chapitre de S. Aignan, sur plusieurs paroisses de la Beauce, est de la seizième.

La dîme se lève avant le champart, qui n'est que de la quotité des gerbes qui restent après la dîme prélevée. *Berri, art. 25, Tit. 10.*

Le champart est requérable, à moins qu'il n'y ait des titres qui obligent le redevable à le conduire dans la grange champarteresse, ou une longue possession qui équipolle à titre.

Le champart ne s'arrérage point; le seigneur à qui il est dû, est présumé en avoir été payé tous les ans.

Si le redevable avoit contesté le champart, il n'est pas douteux que le champart seroit dû de toutes les années pendant lesquelles la contestation auroit duré.

#### §. II. Sur quelles terres se perçoit le champart?

Le champart se perçoit sur les terres qui ont été baillées à cette charge, ou sur lesquelles quelqu'un a acquis, par prescription, le droit de l'y percevoir; car le droit de champart, comme les autres droits réels, peut s'acquérir par la possession de trente ans, en laquelle quelqu'un justifie avoir été de percevoir le champart sur une terre; laquelle prescription de trente ans ne court point contre les mineurs. Cette longue possession donne le même droit qu'un titre de bail à champart; et elle fait présumer qu'il y en a un, quoiqu'il ne soit pas rapporté.

Lorsqu'un seigneur est en possession d'un champart seigneurial sur un terrain circonscrit, quand même il y auroit

quelques-unes des terres enclavées dans ce territoire, sur lesquelles, de mémoire d'homme, le champart n'eût jamais été perçu, le seigneur néanmoins auroit droit de l'y percevoir, si le possesseur ne justifioit qu'lesdites terres relèvent d'un autre seigneur, ou qu'elles sont en fief. C'est une suite de maximes, qu'il n'y a nulle terre sans seigneur, et que le champart seigneurial est imprescriptible.

Les terres tenues en fief ne sont point sujettes au champart. *Orléans, art. 142.*

Lorsqu'il s'est fait par alluvion, des accrues à une terre tenue à droit de champart, le propriétaire de cette terre, qui l'est aussi des accrues par droit d'alluvion, doit le champart pour les accrues, comme pour le reste de sa terre; car l'alluvion étant une union et accession naturelle, ce qui est uni par alluvion doit suivre la nature de la chose principale à laquelle il est uni, suivant cette règle : *Accessorium sequitur naturam rei principalis et dominium.*

---

## ARTICLE II.

Des obligations des détenteurs et propriétaires des terres sujettes à champart, et des actions et droits des seigneurs de champarts.

S. I. De l'obligation des détenteurs des terres sujettes à champart, par rapport à la perception de ce droit.

Celui qui fait valoir des terres à champart, soit qu'il en soit le propriétaire, soit qu'il en soit seulement le fermier, est obligé, lorsqu'il les a fait moissonner, d'en donner avis au seigneur de champart, ou à ses préposés lorsqu'ils sont sur les lieux, avant que de les enlever, afin que ledit seigneur ou ses préposés, puissent les venir compter. Faute de donner cet avis, il encourt une amende de 60 sous tournois. *Orl., art. 141.*

Le détenteur n'est pas obligé d'aller chercher le seigneur ou ses préposés, pour leur donner cet avis ailleurs que dans la paroisse où sont les terres, ou en la grange champarteresse, s'il y en a une, quand même elle seroit hors la paroisse. Si le seigneur, ni personne de sa part ne s'y est trouvé, le détenteur n'encourt en ce cas aucune amende faute d'avoir averti.

Cet avertissement se fait verbalement; mais, comme le seigneur ou ses préposés pourroient en disconvenir, et que c'est au redevable à justifier, pour éviter l'amende, il doit prendre des témoins lorsqu'il fait cet avertissement. La coutume de Berri, *Tit. 10, art. 26*, porte qu'un seul témoin suffit pour le constater.

La coutume n'oblige d'avertir le seigneur, que pour qu'il puisse venir ou envoyer compter les gerbes; d'où il suit que le redevable, après qu'il l'a averti, doit l'attendre pendant un temps convenable, avant que de pouvoir enlever ses gerbes; car, s'il les enlevoit aussitôt que le seigneur a été averti, et avant qu'il eût pu les venir compter, ce seroit l'avertir d'une manière illusoire: ce ne seroit pas satisfaire à la coutume; et, par conséquent, le redevable n'éviteroit pas plus l'amende en ce cas, que s'il n'avoit point averti du tout. Mais quel est ce temps? La coutume d'Orléans ne s'en explique pas. Celle de Montargis, *chap. 3, art. 3*, dit: *un temps compétent*. Celle de Berri, *Tit. 10, art. 27*, le détermine à 24 heures: on pourroit suivre cette coutume comme voisine.

Il y a néanmoins des cas auxquels une urgente nécessité peut dispenser le redevable d'attendre les préposés du seigneur, pour compter les gerbes, comme lorsque le temps se dispose à un orage prochain.

Lorsque le seigneur ou ses préposés, ayant été avertis et attendus un temps compétent, ne sont pas venus compter les gerbes; ou lorsque le redevable n'a pu les avertir, parce qu'ils n'étoient pas sur les lieux; en l'un et l'autre cas, le redevable doit appeler des témoins, en présence desquels il compte les gerbes du champ sujet au champart; après lequel compte il doit conduire le champart en la grange champarteresse, s'il est rendable: s'il n'est pas rendable, il est quitte du champart; en le laissant sur le champ, et il peut emmener ses gerbes. *Blois, art. 133*.

Si le redevable avoit manqué, en l'un ou en l'autre de ces cas ci-dessus, de compter les gerbes en présence de témoins, il ne seroit pour cela sujet à aucune amende; car les amendes ne sont dues que dans les cas pour lesquels précisément les coutumes les prononcent; et elles n'en prononcent pas pour avoir manqué d'appeler des témoins au compte des gerbes: mais la peine de n'avoir pas pris cette précaution, sera que le seigneur ne sera pas obligé de s'en

rapporter au compte des gerbes que le redevable aura fait seul et sans témoins, ni de se contenter de ce qu'il lui aura conduit dans sa grange ou laissé sur le champ; mais il pourra faire ordonner une estimation de ce que le champ aura pu produire de gerbes, pour régler le champart sur cette estimation; et le redevable sera condamné aux frais de cette estimation auxquels il a donné lieu, en n'appelant pas des témoins; et il doit sur-tout y être condamné, lorsque l'estimation se trouve plus forte que ce qu'il avoit laissé pour le champart.

Au contraire, lorsque, dans l'un ou l'autre des deux cas ci-dessus, le redevable a pris des témoins pour faire compter ses gerbes avant que de les enlever, le seigneur ne peut refuser de s'en rapporter au témoignage de ces témoins, pour la quantité de ces gerbes, à moins qu'il n'eût de grands reproches contr'eux; et il doit s'imputer de n'avoir pas fait trouver quelqu'un de sa part pour les compter.

Si le redevable n'avoit point averti les préposés du seigneur, quoiqu'ils fussent sur les lieux; ou, sans aucune juste cause, eût enlevé ses gerbes sans les attendre, le compte qu'il prétendrait en avoir fait devant les gens à lui affidés, pourroit paroître suspect.

§. II. De l'obligation en laquelle sont les possesseurs des terres à champart, de les cultiver, et s'ils peuvent en changer la forme.

Les possesseurs de terres sujettes au droit de champart, doivent les cultiver de manière que le seigneur puisse y percevoir son droit de champart.

Le possesseur peut néanmoins laisser reposer ses terres, selon l'usage du pays : le seigneur de champart ne peut pas s'en plaindre, et ne peut rien exiger pendant les années de repos; il en est dédommagé, parce que les terres étant plus fertiles après le repos, son champart en est après le repos plus considérable.

Si le tenancier laissoit ses terres sujettes au champart, incultes et vacantes pendant un temps plus long qu'il n'est d'usage dans le pays, les coutumes ont, en ce cas, différemment pourvu à la punition du tenancier négligent, et à l'indemnité du seigneur de champart. Il y en a qui vont jusqu'à priver à toujours de ses terres le tenancier négligent ( Berri, *Tit. 10, art. 23*; Blois, *art. 134.* ). Dans celles qui ne s'en expliquent pas, telle qu'est la coutume d'Orléans,

le droit le plus raisonnable est qu'après sommation faite au tenancier de cultiver ses terres de manière que le champart puisse y être perçu, s'il ne se met en devoir de les cultiver, le seigneur de champart peut obtenir sentence qui lui permette de s'en mettre en possession, et de les faire valoir à son profit, jusqu'à ce que le tenancier se présente pour les faire valoir.

C'est une question, si les propriétaires de terres à champart peuvent en changer la forme. La coutume de Blois, *art. 131*, le leur défend absolument. Dans cette coutume, et autres semblables, le seigneur de champart peut empêcher les tenanciers de changer la forme de leurs héritages; *par exemple*, de faire de terres labourables, un bois, une vigne, un pré, un étang, quand même ils offriraient d'indemniser le seigneur.

Au contraire, la coutume de Montargis, *chap. 3, art. 1*, le permet en indemnisant le seigneur. Je pense que c'est à cette coutume qu'on doit s'en tenir, comme plus conforme à la liberté naturelle que doivent avoir des propriétaires, de disposer de ce qui leur appartient, et au bien public, qui est intéressé à ce que les particuliers aient la liberté de faire produire à leurs terres ce à quoi ils remarquent qu'elles peuvent être plus propres.

C'est aussi ce qui est observé dans la coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne s'en explique pas : nous en avons plusieurs exemples.

Cette indemnité doit être réglée par des experts nommés par le seigneur et par le tenancier, aux frais du tenancier : elle se règle, ou en une certaine redevance annuelle en argent dont ces terres doivent être chargées à la place du champart, ou en une certaine quotité des fruits que la terre convertie en sa nouvelle forme produira, et qui réponde à la valeur de ce que pouvoit produire le champart, si la terre eût été laissée en son ancienne forme : *voyez l'Introduct. au Tit. 4 de la coutume d'Orléans.*

Si le tenancier, sans changer entièrement la forme des terres sujettes à champart, y avoit fait des plantations considérables d'arbres fruitiers, qui diminuassent beaucoup par leurs racines et par leur ombre, la quantité des grains que ces terres avoient coutume de produire, le seigneur de champart devoit être indemnisé de la diminution qu'en souffre son champart, par une indemnité qu'on lui accorderoit sur

le revenu de ces arbres fruitiers. Basnage rapporte un arrêt du parlement de Normandie, qui l'a ainsi jugé.

Mais, pour que le seigneur puisse prétendre cette indemnité, il faut qu'il souffre une diminution considérable dans son champart : une diminution légère ne doit point entrer en considération.

### §. III. Des actions qu'a le seigneur de champart.

Le seigneur de champart n'a que la voie d'action pour se faire payer, tant du champart que de l'amende que le redevable a encourue.

Nos coutumes ont accordé aux seigneurs de censive, pour le paiement de leur cens, la voie de la saisie censuelle; mais elles ne l'ont pas accordée pour le paiement de champart.

Il y a même une raison pour laquelle les coutumes n'ont pas dû accorder la voie de la saisie pour le paiement du champart, comme elles l'ont accordée pour le cens : cette raison est, que le seigneur qui demande le paiement de son champart qui ne lui a pas été rendu à sa grange, ou n'a pas été laissé sur le champ, n'est point créancier d'une somme ou quantité déterminée, pouvant y avoir contestation entre lui et le redevable, sur la quantité des gerbes que la terre sujette à champart a produite : or, on ne saisit que pour des sommes ou quantités déterminées.

Cette raison doit faire décider que le seigneur de champart ne pourroit agir que par voie d'action pour le paiement de son champart, même dans le cas auquel le redevable se seroit obligé, par une reconnaissance devant notaire, à la prestation du champart.

Quoiqu'il ne soit pas d'usage de faire passer des reconnaissances pour le champart, par les nouveaux propriétaires des terres qui y sont sujettes, néanmoins je pense que les seigneurs de champart sont fondés à en demander, comme pour toutes les autres redevances foncières. Lorsque le propriétaire des terres qu'on prétend sujettes à champart, refuse de le payer, et conteste le droit, le seigneur de champart, qui est en possession annale, peut former la plainte; car c'est une jurisprudence reçue, qui ne fait plus aujourd'hui de difficulté, qu'on peut former la plainte pour la quasi-possession du droit de champart, et de tous les autres droits réels, à l'instar de celle qu'on forme pour la possession des choses corporelles.

Le seigneur qui prétend le champart, en justifiant la possession annale en laquelle il est de le percevoir, doit être maintenu à le percevoir par provision, pendant tout le temps que durera le procès au pétitoire, à la charge de rendre ce qu'il aura perçu, s'il n'établit pas suffisamment dans le procès au pétitoire, que ce droit lui appartienne.

Au pétitoire, ce droit s'établit non-seulement par le rapport du titre primordial et constitutif du droit de champart, mais, à défaut de ce titre, par des titres qui établissent une possession au moins trentenaire de ce droit, telles que seroient plusieurs reconnoissances qui en auroient été passées par le possesseur de la terre qu'on prétend en être redevable; les baux par lesquels le possesseur et ses auteurs en auroient chargé les fermiers, etc.

Lorsque le champart est seigneurial, il suffit au seigneur de justifier que le terrain, sur lequel on lui conteste le champart, est dans l'enclave de sa seigneurie, et que toutes les terres qui environnent le terrain contesté y sont sujettes; car, comme dans ces provinces, la maxime *nulle terre sans seigneur* a lieu, le possesseur du terrain contesté ne justifiant pas relever d'un autre seigneur, est présumé relever, pour ce terrain, de la seigneurie dans l'enclave de laquelle il se trouve, et aux mêmes droits auxquels relèvent toutes les autres terres de cette seigneurie.

# TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE.

---

## ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

**L**E droit de garde-noble a lieu dans presque toutes les coutumes.

Il y en a néanmoins quelques-unes qui le rejettent expressément, comme Châlons, *article 9*, qui dit : *garde-noble et bourgeoise n'ont lieu.*

### §. I. Définition de la garde-noble, et ses différents noms.

On ne peut guère définir le droit de garde-noble d'une manière qui convienne à toutes les coutumes, parce qu'elles diffèrent beaucoup entre elles sur cette matière.

Selon le droit le plus commun, on peut définir le droit de garde-noble, le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints nobles, de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs ont eu de la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose, et en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie.

Cette définition ne peut convenir à toutes les coutumes; car il y en a qui étendent ce droit, soit par rapport aux personnes auxquelles elles le défèrent, soit par rapport à ce qu'elles accordent au gardien; d'autres au contraire le restreignent.

Quelques coutumes l'étendent : 1° en accordant ce droit, non-seulement au survivant des deux conjoints nobles, mais aussi, à son défaut ou refus, aux aïeuls et aïeules des mineurs, et même aux autres ascendants : d'autres même l'étendent jusqu'à leurs collatéraux.

D'autres encore étendent à ce droit, en accordant au gardien, outre le revenu des immeubles, la propriété des meubles, et de ce nombre est notre coutume d'Orléans.

D'autres enfin restreignent au contraire ce droit au revenu des seuls immeubles ; quelques-unes au revenu des seuls biens féodaux.

Ce droit, dans la plupart, s'appelle *garde* ; dans d'autres, *bail* ; et celui à qui ce droit est déferé, s'appelle *bail* ou *baillistre*. Quelques coutumes donnent à ce droit les deux noms de *garde* ou de *bail* indifféremment. Ces noms sont synonymes, et signifient gouvernement, administration. Le gardien, le bail ou baillistre est celui à qui la coutume confie le gouvernement de l'éducation des mineurs, et auquel elle accorde pour cela le revenu de leurs biens.

De ce mot de *bail* est venu celui de *baillif*, qui signifie l'officier à qui est confié le gouvernement et administration de la justice.

Dans notre coutume d'Orléans, la différence des personnes auxquelles le gouvernement des personnes des mineurs est confié, fait la différence de la garde du bail. Le gouvernement qui est confié au père ou à la mère qui a survécu, ou aux autres ascendants des mineurs, s'appelle *garde* ; celui qui est confié à leur *vitric*, qui a épousé leur mère qui avoit la garde-noble, s'appelle *bail*, quoiqu'il ne diffère en rien de la garde, et ne soit autre chose qu'une continuation de la garde-noble qu'avoit leur mère. Le *vitric* qui a ce bail, s'appelle *baillistre*. Notre coutume appelle aussi *bail* le gouvernement des personnes des mineurs nobles qu'elle accorde à leurs parents collatéraux nobles ; mais ce bail, dans notre coutume, est très-différent de la garde-noble, n'étant autre chose qu'une tutelle légitime comptable, notre coutume ne donnant point à ces baillistres le droit de percevoir les fruits des biens des mineurs, ni encore moins les meubles. Il est même tombé en désuétude.

#### §. II. De l'origine de la garde-noble.

L'origine de la garde-noble peut venir du droit des fiefs, depuis qu'ils furent devenus héréditaires. Comme ils ne laissoient pas d'être chargés du service militaire, lorsque des mineurs succédoient à des fiefs, le seigneur, au lieu de les en investir, s'en mettoit en possession, en percevoit les fruits à son profit, en se chargeant de l'éducation des mi-

neurs auxquels ils appartenoient, et cette jouissance duroit jusqu'à ce que les garçons eussent atteint un certain âge auquel ils pussent rendre le service militaire, et jusqu'à ce que les filles eussent atteint l'âge de pouvoir se marier à un homme qui le rendit pour elles; c'est ce qui s'appeloit *garde-seigneuriale*, qui a encore lieu en Normandie.

Depuis, les seigneurs se déchargèrent de cette garde, sur le père ou autres parents mâles des mineurs, en les chargeant de l'éducation de ces mineurs, et leur laissant pour cela la jouissance des fiefs du mineur, jusqu'à un certain âge desdits mineurs, à la charge de faire pour eux le service militaire.

Quoique les seigneurs aient été privés du droit qu'ils avoient de se faire la guerre, et qu'en conséquence l'obligation du service militaire, dont étoient tenus leurs vassaux, ait cessé, et qu'il ne reste plus d'autres traces de cette obligation, que le service auquel sont obligés tous les possédants fiefs, lorsqu'il plaît au roi de convoquer le ban et l'arrière-ban, néanmoins ce droit de garde a continué d'avoir lieu, et il a même été étendu, quoique dans son origine il ne convint qu'au père et aux parents mâles : les coutumes l'ont également accordé à la mère, pour les biens de la succession du père, lorsque c'étoit le père qui précédoit.

Quoiqu'il n'eût lieu originairement que pour les seuls fiefs, et que ce droit se soit encore conservé aujourd'hui dans quelques coutumes, il a été, dans la plupart des autres coutumes, étendu à tous les biens de la succession du prédécédé des conjoints.

#### §. III. De la garde-bourgeoise.

Il y a une espèce de garde-bourgeoise que plusieurs coutumes, du nombre desquelles est notre coutume d'Orléans, admettent. Elle n'a aucune ressemblance avec la garde-noble, et n'est autre chose qu'une tutelle légitime qui ne donne au gardien aucun droit dans les biens des mineurs, puisqu'elle l'oblige à rendre compte des revenus, de la même manière qu'y est obligé tout autre tuteur.

Il y a une autre espèce de garde-bourgeoise, telle que celle qu'accorde la coutume de Paris. Elle est de même nature que la garde-noble, et n'en diffère qu'en ce que la durée en est plus courte, et que le gardien bourgeois est obligé de donner caution.

On peut la définir, le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints bourgeois de Paris, de percevoir, à son profit, le revenu des biens que ses mineurs ont eu de la succession du prédécédé, jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose, et en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie.

Il y a quelques autres coutumes, comme Clermont, qui admettent aussi une garde-bourgeoise avec émolument pour le gardien; mais qui la restreignent à la jouissance des biens nobles des mineurs.

Nous diviserons ce Traité en cinq sections. Dans la première, nous traiterons des personnes qui peuvent avoir, et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde: 2° de l'ouverture et de l'acceptation de ce droit: 3° de ce en quoi il consiste; des émoluments de ce droit; des obligations du gardien et des charges de la garde: 4° des manières dont la garde finit: 5° nous verrons si les dispositions des coutumes touchant la garde, sont personnelles ou réelles.

## SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui peuvent avoir, et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde-noble.

§. I. A quelles personnes les coutumes déferent-elles le droit de garde-noble?

Les coutumes varient beaucoup sur les personnes auxquelles elles déferent la garde-noble. Il y en a qui ne la déferent qu'à celui des deux conjoints par mariage, qui a survécu l'autre, c'est-à-dire, au père ou à la mère seulement, et ne la déferent point, à son défaut ou refus, aux autres ascendants, ni encore moins aux collatéraux: telles sont les coutumes du Maine et d'Anjou.

Il y en a qui la déferent non-seulement au père et à la mère, mais à l'aïeul ou l'aïeule, sans parler des autres ascendants. De ce nombre est la coutume de Paris, *article 265*.

Dans ces coutumes, si, au défaut ou refus du survivant, il ne se trouve aucun aïeul ni aïeule, mais un autre ascen-

dant d'un degré plus éloigné, peut-il prétendre la garde? La raison de douter est, qu'il paroît une entière parité de raison pour l'accorder aux ascendans d'un degré plus éloigné, comme pour l'accorder à l'aïeul ou aïeule. Dans les coutumes qui l'accordent au père ou à la mère seulement, et en excluent les aïeuls, il paroît une raison pour laquelle la garde leur est plutôt déferée qu'aux aïeuls; le père ou la mère qui survit jouissoit en commun, avec le prédécédé, des biens de la succession, la garde-noble ne fait que lui en continuer la jouissance, au lieu de l'en dépouiller, et de l'en rendre comptable jusqu'à ce que ses enfants aient atteint l'âge de pouvoir en jouir par eux-mêmes. Cette raison ne milite pas à l'égard de l'aïeul; on laisse plus facilement à quelqu'un ce qu'il a déjà, qu'on ne lui donne ce qu'il n'avoit pas; et c'est pour cette raison que ces coutumes ne donnent la garde qu'au père ou à la mère qui a survécu, et qu'ils ne la donnent point à son défaut ou refus, à l'aïeul ni aux autres ascendans; mais, à l'égard des coutumes qui l'accordent à l'aïeul, la raison pour laquelle elles la lui accordent, paroît uniquement fondée sur la tendresse naturelle pour ses descendans, qui fait présumer qu'il ne négligera rien pour leur éducation. Cette raison se trouve également militer à l'égard des autres ascendans; les ascendans d'un degré plus éloigné, ayant la même affection pour leurs descendans que ceux d'un degré plus proche, puisque l'amour va toujours en descendant: qu'ayant donc même raison d'accorder le droit de garde aux ascendans d'un degré plus éloigné, comme pour l'accorder à l'aïeul, on doit présumer que l'esprit de ces coutumes a été de la leur accorder aussi bien qu'à l'aïeul, et que si elles ne s'en sont pas exprimées comme ont fait d'autres coutumes, c'est par omission, ou parce qu'elles ont entendu les comprendre sous les termes d'aïeul et aïeule. Nonobstant ces raisons, je pense que le droit de garde doit être restreint, dans la coutume de Paris ou autres semblables, aux aïeuls ou aïeules. La raison en est, que les coutumes étant de droit étroit, ne peuvent s'étendre à d'autres personnes qu'à celles qui sont comprises dans le sens naturel des termes, sur-tout lorsqu'il s'agit d'une disposition peu favorable, telle qu'est celle de la garde-noble, qui est contraire aux intérêts des mineurs, et tend à enrichir le gardien à leurs dépens.

La coutume de Paris appelle à la garde des mineurs les

aïeuls et aïeules des mineurs indistinctement. Elle ne distingue point s'ils sont du côté du prédécédé des conjoints par mariage, ou s'ils sont du côté du survivant qui se trouve incapable de la garde-noble, ou qui l'a refusée. C'est pourquoi il n'est pas douteux, dans la coutume de Paris, que, lorsque le survivant de deux conjoints par mariage se trouve incapable de la garde, ou la refuse, elle est déférée à l'aïeul ou à l'aïeule noble qui se trouve, soit que cet aïeul soit du côté du survivant, soit qu'il soit du côté du prédécédé.

Que s'il s'en trouve, tant du côté du survivant que du côté du prédécédé, concourront-ils, ou y aura-t-il lieu à quelque préférence? Tronçon et Tournet pensent que l'aïeul ou l'aïeule de la ligne paternelle doivent être préférés à l'aïeul ou l'aïeule de la ligne maternelle : c'est aussi l'avis de Lemaître. Ces auteurs, en accordant la préférence à la ligne paternelle, ne distinguent point si c'est le père des mineurs qui est prédécédé, ou si c'est leur mère.

Ces auteurs tirent un argument de la coutume de Blois, qui, après avoir appelé, comme celle de Paris, à la garde-noble, les aïeuls et aïeules, décide qu'en concurrence, *les mâles sont préférés aux femelles, et les paternels aux maternels*. Il y a une autre opinion, qui est celle de Renusson, qui pense qu'on doit, en ce cas, préférer l'aïeul ou aïeule du côté du prédécédé, à ceux de l'autre côté; car le droit de garde-noble s'exerçant sur les biens qui sont venus aux mineurs de la succession du conjoint prédécédé, il paroît plus naturel que le gouvernement et l'émolument de ces biens soient déférés à un aïeul ou aïeule du côté desquels ils viennent, qu'à l'aïeul ou aïeule de l'autre côté, auxquels ces biens sont étrangers.

La coutume de Reims, art. 53e, s'est décidée pour cette préférence en fait de garde-noble.

Il y a une troisième opinion, qui est celle de Duplessis et de Ferrière, pour la concurrence. Ils disent que les coutumes qui accordent une préférence aux aïeuls sur les aïeules, ou aux aïeuls d'un côté sur ceux de l'autre côté, n'étant point uniformes, les unes l'accordant au sexe masculin et à la ligne paternelle, les autres ne considérant, pour la préférence, que le côté d'où est venue la succession qui a donné ouverture à la garde, c'est-à-dire, le côté du prédécédé des deux conjoints, on ne peut tirer aucun argument de ces coutumes, pour celles qui n'ont point parlé de préférence.

teille qu'est celle de Paris. Ce ne peut donc, disent-ils, être sur des raisons purement arbitraires et nullement décisives, que se fondent ceux qui, dans la coutume de Paris, accordent entre les aïeux et aïeules une préférence, soit à la ligne paternelle, soit du côté du prédécédé; c'est suppléer au texte de la coutume, que d'y suppléer l'une ou l'autre de ces préférences qui ne s'y trouvent point. D'où ils concluent que la coutume ayant appelé indistinctement les aïeux et aïeules, lorsqu'il s'en trouve de différents côtés et de différents sexes, la garde-noble leur doit être déferée concurremment; de même que, selon le droit romain, la loi des Douze-Tables ayant appelé à la tutelle le plus proche parent, *proximus agnatus*, elle étoit déferée à tous ceux qui étoient au même degré.

Il y a quelque inconvénient, à la vérité, dans la concurrence; mais de même que la loi des Douze-Tables n'y avoit pas eu d'égard, il y a lieu de penser que la coutume n'y a pas eu d'égard, puisqu'il ne paroît pas qu'elle ait accordé de préférence. La question souffre difficulté, et il est étonnant qu'une question qui peut se présenter tous les jours, soit demeurée si indécise.

Il y a des coutumes qui déferent la garde-noble aux ascendants, en quelque degré qu'ils soient, telles sont celles de Melun et de Montfort.

Notre coutume d'Orléans défère aussi la garde-noble à l'aïeul et à l'aïeule, et aux autres ascendants. Il est vrai que dans l'*art. 23*, qui est celui par lequel elle défère la garde-noble, elle ne parle que de l'aïeul et aïeule; mais, en l'*art. 26*, où il est encore question des nobles, la coutume ne parlant des non-nobles qu'en l'*art. 32*, il est dit : *Gardiens sont père et mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendants*; d'où il suit que les ascendants d'un degré ultérieur peuvent avoir la garde-noble, et que l'*art. 26*, par les termes d'aïeux et aïeules, a entendu les ascendants en quelque degré qu'ils fussent.

Notre coutume d'Orléans appelle, à la vérité, au défaut ou refus du survivant, les ascendants des mineurs, en quelque degré qu'ils soient, mais elle n'appelle que ceux du côté du prédécédé des deux conjoints sur les biens de la succession duquel le profit de la garde est accordé; elle s'en explique en termes formels en l'*art. 23*, qui est celui par lequel elle défère ladite garde. Elle dit : *Le survivant a et*

peut avoir, si bon lui semble, la garde d'iceux, et en leur défaut ou refus, l'ayeul ou l'ayeule du costé du décédé, si aucun y a. Elle n'en appelle donc pas d'autres, *inclusio unius est exclusio alterius*. Il est vrai que, dans l'art. 26, elle dit indistinctement : Gardiens sont père et mère, aieul ou aieule, ou autres ascendants ; mais cet art. 26 doit s'interpréter par l'art. 23, qui est celui par lequel la coutume dispose de ceux auxquels elle entend déférer la garde-noble. Dans cet art. 26 et dans le suivant, elle n'a d'autre objet que de distinguer les noms de gardiens et de baillistres, en déclarant qu'on donne le nom de gardiens aux père, mère, aieul ou aieule, et autres ascendants, et qu'on appelle d'un autre nom, savoir, du nom de baillistre, l'homme à qui la mère ou l'aieule noble s'est remariée, et les collatéraux.

Il résulte de tout ceci que notre coutume fait trois degrés pour la garde des nobles ; elle la défère, dans le premier degré, au survivant seul ; dans le second, à toute l'ascendance du côté du prédécédé ; dans le troisième, elle la défère sous le nom de bail aux collatéraux, art. 27 ; mais ce bail n'est qu'une tutelle légitime, et n'est accompagné d'aucun émolument, comme l'est la garde-noble, qui est déferée au survivant, et celle qui l'est aux ascendants de la ligne du prédécédé.

Cet émolument a été ôté, par l'art. 38 de l'ancienne coutume, aux baillistres collatéraux qui en jouissoient autrefois, comme il paroît par ledit article.

La privation de cet émolument a fait tomber en désuétude ce bail des collatéraux, ceux-ci se souciant fort peu d'accepter un bail qui n'est qu'onéreux dans notre coutume d'Orléans. Il n'est pas douteux qu'entre les ascendants du côté du prédécédé, ceux qui sont en plus proche degré sont préférés à ceux qui sont en degrés plus éloignés. *Par exemple* : On doit préférer l'aieul ou même l'aieule au bisaieul ; mais, s'ils se trouvent en degré égal, comme deux bisaieuls, il y a lieu à la même question que dans la coutume de Paris. Y aura-t-il lieu à la concurrence ou à la préférence ? J'inclinerois à préférer le mâle ; et, en concurrence de mâle, le bisaieul de la ligne paternelle du premier décédé.

Enfin, il y a des coutumes qui appellent à la garde-noble ou bail, même avec émolument, les collatéraux des mineurs, à défaut d'ascendants ; telle est la coutume du Berri. Elle ne leur accorde pas néanmoins le même émolument qu'aux

ascendants, car elle donne à ceux-ci la propriété des meubles avec la jouissance des immeubles, et elle ne donne aux collatéraux que la seule jouissance.

Il y a quelques coutumes qui, en appelant les collatéraux, à défaut d'ascendants, à la garde des mineurs, pour raison de leurs fiefs, les restreignent aux seuls collatéraux qui sont de la ligne d'où lesdits fiefs procèdent : telle est la coutume d'Amiens.

§. II. Des qualités que doivent avoir ceux à qui la garde-noble est déférée.

Il est évident que la garde-noble ne peut être déférée qu'à des nobles, l'aïeul qui n'est pas noble ne peut donc pas avoir la garde-noble de ses petits-enfants nobles.

La veuve d'un noble, quoiqu'elle soit de naissance roturière, peut avoir la garde-noble de ses enfants, car le mariage l'a rendue noble, en la faisant participer à la condition de son mari.

Non-seulement ceux qui sont nobles d'extraction peuvent avoir la garde-noble ; ceux qui, étant nés roturiers, ont été ennoblis, soit pour services rendus à l'état, soit par des charges de secrétaires du roi, et autres semblables, peuvent pareillement l'avoir.

Il est évident que ceux qui sont morts civilement ne peuvent avoir la garde-noble de leurs enfants, le droit de garde-noble est un droit civil, et ceux qui sont morts civilement sont réputés comme n'existant point pour tout ce qui est de l'ordre civil.

En est-il de même à l'égard de ceux qui sont devenus infâmes par quelque sentence de condamnation à une peine infamante, telle qu'est une sentence de bannissement ? Il semble que non, car l'infamie ne les prive pas de leur état de noblesse, à moins que la sentence de condamnation ne contienne spécialement la peine de dégradation de noblesse ; elle ne les prive pas non plus du droit de puissance paternelle, ni par conséquent du droit de gouverner l'éducation de leurs enfants ; elle ne doit pas les priver non plus du droit d'avoir l'émolument que les coutumes attribuent à ceux à qui ils confient cette éducation sous le nom de garde-noble, car ce droit est un droit de même nature que les droits de successions et autres, dont l'infamie ne prive point.

A l'égard de ceux qui sont interdits, non-seulement pour

démence, mais pour quelqu'autre cause que ce soit, comme pour prodigalité, ils sont incapables de la garde-noble; car ceux qui sont incapables de se gouverner eux-mêmes, ne peuvent être réputés capables de gouverner les autres.

Il n'en est pas de même de ceux à qui on auroit donné seulement un conseil pour les actes d'aliénation, ils ne doivent pas être pour cela réputés incapables d'avoir la garde-noble de leurs enfants; car une personne n'ayant besoin de conseil que pour les actes d'aliénation, et pouvant sans conseil administrer ses biens, elle peut aussi administrer ceux de ses mineurs, et par conséquent elle est capable de la garde; que si on lui avoit donné un conseil, même pour l'administration de ses biens, si ce n'étoit que pour cause d'infirmité, cette personne conservant son jugement, nonobstant ses infirmités, ne devoit pas même en ce cas être excluse de la garde, même dans les coutumes où la tutelle y est jointe; il suffiroit de nommer aux mineurs un tuteur onéraire, qui, à la décharge et aux frais du gardien, administreroit les biens des mineurs; mais, si le conseil avoit été donné à cette personne pour cause de foiblesse d'esprit ou de mauvaise conduite, il semble qu'elle ne devoit pas être admise à la garde.

Les mineurs peuvent avoir la garde-noble de leurs enfants. Plusieurs coutumes le disent en termes formels, et leur disposition doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées, sur-tout dans celles où la garde est séparée de la tutelle, comme à Paris.

Les commentateurs attestent que l'usage en est constant; le mariage les ayant rendus capables d'administrer leurs propres biens, rien n'empêche que la garde de leurs enfants ne puisse leur être confiée.

Même dans les coutumes, telle que celle d'Orléans, qui unissent la tutelle à la garde, les mineurs ne doivent pas être privés de la garde de leurs enfants; l'usage en est constant, mais on doit en ce cas nommer un curateur pour le cas où il s'agiroit de l'aliénation des biens des mineurs, et pour les défendre en justice.

A l'égard des collatéraux auxquels notre coutume d'Orléans défère le bail des nobles, il n'y a que les majeurs qui en soient capables.

Il y a quelques coutumes, telle que celle du Maine, qui refusent au survivant mineur, la garde-noble de ses enfants; mais elles doivent être restreintes à leur territoire.

## §. III. Sur quelles personnes la garde-noble a-t-elle lieu ?

Les coutumes, de même que notre coutume d'Orléans, ne déferent la garde-noble qu'aux nobles : elles ne la déferent pareillement que sur les nobles. Un père qui n'a qu'une noblesse personnelle, qui n'est point transmissible à ses enfants, ne peut donc avoir la garde-noble de ses enfants, parce que ses enfants ne sont pas nobles. *Par exemple* : Un trésorier de France, qui n'est point lui-même fils de trésorier de France, n'a point la garde-noble, parce que sa noblesse n'étant point transmissible au premier degré, ses enfants ne sont point nobles.

Au contraire, un trésorier de France qui est lui-même fils de trésorier de France, et un secrétaire du roi, ont la garde-noble de leurs enfants, parce que leur noblesse étant transmissible à leurs enfants, leurs enfants sont nobles.

Cette décision a lieu quand même il n'y auroit que très-peu de temps qu'ils seroient revêtus de leurs charges ; car, aussitôt qu'ils en sont revêtus, ils communiquent à leurs enfants cette noblesse qu'ils acquièrent par leurs charges, et leurs enfants sont nobles comme eux ; ce qui suffit pour qu'ils puissent en avoir la garde-noble, sauf que, s'ils cessoient de leur vivant d'être officiers avant que d'avoir obtenu la vétéranee, en perdant la noblesse, ils perdroient aussi le droit de garde-noble qu'elle leur avoit acquis.

Ce principe que nous venons d'établir, que la garde-noble n'a lieu que sur des mineurs nobles, ne souffre pas difficulté dans notre coutume d'Orléans : elle s'en explique formellement en l'art. 179 : *Au regard des nobles mineurs, etc.* Et tel est l'usage.

Plusieurs autres coutumes s'en expliquent encore plus formellement.

La question souffre plus de difficulté dans la coutume de Paris ; elle porte, art. 265 : *Il est loisible aux pères et mères, aïeuls ou aïeules nobles, d'accepter la garde-noble de leurs enfants.* Elle ne distingue point si ces enfants sont eux-mêmes nobles ou non ; c'est pourquoi plusieurs auteurs, tels que Auzanet, Renusson, Lemaitre, pensent qu'à Paris la femme noble, veuve d'un homme qui ne l'étoit pas, peut avoir la garde-noble de ses enfants qui ne sont pas nobles. Duplessis est d'avis contraire.

L'avis de Duplessis paroît le plus régulier : il est conforme

à ce que nous avons dit de l'origine de la garde-noble : elle tire son origine de ce que les mineurs qui succédoient à des fiefs, ne pouvant rendre par eux-mêmes le service militaire dont les fiefs étoient chargés, il falloit confier la garde des mineurs et de leurs fiefs, à des parents qui rendissent le service pour eux. Or, il n'y avoit que les mâles qui fussent capables de posséder et de succéder à des fiefs; la garde-noble n'a donc été établie qu'à l'égard des mineurs nobles. Une autre raison qui a fait conserver le droit de la garde-noble, depuis que le service militaire a cessé, et qui l'a fait étendre aux autres biens, a été d'engager les gardiens, en leur laissant tout le revenu des mineurs, de ne rien épargner pour l'éducation de ces mineurs : or, la coutume n'a eu en vue en cela que les mineurs nobles, et non les roturiers, dont l'éducation n'étoit pas dispendieuse, les roturiers n'étant communément autrefois élevés qu'au trafic, aux arts mécaniques, ou à la culture des terres.

Les personnes sur lesquelles la garde-noble peut avoir lieu, doivent aussi être au-dessous de l'âge réglé par les coutumes, passé lequel la garde-noble ne peut plus avoir lieu.

Cet âge est différemment réglé par les coutumes. A Paris, les garçons ne sont plus sujets à la garde, lorsqu'ils ont l'âge de 20 ans; et les filles, lorsqu'elles ont l'âge de 15 ans accomplis. A Orléans, les garçons doivent avoir 20 ans et un jour, et les filles 14 ans et un jour, pour n'être plus sujets à la garde-noble.

§. IV. Des personnes auxquelles est déferée la garde-bourgeoise, et des qualités qu'elles doivent avoir.

La coutume de Paris accorde un droit de garde aux non nobles, qui a les mêmes émoluments que la garde-noble; mais elle ne l'accorde qu'au père ou mère des mineurs qui a survécu : elle ne l'accorde point aux aïeuls ou aïeules. En cela, comme en plusieurs autres choses, cette garde-bourgeoise diffère de la garde-noble.

Elle n'accorde pas cette garde indifféremment à toutes sortes de personnes, mais aux seuls bourgeois de Paris. C'est un des privilèges de la bourgeoisie de Paris.

Il n'est pas nécessaire, pour en jouir, d'être né à Paris; il suffit d'y avoir son domicile lors de la mort du prédécédé, qui donne ouverture à cette garde.

Il faut avoir, pour cette garde, toutes les autres qualités

qui sont requises pour la garde-noble, sauf qu'il n'est pas nécessaire d'être noble.

Elle n'a lieu que sur les impubères. Les garçons, lorsqu'ils ont 14 ans; et les filles, lorsqu'elles en ont 12 accomplis, ne sont plus sujets à cette garde.

La coutume d'Orléans défère aussi aux roturiers un droit de garde, mais sans aucun émolument. Elle n'est autre chose qu'un droit de tutelle légitime; elle la défère au père ou à la mère qui a survécu, et, à leur défaut ou refus, à l'aïeul ou aïeule du côté du prédécédé: *art. 178*. Cela doit s'entendre néanmoins des ascendants, en quelque degré qu'ils soient, du côté du décédé.

Si on s'attache aux termes de cette coutume, l'aïeul ou l'aïeule, ou autres ascendants du côté du survivant, ne sont point appelés à cette garde, mais seulement ceux du côté du prédécédé des deux conjoints: car, quoique par l'*art. 33*, au défaut ou refus du père ou de la mère des mineurs, l'aïeul ou aïeule soient appelés à la garde, sans que cet article exprime aucune restriction pour le côté du prédécédé, néanmoins il se trouve restreint à ce côté, par l'*art. 178*, où cette restriction est formellement exprimée.

Néanmoins, l'usage a étendu le droit de cette garde, même aux ascendants du côté du survivant, lorsqu'il s'en trouve, et qu'il ne s'en trouve point du côté du prédécédé; et, en cela, cette garde diffère de la garde-noble: la raison de différence est, que cette garde, qui ne contient aucun émolument pour le gardien, est extrêmement favorable; et l'affection naturelle que les ascendants ont pour leurs descendants, fait présumer que le gouvernement de leurs personnes et de leurs biens ne peut être en de meilleures mains que dans les leurs: c'est pourquoi cette garde ne peut être trop étendue, au lieu que la garde-noble, qui enrichit le gardien aux dépens des mineurs, ne peut être trop restreinte. Notre coutume n'accorde aucun droit de garde ni de bail aux collatéraux, entre non nobles; et c'est encore une différence entre la garde des non nobles et celle des nobles, qui s'étend aux collatéraux, sous le nom de bail, comme nous l'avons vu.

Il faut, pour cette garde, avoir les mêmes qualités qui sont requises pour la garde-noble, sauf qu'il n'est pas nécessaire d'être noble; au reste, les nobles même peuvent prendre cette garde comptable, en répudiant la garde-no-

ble, lorsqu'ils jugent que la garde-noble leur seroit trop onéreuse par rapport aux dettes, de l'acquittement desquelles elle est chargée. Cette garde a lieu sur tous les mineurs de 25 ans, non nobles, pourvu qu'ils ne soient pas mariés, car le mariage les rend usants de leurs droits, et les empêche d'être sujets à la garde.

## SECTION II.

Quand et comment la garde se défère? De son acceptation et de sa répudiation.

### §. I. Quand se défère la garde-noble?

La garde-noble se défère par la mort du père ou de la mère des mineurs de l'âge prescrit pour cette garde, et qui ne sont point mariés.

Elle ne se défère que cette fois.

Cependant, à ne s'attacher qu'aux termes de la coutume de Paris, il sembleroit que lorsque l'un des deux conjoints nobles meurt, le survivant devoit avoir la garde-noble, non-seulement de ses propres enfants, mais aussi de ses petits-enfants qu'il a d'un fils prédécédé; car la coutume de Paris s'exprime ainsi, *art. 265* : *Il est loisible aux père, mère, aïeul ou aïeule nobles, d'accepter la garde-noble de leurs enfants après le trépas de l'un d'eux.* Néanmoins, il faut dire que l'aïeul n'aura point, après la mort de sa femme, la garde-noble des petits-enfants qu'il a d'un fils prédécédé, parce que la garde-noble de ces mineurs ayant été une fois déférée, par la mort de leur père prédécédé, à leur mère, ou à son refus, à leur aïeul, elle ne peut plus être déférée une seconde fois. C'est pourquoi ces termes de l'*art. 265* : *Après le trépas de l'un d'eux,* ne doivent pas se rapporter à l'aïeul, mais doivent s'entendre ainsi : *après le trépas de l'un d'eux, père et mère*; c'est l'interprétation que donnent les commentateurs de la coutume de Paris. La raison est, qu'il ne peut y avoir qu'une garde-noble des mêmes mineurs, y en ayant eu une par la mort de leur père, qu'a eue ou a pu avoir leur mère, ou à son refus l'aïeul; il ne peut plus y avoir lieu à une seconde, car la garde-noble ne se réitère point; étant défavorable et préjudiciable aux mineurs, elle doit être restreinte.

Dans notre coutume d'Orléans, ce n'est pareillement que par la mort du père ou de la mère des mineurs, que se défère la garde-noble : c'est ce qui résulte de l'art. 23. La garde se défère d'abord au survivant ; si le survivant en étoit incapable, ou s'il la refuse, elle est déferée à ceux qui y sont subordonnement appelés par les coutumes.

Remarquez qu'autre chose est de refuser purement et simplement la garde, autre chose est d'en refuser l'émolument. La garde-noble est déferée à l'aïeul, par le refus pur et simple que le survivant en fait ; mais, si le survivant renonce seulement à la garde-noble, sans renoncer à la garde, c'est-à-dire, s'il accepte la garde en se chargeant de compter des revenus et intérêts des biens de ses mineurs, la garde ne peut être, en ce cas, déferée à l'aïeul.

Dans les coutumes, telles que celle de Paris, où la garde doit être acceptée, si le survivant, à qui elle étoit déferée, est mort avant que de l'avoir acceptée, elle se défère à ceux qui y sont appelés subordonnement.

Mais, dans notre coutume d'Orléans, où elle est acquise sans acceptation, le survivant qui est mort sans s'être expliqué, peut être censé avoir été gardien, et la garde-noble ayant été consommée, ne peut plus avoir lieu dorénavant.

Celui par la mort duquel il y a ouverture à la garde-noble, ne peut pas défendre, par son testament, que la garde-noble soit déferée au survivant, ou à quelqu'un des autres auxquels elle est déferée par la coutume ; car un testateur ne peut, par son testament, empêcher la vocation de la loi : *Nemo potest testamento suo cavere ne leges locum habeant.*

Mais pourroit-on stipuler, par un contrat de mariage, que le survivant n'auroit pas la garde-noble de ses enfants ? Je pense que cela se peut, notre jurisprudence ayant rendu les contrats de mariage susceptibles de toutes conventions. On peut bien, par un contrat de mariage, renoncer à une succession future : pourquoi les conjoints ne pourront-ils pas pareillement renoncer au droit de garde-noble ?

#### §. II. Quand se défère la garde-bourgeoise.

Il est évident que la garde-bourgeoise de la coutume de Paris ne peut être déferée que par la mort du père ou de la mère des mineurs, puisqu'elle n'est pas déferée à d'autres qu'au survivant d'iceux.

Dans notre coutume, quoiqu'en s'attachant scrupuleuse-

ment aux termes des *articles* 152 et 178, il semble que la garde-bourgeoise ne soit déférée que par la mort du premier décédé du père ou de la mère des mineurs, et qu'elle ne dut pareillement se déferer que cette fois; néanmoins, comme cette garde, qui n'attribue aucun émolument au gardien, et qui n'est autre chose qu'une tutelle légitime comptable, est extrêmement favorable, et qu'il est de l'intérêt des mineurs que leurs personnes et leurs biens soient plutôt gouvernés par leurs ascendants que par leurs collatéraux, à cause de l'affection et de la tendresse qu'inspire la nature aux ascendants pour leurs descendants, l'usage a prévalu que cette garde fût déférée non-seulement par la mort du prédécédé du père ou de la mère des mineurs, mais encore toutes les fois que le gardien des mineurs venant à mourir ou à se démettre de la garde, ou à la perdre par quelque manière que ce soit, pendant la minorité des mineurs, il se trouve quelque autre ascendant des mineurs pour le substituer.

§. III. De l'acceptation de la garde, tant noble que bourgeoise.

Les coutumes sont différentes sur l'acceptation de la garde. Dans plusieurs, la garde doit être acceptée par le survivant, ou les autres à qui elle est déférée.

Cette acceptation se fait différemment selon les différentes coutumes. Plusieurs, du nombre desquelles est celle de Paris, veulent que cette acceptation se fasse en jugement.

Ces termes, *en jugement*, signifient en la présence du juge, l'audience tenante. Il a été jugé que, dans ces coutumes, l'acceptation faite au greffe ne seroit pas suffisante.

Il paroît donc que ces coutumes exigent que cette acceptation soit publique et connue des créanciers des mineurs, qui ont intérêt de savoir si le survivant a accepté la garde-noble, afin de s'adresser à lui pour être payés de leurs créances que le gardien noble s'oblige d'acquitter, en acceptant la garde-noble, comme nous le verrons dans la suite.

Cela étoit d'autant plus nécessaire, qu'autrefois les créanciers des mineurs étoient obligés de se faire payer par le gardien, durant la garde; faute de quoi ils étoient déchus, et ne pouvoient plus rien demander aux mineurs après la garde. C'est ce qui paroît par une ordonnance de Philippe de Valois, rapportée par Laurière.

Le juge, devant lequel cette acceptation doit être faite,

est celui du domicile qu'avoit, lors de sa mort, celui par la mort duquel la garde a été déférée. Les commentateurs de la coutume de Paris prétendent que cette acceptation ne peut se faire que devant le juge royal. Ils en rapportent un arrêt.

Plusieurs coutumes limitent un temps dans lequel la garde doit être acceptée, et passé lequel on n'est plus recevable à l'accepter. Elles règlent ce temps différemment. *Par exemple*, la coutume du Berri le fixe à trente jours.

Celle de Paris n'a déterminé aucun temps pour l'acceptation de la garde-noble. Renusson en tire cette conséquence, que ceux à qui la garde est déférée, sont toujours à temps de l'accepter, tant que les mineurs n'ont pas atteint l'âge auquel elle finit, et qu'il ne paroît pas qu'ils y aient renoncé.

J'admets volontiers cette première conséquence. Il en tire une seconde, que l'acceptation, en quelque temps qu'elle soit faite, a un effet rétroactif, et doit faire gagner au gardien les fruits perçus, même avant son acceptation. Je n'admets point cette seconde conséquence. De ce que la coutume de Paris n'a fixé aucun temps pour l'acceptation de la garde, il peut bien s'ensuivre que le survivant à qui elle est déférée, peut bien l'accepter en quelque temps que ce soit; mais il ne s'ensuit nullement que l'acceptation doive avoir un effet rétroactif; cela n'est fondé sur rien: la coutume de Paris ne déférant point de plein droit la garde, et requérant qu'elle soit acceptée en jugement, le survivant ne devient gardien que par cette acceptation qu'il en fait, et par conséquent il ne peut prétendre les fruits qui auroient été perçus auparavant par le tuteur des mineurs; car l'article 267 ne lui donne que les fruits durant la garde. Néanmoins, Duplessis est aussi d'avis que l'acceptation doit avoir un effet rétroactif; mais il limite son opinion au cas où elle auroit été faite *tempore congruo*, dit-il, c'est-à-dire, peu après son ouverture. C'est aussi l'avis de M. R. . . . J'inclinerois à celui de Lemaitre, qui rejette indistinctement l'effet rétroactif.

Les arrêts ont jugé que le survivant qui avoit accepté la tutelle de ses enfants, à laquelle il avoit été nommé par le juge, et qui, en acceptant, n'avoit fait aucune réserve de son droit de garde-noble, étoit censé l'avoir tacitement répudié, et n'étoit plus par conséquent recevable à l'accepter: ces arrêts sont rapportés par Renusson. La question souffroit grande

difficulté ; car la garde-noble étant compatible avec la tutelle, comme le déclare la coutume de Paris, en termes formels, *art. 271*, de ce que le survivant a accepté la tutelle, on ne peut tirer une conséquence nécessaire qu'il n'ait point voulu de la garde, puisqu'il pouvoit avoir l'un et l'autre ensemble. Ce ne peut être que la défaveur de la garde-noble qui ait donné lieu à cette jurisprudence.

Lorsque le survivant, bourgeois de Paris, qui se croyoit, par erreur, noble, a accepté en jugement la garde-noble, cette acceptation peut-elle lui tenir lieu de l'acceptation de la garde-bourgeoise, qu'il avoit droit d'accepter ? On peut dire que la garde-noble qu'il a acceptée, contient, *eminenter*, la garde-bourgeoise ; qu'ainsi, en acceptant la garde-noble, qu'il n'avoit pas droit d'accepter, il doit être censé avoir accepté la bourgeoise, qu'il avoit droit d'accepter ; néanmoins, Renusson décide, en ce cas, qu'il n'a ni l'une ni l'autre, et qu'il est sujet à rendre compte. Sa décision paroît régulière ; car, quoique le droit de garde-bourgeoise ressemble, en quelque chose, au droit de garde-noble, ce n'est pas néanmoins le même droit que celui de garde-noble, ce n'en est pas même une partie, c'est un droit différent, déferé par une différente disposition de coutume ; c'est pourquoi, qui a accepté l'un, n'a pas accepté l'autre : le survivant ne peut donc avoir, en ce cas, ni le droit de garde-noble qu'il a accepté, parce qu'il n'en est pas capable, ni celui de garde-bourgeoise, parce qu'il ne l'a pas accepté. *Fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.*

On peut dire, pour la confirmation de ce sentiment, que le bourgeois qui, par erreur, a accepté la garde-noble, sans donner caution, cette garde n'y étant pas sujette ; ce défaut de caution suffit pour qu'il ne puisse être censé avoir joui de la bourgeoise, pour laquelle il faut caution, comme nous le verrons ci-après.

Il y a des coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, qui font acquérir de plein droit la garde, soit noble, soit bourgeoise, au survivant ou aux autres personnes auxquelles elles la déferent, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Le survivant et les autres à qui la garde est déferée par ces coutumes, ne sont pas néanmoins gardiens malgré eux ; ils peuvent répudier la garde. Notre coutume, *art. 23*, ordonne que celui qui voudra renoncer à la garde, sera tenu

de faire cette renonciation au greffe, dans la quinzaine, et de faire, à ses frais, dans la huitaine suivante, pourvoir de tuteur aux mineurs, à peine des dommages et intérêts desdits mineurs.

Un acte de notoriété de notre bailliage, du 27 avril 1660, porte que les dommages et intérêts consistent en ce que le gardien noble, faute d'avoir satisfait à cet article, demeure gardien noble, et sujet à toutes les charges de cette garde, sans pouvoir les éviter.

C'est une question commune à toutes les coutumes, si le survivant, à qui la garde-noble de ses enfants est déferée, peut l'accepter à l'égard de l'un de ses enfants, et y renoncer à l'égard des autres. *Par exemple* : Le survivant trouve la garde-noble de ses enfants puînés onéreuse, et celle de son fils aîné avantageuse, parce que son fils a un préciput d'ainesse considérable, et n'est néanmoins tenu que de sa part virile des dettes, peut-il accepter la garde-noble de cet aîné, et y renoncer à l'égard de ses autres enfants? Je ne vois aucun principe qui en empêche, car il y a autant de droits de garde qu'il y a d'enfants; la garde de l'un n'est pas la garde de l'autre, et par conséquent rien ne paroît empêcher que le survivant n'accepte l'une, et ne répudie les autres; néanmoins, Auzanet et Lemaitre décident que le survivant n'est point dans l'usage admis à accepter la garde-noble à l'égard de l'un de ses enfants, en y renonçant à l'égard des autres, parce que si cette distinction qu'il fait ne choque aucun principe de droit, elle choque au moins la bienséance, puisque ce ne peut être que des vues d'avarice ou de quelque injuste prédilection, qui y puissent donner lieu.

---

### SECTION III.

En quoi consiste le droit de garde?

Le droit de garde-noble consiste : 1° dans le droit de gouverner les personnes des mineurs, et de disposer de leur éducation.

2° Dans différents droits par rapport aux biens sujets à la garde : nous en traiterons dans un premier article.

3° Dans différentes obligations et charges qui sont imposées au gardien, et dont nous parlerons dans un second.

Dans plusieurs coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, la garde-noble ne renferme point la tutelle; on nomme un tuteur aux mineurs qui tombent en garde-noble, pour tout ce qui ne dépend point de la garde-noble. *Par exemple* : C'est à ce tuteur à intenter les actions où il est question de la propriété des biens des mineurs, et à y défendre.

Cette tutelle n'est pas néanmoins incompatible avec la garde-noble; le gardien noble peut, sur l'avis des parents, être nommé tuteur, et, en acceptant la tutelle sous la réserve de son droit de garde-noble, il a l'un et l'autre droit.

Dans plusieurs autres coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, la tutelle des mineurs est unie à la garde-noble, et le gardien noble est de plein droit tuteur légitime de ses enfants.

La garde-bourgeoise, dans la coutume de Paris, consiste dans les mêmes choses que la garde-noble, sauf qu'elle est de moindre durée.

Dans notre coutume d'Orléans, la garde-bourgeoise n'est autre chose qu'une tutelle comptable.

## ARTICLE PREMIER.

## §. I. Des biens sujets à la garde, et des différents droits du gardien par rapport à ces biens.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, il n'y a de biens sujets à la garde-noble, que ceux de la succession du prédécédé du père ou de la mère des mineurs qui y a donné ouverture : tous les autres biens qui peuvent être échus aux mineurs depuis, par la succession de leurs aïeux ou autres parents, ou par les donations ou legs qu'on leur auroit faits, n'y sont pas sujets, même lorsque l'un des mineurs, dont la portion étoit sujette à la garde, meurt; cette portion, qui passe par succession collatérale à ses frères et sœurs, cesse d'y être sujette, parce que ses frères et sœurs ne la tiennent pas immédiatement de la succession du prédécédé : ainsi jugé par arrêt de 1764.

C'est pourquoi, à Paris, ce n'est pas le gardien noble, mais le tuteur qui doit avoir l'administration de ces biens. A Orléans, où la tutelle est jointe à la garde-noble, le gardien a l'administration desdits biens, mais plutôt comme tuteur que

comme gardien noble ; et il doit compter à ses mineurs, des revenus et intérêts, comme y seroit obligé un autre tuteur.

Le principe que nous venons d'établir, que dans notre coutume la garde-noble ne s'étend que sur les biens de la succession du prédécédé, résulte clairement de l'*art. 43* de l'ancienne coutume qui doit servir d'interprétation à l'*art. 25* de la nouvelle, puisque le procès-verbal y renvoie, et que ce principe est constant dans l'usage, nonobstant l'avis contraire de Delalande.

Au reste, on doit regarder comme biens de la succession du prédécédé, dont le gardien noble doit avoir la jouissance, non-seulement ceux qui se sont trouvés dans cette succession lors de l'ouverture de la garde-noble, mais pareillement tous ceux qui sont depuis échus au mineur, en vertu de quelque droit dépendant de cette succession, comme aussi tout ce qui est accru, puisque c'est un accessoire des héritages de cette succession, telles que sont les alluvions.

Suivant ces principes, Dumoulin décide que si, durant la garde-noble, un fief relevant d'une seigneurie de la succession du prédécédé, est tombé en commise pour cause de désaveu ou félonie, le gardien a droit d'en jouir pendant la garde, parce que ce fief, tombé en commise, devient un accessoire et une dépendance de la seigneurie à laquelle il est remis, et que d'ailleurs les mineurs ayant exercé la commise en vertu d'un droit dépendant de leur seigneurie, il est vrai de dire que l'héritage tombé en commise leur est acquis en vertu d'un droit dépendant de la succession du prédécédé, et par conséquent est sujet à la garde ; cela n'est pas néanmoins sans difficulté.

Dans l'origine du droit de garde-noble, il ne s'étendoit que sur les biens féodaux, dont la coutume accordoit la jouissance au gardien noble pendant le temps de la garde, parce qu'il les desservoit à la place de ses mineurs. Ce droit s'est conservé jusqu'à présent dans quelques coutumes, qui restreignent encore aujourd'hui le droit de garde-noble aux seuls biens féodaux.

Mais, dans les autres coutumes, le gardien noble a le droit de jouir et d'appliquer à son profit tous les fruits, non-seulement des biens féodaux, mais généralement de tous les immeubles de la succession du prédécédé, tant que la garde dure.

A l'égard des meubles de cette succession, les coutumes

varient. Dans quelques-unes, du nombre desquelles est notre coutume, le gardien noble les acquiert en propriété, sans être obligé d'en rien rendre à la fin de la garde. Dans la plupart des autres coutumes, les gardiens nobles ont été privés de ce droit de s'approprier les biens-meubles que les mineurs ont de la succession du prédécédé. On leur en a seulement laissé l'administration.

Le gardien noble n'ayant, dans les coutumes de Paris et autres semblables, que l'administration des meubles des mineurs, il doit en faire un inventaire et une prisée. Il est aussi de son administration de les faire vendre à l'encan; faute de le faire, il est tenu de tenir compte à ses mineurs, de la crue ou *parisis*, outre la prisée à l'égard des meubles sujets à cette crue; cette crue est le quart en sus.

Duplessis prétend même que le gardien n'ayant que l'administration des meubles, il doit, comme un autre tuteur, les intérêts de l'argent provenu de la vente d'iceux et du recouvrement des créances mobilières des mineurs; s'il n'a pas colloqué cet argent, et que s'il le colloqué en héritages ou rentes, il doit tenir compte des fruits et arrérages desdits héritages ou rentes; mais cette opinion est contredite par les autres commentateurs, qui pensent que le gardien doit avoir la jouissance des héritages ou rentes acquis de ces deniers, comme des autres héritages de la succession du prédécédé, puisqu'étant acquis des deniers de cette succession, ils appartiennent véritablement à cette succession; d'où il suit qu'il ne doit point non plus d'intérêts lorsqu'il a manqué de colloquer, n'ayant fait tort qu'à lui-même, et non à ses mineurs, en ne les colloquant point, puisque nous supposons que s'il les eût colloqués, les fruits des choses acquises de ces deniers lui auroient appartenu.

La coutume de Paris est du nombre de ces coutumes. Enfin, il y a quelques coutumes qui disent que, *meubles ne tombent en garde*; dans ces coutumes, par conséquent, le gardien noble ne peut pas prétendre l'administration des meubles, s'il n'est tuteur.

§. II. Du droit qu'a le gardien noble, de jouir des immeubles de la succession du prédécédé.

Le gardien noble a le droit de percevoir tous les fruits, tant naturels que civils, qui sont à percevoir sur les biens sujets à la garde-noble, pendant tout le temps qu'elle dure.

On appelle fruits naturels ceux que la terre produit, et nous comprenons ici sous ce terme, tant ceux qui sont purement naturels, c'est-à-dire, qui viennent sans culture, tels que les foins, les bois, les fruits des arbres, que ceux qu'on appelle industriels, parce que la terre ne les produit que par la culture, tels que sont les blés et autres grains, les fruits des vignes, etc.

Le gardien a droit de percevoir à son profit ces fruits, quand même ils auroient déjà été mûrs lors de l'ouverture de la garde-noble, pourvu qu'ils se soient trouvés lors sur pied et encore pendants à la terre.

Il n'est pas même tenu pour cela de tenir aucun compte des frais de labour et semence que le prédécédé a faits pour raison de ces fruits. Il a droit de jouir des héritages en l'état qu'ils se trouvent lors de l'ouverture de la garde.

Le gardien noble ne doit percevoir les fruits que lorsqu'ils sont en maturité, et dans les temps auxquels on a coutume de les percevoir ; c'est pourquoi si, lorsque le temps de la garde étoit près d'expirer, le gardien avoit coupé des fruits qui n'étoient pas encore mûrs, et qui ne devoient parvenir à la maturité qu'après le temps de l'expiration de la garde ; pareillement, s'il avoit avancé le temps accoutumé d'une coupe de bois qui ne tomboit en coupe qu'après la garde finie : en tout ces cas, le gardien sera tenu des dommages-intérêts du mineur, résolvant de cette perception prématurée.

On a fait la question à l'égard du gardien noble, comme à l'égard des autres usufruitiers, s'il pouvoit appliquer à son profit les pierres ou ardoises des carrières étant sur les héritages sujets à la garde ; il faut dire qu'il en peut tirer et en faire son profit, pourvu néanmoins qu'il ne les épuise pas, et qu'il en jouisse comme un bon père de famille a coutume d'en jouir : *l. 9. §. 2 et 3. ff. de usufr.*

Un trésor n'est point un fruit de l'héritage où il est trouvé, c'est pourquoi, s'il en étoit trouvé un dans l'héritage des mineurs, il appartiendroit aux mineurs, pour la part qui en appartient au propriétaire. Le gardien noble, en sa qualité de gardien noble, n'y pourroit rien prétendre.

Le gardien noble a aussi les fruits civils qui naissent durant la garde-noble. On appelle fruits civils, ceux qui *in jure consistunt*, et ils naissent lorsqu'ils commencent à être dûs : *Cum incipiunt deberi.*

Les fermes sont des fruits civils. Comme c'est pour la récolte des fruits que le fermier doit sa ferme, c'est la récolte qui en fait naître l'obligation ; les fermes sont donc dues et nées aussitôt que la récolte est faite, quoique le terme convenu par le bail, pour le paiement de la ferme, ne soit pas encore arrivé. C'est pourquoi, si la garde est ouverte à la fin d'août 1755, après la récolte faite, le gardien noble, à Paris, devra compter à son mineur, de cette ferme, comme du reste du mobilier de la succession, quoique les termes de paiement ne soient échus qu'à la Toussaint et à Noël, et par conséquent durant la garde, parce qu'elle a été due dès que la récolte s'est faite, et par conséquent avant la garde.

*Vice versa.* Si la garde-noble a fini à la fin d'août, après la récolte, la ferme appartiendra en entier au gardien, quoique les termes de paiement n'échoient qu'après la garde. A l'égard des loyers de maisons et arrérages des rentes, soit foncières, soit constituées, ce sont aussi des fruits civils qui échoient et se comptent de jour à jour. Ils appartiennent pareillement au gardien noble, pour tout ce qui en a couru pendant le temps de la garde.

Les profits, soit féodaux, soit censuels, qui naissent pendant la garde, par les héritages qui relèvent des seigneuries de la succession du prédécédé, sont aussi des fruits civils desdites seigneuries, qui appartiennent au gardien noble. Ces profits naissent durant la garde, lorsque les ventes ou mutations qui y donnent ouverture ont eu lieu durant la garde.

C'est une grande question, si le droit de retrait féodal des héritages mouvants en fief des seigneuries de la succession du prédécédé, qui sont vendus durant le temps de la garde, doit être regardé comme un fruit civil desdites seigneuries, échu durant la garde, qui doit appartenir au gardien, et si en conséquence le gardien peut exercer le retrait féodal, et retenir les héritages pour son compte, sans être obligé de les restituer à ses mineurs, quand même ils offriroient de l'indemniser ? Selon le principe de Dumoulin, le gardien ne peut avoir ce droit ; car, selon les principes de cet auteur, le droit de retrait féodal est le droit qu'a le seigneur de refuser l'investiture à l'acheteur d'un fief mouvant de lui, et de retirer ce fief pour le réunir à sa mense seigneuriale, en indemnisant cet acheteur, droit par conséquent qui ne peut résider qu'en la seule personne du propriétaire de la seigneurie, et par conséquent n'est pas cessible, et ne peut passer à un simple

usufruitier, tel qu'est le gardien noble; mais, depuis que la jurisprudence s'est écartée des principes de Dumoulin, et qu'on a jugé que le droit de retrait féodal est un droit cessible, il semble que, selon l'esprit de la nouvelle jurisprudence, ce droit n'est plus considéré que comme le droit qu'a le seigneur de fief, de profiter du bon marché qui a été fait des fiefs mouvants de sa seigneurie, et par conséquent comme une simple obvention féodale et un fruit civil de sa seigneurie, qui, par cette raison, peut appartenir au gardien noble; néanmoins, l'Auteur du nouveau *Traité des fiefs* refuse encore le droit de retrait féodal aux gardiens et aux autres usufruitiers. Renusson le leur accorde, mais pourvu que le propriétaire ne veuille pas en user lui-même; c'est pourquoi il pense que lorsque le gardien l'exerce en son nom, les mineurs, lors de l'expiration de la garde, sont recevables à reprendre l'héritage retiré, en indemnisant le gardien, de ce que le retrait lui a coûté.

Les amendes, les épaves, la part dans les trésors trouvés dans l'étendue de la justice, ce qui advient par droit de confiscation ou de deshérence, soit en mobilier, soit en héritages, sont des fruits civils du droit de justice qui, par conséquent, appartiennent irrévocablement au gardien noble.

Il a aussi le droit de nommer les officiers de justice des terres et seigneuries sujettes à la garde-noble; mais il ne peut pas accorder des survivances, car ce seroit se prolonger son droit au delà du temps qu'il doit durer.

Il ne peut pas non plus destituer les officiers, car ce droit n'appartient qu'au propriétaire de la justice.

La présentation et nomination aux bénéfices étant regardée comme un fruit du droit de patronage, elle appartient au gardien noble, lorsqu'il y a quelque droit de patronage attaché aux terres sujettes à la garde-noble; et, comme le gardien noble a droit de percevoir les fruits pour son propre compte et profit, il suit de là qu'il a, *proprio jure*, cette nomination aux bénéfices, et non pas seulement comme représentant ses mineurs, en quoi il diffère d'un simple tuteur qui nomme aussi aux bénéfices des terres de ses mineurs, mais qui y nomme au nom de ses mineurs, et comme les représentant, d'où naît cette différence que le tuteur ne pourroit pas nommer au bénéfice son mineur, parce que, lorsque le tuteur nomme au bénéfice, c'est le mineur qui est censé y nommer par le ministère de son

tuteur, et qu'on ne peut se nommer soi-même, au lieu que le gardien noble peut nommer au bénéfice son mineur, parce qu'il nomme *proprio jure*.

§. III. Du gain des meubles, que quelques coutumes attribuent en propriété au gardien noble.

Notre coutume d'Orléans et quelques autres, attribuent au gardien noble, en pleine propriété, tous les meubles de la succession du prédécédé; ce qui comprend généralement toutes les choses qui sont réputées meubles, même les bestiaux des terres; ce qui est très-injuste, et mériterait correction. Ce gain des meubles comprend non-seulement les meubles corporels, mais même les créances mobilières qui se trouvent dans la succession du prédécédé, soit contre des tiers, soit contre le gardien lui-même, qui en acquiert par ce moyen la libération.

L'usage en a excepté les créances qu'ont les mineurs contre le survivant, pour la reprise des deniers dotaux du prédécédé, stipulés propres et pour le emploi des propres aliénés; car, quoique ces créances en elles-mêmes soient mobilières, ayant pour objet une somme de deniers, néanmoins elles sont regardées à cet égard comme des espèces d'immeubles fictifs.

Il n'en est pas de même de la créance qu'ont les mineurs contre le survivant, pour la reprise de l'apport mobilier du prédécédé, qui a été stipulé au profit des enfants, en cas de renonciation de leur part à la communauté, car il n'y a aucune raison pour regarder cette créance autrement que comme une créance mobilière, qui doit entrer par conséquent dans l'émolument de la garde-noble, et dont le gardien noble, qui en est le débiteur, doit acquérir par conséquent la libération.

Pareillement, lorsqu'il est dit, par le contrat de mariage, que les héritiers du prédécédé n'auront, pour tout droit de communauté, qu'une certaine somme, la créance de cette somme, qui appartient aux enfants, comme héritiers du prédécédé, est une créance mobilière qui tombe dans l'émolument de la garde-noble, et dont le survivant gardien noble, qui en est le débiteur, acquiert la libération.

Il en est de même des récompenses qui sont dues aux mineurs, héritiers du prédécédé, pour le mi-denier des sommes que le survivant a tiré de la communauté, pour son

profit particulier. *Putà*, pour une construction de bâtiment faite sur son héritage propre.

Si, néanmoins, ces sommes avoient été tirées pour le rachat d'une rente due par le survivant seul, comme en ce cas la récompense consisteroit en ce que la rente revivroit pour la moitié contre le survivant, au profit des enfants du prédécédé, et que cette rente, qui revit ainsi, est réputée immeuble, elle ne se confondroit point dans la garde-noble, si ce n'est pour les arrérages qui en courroient pendant le temps de la garde.

La loi qui donne au gardien le mobilier qu'ont les mineurs de la succession du prédécédé, doit céder à la loi de la légitime. C'est pourquoi, si toute la succession du prédécédé consistoit en mobilier, il faudroit distraire de l'émolument de la garde-noble, la moitié de ce à quoi monteroit le mobilier, toutes dettes et charges de la succession déduites pour la légitime des mineurs.

Pareillement, si les immeubles de la succession du prédécédé étoient de si peu de valeur, par rapport au mobilier, qu'ils ne fournissent pas la légitime des mineurs, il faudroit distraire du mobilier ce qui s'en défaudroit.

#### ARTICLE II.

##### Des obligations et des charges de la garde-noble.

###### §. I. De l'inventaire.

Dans la coutume de Paris et dans les autres qui ne donnent au gardien noble que l'administration des meubles, la première obligation du gardien noble, qu'il doit remplir incontinent après qu'il a accepté la garde, est de faire un inventaire de tous les meubles et effets, titres et enseignements de la succession du prédécédé.

La coutume de Paris a une disposition expresse en l'article 269. Quelques commentateurs pensent que le gardien noble qui a laissé passer le temps de trois mois, prescrit par l'ordonnance, pour faire inventaire, sans faire cet inventaire, doit être privé de l'émolument de la garde-noble, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette obligation, et qu'en conséquence il ne peut percevoir à son profit les revenus des immeubles de la succession du prédécédé, que du jour qu'il a satisfait à cette obligation, et qu'il doit compter tous ceux

perçus auparavant. Ils se fondent sur ce que la loi accordant aux gardiens nobles l'émolument de la garde-noble, sous certaines conditions, il ne peut le percevoir qu'après avoir satisfait à ces conditions, du nombre desquelles est celle de faire inventaire. Guérin et Lemaître sont de cet avis; Tronçon rapporte un ancien arrêt qui a privé de l'émolument de la garde-noble, un gardien, faute d'avoir fait inventaire. Néanmoins, il atteste que nonobstant cet arrêt, qui peut avoir été rendu sur des circonstances particulières, la plus commune opinion au Palais, de son temps, étoit que le défaut d'inventaire ne pouvoit faire priver le gardien noble des revenus perçus avant qu'il eût satisfait à cette obligation. C'est aussi l'avis de Dumoulin, en sa note sur la coutume de Bourbonnois, qui, comme celle de Paris, impose au père survivant l'obligation de faire inventaire, *hoc omisso*, dit Dumoulin, *non desinit facere fructus suos*; et il en dit cette raison, qui est décisive, *quia inventarium nihil habet commune cum fructibus*. La coutume impose bien l'obligation au gardien de faire inventaire; mais il ne paroît pas qu'elle la lui impose comme une condition sans laquelle il ne pourra percevoir les fruits. On ne doit pas établir des peines que la loi n'a pas prononcées. Il y a d'autres peines contre l'omission d'inventaire, savoir la continuation de communauté que les mineurs peuvent demander au survivant, et dans laquelle se confond l'émolument de la garde, ou, s'ils ne jugent pas à propos de la demander, le juge, après le temps de la garde expiré, lorsqu'ils demanderont compte des meubles, doit estimer, après des enquêtes de commune renommée, la valeur des meubles dont on leur devra faire raison; enfin, le tuteur et les autres parents des mineurs peuvent, pendant le temps de la garde, poursuivre le gardien, pour lui faire faire inventaire lorsqu'il néglige de le faire.

Dans la coutume d'Orléans, et dans les autres qui donnent au gardien noble la propriété des meubles, il n'est pas nécessaire qu'il en fasse d'inventaire, il doit seulement en faire un des titres des immeubles; mais celui qui a la garde comptable, y est obligé comme l'est tout autre tuteur.

#### §. II. De la caution.

Outre l'obligation de faire inventaire, la coutume de Paris impose encore à celui qui a la garde-bourgeoise, l'obligation de donner caution.

Le tuteur doit le poursuivre pour donner cette caution; et, s'il ne la donne dans un court délai qui doit lui être imparti, le juge lui doit interdire la garde, jusqu'à ce qu'il y ait satisfait.

La coutume de Paris n'oblige point le gardien noble à cette caution, et c'est une des différences entre l'une et l'autre de ces gardes.

Dans notre coutume, le gardien, soit noble, soit comptable, n'est point tenu de donner caution.

Il y a néanmoins un cas auquel la gardienne noble y est tenue, c'est lorsqu'elle s'est remariée. Notre coutume veut qu'en ce cas elle donne caution au préalable, c'est-à-dire, qu'elle et son nouveau mari peuvent être interdits de la garde, jusqu'à ce qu'ils aient satisfait à cette obligation de donner caution.

### §. III. Des aliments et de l'éducation des mineurs.

Le gardien doit, à ses frais, non-seulement nourrir et entretenir ses mineurs, de tout ce qui est nécessaire à la vie; il doit leur donner une éducation convenable à leur naissance et à leurs facultés. Il doit leur donner pour cela les maîtres nécessaires, leur fournir les livres dont il est besoin; il doit examiner leurs talents et leurs dispositions, et les élever pour l'état auquel il les jugera dignes, soit pour la profession des armes, soit pour celle du barreau. Il doit mettre en équipage ceux qui sont destinés pour les armes, envoyer aux universités, et faire prendre les degrés nécessaires à ceux qui sont destinés pour la robe. Enfin, il ne doit rien omettre de ce qui peut servir à leur éducation, suivant leurs facultés et suivant l'état auquel ils sont destinés. Si le gardien noble ne satisfaisoit pas à cette obligation, et ne donnoit pas à ses mineurs les aliments ni l'éducation convenables, il pourroit être poursuivi par le tuteur, ou, à défaut de tuteur, par les proches parents des mineurs, pour être condamné à leur donner les aliments et l'éducation convenables; et, s'il continuoit à manquer à ce qui seroit à ce sujet ordonné par le juge, après l'avis des parents pris, on pourroit l'y contraindre par saisie des revenus des mineurs, jusqu'à ce qu'il eût satisfait; et même, selon les circonstances, on pourroit le priver de la garde.

## §. IV. De l'entretien des biens des mineurs.

Le gardien doit entretenir en suffisant état les héritages sujets à la garde, c'est-à-dire, qu'il doit faire les réparations et autres dépenses qui surviennent à faire pour l'entretien des héritages durant le temps de la garde. Ces impenses d'entretien sont des charges de sa garde; mais elles ne l'obligent pas à faire, à ses dépens, celles qui étoient à faire lors de l'ouverture de la garde, car elles l'obligent bien à les entretenir, c'est-à-dire, conserver dans le bon état dans lequel il les a trouvés, mais non pas à les réparer et rétablir.

Cela est indubitable dans les coutumes qui ne donnent pas au gardien noble la propriété des meubles des mineurs. Dans celles qui la donnent, il sembleroit équitable que le mobilier des mineurs fût employé à réparer leurs héritages, et que le gardien ne profitât que du surplus.

Le gardien, pour pouvoir se faire faire raison par ses mineurs, des réparations qui étoient à faire lors de l'ouverture de la garde, doit les faire constater dans ce temps, par un procès-verbal fait par des experts nommés par le juge, faute de quoi il est censé les avoir trouvés en bon état.

Le gardien noble doit aussi faire les frais des procès pour la conservation des biens sujets à la garde. Quelques coutumes en ont des dispositions, et ont le droit de décider dans celles qui ne s'en sont pas expliquées.

Cela est indubitable à l'égard des procès commencés du vivant du prédécédé; car ces frais sont de véritables dettes de la succession, dont le gardien est expressément chargé, comme nous le verrons au paragraphe suivant; mais on le doit décider aussi à l'égard des procès commencés durant la garde. La charge d'acquitter ces frais peut être regardée comme comprise dans celle d'entretenir et conserver les biens sujets à la garde; ces procès se soutenant pour la conservation desdits biens.

Cela a lieu non-seulement à l'égard des procès que le gardien, qui seroit en même temps tuteur, auroit lui-même soutenus pour ses mineurs; mais, dans le cas où le gardien n'étant pas tuteur, les procès auroient été soutenus par le tuteur des mineurs, sur un avis des parents convoqués devant le juge, et où le gardien auroit été appelé.

## §. V. De l'acquiescement des dettes.

Il n'est pas douteux que le gardien noble doit acquitter toutes les charges réelles des héritages dont il a la jouissance; l'acquiescement de ces charges étant une charge naturelle de sa jouissance.

Il doit acquiescer non-seulement les charges réelles échues durant le temps de sa garde, mais même celles échues du vivant du prédécédé, car ce sont des dettes mobilières de sa succession, qu'il est aussi tenu d'acquiescer, comme nous l'allons voir ci-dessous.

Il doit pareillement acquiescer les rachats auxquels, selon la coutume du Vexin, la mort du prédécédé a donné ouverture, et les relevoisons à plaisir dans notre coutume.

Il doit aussi acquiescer les arrérages des rentes constituées, dues par la succession du prédécédé, tant ceux courus du vivant du prédécédé, parce que ces arrérages échus sont dettes mobilières de sa succession, que ceux courus durant la garde, parce que quoiqu'ils ne soient chargés de la jouissance d'aucun héritage de la succession en particulier, ils sont chargés de la jouissance de l'universalité des biens des successions, et cette jouissance appartenant au gardien noble, il en doit porter les charges.

Les coutumes chargent aussi le gardien de payer toutes les dettes mobilières de la succession du prédécédé; la raison en est évidente dans les coutumes qui donnent au gardien noble la propriété des meubles des mineurs; car, suivant le principe de notre ancien droit françois (dont à la vérité on s'est écarté dans nos coutumes, dans la matière des successions, pour la contribution aux dettes entre différents héritiers, mais qui a encore lieu dans les autres matières), les dettes mobilières suivent les meubles, et en sont réputées une charge naturelle.

Dans les coutumes qui ne donnent pas la propriété des meubles au gardien noble, il ne laisse pas d'être tenu d'acquiescer les dettes mobilières des mineurs; la coutume de Paris, *art. 267*, l'en charge expressément.

Néanmoins, cette obligation d'acquiescer les dettes des mineurs, a beaucoup plus d'étendue dans les coutumes qui donnent au gardien la propriété des meubles, que dans celles qui ne la lui donnent pas.

Dans les premières, le gardien noble doit acquiescer toutes

les dettes mobilières de la succession du prédécédé, dont les mineurs sont tenus, soit envers des tiers, soit envers lui-même, quelque considérables qu'elles soient, et quelques causes qu'elles aient; on en excepte seulement ce que les mineurs doivent au gardien noble, pour la reprise de ses deniers dotaux et emploi de propres. Ces dettes, quoiqu'elles aient pour objet une somme d'argent, et qu'en conséquence elles soient proprement mobilières, passent, à cause de la fiction, pour immobilières entre les conjoints.

Il faut observer que le survivant n'est créancier pour ces causes, que sous la déduction de ce qu'il peut devoir lui-même à la communauté. *Putà*, pour récompense des sommes qu'il en a tirées pour ses affaires particulières.

Plusieurs prétendent qu'on doit aussi excepter le douaire préfix d'une certaine somme d'argent que les mineurs doivent à leur mère, leur gardienne noble, quoique ce soit une dette mobilière, parce qu'il représente le coutumier, et qu'en conséquence elle ne le doit confondre que pour les intérêts, par l'acceptation de la garde; ce qui souffre difficulté. On ne doit excepter aucune autre dette, soit envers des tiers, soit envers le gardien lui-même. Par exemple, la récompense du mi-denier des sommes tirées de la communauté, pour l'avantage particulier du prédécédé, qui est due par les mineurs au survivant, se confond par l'acceptation de la garde, parce que c'est une dette mobilière.

Si, néanmoins, la somme tirée de la communauté avoit servi à rembourser une rente due par le prédécédé en son particulier, comme en ce cas la récompense consisteroit dans la rente même, qui revivroit, pour moitié, au profit du survivant contre les mineurs, héritiers du prédécédé, cette dette des mineurs ne se confondroit, par l'acceptation de la garde, que pour les arrérages qui en courroient pendant la garde, et non pour le capital, parce que le capital d'une rente n'est pas une dette mobilière, et ne doit pas, par conséquent, être acquittée par le gardien, lorsqu'il a été convenu, par le contrat de mariage, que la femme, pour son droit de communauté, auroit une certaine somme; la dette de cette somme, dont les enfants du mari prédécédé sont tenus envers leur mère, leur gardienne noble, se confond par l'acceptation de la garde-noble, parce que cette dette étant une somme d'argent, est une dette mobilière dont la gardienne noble est tenue d'acquitter les mineurs,

sans qu'on doive faire attention que cette dette est le prix de la part de la femme, dans les conquêts de la communauté. C'est ce qui a été jugé au profit de la fille de Cujas.

Par la même raison, si le prédécédé étoit débiteur d'un reliquat de compte de tutelle envers quelqu'un, on n'examineroit point si ce reliquat est formé du prix d'immeubles reçus par le tuteur, il suffit que ce reliquat soit la dette d'une somme d'argent exigible, et par conséquent une dette mobilière, pour que le gardien noble soit tenu de l'acquitter.

Dans les coutumes, telles que celle de Paris, qui n'accordent pas au gardien la propriété des meubles, Renusson dit qu'on est plus disposé à restreindre la charge d'acquitter les dettes mobilières. Par exemple, il pense que, dans ces coutumes, la gardienne noble ne doit pas faire confusion de la somme qui lui est due par ses enfants, héritiers de son mari prédécédé, pour son douaire préfix, quoiqu'il consiste en la créance d'une somme à une fois payer.

Renusson prétend aussi que, dans ces coutumes, le gardien noble ne doit pas confondre les récompenses qui lui sont dues par ses enfants, héritiers du prédécédé, pour les sommes tirées de la communauté par le prédécédé, pour son profit particulier. *Putà*, pour construire un bâtiment sur son propre, parce que, dit-il, ces récompenses ne sont pas tant des dettes de la succession du prédécédé, que le droit qu'a le survivant de s'égalier dans les biens qui restent à partager de la communauté, à ce que le prédécédé en a déjà tiré d'avance sur sa part.

Il convient néanmoins qu'il a été jugé, contre son sentiment, que le gardien noble devoit confondre ces récompenses, par un ancien arrêt rapporté par Labbé et par Tronçon, qui sont d'avis contraire à celui de Renusson; Lemaître est aussi d'avis contraire. Il est certain que, selon les principes, ces récompenses sont de vraies dettes mobilières de la succession du prédécédé, qui naissent de l'obligation personnelle que contracte un associé envers ses co-associés, de leur faire raison de tout ce qu'il a tiré pour son profit particulier, du fonds commun d'où naît l'action personnelle *pro socio*.

Le prédécédé qui a pris des sommes de deniers dans la communauté, pour ses affaires particulières, ne laisse pas de demeurer, pour sa moitié, propriétaire de tous et chacun des effets de la communauté.

Ce que prend le survivant, sur les biens de la communauté, n'est que le paiement de la créance qu'il a, résultante de l'obligation que le prédécédé a contractée envers lui, de lui faire raison de ce que ledit prédécédé a tiré pour son compte particulier des biens de la communauté. Renusson a donc tort de dire que son opinion a plus de solidité, et est plus conforme aux principes que celle suivie par l'arrêt. Si on la suivoit, ce ne seroit qu'en se relâchant de la rigueur des principes, et en restreignant l'obligation imposée au gardien, d'acquitter les dettes mobilières, qui doit être plus restreinte dans les coutumes qui n'accordent pas au gardien la propriété des meubles, que dans celles qui la lui accordent.

Renusson prétend aussi que le gardien noble ne doit pas confondre le préciput qui lui a été accordé par son contrat de mariage, soit qu'il consiste en corps certains, soit même qu'il consiste en deniers. On l'a jugé effectivement de cette manière, pour un préciput en deniers, par un arrêt qui est rapporté par les commentateurs; le préciput est plutôt regardé comme un droit qu'a le survivant dans l'universalité des biens de la communauté qui sont à partager, qui naît de la loi sous laquelle elle a été contractée, que comme une dette du prédécédé. S'il avoit été stipulé que la femme auroit son préciput de deniers, même en cas de renonciation à la communauté, et qu'elle y renoncât; comme par sa renonciation elle n'auroit aucun droit aux biens de la communauté, le préciput en deniers qu'elle auroit droit d'exiger, ne pourroit être exigé que comme une créance qu'elle auroit contre ses mineurs, héritiers du prédécédé, laquelle étant mobilière, doit se confondre dans la garde-noble.

Si le préciput accordé à la femme même, en cas de renonciation, consistoit en des corps certains, *putà*, en ses habits, bagues et bijoux, on peut dire qu'il ne se confond pas par la garde-noble, parce que la propriété est censée en avoir été transmise, en vertu du contrat de mariage, à la femme, qui en étoit en possession dès le temps de la mort du prédécédé: ce n'est donc point une dette qui se trouve dans la succession du prédécédé, lors de l'acceptation ou ouverture de la garde, que le gardien soit tenu d'acquitter.

Renusson décide que, dans les coutumes qui ne donnent pas au gardien noble la propriété des meubles, la dette de la somme qu'il a été dit par le contrat de mariage, que la femme

auroit pour tout droit de communauté, ne doit pas se confondre par l'acceptation qu'elle fait de la garde-noble, parce qu'elle lui tient lieu de la part qu'elle auroit dû avoir dans les biens tant immeubles que meubles de la communauté.

Il décide aussi que la reprise de son apport mobilier qu'elle a stipulé en cas de renonciation à la communauté, ne doit pas, dans ces coutumes, se confondre par son acceptation de la garde-noble, parce que, encore bien que cette créance qu'elle a contre ses mineurs, soit une dette mobilière desdits mineurs, néanmoins cette créance étant la créance de ses deniers dotaux, elle a une faveur qui, dans ces coutumes, la peut faire excepter de la règle.

Il décide encore que le reliquat d'un compte de tutelle, dû par les héritiers du prédécédé, n'est point, dans ces coutumes, une dette dont le gardien noble soit tenu, lorsqu'il est formé du prix de remboursement de rentes reçues par le tuteur, parce que cette dette, quoique mobilière, a pour cause le prix d'immeubles.

Toutes ces décisions paroissent hasardées, et souffrent grande difficulté. Lemaitre est d'avis contraire à Renusson, sur la dette de la somme due pour tout droit de communauté.

#### §. VI. Des autres charges que le gardien est tenu d'acquitter.

Il y a plusieurs coutumes qui chargent expressément le gardien noble d'acquitter les frais funéraires du prédécédé, dont la mort a donné ouverture à la garde.

Dans celles qui ne se sont pas expliquées expressément sur ces frais funéraires, mais qui donnent au gardien la propriété des meubles, on ne doute pas que le gardien en est tenu.

La question a fait plus de difficulté dans celles qui ne donnent pas au gardien la propriété des meubles; telle qu'est celle de Paris: elle a été décidée contre le gardien, par un grand nombre d'arrêts que Renusson rapporte, compris sous le terme de *dettes*. La raison de douter étoit, que la coutume de Paris charge le gardien d'acquitter les dettes, et que les frais funéraires sont plutôt des charges de la succession: la raison de décider a été que la coutume, par ce mot général de *dettes*, n'a pas seulement compris les dettes du prédécédé qu'il a transmis dans sa succession, mais aussi les frais funéraires du prédécédé, lorsqu'elles ne sont pas, à

la vérité, dettes du défunt, mais sont en un sens dettes de la succession, puisque la succession en est tenue par rapport à la personne du défunt. Le gardien noble étant tenu des frais funéraires, il suit de là que la gardienne noble doit confondre ce qui lui est dû pour son deuil ; car le deuil de la veuve fait partie des frais funéraires du défunt.

Doit-on décider la même chose à l'égard des legs des sommes de deniers ? Il y a des coutumes qui chargent le gardien, de l'accomplissement du testament du défunt.

Dans les autres qui ne s'en sont pas expliquées, mais qui attribuent au gardien la propriété des meubles, il y a lieu de penser que le gardien en est tenu, et que dans ces coutumes le terme général de *dettes*, dont elles se servent, comprend toutes les charges mobilières de la succession, du nombre desquelles est l'acquittement des legs mobiliers ; ces legs mobiliers étant, aussi bien que les dettes mobilières, une charge naturelle du mobilier de la succession, suivant les principes de notre ancien droit françois, ci-dessus rapportés. Renusson prétend que, même dans les coutumes qui, comme celle de Paris, ne donnent point les meubles au gardien, le gardien noble doit acquitter les legs mobiliers qu'il prétend devoir être compris sous le terme de *dettes* ; mais il est contredit par presque tous les commentateurs de la coutume de Paris. Le terme de *dettes* devant, dans ces coutumes, avoir une signification restreinte, comme Renusson en convient sur d'autres questions, ne doit pas s'étendre aux legs.

A l'égard des legs de corps certains, soit meubles, soit immeubles, il ne peut y avoir lieu à la question ; le testateur, en les léguant, les distrait de sa succession, la propriété en passe au légataire ; ces choses ne demeurent dans la succession que quant à la possession et à la jouissance, jusqu'à ce que les légataires en demandent la délivrance ; et par conséquent le gardien noble n'en peut jouir que jusqu'à la demande des légataires, auxquels ces choses doivent être délivrées lorsqu'ils les demandent. Les frais d'inventaire, de scellés, de vente de meubles et autres semblables, doivent naturellement se prendre sur la chose. C'est pourquoi il y a lieu de penser que, dans la coutume de Paris, et autres semblables, le gardien noble, qui n'a que l'administration des meubles, et qui en doit rendre compte au mineur, peut coucher en mises ces sortes de frais.

S. VII. Si le gardien noble est tenu des dettes et autres charges *ultra vires*, et s'il est restituable contre l'acceptation de la garde.

Il y a quelques coutumes dans lesquelles le gardien n'est tenu des dettes et autres charges qui lui sont imposées, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a perçu des biens des mineurs; mais, dans les autres coutumes, et notamment dans celle de Paris et d'Orléans, la garde-noble est une espèce de marché et forfait que le gardien noble est censé faire avec ses mineurs, par l'acceptation qu'il en fait, par lequel marché il s'oblige envers ses mineurs, à tout ce qui lui est imposé par les coutumes, pour ce que lesdites coutumes lui attribuent dans les biens des mineurs, qui est comme le prix du marché ou forfait.

C'est pourquoi, de même que dans le cas auquel ce que le gardien a perçu de ce que les coutumes lui attribuent dans les biens des mineurs, excède les charges de la garde, il en profite; de même aussi, lorsque les charges de la garde excèdent ce qu'il a perçu des biens, il en doit supporter la perte. Il est donc tenu, envers ses mineurs, de les acquitter des dettes de la succession du prédécédé, et de satisfaire à toutes les autres charges de la garde, même au-delà de l'émolument qu'il en a perçu, et il n'est pas recevable à demander à en compter.

Mais lorsque, par des dettes mobilières imprévues, les charges de la garde excèdent de beaucoup l'émolument, le gardien noble ne seroit-il pas restituable contre l'acceptation de la garde? Il est certain que le gardien noble qui est majeur, ne l'est pas: il s'est chargé des dettes tant inconnues que connues, c'est un risque auquel il est soumis, qui est de la nature du contrat.

*Quid?* si le gardien noble étoit mineur lorsqu'il a accepté la garde? Plusieurs pensent que même le mineur n'est pas restituable, parce qu'étant, quoique mineur, capable de la garde-noble, il est capable de contracter toutes les obligations qui en dépendent. Ce sentiment me paroît souffrir beaucoup de difficulté, et la raison sur laquelle on le fonde n'est point concluante; car, de ce que le mineur est capable de la garde, il ne s'ensuit pas que s'il a accepté une garde qui lui étoit évidemment désavantageuse, par défaut de lumières et de prudence, il ne doive pas être restituable, les mineurs l'étant dans tout ce qu'ils ont fait *imprudentiâ*.

Observez néanmoins que c'est vis-à-vis des mineurs que le

gardien noble est obligé d'acquitter les dettes de la succession du prédécédé; c'est pourquoi, s'il y avoit lieu à faire restituer les mineurs contre l'acceptation de cette succession, le gardien pourroit être déchargé des dettes de cette succession; car ce n'est qu'indirectement qu'il peut être tenu de ces dettes, en tant qu'il est obligé d'en acquitter ses mineurs; et il cesse d'être obligé d'en acquitter ses mineurs, lorsque ses mineurs, par la restitution contre leur acceptation, ont cessé d'en être tenus.

Il en est de même du cas auquel les mineurs seroient héritiers sous bénéfice d'inventaire.

## SECTION IV.

Des manières dont la garde finit.

### §. I. Quand finit la garde - noble ?

La garde-noble de chaque mineur finit : 1° lorsque le mineur a atteint l'âge auquel les mineurs sont hors de garde. Nous avons vu, *section première*, §. III, quel étoit cet âge.

2° Par le mariage du mineur, quoiqu'il n'ait pas encore atteint cet âge : car le mariage émancipe; et le gardien noble qui consent au mariage, consent à la cessation de la garde.

3° Elle finit pareillement, si le mineur est émancipé par lettres du prince, entérinées devant le juge, du consentement du gardien.

4° Elle finit par la mort naturelle du mineur, et pareillement par sa mort civile; comme si un garçon a fait profession religieuse, ou s'il a été condamné à une peine capitale.

5° Elle finit par la mort naturelle ou civile du gardien.

6° Dans plusieurs coutumes, du nombre desquelles est celle de Paris, la garde-noble finit lorsque le gardien noble se remarie (*Paris, art. 268*).

Dans notre coutume, la garde-noble ne finit point par le mariage, soit du gardien noble, soit même de la gardienne noble, pourvu néanmoins que ce soit à un noble à qui elle se remarie; en ce dernier cas, elle passe au second mari de la gardienne, *vicie* des mineurs, qui gère conjointement avec sa femme. Elle change seulement de nom; car

elle s'appelle *bail*, au lieu de *garde*, et le *vitric* s'appelle *ballistre*.

Observez néanmoins que la gardienne qui se remarie ne peut conserver la garde, et la faire passer à son second mari, qu'à la charge de donner caution pour les charges de ladite garde (*Orléans, art. 25*).

Faute de la donner, ils peuvent être poursuivis par les parents des mineurs, pour la donner, et même privés de la garde, s'ils ne la donnent pas dans le délai qui leur aura été prescrit.

Lorsque la gardienne et son second mari ne veulent pas continuer la garde, en donnant caution, s'il se trouve un aïeul ou aïeule, cet aïeul ou aïeule peut prendre la garde à la place de la mère qui s'est remariée : *Art. 25*.

Il n'y a pas pour cela deux gardes qui se succèdent, car la garde-noble, comme nous l'avons observé ci-dessus, ne peut se réitérer; la garde que prend en ce cas l'aïeul, est la même garde qu'avoit la mère, qui est censée, vis-à-vis de l'aïeul qui la prend à la place, ne l'avoir jamais eue, et qui en conséquence doit compter à cet aïeul de tout l'émolument qu'elle a touché des biens des mineurs, sous la déduction de ce qu'elle a mis; car la garde passe, en ce cas, avec tous ses émoluments et toutes ses charges, à l'aïeul qui a bien voulu s'en charger à la place de leur mère et du beau-père.

Observez que ce n'est que vis-à-vis de l'aïeul que la mère est, en ce cas, censée n'avoir jamais eu la garde; car, notwithstanding que l'aïeule prenne la garde à sa place, elle demeure toujours obligée envers ses mineurs, à l'acquittement des dettes et autres charges de la garde, sauf son recours contre l'aïeul, qui a bien voulu prendre la garde à sa place. Il ne doit pas être au pouvoir de la gardienne qui se remarie, de se libérer envers ses mineurs, par son fait, des obligations qu'elle a contractées envers eux.

Lorsque la gardienne noble se remarie à un roturier, elle perd la garde. Il est évident qu'elle ne la peut faire passer à son second mari, qui, n'étant pas noble, est incapable de cette garde.

S'il y a un aïeul, pourra-t-il prendre la garde à la place de la mère qui s'est remariée, comme dans le cas précédent; et tout ce que nous avons observé sur ce cas, doit-il recevoir application dans celui-ci? Je pense que non. La raison de

différence est, que la garde-noble ne se perdant pas dans notre coutume, par le second mariage que contracte la gardienne noble avec un noble, l'aïeul peut la prendre à la place de cette gardienne noble et du beau-père, lorsqu'ils ne jugent pas à propos de la continuer; mais, lorsque la gardienne noble se remarie à un roturier, la garde-noble est éteinte, comme lorsqu'elle meurt, parce qu'elle en devient incapable par ce mariage: l'aïeul ne peut donc pas, en ce cas, la prendre en sa place; ce seroit une nouvelle garde qui seroit déferée à l'aïeul; mais il ne peut y en avoir deux.

Nous avons vu les manières par lesquelles la garde-noble finit de plein droit. Elle peut aussi finir par le ministère du juge, lorsque le gardien, sur la plainte du tuteur ou des parents, est, pour des maiversations, destitué de la garde. *Putà*, s'il dilapidoit les biens, s'il ne fournissoit pas aux mineurs les aliments ou les choses nécessaires pour leur éducation. On a aussi quelquefois destitué de la garde, des mères qui vivoient dans une débauche publique.

#### §. II. Quand finit la garde-bourgeoise?

La garde-bourgeoise de la coutume de Paris, finit plus tôt que la garde-noble; savoir, pour les garçons à quatorze ans, et pour les filles à douze accomplis. A cela près, elle finit par les mêmes manières dont finit la garde-noble.

La garde comptable de la coutume d'Orléans, n'étant autre chose qu'une tutelle légitime, elle finit comme la tutelle, lorsque le mineur a vingt-cinq ans accomplis, ou par son mariage, ou par son émancipation, ou par sa mort naturelle ou civile, ou par la mort naturelle ou civile du gardien (*Orléans, art. 52*). Le père ou l'aïeul ne la perd pas lorsqu'il se remarie; mais la mère, et, à plus forte raison, l'aïeule, la perdent lorsqu'elles se remarient, à moins qu'il n'y ait quelque aïeul ou aïeule qui veuille prendre la garde. On élit, en ce cas, un tuteur aux mineurs; ce tuteur, qui fait rendre compte à la mère remariée, à l'administration des biens des mineurs, jusqu'à leur majorité; mais on conserve à la mère, quoique remariée, le gouvernement et l'éducation des personnes de ses enfants.

## SECTION V.

Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels?

Les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont, à différents égards, statuts personnels et statuts réels. Les coutumes, en tant qu'elles défèrent la garde-noble, sont statuts personnels, car elles ont pour objet les personnes des mineurs, dont elles règlent l'état, et qu'elles assujettissent au gouvernement qu'elles défèrent à leur gardiens. En tant qu'elles attribuent aux gardiens un émolument dans les biens des mineurs, elles sont statuts réels, car elles disposent des choses des mineurs, dont elles attribuent la jouissance au gardien.

De là il suit que la garde ne peut être déférée que par la coutume du lieu du domicile des mineurs, c'est-à-dire, de celui de leur père et mère au temps de la mort du prédécédé, qui a donné ouverture à la garde; car il est de la nature des statuts personnels, de ne pouvoir exercer leur empire que sur les personnes qui leur sont sujettes par le domicile qu'elles ont dans leur territoire.

Il suit de là, pareillement, que le gardien noble ne peut avoir l'émolument de la garde-noble, que sur les biens situés dans le territoire des coutumes qui attribuent cet émolument au gardien; car il est de la nature des statuts réels, de n'exercer leur empire que sur les biens situés dans leur territoire.

De là naît la décision d'une foule de questions. Un Lyonnais noble qui meurt et laisse des enfants mineurs, sa veuve, leur mère, peut-elle jouir des biens de son mari, qui sont situés à Paris, et dont cette coutume accorde la jouissance à la gardienne noble? Non; car cette veuve ne peut prétendre la jouissance de ces biens, qu'autant qu'elle auroit le droit de garde-noble, et elle ne l'a pas. La coutume de Paris, en tant qu'elle défère le droit de garde-noble, étant un statut personnel, n'a d'empire que sur les personnes qui lui sont soumises par le domicile qu'elles ont dans son territoire; elle ne peut donc déférer un droit de garde-noble sur des mineurs lyonnais, qui ne sont point soumis à

son empire. Cette veuve peut encore moins tirer des lois de Lyon le droit de garde-noble ; ce droit y étant inconnu , l'authentique *matri et avie*, qui est une loi de Lyon , pays de droit écrit, défère bien aux mères la tutelle légitime de leurs enfants ; mais ce droit de tutelle légitime est absolument différent du droit de garde-noble.

De même qu'il est nécessaire que les mineurs soient domiciliés dans le territoire de la coutume qui défère la garde, est-il pareillement nécessaire que ceux auxquels elle est déférée y aient aussi leur domicile ? Je pense que non. *Par exemple*, si le survivant de deux Parisiens nobles refuse la garde-noble de ses enfants mineurs, je pense qu'à son refus l'aïeul des mineurs, quoique lyonnois, peut l'accepter en jugement au Châtelet de Paris ; car c'est sur les mineurs qu'elle assujettit à la garde, que la coutume exerce son empire ; elle n'en exerce aucun sur les personnes à qui elle la défère, qui peuvent l'accepter ou ne la pas accepter, il suffit donc que les mineurs lui soient sujets et domiciliés dans son territoire, et il n'est pas nécessaire que ceux à qui elle défère la garde, le soient pareillement.

Un gardien noble, parisien, peut-il avoir la jouissance des héritages de la succession du prédécédé, situés dans notre coutume ? Il faut distinguer si les coutumes où les biens sont situés, ont la même disposition que la coutume de Paris, le gardien noble en aura la jouissance. *Par exemple*, le gardien noble, parisien, aura la jouissance des héritages de la succession du prédécédé, situés dans le bailliage d'Orléans ; ce ne sera pas à la vérité en vertu de la coutume de Paris, qui, étant à cet égard un statut réel, ne peut exercer son empire que sur les héritages situés dans son territoire, mais ce sera en vertu de la coutume d'Orléans, qui attribue cette jouissance au gardien noble, et il n'importe que ce soit la coutume de Paris et non celle d'Orléans, qui l'ait fait gardien noble ; car la coutume d'Orléans attribuant cette jouissance au gardien noble, il suffit qu'il le soit pour l'avoir.

Que si les héritages sont situés dans un pays dont les lois ne connoissent pas le droit de garde-noble, comme est le pays de droit écrit, le gardien noble n'en aura pas la jouissance ; car il ne peut l'avoir ni de la coutume de Paris, qui ne peut le donner que sur les héritages situés dans son territoire et sujets à son empire, ni de la loi du pays de droit

écrit, qui, ne connoissant point le droit de garde-noble, n'attribue point cette jouissance au gardien noble.

Si la coutume du lieu où les héritages sont situés admet un droit de garde-noble seulement à l'égard du survivant du père ou de la mère des mineurs, telle qu'est celle du Maine, l'aïeul, gardien noble des mineurs parisiens, ne pourra pas prétendre la jouissance de ces héritages; car elle ne lui est accordée, ni par la coutume de Paris, qui n'a point d'empire sur les héritages situés hors son territoire, ni par celle du lieu où ils sont situés, qui, ne reconnoissant point la garde-noble des aïeuls, n'attribue pas cette jouissance à l'aïeul, gardien noble.

Pareillement, si les héritages de la succession du prédécédé sont des héritages en roture, qui soient situés dans une coutume qui n'accorde au gardien que la jouissance des héritages féodaux, telles que sont celles de Vermandois et de Melun, le gardien noble parisien ne pourra prétendre la jouissance de ces héritages, parce que la coutume de Paris ne peut donner la jouissance des héritages situés hors son territoire, et la coutume du lieu où ils sont situés ne la donne pas.

Au contraire, *vice versâ*, le gardien noble des mineurs de Melun peut avoir la jouissance des héritages en roture, situés dans les coutumes de Paris et d'Orléans, quoique la coutume de Melun, qui la lui a déferée, la restreigne aux héritages féodaux; car les coutumes de Paris et d'Orléans, à qui il appartient de donner cette jouissance des héritages situés dans leur territoire, la donnent au gardien noble, et par conséquent à lui, qui est effectivement gardien noble.

Un père noble, parisien, qui n'a pas encore accepté en jugement la garde-noble de ses mineurs, peut-il prétendre la jouissance des héritages situés dans la coutume d'Orléans, qui ne requiert aucune acceptation expresse? Non; car, pour que ce père puisse prétendre la jouissance des héritages situés en la coutume d'Orléans, il faut qu'il soit gardien; cette coutume donne bien la jouissance de ces héritages à celui qui est gardien noble, mais elle ne peut donner la garde de ces mineurs parisiens, sur lesquels elle n'a point d'empire: le père ne la peut tenir que de la coutume de Paris, à laquelle les mineurs sont sujets, et il ne peut, par conséquent, l'avoir plutôt qu'en l'acceptant en jugement, la coutume de Paris ne la donnant que sous cette condition.

*Contrà vice versâ.* Un gardien noble de mineurs orléanois peut jouir même des héritages situés à Paris, sans qu'il soit besoin qu'il accepte en jugement la garde; car il suffit que la coutume qui ne requiert point cette acceptation, l'ait rendu de plein droit gardien noble, pour qu'il ait droit à cette jouissance, que la coutume de Paris, où les héritages sont situés, accorde au gardien noble.

Les différents temps réglés par les différentes coutumes, donnent aussi lieu à des questions. *Par exemple,* la garde-noble d'un garçon dure à Paris et à Orléans jusqu'à vingt ans; à Tours, seulement jusqu'à dix-huit. Le gardien noble d'un mineur tourangeau, jouira-t-il des héritages de Paris, après que son mineur aura accompli dix-huit ans? Non, car il a cessé d'être gardien, le droit de garde que la coutume de Tours lui a donné, finissant à 18 ans.

*Vice versâ.* Un gardien noble de mineurs orléanois, jouira-t-il jusqu'à vingt ans des héritages situés en Touraine? Non; car, encore bien qu'il soit gardien jusqu'à cet âge, la coutume de Tours, à qui seule appartient d'accorder cette jouissance sur les héritages situés en son territoire, ne l'accorde pas après l'âge de dix-huit ans, ne reconnoissant plus de garde après cet âge passé.

Par la même raison, un gardien noble de mineurs orléanois, qui s'est remarié, ne jouira pas des héritages situés à Paris, quoique la coutume d'Orléans ne fasse pas perdre la garde-noble par le mariage; car celle de Paris, à qui appartient d'accorder la jouissance des héritages situés en son territoire, en prive le gardien qui s'est remarié.

*Vice versâ.* Un gardien noble parisien, qui s'est remarié, ne jouira pas même des héritages situés dans la coutume d'Orléans, quoiqu'elle ne fasse pas perdre la garde par le mariage, parce que la coutume de Paris, de qui il tient le droit de garde, ne lui ayant donné que sous la condition de ne se point remarier, il a perdu ce droit en se remariant, et il a cessé d'être gardien; il ne peut, par conséquent, prétendre une jouissance que la coutume d'Orléans accorde aux gardiens.

Il nous reste à observer que la translation de domicile que fait le survivant depuis la mort du prédécédé, ne dérange rien par rapport à la garde; c'est pourquoi, si le père noble de mineurs lyonnais va, après la mort de sa femme, établir son domicile à Paris, il n'acquiert pas, par cette

translation de domicile, le droit de garde-noble, même par rapport aux héritages situés à Paris; car la coutume de Paris ne défère ce droit qu'au temps du prédécès de la femme.

*Vice versa.* Le gardien noble parisien ne perd pas la garde en allant s'établir à Lyon, où il n'y a pas de garde, ou dans un pays où elle finit plus tôt qu'à Paris; car, l'ayant une fois acquise, il doit la conserver telle, et pour le temps qu'elle lui a été donnée.

FIN DU TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE.

# TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL

DES NOBLES.

---

## ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

LA coutume de Paris, en l'*art.* 238, sous le titre de la communauté, accorde un préciput au survivant des deux conjoints nobles. Voici les termes dans lesquels est conçue sa disposition.

« Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurant tant en la ville de Paris que dehors, et vivant noblement, va de vie à trépas, il est en la faculté du survivant de prendre et accepter les meubles étant hors la ville et faubourgs de Paris, sans fraude : auquel cas il est tenu payer les dettes mobilières, et les obsèques et funérailles d'icelui trépassé, pourvu qu'il n'y ait enfants, et, s'il y a enfants, partissent par moitié. »

Un grand nombre d'autres coutumes ont pareille disposition, et entre autres Montargis, voisine de la nôtre.

Il faut examiner en détail, quand il y a ouverture au préciput légal des nobles, quelles sont les personnes à qui la coutume accorde ce droit, et en quel cas; en quoi il consiste, et quelles en sont les charges?

## ARTICLE PREMIER.

Quand y a-t-il ouverture au préciput légal des nobles ; à quelles personnes les coutumes l'accordent-elles, et en quel cas ?

Par ces termes de la coutume : *quand l'un des deux conjoints va de vie à trépas*, il paroît que c'est la mort du prédécédé des deux conjoints qui donne ouverture à ce préciput au profit du survivant. Ces termes : *va de vie à trépas*, désignent la mort naturelle : la mort civile de l'un des conjoints ne donne donc pas ouverture à ce préciput ; il a cela de commun avec tous les gains de survie, qu'il n'y a que la mort naturelle seule qui y donne ouverture.

C'est pourquoi, si l'un des deux conjoints est condamné à une peine capitale, il faudra attendre sa mort naturelle, pour qu'il y ait ouverture à ce préciput au profit de l'autre. Si, au contraire, celui qui n'a pas été condamné mouroit le premier, il n'y auroit aucune ouverture à ce préciput, le survivant s'en trouvant incapable par sa mort civile.

Comme c'est au temps du prédécès de l'un des deux conjoints, que la coutume de Paris ou les autres coutumes semblables accordent au survivant ce droit de préciput, il faut que les conjoints se soient trouvés en ce temps soumis à l'empire desdites coutumes, et, par conséquent, il faut qu'ils y aient eu en ce temps leur domicile.

C'est pourquoi si, lors de la mort du prédécédé, le domicile des conjoints étoit dans le territoire de la coutume d'Orléans, qui n'accorde point ce préciput ; quoique les conjoints eussent leur domicile à Paris, lors de leur mariage, il n'y aura pas lieu à ce préciput ; à moins qu'il n'y eût clause au contrat de mariage, qu'il auroit lieu nonobstant translation de domicile : et, en ce cas, c'est la convention, et non la loi, qui l'accorde.

*Contrà vice versâ.* Si, lors de la mort du prédécédé, le domicile des conjoints étoit à Paris, quoiqu'il eût été à Orléans lors de leur contrat de mariage, il y aura lieu au préciput, à moins qu'il ne parût de la fraude dans la prétendue translation de domicile. *Putà*, si le mari avoit fait cette prétendue translation pendant la dernière maladie de sa femme.

Ce préciput n'a lieu qu'entre nobles, car la coutume dit : *quand l'un des deux conjoints nobles*. Ce terme paroît comprendre, non-seulement les nobles de naissance, mais aussi ceux qui le sont par un office qui donne à ceux qui en sont revêtus une noblesse transmissible. Il n'est pas nécessaire que la femme soit par elle-même noble, plusieurs coutumes s'en expliquent; car son mariage avec un noble la rend noble.

*Contra vice versâ*. Si le mari n'étoit pas noble, sa veuve, quoiqu'elle soit noble, n'aura pas ce préciput, car elle suit, quant aux droits de son mariage, la condition de son mari. Et la coutume dit : *quand l'un des deux conjoints nobles, au pluriel*; ce qui suppose la noblesse dans l'un et l'autre conjoints. La coutume de Paris ajoute, *et vivants noblement*; car si un homme, noble de naissance, faisoit une profession dérogeante à noblesse, il ne pourroit pas prétendre ce préciput. Il y a néanmoins quelques coutumes qui accordent ce préciput aux nobles de naissance, quoique vivants roturièrement, comme Châlons, *art. 29*.

Un aubain, demeurant en France, peut-il prétendre ce préciput? Je ne le pense pas; car ce préciput n'étant dû en vertu d'aucune convention, même virtuelle et présumée, mais par le bénéfice du droit civil, il ne peut être prétendu par un aubain, *qui solius juris gentium communionem habet non juris civilis*.

Pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut qu'il y ait eu communauté de biens entre les conjoints, et qu'elle n'ait pas été dissoute avant la mort du prédécédé. Le texte de la coutume ne le dit pas bien clairement; mais c'est l'avis de tous les commentateurs de cette coutume, et de Dumoulin, dont l'autorité vaut seule celle de tous les autres. C'est pour cela qu'ils appellent ce droit du survivant, un préciput; ce qui suppose une communauté de biens: car préciput est ce qui se prélève d'une masse commune. On peut même dire que la coutume de Paris l'insinue assez, parce que sa disposition est placée sous le titre de la communauté, d'où il résulte que ce droit est un prélèvement sur la communauté; elle l'insinue aussi par ces termes, dont elle se sert, *peut prendre*. Ce terme de *prendre* dénote un prélèvement, et ce qu'elle ajoute enfin de l'article, *que, s'il y a enfants, les meubles se partiront*, suppose une communauté.

Lorsque les héritiers de la femme renoncent à la com-

munauté, il est évident que ce préciput devient inutile au mari, puisque, par cette renonciation, tous les meubles de la communauté demeurent au mari; mais, si c'est la femme qui a survécu, et qu'elle renonce à la communauté, aura-t-elle ce préciput? Je ne le pense pas; car, de même que le préciput conventionnel ne peut être prétendu par la femme qui renonce à la communauté, s'il ne lui a été expressément accordé, en cas de renonciation, par le contrat de mariage, on doit pareillement dire que ce droit du survivant, qui est regardé comme un droit de préciput, et appelé tel par les auteurs, ne peut être prétendu par la femme qui renonce; en effet, la renonciation que fait une femme à la communauté, soit pour n'être pas tenue des dettes, soit pour reprendre sa mise, dont elle s'est réservée la reprise en cas de renonciation, emporte une abdication de tous ses droits sur les biens de la communauté, et par conséquent de ce préciput, qui s'exerce sur les biens de la communauté. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis, dont Lemaître s'est mal à propos écarté.

Si, par une clause du contrat de mariage, la femme est restreinte à une certaine somme pour tout droit de communauté, pourra-t-elle, en cas de survie, prétendre ce préciput? Je ne le pense pas, car ce préciput se prenant sur les biens de la communauté, compose, aussi bien que la part qu'elle auroit pu prétendre en la communauté; son droit de communauté, qu'elle a abandonné pour cette somme.

Enfin, pour qu'il y ait lieu au préciput, il faut que le prédécédé n'ait point laissé d'enfants; c'est ce qui résulte de ces termes : *pourvu qu'il n'y ait d'enfants.*

Quoique la communauté s'explique au pluriel, *enfants*, néanmoins un seul suffit pour exclure le survivant, de ce préciput, suivant cette règle de droit : *Non est sine liberis cui vel unu filius est.*

Les petits-enfants sont compris en cette disposition, sous le terme d'*enfants*.

Il n'importe aussi que l'enfant que le prédécédé a laissé, soit de ce mariage ou d'un précédent, pour exclure le survivant de ce préciput.

Si l'enfant que le prédécédé a laissé, renonçoit à sa succession, le survivant auroit-il ce préciput? La raison de douter est, que l'enfant, au moyen de sa renonciation,

n'ayant plus d'intérêt à empêcher que le survivant ait ce préciput, il semble ne devoir plus lui faire obstacle. Néanmoins, je pense que le survivant ne doit point, en ce cas, avoir ce préciput; car il suffit que cet enfant ait survécu, et ait été habile à succéder au prédécédé, pour que la succession de la part du prédécédé dans le mobilier de la communauté, ainsi que de tous les autres biens du prédécédé, lui ait été déférée. Et, si cette part lui a été déférée dans la succession du prédécédé, elle demeure dans cette succession par la répudiation qu'en fait le prédécédé, et le survivant ne peut par conséquent la prétendre.

Que si cet enfant étoit exhéredé justement, comme, en ce cas, la succession ne lui auroit point été déférée, on pourroit penser qu'en ce cas, il n'a pu faire obstacle au préciput du survivant. A l'égard des enfants qui sont morts civilement, soit par la profession religieuse, soit par une condamnation capitale, il est sans difficulté qu'ils ne peuvent être considérés ni faire obstacle au préciput.

Si le prédécédé n'a laissé aucun enfant, mais que le survivant en ait d'un autre mariage, Lebrun prétend que le survivant n'aura pas ce préciput. Il pense qu'il est de l'essence de ce préciput d'être réciproque, et conséquemment que le prédécédé n'ayant pu en espérer dans le cas auquel il auroit survécu, parce que l'autre conjoint avoit des enfants, cet autre conjoint survivant n'en devoit point avoir. Ce sentiment de Lebrun est réfuté par son annotateur, qui soutient que la coutume, par cette condition, *pourvu qu'il n'y ait enfants*, n'a eu d'autre vue que de préférer au survivant les enfants du prédécédé, à la part des meubles de celui-ci; que cela paroît par le texte de l'ancienne coutume, qui portoit: *pourvu qu'il n'y ait enfants du trépassé*; et par le procès-verbal sur cet article, qui ne fait pas mention qu'on ait voulu établir un droit nouveau par le retranchement de ces mots *du trépassé*. D'où il suit qu'ils n'ont été retranchés que pour l'élégance du style, pour ne pas répéter deux fois *du trépassé*; et que, dans la nouvelle coutume comme dans l'ancienne, il n'y a que les enfants du prédécédé, et non ceux du survivant, qui fassent obstacle à ce préciput. Quant à ce que Lebrun dit, qu'il doit y avoir égalité, qu'il est de l'essence du préciput d'être réciproque, la réponse est que cela n'est nullement fondé.

Dumoulin, sur l'ancienne coutume, avoit pensé que le père ou la mère du prédécédé, en qualité de son héritier au mobilier, devoit aussi faire obstacle au préciput; mais il paroît que son sentiment n'a pas été suivi.

---

## ARTICLE II.

Quelles choses comprend ce préciput ?

Ce préciput comprend tous les meubles corporels; l'argent comptant y est compris, car il n'est pas douteux que l'argent comptant est un meuble.

La coutume de Paris n'en excepte que ceux qui seroient dans la ville ou faubourgs de Paris; car elle dit : *les meubles étant hors la ville et faubourgs de Paris.*

La raison de cette exception, qui a été faite lors de la réformation, a été que le luxe, qui s'étoit déjà introduit à Paris, auroit rendu souvent ce préciput un avantage trop considérable.

Au reste, à l'exception des meubles étant dans la ville et faubourgs de Paris, tous les autres, quelque part qu'ils se trouvent, sont compris dans le préciput; même ceux qui se trouveroient dans des lieux dont les coutumes n'accordent point ce préciput au survivant; car les meubles n'ayant aucune situation, ne se régissent pas par la loi du lieu où ils se trouvent, mais par celle qui régit les personnes à qui ils appartiennent, c'est-à-dire, celle de leur domicile.

Observez que si des meubles qui avoient coutume d'être dans la maison que les conjoints occupent à Paris, s'étoient trouvés, lors de la mort du prédécédé, dans un autre lieu où ils auroient été transportés, ils ne laisseroient pas d'être exceptés du préciput; comme s'ils étoient encore à Paris, si ce transport paroisoit frauduleux et fait à dessein de le faire tomber dans le préciput, comme, par exemple, si ce transport s'étoit fait pendant la dernière maladie du prédécédé, c'est ce que signifient ces termes de la coutume : *étant hors la ville et faubourgs de Paris, sans fraude.*

Il y a plus, quand même des meubles qui ont coutume d'être à Paris se seroient trouvés, lors du prédécès, dans un autre lieu où ils auroient été transportés sans aucune fraude ni dessein de les faire entrer dans le préciput, mais dans le

dessein de les reporter à Paris, cette destination de retour à Paris, doit faire considérer ces meubles, quoiqu'ils se trouvent *ad tempus* et par accident ailleurs, comme meubles de la ville de Paris, et comme tels exceptés du préciput. C'est l'avis de Lebrun et de Lemaitre. Il me paroît fondé sur une règle de droit, qui définit que les meubles sont censés appartenir au lieu où ils ont coutume d'être, et où on a dessein de les reporter, plutôt qu'à celui où ils se trouvent par accident et *ad tempus*. *Rebus quæ in fundo sunt, legalis accedunt, etiam ea quæ tunc non sunt, si esse solent nec quæ casu ibi fuerunt legata existimantur* : l. 78, §. 7, ff. de leg. 3o.

Suivant ces principes, lorsqu'un seigneur emmène dans un lieu où il doit résider quelque temps, pour quelque commission dont le roi l'a chargé, son argenterie, son linge, et autres meubles dont il avoit coutume de se servir à Paris, et que lui ou sa femme vienne à mourir pendant ce temps, ces meubles, transportés de Paris, n'entreront point dans le préciput du survivant, parce qu'ils étoient destinés à être ramenés à Paris.

*Contra vice versâ*. Si, lors de la mort du prédécédé, quelque meuble de la campagne s'étoit trouvé à Paris, où on l'auroit porté dans le dessein de le renvoyer à la campagne, il devoit entrer dans le préciput, quoique trouvé à Paris, parce que sa destination lui faisoit conserver sa qualité de meuble de campagne. On peut apporter pour exemple, une pendule qu'on auroit envoyée de la campagne à Paris, chez l'horloger, pour la faire raccommoder.

L'ancienne coutume de Paris faisoit entrer dans ce préciput, non-seulement les meubles corporels, mais encore les dettes actives de la communauté; car l'*art.* 131 portoit : *meubles et créances*. Ces mots *et créances* ont été rayés lors de la réformation. Il y a apparence que c'est par la même raison pour laquelle les meubles de Paris ont été exceptés du préciput, pour ne le pas rendre trop considérable.

A l'égard des autres coutumes, il y en a un assez grand nombre de celles qui admettent le préciput légal, qui y font expressément entrer les créances et dettes actives et mobilières, telles sont celles de Laon, Reims, Sens, et beaucoup d'autres.

Il y en a qui se servent des termes *de biens-meubles*, lesquels termes paroissent comprendre les dettes actives.

A l'égard des coutumes qui employent seulement ces ter-

mes, *les meubles*, il y a lieu à la question si les dettes actives mobilières sont comprises sous ces termes. On doit à cet égard s'instruire de l'usage qui s'y observe; car, *optima legum interpres consuetudo*.

Il nous reste à observer que les dispositions testamentaires qu'auroit fait le prédécédé, ne peuvent donner aucune atteinte au préciput du survivant; car ses dispositions testamentaires ne peuvent avoir d'effet qu'après sa mort, auquel temps le préciput est déjà acquis au survivant.

Si donc un mari noble lègue, par testament, quelques meubles à des tiers, ils n'en appartiendront pas moins à sa veuve, et l'héritier en devra l'estimation au légataire, comme lorsqu'un testateur a légué la chose d'autrui.

Il seroit autrement, s'il eût donné ces choses entre vifs; car le préciput ne s'étend qu'aux meubles dépendants de la communauté, au temps du décès du prédécédé, et ceux qu'il a donnés entre vifs n'en font plus partie.

### ARTICLE III.

#### Des charges du préciput légal.

##### §. I. Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal.

Les coutumes qui accordent le préciput des meubles au survivant noble, sont différentes à l'égard des charges de ce préciput.

Le plus grand nombre de ces coutumes charge expressément le survivant qui prend le préciput, de l'acquittement des dettes du prédécédé, et des frais de ses obsèques et funérailles.

Elles s'expriment différemment sur cette charge des dettes. Les unes disent, *dettes mobilières*; les autres disent, *dettes personnelles*; les autres disent simplement, *les dettes*: mais, nonobstant ces différences d'expressions dans toutes ces coutumes, le survivant qui prend le préciput, n'est tenu que de l'acquittement des dettes mobilières.

Plusieurs coutumes ajoutent à l'acquittement des frais funéraires, celui de l'accomplissement des legs pieux, c'est-à-dire, faits pour causes pies et par forme d'aumône.

Ces coutumes s'expriment encore différemment. Celle de

Sens dit : en legs piteux, consistants en deniers ou en meubles, pour une fois. Plusieurs disent indistinctement les legs piteux; mais la limitation portée par la coutume de Sens y doit être sous-entendue, et même, si la somme léguée était trop considérable, les héritiers en devroient être tenus, et non le survivant.

Quelques coutumes ne restreignent pas la charge des legs aux piteux; et, dans ces coutumes, le survivant est tenu d'acquitter, non-seulement ceux qui sont faits pour causes pies, mais même les autres que le prédécédé auroit faits à ses parents ou amis; il n'est néanmoins tenu que de ceux qui consistent en quelques effets mobiliers ou en quelque somme d'argent modique. Et c'est une limitation qui doit se sous-entendre dans la disposition de quelques-unes de ces coutumes, qui s'expriment en termes généraux, *les legs, les testamens*.

La coutume de Péronne restreint la charge d'acquitter les legs à ceux *en espèce*, c'est-à-dire, qui consistent dans quelque corps certain d'entre ceux qui entrent dans le préciput légal.

Quelques coutumes, comme Charny, ne chargent le survivant qui prend le préciput, que de l'acquittement des dettes, et non des frais funéraires; celle de Charny même l'en décharge en termes exprès.

D'autres coutumes, comme celle de Berri, ne s'expliquent point du tout sur les charges de ce préciput. Lebrun pense que, dans ces coutumes, le survivant qui prend ce préciput, doit être tenu des dettes, comme en seroit tenu un donataire universel, c'est-à-dire, qu'il y doit contribuer à proportion de l'émolument, avec les héritiers et autres successeurs universels du prédécédé.

#### §. II. Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris.

La coutume de Paris est du nombre de celles qui chargent le survivant qui prend le préciput légal, d'acquitter les dettes mobilières et frais funéraires du prédécédé.

Selon quelques auteurs, le survivant est tenu, non-seulement des dettes de la communauté, mais même des autres dettes mobilières du prédécédé, qui ne sont point tombées en communauté, comme étant antérieures au mariage, et exclues de la communauté par une clause de séparation de dettes, ou comme ayant pour cause le prix d'un immeuble.

La raison sur laquelle on appuie ce sentiment, est que la coutume charge le survivant indistinctement des dettes mobilières du prédécédé; ce qui comprend tant celles qui lui sont propres, que celles de la communauté, parce que *ubi lex non distinguit, nec nos debemus distinguere*. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis. Lemaitre est d'avis contraire; il dit que le préciput ne concernant que les meubles de communauté, ces charges ne doivent pareillement s'étendre qu'aux dettes de la communauté; que si la coutume a dit indistinctement *dettes mobilières*, c'est que, par la coutume, toutes les dettes mobilières sont effectivement dettes de communauté, et que celles qui en sont exclues par une clause de séparation de dettes, doivent être regardées, à cet égard, en quelque façon immobilières vis-à-vis des conjoints.

La femme qui prend ce préciput, quoiqu'elle soit obligée d'acquitter les dettes mobilières de la succession du prédécédé, ne confond point néanmoins le douaire qui lui est dû par cette succession, quand même il consisteroit dans une simple somme d'argent, qui lui auroit été constituée pour douaire, et feroit par conséquent une dette mobilière de la succession du prédécédé.

Cela est indubitable dans le sentiment de Lemaitre, qui ne charge ce préciput que des dettes de la communauté, car le douaire est une dette propre du prédécédé.

Cela pourroit souffrir plus de difficulté dans le sentiment de ceux qui chargent ce préciput de toutes les dettes mobilières du prédécédé, tant communes que propres. Néanmoins Lebrun, qui est de ce sentiment, excepte des charges de ce préciput tout ce qui est dû au survivant, par la succession du prédécédé, pour ses conventions matrimoniales, dont il ne veut pas que le survivant confonde rien. Et, par conséquent, le douaire de la femme survivante se trouve excepté.

Il ne veut pas non plus que le survivant confonde rien, à cause de ce préciput, de ce qui lui est dû pour sa part dans les récompenses que la succession du prédécédé doit à la communauté, pour les sommes que le prédécédé en a tirées pour son avantage particulier.

Tous conviennent aussi que le survivant qui prend ce préciput, peut prélever en entier, sur les autres biens de la communauté, tous les prélèvements qu'il a droit d'y exercer pour ses reprises de deniers dotaux et remplois de propres. On prétend même que, nonobstant ce préciput légal, il

peut encore prendre sur les meubles de Paris, qui sont exceptés du préciput légal, son préciput conventionnel, l'un ne devant point détruire l'autre.

Au reste, ce préciput légal n'est affranchi de contribuer, soit au préciput conventionnel, soit à toutes les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, qu'autant qu'il se trouve suffisamment d'autres biens de la communauté sur lesquels ces reprises puissent être exercées; s'il n'y en a pas suffisamment, ces reprises, pour ce qui s'en manque, peuvent, et doivent même absorber les meubles du préciput légal.

Cette décision a lieu, même à l'égard des reprises de la femme survivante; car, quoiqu'elle ait droit de se venger pour ses reprises mêmes sur les biens propres de son mari, néanmoins, comme elle ne peut s'y venger qu'à défaut des biens de la communauté, il faut que ce qui compose le préciput légal, consistant en biens de communauté, soit épuisé auparavant.

Non-seulement les reprises du survivant, mais aussi celles que les héritiers du prédécédé ont à exercer, peuvent entamer et même absorber le préciput, à défaut d'autres biens de la communauté sur lesquels elles puissent être exercées.

La coutume de Paris charge encore le préciput légal de l'acquittement des obsèques du prédécédé.

Le deuil de la veuve faisant, en quelque façon, partie des frais funéraires, la veuve qui prend ce préciput, ne peut donc rien prétendre pour son deuil; elle en doit faire confusion sur elle.

Il n'est pas douteux que le survivant qui a pris le préciput légal, sans faire aucun inventaire, est tenu indéfiniment de toutes les dettes et charges dont la coutume le charge pour ce préciput, quand elles excéderaient l'émolument de ce préciput. La question est de savoir si la veuve, qui n'a pris ce préciput qu'après avoir fait un inventaire exact de tous les effets de la communauté, même de ceux qui doivent composer ce préciput, est tenue des charges de ce préciput; *ultra modum emolumentum*. On dit en faveur de la veuve, que le privilège d'une veuve qui a fait inventaire, est constant de n'être tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de ce qu'elle en amende; et par conséquent jusqu'à concurrence seulement, tant de sa part en la communauté, que de ce préciput, qui est tout ce qu'elle amende

de la communauté. On ajoute que les successeurs universels, autres que les héritiers, ne sont tenus des dettes des biens auxquels ils succèdent, que jusqu'à concurrence desdits biens. Nonobstant ces raisons, Lebrun décide que la veuve doit être tenue, *ultra modum emolument*, des charges du préciput, lorsqu'elle l'a une fois accepté. Sa raison est, que le survivant, en acceptant ce préciput, fait une espèce de quasi-contrat, de forfait et de marché avec les héritiers du prédécédé, par lequel il se charge, pour les meubles qui composent ce préciput, de l'acquittement des dettes et autres charges que la coutume lui impose, à peu près comme celui que fait le gardien noble avec ses mineurs, en acceptant la garde : que de même qu'il profite du bénéfice, lorsqu'il s'en trouve, il doit aussi supporter la perte, lorsqu'il y en a. A l'égard des objections, on répond à la première, que la veuve a le privilège de n'être tenue des dettes de la communauté, que jusqu'à concurrence de l'émolument, lorsque c'est en sa qualité de commune qu'elle en est tenue; mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne puisse s'en charger au delà de l'émolument, par l'acceptation de ce préciput.

On répond à la seconde objection, qu'un successeur universel, tel qu'un légataire ou donataire universel, n'est tenu des dettes au delà des biens auxquels il succède, parce qu'il n'en est tenu qu'autant qu'ils sont chargés de ces dettes; et par conséquent, en abandonnant lesdits biens, il doit cesser d'en être tenu : mais le survivant est tenu des dettes dont la coutume le charge, non pas simplement comme d'une charge des biens qui composent son préciput légal, mais comme d'une espèce de charge du marché qu'il est censé faire en acceptant ce préciput.

Si le survivant étoit mineur lorsqu'il a accepté ce préciput, il n'est pas douteux qu'il peut, dans le temps accordé pour la restitution des mineurs, se faire restituer contre cette acceptation, si ce préciput se trouvoit lui être onéreux.

# TRAITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

---

## ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Ce que c'est que l'hypothèque, et ses différentes espèces.

**L**HYPOTHÈQUE, ou droit de gage, est le droit qu'un créancier a dans la chose d'autrui, qui consiste à pouvoir la faire vendre, pour, sur le prix, être payé de sa créance. Ce droit d'hypothèque est un droit dans la chose, *jus in re*.

Il y a deux espèces d'hypothèques : celle qu'on appelle nantissement, *pignus*, et celle qu'on appelle proprement hypothèque.

Le nantissement est l'espèce d'hypothèque qui se contracte par la tradition qui est faite de la chose au créancier, et qui lui donne droit de la retenir pour sûreté de sa créance jusqu'au parfait paiement, et même de la faire vendre à défaut de paiement. L'hypothèque proprement dite est celle qui se contracte sans tradition. Outre ces deux principales espèces de droit de gage, il y en a encore deux autres.

Il y a le droit de gage que les seigneurs d'hôtel, de métairie, et de rente foncière ont pour les obligations résultantes du bail sur les effets qui garnissent leur hôtel ou métairie, et sur les fruits qui y sont nés. Nous en avons traité en traitant du *contrat de louage*, où nous renvoyons.

Il y a le droit de gage judiciaire, qu'un créancier acquiert par la saisie judiciaire qu'il fait faire des effets de son débiteur. Nous en parlerons dans notre *Traité de la procédure civile*, où nous renvoyons.

Nous nous proposons de traiter ici principalement du droit d'hypothèque proprement dit; nous ajouterons un chapitre sur le droit de nantissement.

On divise encore l'hypothèque en générale et spéciale. Lorsque quelqu'un hypothèque à un créancier tous ses biens, présents et à venir, l'hypothèque qu'a ce créancier sur chacune des choses qui composent lesdits biens, est une hypothèque générale.

Que si on a hypothéqué nommément un certain héritage, l'hypothèque sur cet héritage est une hypothèque spéciale.

On distingue encore les hypothèques en conventionnelles, légales et tacites. Les hypothèques conventionnelles sont celles qui naissent des actes des notaires. Ces hypothèques peuvent être appelées conventionnelles, parce que la convention par laquelle celui qui, par cet acte, contracte quelque engagement envers un autre, convient de lui hypothéquer ses biens, présents et à venir, pour la sûreté de cet engagement, ou est exprimée par ces actes, ou y est sous-entendue.

L'hypothèque légale est celle qui n'a point été convenue par aucune convention, ni expresse, ni tacite, telle que celle qui naît des jugements; l'hypothèque tacite, qui est aussi légale, est celle que la loi seule accorde en certains cas, et qui est appelée tacite, parce qu'elle ne résulte d'aucun titre, c'est-à-dire, ni d'aucun acte de notaire, ni d'aucun jugement, mais de la loi seule.

Enfin, on distingue les hypothèques en hypothèques privilégiées et hypothèques simples.

Les privilégiées sont celles qui sont accompagnées d'un privilège qui donne le droit au créancier qui a cette hypothèque, d'être préféré sur le prix de l'héritage hypothéqué, aux autres créanciers hypothécaires, quoique antérieurs.

Les hypothèques simples sont celles qui ne sont accompagnées d'aucun privilège.

Pour traiter avec ordre ce qui concerne la matière de l'hypothèque, nous traiterons, en premier lieu, de ce qui concerne sa création; 2° de ses effets, et des actions qu'elle produit; 3° des manières dont elle s'éteint.

---

## CHAPITRE PREMIER.

De ce qui concerne la création de l'hypothèque.

Les questions qui ont rapport à la création de l'hypothèque, sont celles-ci : quelles sont les causes qui la produisent; les choses qui en sont susceptibles; les personnes qui la peuvent créer, et pour quelles dettes?

### SECTION PREMIÈRE.

Quelles sont les causes qui produisent l'hypothèque?

Les causes qui produisent l'hypothèque, sont, 1° les actes par-devant notaires, les jugements, et la loi seule en certains cas.

### ARTICLE PREMIER.

De l'hypothèque qui naît des actes devant notaires.

#### §. I. Observations générales.

Par le droit romain, l'hypothèque ne pouvoit s'acquérir par une simple convention. Ce droit n'avoit été établi chez les Romains, que par l'édit du préteur contre les principes du

droit, suivant lesquels l'hypothèque étant, *jus in re*, ne pouvoit, non plus que le domaine, et tous les autres droits *in re*, s'acquérir par la seule convention, mais seulement par la tradition, *non nudis conventionibus, sed traditionibus*. Le fréquent usage des hypothèques, l'incommodité qu'il y avoit de ne pouvoir créer des hypothèques que par la tradition, avoit engagé le prêteur à s'écarter des principes rigoureux du droit civil.

Nous n'avons suivi ni le droit du prêteur, ni les principes rigoureux du droit civil. Selon notre droit, la simple convention ne peut produire l'hypothèque : nous n'exigeons pas néanmoins la tradition ; mais, lorsque la convention est munie de sceau de l'autorité publique, elle produit l'hypothèque ; et la force de l'autorité publique supplée en ce cas à la tradition.

Suivant ces principes, les actes sous signature privée n'étant point munis de l'autorité publique, ne peuvent, parmi nous, produire d'hypothèque, quand même elle y seroit expressément convenue, et quand même la date de ces actes seroit constatée, soit par le contrôle, soit par le décès de quelqu'une des parties qui les auroit souscrits.

Au contraire, les actes reçus par un notaire compétent, et revêtus de toutes les formes dont ces actes doivent être revêtus, produisent une hypothèque sur tous les biens présents et à venir des personnes qui y ont été parties, pour toutes les obligations qu'elles y ont contractées ; et ces actes produisent cette hypothèque, non-seulement lorsqu'elle y est expressément stipulée, mais quand même il n'y en auroit aucune mention. Cette convention d'hypothèque y étant toujours sous-entendue, l'autorité publique du sceau dont ces actes sont munis, est ce qui leur fait produire cette hypothèque.

S. II. Quels notaires sont compétents, pour que leurs actes puissent produire hypothèque ?

Les notaires, pour que leurs actes puissent produire hypothèque sur les biens situés dans ce royaume, doivent être des notaires établis dans le royaume, ou dans quelqu'un des pays de l'obéissance du roi : ceux des notaires étrangers ne peuvent produire cette hypothèque ; car l'autorité publique, dont les actes de ces notaires sont revêtus, étant une autorité étrangère, non reconnue dans le royaume, où on n'en

reconnoît aucune autre que celle qui émane du roi, elle ne peut avoir aucun effet sur les biens du royaume, ni par conséquent produire aucun droit d'hypothèque sur ces biens.

La qualité de personnes publiques qu'ont les notaires étrangers dans les lieux où ils sont établis, peut bien donner dans ce royaume, et partout ailleurs, à leurs actes, une espèce d'autorité de créance, qui doit faire ajouter foi à ce qui y est contenu, lorsque leur qualité est suffisamment constatée par l'acte de légalisation du juge des lieux où ils sont établis; mais leurs actes ne peuvent avoir une autorité de pouvoir et de juridiction nécessaire pour produire l'hypothèque.

Par la même raison, les actes des notaires apostoliques, tels qu'étoient ceux qui l'étoient avant l'établissement des notaires royaux-apostoliques, ne pouvoient produire d'hypothèque; car ces officiers étant des officiers purement ecclésiastiques, étant établis par la seule autorité ecclésiastique, qui ne s'étend point aux choses temporelles, les actes de ces notaires n'étoient point revêtus d'une autorité capable de produire hypothèque.

Mais, depuis que le roi a créé des notaires royaux-apostoliques, ces officiers étant établis par l'autorité royale, étant reçus par les juges royaux, leurs actes sont revêtus d'une autorité publique qui émane du roi, de qui ces officiers tiennent leur pouvoir, et par conséquent peuvent produire hypothèque. C'est ce qui est expressément porté par l'édit de décembre 1691, *art. 2.*

Les actes des notaires des justices subalternes, aussi bien que ceux des notaires royaux, produisent l'hypothèque de tous les biens des personnes qui s'obligent, par ces actes, en quelque endroit du royaume qu'ils soient situés. Toutes les justices seigneuriales ayant été concédées par le roi, et étant des émanations de l'autorité publique qui réside dans le roi, les officiers de ces justices sont revêtus d'une autorité qui émane du roi; c'est pourquoi leurs actes sont munis d'une autorité publique, suffisante pour produire cette hypothèque.

Les notaires, soit royaux, soit subalternes, n'ont caractère public que dans l'étendue de la justice où ils sont reçus; c'est pourquoi les actes qu'ils passeroient hors le territoire de cette justice, seroient destitués de toute

autorité, et ne pourroient par conséquent produire d'hypothèque.

Il y a néanmoins trois juridictions dans le royaume, qui sont les Châtelets de Paris, d'Orléans et de Montpellier, dont les notaires ont, par privilège, le droit de pouvoir passer des actes par tout le royaume. C'est pourquoi les actes de ces notaires, quelque part qu'ils soient passés, emportent hypothèque.

Ce privilège a été accordé aux notaires d'Orléans, par Philippe-le-Bel, en 1302, en considération de ce qu'en ce temps les notaires d'Orléans étoient des personnes lettrées, qui avoient étudié dans l'école de droit d'Orléans, qui étoit pour lors une des plus fameuses de l'Europe, et qui fut peu après érigée en université par le même roi.

Plusieurs anciens réglemens exigeoient, pour la validité des actes des notaires subalternes, et pour qu'ils pussent produire hypothèque, que ces actes fussent passés entre des personnes domiciliées dans l'étendue de la justice, et que les biens qui faisoient l'objet de ces actes y fussent situés; mais ces réglemens sont tombés en désuétude. Il nous reste à observer que les notaires sont les seuls officiers compétents pour dresser des actes, des conventions extrajudiciaires des particuliers. Tous autres officiers, comme huis-siers, greffiers, et même les juges, sont incompetents pour cette fonction; et les actes qu'ils dresseroient, seroient destitués de toute autorité. Les secrétaires du roi, quoiqu'ils aient la qualité de *notaires*, ne sont pas plus compétents.

Néanmoins, par la déclaration du 21 avril 1692, les contrats de mariage des princes et princesses du sang, passés par un secrétaire d'état, en présence du roi, produisent hypothèque, et ont la même autorité que les actes des notaires, sans qu'il soit besoin qu'ils y soient déposés.

§. III. Des formes dont doivent être revêtus les actes des notaires, pour produire hypothèque.

Les actes des notaires doivent contenir le lieu où ils sont passés; autrement, il ne seroit pas constant que le notaire l'eût passé dans le lieu où il a droit de le passer.

Ils doivent aussi contenir la date; autrement, on ne pourroit dire de quand ils auroient produit hypothèque. Ils doivent être écrits sur papier ou parchemin timbré.

Il n'est pas nécessaire que l'acte soit écrit de la main du notaire ; il peut le faire écrire par son clerc, ou par quelque autre personne ; mais l'acte doit être signé par le notaire, et par toutes les parties, ou du moins il doit être fait mention de celles qui ne savent, ou n'ont pu signer.

Lorsque l'acte est reçu par un seul notaire, il doit être passé en présence de deux témoins. Il faut que l'un de ces témoins sache signer, et signe effectivement. Si l'autre témoin ne sait pas signer, il suffira d'en faire mention. Ordonnance de Blois, *art.* 166.

Ces témoins doivent être âgés au moins de vingt ans accomplis, si ce n'est dans les pays de droit écrit, ou autres lieux où la loi permet de tester avant cet âge, dans lesquels endroits il suffit que le témoin ait l'âge requis pour tester. Arrêt de règlement de la cour des 2 juillet 1708, et 25 avril 1709, qui n'a pas lieu pour les actes passés avant le règlement.

Il est fait aussi défenses, par ce règlement, aux notaires, de se servir à l'avenir, pour témoins, de leurs enfants ou clercs. La présence des témoins n'est pas nécessaire, lorsque l'acte est reçu par deux notaires.

L'usage même a prévalu à l'égard des actes de commerce ordinaire. Il suffit que le second notaire signe l'acte, quoiqu'il n'ait pas été présent.

Enfin, l'édit du contrôle porte que les actes des notaires ne pourront produire aucun droit d'hypothèque, s'ils ne sont contrôlés. Edit de mars 1693.

§. IV. Des actes sous signature privée, reconnus par-devant notaires, et en justice.

Les actes sous signature privée, lorsqu'ils sont déposés chez un notaire, et reconnus par les parties qui les ont souscrits, produisent hypothèque du jour de l'acte de reconnaissance qu'en dresse le notaire ; car, quoique ces actes sous signature privée ne soient pas eux-mêmes munis d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnaissance qui en est fait par-devant notaire.

Ils le deviennent pareillement, lorsque, sur l'assignation donnée aux débiteurs qui ont souscrit les actes sous signature privée, ou à leurs héritiers, le juge en prononce la

reconnaissance; et conséquemment ils portent hypothèque du jour de ce jugement.

Si le débiteur assigné dénie sa signature, et que, sur la vérification faite par les experts nommés par le juge, la reconnaissance en soit prononcée, l'hypothèque a lieu, non pas seulement du jour du jugement, mais du jour de la dénégation. Ordonnance de 1529, art. 95.

#### ARTICLE II.

##### De l'hypothèque des jugements.

Les jugements de tous les juges du royaume, et des pays de l'obéissance du roi; des juges inférieurs, comme des juges souverains; des juges de justices de seigneurs, comme des juges royaux; des juges d'attribution, comme des juges ordinaires; même ceux des juge-consuls, emportent hypothèque sur tous les biens présents et à venir des parties, pour les condamnations qui y sont prononcées contre elles.

Il en doit être de même des jugements rendus par le consul de France, dans les pays étrangers où les François ont des établissements.

A l'égard des jugements rendus en pays étrangers, par des juges étrangers, ils ne peuvent produire hypothèque sur les biens que les parties condamnées ont dans le royaume, l'autorité dont ces jugements sont revêtus étant une autorité étrangère, qui ne peut avoir aucun effet dans le royaume, où on n'en reconnoît d'autre que celle qui émane du roi.

Les jugements des officiaux ne produisent point d'hypothèque, puisque l'autorité ecclésiastique ne s'étend point au temporel. Il est vrai que ces sentences sont exécutoires sur les biens du condamné, sans aucun *paréatis* du juge royal, suivant l'art. 44 de l'édit de 1695; mais elles tiennent ce droit d'être exécutoires, non de l'autorité du juge d'église qui les a rendues, mais de l'autorité du roi, qui, par cet édit, a bien voulu les rendre telles. Ainsi, par la même raison que les officiaux ne pourroient rendre des sentences exécutoires, s'il n'y avoit une loi du prince qui leur eût accordé ce droit, ils ne pourroient pas rendre des sentences qui portent hypothèque, n'y ayant pas de loi du prince qui le leur permette.

Les sentences des arbitres ne portent hypothèque que du jour de l'homologation qui en est faite devant le juge; car ces arbitres étant des particuliers, leur sentence ne peut être

revêtue d'aucune autorité publique qui puisse produire l'hypothèque, jusqu'à ce qu'elles aient reçu cette autorité par l'homologation du juge.

Il n'importe, pour qu'un jugement produise hypothèque, que la condamnation qu'il renferme soit liquide ou non; car l'hypothèque peut-être contractée pour des dettes non liquides; et, en cela, le droit d'hypothèque diffère du droit d'exécution.

Il n'importe contre qui le jugement ait été rendu, pour qu'il produise hypothèque sur les biens de la partie condamnée, pourvu néanmoins que la partie, contre qui il a été rendu, fût capable d'ester en jugement; car, si elle n'en étoit pas capable, la sentence rendue contre elle seroit nulle, et ne pourroit par conséquent produire d'hypothèque sur ses biens.

Les jugements rendus contre des tuteurs de mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communautés, sont censés rendus contre les pupilles, interdits, fabriques, hôpitaux et communautés, et produisent par conséquent hypothèque sur les biens de tous ceux pour lesquels ils ont été en jugement.

Ceux rendus à l'audience, lorsqu'ils sont contradictoires, portent hypothèque du jour qu'ils ont été prononcés : ceux rendus par défaut, du jour seulement qu'ils ont été signifiés à procureur (*Ordonnance de 1667, tit. 35, art. 11.*).

Ceux rendus en procès par écrit ne portent pareillement hypothèque que du jour de leur signification à procureur.

*Ibid.*

L'appel qui en est rejeté, en suspendant son effet, suspend aussi l'hypothèque; mais, si sur l'appel il est confirmé, ce droit est censé acquis du jour de la sentence, et non pas seulement du jour de l'arrêt qui la confirme (*première Déclaration sur l'Ordonnance de Moulins, du 10 juillet 1566.*).

Lorsque l'arrêt a infirmé le jugement, en réduisant à une somme moindre la condamnation portée par ce jugement, il est confirmé jusqu'à concurrence de la somme à laquelle la condamnation a été réduite par l'arrêt; il n'est infirmé que pour le surplus, et par conséquent l'hypothèque doit avoir lieu du jour de la sentence, et non pas seulement du jour de l'arrêt.

L'opposition aux jugements par défaut, doit avoir le même effet que l'appel : elle doit suspendre pareillement l'hypothèque; mais, si l'opposant est débouté de son opposition, l'hy-

pothèque doit avoir lieu du jour de la signification de la première sentence rendue par défaut, de même que si on n'y avoit pas formé d'opposition.

## ARTICLE III.

De l'hypothèque que produit la loi seule.

La loi seule, en certains cas, donne une hypothèque au créancier, sur les biens du débiteur, quoique l'obligation du débiteur ne soit portée par aucun acte devant notaire, ni qu'il soit intervenu aucun jugement de condamnation contre lui. Cette hypothèque est appelée *tacite*, parce que la loi seule la produit sans aucun titre.

Telle est, 1° l'hypothèque que la loi donne à la femme, sur les biens de son mari, du jour de la célébration de son mariage, pour la restitution de sa dot, lorsqu'il n'y a point de contrat. *Leg. unic. eod. de rei uxor. act.*

2° Telle est celle que la loi donne aux mineurs, pour le reliquat du compte de leur tutelle, sur les biens de leur tuteur, du jour qu'a commencé la tutelle.

3° La loi donne une pareille hypothèque sur les biens de tous les autres administrateurs, tels que sont les administrateurs d'hôpitaux, fabriciers, curateurs d'interdits, syndics de communautés, du jour qu'a commencé leur administration.

Un titulaire de bénéfice est regardé comme administrateur des biens de son bénéfice; c'est pourquoi, s'il y fait des dégradations par sa faute, tous les biens de son patrimoine sont hypothéqués envers son bénéfice, du jour de sa prise de possession, pour les dommages et intérêts résultants desdites dégradations.

Quand même les administrateurs de biens des mineurs, d'église, de communauté ou de chose publique, n'auroient pas eu une vraie qualité pour les administrer, et qu'ils se seroient portés pour tuteurs et administrateurs, sans l'être véritablement, l'hypothèque ne laisseroit pas d'avoir lieu sur leurs biens, du jour qu'ils auroient commencé de s'ingérer dans leur administration; ces faux administrateurs ne devant pas être de meilleure condition que les véritables.

Suivant ces principes, les biens du beau-père, qui ne fait point pourvoir de tuteur les enfants du premier lit de sa femme, qui a perdu la tutelle en se remariant, sont hypothéqués, du jour de son mariage, aux dommages et intérêts

desdits enfants et au compte de l'administration de leurs biens, quoiqu'il n'eût aucune qualité pour les administrer.

Ce droit d'hypothèque tacite sur les biens des tuteurs ou pro-tuteurs des mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communautés, ne doit pas s'étendre aux simples receveurs fondés de pouvoir, et intendants d'affaires des particuliers, sur les biens desquels les personnes dont ils ont géré les affaires, ne peuvent prétendre hypothèque que du jour des actes par-devant notaires, par lesquels ils ont contracté quelque obligation envers elles; ou, s'il n'y en a point, du jour des jugements de condamnation obtenus contr'eux.

Observez aussi que, quoique les biens des tuteurs et autres semblables administrateurs soient hypothéqués du jour que leur administration a commencé, lorsqu'ils sont débiteurs, ils ne peuvent pas, lorsqu'ils sont créanciers, prétendre une semblable hypothèque sur les biens de ceux dont ils ont été les administrateurs; ils ne l'ont que du jour de la clôture de leur compte.

La jurisprudence accorde aussi aux substitués une hypothèque tacite sur les biens des grevés de substitution, pour les dégradations qu'ils ont faites sur les biens substitués, du jour qu'ont été faites lesdites dégradations, et pareillement pour les sommes de deniers sujettes à la substitution, qu'ils ont reçues, du jour qu'ils les ont reçues.

Les lois donnent aussi une hypothèque tacite au fisc, sur les biens de ses débiteurs. *Fiscus semper habet jus pignoris.* L. 46, §. 3, ff. de jur. fisci. *Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona obligari quamvis id non exprimat* : l. 2, cod. in quib. caus. pig.

Le fisc n'a néanmoins ce droit d'hypothèque tacite, que lorsqu'il est créancier de son chef; que si le fisc a succédé aux créanciers de quelque particulier, *puta*, par droit d'aubaine ou de confiscation, il ne peut avoir plus de droit qu'en avoit ce particulier : l. 25, ff. de pig. et hypoth.

Outre ces hypothèques tacites générales, il y en a qui sont limitées à de certains biens.

Telle est l'hypothèque tacite qu'a un copartageant sur les biens échus au lot de ses copartageants, pour toutes les obligations résultantes du partage, quoiqu'il n'ait pas été fait par acte devant notaires.

Telle est celle que la loi donne aux légataires, sur la part des biens de la succession échue à chacun des héritiers du testateur, pour la part dont chacun des héritiers est tenu dans leur legs : *l. 1, cod. comm. de leg.*

Mais les légataires n'ont aucune hypothèque sur les biens appartenants auxdits héritiers de leur chef, que du jour que lesdits légataires ont obtenu jugement de condamnation contre lesdits héritiers; ou du jour que lesdits héritiers se sont obligés envers eux, par acte devant notaires, à l'exécution du testament : car le testateur n'a pas pu hypothéquer les biens de ses héritiers, personne ne pouvant hypothéquer que ce qui est à lui.

Telle est l'hypothèque tacite que celui qui a réparé un bâtiment, a sur ce bâtiment.

Telle est enfin celle que le vendeur d'un héritage a sur cet héritage, pour le prix qui lui est dû. Les lois romaines ne donnoient point cette hypothèque au vendeur; elle est de notre droit.

#### SECTION II.

Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque? Par qui peuvent-elles être hypothéquées? Et pour quelles dettes?

##### §. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque?

Suivant le droit romain, toutes les choses qui sont dans le commerce, soit meubles, soit immeubles, soit corporelles, soit incorporelles, sont susceptibles d'hypothèque.

Notre droit diffère en cela du droit romain. Il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles d'une véritable hypothèque; les meubles, ou n'en sont pas susceptibles, ou ne le sont que d'une hypothèque imparfaite.

Dans les coutumes de Paris et d'Orléans, les meubles ne sont point susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires ne sont payés, sur le prix des meubles de leurs débiteurs, que concurremment avec les simples chirographaires, au sou la livre de leurs créances.

Dans quelques autres, telle que celle de Normandie, les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et les créanciers hypothécaires sont colloqués, par ordre d'hypothèque, sur le prix des meubles de leurs débiteurs, comme sur le prix des immeubles.

Mais cette hypothèque des meubles, reçue dans ces cou-

tumes, n'est qu'une hypothèque imparfaite, qui ne dure que tant que les meubles sont en la possession du débiteur qui les a hypothéqués, et qui s'éteint lorsqu'ils ont été aliénés, et ont passé en la main d'un autre, suivant cette maxime générale du droit françois, *meubles n'ont de suite par hypothèque*. Ce qui a été introduit pour la sûreté et facilité du commerce.

A l'égard des immeubles, ils sont partout susceptibles d'une véritable hypothèque, qui peut être poursuivie en quelques mains que la chose ait passé.

Non-seulement les immeubles corporels sont susceptibles de cette hypothèque, mais même les immeubles incorporels, tels que sont les droits réels, tels que les droits de rentes foncières, de censives, de fiefs, même les droits de justice.

Le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque. *Pignus pignori dari potest*.

Les rentes constituées dans les coutumes telles que les nôtres, qui les réputent immeubles, sont aussi susceptibles d'hypothèque.

Les offices domaniaux et les offices vénaux de judicature et de finances, en sont aussi susceptibles; mais le sceau des provisions que le roi en donne, purge les hypothèques des créanciers qui n'ont pas eu la précaution d'y faire opposition.

La fin de l'hypothèque étant de vendre la chose hypothéquée, pour être payé sur le prix, il suit de là que les choses qui ne peuvent être vendues, n'étant pas dans le commerce, ne sont pas susceptibles d'hypothèque. *Eam rem quam quis emere non potest, jure pignoris accipere non potest* : l. 1, §. 2, *quæ res pig. vel hyp. dat.*

Cela n'empêche pas que le droit d'usufruit ne soit susceptible d'hypothèque, car il peut se vendre. Si on dit qu'il ne peut passer d'une personne à une autre, *personam usufructuarii non egreditur*; c'est *subtilitate juris*, que l'étranger qui en est acquéreur, ne jouit pas de ce droit, *proprio jure*, comme d'un droit subsistant en sa personne; mais du chef et pendant la vie seulement de celui sur la tête de qui il a été constitué.

On considère dans le droit d'usufruit, le droit même attaché à la personne de l'usufruitier, et l'émolument de ce droit, qui consiste en la perception des fruits de la chose sujette à ce droit; cet émolument est séparable de la per-

sonne de l'usufruitier en qui réside le droit ; il peut se vendre, et est par conséquent susceptible d'hypothèque.

Les biens grevés de substitution ne sont pas absolument inaliénables ; ils peuvent se vendre *cum causâ et onere fidei-commissi*, ils sont donc par conséquent susceptibles d'hypothèque, c'est-à-dire, d'une hypothèque qui s'éteindra par l'ouverture de la substitution, si elle a lieu.

Les offices de la maison du roi n'étant point des choses qui soient *in commercio nostro*, ne peuvent être susceptibles d'hypothèque.

§. II. Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées ?

L'hypothèque étant un droit dans la chose, c'est une conséquence qu'il ne peut être accordé que par celui à qui la chose appartient, et qui en est le propriétaire ; celui qui ne l'est pas, ne pouvant pas transférer à un autre un droit dans une chose qu'il n'a pas lui-même.

On dira peut-être que le propriétaire d'une chose n'a pas le droit d'hypothèque dans sa chose, *cum nemini res sua pignori esse possit*, comment peut-il donc le donner à un autre ? La réponse est facile. Le propriétaire d'une chose n'a pas, à la vérité, un droit d'hypothèque dans sa chose ; dans la forme du droit d'hypothèque, il ne l'a pas *formaliter* ; mais il a *eminenter*, c'est-à-dire, *non quidem jure hypothecæ, sed jure domini*, tout ce en quoi le droit d'hypothèque consiste : car le droit d'hypothèque consiste dans le droit de tenir la chose hypothéquée, et de la vendre. Or, ce droit se trouve renfermé dans le *dominium* qu'a le propriétaire, qui contient principalement le droit de disposer de la chose, et par conséquent de la vendre. Puis donc qu'il a le droit de vendre la chose, il peut transférer ce droit à son créancier qui l'aura, non pas comme le propriétaire l'avoit, *jure domini et in re propriâ* ; mais *jure hypothecæ et in re alienâ*.

Pour pouvoir hypothéquer une chose, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut avoir la faculté d'en disposer ; c'est pourquoi les interdits, les femmes sous puissance de mari, lorsqu'elles ne sont pas autorisées, les mineurs, ne peuvent pas hypothéquer leurs biens ; parce que, quoiqu'ils en soient les propriétaires, ils n'ont pas la faculté d'en disposer.

De là naît la question de savoir si, lorsqu'un mineur a contracté quelque engagement par acte devant notaires, sous l'hypothèque de tous ses biens, et qu'il le ratifie en

majorité, le créancier a hypothèque du jour de l'acte, ou seulement du jour de la ratification ; il sembleroit que le créancier ne devrait avoir hypothèque que du jour de la ratification, et non du jour de l'acte fait en minorité, puisque, suivant ce que nous venons de dire, le mineur, n'ayant pas en ce temps la faculté de disposer de ses biens, ne pouvoit pas les hypothéquer. Néanmoins, il faut décider que le créancier aura hypothèque du jour de l'acte fait en minorité ; la raison est, que la loi n'interdisant aux mineurs la faculté de disposer de leurs biens, et de les hypothéquer que pour leurs propres intérêts, cette incapacité en laquelle ils sont d'en disposer et de les hypothéquer, n'est pas une incapacité absolue, mais relative à leurs intérêts : ils sont seulement incapables de disposer de leurs biens, et de contracter sous l'hypothèque de ces mêmes biens, en tant que la disposition qu'ils auroient faite, et l'engagement qu'ils auroient contracté, leur seroient désavantageux ; mais, lorsqu'en ratifiant en majorité cet engagement, soit expressément, soit tacitement, par le laps de dix ans, sans prendre de lettres contre, ils ont reconnu qu'il ne leur étoit point préjudiciable ; l'acte et l'hypothèque dont il est accompagné, doivent être regardés comme ayant été véritablement contractés, et, par conséquent, le créancier doit avoir hypothèque du jour de l'acte.

Il faudroit décider autrement à l'égard d'une femme mariée, qui, pendant son mariage, se seroit obligée par acte devant notaire, sans être autorisée, et, depuis son veuvage, auroit ratifié cet acte : le créancier n'auroit d'hypothèque que du jour de la ratification ; encore faut-il que cette ratification se fasse aussi par acte devant notaire : il ne pourroit la prétendre du jour de l'acte passé par la femme durant son mariage, parce que l'incapacité en laquelle est une femme mariée, de contracter sans autorisation, est une inhabileté et une incapacité absolues, qui ne permettent pas que l'acte puisse être valide par la ratification, laquelle ne vaut que comme une nouvelle obligation ; ce qui est absolument nul, ne pouvant pas être confirmé.

Quoiqu'il n'y ait que le propriétaire de la chose qui la puisse hypothéquer, néanmoins, lorsqu'un tuteur de mineurs, un curateur d'interdits, des fabriciers, des administrateurs d'hôpitaux, des syndics de communautés, contractent en ces qualités, pourvu qu'ils n'excèdent point les bornes de leur administration, ils hypothèquent les biens

de ces personnes dont ils ont l'administration ; ce qui n'est point contraire à notre proposition , car, lorsque ces tuteurs, curateurs et autres semblables administrateurs, contractent dans lesdites qualités, ce ne sont pas tant eux qui contractent, que les personnes ou communautés dont ils ont l'administration, qui sont censées elles-mêmes contracter par leur ministère, et hypothéquer elles-mêmes, par le ministère de ces tuteurs, curateurs, leurs biens : c'est pourquoi, même en ce cas, c'est le propriétaire de la chose qui en constitue l'hypothèque.

Il en est de même lorsque mon fondé de procuration, sans sortir des bornes de cette procuration, contracte, en cette qualité, par acte devant notaire ; il n'est pas douteux qu'il hypothèque mes biens aux engagements qu'il contracte en mon nom dans cette qualité ; mais c'est moi-même qui suis censé, par son ministère, contracter l'engagement, et hypothéquer mes biens, en lui donnant ma procuration : j'ai par là, dès-lors, consenti à l'engagement et à l'hypothèque qui en est l'accessoire.

*Quid ?* si quelqu'un, sans procuration et se faisant fort de moi, avoit contracté en mon nom quelque engagement par acte devant notaire, et que par la suite je ratifiasse, le créancier pourroit-il prétendre hypothèque sur mes biens, du jour du contrat, au préjudice de ceux qui auroient acquis des hypothèques sur mes biens, dans le temps intermédiaire entre le contrat et la ratification, ou s'il n'auroit hypothèque que jour de la ratification ? Il faut décider qu'il ne l'aura que du jour de la ratification. *Nec obstat* que les ratifications ont un effet rétroactif, suivant cette règle de droit : *Ratihabitio mandato comparatur. Qui mandat ipse fecisse videtur* ; et qu'en conséquence, ayant ratifié, c'est tout comme si le contrat avoit été fait en vertu de ma procuration, et comme si j'avois contracté moi-même par le ministère de celui qui a contracté en mon nom ; car cet effet rétroactif n'a lieu qu'entre le créancier et moi, qui ai ratifié ce qui a été fait en mon nom ; mais il ne peut avoir lieu au préjudice des tiers, qui ont acquis un droit d'hypothèque sur mes biens, dans le temps intermédiaire ; car celui qui a contracté en mon nom, n'ayant aucune qualité pour pouvoir m'engager et hypothéquer mes biens, ils ne l'étoient point avant que j'eusse ratifié, et par conséquent je les ai valablement hypothéqués à ces créanciers intermédiaires, et il n'a pas dû dépendre de

moi de les priver de ce droit d'hypothèque qui leur étoit acquis, en ratifiant un acte que j'étois le maître de ne pas ratifier.

Dans le cas de la convention d'hypothèque de biens présents et à venir, il est évident qu'il suffit que le débiteur, qui est convenu d'accorder cette hypothèque, soit devenu propriétaire des choses, depuis la convention, pour qu'elles soient valablement hypothéquées ; mais, lorsque la convention d'hypothèque étoit d'une chose certaine et spéciale, il falloit, suivant les principes du droit romain, pour que la convention fût valable, que le débiteur qui en accordoit l'hypothèque, en fût le propriétaire au temps de la convention, à moins que la convention n'eût été faite sous la condition, et au cas qu'il en deviendrait un jour le propriétaire : *l. 15, §. 1 ; l. 1, §. 7, ff. de pig. et hypoth.*

Quoique la convention d'hypothèque pure et simple d'une certaine chose, ne fût pas valable, et que lorsque le débiteur en devenoit par la suite le propriétaire, l'hypothèque n'en étoit pas pour cela validée : néanmoins, les lois subvenoient de différentes manières au créancier contre le débiteur, soit en accordant à ce créancier la rétention de la chose, lorsqu'il s'en trouvoit en possession, soit même en lui accordant une action utile contre ce débiteur qui l'avoit trompé ; sur quoi, les lois font plusieurs distinctions dans lesquelles nous n'entrerons pas, parce qu'elles ne peuvent avoir d'application dans notre droit, suivant lequel toute convention d'hypothèque comprend toujours tous les biens présents et à venir. C'est pourquoi, dans notre droit, il faut tenir que, toutes les fois que j'ai contracté par acte devant notaire, il suffit, pour qu'un héritage soit hypothéqué, que j'en sois devenu propriétaire depuis que j'ai contracté, quoique je ne le fusse pas dans ce temps.

Mais, quoique la convention d'hypothèque fût valable auparavant que je fusse propriétaire, néanmoins elle n'a son effet, et elle n'acquiert au créancier un droit d'hypothèque sur les biens que j'ai pu acquérir depuis, que du jour que je les ai acquis ; car je ne peux transférer de droit que dans les choses qui m'appartiennent.

De là naît une question : J'ai contracté différents engagements envers trois différents créanciers, en différents temps, sous l'hypothèque de mes biens présents et à venir, et j'ai ensuite acquis un certain héritage : ces trois différents

créanciers viendront-ils par concurrence d'hypothèque sur cet héritage, ou suivant l'ordre des dates de leurs contrats ? Il sembleroit qu'ils devroient venir par concurrence ; car ces trois différents créanciers ont acquis tous les trois leur hypothèque sur cet héritage, dans le même instant ; savoir, lors de l'acquisition qui en a été faite, n'ayant pas pu l'acquérir plus tôt, *concurrunt tempore*, et par conséquent ils paroissent avoir un droit égal, et il semble que les jurisconsultes romains le pensoient ainsi. *Arg., l. 28, ff. de jure fisc. Vid. Cujac., ad hanc legem.* Nonobstant ces raisons, la jurisprudence est constante parmi nous, que ces créanciers ne doivent pas concourir, mais qu'ils doivent être colloqués selon l'ordre des dates de leur contrat ; la raison est, que le débiteur, en contractant avec le premier créancier, sous l'hypothèque de ses biens à venir, s'est interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres, au préjudice de ce premier créancier ; par conséquent, quoique ces créanciers acquièrent le droit d'hypothèque dans le même instant, le premier est cependant préféré au second, et le second au troisième, parce que le débiteur n'a pu accorder d'hypothèque à ce second créancier, ni ce second créancier en acquérir que sur ce qui resteroit après la créance du premier acquittée ; et il en faut dire de même du troisième à l'égard du second.

Il nous reste à observer que lorsque mon débiteur, qui a contracté avec moi, sous l'hypothèque de tous ses biens, a possédé un héritage qui a depuis passé en d'autres mains, par la vente qu'il en a faite, il suffit, pour fonder mon hypothèque, que je prouve que mon débiteur l'a possédé, parce que tout possesseur est présumé propriétaire, et par conséquent avoir pu valablement hypothéquer la chose par lui possédée, tant qu'il n'en paroît pas d'autre qui en réclame la propriété.

#### §. III. Pour quelles dettes peut-on hypothéquer ?

Il ne peut y avoir d'hypothèque, s'il n'y a une dette qui subsiste, pour laquelle l'hypothèque ait été contractée ; c'est ce qui résulte de la notion et de la définition que nous avons donnée de l'hypothèque.

Il suit de là, que les contrats que la loi déclare nuls ne peuvent être accompagnés d'aucune hypothèque, parce qu'il ne résulte de ces contrats aucun engagement valable, aucune dette, et qu'il en faut une qui puisse leur servir de fonde-

ment, puisqu'elles ne peuvent subsister sans une dette dont elles soient un accessoire.

Suivant ces principes, il est décidé, par la loi 2, ff. *quæ res pig.*, que si quelqu'un a hypothéqué quelque chose pour l'emprunt qu'un fils de famille a fait contre le sénatus-consulte macédonien, ou pour l'obligation qu'une femme a subie pour autrui contre le sénatus-consulte velleïen, telle hypothèque est nulle, parce que l'engagement de ce fils de famille, aussi bien que celui de cette femme, est nul.

Suivant ces mêmes principes, on doit décider parmi nous, que si une femme, sous puissance de mari, a contracté sans être autorisée, les hypothèques qui auroient été accordées, soit par elle, soit par des tiers, pour raison de ce contrat qui est nul, le sont aussi.

On dira peut-être qu'il y a dans cette espèce une obligation de la femme dans le for de la conscience, et qu'une telle obligation doit être un fondement suffisant pour les hypothèques, puisque, suivant la loi 5, ff. *de pig. et hyp.*, on peut constituer des hypothèques pour des obligations purement naturelles; *et vel pro civili obligatione vel tantum naturali.*

La réponse est, que les obligations naturelles pour lesquelles cette loi permet de constituer hypothèque, sont celles qui naissent des simples conventions *ex nudis pactis*, qui n'étoient point revêtues de la forme de la stipulation, qui, selon les principes du droit romain, quæ nous ne suivons point, étoit nécessaire pour donner le droit d'action et de demande en justice. Ces obligations étoient appelées purement naturelles, parce qu'elles étoient insuffisantes pour donner le droit d'action; mais la loi ne les désapprouvoit pas, elle ne les déclaroit pas nulles; elles pouvoient donc servir de fondement à des hypothèques, mais celles que la loi improuve et déclare nulles, ne peuvent y servir de fondement; ce qui est nul ne pouvant produire d'effet.

On peut constituer des hypothèques pour quelque dette que ce soit. Il n'importe quel soit l'objet de la dette: *Non tantum ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest: l. 9, §. 1, ff. de pig. act.*

On peut constituer des hypothèques, non-seulement pour sa propre dette, mais pour celle d'autrui, *sive pro sua obligatione, sive pro aliena: l. 5, §. 2.*

On peut constituer des hypothèques, même pour une

dette qui n'est contractée que sous une condition qui n'est point encore arrivée: *Rem hypothecæ dari posse sciendum est.... Sive pura est obligatio vel in diem, vel sub conditione. D. L. 5.*

Mais, de même que la dette est en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, l'hypothèque sera aussi en suspens. Si la condition vient à défailir, il n'y aura point eu d'hypothèque, ne pouvant y en avoir sans dette; que si la condition existe, la dette étant censée, en ce cas, valablement contractée dès le temps du contrat, par l'effet rétroactif qu'on donne aux conditions, l'hypothèque aura aussi effet du jour qu'elle a été constituée.

On peut même constituer des hypothèques pour une dette qui n'a point été contractée, mais qu'on contractera, *et futuræ obligationis nomine. D. L. 5*; mais, comme il ne peut y avoir d'hypothèque qu'il n'y ait une dette, cette hypothèque n'aura lieu que du jour que la dette aura été contractée.

C'est pourquoi si aujourd'hui, premier d'avril, je suis convenu que tel héritage vous seroit spécialement hypothéqué pour une somme de 10,000 liv. que vous me prêteriez, et que vous ne m'avez compté cette somme que le premier septembre suivant, l'hypothèque n'aura lieu que du premier septembre, parce que n'ayant commencé à être débiteur envers vous de cette somme, que du jour que je l'ai reçue, l'hypothèque n'a pu naître plus tôt, ne pouvant pas y avoir d'hypothèque avant qu'il y ait une dette.

De là il suit que pour que l'hypothèque soit valablement contractée, il faut que j'aie été propriétaire de la chose, non pas précisément au temps que je suis convenu de vous accorder cette hypothèque, mais au temps que la dette a été contractée par la numération qui m'a été faite de l'argent; car, comme ce n'est qu'en ce temps que le droit d'hypothèque a pu être acquis au créancier, il faut que dans ce même temps la chose m'ait appartenu, pour pouvoir lui faire acquérir ce droit: *l. 4, ff. quæ res pig.*

---

---

## CHAPITRE II.

Des effets de l'hypothèque, et des actions qui en naissent.

L'effet de l'hypothèque est d'affecter au total de la dette, la chose hypothéquée et chacune de ses parties, d'où il suit que si mon débiteur aliène une partie de l'héritage qu'il m'a hypothéquée, j'ai hypothèque pour le total de ma dette, sur la partie qu'il a aliénée, comme je l'ai pour le total sur la partie qu'il a conservée.

Par la même raison, si mon débiteur est mort, et a laissé quatre héritiers, entre lesquels l'héritage qu'il m'a hypothéqué a été partagé, j'ai hypothèque pour le total de ma dette, sur la part de chacun de ces quatre héritiers.

En cela, l'hypothèque est différente de l'obligation personnelle; car l'obligation de la personne se divise entre les héritiers du débiteur, au lieu que l'hypothèque que le créancier a sur les biens, ne se divise point par le partage qui se fait de ses biens, parce qu'ils sont hypothéqués au total de la dette, non-seulement dans leur totalité, mais dans chacune de leurs parties, divisées ou indivisées.

La fin de l'hypothèque étant d'assurer au créancier sa dette, et de lui en procurer le paiement, par la vente de la chose hypothéquée, lorsque le débiteur est en demeure de satisfaire, le créancier a différents moyens pour parvenir à cette fin.

Lorsque la chose hypothéquée est en la possession du débiteur, et que le créancier, outre son droit d'hypothèque, a contre son débiteur un titre exécutoire, il peut, après avoir mis en demeure le débiteur, saisir réellement l'héritage hypothéqué, et en poursuivre la vente judiciaire.

Nous traiterons amplement de cette saisie-réelle dans notre *Traité de la procédure civile*, où nous renvoyons.

On appelle titre exécutoire un acte par-devant notaire, portant obligation, ou un jugement de condamnation.

Lorsque le créancier n'a point de titre exécutoire contre son débiteur qui possède les biens hypothéqués, soit parce que l'hypothèque qu'il a contre ce débiteur est une hypothèque tacite, qui ne résulte d'aucun titre exécutoire, soit parce que ce débiteur n'est que l'héritier de celui qui s'est

obligé ou a été condamné envers le créancier, le créancier ne peut saisir les biens hypothéqués, qu'il n'ait assigné le débiteur, et obtenu contre lui un jugement de condamnation, ou qu'il ne se soit obligé au paiement de la dette, par acte devant notaire.

Le créancier a pour cet effet l'action personnelle hypothécaire contre les héritiers de son débiteur, qui sont en possession des biens hypothéqués.

Lorsque la chose hypothéquée n'est pas en la possession du débiteur, mais d'un tiers, le créancier ne la peut saisir sur ce tiers, qui n'est ni son obligé ni son condamné; il n'a que la voie d'action pour la lui faire délaisser, et, après le délai fait, le créancier la saisira sur un curateur qu'il fera établir au délai.

C'est de cette action et des autres qui naissent de l'hypothèque, dont nous nous proposons principalement de traiter en ce chapitre.

On a coutume de distinguer trois actions qui naissent de l'hypothèque: l'action hypothécaire simplement dite; l'action personnelle hypothécaire, et l'action d'interruption.

#### SECTION PREMIÈRE.

De l'action hypothécaire simplement dite.

L'action hypothécaire simplement dite, est celle qu'a le créancier contre le tiers détenteur de l'héritage ou autre immeuble hypothéqué, aux fins que ce détenteur soit condamné à le délaisser, si mieux il n'aime satisfaire aux causes de l'hypothèque.

#### ARTICLE PREMIER.

De la nature de l'action hypothécaire simplement dite. Par qui, et contre qui s'intente-t-elle?

L'action hypothécaire n'est point une action personnelle, mais une action réelle, puisqu'elle ne naît d'aucune obligation que le défendeur ait contractée envers le demandeur, ces parties n'ayant jamais eu aucune affaire ensemble; mais elle naît du droit d'hypothèque que le demandeur a dans la chose hypothéquée, et cette action contient la poursuite de ce droit contre le possesseur de la chose.

Cette action ne peut être intentée que par le créancier à qui ce droit appartient; et, comme toutes les autres actions réelles, elle ne peut être intentée que contre le possesseur de l'héritage ou d'autre immeuble sujet à ce droit, que le demandeur poursuit.

Le détenteur contre qui doit s'intenter cette action, est celui qui le possède comme propriétaire, *animo domini*, soit qu'il le soit effectivement, soit qu'il se déclare tel.

Si la demande a été donnée contre un fermier ou locataire que le demandeur auroit trouvé en possession de l'héritage, ce fermier ou locataire doit être renvoyé de la demande, en indiquant le nom de celui de qui il tient à ferme ou loyer; car ce n'est pas proprement le fermier ou locataire qui est le possesseur, c'est celui de qui il tient à ferme ou loyer, qui possède par lui : *Possidemus per colonos nostros aut inquilinos*.

Lorsque le propriétaire d'un héritage hypothéqué a créé un droit d'usufruit sur l'héritage, l'action hypothécaire doit être donnée contre le propriétaire; car c'est lui qui possède l'héritage: l'usufruitier possède ou est en quasi-possession de son droit d'usufruit dans l'héritage, plutôt qu'il ne possède l'héritage même; c'est pourquoi, si le créancier avoit donné l'action contre l'usufruitier qu'il trouve en possession, il faudroit, sur l'indication qu'il donneroit du nom du propriétaire, mettre ce dernier en cause; mais l'usufruitier ne seroit pas mis hors de cause, et le créancier pourroit conclure tant contre l'usufruitier, que contre le propriétaire, parce que l'usufruitier a un droit dans la chose, en quoi il est différent du simple fermier.

Loyseau, néanmoins, *liv. 3, ch. 3, n. 2*, décide, contre notre opinion, que l'action hypothécaire ne doit pas être donnée contre le propriétaire de l'héritage chargé d'usufruit, mais contre l'usufruitier: ce que je ne pense pas véritable.

Que si le propriétaire de l'héritage hypothéqué, depuis la création de l'hypothèque, l'a donné à titre de cens, d'emphytéose, ou de rente foncière, l'action doit être donnée contre le détenteur, qui le tient à quelqu'un desdits titres, de cens, d'emphytéose ou de rente foncière, et non contre le seigneur dudit cens ou rente; car c'est celui qui le tient à ces titres, qui est vraiment propriétaire et possesseur de l'héritage dont il a le domaine utile; le seigneur de cens, d'emphy-

téose ou de rente foncière, ne possède pas proprement l'héritage, mais le droit qu'il s'est retenu dessus.

Lorsque l'héritage hypothéqué appartient à une femme mariée, l'action doit être donnée contre le mari et la femme; elle ne peut être donnée contre la femme seule, parce qu'on ne peut donner d'action contre une femme seule, lorsqu'elle est en puissance de mari, ni contre le mari seul, parce que le mari est à la vérité possesseur des héritages propres de sa femme, car il ne l'est pas *nomine proprio*, mais en sa qualité de mari et du chef de sa femme; ainsi la propriété en appartient à sa femme. Or, toutes les actions, pour raison de la propriété des propres de la femme, qui tendent à la dépouiller de sa propriété, ne peuvent être données contre le mari seul.

L'action hypothécaire ne peut être intentée avant que le terme du paiement de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué soit échu, en quoi elle diffère de l'action d'interruption qui peut s'intenter même avant l'échéance de la condition.

#### ARTICLE II.

De l'exception de discussion et des autres qui peuvent être opposées contre l'action hypothécaire.

Le tiers détenteur de l'héritage hypothéqué, qui est assigné en action hypothécaire, peut ordinairement, avant contestation en cause, opposer au demandeur l'exception de discussion.

§. I. De la nature de cette exception, et en quel temps peut-elle être opposée?

Cette exception arrête la demande, jusqu'à ce que le demandeur en action hypothécaire ait discuté les biens de son débiteur et des cautions de ce débiteur, pour se procurer le paiement de sa créance.

Cette exception est dilatoire et non pas péremptoire, car elle ne fait que différer l'action hypothécaire; elle ne la détruit pas; et le demandeur, après la discussion par lui faite des biens de son débiteur et de ses cautions, pourra suivre son action hypothécaire, si cette discussion ne lui a point procuré le paiement de sa dette.

De là il suit que, suivant la règle commune à toutes les

exceptions dilatoires, cette exception doit être opposée avant la contestation en cause. Loyseau le décide ainsi, *l. 3, ch. 8, n. 26*, et il dit que, lorsque cette exception n'a été proposée qu'après contestation, le juge ne doit pas surseoir à faire droit sur la demande, jusqu'après la discussion; mais il veut que le juge, en ce cas, condamne à délaisser, en ajoutant : *après discussion faite des biens du débiteur.*

Il y a néanmoins quelques auteurs qui prétendent qu'elle peut être opposée depuis la contestation en cause, et même depuis la sentence rendue sur l'action hypothécaire; mais je ne vois pas quel peut être le fondement de cet avis.

§. II. Par qui, et à l'égard de quelles créances cette exception peut-elle être opposée?

Cette exception ne s'oppose que par les tiers détenteurs, qui ne sont point obligés personnellement à la dette, n'ayant point acquis à cette charge.

Au reste, ils ne sont pas censés y être personnellement obligés, pour en avoir eu connoissance, ou même pour avoir été chargés de l'hypothèque seulement, et non de la dette, comme l'observe fort bien Loyseau, en son *Traité du déguerpissement*; liv. 3, chap. 8, n. 14. C'est pourquoi ils ne laissent pas, en ces cas, de pouvoir opposer la discussion.

Cette exception ne peut s'opposer par ceux qui sont personnellement tenus de la dette, pour quelque petite partie que ce soit.

Dans certaines coutumes, les simples tiers détenteurs n'ont pas même le droit d'opposer cette exception contre certaines créances hypothécaires.

Dans la coutume de Paris, elle n'a lieu qu'à l'égard des créances hypothécaires de sommes exigibles; elle ne s'oppose point contre les créanciers de rentes, soit que le créancier ait une hypothèque spéciale sur l'héritage pour lequel l'action hypothécaire est donnée, soit qu'il n'ait qu'une hypothèque générale: c'est ce qui est dit en termes formels, par l'art. 101: *Les détenteurs et propriétaires d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes, sont tenus hypothécairement icelles payer..... sans qu'il soit besoin d'aucune discussion.*

Cet article ne distingue point si l'hypothèque est spéciale ou seulement générale. Il dit en termes généraux: *d'aucuns héritages obligés ou hypothéqués à aucunes rentes*; d'où il suit

qu'aux termes de cet article, on ne peut opposer la discussion aux créanciers de rentes, quand même ils n'auroient qu'une hypothèque générale.

Laurière, contre le texte formel de cet article, n'a pas laissé d'avancer que les créanciers de rentes étoient obligés à la discussion dans la coutume de Paris; la raison sur laquelle il se fonde est, que la coutume n'a dispensé de la discussion les créanciers de rentes, que parce qu'autrefois les rentes constituées étoient regardées comme des charges réelles des héritages, et de la même nature que les rentes foncières; qu'aujourd'hui qu'elles sont considérées différemment, les créanciers de ces rentes devoient être sujets à la discussion. Cet avis de Laurière n'est pas suivi, et est contredit par tous les commentateurs, Duplessis, Lemaitre, etc., et avec raison; car, quoique les rentes constituées soient considérées différemment de ce qu'elles étoient autrefois, la disposition de la coutume, qui dispense de la discussion les créanciers de rentes, n'en subsiste pas moins.

Dans notre coutume, les tiers détenteurs peuvent opposer la discussion aux créanciers de rentes, lorsqu'ils n'ont qu'une hypothèque générale: pour qu'ils ne puissent l'opposer, il faut que deux choses concourent: 1° que la créance hypothécaire soit une rente; 2° que l'hypothèque soit une hypothèque spéciale. C'est ce qui résulte de l'art. 436 de la coutume d'Orléans.

Dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, les tiers détenteurs peuvent opposer la discussion contre toutes les actions hypothécaires, quelle que soit la créance hypothécaire, créance exigible ou rente, et quelle que soit l'hypothèque générale et spéciale; car l'exception de discussion est de droit commun, et par conséquent elle doit avoir lieu tant qu'il n'y a quelque loi ou coutume qui contienne quelque cas d'exception. C'est le sentiment de Loyseau, *liv. 3, chap. 8, n. 5, 6, 7*, qui prétend même qu'il y auroit lieu à la discussion dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, quand même l'héritage n'auroit pas été spécialement hypothéqué à la rente, mais qu'il y auroit clause d'assignat par laquelle la rente auroit été créée spécialement à prendre sur les revenus de l'héritage, cette clause d'assignat n'empêchant pas que l'obligation de l'héritage ne soit qu'accessoire à la personnelle.

Si le créancier avoit été nanti de l'héritage, quand même

la possession en laquelle on l'auroit mis de cet héritage, ne seroit qu'une possession feinte et civile, l'acquéreur qui auroit acquis cet héritage du débiteur, et s'en trouveroit en possession réelle, ne pourroit opposer la discussion, le créancier n'ayant pas dû être dépossédé. C'est le sentiment de Loyseau, au même endroit.

On doit suivre, sur les cas auxquels la discussion doit avoir lieu ou non, la coutume du lieu où est situé l'héritage hypothéqué; car l'exemption ou la nécessité de la discussion dans certains cas, sont des effets de la plus grande ou de la moindre vertu de l'hypothèque. Or, il est évident que c'est à la coutume qui régit l'héritage, à régler la nature et l'étendue des différents droits qu'on peut avoir dans l'héritage; quand même il seroit expressément porté par le contrat, que le créancier auroit une hypothèque sur tous les biens ou certains biens du débiteur, contre laquelle l'exception de discussion ne pourroit être opposée, les tiers détenteurs de ces biens ne laisseroient pas de pouvoir l'opposer: car cette clause, dans un contrat où ce tiers détenteur n'étoit point partie, ne peut lui préjudicier, ni lui ôter un droit qui lui est accordé par la loi: *Privatorum pactis juri publico derogari non potest.*

§. III. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter, et aux frais de qui?

Le créancier à qui on oppose la discussion, doit faire vendre les meubles de son débiteur principal et des cautions, ou rapporter un procès-verbal de *carence* des meubles.

Il est obligé aussi de discuter leurs immeubles, mais seulement ceux qui lui sont indiqués par celui qui lui oppose la discussion; car il n'est point obligé de les connoître.

Il en est de même des dettes actives de son débiteur, et même des meubles corporels qui seroient ailleurs qu'en la maison de son débiteur; le créancier, n'étant point obligé de les connoître, n'est obligé de les discuter qu'autant qu'ils lui sont indiqués.

Le créancier n'est point obligé de discuter les biens de ses débiteurs et cautions qui sont hors le royaume.

Il n'est point obligé de discuter ceux qui sont litigieux, et dont la propriété est contestée à son débiteur; car il ne doit pas être obligé d'attendre la fin d'un procès, ni à soutenir le procès.

Enfin, le tiers détenteur contre qui le créancier a donné son action, ne peut obliger le créancier à discuter les biens d'autres que de ses débiteurs et cautions, et il ne peut le renvoyer contre les autres tiers détenteurs d'héritages, pareillement obligés à sa créance, soit qu'ils aient été aliénés les premiers ou les derniers.

Loyseau, *liv. 3, chap. 8, n. 29*, dit néanmoins que, lorsque le créancier a une hypothèque spéciale sur un héritage possédé par un tiers détenteur, et qu'il a donné sa demande contre le détenteur d'un héritage sur lequel il n'a qu'une hypothèque générale, ce détenteur peut le renvoyer à la discussion de l'héritage spécialement hypothéqué. Ce qui est fondé sur la loi 9, *cod. de dist. pig.*, et d'autres, qui décident que le créancier doit commencer par vendre les hypothèques spéciales, avant que de venir aux générales; mais cette décision de Loyseau ne reçoit plus d'application, au moyen de la clause que l'on ne manque jamais d'insérer, que la spéciale hypothèque ne nuira point à la générale, laquelle clause donne le pouvoir au créancier de discuter les hypothèques générales, si bon lui semble, avant les spéciales; et cette clause est devenue tellement de style, et passée en usage, que plusieurs auteurs disent que quand elle auroit été omise, elle devrait être sous-entendue.

Il nous reste à observer que la discussion doit se faire aux frais de celui qui l'oppose, et que le créancier à qui on indique des héritages du débiteur à discuter, est fondé à demander que celui qui oppose la discussion, lui fournisse une somme de deniers pour frayer à la saisie réelle qu'il en fera, faute de quoi il doit être dispensé de la discussion des immeubles.

§. IV. De l'exception qui peut être opposée contre l'action hypothécaire, pour raison des impenses faites à l'héritage.

Le tiers détenteur peut opposer par exception contre l'action hypothécaire, qu'il a fait des impenses nécessaires à l'héritage hypothéqué, et qu'il ne peut être contraint à le délaisser, qu'il ne soit remboursé desdites impenses, ou du moins que le créancier ne lui donne caution de faire monter l'héritage à si haut prix, qu'il en soit remboursé sur le prix.

Cette exception est fondée sur cette règle de l'équité naturelle, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui: *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari*. Le dé-

tenteur ayant conservé le gage par les impenses nécessaires qu'il a faites, le créancier n'en doit pas profiter aux dépens de ce détenteur, et doit par conséquent les lui rembourser.

Nous ne comprenons point, dans ces impenses nécessaires, les impenses de simple entretien : le tiers détenteur ayant joui et perçu les fruits de l'héritage, n'a pas de répétition de ces impenses, qui sont une charge des fruits qu'il a perçus ; il ne seroit pas même recevable à les demander, en offrant de compter des fruits, s'il prétendoit qu'elles excédassent les fruits : car, comme ces impenses sont faites pour les fruits dont il auroit eu le bénéfice, s'ils eussent excédé les impenses, la charge de ces impenses doit le regarder, n'ayant été faites que *propter ipsius negotium, et non propter negotium creditoris hypothecarii*, à qui il ne devoit point compte des fruits. C'est de ces impenses qu'il est parlé en la loi 40, §. 1, ff. *de damno inf.*, suivant le sentiment de Cujas et de Loyseau.

Suivant les principes du droit romain, le détenteur n'étoit point obligé à délaisser l'héritage, qu'on ne lui en eût au préalable remboursé, non-seulement les impenses nécessaires, mais même les utiles ; avec cette seule différence entre les nécessaires et les utiles, que ces dernières ne lui devoient être remboursées que jusqu'à concurrence de ce que l'héritage s'en trouvoit plus précieux. C'est la décision de la loi 29, §. 2, ff. *de pig. et hypoth.*

Suivant notre droit, le détenteur doit aussi être remboursé des impenses nécessaires, et même des impenses utiles, eu égard à ce que lesdites impenses utiles ont rendu l'héritage plus précieux, c'est-à-dire, eu égard à ce qu'il sera vendu de plus ; autrement le créancier profiteroit aux dépens de ce détenteur, ce que l'équité naturelle ne permet pas ; mais Loyseau prétend que la loi 29, qui accorde à ce débiteur le droit de retenir l'héritage jusqu'à ce remboursement, ne doit point être suivie dans notre droit, et qu'on doit seulement lui accorder le droit d'être payé à l'ordre des impenses nécessaires, par privilège, sur tout le prix ; et des utiles, par privilège, sur la plus value du prix, par rapport auxdites impenses. La raison de différence entre le droit romain et le nôtre, est que, par le droit romain, un créancier n'avoit pas droit de vendre le gage avant qu'il eût satisfait les créanciers antérieurs ou plus privilégiés que lui ; mais, suivant notre droit, le dernier créancier pouvant vendre le gage, ce

détenteur, quoique privilégié pour ses impenses, ne peut se dispenser de délaisser au créancier l'héritage pour être vendu, sauf à ce détenteur à exercer à l'ordre son privilège sur le prix, pour les impenses qui lui sont dues.

Néanmoins, comme il ne seroit pas juste que ce détenteur perdît ses impenses, si les frais du décret absorboient le prix de l'héritage, je pense que si le demandeur n'est pas condamné à lui rendre préalablement le prix de ses impenses, au moins il doit être condamné à lui donner caution que l'héritage montera à si haut prix qu'il en sera payé, sans encourir les risques d'aucuns frais de saisie et de criées.

Comme la saisie réelle peut durer fort long-temps, il est juste aussi que le détenteur soit payé à l'ordre, non-seulement du prix principal de ses impenses, mais des intérêts.

Le détenteur doit, à cet effet, demander, dès avant le délai, l'estimation desdites impenses, par experts nommés tant par le demandeur que par lui.

Si les impenses utiles étoient de nature à pouvoir s'enlever, et que le détenteur, pour éviter la discussion de leur liquidation, voulût les enlever, on ne pourroit le lui refuser.

A l'égard des impenses voluptuaires, le détenteur n'en peut demander le remboursement; mais on ne peut lui refuser la faculté de les enlever, si cela se peut sans détérioration.

#### §. V. De l'exception qui résulte de la garantie.

Lorsqu'un créancier, qui a un droit d'hypothèque sur un héritage possédé par un tiers détenteur, se trouve, de quelque manière que ce soit, personnellement obligé envers ce tiers détenteur, à la garantie de cet héritage, cette obligation de garantie résiste à l'action hypothécaire qu'il a contre ce détenteur, et fournit à ce détenteur une exception qui détruit cette action.

*Par exemple*: si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à une créance que Jacques a contre Jean, à qui cet héritage a autrefois appartenu, et que Jacques devienne par la suite héritier de Pierre qui me l'a vendu; quoique Jacques, de son chef, ait une hypothèque sur cet héritage que je possède, et en conséquence ait droit de donner l'action hypothécaire contre moi, néanmoins il ne pourra utilement la donner, parce qu'en sa qualité d'héritier de Pierre mon vendeur, il

se trouve obligé envers moi, ainsi que l'étoit Pierre, à me défendre de tous troubles par rapport à cet héritage, et par conséquent à faire cesser la propre demande qu'il avoit droit, de son chef, d'intenter contre moi; de même que cette obligation de garantie dont Jacques, comme héritier de Pierre mon vendeur, est tenu envers moi, m'auroit donné une action de garantie contre lui, pour faire taire et cesser les actions hypothécaires qui auroient pu être données contre moi, par d'autres créanciers; de même elle me donne une exception péremptoire contre sa propre demande : car, *qui habet actionem, multo magis debet habere exceptionem.*

Lorsque le créancier qui a donné contre moi l'action hypothécaire, n'est héritier que pour partie, de mon vendeur, par exemple, pour un quart, il ne doit être exclus de son action hypothécaire, que pour la partie dont il est héritier; c'est pourquoi je dois être condamné, en ce cas, à lui délaisser l'héritage pour les trois quarts, si mieux je n'aime payer les causes de l'hypothèque pour ces trois quarts; car, n'étant obligé à la garantie envers moi, que pour le quart dont il est héritier de mon vendeur, il ne peut être obligé de m'acquitter que pour cette partie, soit du délai de l'héritage, soit du paiement des causes de l'hypothèque, si je voulois le conserver.

Si ce créancier, en même temps qu'il est héritier pour un quart, de mon vendeur, est aussi *biens-tenant*, c'est-à-dire, possesseur d'immeubles de la succession de mon vendeur, hypothéqués à ma garantie, il doit être déclaré personnellement pour la part dont il est héritier de mon garant, et hypothécairement comme *biens-tenant* de mon garant, non recevable en sa demande, sauf à lui à se faire faire raison par ses cohéritiers, pour chacun leur part, de ce qu'il souffre d'être exclus de la demande qu'il avoit de son chef contre moi.

Suivant ces principes, quoiqu'une femme ait, pour ses reprises et conventions matrimoniales, hypothèque sur les biens de son mari, du jour de son contrat de mariage, et qu'elle ait en conséquence l'action hypothécaire contre les tiers détenteurs qui auroient acheté quelques biens de son mari, pendant le mariage : néanmoins, si elle accepte la communauté, comme en sa qualité de commune elle est tenue, pour sa part en la communauté, de l'obligation de garantie que son mari a contractée durant le mariage en-

vers ces acquéreurs, et qui est par conséquent une dette de la communauté, elle doit être, pour cette part, non recevable en son action hypothécaire.

L'exception qui résulte de la garantie a lieu, non-seulement lorsque le demandeur en action hypothécaire se trouve personnellement obligé à la garantie de l'héritage, mais encore lorsqu'il se trouve seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, comme si Pierre m'a vendu un héritage hypothéqué à Jacques, pour une dette de Paul, à qui cet héritage avoit auparavant appartenu; qu'ensuite ledit Pierre vende audit Jacques d'autres héritages hypothéqués par conséquent à la garantie que Pierre est tenu de me prêter pour celui qu'il m'a précédemment vendu, si ce Jacques donne contre moi l'action hypothécaire, je lui opposerai pour exception contre sa demande, qu'il est possesseur d'héritages sujets à la garantie de celui dont il veut m'évincer.

Mais il y a cette différence entre l'exception que l'on a contre celui qui est personnellement tenu à la garantie, et celle que l'on a contre celui qui est seulement possesseur d'héritages hypothéqués à cette garantie, que la première l'exclut absolument de son action; ou pour le total, s'il est obligé pour le total à la garantie, ou pour partie, s'il n'est tenu de la garantie que pour partie; au lieu que l'autre ne l'exclut pas absolument de son action, mais lui laisse la faculté de la suivre après qu'il aura abandonné les héritages sujets à la garantie qui est due au tiers détenteur, pour raison de l'héritage qu'il veut lui évincer par son action hypothécaire, pour, par ce tiers évincé, vendre lesdits héritages sujets à la garantie, pour les dommages et intérêts qui lui sont dûs, résultants de l'éviction qu'il a soufferte.

§. VI. De l'exception *codendarum actionum*.

Le tiers détenteur, en payant le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre lui, a droit de se faire subroger à tous les droits, actions et hypothèques de ce créancier.

Il peut les exercer, non-seulement contre le débiteur et autres personnellement obligés, mais aussi contre les autres détenteurs d'héritages pareillement hypothéqués à la dette qu'il a payée.

Il ne peut pas néanmoins les exercer solidairement contre ces tiers détenteurs, car il se feroit un circuit d'actions; le

détenteur qui payeroit le total de la dette à ce premier assignataire des actions du créancier, devroit à son tour être subrogé aux actions et hypothèques du créancier; et, en vertu de la subrogation, il exerceroit les mêmes actions contre le détenteur à qui il a payé la dette que ce détenteur a exercée contre lui, et lui feroit rendre ce qu'il a reçu de lui.

Pour éviter cet inconvénient, le tiers détenteur qui a payé le créancier, et s'est fait céder ses actions, ne doit pas agir solidairement contre les autres détenteurs, mais les faire contribuer avec lui à la dette qu'il a payée, au *pro rata* de ce que chacun possède d'héritages hypothéqués à cette dette.

Il ne peut y avoir lieu à cette contribution, lorsque le détenteur qui a payé le créancier et les détenteurs des autres héritages, les ont acquis du même vendeur; car, en ce cas, ou le détenteur qui a payé le créancier a acquis avant les autres, ou depuis: s'il a acquis depuis, son héritage étant hypothéqué à la garantie des héritages acquis par les précédents acquéreurs, il ne peut exercer aucun recours contre eux, parce que, comme possesseur d'un héritage hypothéqué à la garantie des leurs, il est tenu hypothécairement de faire cesser sa propre demande qu'il donneroit contre eux. S'il a acquis au contraire avant eux, les héritages des autres détenteurs se trouvant hypothéqués à la garantie du sien, il a de son chef, contre eux, une action hypothécaire pour être acquittée en total de celle qui a été donnée contre lui par le créancier du vendeur, et il n'a pas, par conséquent, besoin de la subrogation aux actions de ce créancier, pour les faire contribuer à la dette de ce créancier, qu'il a acquittée.

Le cas de la contribution entre le détenteur qui a payé le créancier, et les détenteurs des autres héritages hypothéqués à la même dette, est lorsque ces détenteurs ont acquis de différents vendeurs. *Finge*: un débiteur qui possédoit quatre héritages hypothéqués à Pierre, a laissé quatre héritiers, Mathieu, Maro, Luc et Jean, qui ont chacun un de ces héritages dans leur lot de partage, chacun de ses héritiers a vendu l'héritage qui lui étoit échu, à quatre différents particuliers. Dans cette espèce, si celui qui a acquis de Mathieu, est assigné par le créancier en action hypothécaire, après avoir payé, il agira en recours contre ceux

qui ont acquis de Marc, Luc et Jean. C'est le cas de la contribution.

*Quid?* si le créancier qui a donné l'action hypothécaire contre le détenteur qui a acquis de Mathieu, avoit acquis lui-même un héritage hypothéqué à sa créance, de l'un des autres héritiers, le détenteur assigné pourroit-il opposer, par exception, que ce créancier, comme détenteur lui-même de l'un des héritages hypothéqués à sa dette, y doit contribuer et en doit faire sur lui confusion d'une partie, au *prorata* de ce qu'il possède? La raison de douter, est, que ce créancier pourroit alléguer, pour s'en défendre, que cet héritage n'est plus hypothéqué à sa dette, ayant cessé de l'être lorsqu'il en est devenu propriétaire, *cum res sua nemini pignori esse possit*. Nonobstant cette raison, Dumoulin et Loyseau décident que le créancier doit faire confusion d'une partie de sa dette, au *prorata* de cet héritage qu'il possède, parce qu'en l'acquérant, il s'est mis, par son fait, hors d'état de céder au défendeur son hypothèque qu'il étoit tenu de lui céder sur cet héritage; c'est pourquoi, comme il ne peut, par son fait, préjudicier au défendeur, il doit confondre sur lui la même portion de sa dette pour laquelle le défendeur auroit pu avoir recours, si cette hypothèque eût subsisté; l'exception que le défendeur a pour cet effet contre le créancier, s'appelle exception *cedendarum actionum*, parce qu'elle a pour fondement la cession du droit qu'il avoit d'exiger de l'hypothèque sur cet héritage acquis par le créancier, que le créancier a éteint en acquérant, et qu'il ne peut plus céder.

Cette exception *cedendarum actionum* qui milite contre le créancier demandeur en action hypothécaire, n'a lieu que lorsque le créancier a acquis l'héritage hypothéqué à sa dette, depuis que le défendeur a acquis le sien. Si le créancier l'avoit acquis auparavant, l'hypothèque sur l'héritage acquis par le créancier, ayant été éteinte avant que le défendeur eût acquis le sien, le défendeur n'auroit jamais eu de recours à espérer sur l'héritage acquis par le créancier, et par conséquent il ne pourroit lui imputer qu'il en avoit éteint l'hypothèque en l'acquérant.

## ARTICLE III.

## De l'effet de l'action hypothécaire.

L'effet de cette action est de faire condamner le tiers détenteur à délaisser l'héritage hypothéqué.

Le tiers détenteur peut néanmoins éviter ce délai, soit avant la sentence, soit même après qu'il y a été condamné; en offrant au créancier le paiement de sa créance, si c'est une créance d'une somme exigible; mais il faut que le paiement qu'offre le détenteur, pour éviter le délai, soit le paiement de toute la dette à laquelle l'héritage est hypothéqué, et de tous les accessoires de cette dette; c'est-à-dire, de tous les intérêts et frais. Pour peu qu'il restât quelque chose de dû, il seroit tenu au délai de tout ce qu'il possède; les biens hypothéqués étant hypothéqués en total, non-seulement à toute la dette, mais à tout ce qui peut en rester dû, quelque peu qu'il en reste.

Lorsque c'est une rente à laquelle l'héritage est hypothéqué, le tiers détenteur, pour éviter le délai, doit non-seulement offrir de payer tous les arrérages qui en sont dûs, et les frais qui peuvent être dûs au créancier, pour raison de ladite rente, mais il doit encore offrir au créancier de passer un titre nouvel par-devant notaire, par lequel il s'oblige à continuer la rente, tant qu'il sera détenteur de l'héritage hypothéqué.

Le tiers détenteur d'un héritage hypothéqué à une rente, ne devant, pour éviter le délai, s'obliger à la rente que tant qu'il est détenteur, si, par l'erreur du notaire (comme il arrive assez souvent), il étoit dit purement et simplement qu'il s'oblige à la rente, il seroit néanmoins présumé s'y être obligé seulement pour le temps qu'il seroit détenteur.

Il y a plus: quand même le titre nouvel porteroit formellement qu'il s'est obligé à la continuation de la rente pour toujours, et tant qu'elle auroit cours, on présumerait encore favorablement que ces termes se seroient glissés par erreur et par style de notaire, parce qu'on croit difficilement qu'un homme ait voulu s'obliger à plus qu'il ne doit, à moins qu'il ne parût quelque cause pour laquelle il auroit augmenté son obligation, et se seroit ainsi obligé à payer la rente indéfiniment, et tant qu'elle auroit cours. *Putà*, s'il avoit reçu quelque chose pour cela, qu'on lui eût

remis des arrérages. C'est le sentiment de Loyseau, *liv. 4, chap. 4, n. 15 et 16.*

Le détenteur ayant la faculté d'éviter le délai, en offrant de payer, ou de passer titre nouvel; dans les sentences qui interviennent sur des actions hypothécaires, et qui condamnent le détenteur à délaisser les héritages hypothéqués, il y a toujours la clause : *Si mieux n'aime payer, ou, si mieux n'aime passer titre nouvel, etc.*

Quand même cette clause ne seroit pas dans la sentence, elle y doit être toujours sous-entendue, car elle est de la nature de l'action hypothécaire, le créancier n'ayant aucun autre intérêt au délai des héritages hypothéqués, que de se procurer le paiement de sa dette, en les faisant vendre; il est mis hors d'intérêt, et ne peut plus prétendre ce délai, lorsqu'on offre de le payer.

Observez que le paiement de la dette hypothécaire n'est de la part du détenteur de l'héritage hypothéqué, que *in facultate solutionis*, pour éviter le délai; il n'est pas *in obligatione*; car le tiers détenteur n'est point débiteur de cette dette, il ne l'a point contractée, ni succédé ou participé aux obligations personnelles de ceux qui l'ont contractée. On ne laisse pas néanmoins de conclure assez souvent contre le tiers détenteur, qu'il soit tenu de payer la dette hypothécaire, si mieux il n'aime délaisser, et de rendre des sentences conformes à ces conclusions; mais ces conclusions et ces prononciations ne sont pas exactes dans l'élocution: c'est mettre la charrue devant les bœufs. Loyseau, *liv. 3, chap. 4.* Au reste, elles n'en sont pas moins valables; et, nonobstant le renversement d'ordre dans l'élocution, c'est le délai qui est considéré comme l'objet, et des conclusions, et de la prononciation; le paiement de la dette n'est qu'une faculté accordée au détenteur, pour éviter le délai.

Le tiers détenteur ne peut être condamné à autre chose qu'au délai de l'héritage, en l'état qu'il se trouve: il n'est point tenu des dégradations qu'il y a faites avant la demande; car il a pu négliger un héritage qui lui appartenoit, et le dégrader.

Cette décision a lieu, quand même ce tiers détenteur auroit eu connoissance de l'hypothèque, et même dans le cas auquel il auroit été déjà assigné en interruption, et que l'héritage auroit été déclaré hypothéqué; car, tant qu'on ne donne pas contre lui de demande hypothécaire, aux fins de

délaisser l'héritage, il demeure maître de faire de son héritage ce que bon lui semble; et il peut penser que le créancier trouve son débiteur personnel suffisant.

Elle a aussi lieu, quand même il auroit retiré du profit de ces dégradations. Par exemple, si le tiers détenteur a abattu des bois de haute futaie, et les a vendus, il n'est point obligé à rapporter le prix qu'il en a touché.

Il y a plus : quand même ces bois abattus seroient encore sur la place, le créancier ne pourroit les prétendre; car, étant devenus meubles, ils n'ont plus de suite par hypothèque.

A plus forte raison, le tiers détenteur n'est point tenu au rapport des fruits qu'il a perçus avant la demande.

Mais il est tenu du rapport des fruits, et des dégradations qu'il a faites depuis la demande; car il devoit délaisser aussitôt que la demande a été donnée contre lui; et le créancier ne doit pas souffrir de la demeure en laquelle le détenteur a été de délaisser.

Lorsque l'héritage est hypothéqué, soit généralement, soit même spécialement, à une rente constituée, le tiers détenteur n'est point obligé à payer les arrérages courus pendant le temps de sa détention, pour qu'il puisse délaisser, soit qu'il délaisse avant ou depuis la contestation en cause. Les *articles* 102 et 103 de la coutume de Paris, et les *articles* 409 et 410 de la nôtre, qui obligent le détenteur d'un héritage sujet à rente foncière, qui ne déguerpit qu'après contestation en cause, à payer des arrérages de son temps, ne doivent point s'étendre à l'action hypothécaire qui a lieu pour rentes constituées. C'est le sentiment de Loyseau, *liv. 5, chap. 15, n. 8*. La raison est, que les peines ne s'étendent point d'un cas à un autre; c'est pourquoi la peine de la contestation en cause, prononcée par ces coutumes dans le cas de l'action en reconnaissance et paiement de rente foncière, ne doit pas s'étendre à l'action hypothécaire.

Cette décision, que le tiers détenteur qui délaisse n'est pas obligé de payer les arrérages de la rente constituée, courus pendant son temps, a lieu quand même il auroit eu connoissance de la rente, et quand même il auroit été expressément chargé, non de la rente, mais de l'hypothèque, suivant que l'enseigne Loyseau. Et, en cela, la rente constituée est différente de la rente foncière. La raison de différence vient de la différente nature du droit de rente foncière et du droit d'hypothèque. La rente foncière étant due par

l'héritage plutôt que par la personne, ce droit consiste à exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente; par conséquent, celui qui achète l'héritage, avec la connaissance de cette charge, est censé s'y soumettre, et ainsi s'obliger à la prestation de la rente. Au contraire, le droit d'hypothèque, même spéciale, qu'a sur un héritage le créancier d'une rente constituée, ne consiste pas dans le droit d'exiger du possesseur de l'héritage la prestation de la rente qui est due par la personne qui l'a constituée. Ce droit d'hypothèque consiste seulement, suivant qu'il résulte de la définition de l'hypothèque, dans le droit qu'a le créancier de se faire délaissier l'héritage, et de le faire vendre lorsqu'il ne sera pas payé par son débiteur. De là il suit que celui qui achète l'héritage, quoiqu'avec connaissance de la rente, et quoiqu'on le charge de l'hypothèque, pourvu qu'on ne le charge pas de la rente, n'est pas pour cela censé s'obliger à la prestation de la rente, mais seulement se charger d'abandonner l'héritage, au cas que le créancier demande qu'on le lui délaissie, et par conséquent il n'est point tenu des arrérages courus pendant le temps de sa détention.

Si le tiers détenteur a été chargé par le débiteur de qui il a acquis, de continuer la rente, il n'est pas douteux qu'il est personnellement tenu des arrérages courus pendant sa détention; et, s'il y avoit avant sa détention d'anciens arrérages dont il n'eût pas été chargé, il pourroit délaissier pour éviter de payer lesdits arrérages, mais il demeure obligé à ceux courus pendant le temps de sa détention.

S'il n'a pas été chargé de la rente, mais que, pour éviter le délai, il ait passé titre nouvel, et que par la suite, *mélius consultus*, il veuille délaissier, il demeure obligé aux arrérages courus pendant sa détention, il est même obligé à ceux courus auparavant, s'il s'est obligé à les payer par le titre nouvel, comme il est d'usage; le créancier ne pouvant être obligé d'accepter son titre nouvel, qu'il ne s'y soit obligé. Loyseau, *liv. 5, chap. 15, n. 19*. Mais, quoiqu'en délaissant, il demeure obligé au paiement des arrérages courus pendant sa détention et auparavant, il n'est pas absolument nécessaire, pour que son délaissement soit valable, et qu'il soit déchargé de la rente pour l'avenir, qu'il les ait préalablement payés avant que de délaissier, et, en cela, le délai pour hypothèque est moins rigoureux que le déguerpiement pour rente foncière, comme l'observe Loyseau.

Si le détenteur ne s'est chargé de la rente, ni par son contrat d'acquisition, ni par un titre nouvel, ni en entrant en paiement depuis la condamnation, je penserois qu'il ne seroit tenu d'aucuns arrérages, pas même de ceux courus depuis la condamnation, mais qu'il est seulement tenu de rendre compte des fruits depuis la demande. Loyseau paroît d'avis différent.

Le tiers détenteur n'est pas non plus obligé pour délaisser, d'acquitter les hypothèques, servitudes et autres charges réelles qu'il a lui-même imposées.

Il n'est pas non plus obligé absolument de sommer en cause son garant avant que délaisser; mais il est beaucoup de son intérêt de le faire, car, si le garant n'a pas été sommé, il peut dire, lorsqu'il sera par la suite assigné en garantie, que s'il l'eût été d'abord, il eût payé ce qu'il doit, et fait cesser la demande. Par conséquent, en payant le créancier, il sera renvoyé de la demande du détenteur évincé; sauf à ce détenteur, si l'héritage n'a pas encore été adjugé, à rentrer dans l'héritage, mais en payant tous les frais faits sur le délai et la saisie, sans aucun recours contre le garant, faute de l'avoir sommé. Et si l'héritage est déjà adjugé, par la même raison le garant devra être renvoyé de l'assignation, en offrant de tenir compte au détenteur de la partie, du prix de l'adjudication pour laquelle le créancier du garant a été mis en ordre après tous les frais; au lieu que si le détenteur avoit mis en cause d'abord son garant, il l'auroit fait condamner en tous ses dommages et intérêts, résultants de l'éviction, faute par lui de lui avoir manqué de garantie, et de n'avoir pas fait cesser la demande en payant.

Le délai que fait le détenteur, n'est que le délai de la possession de l'héritage, auquel héritage on crée un curateur, sur lequel le créancier doit le faire saisir et vendre par décret; le détenteur qui en fait le délai, en demeure propriétaire jusqu'à l'adjudication; il est toujours recevable à y rentrer, en offrant de payer la dette, ou de s'obliger à la rente, si c'est une rente, et en offrant de payer tous les frais qui se sont faits depuis le délai.

Par la même raison, les hypothèques, servitudes et autres droits réels qui ont été imposés par le détenteur qui a délaissé l'héritage, ne laissent pas de subsister nonobstant le délai, ils ne sont purgés que par l'adjudication; et

ceux à qui ils appartiennent, et qui se sont opposés, peuvent être mis en ordre sur le prix, s'il en reste quelque chose, après que le créancier, qui a fait délaisser l'héritage, aura été entièrement acquitté.

Si l'héritage n'est pas d'une assez grande valeur pour mériter les frais d'un décret solennel, le créancier, en vertu d'une permission que le juge accorde, eu égard à la modicité de la valeur de l'héritage, peut en poursuivre la vente sur une simple affiche et trois publications. Régulièrement le créancier ne doit pas prendre en paiement de sa dette, l'héritage qui est délaissé, mais il doit le faire vendre; néanmoins, on le lui permet quelquefois.

Parmi nous, on ne s'adresse pas au prince, et le juge permet quelquefois au créancier de prendre en paiement de ses créances, et pour l'estimation qui en sera faite, l'héritage qui sera délaissé, lorsqu'il est évident que ses créances absorbent et au delà le prix que pourroit être vendu l'héritage, et sur-tout lorsque ses créances sont privilégiées ou favorables, ou lorsque l'héritage est de si peu de valeur, que les frais absorberoient la plus grande partie du prix.

## SECTION II.

Des autres actions qui naissent de l'hypothèque.

### §. I. De l'action personnelle hypothécaire.

L'action personnelle hypothécaire est celle qui a lieu contre l'héritier du débiteur, qui est en même temps biens-tenant, c'est-à-dire, qui possède des biens de la succession, susceptibles d'hypothèque, et par conséquent hypothéqués à la dette.

Il n'importe qu'il soit héritier pur et simple, ou sous bénéfice d'inventaire. Cette action est personnelle, parce que l'héritier du débiteur, en sa qualité d'héritier, est personnellement débiteur de la dette, puisqu'il succède, en cette qualité, à toutes les obligations personnelles du défunt; elle est en même temps hypothécaire, parce que, comme biens-tenant, il est sujet à l'action hypothécaire.

Cette action personnelle hypothécaire s'intente, pour le total de la dette, contre l'héritier qui est biens-tenant, quoiqu'il ne soit héritier du débiteur que pour partie.

La formule des conclusions et de la condamnation, dans cette espèce d'action hypothécaire, est différente de celle qu'on emploie dans la simple action hypothécaire.

Dans celle-ci, on conclut à ce que le défendeur soit tenu de délaisser l'héritage, si mieux il n'aime payer; mais, dans l'action personnelle hypothécaire, on conclut directement à ce que le défendeur soit condamné de payer.

Loyseau, *liv. 4, chap. 4, n. 17 et 18*, prétend que ce n'est qu'une seule et même action, et que l'héritier qui a été une fois tenu de cette action personnelle hypothécaire, en est toujours tenu, quand même il cesseroit de posséder les biens hypothéqués à la dette; parce que cette action ayant tous les avantages de la personnelle et de l'hypothécaire, comme hypothécaire, a lieu pour le total de la dette; et, comme personnelle, a lieu tant que l'obligation personnelle subsiste.

Suivant le même principe, il soutient que l'héritier, qui est tenu de cette action personnelle hypothécaire, pour une rente due par le défunt, doit, par le titre nouvel de la rente, s'obliger à la continuer toujours, et non pas seulement tant qu'il sera détenteur.

Comme aussi qu'il ne peut éviter de payer le total de la dette hypothécaire, en offrant de délaisser tous les biens hypothéqués qu'il possède, sauf que s'il n'est héritier que sous bénéfice d'inventaire, il peut se décharger, tant de l'obligation personnelle que de l'hypothécaire, en abandonnant non-seulement tous les biens hypothéqués, mais en comptant de tous ceux de la succession.

J'aurois de la peine à acquiescer à ces décisions. L'action personnelle hypothécaire renferme deux actions véritablement distinctes l'une de l'autre; quoique ces actions s'intendent conjointement et sous le nom d'une unique action qu'on appelle *personnelle hypothécaire*, elles conservent néanmoins leur nature distincte et séparée, et, quoique réunies par un même exploit, elles ont leurs conclusions différentes ainsi que leur condamnation. Car je vois que dans l'usage on conclut contre l'héritier, à ce qu'il soit tenu personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total; et pareillement les sentences portent : *condamnons le défendeur personnellement pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, etc.*

Ces condamnations différentes ne doivent donc pas avoir le même effet, l'héritier et biens-tenant étant condamné hypothécairement pour le total, et personnellement pour sa part, il n'y a que cette condamnation personnelle qui doive être absolue; la condamnation pour le surplus n'étant qu'une condamnation hypothécaire, il doit avoir la faculté de délaisser les biens hypothéqués qu'il possède, pour en éviter l'exécution; autrement, en vain distinguerait-on dans la sentence la condamnation personnelle et la condamnation hypothécaire.

Par la même raison, l'héritier et biens-tenant d'un défunt, passant titre nouvel des rentes de la succession, ne doit s'obliger à toujours, que pour la part dont il est héritier, et pour le surplus, que tant qu'il sera biens-tenant, puisque ce n'est qu'en qualité de biens-tenant qu'il est obligé pour le surplus. Il ne peut jamais cesser d'être débiteur de sa part, que par le paiement, parce qu'il ne peut cesser d'être héritier; mais, comme il peut cesser d'être biens-tenant, c'est-à-dire, de posséder des biens hypothéqués à la dette, il peut donc cesser d'être débiteur du surplus, qu'il doit comme biens-tenant, lorsqu'il cessera de l'être.

Par la même raison, un héritier en partie, dans le lot duquel sont tombés des immeubles hypothéqués à la dette du défunt, ne devrait plus, si depuis il a cessé de les posséder, être tenu de cette action personnelle hypothécaire, n'ayant plus d'autre qualité que celle d'héritier, et n'étant plus biens-tenant.

Néanmoins, il faut convenir que ce qu'enseigne Loyseau, étoit de son temps la pratique constante du Palais.

Au reste, Loyseau, *liv. 4, chap. 4, n. 19*, observe que cette action personnelle hypothécaire, qui, selon lui, n'est qu'une seule et même action, n'a lieu que contre l'héritier biens-tenant de la succession, c'est-à-dire, qui, en sa qualité d'héritier, possède ou a possédé des biens de la succession hypothéqués à la dette. Si l'héritier du débiteur, qui n'aurait eu dans son lot aucuns biens de la succession du débiteur qui fussent susceptibles d'hypothèque, venoit par la suite à acquérir, à un autre titre, quelques biens hypothéqués à la dette, ou s'il en étoit détenteur avant qu'il eût été héritier, Loyseau convient qu'en ce cas cet héritier pourroit, pour éviter de payer au delà de la part dont il est tenu personnellement en sa qualité d'héritier, délaisser les biens hy-

pothéqués qu'il possède, de même qu'il cesseroit d'être sujet à l'action hypothécaire, s'il cessoit de posséder ces biens.

La femme commune, qui, comme détentrice de conquêts, est tenue hypothécairement des dettes de la communauté, doit aussi être reçue à les délaisser, pour éviter de payer au delà de la part dont elle est tenue personnellement comme commune.

Il nous reste à observer que l'exception de discussion ne peut jamais être opposée contre l'action d'interruption.

#### §. II. De l'action d'interruption.

L'action d'interruption est celle qu'un créancier hypothécaire a contre les détenteurs des choses hypothéquées à sa dette, pour leur faire reconnoître le droit d'hypothèque dont les choses par eux possédées sont chargées, et interrompre, par ce moyen, le temps de la prescription qui auroit pu être opposée contre son hypothèque, s'il l'eût laissé accomplir.

Comme le créancier, par cette action, ne demande ni le paiement de sa dette, ni le délai de l'héritage qui y est hypothéqué, et qu'elle n'a d'autre fin que la conservation du droit d'hypothèque, il suit de là, 1° qu'il ne peut y avoir d'exception de discussion à opposer contre cette action; 2° qu'elle peut être donnée auparavant que le terme du paiement de la dette soit échu, et, si elle est conditionnelle, même avant l'existence de la condition; et, en cela, cette action diffère de l'action hypothécaire.

Le détenteur, sur cette action, doit être condamné à passer titre nouvel de reconnoissance ou déclaration d'hypothèque, et ce titre doit contenir la description détaillée des héritages hypothéqués à la dette, avec leurs nouveaux tenants et aboutissants, une déclaration qu'ils sont hypothéqués à la dette du créancier, et une promesse de payer lorsque le terme du paiement ou la condition seront échus, et seulement après la discussion du débiteur et autres personnellement obligés à la dette.

Ce titre est dû, par chaque nouveau détenteur, à toutes mutations.

## SECTION III.

De l'exécution des hypothèques; de leur subrogation d'une créance à une autre, et de l'ordre entre les créanciers hypothécaires.

L'exécution de l'hypothèque se fait par la saisie que le créancier fait de la chose hypothéquée, et la vente judiciaire qui en est ordonnée. Nous en avons fait un traité séparé, où nous renvoyons.

Nous avons aussi traité ailleurs de la subrogation des hypothèques d'une créance à une autre, et de la vente des immeubles affectés à ces sortes de créances.

Il nous resté seulement à traiter ici de l'ordre des créanciers hypothécaires.

Lorsqu'un héritage ou autre immeuble a été vendu par décret, et que plusieurs créanciers se sont opposés, le prix est distribué entre eux selon l'ordre de leurs hypothèques.

On ne suit pas, à l'égard de tous les créanciers, l'ordre de la date de leurs hypothèques, cet ordre n'a lieu qu'entre les simples créanciers hypothécaires.

Il y a certaines créances et certaines hypothèques privilégiées, qui ne s'estiment pas par leur date, mais par leur cause, et qui précèdent les autres créanciers, quoique antérieurs. On les appelle privilèges.

C'est une règle en fait de privilège, que la créance qui a profité et tourné à l'utilité commune des créanciers, doit être privilégiée, et que lorsqu'elle a profité, même aux créanciers privilégiés, ce privilège doit l'emporter. Nous ferons l'application de cette règle, en donnant le détail des différents privilèges.

Le receveur des consignations commence par retenir, sur les deniers consignés, les frais de consignation (*Edit de février 1689, art. 28.*).

Après lui, le créancier qui a poursuivi la saisie réelle, est le premier colloqué en ordre, pour les frais extraordinaires de criées. A l'égard des frais ordinaires, l'adjudicataire en est tenu (*Edit de 1551, art. 12.*).

On appelle frais ordinaires, tous les frais de procédure, qui, indépendamment d'aucun incident, sont nécessaires pour parvenir à l'adjudication, depuis le commencement qui précède la saisie réelle, jusqu'à l'adjudication inclusivement.

De même que dans les ventes volontaires, c'est l'acquéreur qui porte les frais du contrat d'adjudication; de même dans les ventes judiciaires, l'acquéreur doit être tenu de ces frais, qui sont frais nécessaires de l'adjudication, qui tiennent lieu de contrat.

On appelle frais extraordinaires, ceux que le poursuivant a été obligé de faire sur les incidents survenus pendant le cours de la saisie réelle. *Par exemple* : ceux faits sur l'appel de la saisie réelle, ou pour avoir congé des oppositions à fin d'annuler, de distraire, ou de charge, les frais d'ordre, les incidents sur l'ordre.

Le privilège de cette créance se tire du principe ci-dessus établi. Tous les créanciers, même les privilégiés, ne pouvoient parvenir à être payés de leur créance, que par la vente de l'héritage hypothéqué; par conséquent, ces frais que le poursuivant a été obligé de faire pour parvenir à cette vente, et sans lesquels il n'aurait pu y parvenir, sont des frais faits pour l'affaire commune de tous les créanciers, même des privilégiés, et par conséquent, suivant le même principe, elle doit l'emporter sur leur privilège.

Il semble que cette raison cesse à l'égard des seigneurs féodaux ou censuels, créanciers de leurs redevances seigneuriales et profits féodaux ou censuels, car ces seigneurs n'avoient pas besoin de la procédure d'une saisie réelle, pour être payés; ils pouvoient même l'empêcher, et demander à rentrer dans leurs héritages, à défaut de paiement, si mieux n'aimoient les créanciers se charger de leur dû. Sur ces raisons, Lemaître, en son *Traité des criées*, suivi par Duplessis et d'Héricourt, pense que les seigneurs doivent être colloqués avant les frais de criées; néanmoins, on m'a assuré que l'usage est contraire, et cet usage est fondé en raison, car on peut dire que les seigneurs n'ayant pas usé du droit qu'ils avoient, étoient censés avoir préféré la voie de la saisie réelle, pour parvenir au paiement de leur dû; par conséquent, cette saisie réelle s'étant faite aussi bien pour eux que pour les autres créanciers, ils doivent, comme eux, souffrir que les frais de poursuite soient prélevés, comme faits pour l'affaire commune.

En vain oppose-t-on l'art. 358 de la coutume de Paris, qui porte que *les seigneurs seront préférés à tous autres créanciers*; car il doit s'entendre des créanciers ordinaires, et non des

créanciers qui ont travaillé pour l'intérêt commun, tant des autres créanciers que des seigneurs.

Le poursuivant ne laisse pas de retenir ses frais, quoiqu'il ait obtenu des condamnations de dépens contre ceux qui ont formé des incidents dont il a eu congé ; il ne doit pas être obligé à se contenter du recours que lui donnent lesdites condamnations, qui souvent lui seroient infructueuses par l'insolvabilité des condamnés ; mais il doit céder ses actions, qui résultent desdites condamnations, aux créanciers sur qui le fonds à distribuer manquera, pour, par eux, les exercer à leur risque et si bon leur semble, et même sans qu'il y ait de cession expresse de ces actions ; ces créanciers doivent être admis à exercer ce recours contre ceux qui ont été condamnés aux dépens des incidents, cette cession devant facilement se suppléer.

Après les frais de poursuite, on met en ordre, avant tous les autres créanciers, les frais funéraires et de la dernière maladie du défunt, dont les biens vendus sont tenus lorsqu'il n'a laissé aucun mobilier sur lequel ils aient pu être acquittés. Quoique cette créance ne soit point hypothécaire, elle a ce privilège qui est fondé sur une raison de pitié et de faveur, et sur ce qu'on présume que les créanciers du défunt ont consenti ou dû consentir à ces frais, que l'humanité exigeoit, même au préjudice de leurs créances.

Ensuite, on met en ordre la créance de celui qui a tellement conservé l'héritage, qu'il seroit totalement péri sans le travail qu'il a fait. Telle est la créance de celui qui auroit construit ou réparé une digue, sans laquelle la mer ou la rivière auroit emporté l'héritage. Telle est la créance des ouvriers qui ont fait des réparations nécessaires à une maison. Il est évident que ces créanciers doivent être préférés à tous les autres, même aux seigneurs féodaux et censuels ; car ils ont conservé la chose à tous les autres créanciers, ils ont agi *ut res esset in bonis debitoris*, ils ont travaillé pour l'affaire de tous les créanciers, en leur conservant leur gage ; et, par conséquent, ils doivent être préférés à tous les créanciers, suivant le principe que nous avons établi ci-dessus.

Observez une différence entre celui qui a réparé des bâtiments, et celui qui a réparé une digue qui a empêché la mer ou la rivière d'emporter tout l'héritage. Celui-ci ayant conservé tout l'héritage, a privilège sur tout le prix, après les frais de justice ; au lieu que celui qui a réparé les bâtiments,

n'a proprement privilège que sur le prix de la superficie qu'il a conservée, et non sur le prix du sol ou terrain, pour-quoi il y a lieu à la ventilation (*Arrêt du 14 juin 1721, tom. VII du Journal des audiences.*).

Si les créanciers qui ont conservé le gage, doivent être préférés aux autres, parce qu'ils l'ont conservé, et par conséquent fait l'affaire des autres créanciers, les frais de justice doivent être préférés même à ces créanciers qui ont conservé le gage, puisqu'ils ont servi à l'affaire commune, tant de ces créanciers que des autres, puisqu'en vain l'héritage auroit-il été conservé, s'il n'eût été vendu.

Observez qu'entre plusieurs créanciers, même hypothécaires, dont les créances ont pour objet différentes espèces de réparations faites pour la conservation de l'héritage, le plus ancien d'entr'eux ne doit point être préféré aux autres; car les privilèges s'estiment par la cause, et non par le temps : *Privilegia estimantur non ex tempore, sed ex causa.* Ayant également contribué à la conservation du gage commun, ils doivent avoir un droit et un privilège égal.

Les créanciers qui ont rendu l'héritage plus précieux, tel qu'un entrepreneur qui a construit de nouveaux bâtiments, un jardinier qui y a planté des vergers, etc., ont aussi un privilège à tous les autres créanciers, non pas sur la totalité de l'héritage, mais sur sa plus value, par rapport à ce qu'ils y ont fait.

*Par exemple* : si on estime que l'héritage, qui a été adjugé pour 10,000 liv., n'auroit été porté qu'à 8,000 liv., sans les améliorations qui y ont été faites par ces créanciers, ils n'auront de privilège que sur ce qui restera des 2,000 liv., prix de la plus value, déduction faite des frais de consignation et de justice sur le total du prix : ils ne doivent pas avoir privilège sur tout le prix, car ils n'ont pas fait *ut res esset in bonis debitoris*; mais ils doivent avoir privilège sur tous les autres créanciers, sur cette plus value, car ils ont fait que cette plus value fût *in bonis debitoris*.

Observez à l'égard de ces créanciers qui ont conservé ou amélioré l'héritage, que, pour qu'ils puissent exercer leur privilège, il faut, ou qu'ils aient donné leur demande dans l'année de la perfection de leurs ouvrages, parce qu'autrement il y auroit une fin de non-recevoir acquise contre leur créance; ou qu'ils soient fondés dans un marché fait par acte devant notaire, ou du moins dans une obligation par

devant notaire, passée dans ladite année. Un titre de créance sous signature privée est bien valable vis-à-vis du débiteur, et pareillement une obligation passée depuis l'année; mais ces actes ne doivent point donner de préférence au créancier contre des tiers, parce qu'autrement des débiteurs pourroient, en fraude de leurs légitimes créanciers, ressusciter des créances déjà acquittées.

Les créanciers qui ont prêté leurs deniers, pour payer les entrepreneurs ou ouvriers qui ont aussi conservé ou mélioré l'héritage, peuvent aussi user du même privilège, pourvu qu'ils aient observé tout ce qui est prescrit pour acquérir la subrogation aux hypothèques du créancier qui est payé de leurs deniers. Voyez ce que nous en avons dit, en traitant des subrogations, et au Titre du contrat de vente.

Ces créanciers privilégiés sont préférés à tous créanciers, non-seulement à ceux du dernier propriétaire, sur qui les héritages ont été vendus, mais même à ceux de tous ses auteurs.

Les seigneurs féodaux ou censuels sont ensuite colloqués pour les anciens profits et redevances seigneuriales qui leur sont dûs.

Si, néanmoins, il se trouvoit des créanciers à qui le seigneur ou ses auteurs eussent hypothéqué l'héritage dès avant l'inféodation, ou le bail à cens qui en a été fait, ils seront préférés au seigneur; car le seigneur n'a pu le donner à titre de fief ou de cens, qu'à la charge de ces hypothèques, dont il se trouvoit déjà chargé.

Lorsqu'un opposant à fin de distraire, pour s'être opposé trop tard, a été renvoyé à l'ordre, et qu'il a justifié que la portion de biens dont il a demandé la distraction, lui appartenoit effectivement, il doit toucher la portion du prix qui, par la ventilation qui en sera faite, se trouvera répondre à cette portion de biens, et être à cet égard préféré aux autres créanciers, qui se trouvent par là n'avoir aucune hypothèque sur cette portion, puisqu'elle n'appartient pas à leurs débiteurs; mais il ne doit venir qu'après les frais de justice, ceux qui ont conservé l'héritage, et les seigneurs.

Lorsqu'un opposant à fin de charge, a été renvoyé à l'ordre, pour s'être opposé trop tard, il est, pour le prix du droit qu'il avoit, préféré aux autres créanciers, sur la plus value qu'a donné à l'héritage la libération de ce droit.

Après les créanciers privilégiés acquittés, on doit colloquer avant tous les créancier du dernier propriétaire et possesseur, quelque privilégiés qu'ils soient, tous les créanciers, chacun selon leur rang, du précédent propriétaire à qui ce dernier a succédé, soit à titre universel, soit à titre particulier, de qui il tient son droit; car ce dernier propriétaire n'a pu succéder son auteur à l'héritage, qu'avec la charge de toutes les hypothèques dont il se trouvoit déjà chargé par son auteur; et, comme il n'a pas pu transférer sur cet héritage, à ses propres créanciers, plus de droit qu'il n'y en avoit lui-même, il n'a pu le leur hypothéquer qu'à la charge, et après toutes les hypothèques de son auteur.

D'ailleurs, les hypothèques des créanciers du dernier propriétaire, quelque ancienne que soit la date de leurs créances, n'ont pu naître que depuis que leur débiteur est devenu propriétaire; et, par conséquent, elles sont postérieures à celles des créanciers du précédent propriétaire.

Par la même raison, s'il se trouvoit encore des créanciers d'un premier propriétaire, auxquels l'auteur du dernier eût lui-même succédé, tous les créanciers de ce premier devroient être colloqués avant ceux du second, comme ceux du second le doivent être avant ceux du dernier, *et sic in infinitum*.

Lorsque le dernier propriétaire a succédé à titre d'héritier à l'héritage, non-seulement les créanciers du défunt sont préférés à tous les siens, mais les légataires le sont aussi pour la part dont il est tenu de leurs legs; car il ne succède à l'héritage qu'à la charge de cette hypothèque que la loi donne aux légataires; et, par conséquent, il n'a pu hypothéquer cet héritage à ses propres créanciers, qu'après cette hypothèque.

Entre les créanciers d'un même propriétaire, celui qui lui a vendu l'héritage doit être préféré à tous ses autres créanciers; car ce propriétaire n'ayant acquis l'héritage qu'à la charge de l'hypothèque que son vendeur s'étoit réservée dessus en l'aliénant, il n'a pu l'hypothéquer à ses autres créanciers qu'à la charge de cette hypothèque, n'ayant pas pu leur transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même.

Ce que nous disons de la vente, peut s'appliquer à tous les autres titres d'aliénation: celui qui a aliéné un héritage à quelque titre que ce soit, a, pour toutes les charges de cette aliénation dont l'acquéreur peut être tenu envers

lui, une hypothèque privilégiée sur cet héritage, semblable à celle du vendeur ; il y a entière parité de raison.

Pareillement, lorsqu'il est échu à quelqu'un un héritage par partage, les copartageants ont, pour toutes les obligations résultantes du partage dont il est tenu envers eux, une hypothèque privilégiée sur cet héritage, semblable à celle d'un vendeur, et qui les rend préférables à tous les créanciers de ce propriétaire ; car l'héritage n'étant échu à ce propriétaire, par le partage, qu'à la charge de ces hypothèques résultantes du partage, il n'a pu l'hypothéquer à ses propres créanciers, qu'à la charge desdites hypothèques, et pour ce qui pourroit rester après qu'elles seroient acquittées.

Après le vendeur et ceux dont le privilège est semblable au sien, le roi a un privilège sur les héritages du comptable, acquis par lui depuis qu'il a commencé à manier les deniers royaux (*Edit de 1669, art. 3.*). La raison de ce privilège est, qu'il y a présomption que le comptable les a acquis des deniers du roi.

Par le droit romain, suivant la constitution de Justinien, la femme avoit, pour la restitution de sa dot, une hypothèque privilégiée à celle des autres créanciers de son mari. Notre droit coutumier n'a point admis ce privilège, et ne donne à la femme qu'une simple hypothèque, du jour du contrat de mariage, ou de la célébration, s'il n'y a pas de contrat.

Après les créanciers privilégiés, on met en ordre les créanciers simples, chacun selon l'ordre de la date de son hypothèque, suivant cette maxime, *qui prior est tempore, potior est jure.*

Quoique les hypothèques des créanciers d'un même débiteur, dont les créances ont précédé l'acquisition de l'héritage faite par ce débiteur, soient toutes nées en même temps, savoir lors de cette acquisition, n'ayant pas pu naître plus tôt ; néanmoins, dans notre droit, ces créanciers ne viennent pas par concurrence, mais chacun selon l'ordre de la date de leur titre de créance, comme nous l'avons déjà observé, *chap. 2, section 2, §. 2*, parce que le débiteur, en hypothéquant au premier ses biens à venir, s'étoit interdit le pouvoir de les hypothéquer à d'autres à son préjudice, *et sic deinceps.*

Entre des créanciers du même jour, celui dont le titre

porte *avant midi*, doit être préféré à celui dont le titre ne fait mention que du jour : car, l'acte de ce dernier, ayant pu n'être fait qu'à la dernière heure du jour, n'a de date certaine et constante que de cette dernière heure, et par conséquent est postérieur à celui qui a une date *avant midi*.

Lorsque les titres de deux différents créanciers sont l'un et l'autre du même jour, sans mention du temps d'avant ou d'après midi, et passés par le même notaire, il y a quelques arrêts qui ont donné la préférence à celui qui se trouvoit inscrit le premier sur le répertoire du notaire. D'Héricourt décide avec raison que ces arrêts ne doivent pas être suivis : car, cette circonstance ne forme qu'une légère présomption, et non pas une preuve certaine que l'acte qui est inscrit le premier sur le répertoire, ait été passé le premier, n'étant point impossible que le notaire, en les inscrivant l'un et l'autre sur son répertoire, eût commencé par celui qui avoit été passé le dernier ; c'est pourquoi, dans l'incertitude lequel des deux actes a été passé le premier, ces créanciers doivent être colloqués par concurrence.

Suivant une jurisprudence reçue au Parlement de Paris, le créancier qui ne produit qu'une seconde expédition de son titre de créance, n'est colloqué entre les créanciers du même débiteur, que du jour de la date de cette expédition, et non du jour de celle de l'acte. Cette jurisprudence a été établie pour empêcher la fraude des débiteurs, qui, pour tromper leurs créanciers, faisoient, par collusion, paroître d'anciens créanciers dont les créances avoient été acquittées, et déroboient la connoissance du paiement, en représentant une seconde expédition à la place de la première qu'ils avoient rendue au débiteur, et sur laquelle étoit inscrite la quittance du paiement.

Au reste, le créancier du défunt ne laisse pas d'être préféré au créancier de l'héritier, quoique sa seconde expédition ne soit que depuis la mort du défunt. La présomption dont nous avons parlé ci-dessus, ne pouvant avoir lieu dans l'espèce présente.

Lorsque plusieurs créanciers sont subrogés aux hypothèques d'un même créancier, dont ils ont, chacun en différents temps, acquitté partie de la créance, ils sont tous colloqués concurremment à la place de ce créancier, à qui ils sont subrogés, sans qu'on ait aucun égard à la priorité ou postériorité de leur chef ; car, comme ce n'est

pas de leur chef qu'ils sont colloqués, on n'y doit avoir aucun égard.

*Par exemple* : si Jacques a prêté au débiteur commun, en 1760, 1,000 liv., pour rembourser à Pierre, créancier de 1740, pareille somme de 1,000 liv., faisant partie de 3,000 liv. qui étoient dues à Pierre; qu'en 1761, Jean ait prêté une autre somme de 1,000 liv., aux mêmes fins; et qu'en 1762, Jude ait prêté pareillement 1,000 liv., pour rembourser à Pierre les 1,000 liv. restantes, et qu'ils aient tous acquis la subrogation aux hypothèques de Pierre, ils seront tous les trois placés concurremment en ordre, du jour de la date de l'hypothèque de Pierre, parce qu'ils sont tous subrogés à l'hypothèque d'une même créance.

Il sembleroit qu'on devroit décider pareillement que, dans le cas auquel Pierre seroit demeuré créancier de 1,000 liv., pour restant de sa créance, Jacques et Jean devroient être colloqués concurremment avec lui, puisqu'ils sont subrogés à la même créance, du restant de laquelle Pierre est demeuré créancier : néanmoins, l'usage est constant que Pierre doit, en ce cas, leur être préféré. La raison est, que le créancier, qui est payé des deniers d'un autre, n'est obligé de le subroger qu'autant que la subrogation ne pourra lui préjudicier; et, par conséquent, en subrogeant aux hypothèques de sa créance, celui des deniers duquel il est payé en partie, il est censé se réserver une préférence pour ce qui lui reste dû.

Au reste, cette préférence ne passe pas à un tiers; c'est pourquoi Jude, qui aura prêté ses deniers, pour acquitter ce restant, quoiqu'il ait acquis la subrogation aux droits et hypothèques de Pierre, ne pourra pas prétendre être préféré à Jacques et à Jean, comme Pierre l'eût été; mais ils viennent tous concurremment, comme nous l'avons dit, comme étant tous subrogés aux hypothèques d'une même créance.

S'il y a plusieurs créances qui ont leur hypothèque du contrat de mariage : il semble qu'ayant tous une même date, elles devroient concourir; néanmoins, la jurisprudence a établi un ordre entre elles, la créance de la femme, pour la restitution de sa dot, est colloquée la première; le douaire ne vient qu'après : on place après le douaire les autres conventions de la femme, et le remploi de ses propres aliénés. L'indemnité de la femme, pour

les dettes auxquelles elle s'est obligée, ne tient que le dernier rang.

Cette préférence de la dot sur le douaire, est établie par plusieurs arrêts rapportés par Louet et Brodeau, l. 2, chap. 40. Il y en a un rendu en forme de règlement.

Les raisons que ces auteurs rapportent de cette préférence, sont que la dot est la première et la principale convention du mariage: *nullum sine dote matrimonium*; et, par conséquent, l'obligation que contracte le mari, de conserver à sa femme la dot qu'elle lui a apportée, *est ordine naturæ*; la première et principale obligation qu'il contracte, et, par conséquent, doit précéder, *saltem ordine naturæ*, l'obligation du douaire que le mari ne contracte que *in consequentiam matrimonii*. D'ailleurs, le douaire est un titre lucratif.

Louet apporte une exception à cette préférence, au cas auquel la convention de douaire se trouveroit énoncée dans le contrat de mariage avant l'article de la dot. Il prétend que la priorité qu'a, en ce cas, le douaire sur la dot, *ordine scripturæ*, doit opérer quelque chose, et faire marcher en ce cas, d'un pas égal et par concurrence, le douaire avec la dot, cette priorité *in ordine scripturæ* devant se compenser avec ce que la dot a de préférable *in ordine naturæ, et ratione causæ*. J'aurois de la peine à être de cet avis, l'ordre de l'écriture ne paroissant être de nulle considération.

Cette préférence de la dot sur le douaire, a lieu non-seulement lorsque la contestation est entre la femme elle-même et ses enfants, qui demandent à être colloqués pour le fonds du douaire qui leur appartient; elle a lieu aussi en faveur des créanciers de la femme, puisqu'ils exercent ses droits, et sont placés en sous-ordre à la place de la femme, pour la restitution de sa dot: ces créanciers sont donc, pour la somme à laquelle monte la restitution de la dot de leur débitrice, préférés au douaire dû aux enfants.

Cette préférence a aussi lieu contre la femme elle-même. *Finge*, un parent du mari s'est rendu, envers la femme, caution de sa dot, et non de ses autres conventions matrimoniales: ce parent, en payant à la femme sa dot, et se faisant subroger aux droits et hypothèques de la femme, pour raison de cette dot qu'il a acquittée, doit être mis en ordre pour la somme à laquelle monte la dot qu'il a acquittée avant le douaire dû à la femme, et ses autres créances et conven

tions matrimoniales. C'est l'espèce de quelques arrêts rapportés par Louet et Brodeau.

On fait plusieurs questions au sujet de cette préférence de la dot sur le douaire ; et on demande qu'est-ce qui doit être censé faire partie de cette dot, dont la restitution est préférée au douaire.

On demande, 1<sup>o</sup> si la somme apportée en communauté, dont la reprise a été stipulée en cas de renonciation, doit être censée faire partie de la dot, aussi bien que ce qui a été réservé propre, et si, en conséquence, cette reprise doit avoir la même préférence sur le douaire ? Je le pense ; car, dans notre pays coutumier, tous les biens de la femme sont dotaux. Il est vrai que ceux qu'elle a mis en communauté, quand elle n'en a point de reprise, n'ont aucun des privilèges de la dot, parce que ces privilèges ne sont accordés qu'à la créance, et à la reprise que la femme a de sa dot ; mais, lorsqu'elle s'en est stipulé la reprise en cas de renonciation, et que ce cas est arrivé, cette reprise doit avoir la même préférence que celle de ce qu'elle s'est réservé propre, cette reprise étant également une reprise de sa dot.

On demande, 2<sup>o</sup> si cette préférence a lieu seulement pour la reprise de ce que la femme a apporté lors de son mariage, ou si elle doit s'étendre au mobilier qui lui est échu depuis, et qui a été exclus de la communauté, par une clause du contrat ? Brodeau sur Louet pense que la préférence ne doit pas avoir lieu pour la reprise de ce qui n'est échu à la femme que depuis le mariage, parce que le mari n'ayant été véritablement débiteur de ces sommes, que depuis qu'elles sont venues à sa femme, ce n'est que par fiction, *et contra rationem juris*, qu'on en fait remonter l'obligation et l'hypothèque du jour du contrat de mariage ; et cette hypothèque, qui n'a lieu que *contra rationem juris*, ne doit pas prévaloir sur celle du douaire, qui a lieu de ce jour, *secundum veram rationem juris*. Néanmoins, je crois que ce sentiment de Brodeau n'a pas prévalu, et que la reprise de ce qui est échu à la femme durant le mariage, de même que celle de ce qu'elle y a apporté, prévaut sur celle du douaire. Le mari, devenant administrateur des biens présents et à venir de la femme qu'il épousait, s'est obligé, du jour de son contrat de mariage, sous l'hypothèque de ses biens, à lui restituer les biens qui lui viendroient durant le mariage, aussi bien que ceux qu'elle a apportés en se mariant,

de même qu'un tuteur s'oblige, du jour que commence sa tutelle, à conserver et à restituer à ses mineurs tous les biens qui leur aviendront durant la tutelle, aussi bien que ceux qu'ils avoient lorsqu'elle a commencé.

On demande, 3<sup>o</sup> si le remploi du prix des rentes propres de la femme, rachetées durant la communauté, et des autres aliénations nécessaires, avoit cette préférence? On peut apporter pour raison de douter celle qui a déjà été apportée en la question précédente; mais l'arrêt de Gallard, du 5 avril 1677, rapporté par Basnage, a jugé pour la préférence.

Après la dot vient le douaire. Entre la femme, créancière des arrérages de son douaire, et les enfants, créanciers du fonds, il a été décidé que la femme devoit être préférée pour les arrérages qui lui en étoient dûs, à ses enfants, créanciers du fonds du douaire.

La raison est, que la femme, en stipulant un douaire pour elle et pour ses enfants qui naitroient de son mariage, doit être présumée avoir voulu pourvoir à sa propre subsistance, avant que de penser à celle de ses enfants.

Comme la loi, par le douaire coutumier, ne fait que suppléer à ce que la femme a manqué de faire, elle doit être censée avoir suivi le même ordre, et, par conséquent, avoir préféré la femme à ses enfants.

Les autres conventions matrimoniales ne viennent qu'après le douaire, non plus que le remploi du prix des propres de la femme, aux aliénations volontaires, desquelles elle a consenti, car elle doit s'imputer d'y avoir consenti; et ses enfants, créanciers de leur douaire, ne doivent pas souffrir de la faute qu'a faite leur mère, en consentant à ces aliénations.

A plus forte raison, ne doivent-ils pas souffrir de ce que leur mère a bien voulu accéder aux obligations contractées par son mari durant le mariage; c'est pourquoi l'hypothèque des indemnités de la femme, pour lesdites obligations, ne peut être placée qu'après le douaire; on ne la place même qu'après toutes les autres créances de la femme.

Il nous reste à observer, à l'égard de l'ordre des hypothèques, que chaque créancier est colloqué dans son rang, non-seulement pour le principal de sa créance, mais pour tous les arrérages et intérêts, et pour les frais qu'il a légitimement faits pour parvenir au paiement: ces intérêts et frais étant des accessoires de son principal.

Tous les créanciers, soit simples hypothécaires, soit même privilégiés, ne sont colloqués dans leur rang, sur le prix des biens adjugés par décret, que lorsqu'ils ont fait leur opposition au décret.

Cette opposition peut se faire pendant tout le temps de la saisie réelle, et jusqu'à ce que le décret, c'est-à-dire, le jugement d'adjudication, ait été scellé; après, il n'est plus temps.

Les créanciers qui ont manqué de faire leur opposition, ne peuvent espérer, en faisant arrêt sur le prix, d'être payés, si ce n'est sur ce qui pourroit rester, après toutes les créances des opposants acquittées, et, s'il reste quelque chose, tous ceux qui n'ont pas fait opposition, le partagent entr'eux au sou la livre de leurs créances, comme un simple mobilier qui appartient à leur débiteur commun.

Il en est autrement, lorsque plusieurs créanciers ont saisi et arrêté la somme due à leur débiteur commun, pour le prix de quelqu'immeuble, sur l'acheteur qui ne l'a point fait décréter, quoique cette somme soit un effet mobilier; néanmoins, elle se distribue entr'eux selon le rang et l'ordre des hypothèques, ce qui se fait pour éviter le circuit d'actions; car, si la distribution ne se faisoit de cette manière, les premiers créanciers, qui conservent leur hypothèque sur l'héritage dont le prix est dû, qui n'a point été décrété, le feroient délaissier à l'acheteur, par action hypothécaire, et le feroient vendre, pour être payés sur le prix, dans l'ordre de leurs hypothèques.

Tout ce que nous avons dit de l'ordre et du rang des hypothèques sur les héritages, a lieu à l'égard des autres immeubles. Il y a quelque chose de particulier à l'égard des offices dont nous allons traiter.

## APPENDICE.

De ce qu'il y a de particulier touchant l'ordre et le rang des hypothèques sur les offices.

Les créanciers hypothécaires sont payés sur le prix de l'office, par ordre et rang d'hypothèque, comme sur le prix des autres immeubles (*Edit de février 1683.*).

Lorsque l'office rend comptable celui qui en étoit pourvu, le roi, après les frais de justice, est payé par préférence à tous les autres créanciers, pour ce qui peut lui être dû par

le comptable, pour raison des fonctions dudit office (*Edit de 1669.*).

Entre les particuliers, ceux qui se sont opposés au sceau des provisions de l'adjudicataire, sont colloqués les premiers. Ceux qui n'y ont point formé d'opposition, quoiqu'ils l'aient formée au décret, ne viennent qu'après, quelque privilège qu'ils aient.

Entre les opposants au sceau, le créancier qui a acquitté de ses deniers la paulette de l'office du dernier bail, est préféré à tous les autres créanciers, car il leur a conservé l'office.

Ce privilège n'a lieu que pour la paulette du dernier bail; car ce n'est pas le paiement de la paulette des précédents baux qui a conservé l'office, puisqu'il suffit, pour le conserver, de payer celle du dernier bail.

Après cette créance, viennent celles de tous ceux qui sont créanciers du titulaire, pour raison des fonctions de son office. Ces créanciers ont un privilège sur l'office qui précède celui du vendeur, mais ils ne doivent venir qu'après celui qui a payé la paulette du dernier bail, puisque (comme nous venons de le dire) celui-ci leur a conservé l'office aussi bien qu'aux autres créanciers.

Enfin, le vendeur de l'office est préféré, après tous ces privilèges, à tous les autres créanciers de l'acheteur.

On suit au surplus, entre les opposants au sceau, le même ordre d'hypothèque que sur le prix des autres immeubles.

S'il reste quelque chose, tous les créanciers opposants au sceau, acquittés, ceux qui n'y ont point formé d'opposition, mais qui ont seulement formé opposition au décret, sont colloqués sur le restant, dans le même rang et ordre de privilège et hypothèque.

### CHAPITRE III.

Des manières dont s'éteint l'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint, 1° par l'extinction de la chose hypothéquée.

2° Lorsque le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée; ce qui s'appelle *confusion* ou *consolidation*.

3° Par la résolution et extinction du droit de propriété de celui qui a constitué l'hypothèque.

4° Par l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque a été constituée.

5° Par la remise expresse ou tacite de l'hypothèque.

6° Par la prescription et autres manières introduites par les lois, pour purger les hypothèques.

§. I. De l'extinction de la chose hypothéquée.

L'hypothèque étant un droit dans la chose hypothéquée, il est évident qu'elle ne peut subsister, lorsque cette chose ne subsiste plus.

C'est pourquoi, si j'avois un droit d'hypothèque sur un champ que la rivière ait emporté, ce champ ne subsistant plus, il est évident que mon droit d'hypothèque est éteint.

Cette règle a également lieu à l'égard de l'hypothèque que nous avons sur des immeubles incorporels ou sur des rentes.

*Par exemple :* le droit d'hypothèque que j'avois sur un droit d'usufruit qui appartenoit à mon débiteur, s'éteint, lorsque ce droit d'usufruit vient à s'éteindre.

Par la même raison, lorsqu'une rente sur laquelle j'avois un droit d'hypothèque est rachetée; comme le rachat qui s'en fait, éteint la rente, il éteint aussi mon droit d'hypothèque sur cette rente.

Il n'importe que ce rachat ait été nécessaire, tel qu'est le rachat d'une rente constituée; ou qu'il ait été volontaire, tel qu'est le rachat d'une rente foncière que le créancier de cette rente, mon débiteur, a volontairement acceptée, quoiqu'elle ait été créée sans faculté de rachat, ou que celle qui en avoit été accordée fût prescrite: car, de quelque manière que le rachat ait été fait, il a éteint la rente, et l'hypothèque ne peut plus subsister, puisque cette rente ne subsiste plus.

Le créancier qui a une hypothèque sur une rente, a néanmoins un moyen pour empêcher que le rachat qui pourroit en être fait, n'éteigne son droit d'hypothèque; ce moyen consiste à faire un arrêt du fonds de cette rente; et l'effet de cet arrêt sera que le débiteur ne pourra la rembourser à celui à qui elle est due, sans y appeler le créancier arrêtant, et à la charge qu'il sera fait emploi des deniers du rachat, en l'acquisition d'un autre immeuble sur lequel ce

créancier aura le même droit d'hypothèque qu'il avoit sur la rente qui a été rachetée.

Pour que l'hypothèque soit éteinte par l'extinction de la chose hypothéquée, il faut qu'il n'en reste rien; s'il en reste quelque partie, quelque petite qu'elle soit, l'hypothèque demeure pour le total de la créance, sur cette partie. *Par exemple*: si une maison sur laquelle j'avois droit d'hypothèque a été consumée par le feu, mon droit d'hypothèque demeure sur la place qui reste de cette maison. Demeure-t-il aussi sur les matériaux échappés aux flammes? Tant que ces matériaux paroissent destinés à la reconstruction de la maison, comme cette destination leur conserve la qualité d'immeubles et de partie de maison, elle me conserve aussi mon droit d'hypothèque sur ces matériaux; mais, lorsqu'il paroît que le dessein de la reconstruction a été abandonné, que ces matériaux ont été dispersés, ces matériaux n'étant plus que de simples meubles non susceptibles d'hypothèque, je ne peux plus la conserver dessus.

Le changement de forme accidentelle qui survient à une chose, ne l'éteint pas, ni par conséquent l'hypothèque sur cette chose. *Par exemple*: si une terre labourable que j'ai vendue, sur laquelle j'ai un droit d'hypothèque privilégiée, est mise en pré, *aut vice versa*, je conserve mon droit d'hypothèque; car c'est le même fonds de terre qui n'a fait que changer de forme, et qui peut être remis dans celle qu'il avoit auparavant.

Il en est autrement du changement qui arrive dans la forme substantielle de la chose, c'est-à-dire, lorsque la forme qui est détruite constituoit l'essence de la chose, et que ce changement produit une nouvelle chose à la place de l'autre qui est totalement détruite, et ne peut plus être rétablie dans sa forme: *Cùm non potest materia ad pristinam formam reverti*. *Par exemple*: si un marchand de laine a vendu de la laine à un fabricant qui l'ait convertie en étoffes, c'est un changement de la forme substantielle de la laine. Elle est censée ne plus subsister, et le privilège qu'avoit ce marchand, sur cette laine, est éteint par l'extinction de la chose, et ne peut plus s'exercer sur l'étoffe qui en a une autre.

Cette distinction est tirée des lois romaines. Les jurisconsultes romains ne pensoient pas que la chose étoit détruite, lorsque, sur une terre nue, on bâtissoit une maison, *aut vice versa*, mais bien lorsque de la laine on en faisoit un

habit : *Lana legata vestem quæ ex eâ facta sit non deberi placet* : l. 88, §. 1, ff. de leg. 3o. *Si arcæ legata domus imposita sit deberi* : l. 44, §. 4, ff. de leg. 3o.

Il y a une autre raison de différence, c'est qu'un fonds de terre, quoiqu'il ait changé de forme, peut toujours se reconnoître pour le même fonds de terre, il occupe toujours le même lieu, il a les mêmes tenants et aboutissants; au lieu que la laine dont on a fait de l'étoffe, quand on voudroit soutenir qu'elle subsiste encore, au moins elle n'est plus reconnoissable; et, comme le créancier qui auroit sur cette laine un privilège, ne pourroit l'exercer qu'en la faisant reconnoître pour être celle qu'il a vendue, son privilège ne peut subsister, sans qu'il soit besoin pour cela d'entrer dans la subtile question que faisoient les jurisconsultes romains : *An lana quæ in vestem transiit extincta dici debeat nec ne ?*

Le droit d'hypothèque ne peut avoir lieu que dans les choses qui sont dans le commerce, et non sur celles qui sont *aut publici, aut divini juris*, comme nous l'avons vu au chapitre premier, section 2, §. 1, d'où il suit que si le fonds de terre, sur lequel j'avois un droit d'hypothèque, est mis hors le commerce; *putà*, si on a pris, par autorité publique, un terrain sur lequel j'avois droit d'hypothèque, pour en faire un grand chemin, une église, ou un cimetière, le droit d'hypothèque que j'avois sur ce terrain, ne peut plus subsister.

§. II. Du cas auquel le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, et de la confusion.

L'hypothèque s'éteint lorsque le créancier acquiert la propriété de la chose sur laquelle il avoit hypothèque : ce qui s'appelle *confusion*; car il est de l'essence du droit d'hypothèque, suivant la définition et les notions que nous en avons données, que ce soit un droit dans la chose d'autrui. On ne peut avoir un droit d'hypothèque dans sa propre chose, *res sua nemini pignori esse potest*; d'où il suit nécessairement que lorsque le créancier qui avoit un droit d'hypothèque dans une chose, devient le propriétaire de cette chose, le droit d'hypothèque qu'il avoit ne peut plus subsister, et il se perd et se confond nécessairement dans le droit de propriété qu'a acquis le créancier.

Pour que l'acquisition que fait le créancier de la chose hypothéquée, opérè une extinction absolue de son droit

d'hypothèque, sans espérance que ce droit puisse revivre, il faut que l'acquisition qu'il a faite soit irrévocable.

Si elle n'a pas été irrévocable, soit parce que celui de qui je l'ai acquis, n'étant pas lui-même propriétaire incommutable, n'a pu me transférer qu'un droit de propriété révocable, sous une certaine condition, tel qu'il l'avoit lui-même, soit parce que l'acquisition que j'ai faite de lui, a été faite à la charge de révocation, en certain cas convenu ou sous-entendu, cette acquisition suspend plutôt le droit d'hypothèque qu'avoit le créancier dans cette chose, tant qu'il en sera propriétaire, qu'elle ne l'éteint; c'est pourquoi, si son droit de propriété vient à se résoudre *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui*, le droit d'hypothèque qu'il avoit sur la chose avant qu'il en eût acquis la propriété, revivra. La raison est, que l'effet ne doit pas avoir plus d'étendue que la cause, *limitata causa, limitatum producit effectum*. C'est pourquoi l'acquisition que le créancier fait de la propriété de la chose hypothéquée, étant la cause de l'extinction de l'hypothèque, si cette acquisition qu'il a faite n'est pas absolue et irrévocable, elle ne peut pas produire une extinction absolue et irrévocable du droit d'hypothèque; elle dort, en quelque sorte, pendant le temps que l'acquisition durera, et elle se réveillera dès l'instant de la révocation de l'acquisition.

*Par exemple* : si j'ai acheté un héritage sujet au retrait lignager, et qu'on l'ait exercé sur moi; si on m'a donné un héritage, et que la donation ait été révoquée par la survivance d'enfants au donateur; si on me l'a vendu sous faculté de réméré, et que le réméré ait été exercé; si l'héritage que j'ai acquis étoit grevé de substitution, et qu'il y ait eu depuis ouverture à la substitution; s'il m'a été évincé par un créancier hypothécaire : en tous ces cas, le droit d'hypothèque que j'avois sur cet héritage se réveillera, parce que l'acquisition que j'avois faite de la propriété de l'héritage, n'a point été irrévocable, et qu'elle a été effectivement révoquée *ex causâ antiquâ, necessariâ et inexistenti contractui*.

A plus forte raison, mon droit d'hypothèque revivra-t-il, si mon titre d'acquisition de la propriété de la chose hypothéquée a été rescindé par des lettres de rescision qu'a obtenues celui de qui j'ai acquis, contre l'aliénation qu'il en avoit faite.

Si le créancier a acquis un droit de propriété irrévocable,

sur la chose qui lui étoit hypothéquée, quoique par la suite, par une cause nouvelle, l'acquisition qu'il a faite ait été révoquée, son droit d'hypothèque ne revivra pas. *Par exemple*: s'il a pris à rente un héritage sur lequel il avoit un droit d'hypothèque, et qu'il l'ait déguerpi volontairement, pour se libérer de la rente; s'il lui a été donné, et que la donation ait été révoquée pour cause d'ingratitude; en ce cas, et autres semblables, le droit d'hypothèque qu'il avoit ne revivra pas; car il avoit acquis un droit de propriété irrévocable; il ne tenoit qu'à lui de le conserver, en ne le déguerpissant pas, ou en ne commettant pas les excès qui ont donné lieu à la révocation pour cause d'ingratitude. L'acquisition qu'il a faite ayant été parfaite et irrévocable, elle a dû opérer une confusion et une extinction absolue du droit d'hypothèque qu'il avoit sur cet héritage, lequel droit par conséquent ne peut plus revivre.

§. III. De l'extinction de l'hypothèque, par la résolution et extinction du droit du propriétaire qui l'a constituée.

C'est une règle de droit, puisée dans la raison naturelle, que personne ne peut transférer à un autre plus de droit dans une chose, qu'il n'en a lui-même : *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* : l. 54, ff. de reg. jur.

De là il suit que celui qui n'a qu'un droit de propriété révocable dans une chose, ne peut donner à un créancier qu'un droit d'hypothèque sur cette chose, qui soit pareillement révocable dans les mêmes cas que doit se révoquer son droit de propriété.

C'est pourquoi, si celui qui a constitué à son créancier une hypothèque sur un héritage, étoit propriétaire de cet héritage, en vertu d'une donation sujette à la révocation, pour cause de survenance d'enfants; s'il l'avoit acheté avec la clause de réméré, si l'héritage étoit sujet à être retiré sur lui par retrait lignager ou autre espèce de retrait; s'il étoit grevé de substitution, etc. : en tous ces cas, et autres semblables, lorsque le droit du propriétaire qui a constitué l'hypothèque, viendra à s'éteindre, soit par la survenance d'enfants, soit par l'exercice du réméré ou du retrait, soit par l'ouverture de la substitution, l'extinction du droit de ce propriétaire entraînera aussi celle des hypothèques qu'il a constituées.

Cette règle reçoit une exception à l'égard de l'hypothèque de la dot et du douaire sur les biens substitués. Lorsqu'un homme grevé de substitution par quelqu'un de ses ascendants, ou, même en certains cas, par quelqu'autre personne que ce soit, s'est marié, si les biens libres qu'il avoit ne sont pas suffisants pour acquitter la dot et le douaire, sa veuve, créancière de sa dot et de son douaire, et ses enfants, créanciers de leur douaire, conservent un droit d'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, nonobstant que le droit de celui qui l'a constituée, soit éteint par l'ouverture de la substitution. La raison de cette exception est fondée sur ce que l'auteur de la substitution est présumé avoir permis cette hypothèque, au préjudice de sa substitution.

Nous avons traité tout ce qui concerne cette exception, en notre *Traité des substitutions*, où nous renvoyons.

Pour que l'extinction du droit de propriété de celui qui a constitué les hypothèques entraîne l'extinction des hypothèques qu'il a constituées, il faut que cette extinction de son droit de propriété arrive *ex causâ antiquâ et necessariâ*, c'est-à-dire, que, dès le temps qu'il a constitué l'hypothèque, son droit de propriété fût résoluble *in aliquem certum casum qui ab ipso non penderet*. Si, au contraire, celui qui a constitué l'hypothèque, avoit alors un droit de propriété irrévocable, et que son droit n'ait été éteint que par quelque cause nouvelle et procédante de son fait, cette extinction de son droit de propriété n'entraînera pas celle des hypothèques qu'il a constituées. *Par exemple* : lorsque le donataire d'un héritage l'a hypothéqué, la révocation de la donation, pour cause d'ingratitude, qui survient depuis, n'éteint pas l'hypothèque.

Pareillement, lorsque celui qui a pris un héritage à titre de rente foncière, l'a hypothéqué, et le déguerpi ensuite, le déguerpiement n'éteint pas l'hypothèque du créancier, qui peut le faire vendre, à la charge de la rente pour laquelle il a été déguerpi.

§. IV. De l'extinction de l'hypothèque, par l'extinction de la dette pour laquelle elle a été constituée.

L'hypothèque ne peut subsister sans une dette pour laquelle elle ait été constituée, suivant qu'il résulte des notions que nous avons données au *chap. 1, sect. 2, §. 3*. D'où il suit que l'extinction de la dette pour laquelle l'hypothèque

a été constituée, entraîne nécessairement l'extinction des hypothèques.

Il n'importe que la dette ait été éteinte par le paiement ou par quelqu'une des autres manières dont les dettes s'éteignent, comme par la remise que le créancier auroit faite de sa dette, par la novation, la compensation.

Pour que le paiement de la dette éteigne les hypothèques, il faut qu'il soit entier; pour peu qu'il reste quelque chose de dû, soit de son principal, soit même des intérêts, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens qui étoient hypothéqués au total de la dette, demeurent hypothéqués à ce qui en reste dû : *L. 13, §. 6, ff. de pig. et hyp.* C'est pourquoi, quoiqu'on ait payé à l'un des héritiers du créancier, tout ce qui étoit dû à cet héritier pour sa portion, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, et tous les biens demeurent hypothéqués à ce qui reste dû aux autres héritiers; *et vice versa*, si l'un des héritiers du débiteur a payé sa portion entière, tous les biens, même ceux échus dans le lot de ce débiteur qui a payé sa portion, demeurent hypothéqués à ce qui reste dû par les autres héritiers : *L. 1, cod. si un. ex plur. L. 1, cod. de luit. pig. et passim.*

Quelquefois le paiement entier de la dette transfère l'hypothèque du créancier qui est payé, à un autre créancier, plutôt qu'il ne l'éteint; cela arrive lorsque le paiement se fait avec la clause de subrogation au profit de celui des deniers duquel le paiement se fait; la raison est, qu'on feint que la créance du créancier qui est payé avec la clause de subrogation, n'est pas tant censée payée que vendue au nouveau créancier, des deniers duquel le paiement s'est fait, *magis emisse nomen quàm solvisse intelligitur.* Nous avons traité des subrogations à la fin du contrat de vente, où nous renvoyons.

La novation transfère aussi quelquefois l'hypothèque de la nouvelle créance à l'ancienne, plutôt qu'elle ne l'éteint; cela arrive toutes les fois qu'on en convient par la novation.

Lorsque le débiteur devient héritier, pour le total, du créancier, ou que, *vice versa*, le créancier devient héritier, pour le total, du débiteur, la dette se trouvant en ces deux cas confuse et éteinte par la réunion des deux qualités de créancier et de débiteur, qui se détruisent réciproquement en une même personne, cela entraîne l'extinction des hypothèques, à moins que la succession n'ait été acceptée sous

bénéfice d'inventaire; car un des effets du bénéfice d'inventaire étant d'empêcher la confusion des droits de l'héritier et de la succession, la dette subsiste, et par conséquent les hypothèques, qui en sont les accessoires, subsistent aussi.

Lorsque le créancier n'est devenu héritier que pour partie de son débiteur, *aut vice versâ*, quoique l'acceptation ait été pure et simple, il ne se fait aucune confusion des hypothèques, parce que la dette n'étant éteinte que pour la partie pour laquelle le créancier a été héritier de son débiteur, ou le débiteur de son créancier, les hypothèques sont entières pour ce qui reste de cette dette.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers d'une même dette, quoique l'un de ces créanciers devienne héritier, pour le total, du débiteur, il ne se fait aucune extinction des hypothèques, parce qu'elles restent entières pour les parts qui sont dues aux autres créanciers.

Lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, et que l'un d'eux devient héritier, pour le total, du créancier, les hypothèques des biens de ses co-débiteurs, doivent donc aussi subsister.

La prescription de 30 ans qui résulte de ce que le créancier ne s'est pas fait reconnoître ni servir pendant ce temps, n'éteint pas l'hypothèque; car, comme cette prescription opère plutôt une fin de non-recevoir contre l'action du créancier, qu'elle n'éteint la dette, et que la dette subsiste quoique sans action, cela suffit pour conserver l'hypothèque: *Cum hypotheca possit accedere obligationi etiam naturali*. C'est pourquoi l'hypothèque et l'action qui en naît, demeurent contre le débiteur jusqu'à ce qu'il ait acquis la prescription contre l'hypothèque, qu'il ne peut acquérir que par le laps de 40 ans.

Quoique l'autorité de la chose jugée et du serment décisore opèrent plutôt une fin de non-recevoir contre la demande du créancier, qu'elles n'éteignent, dans la vérité, la dette du débiteur, qui a été injustement renvoyé de la demande de son créancier, ou qui a faussement juré qu'il ne devoit rien; néanmoins, comme elle renferme une présomption, *juris et de jure*, qu'il n'y a point de dette, elle éteint indirectement l'hypothèque, en la rendant de nul effet.

§. V. De l'extinction de l'hypothèque, par la remise expresse ou tacite que fait le créancier, de son droit d'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint par la remise expresse ou tacite que fait le créancier, de son droit d'hypothèque.

Pour que cette remise soit valable et éteigne l'hypothèque, il faut que le créancier soit une personne usante de ses droits, et qui ait le pouvoir d'aliéner.

C'est pourquoi un interdit ne peut remettre les droits d'hypothèque qui lui appartiennent.

Une femme mariée ne le peut, sans être autorisée de son mari. Un mineur ne le peut : je pense pourtant, à l'égard du mineur, que, s'il l'avoit fait, il devrait obtenir des lettres de rescision dans les dix ans de sa majorité ; car, ce que fait un mineur est plutôt sujet à rescision, qu'il n'est absolument nul.

Si un tuteur, en sa qualité de tuteur, avoit fait gratuitement une remise des droits d'hypothèque qui appartiennent à son mineur, je pense que cette remise est absolument nulle, sans qu'il soit besoin de lettres ; car, ce que fait un tuteur, en sa qualité de tuteur, ne peut être valable et réputé pour le fait du mineur, qu'autant que ce qu'il fait n'excède point les bornes de l'administration ; sa qualité de tuteur ni lui donnant que le droit d'administrer les biens de son mineur, et non pas d'en disposer à son gré. Or, toute aliénation gratuite passe les bornes de l'administration, et par conséquent le pouvoir du tuteur.

Il faut décider la même chose à l'égard d'un curateur.

Par la même raison, un fondé de pouvoir, quelque générale que soit sa procuration, ne peut remettre gratuitement les droits d'hypothèque qui appartiennent à celui de qui il a la procuration ; il en faut une *ad hoc*.

Un mari ne peut pas non plus faire remise des droits d'hypothèque qui dépendent des rentes propres de femme, car il n'a que l'administration de ses propres ; mais il peut remettre les hypothèques des dettes actives mobilières de sa femme, quoique réservées propres, parce que la réserve des propres n'empêche pas qu'il ne soit seigneur des droits mobiliers de la femme : cette réserve ne donnant à la femme qu'une action de reprise, comme on peut le voir au *Traité de la communauté*.

La remise qu'un créancier, qui a le pouvoir de disposer,

fait des droits d'hypothèque qui lui appartiennent, éteint l'hypothèque, soit que cette remise soit expresse, soit qu'elle soit seulement tacite.

Le consentement que donne le créancier, à l'aliénation, ou même à l'obligation de la chose hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque.

Le créancier est censé avoir tacitement remis le droit d'hypothèque qu'il a sur un héritage, lorsqu'il a consenti à l'aliénation de son héritage, sans faire réserve de son droit d'hypothèque : *Creditor qui permittit rem venire pignus dimittit* : l. 158, ff. *de reg. jur.*; l. 4, §. 1, ff. *quib. mod. pig. solv.* La raison est, que le débiteur n'ayant pas besoin du consentement de son créancier, pour aliéner ses héritages avec la charge des hypothèques, le consentement du créancier ne peut paroître requis et donné pour une autre fin, que pour remettre son hypothèque.

Il en est de même lorsque le créancier a consenti que le débiteur obligeât à un nouveau créancier la chose hypothéquée; car le débiteur n'ayant pas besoin du consentement du premier créancier, pour constituer à un nouveau une hypothèque qui n'auroit lieu qu'après la première, le consentement du premier créancier ne peut guère paroître donné et requis à d'autre fin que pour remettre son hypothèque.

On pourroit néanmoins, en ce dernier cas, rechercher l'intention des parties, et examiner, par les circonstances, si l'intention de l'ancien créancier, en consentant qu'on obligeât au nouveau, la chose qui lui étoit hypothéquée, a été de remettre absolument son droit d'hypothèque, ou seulement de céder son rang au nouveau créancier, sans néanmoins remettre son hypothèque : l. 12, §. 4, ff. *qui pot. in pig.*

Mais, régulièrement, la présomption est que le créancier qui a consenti à la nouvelle hypothèque, a remis la sienne. *Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem quàm debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri non etiam tertium in locum ejus cepisse* : l. 12, ff. *quib. mod. pig. solv.*

Pour que le consentement que le créancier donne à l'aliénation ou à une nouvelle obligation de la chose qui lui est hypothéquée, renferme une remise tacite de son droit d'hypothèque, il faut que ce consentement soit formel.

La connoissance de la vente que faisoit le débiteur, qu'a eue le créancier, ou de la nouvelle hypothèque qu'il constituoit à un autre, ne peut pas passer pour consentement, quoiqu'il n'ait pas réclamé : *Non videtur consensisse creditor si sciente eo debitor rem vendiderit, quum ideo passus est venire, quod sciebat pignus sibi durare. D. L. 8, §. 15, ff. eod.*

C'est pourquoi, si le créancier a reçu, comme notaire, l'acte de vente ou d'obligation que le débiteur a fait de la chose hypothéquée, ou s'il y a souscrit comme témoin, il ne sera pas pour cela présumé avoir consenti à la vente ou à la nouvelle obligation, et avoir remis son hypothèque.

*Quid?* si l'acte portoit que l'héritage est franc d'hypothèque, le créancier qui, en recevant l'acte comme notaire, ou en le souscrivant comme témoin, auroit souffert cette clause sans réclamation, seroit-il censé avoir remis son hypothèque ? Il y a lieu de le penser. Il paroît que la loi 9, §. 1, ff. *quib. mod. pig. solv.*, le décide : *Mævius dicebat ante rempublicam feudum sibi obligatum fuisse. . . . Inveniebatur autem Mævius, instrumento cautionis cum republicâ facto à Seio, interfuisse, et subscripsisse : quò caverat Seius feudum nulli alii obligatum. . . . Modestinus respondit pignus, cui is de quo quaeritur consensit, minimè eum retinere posse.*

Si on doutoit que le créancier dût être présumé avoir absolument remis son hypothèque, en souscrivant à l'acte où étoit cette clause, au moins il n'est pas douteux qu'il ne pourroit l'exercer contre l'acquéreur à qui l'héritage auroit été vendu, ou contre le nouveau créancier à qui il auroit été hypothéqué par cet acte ; car, s'il n'a pas voulu remettre son hypothèque, il ne peut se disculper d'avoir, par sa dissimulation, concouru, avec le débiteur, à tromper cet acquéreur ou ce nouveau créancier : c'est pourquoi ils auront contre lui l'exception de dol.

La signature du créancier, à un acte qui énonce qu'un certain héritage de son débiteur n'est chargé d'aucune hypothèque, peut quelquefois ne préjudicier en aucune manière à son droit d'hypothèque ; savoir, lorsqu'il y a lieu de présumer qu'il a pu apposer sa signature sans prendre la lecture de l'acte ; *putà*, lorsqu'il a signé, *honoris causâ*, à un contrat de mariage, en la seule qualité de parent ou d'ami.

Le créancier qui consent à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'est censé remettre son droit d'hypothèque, qu'autant et sous la condition que l'aliénation, à laquelle il a

consenti, aura effectivement lieu : c'est pourquoi, si le créancier a permis, par écrit, à son débiteur, de vendre son héritage, et qu'il ne l'ait pas vendu, l'hypothèque du créancier, sur cet héritage, ne laissera pas de subsister : *Si non venierit non est satis ad repellendum creditorem quod voluit venire* : l. 8, §. 6, ff. D. tit.

La remise qu'opère le consentement du créancier à l'aliénation de la chose hypothéquée, n'a pas lieu, non-seulement lorsque le débiteur n'a pas vendu la chose, mais encore lorsque la vente qu'il en a faite est nulle ou simulée : l. 4, §. 2, ff. eod.

Il y a plus : si le débiteur, en conséquence de la permission du créancier, a aliéné, à la vérité, son héritage, mais sous quelque condition résolutoire, ou convenue, ou inhérente au contrat, l'hypothèque du créancier est plutôt suspendue qu'éteinte, et elle revit, si le contrat vient à se résoudre *ex causâ necessariâ et inhaerenti contractui*.

*Par exemple* : si le débiteur, avec la permission de son créancier, a vendu son héritage avec faculté de réméré, et qu'il l'exerce par la suite ; ou si, avec la permission de son créancier, il en a disposé par donation entre vifs, et qu'elle ait été révoquée par survenance d'enfants : en ces cas, et autres semblables, l'hypothèque revivra.

Ainsi, quoique la vente ne contint aucune clause résolutoire, si les parties s'en sont volontairement désistées avant qu'elle eût eu son entière exécution, le créancier qui a consenti à cette vente, conservera son hypothèque : l. 10, ff. *quib. mod. pig. solv.* Car il n'est censé, par ce consentement, avoir remis son hypothèque, qu'autant que la vente, en faveur de laquelle il vouloit bien la remettre, auroit son entière exécution.

Au contraire, si le débiteur qui a aliéné son héritage, du consentement du créancier, en redevient propriétaire, non par la résolution de l'aliénation qu'il en avoit faite, mais par un nouveau titre d'acquisition, il ne recouvrera pas la même hypothèque qu'il avoit et qu'il a remise ; l'héritage se trouvera seulement compris dans le droit d'hypothèque générale qu'il a sur tous les biens présents et à venir de son débiteur, s'il est créancier en vertu d'un titre authentique ; mais, s'il avoit, outre cette hypothèque générale, une hypothèque spéciale ou un privilège sur cet héritage, il ne pourra plus rien prétendre, tous ses droits ayant été éteints par la

remise qu'il est censé en avoir faite, en consentant à l'aliénation : *l. fin., cod. de remiss. pig.*

Lorsque le consentement que le créancier a donné à l'aliénation de la chose hypothéquée, est limité à certain titre d'aliénation, à certaines conditions, ou à certaines personnes, l'aliénation n'éteint l'hypothèque qu'autant que l'aliénation est faite au même titre et sous les mêmes conditions auxquelles le créancier a consenti à l'aliénation, et à la même personne à qui il a consenti qu'elle fût faite.

C'est pourquoi, si le créancier a permis à son débiteur, de vendre la chose hypothéquée, et que le débiteur l'ait donnée par donation entre vifs, on doit, en ce cas, décider que l'hypothèque n'est pas éteinte; car il y a lieu de présumer que le créancier, en permettant la vente de la chose hypothéquée, a eu en vue que le débiteur en employeroit le prix à le payer, ou à acquérir d'autres biens qui lui répondroient de sa dette, et qu'en conséquence, en permettant de vendre, il n'a pas entendu permettre de donner.

Au contraire, lorsque le créancier a permis à son débiteur de disposer, par donation entre vifs, de la chose hypothéquée, on doit ordinairement présumer qu'il lui a permis, à plus forte raison, d'en disposer à titre onéreux, suivant cette règle de droit : *Non debet, cui plus licet quod minus est, non licere* : l. 21, ff. de reg. jur.

Si, néanmoins, le créancier avoit permis à son débiteur, de donner à une certaine personne, amie de ce créancier, on ne pourroit pas dire qu'il lui auroit permis de vendre : *Si concessit donare et vendiderit debitor, repellitur creditor, nisi si quis dicat, ideo concessisse donari quod amicus erat creditori is cui donabatur*. D. L. 8, §. 13, *in fine*.

Si le créancier a permis à son débiteur, de vendre, pour un certain prix, la chose hypothéquée, ou de la vendre à certaines conditions, et que le débiteur l'ait vendue à un moindre prix, ou n'ait pas suivi les conditions prescrites par le créancier; ou s'il lui a permis de vendre dans l'espace d'un certain temps, et que le débiteur n'ait vendu qu'après l'expiration de ce temps: dans tous ces cas, l'hypothèque ne sera pas éteinte, car le créancier n'est censé l'avoir remise qu'autant que la vente se feroit pour le prix, aux conditions et dans le temps qu'il l'avoit permis.

Mais, si le débiteur l'a vendue pour un prix plus fort, l'hypothèque n'en sera pas moins éteinte; car le créancier, en

fixant le prix pour lequel il lui permet de vendre, ne lui permet pas de vendre à un moindre prix, mais il ne l'empêche pas de vendre plus, s'il peut : *l. 8, §. 14 et 18, argum. D, l. 21, ff. de reg. jur.*

Au reste, lorsque le créancier a permis à son débiteur, de vendre l'héritage hypothéqué, pourvu que la vente se soit effectivement faite, et de la manière et aux conditions que le créancier l'a permise, il n'importe que cette vente ait été faite par la personne même du débiteur, ou par son héritier ou autre successeur universel. *D. L. 8, §. 16.*

Mais le consentement du créancier n'auroit aucun effet, si c'étoit un tiers qui vendit. *D. L. 8, §. 17.*

§. VI. De la prescription de l'hypothèque, et de quelques autres manières introduites par les lois, pour purger les hypothèques.

L'hypothèque s'éteint par la prescription. Il faut, à cet égard, faire une différence entre le tiers détenteur de l'héritage hypothéqué, et le possesseur personnellement obligé.

A l'égard du tiers détenteur, dans les pays régis par le droit écrit, et dans les coutumes, telle que celle de Paris, qui admettent la prescription de dix ans entre présents; et vingt ans entre absents, avec titre et bonne foi, le tiers acquéreur qui n'a pas eu connoissance de l'hypothèque par son titre d'acquisition ni d'ailleurs, et a possédé l'héritage comme franc, acquiert la libération de l'hypothèque, par dix ans de possession, contre le créancier qui demeure en même province que lui, ou par vingt ans, s'il demeure en une province différente.

Le tiers détenteur qui possède sans pouvoir produire de titre de son acquisition, ne peut prescrire que par trente ans de possession.

Dans notre coutume, qui n'a point admis la prescription de dix ou vingt ans, le tiers détenteur, soit qu'il ait titre ou non, ne peut acquérir la libération de l'hypothèque, que par la prescription de trente ans.

Cette prescription, non plus que celle de dix ou vingt ans, ne court point contre le créancier, pendant qu'il est mineur.

Elles n'ont pas lieu non plus contre l'Eglise, contre qui on ne prescrit que par quarante ans.

Elle ne laisse pas de courir contre le créancier, quoique la condition de la dette pour laquelle l'héritage est hypothéqué, ne fût pas encore échue; et le créancier ne peut

alléguer en sa faveur la maxime, *non valenti agere, non currit præscriptio*. Car, si, avant l'échéance de la condition, il ne pouvoit pas intenter contre le détenteur de la chose hypothéquée, l'action hypothécaire, au moins pouvoit-il intenter l'action en interruption; et, faute de l'avoir fait, il doit s'imputer à lui-même s'il perd son hypothèque.

Nous avons traité plus amplement de ces prescriptions, en traitant du droit de propriété, où nous renvoyons.

A l'égard du débiteur, de ses héritiers et autres, personnellement obligés, suivant les principes de l'ancien droit romain, ils ne pouvoient acquérir la libération de l'hypothèque, par quelque temps qu'ils eussent possédé la chose hypothéquée. La raison est, que le débiteur qui a constitué l'hypothèque, possède lui-même la chose hypothéquée, à la charge de l'hypothèque. Or, cette possession résiste à la prescription; il ne peut donc pas prescrire par quelque temps qu'il possède, et ses héritiers ne le peuvent pas non plus, parce que la possession de ses héritiers est la même que la sienne, qui continue en leur personne, puisqu'ils succèdent *in virtutes et vitia possessionis defuncti*, comme nous l'avons vu, en traitant du droit de propriété.

Il en est de même de tout autre possesseur qui a reconnu l'hypothèque, quoique l'empereur Théodose eût établi la prescription de trente ans contre l'action personnelle, par le défaut du créancier d'en avoir usé pendant ce temps; néanmoins, le débiteur ou ses héritiers qui avoient acquis cette prescription contre l'action du créancier, et qui possédoient des biens hypothéqués à la dette, ne laissoient pas d'être sujets à l'action qui résultoit de cette hypothèque, et ils ne pouvoient en acquérir la prescription de trente ans contre l'action personnelle, qui opère seulement une fin de non-recevoir contre l'action, et n'éteint pas l'action personnelle; cette obligation personnelle, quoique destituée d'action, étoit suffisante pour que l'hypothèque pût y accéder et se conserver par quelque temps que ce fût.

Depuis, l'empereur Justin a ordonné que le débiteur et autres, personnellement obligés, possesseurs de la chose hypothéquée, pourroient opposer contre l'action hypothécaire, la prescription de quarante ans, contre le créancier qui n'auroit point usé de son droit pendant ce temps.

Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, ont adopté la constitution de l'empereur Justin, à l'égard

des hypothèques contractuelles, c'est-à-dire, qui naissent des contrats devant notaires; et, en conséquence, elles décident que le débiteur et autres, personnellement obligés, prescrivent par quarante ans contre l'action personnelle hypothécaire, dont ils sont tenus envers le créancier.

A l'égard des hypothèques légales et de celles qui naissent des jugements, elles sont, même dans ces coutumes, sujettes à la même prescription que l'obligation personnelle, c'est-à-dire, à la prescription de trente ans.

Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées, telles que celle de Paris, on a jugé que la prescription contre l'action personnelle hypothécaire, résultante de contrat par-devant notaires, devoit aussi se proroger jusqu'à quarante ans, et que la loi de Justin devoit y être adoptée.

## CHAPITRE IV.

### Du nantissement.

#### ARTICLE PREMIER.

De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement; des choses qui en sont susceptibles; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes.

##### §. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement.

Le nantissement est une espèce de gage qui se contracte par la tradition qui est faite au créancier, de la chose qu'on lui engage. *Vide l. 9, §. 2, ff. de pignorat. act.*

En cela, il diffère de l'hypothèque proprement dite, qui se contracte par la seule convention, sans faire passer la possession de la chose au créancier.

Le nantissement est du droit des gens; car, selon le pur droit des gens, on ne peut acquérir de droit dans une chose, que par la tradition; ce n'est donc que par la force de la loi civile, qu'on peut acquérir un droit d'hypothèque dans une chose, sans tradition: l'hypothèque est donc du droit civil.

Le nantissement étant du droit des gens, n'est sujet à aucune forme, et il est valable entre les parties contractan-

tes, par leur seul consentement, suivi de la tradition de la chose engagée.

Mais, pour qu'il ait effet contre des tiers, c'est-à-dire, pour qu'il donne au créancier, à qui la chose mobilière a été donnée en nantissement, un privilège sur cette chose, contre les autres créanciers du débiteur, en cas de dérouté des affaires de ce débiteur, il faut qu'il ait été passé un acte par-devant notaire, dont il reste une minute (*Ordonnance de 1673, tit. 6, art. 8.*) du contrat de nantissement, et que la date précède au moins de dix jours la faillite du débiteur; puisqu'un débiteur ne peut plus, pendant ce temps, faire aucun transport, ni accorder des droits de gage et d'hypothèque à quelqu'un, au préjudice de ses autres créanciers.

§. II. Quelles choses sont susceptibles du nantissement? Des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes?

Le nantissement diffère encore de l'hypothèque proprement dite, touchant les choses qui en sont susceptibles; car, au lieu qu'il n'y a que les immeubles qui soient susceptibles de l'hypothèque proprement dite dans la plupart de nos coutumes, au contraire, ce sont principalement les meubles qui sont susceptibles du nantissement.

Les choses incorporelles, comme sont les dettes actives, sont-elles susceptibles du nantissement? La raison de douter est, que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles de possession, ni de tradition, ni par conséquent du nantissement, qui ne se contracte que par la tradition, et en mettant le créancier en possession de la chose. Néanmoins, comme la tradition, dont les dettes actives ne sont pas susceptibles, peut se suppléer en remettant, à celui à qui on la donne en nantissement, le billet ou obligation du débiteur, qui est l'instrument de cette dette active, et en faisant, par le créancier à qui la dette active a été donnée en nantissement, signifier au débiteur de cette dette, l'acte par lequel elle a été donnée en nantissement, avec défense de payer en d'autres mains qu'en celles de celui à qui elle a été donnée en nantissement, il y a lieu de soutenir que les dettes actives en sont aussi susceptibles.

Il est évident que les biens à venir, quoique susceptibles de l'hypothèque, ne le sont pas du nantissement, puisqu'il ne se contracte que par la tradition.

A ces différences près, le nantissement et l'hypothèque conviennent, soit par rapport aux personnes par qui l'une ou l'autre espèce de gages, peuvent être constituées, soit par rapport aux dettes pour lesquelles elles peuvent l'être.

Observez néanmoins que, lorsque quelqu'un a donné en nantissement une chose qui ne lui appartenait pas, quoique le nantissement ne soit pas valable, à l'effet de donner aucun droit dans la chose au créancier à qui elle a été donnée en nantissement, néanmoins le contrat de nantissement est valable pour produire, entre les parties contractantes, des engagements respectifs.

## ARTICLE II.

## Des effets du nantissement.

Les effets du nantissement sont le droit qu'acquiert le créancier, dans la chose qui lui a été donnée en nantissement, et les obligations respectives qui naissent du contrat de nantissement; savoir, du créancier envers le débiteur qui lui a donné la chose en nantissement, et du débiteur envers le créancier à qui il l'a donnée.

## §. I. Du droit du créancier, dans la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Le créancier acquiert, dans la chose qui lui a été donnée en nantissement, le droit de la posséder et retenir, pour la sûreté de sa dette, et celui de la vendre, pour être payé sur le prix.

Ce droit, selon la nature du droit d'hypothèque, est individuel; la chose donnée en nantissement, ainsi que la chose hypothéquée, est, non-seulement dans sa totalité, mais dans chacune de ses parties, affectée au total de la dette, et non-seulement au total de la dette, mais à ce qui en reste dû, quelque peu qu'il en reste.

Ce droit qu'a le créancier, de posséder la chose qui lui a été donnée en nantissement, non-seulement lui donne, pour la retenir, une exception contre le propriétaire de la chose qu'il a donnée en nantissement, ou ses héritiers qui la revendiqueroient; elle lui donne aussi, au cas que la chose lui ait été soustraite ou ravie, une action réelle pour se la faire rendre, contre quiconque se trouveroit l'avoir par-devers lui, fût-ce le propriétaire de qui il l'a reçue en nantissement.

A l'égard du droit qu'a le créancier, de vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, il est évident qu'il ne peut exercer ce droit avant que le débiteur ait été en demeure de payer, et, à plus forte raison, avant que le terme de paiement soit échu : *Nam ibi nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est* : l. 88, ff. de reg. jur.

Il ne suffit pas, même après que le terme de paiement est échu, de constituer le débiteur en demeure, par un simple commandement de payer le créancier, pour pouvoir vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement; mais il faut assigner le débiteur, et obtenir, sur cette assignation, une sentence qui ordonne que, faute par le débiteur de payer, dans un certain délai qui lui sera prescrit par la sentence, il sera permis au créancier, sans qu'il soit besoin d'obtenir d'autre sentence, de vendre la chose.

Il doit la faire vendre par un sergent, avec les mêmes formalités qui s'observent pour la vente des meubles pris par exécution, et il doit dénoncer au débiteur, à son domicile ou à celui de son procureur, s'il en a un, le jour et l'heure auxquels la chose sera exposée en vente. On peut convenir, par le contrat de nantissement, que le créancier pourra, faute de paiement, après un certain temps convenu, vendre le gage, sans obtenir, pour cet effet, aucune permission du juge. Je pense, néanmoins, qu'en ce cas le créancier devroit, après le temps expiré, dénoncer la vente au débiteur, et faire faire cette vente publiquement par un huissier; à moins que, par le contrat, il ne soit expressément déchargé de dénoncer la vente. On pourroit aussi, par le contrat, lui permettre de vendre la chose de gré à gré, et convenir qu'il seroit cru du prix, à sa déclaration. Car toutes ces conventions, n'ayant rien d'illicite et de contraire aux bonnes mœurs, doivent être exécutées.

Si on convenoit que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps marqué, le créancier demeureroit propriétaire de la chose qui lui a été donnée en nantissement, la convention seroit nulle. Cette convention a été défendue par la constitution de Constantin, l. fin., cod. de pact. pig., pour réprimer l'injustice des créanciers qui, par cette convention, s'approprioient les biens de leurs misérables débiteurs, pour un prix au-dessous de leur valeur. Et cette loi, comme très-équitable, est suivie parmi nous.

Mais, si la convention a été que, faute par le débiteur de

payer dans un certain temps, le créancier demeurerait propriétaire de la chose, pour le prix qu'elle seroit pour lors estimée par experts, dont les parties conviendroient à frais communs, la convention, en ce cas, n'a rien d'illicite, et doit être exécutée : l. 16, §. *fin.* ff. *de pig. et hyp.* ; l. 81, ff. *de cont. empt.* L'estimation remédie à l'iniquité qui auroit pu se trouver dans la clause précédente.

Dans le cas de cette clause, selon nos usages, le créancier, faute de paiement, ne devient pas propriétaire de plein droit, de la chose ; il faut qu'il fasse ordonner par le juge, que, conformément à la clause, il demeurera propriétaire pour l'estimation, et qu'il le fasse consentir par le débiteur. Jusque-là, quoique le temps limité pour le paiement soit expiré, le débiteur sera toujours recevable à reprendre sa chose, en offrant de payer.

Le droit qu'a le créancier, sur la chose qui lui a été donnée en nantissement, s'éteint comme le droit d'hypothèque : 1° Par l'extinction de la chose ; mais, pour peu qu'il en reste quelque chose, le droit demeure sur ce qui en reste.

2° Lorsque le créancier en devient propriétaire, *cum res sua nemini pignori esse possit.*

3° Par la résolution et extinction du droit de propriété de celui qui me l'a donnée en nantissement. *Putà,* si l'héritier d'une personne qui avoit légué à quelqu'un sa bibliothèque, sous une condition, me la donne en nantissement, avant l'échéance de la condition ? Comme il en étoit pour lors propriétaire, le nantissement étoit valable ; mais, lorsque la condition viendra à échoir, le droit de propriété qu'il avoit dans cette bibliothèque, venant à s'éteindre, le droit de nantissement qu'il m'avoit donné, s'éteindra aussi.

4° Le droit de nantissement s'éteint aussi, comme l'hypothèque, par l'extinction de la dette pour laquelle la chose a été donnée en nantissement ; mais il faut qu'elle soit entièrement acquittée, quelque peu qu'il reste de dû, soit du principal, soit des intérêts : le droit de nantissement subsiste en son entier ; il subsiste même, en quelque façon, pour les frais que le créancier auroit faits pour la chose.

5° Enfin, il s'éteint par la remise qu'en fait le créancier, en rendant volontairement la chose au débiteur qui la lui avoit donnée en nantissement.

§. II. De l'engagement du créancier envers le débiteur, produit par le contrat de nantissement.

Le créancier à qui le débiteur a donné une chose en nantissement, contracte, envers le débiteur, l'obligation de la lui rendre saine et entière, après que la dette aura été entièrement acquittée.

De cette obligation naît l'action personnelle qu'on appelle *actio pignoratitia directa*, qu'a le débiteur contre le créancier, pour répéter la chose qu'il a donnée en nantissement, après qu'il a acquitté la dette, ou pour rendre compte du prix de la vente, lorsqu'elle a été vendue à la requête du créancier.

Cette action appartient à celui qui a donné la chose en nantissement, il n'importe qu'il en soit ou non le propriétaire; le créancier qui la reçoit de lui, à titre de nantissement, n'en contracte pas moins envers lui l'obligation de la lui rendre.

Le débiteur, ou autre, qui a donné la chose en nantissement, ne peut intenter cette action, qu'après que la dette pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, a été entièrement acquittée en principal et intérêts.

C'est pourquoi, si l'un des héritiers du débiteur a payé la part du prix dont il étoit personnellement tenu de la dette pour laquelle le défunt avoit donné certaines choses en nantissement à son créancier, il ne pourra pas pour cela intenter cette action, pour sa part dans les choses données en nantissement, tant qu'il restera quelque chose de dû par quelqu'un de ses cohéritiers; car chaque partie des choses données en nantissement, est affectée à tout ce qui peut rester de la dette, comme il a été observé ci-dessus.

Lorsque la chose donnée en nantissement produit des fruits: ceux que le créancier en perçoit, s'imputent sur sa dette; et si, par ceux qu'il a perçus, elle se trouve acquittée, il y a lieu à cette action.

Elle a lieu quelquefois, quoique la dette n'ait pas été acquittée: 1° Lorsque le créancier a bien voulu se désister du nantissement, soit au moyen d'autres sûretés qu'on lui a données, ou à certaines conditions, soit qu'il s'en soit désisté sans autres sûretés ni conditions; c'est pourquoi Ulpien dit: *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio; satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pigno-*

*ribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventionione nascitur pignoratitia actio, et generaliter dicendum quoties recedere voluit creditor à pignore, videri ei satisfactum; si, ut ipse voluit, sibi eavit, licet in hoc deceptus sit: l. 9, §. 3, ff. de pig. act.*

2° Lorsque le créancier à qui une chose a été donnée en nantissement, mésuse de cette chose : l. 3, in fine codic. h. t.

Lorsqu'une chose a été donnée en nantissement à quelqu'un, pour une somme que celui qui la lui a donnée comptoit emprunter de lui, la somme n'ayant point été comptée, il est évident que celui qui a donné la chose en nantissement, peut la répéter par cette action : l. 11, §. 2, ff. d. tit.

L'objet de cette action, lorsque la dette a été acquittée sans qu'il ait été passé à la vente de la chose donnée en nantissement, est que le créancier à qui elle a été donnée en nantissement, soit tenu de la rendre.

S'il avoit perçu quelques fruits ou quelque utilité de cette chose, il est aussi obligé, par cette action, d'en faire raison au débiteur qui la lui a donnée.

Si, par sa faute, la chose avoit été détériorée, il doit aussi faire raison au débiteur à qui elle appartient, de ce dont la chose s'est trouvée dépréciée. *Vide l. 24, §. 3; l. 13, §. 1, ff. de pig. act.* Il est tenu, à cet égard, de la faute commune, *de levi culpa. Arg., l. 14, ff. eod.*; le contrat de nantissement étant un contrat qui concerne l'intérêt de l'une et l'autre des parties contractantes.

Si la chose a été perdue, ou a péri sans sa faute, il est libéré; ce qui est commun à tous les débiteurs de corps certains. *Vide l. 6, 8 et 9, cod. eodem.*

Lorsque le créancier, faute de paiement, a fait procéder à la vente de la chose qui lui a été donnée en nantissement, l'objet de l'action qu'a le débiteur en ce cas, est de lui faire rendre compte du prix; et si, par ce compte, il se trouve qu'après la dette en principal, intérêts et frais acquittés, le créancier est reliquataire de quelque somme, il doit être condamné à la rendre.

Si, au contraire, le prix n'avoit pas suffi à acquitter la dette en principal, intérêts et frais, il demeurera créancier de ce qui s'en manquera.

§. III. De l'obligation du débiteur qui a donné une chose en nantissement, envers le créancier à qui il l'a donnée.

Le débiteur qui donne une chose en nantissement, contracte aussi des engagements avec le créancier à qui il la donne, d'où naît une action personnelle qu'a le créancier contre lui, qu'on appelle *actio pignoratitia contraria*.

Le principal objet de cet engagement et de cette action, est l'indemnité des dépenses que le créancier a faites pour la conservation de la chose qui lui a été donnée en nantissement.

Celui qui la lui a ainsi donnée, est obligé de lui rembourser ce qu'il lui en a coûté, et le créancier a cette action contre lui, pour s'en faire rembourser : l. 8, ff. de pig. act.

L'action *pignoratitia contraria* a encore lieu en quelques autres cas.

1° Si celui qui a donné une chose en nantissement, au créancier, l'a depuis retirée de lui, ou par surprise ou précairement, à la charge de la lui remettre lorsqu'il la lui redemanderoit, le créancier a contre lui cette action pour se la faire rendre : l. 3; l. 22, §. 3, ff. de pig. act.

2° Si le créancier a été trompé dans le nantissement. *Putà*, si on lui a donné en nantissement un bijou qu'on lui disoit être d'or, et qu'il se trouve n'être que de similor; ou si quelqu'un lui a donné en nantissement une chose qui ne lui appartenoit pas, et qui a été réclamée par le véritable propriétaire, le créancier qui, sur la foi du nantissement, a prêté son argent, a cette action, pour ses dommages et intérêts, contre celui qui lui a donné cette chose en nantissement, quoique celui qui la lui a donnée ait été de bonne foi : l. 16, §. 1, ff. de pig. act.

Il y a néanmoins cette différence que, lorsque celui qui l'a donnée en nantissement, a été de bonne foi, il est simplement condamné aux dommages et intérêts du créancier; mais, lorsqu'il a été de mauvaise foi, qu'il a su que la chose qu'il donnoit en nantissement ne lui appartenoit pas, ou que ce qu'il donnoit pour de l'or, n'étoit que du similor, il est en ce cas condamné par corps, comme stellionataire.

3° Lorsque cette chose avoit quelque vice dont le créancier a souffert quelque préjudice, par la faute de celui qui l'a donnée en nantissement, qui, ayant connoissance de ce vice, n'en a pas averti le créancier, il y a lieu en ce cas à

cette action, pour les dommages et intérêts du créancier. Par exemple : si vous m'avez donné en nantissement une vache atteinte d'une maladie contagieuse qu'elle a communiquée aux miennes, j'ai action contre vous, pour mes dommages et intérêts, si, en ayant connoissance, vous ne m'en avez pas averti. *D. L. D. §. ff. eod.*

## CHAPITRE V.

De l'antichrèse, et du contrat pignoratif.

### ARTICLE PREMIER.

#### De l'antichrèse.

L'antichrèse est un contrat qui étoit en usage chez les Romains, et qui nous est décrit de cette manière en la loi 11, §. 1, de pig. et hyp. *Si antichresis facta sit et in fundum, aut in ædes aliquis inducatur, ad usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cùm in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque; itaque, si amisit possessionem solet in factum actione uti.*

Il résulte de ce texte, que l'antichrèse peut être définie la convention par laquelle un débiteur convient avec son créancier, de lui accorder, et à ses successeurs, le droit de jouir d'un certain héritage, jusqu'au paiement de la somme qui lui est due, pour lui tenir lieu des intérêts de cette somme.

Lorsque le créancier, en exécution de cette convention, a été mis en possession de l'héritage, il acquiert, sur cet héritage, le droit d'antichrèse, qui consiste dans le droit de jouir de tout l'héritage, et d'en percevoir tous les fruits, pour lui tenir lieu d'intérêts de la somme qui lui est due jusqu'au paiement.

Ce droit est un droit dans la chose, aussi bien que le droit d'hypothèque. Il est différent du droit de nantissement; il peut, à la vérité, quelquefois concourir avec lui, lorsque le débiteur, après avoir hypothéqué son héritage à son créancier, convient qu'il en jouira et percevra les fruits, pour lui tenir lieu d'intérêts jusqu'au paiement; mais il peut subsister séparément et sans aucun droit d'hypothèque, ce qui arrive lorsque le débiteur a accordé à son créancier ce droit sur un de ses héritages, sans le lui hypothéquer.

Ce droit a quelque affinité avec celui du nantissement, en ce que le créancier a droit de retenir et de posséder l'héritage jusqu'au paiement de sa dette, comme l'a le créancier hypothécaire à qui on a donné un héritage en nantissement; mais il en diffère en ce qu'il n'a pas le droit de vendre l'héritage, comme l'a le créancier hypothécaire; c'est pourquoi la loi dit, *retinet possessionem pignoris loco*; elle ne dit pas *pignoris jure*.

Le créancier n'acquiert ce droit sur l'héritage, que par la tradition qui lui en est faite : *Si antichresis facta sit*, dit la loi 11, *et in fundum aut in aedes aliquis inducatur*. Ce qui est commun à la règle générale, que les droits *in re* ne s'acquièrent pas par la seule convention, mais par la tradition, ou par quelque acte équipollent à tradition : *Non nudis conventionibus, sed traditionibus*. Il n'y a que le droit d'hypothèque, qui, par une exception à la règle générale, s'acquiert sans tradition, comme nous l'avons vu.

Lorsqu'un créancier a acquis une fois le droit d'antichrèse sur un héritage, comme ce droit est dans la chose, le débiteur ne peut plus dès-lors aliéner l'héritage à qui que ce soit, ni l'hypothéquer à un second créancier, qu'à la charge du droit d'antichrèse du créancier à qui il l'a accordé.

Le droit d'antichrèse, selon les principes du droit romain, donne tellement au créancier le droit de jouir de l'héritage, pour lui tenir lieu des intérêts de la somme qui lui est due, que le débiteur qui auroit soutenu que ses revenus surpassent le taux des intérêts, n'eût pas été recevable à demander compte au créancier, des revenus, sous la déduction des intérêts. L'événement incertain desdits revenus faisoit tolérer que le créancier pût en ce cas retirer quelque chose pour ses intérêts, au delà du taux légitime, en compensation de ce qu'il auroit pu arriver qu'en cas de stérilité, il auroit pu en retirer moins. C'est la décision de la loi 17, *cod. de usur. Obtentu majoris percepti emolumentum propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt*.

La loi 14, *in fin., cod. D. tit.*, décide pareillement que l'antichrèse d'une maison ne laisse pas d'être valable, quoique son loyer soit d'un prix plus considérable que le taux des intérêts de la somme due au créancier, parce qu'en ce cas il est plutôt censé tenir la maison à loyer, pour un vil prix, que retirer un intérêt excessif : *Non illicitum fenus esse contractum, sed vilis conducta habitatio videtur*.

Le créancier qui jouit par antichrèse, doit être tenu des charges réelles annuelles de l'héritage, qui sont des charges de la jouissance annuelle qu'il a; il doit aussi être tenu des réparations locatives; mais, comme sa jouissance n'est que momentanée, et doit finir lorsque le débiteur aura payé, je ne crois pas qu'il doive être tenu de toutes autres espèces de réparations, ni des charges extraordinaires qui surviendroient pendant le temps de l'antichrèse.

Il naît de ce droit d'antichrèse, une action réelle qu'a le créancier qui auroit perdu la possession de l'héritage sur lequel il a ce droit, pour s'en faire remettre en possession. La loi 11, §. 1, ff. de pig. et hyp., dont nous avons rapporté les termes, l'appelle *actio in factum*, parce que, comme le remarque le Scholiaste grec, le droit d'antichrèse n'étant pas le même que celui d'hypothèque, le créancier ne peut pas, en ce cas, avoir l'action servienne ou hypothécaire, mais une autre action réelle, *ad instar*, que la loi appelle *actio in factum defectu alterius nominis*.

Cette action a lieu contre tous ceux que le créancier trouve en possession de l'héritage sur lequel il a ce droit, soit le débiteur, soit des tiers.

Ce droit d'antichrèse s'éteint des mêmes manières que celui de gage ou nantissement.

Il nous reste à observer que Justinien a réprouvé la convention d'antichrèse à l'égard des laboureurs, et a défendu à leurs créanciers, de dépouiller par l'antichrèse, lesdits laboureurs, de leurs champs ou de leurs animaux, et autres effets servant à la culture des terres. *Vide authent. nullum credentem agricolæ tenere. §. sancimus itaque, etc., coll. 4, tit. 13, cap. 5; novell. 24, cap. 1, l. 17, cod. de usur.*

En France, il est évident que la convention d'antichrèse ne peut avoir lieu dans le prêt d'argent, car nos lois ne permettant pas aux créanciers, de stipuler un intérêt des sommes qu'ils prêtent, c'est une conséquence que, dans notre droit, la convention d'antichrèse est illicite entre ces sortes de créanciers et leurs débiteurs.

Il sembleroit qu'elle pourroit l'être entre le créancier et le débiteur d'une rente ou même d'une dette exigible qui produit des intérêts, telle que celle d'une somme promise pour dot de mariage. Néanmoins, Loyseau, en son *Traité de la distinction des rentes*, liv. 1, chap. 1, n. 12, regarde indistinctement, et, par conséquent même en ces cas, la conven-

tion d'antichrèse comme réprochée en France. La raison est, que nous sommes bien plus exacts que n'étoient les Romains, sur tout ce qui peut favoriser l'usure, et tous les moyens par lesquels les créanciers de rentes ou de sommes qui produisent intérêts, pourroient se procurer un intérêt plus fort que celui qui est permis par nos ordonnances. C'est dans cette vue que Charles IX, par son édit du 20 novembre 1565, a ordonné que les rentes créées en blé, fussent réduites et commuées en rentes en argent, au denier douze de leur principal, qui étoit, en ce temps, le taux des intérêts. Par la même raison, l'antichrèse ne doit pas être permise parmi nous, même à l'égard des créanciers de rentes et de sommes qui peuvent produire intérêts, de peur que, par ce moyen, le créancier ne retirât un intérêt plus fort que l'intérêt légitime, dans le cas auquel le revenu de l'héritage qui lui auroit été donné à titre d'antichrèse, à laquelle on ne doit point avoir égard, excéderoit les arrérages ou intérêts; c'est pourquoi le débiteur est toujours recevable à demander au créancier compte des fruits et jouissances de l'héritage dont il l'auroit mis en possession, en offrant de lui faire déduction, sur lesdits revenus, des arrérages et intérêts légitimes qui pourroient lui être dûs.

Au reste, comme ce n'est qu'en faveur du débiteur, que la convention d'antichrèse est regardée comme illicite, pour empêcher que les créanciers ne tirent un intérêt plus fort que les arrérages de rente ou intérêts qu'ils ont droit de prétendre, il suit de là qu'il n'y a que le débiteur qui soit recevable à opposer le vice de cette convention; c'est pourquoi, si un héritage a été donné par antichrèse, à un créancier de rente, pour un certain temps, pour lui tenir lieu des arrérages de sa rente, le créancier ne sera pas recevable à demander les arrérages de sa rente, en offrant de compter des fruits.

Quoique Loyseau regarde la convention d'antichrèse comme réprochée en France, il observe néanmoins qu'elle s'y pratiquoit anciennement en certains cas, dont il est fait mention en la somme rurale de Boutillier, et qu'elle s'appeloit *mort-gage*, à la différence de *vif-gage*, qui s'acquitte de ce que le créancier perçoit de la chose engagée.

Ces cas sont lorsque, par exemple, un père, en apparant sa fille, d'une certaine somme pour toute part en sa succession, ordonne qu'elle jouira d'un certain héritage, jusqu'à

ce que l'héritier lui ait payé cette somme. Loyseau pense que cela pourroit encore se pratiquer à présent. La coutume de Lille en a même une disposition. Elle porte, art. 17, *qu'on peut disposer, par testament, de ses héritages à titre de mort-gage, et sans desconter en ligne directe en descendant seulement.*

## ARTICLE IX

## Du contrat pignoratif.

Le contrat pignoratif est un contrat par lequel le propriétaire d'un héritage l'engage à quelqu'un, moyennant une certaine somme d'argent, et lui accorde, et à ses successeurs, le droit d'en jouir jusqu'au remboursement de la somme qu'il a donnée, qu'il sera permis au propriétaire de faire, toutes fois et quantes il voudra, rentrer dans son héritage.

Le contrat pignoratif est différent de l'antichrèse. Celui à qui un héritage a été donné à titre d'antichrèse, demeure véritablement créancier de la somme, en compensation des intérêts de laquelle la jouissance de cet héritage lui a été accordée, et il peut l'exiger de son débiteur qui lui a donné à titre d'antichrèse; au contraire, celui à qui un héritage a été donné à titre de contrat pignoratif, n'est point créancier de la somme qu'il a donnée à celui qui lui a engagé son héritage; il ne peut le poursuivre pour le paiement de cette somme, puisqu'il n'est obligé de la rendre, qu'autant et quand il lui plaira de dégager son héritage.

Il est aussi différent de la vente d'un héritage avec faculté de réméré perpétuel ou limité à un certain temps. Cette vente transfère véritablement la propriété de l'héritage à l'acquéreur; le vendeur ne conserve qu'un droit et une action pour rentrer dans l'héritage, en rendant ce qu'il en a coûté à l'acquéreur; et ce droit, quoique illimité, ou même expressément retenu à perpétuité, s'éteint par la prescription ordinaire de trente ans, lorsque le vendeur, qui se l'est retenu, n'en a pas usé: au contraire, le contrat pignoratif ne transfère point la propriété de l'héritage, qui demeure toujours par-devers celui qui l'a engagé. Celui à qui il a été engagé, n'en a que la possession et le droit d'en jouir jusqu'à ce qu'il plaise au propriétaire de l'héritage de le dégager; et, comme personne ne peut changer le titre

de sa possession, il suit de là que l'engagiste et ses héritiers, non plus que ceux qui ont acquis ces héritages comme héritages engagés, ne peuvent, par quelque laps de temps que ce soit, prescrire contre le droit qu'a le propriétaire, de dégager son héritage, ni acquérir contre lui, par prescription, le droit de propriété; car le titre et la cause de la possession de l'engagiste, résiste à cette prescription, et réclame pour le droit du propriétaire. Si l'engagiste avoit vendu à quelqu'un, l'héritage engagé, comme un héritage dont il se disoit le vrai propriétaire, l'acquéreur qui l'auroit acquis sans connoissance de l'engagement, pourroit prescrire le droit de propriété contre le vrai propriétaire de l'héritage, par le temps requis par les coutumes, à moins que l'héritage ne fût engagé du domaine du roi, les biens domaniaux n'étant sujets à aucune prescription.

L'engagiste n'étant point propriétaire de l'héritage engagé, ne peut exercer les actes domaniaux; c'est pourquoi l'ordonnance de Moulins, *art.* 15 et 15, porte: « Que les engagistes des seigneuries des domaines du roi, ne peuvent recevoir les foi et hommages des vassaux desdites seigneuries, et ne peuvent nommer aux offices et bénéfices qui en dépendent. » Ce qui est aussi ordonné par l'ordonnance de Blois.

Il y a un grand nombre d'exemples de contrats pignoratifs entre le roi et les particuliers qui tiennent, par engagement, différents biens du domaine, non-seulement des héritages et des seigneuries, mais différents droits. *Par exemple*: tous les offices domaniaux sont des droits du domaine, engagés à des particuliers, par contrat pignoratif.

A l'égard des particuliers, Loyseau, *liv.* 1, *chap.* 7, *n.* 13, nous apprend que le contrat pignoratif se pratique aussi entre les particuliers, dans les provinces d'Anjou et du Maine; mais que, hors ces provinces, nous le regardons comme illicite, de peur qu'on ne se serve de ce contrat, pour tirer un plus gros intérêt de l'argent, qu'on n'en tireroit d'une constitution de rente.

# TRAITÉ

## DES

### SUBSTITUTIONS.

---

#### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Nous n'avons, dans le pays coutumier, que deux espèces de substitutions : la substitution vulgaire ou directe, et la substitution fidéicommissaire.

La pupillaire et l'exemplaire n'y sont point admises.

La substitution vulgaire ou directe, est celle par laquelle je lègue quelque chose à quelqu'un, au cas que celui à qui je l'ai léguée en premier lieu, ne recueille pas le legs.

*Par exemple*, si je lègue ainsi : Je fais Pierre mon légataire universel, et, à son défaut ou refus, Paul. La disposition faite au profit de Paul, est une substitution vulgaire ou directe.

La substitution fidéicommissaire est la disposition que je fais d'une chose au profit de quelqu'un, par le canal d'une personne interposée, que j'ai chargée de lui remettre.

*Par exemple* : Je fais Pierre légataire universel de mes biens, et je veux qu'il les restitue, après sa mort, à Paul. La disposition que je fais de mes biens au profit de Paul, est une substitution fidéicommissaire, parce que Paul, au profit de qui la substitution est faite, ne doit pas recueillir mes biens directement, mais par le canal de Pierre,

personne interposée, que j'ai chargée de lui remettre.

On peut faire tout à la fois l'une et l'autre substitutions, par le terme général de substituer, comme lorsqu'il est dit: *Je fais Pierre mon légataire universel, et je lui substitue Paul.* Ces termes comprennent, et la substitution vulgaire et la fidéicommissaire, et non-seulement Paul est appelé dans le cas auquel Pierre ne recueillerait pas le legs; mais, même dans le cas auquel Pierre le recueillerait, il est censé grevé de le restituer, après sa mort, à Paul.

On appelle cette forme de substituer, substitution compendiaire.

Dans la substitution fidéicommissaire, comme dans la vulgaire, celui au profit de qui la substitution est faite, est celui qu'on appelle le substitué; celui qui est chargé de restituer les choses qui sont l'objet de la substitution, s'appelle le grevé.

On divise les substitutions, tant vulgaires que fidéicommissaires, en simples et graduelles.

Les simples sont celles qui n'ont qu'un degré, telles que celles dont les exemples sont rapportés ci-dessus.

Les graduelles sont celles qui contiennent plusieurs degrés; comme lorsqu'après avoir substitué Paul à Pierre, je substitue Jacques à Paul, Christophe à Jacques.

On peut les diviser encore, à raison de leurs objets, en substitutions universelles, et substitutions des choses particulières.

C'est des substitutions fidéicommissaires dont nous nous proposons de traiter ici. Nous traiterons:

1° Des actes par lesquels elles peuvent être faites, de leurs différentes natures, suivant les différents

actes qui les contiennent, et de leurs formalités tant intrinsèques qu'extrinsèques.

2° Des termes qui expriment ou non les substitutions, soit simples, soit graduelles, et quand on doit ou non en supposer de tacites.

3° De l'interprétation des substitutions, conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, et de l'interprétation de quelques espèces particulières de substitutions.

4° Des personnes qui peuvent faire des substitutions, de celles qui peuvent y être appelées, ou en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence, et des choses qui en sont l'objet.

5° De leur effet avant l'ouverture.

6° De leurs ouvertures, et des actions qui en naissent.

7° Des manières dont elles s'éteignent.

## SECTION PREMIÈRE.

Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires; de leurs différentes natures, suivant les différents actes qui les contiennent, et de leurs formalités, tant intrinsèques qu'extrinsèques.

### ARTICLE PREMIER.

Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires.

Les substitutions fidéicommissaires se font le plus communément par testament; elles se peuvent faire aussi par des actes de donation entre vifs, étant permis à un donateur de prescrire telle loi que bon lui semble, à sa donation.

Lorsque je fais à quelqu'un donation de mes biens, ou d'une chose particulière, je peux la lui faire à la charge qu'il restituera ce que je lui donne, à un tiers, après sa mort, ou lors de l'événement d'une certaine condition. Or, cette charge que j'impose à mon donataire, de restituer ce

que je lui donne, à un tiers, est une vraie substitution fidéicommissaire ; on peut donc faire des substitutions fidéicommissaires, par des donations entre vifs ; il n'est pas même nécessaire que le substitué intervienne pour cela dans l'acte de donation, et qu'il y stipule lui-même du donataire que les choses lui seront restituées lors de l'événement de la condition. Cette substitution peut se faire même sans que le substitué le sache, même quoique le substitué ne soit pas encore né, ni même conçu. Cela paroît contraire aux principes du droit, suivant lesquels il ne peut résulter aucun droit des conventions, qu'au profit de parties contractantes, et non au profit d'un tiers, *nemo alteri stipulari potest* : aussi, par l'ancien droit romain, lorsqu'une donation avoit été faite à la charge de restituer la chose donnée à un tiers, ou de donner quelque chose à un tiers, et que le donataire n'exécutoit pas la loi qui lui avoit été imposée, il n'y avoit que le donateur qui eût action contre lui, pour révoquer sa donation, faute par lui de satisfaire à la loi qui lui étoit imposée ; et le tiers, en faveur de qui elle avoit été imposée, n'avoit aucune action pour en demander à son profit l'accomplissement. Néanmoins, par la suite, on s'est écarté de cette rigueur ; et les empereurs accordèrent en ce cas une action à ce tiers, ainsi que nous l'apprenons de la loi 3, *cod. de donat. quæ sub mod.* Cette jurisprudence, établie par les empereurs, a passé dans notre droit, et est constante : on peut même la concilier fort bien avec les principes du droit ; car, suivant ces principes, les obligations naissent non-seulement des contrats, mais aussi des quasi-contrats que la loi et l'équité naturelle peuvent former ; et on peut dire que la loi de l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'un donataire retienne les choses données contre la loi sous laquelle la donation lui a été faite, forme, par l'acceptation que fait le donataire ; de la donation à la charge de restituer les choses données à un tiers, un quasi-contrat entre lui et ce tiers, qui l'oblige envers ce tiers, à cette restitution.

Si l'acceptation d'une succession, forme, suivant les principes du droit, un quasi-contrat entre l'héritier et les légataires, qui l'oblige à la prestation des legs envers ces légataires, avec lesquels il n'a eu aucune convention, pourquoil'acceptation d'une donation faite à la charge de restituer à

un tiers, ne pourroit-elle pas former un semblable quasi-contrat entre le donataire et ce tiers ?

## ARTICLE II.

De la différente nature des substitutions, suivant les différents actes qui les contiennent.

La nature des substitutions suit la nature de l'acte qui les contient. La substitution portée par un testament, est une disposition testamentaire, et a la nature d'une disposition testamentaire : celle portée par une donation entre vifs, suit la nature des donations entre vifs.

De là il suit : 1° qu'elles sont sujettes aux formalités des testaments, comme nous le verrons en l'article suivant; 2° qu'elles peuvent être faites par tous ceux qui peuvent tester, et non par d'autres; 3° qu'elles peuvent être faites au profit de ceux à qui on peut léguer par testament, et non au profit d'autres; 4° qu'on ne peut faire les substitutions que jusqu'à concurrence de ce dont on peut disposer par testament, et par conséquent qu'elles sont sujettes aux réserves coutumières; 5° enfin, qu'elles sont révocables jusqu'à la mort du testateur, comme le sont toutes les dispositions testamentaires.

Au contraire, les substitutions portées par des actes de donations entre vifs, ne sont point sujettes aux formalités des testaments. Elles peuvent être faites par des personnes incapables de tester, pourvu qu'elles soient capables de faire des donations entre vifs. Elles peuvent être faites au profit de personnes incapables de recevoir par testament, pourvu qu'elles soient capables de recevoir par donations entre vifs. Elles peuvent aussi être faites jusqu'à concurrence de tout ce dont on peut disposer entre vifs. Elles ne sont point astreintes aux réserves coutumières, comme les dispositions testamentaires. Enfin, le donateur ne peut plus, après l'acte de donation conclu, y rien changer par sa seule volonté.

Avant la nouvelle ordonnance du mois d'août 1747, enregistrée au parlement le 27 mars 1748, c'étoit une question, si le donateur pouvoit, par une convention avec le donataire, le décharger en tout ou en partie, de la substitution, sans le consentement du substitué, lorsque le substitué n'avoit point été partie à l'acte de donation, et n'avoit point accepté la substitution faite à son profit par cet acte. Il sem-

bloit alors qu'on dût décider pour l'affirmative : *Nihil tam naturale est quæque eo modo dissolvi quo colligata sunt.* Le donataire n'étant chargé de la substitution, que par le concours de la volonté du donateur, qui a fait la donation à cette charge, et de la sienne, qui l'a acceptée à cette condition, sembloit devoir en être déchargé par le concours de leurs volontés contraires : la substitution ayant été faite sans que le substitué y fût intervenu, paroissoit pouvoir être dé faite sans lui, dans un temps où n'étant point encore ouverte, elle n'avoit pu lui acquérir aucun droit. Néanmoins, l'ordonnance a décidé le contraire : elle porte : *art. 11*, « que » les substitutions faites par un contrat de mariage, ou par » une donation entre vifs, bien et dûment acceptée, ne » pourront être révoquées, ni les clauses d'icelle changées, » augmentées ni diminuées par aucune convention ou dis- » position postérieure, même du consentement du dona- » taire. »

La raison qui a porté le législateur à décider de cette manière, et qui sert en même temps de réponse à celles ci-dessus rapportées pour l'opinion contraire, est que ce n'est pas la convention qui intervient entre le donateur et le donataire, qui oblige proprement et par elle-même, le donataire envers le substitué, à l'accomplissement de la substitution ; ce qui seroit contraire aux principes : *Nemo alteri stipulari potest, per extraneam personam acquiri non potest.* C'est le quasi-contrat que la loi forme entre le donataire et le substitué, qui produit l'engagement qui oblige le donataire envers ce dernier. La convention entre le donateur et le donataire ne peut donc pas détruire cet engagement, puisque ce n'est pas celle qui est intervenue entre eux, qui l'a produit : l'engagement du donataire étant contracté, non envers le donateur, mais envers le substitué, quoiqu'il n'ait pas encore acquis un droit formé au substitué, la condition sous laquelle il a été contracté n'étant pas encore échue, ne peut être détruit que par la volonté du substitué, et non pas par celle du donateur, qui n'est pas celui envers qui l'engagement est contracté.

Nous avons vu que les substitutions contenues dans un testament, ont la nature des dispositions testamentaires, et que celles contenues dans une donation entre vifs, ont la nature des actes entre vifs ; il reste à décider quelle est la nature d'une substitution portée par un acte qui ne contien-

droit aucune autre disposition. Il faut décider que cette substitution est une disposition testamentaire ; car, suivant le principe établi par l'ordonnance de 1751, que nous n'avons que deux manières de disposer de nos biens à titre gratuit : la donation entre vifs et la disposition testamentaire ; cette substitution ne peut être que l'une ou l'autre : elle n'est pas donation entre vifs ; car il faudroit pour cela qu'il y eût eu un premier donataire entre vifs, qui eût accepté la donation, et à qui la chose donnée eût été laissée à la charge de la substitution, ne pouvant pas y avoir sans cela de donations entre vifs : reste donc que cette substitution, qui n'est point apposée à une première donation entre vifs, soit une disposition testamentaire ; et elle doit par conséquent en avoir la nature.

## ARTICLE III.

## Des formalités intrinsèques des substitutions.

Les substitutions sont sujettes aux formalités des actes qui les contiennent : celles portées par un testament sont sujettes aux formalités des testaments. S'il en manque quelques-unes, rien de ce qui est contenu au testament, et par conséquent les substitutions qui y sont contenues, ne peuvent être valables.

Si la substitution est faite par une donation entre vifs, elle est sujette aux formalités des donations entre vifs ; s'il en manque quelques-unes, la donation et la substitution qui y est apposée et qui en fait partie, sont nulles.

Au reste, il suffit que les formalités des donations s'accomplissent en la personne du premier donataire, pour rendre valable, tant la donation que la substitution qui en fait partie, et en est une charge. *Par exemple* : il suffit que la donation contienne une acception expresse de la part du premier donataire, quoiqu'il n'y en ait eu aucune de la part des substitués, qui ne sont pas même parties dans l'acte de donation. L'ordonnance de 1751 dit expressément, qu'en ce cas, la substitution sera valable par l'acceptation du premier donataire.

Il suffit pareillement que le donateur se soit dessaisi envers le premier donataire, pour que cette dessaisine, en validant la donation, valide aussi la substitution qui en fait partie.

Lorsque la substitution est portée par un acte qui ne contient aucune autre disposition ; comme, en ce cas, elle est de la nature des dispositions testamentaires, suivant que nous avons vu en l'article précédent, il suit de là qu'elle est sujette aux formalités des testaments, et qu'elle ne peut être valable, si l'acte qui la contient n'en est pas revêtu ; c'est pourquoi on ne doit pas suivre un arrêt du 18 janvier 1678, rapporté au Journal du Palais, qui avoit jugé qu'une substitution pouvoit être valable par une simple déclaration devant notaires, non revêtue des formes des testaments.

Il y a des formalités particulières introduites par l'ordonnance de 1747, pour certaines espèces particulières de substitutions. Elle veut, *art. 5*, que les substitutions particulières de deniers comptants, meubles, droits, et effets mobiliers, contiennent une mention expresse qu'il sera fait emploi desdits deniers, ou de ceux qui proviendroient de la vente ou du recouvrement desdits meubles, droits, ou effets mobiliers, à peine de nullité de la substitution.

Cette décision souffre exception à l'égard des bestiaux et ustensiles qui servent à faire valoir les terres, et à l'égard des meubles meublants qui servent à l'usage ou à l'ornement des châteaux ou maisons, lesquelles choses peuvent être comprises dans les substitutions des terres ou maisons, à l'exploitation desquelles elles servent, sans obliger le grevé de substitution, à les vendre : *Articles 6 et 7*.

L'ordonnance veut secondement, pour la validité des substitutions des meubles ou effets mobiliers apposés à des donations entre vifs, qu'il soit fait un état desdits meubles et effets mobiliers, contenant leurs prisées, qui soit signé des parties, et annexé à la minute de la donation, à peine de nullité de la substitution : *Article 9*.

#### ARTICLE IV.

Des formalités extrinsèques des substitutions.

##### §. I. De l'insinuation et de la publication des substitutions.

L'insinuation est la transcription de l'acte qui contient la substitution, dans un registre public.

La publication est la lecture qui en doit être faite à l'audience tenante.

Ces formalités de l'insinuation et de la publication, ont

été requises par l'ordonnance de Moulins et celles qui l'ont suivie, pour empêcher que les personnes qui contracteroient avec ceux dont les biens sont grevés de substitution, ne fussent trompées, en croyant contracter avec des gens dont les biens sont libres.

Ces formalités de l'insinuation et de la publication, sont des formalités extrinsèques aux substitutions; elles ne font pas partie de l'acte qui les contient. Cet acte a, sans ces formalités, tout ce qui est requis pour sa perfection; elles n'y ajoutent que la publicité.

§. II. Quelles substitutions sont sujettes aux formalités de l'insinuation et de la publication.

L'ordonnance de Moulins dit : « Ordonnons que toutes » dispositions entre vifs, ou de dernière volonté, contenant » substitution, seront, etc. »

L'ordonnance de 1747, art. 11 et 18, s'explique plus exactement, en restreignant la disposition aux substitutions fidéicommissaires. Elle dit : « Toutes les substitutions fidéicommissaires faites, soit par des actes entre vifs, soit par des » dispositions à cause de mort, seront publiées, etc. »

Au reste, même avant que l'ordonnance de 1747 s'en fût expliquée, il étoit évident que celle de Moulins, quoique conçue en termes généraux, ne pouvoit concerner que les substitutions fidéicommissaires, et non les directes ou vulgaires, à l'égard desquelles l'insinuation ne peut être d'aucune utilité.

Les legs faits sous une condition qui peut n'arriver qu'après un fort long temps, ressemblent fort aux substitutions fidéicommissaires; il y a même raison pour les assujettir à la formalité de l'insinuation et publication.

Quoique les donations faites par le roi ne soient pas sujettes à l'insinuation, comme nous l'avons vu au *Traité des donations*, néanmoins il y a lieu de croire que la substitution apposée à une donation faite par le roi, y doit être sujette. La raison de différence est, que l'insinuation des donations est requise pour que l'on sache que le donateur a donné son bien, afin que ses héritiers, ou que ceux qui contracteroient avec lui, ne soient point induits en erreur; ce qui n'est point à craindre lorsque le roi donne, le roi n'ayant point d'héritier, et étant toujours solvable; au lieu que l'insinuation des substitutions est requise, non pour qu'on sache que le do-

nateur, auteur de la substitution, a donné, mais pour qu'on sache que le donataire est grevé de substitution, et que les biens dont on le voit en possession ne sont pas libres. Or, à cet égard, il est indifférent par qui ils lui ont été donnés.

Les substitutions apposées à des donations d'immeubles situés en France, par des étrangers, ou faites à des étrangers, sont sujettes à la loi de l'insinuation; car cette loi, qui règle ce qui doit s'observer pour disposer des choses à certain titre, a pour objet les choses, et est par conséquent une loi réelle: or, il est de la nature des lois réelles, d'exercer leur empire sur les biens situés dans leurs territoires, à l'égard de quelque personne que ce soit.

§. III. Où l'insinuation et la publication des substitutions doivent-elles se faire?

La publication et l'insinuation des substitutions devoient, suivant l'ordonnance de Moulins, être faites au greffe du siège royal, le plus prochain de la demeure de l'auteur de la substitution. La déclaration rendue sur cette ordonnance, exige que ces publications et insinuations se fassent aussi au greffe du siège royal le plus prochain du lieu où les choses comprises en la substitution sont assises. Ces termes de siège royal, employés par l'ordonnance et la déclaration, comprennent les prévôtés royales aussi bien que les bailliages royaux, et l'insinuation pourroit s'y faire aussi bien qu'aux bailliages.

Mais, par l'art. 18 du tit. 11 de l'ordonnance, la publication et l'insinuation doivent se faire dans les bailliages ou sénéchaussées royales, tant du lieu de la demeure de l'auteur de la substitution, que du lieu où les choses sont situées.

Quand même la substitution seroit antérieure à l'ordonnance, si la publication et l'insinuation n'ont pas encore été faites, elles ne peuvent plus, depuis l'ordonnance, se faire que dans lesdits sièges: Article 21.

Si l'auteur de la substitution demouroit dans l'étendue de la justice d'une pairie, ou que les biens y fussent situés, ce ne seroit pas dans cette justice que la publication et l'insinuation devoient être faites, mais dans le bailliage royal qui a la connoissance des cas royaux dans l'étendue de cette juridiction.

L'ordonnance de 1747 ne dit pas, comme celle de Moulins, que la publication et l'insinuation se feront dans le siège le plus prochain; elle dit qu'elles se feront dans les bailliages royaux dans le ressort desquels sont la demeure de l'auteur de la substitution, et où les choses comprises en la substitution sont situées.

Lorsque la substitution est testamentaire, c'est dans le bailliage royal où l'auteur de la substitution avoit son domicile lors de son décès, que la publication et l'insinuation doivent se faire. Si la substitution est portée par une donation entre vifs, c'est dans le bailliage royal du lieu où il avoit son domicile lors de l'acte. La raison de différence est, que les testaments ne reçoivent leur perfection qu'à l'instant du décès du testateur, et que les actes entre vifs la reçoivent lorsqu'ils sont passés.

Lorsqu'il y a différentes choses comprises dans une substitution, situées dans différents bailliages royaux, la publication et l'insinuation doivent se faire dans les bailliages royaux où il y a des choses comprises en la substitution; sinon elle sera nulle, non entièrement, mais pour raison des choses situées dans le bailliage où on aura omis de faire la publication et l'insinuation; et, en cela, l'omission du lieu de la situation, diffère de celle du domicile, qui entraîne la nullité pour tout ce qui est compris en la substitution.

Lorsque d'une terre féodale dépendent des héritages situés en différents bailliages, il y a lieu de croire qu'il suffit de faire la publication et l'insinuation dans le bailliage du lieu où est le principal manoir, le principal manoir étant représentatif de toute la terre; que si c'étoit une terre en censive, il faudroit faire tout cela dans chacun des bailliages royaux où il y auroit des héritages situés, dépendants de cette terre. Cette distinction se tire, par argument, de l'édit des criées, qui l'a fait à l'égard des criées.

Lorsque la substitution comprend des droits réels, tels que des droits de champart, des droits de rentes foncières sur quelques héritages, les publications et insinuations doivent se faire au bailliage du lieu où est situé l'héritage sur lequel ces droits sont à prendre; car ces droits étant, en quelque façon, l'héritage même considéré comme appartenant, à certains égards, à ceux à qui appartiennent ces sortes de droits, ils sont censés avoir la même situation que l'héritage:

*Article 19.*

Les offices sont censés avoir une situation au lieu où s'en fait l'exercice ; c'est pourquoi les publications et insinuations doivent, pour raison des offices, se faire au bailliage du lieu :

*Article 22.*

Les rentes sur la ville de Paris, sur le clergé, sur les pays d'états, et autres pour lesquelles il y a un bureau public dans un certain lieu, sont censées avoir une situation dans ce lieu ; c'est pourquoi les insinuations et publications des substitutions, pour raison de ces rentes qui s'y trouvent comprises, doivent se faire dans le bailliage royal de ce lieu.

A l'égard des rentes constituées sur des particuliers, elles n'ont aucune situation, quand même elles auroient un assignat ou hypothèque spéciale sur quelque héritage ; c'est pourquoi il n'est pas besoin, pour raison de ces rentes, d'autre insinuation qu'au lieu de la demeure de l'auteur de la substitution.

A l'égard des substitutions d'effets mobiliers, dont il doit être fait emploi, si l'emploi en a été fait en héritage ou en quelques rentes de celles qui sont censées avoir une situation, elles doivent être publiées et insinuées, ainsi que l'acte d'emploi, au bailliage royal du lieu de la situation desdits héritages ou rentes ; et, si elles y avoient déjà été portées, parce que ce seroit le lieu du domicile de l'auteur de la substitution, il y faudroit publier et insinuer l'acte d'emploi :

*Article 23.*

§. IV. Comment se fait la publication et l'insinuation des substitutions.

La publication des substitutions se fait un jour d'audience, par la lecture que le greffier de la juridiction fait, à haute et intelligible voix, l'audience tenante, de l'acte qui contient la substitution.

Après cette publication, le greffier doit transcrire en entier, dans un registre public, destiné pour les insinuations, l'acte qui contient la substitution, lequel registre doit être communiqué à tous ceux qui souhaiteront de le voir.

Ces publication et insinuation se font sur une expédition de l'acte, qu'on communique pour cet effet au greffier, sans qu'il soit nécessaire de représenter la minute :

*Art. 11 et 24.*

§. V. Dans quel temps doivent se faire la publication et l'insinuation des substitutions.

La publication et l'insinuation des substitutions doivent se faire dans les six mois, à compter du jour du décès de l'auteur de la substitution, lorsqu'elle est testamentaire; que si c'est une substitution portée par une donation entre vifs, les six mois courent du jour de la date de l'acte : *Art. 27.*

A l'égard de la publication et de l'insinuation qui doivent être faites de l'acte d'emploi des effets mobiliers compris dans une substitution, le temps de six mois pour les faire, court du jour de cet acte d'emploi : *Art. 30.*

Les publications et insinuations, qui se font dans ce temps prescrit, ont un effet rétroactif au jour du décès de l'auteur de la substitution testamentaire, ou au jour de la donation qui la renferme; et cet effet rétroactif rend les substitutions valables, même contre ceux qui auroient acquis du grevé les biens substitués, dans le temps intermédiaire : *Art. 28.*

Que si la publication et l'insinuation ne se font qu'après ce temps, elles ne sont pas inutilement faites; mais elles ne rendent la substitution valable que contre ceux qui acquerraient depuis du grevé, les biens substitués, ou qui contracteraient avec lui depuis, et non contre ceux qui auroient acquis auparavant lesdits biens, ou qui auroient quelque hypothèque sur iceux : *Art. 29.*

§. VI. Par quelles personnes le défaut de publication ou d'insinuation peut-il être opposé?

La publication et l'insinuation des substitutions étant requises afin que ceux qui pourroient contracter avec le grevé, ne fussent pas induits en erreur par le défaut de connoissance qu'ils en auroient, il suit de là que le défaut de publication et d'insinuation peut être opposé par les acquéreurs qui auroient acquis, à titre onéreux, des biens substitués, du grevé de la substitution : c'est pourquoi, si, après l'ouverture de la substitution, le substitué les revendique contre eux, ils excluront, par l'exception de ce défaut, la demande en revendication du substitué.

Ce défaut peut pareillement être opposé par les créanciers hypothécaires du grevé : c'est pourquoi, si ces créanciers donnent, après l'ouverture de la substitution, une action hypothécaire contre le substitué qu'ils trouveront en

possession des biens compris en la substitution, qui, auparavant son ouverture, appartenait au grevé, leur débiteur, et que le substitué contre cette demande excipe de la substitution, et prétende que son ouverture a éteint leur hypothèque sur les biens substitués, comme elle a éteint le droit du grevé, leur débiteur, ces créanciers, en opposant le défaut de publication et d'insinuation de la substitution, feront tomber cette exception du substitué.

Les tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires peuvent opposer le défaut d'insinuation, quand même il seroit justifié qu'ils ont eu connoissance de la substitution dans le temps qu'ils ont contracté avec le grevé : l'ordonnance le décide, *art. 53*. On auroit pu en douter; car ces formalités n'ayant été établies que pour empêcher que ceux qui contracteroient avec le grevé, ne fussent induits en erreur, il auroit pu sembler que ceux qui n'ont pu être induits en erreur, à cause de la connoissance qu'ils avoient de la substitution, ne peuvent se plaindre ni opposer qu'elle n'a pas été insinuée. Les raisons de décider au contraire, sont que les formalités ne se suppléent point; que la loi ayant voulu qu'on donnât connoissance de la substitution par la voie de l'insinuation, à tous ceux qui pourroient contracter avec le grevé, toute autre connoissance qu'ils ont pu en avoir d'ailleurs, ne doit point être considérée. Le législateur a porté une loi générale, à laquelle il faut satisfaire.

Si la loi eût laissé la liberté d'entrer dans la discussion du fait; si celui qui a contracté avec le grevé a eu connoissance ou non de la substitution, cette discussion auroit pu donner lieu à des procès qu'il étoit de la sagesse de la loi de retrancher : les lois étant établies, non-seulement pour y mettre un terme, mais pour les empêcher de naître.

Les héritiers du grevé, ses légataires universels, ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, car ils succèdent à toutes les obligations du grevé, et, par conséquent, à celle qu'il a contractée de restituer les biens compris dans la substitution, au substitué, lors de son ouverture.

Si le tiers acquéreur devient héritier du grevé, cette qualité, qui l'oblige personnellement à la restitution des biens compris en la substitution, l'empêche de pouvoir opposer le défaut d'insinuation, qu'il auroit pu opposer en sa qualité d'acquéreur.

Mais, quoique ce premier tiers acquéreur, qui a acquis avant l'insinuation, ne puisse lui-même opposer ce défaut, à cause de sa qualité d'héritier du grevé, néanmoins, s'il l'a revendu, le second acquéreur peut l'opposer du chef du premier, parce que le premier ayant acquis un droit de propriété des biens substitués, qui, par le défaut d'insinuation, étoit un droit irrévocable, le second, à qui il a transféré son droit, a aussi acquis un droit de propriété irrévocable.

Non-seulement les successeurs universels du grevé ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, l'ordonnance, art. 54, veut qu'il ne puisse être opposé par les donataires et légataires particuliers de biens substitués.

La raison est, que ces formalités ayant été établies pour que ceux qui contracteroient avec le grevé, ne puissent être induits en erreur, ce n'est qu'en faveur de ceux qui contracteroient à titre onéreux qu'elles sont établies, et non pas en faveur des donataires et légataires, à qui l'acquisition qu'ils ont faite des biens substitués, ne peut jamais préjudicier, puisqu'il ne leur en a rien coûté pour les acquérir.

§. VII. Contre qui le défaut de publication et d'insinuation peut-il être opposé?

L'ordonnance, art. 52, décide que ce défaut peut être opposé contre les substitués, quels qu'ils soient, même contre les mineurs, les pupilles, les interdits, même contre l'église et les hôpitaux, même dans les cas auxquels leurs tuteurs, curateurs ou administrateurs, contre lesquels ils ont recours, seroient insolubles, et par conséquent même dans le cas auquel les mineurs n'auroient point eu de tuteurs. La raison est que, quoique les mineurs soient ordinairement restituables, *etiam in his quæ prætermiserunt*, néanmoins ils ne peuvent l'être contre le défaut de ces formalités, parce que la raison d'un intérêt public, pour la sûreté du commerce qui les a fait établir, l'emporte sur la faveur particulière de ces personnes.

## SECTION II.

Des termes qui expriment ou non les substitutions; quand en doit-on supposer de tacites? Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle; et quand doit-on supposer quelque degré qui n'est pas exprimé?

## ARTICLE PREMIER.

Des termes qui expriment ou non les substitutions.

Il n'importe de quels termes un testateur se soit servi, pour faire une substitution, pourvu qu'il ait suffisamment manifesté la volonté qu'il a eue de la faire.

Quoique le mot de fidéicommiss paraisse donner à entendre que les termes qui le contiennent doivent s'adresser au grevé, *fidei tuæ committo*; néanmoins on peut valablement faire des fidéicommiss, ou substitutions fidéicommissaires, par des termes qui, au lieu de s'adresser au grevé, s'adressent ou au substitué, ou à un tiers, ou soient impersonnels.

*Par exemple*: si quelqu'un, après avoir fait Pierre son légataire universel, s'est exprimé ainsi: *Jacques, vous vous contenterez de recueillir mes biens, après la mort de Pierre, ou ainsi: mon frère, votre fils Jacques aura mes biens, après la mort de Pierre; ou s'il a dit impersonnellement, mes biens, après la mort de Pierre, appartiendront à Jacques.* En tous ces cas, Pierre est aussi bien grevé de la substitution au profit de Jacques, comme si le testateur eût dit: *Pierre, je vous charge de restituer à Jacques, après ma mort, les biens que je vous laisse.*

Il n'importe que le testateur se soit servi de termes impératifs, comme de ceux-ci: *J'ordonne que mon héritier restituera, après sa mort, à Jacques. Je charge mon héritier de restituer, etc.*; ou de termes qui semblent n'exprimer qu'une prière, tels que ceux-ci: *Je prie mon héritier de restituer; je souhaite que mon héritier restitue, etc.* Ces termes n'obligent pas moins Pierre à la restitution des biens du testateur, que les premiers; ils contiennent, comme les premiers, un ordre, mais d'une façon plus polie. *Desidero ut des, fideicommissum valet. L. 118. ff. de leg. 1. Cupio des, opto des..... fideicommissum est. L. 115. ff. eodem.*

Il y a un arrêt du 25 février 1715, au sixième volume du Journal, qui, suivant ces principes, a confirmé une substitution faite par le terme : *Je prie*, etc.

Les termes qui n'expriment qu'une simple espérance que l'héritier restituera, peuvent, selon les circonstances, passer pour une substitution qui oblige l'héritier, sur-tout lorsqu'ils lui sont adressés. *Vide l. 6, in fin. ff. leg. 1.* Cela se présume moins lorsqu'ils sont adressés à la personne à qui le testateur espère qu'on restituera: *l. 68, §. 1, ff. de leg. 3.*

Les termes qui n'expriment qu'une recommandation vague, ne renferment point de substitution. *Si ita quis scripserit, illum tibi commendo : D. Pius rescripsit fideicommissum non deberi : l. 11, §. 2, ff. de legat. 3.*

Les termes qu'on ajoute à une donation ou à un legs, pour lui être propres et à ceux de son côté et ligne, n'expriment et ne renferment point de substitution dont le donataire ou légataire soit grevé envers sa famille; ils n'ont d'autre effet que d'empêcher que ce qui est donné ou légué avec cette clause, n'entre en la communauté de biens en laquelle le donataire ou légataire seroit avec sa femme : si cette clause est portée par un contrat de mariage, elle a encore l'effet de faire de la reprise du mobilier donné avec cette clause, un propre fictif en la personne et dans la succession des enfants du donataire, qui soit affecté à la ligne du donataire, comme nous l'avons expliqué au Titre de la division des biens.

Lorsqu'on donne et lègue quelque chose à quelqu'un, et à ses hoirs : ces termes, *et à ses hoirs*, n'expriment aucune substitution, ils sont de pur style, et n'ont aucun effet. Ils ne signifient autre chose, sinon qu'on donne un droit perpétuel de propriété, que le donataire ou légataire transmettra en sa succession.

Cela est sans difficulté, lorsqu'il est dit en termes généraux, *et à ses hoirs*; mais, si on a expliqué à quels hoirs, et qu'on ait interverti l'ordre des successions, cette clause ne peut guère s'expliquer autrement, qu'en supposant qu'elle renferme une substitution dont le donataire est grevé envers eux.

C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Vendôme. Le roi ayant donné à M. de Vendôme, par son contrat de mariage, 500,000 liv., en ces termes : *à lui et à ses descendants*, les

*mâles et aînés toujours préférés.* Il fut jugé que ces termes contenoient une substitution.

Si un legs est fait à quelqu'un, et à ses enfants, les enfants doivent plutôt être censés colégataires que substitués, à moins que quelques circonstances ne fassent présumer le contraire.

S'il étoit dit, et à ses enfants après son décès, cela exprimeroit une substitution par laquelle les enfants seroient substitués à leur père après son décès, lorsqu'il est dit : *Je lègue mes biens à Pierre, à défauts d'enfants*; car ces termes, à défaut d'enfants, n'expriment pas une substitution fidéicommissaire dont mes enfants soient grevés envers Pierre; lorsqu'ils viendront à défaillir, c'est-à-dire, à mourir sans postérité; mais ils expriment seulement une condition apposée au legs fait à Pierre, au cas que le testateur ne laisse point d'enfants, et ce legs est éteint, s'il en laisse, *conditione legati deficiente*; il en est autrement, s'il est dit, mes enfants venant à défaillir. Ces termes *habent tractum temporis*, expriment une substitution fidéicommissaire dont le testateur greve ses enfants envers Pierre, lorsque sa postérité viendra à défaillir.

#### ARTICLE II.

Quand doit-on supposer une substitution ou fidéicommis tacite?

Comme c'est la volonté qui forme la substitution fidéicommissaire, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, il suffit qu'on puisse tirer des conséquences de ce qui est contenu au testament, que le testateur a eu effectivement volonté de la faire, pour que la substitution soit aussi valable que si elle étoit exprimée.

Il faut que ce soit des conséquences qui se tirent nécessairement de ce qui est contenu au testament, de façon qu'on ne puisse l'expliquer d'une manière plausible, sans supposer cette volonté dans le testateur.

L'exemple le plus ordinaire de substitution, est celui qui résulte de la défense que le testateur a faite à son héritier ou légataire, de tester ou d'aliéner les biens qu'il lui laissoit. Lorsqu'il a témoigné en faveur de qui il faisoit cette défense, quoiqu'il n'ait exprimé aucune substitution dont il chargeât son héritier ou légataire envers cette personne, néanmoins, on en suppose une tacite au profit de cette personne, en cas

de contravention à sa volonté, et elle se tire par conséquent de la défense qu'il a faite en faveur de cette personne; car il ne peut avoir d'autre vue vraisemblable, que cette substitution, en cas de contravention. Nous parlerons, dans la dernière section de ce Traité, de cette espèce de substitution tacite.

Les dispositions, soit entre vifs, soit testamentaires, faites aux enfants nés et à naître de quelqu'un, renferment aussi une substitution tacite, par laquelle les enfants nés sont chargés de restituer à chacun des enfants à naître, à mesure qu'il en naîtra; sa portion virile des choses données ou léguées. Cela est décidé par l'ordonnance de 1751, art. 11, et est conforme à notre principe; car le donateur ayant voulu disposer au profit desdits enfants à naître, puisqu'il les a compris dans sa disposition, et n'ayant pu le faire par une disposition directe, dont ces enfants qui n'existoient pas encore ne pouvoient être capables, il est nécessaire de supposer en lui une volonté de faire en leur faveur la substitution ci-dessus expliquée.

## ARTICLE III.

Des termes qui expriment ou non qu'une substitution est graduelle, et quand doit-on supposer un degré de substitution qui n'est pas exprimé?

On ne doit supposer qu'une substitution est graduelle, que lorsqu'il y a des termes qui expriment qu'elle l'est, ou lorsqu'on peut conclure de ce qui est contenu au testament, que le testateur a voulu faire un autre degré de substitution que celui qui est exprimé dans celles qui sont faites au profit d'une famille, d'une postérité. Les termes *à toujours*, *à perpétuité*, expriment que la substitution est graduelle, et que le testateur a voulu qu'il y ait eu autant de degrés qu'il pourroit y en avoir, comme lorsqu'il est dit: *Je fais un tel mon légataire universel, et je lui substitue ma famille à toujours, ou bien à perpétuité.*

Pareillement, à l'égard des substitutions qui résultent de la défense d'aliéner hors la famille, si, à cette défense d'aliéner, le testateur a ajouté ces termes: *Afin que l'héritage ne sorte point de la famille, ou bien, afin qu'il soit toujours conservé dans la famille*: ces termes expriment une substitution graduelle et perpétuelle, dont ceux qui recueillent la substitution, en cas d'aliénation hors la famille, faite par

l'héritier ou légataire à qui la défense a été faite, seroient eux-mêmes grevés envers la famille, dans le cas où ils viendroient à aliéner, malgré la défense du testateur. C'est l'espèce de la loi 69, §. 3, ff. de legat. et fideicommiss. 2. *Fratre hærede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ut in familiâ relinqueretur.* . . . .

Il est décidé que le fidéicommiss en graduel, hors les cas auxquels le testateur auroit employé ces termes ou autres semblables, qui expriment une substitution graduelle; une substitution faite à une famille collectivement, soit qu'elle soit faite en termes formels, soit qu'elle résulte d'une prohibition d'aliéner hors la famille, ne doit point passer pour une substitution graduelle; mais pour une substitution simple qui est consommée, lorsque ceux de la famille qui se sont trouvés les plus proches lors de l'ouverture, l'ont une fois recueillie. C'est l'avis de Ricard, qui, quoique contraire à l'avis commun des anciens docteurs, me paroît le mieux fondé. Il est conforme aux vrais principes de cette matière, qui sont, comme nous l'avons dit ci-dessus, qu'on ne doit point supposer plusieurs degrés dans une substitution, lorsque le testateur ne les a pas exprimés, à moins que le testament ne puisse s'expliquer autrement d'une manière plausible; or, il ne paroît aucune nécessité de supposer plusieurs degrés dans un fidéicommiss fait à une famille, par cela seul qu'il est fait à une famille, en termes collectifs. Pour l'opinion contraire, on dit que la substitution faite à toute la famille, elle n'a pas eu son entière exécution, lorsqu'elle est recueillie au premier degré par ceux qui se trouvent les plus proches de la famille, et qu'elle ne peut l'avoir qu'en perpétuant la substitution de degré en degré, jusqu'à ce qu'il ne reste plus personne de la famille. La réponse est, que si toute la famille est appelée, c'est avec subordination entre ceux qui la composent, et de telle manière que ceux du degré ultérieur ne soient appelés qu'à défaut de ceux qui les précèdent lors de l'ouverture de la substitution. Il n'y a rien que de plausible dans cette interprétation; il n'y a donc aucune nécessité de supposer un fidéicommiss graduel. Ricard autorise son sentiment, d'un arrêt rapporté par Peleus.

La loi 87, ff. de leg. 2, contient une espèce dans laquelle, selon nos principes, on doit supposer un premier degré de substitution tacite: un héritage avoit été à deux légataires,

et le survivant avoit été chargé de le restituer à un tiers : *Fidei autem vestræ verè et sapidè committo, ne eum fundum vendatis : eumque, qui ex vobis ultimus decesserit, cum morietur, restituat Simphoro, etc.* Paul décide qu'on doit supposer un premier degré de substitution tacite, par lequel le prédécédé ait été chargé de restituer, lorsqu'il mourroit, sa part dans la chose léguée au survivant. Cela est conforme à nos principes; le survivant étant seul chargé de restituer au tiers, non-seulement la portion qu'il avoit dans l'héritage, mais l'héritage entier, il est nécessaire qu'il ait reçu du testateur l'héritage entier, car autrement il ne pourroit être chargé de le restituer : *Cum nemo fideicommisso querari possit, in plus quàm accepit.* Or, il ne peut avoir reçu du testateur l'héritage entier, qu'en supposant un premier degré de substitution, par lequel son colégataire prédécédé avoit été chargé de lui restituer sa portion; il est donc nécessaire de supposer ce premier degré de substitution, quoiqu'il n'ait pas été exprimé.

Pour qu'on doive supposer, dans cette espèce, un premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant, il faut que deux choses concourent : 1° Il faut que ce soit le survivant seul qui ait été chargé de restituer au tiers; 2° il faut qu'il ait été chargé de restituer la chose entière, et non pas seulement sa portion.

Premièrement, il faut que ce soit le survivant seul qui ait été chargé de restituer au tiers : si l'un et l'autre en ont été chargés, il n'est pas nécessaire de supposer aucun premier degré de substitution, dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant. Par exemple, s'il est dit : *Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et je les charge, lorsqu'ils mourront, de les restituer à Jean;* il n'y a, dans cette espèce, qu'une substitution simple au profit de Jean, dont Pierre et Paul sont chargés, chacun pour la part qu'il aura recueillie du legs fait à l'un et à l'autre, et que chacun d'eux doit restituer lors de sa mort.

*Quid? s'il étoit dit : Et je les charge de restituer tous mes biens à Jean?* La même décision doit avoir lieu. Le mot de *tous* dont le testateur s'est servi, signifie que la substitution dont il charge Pierre envers Jean, et celle dont il charge Paul envers ce même Jean, composent ensemble la substitution de tous ses biens; cela ne peut s'entendre autrement : car on ne peut pas dire qu'il ait chargé le survivant seul de la

substitution de tous ses biens, puisqu'il les charge l'un et l'autre; et on ne peut pas dire non plus qu'il charge chacun d'eux de la substitution du total, puisque le total n'a pas été recueilli par chacun d'eux, il n'a pu grever chacun d'eux du total : *Cum nemo fideicommisso onerari possit, in plus quam accepit.* Il faut donc entendre cette clause comme nous l'interpréterons, que les deux légataires ensemble sont chargés de la restitution du total, chacun pour sa part.

*Quid? s'il est dit : Je les charge de restituer mesdits biens à Jean, après leur mort?* Ces termes, *après leur mort*, ne changent point l'espèce, et on doit également décider qu'on ne peut supposer aucune substitution tacite dont le prédécédé soit grevé envers le survivant; mais même que la substitution dont le prédécédé est grevé envers Jean, doit être ouverte à sa mort, pour sa part, et ne doit point être différée après celle du survivant. Or, cette proposition, *je les charge de restituer mes biens à Jean, après leur mort*, se distribue en deux particulières, qui n'ont été compensées en une seule, que pour abrégé; et c'est comme si le testateur avoit dit : *Je charge Pierre de restituer, après sa mort, mes biens à Jean; je charge Paul de les restituer, après sa mort, audit Jean.* C'est la disposition précise de la loi 78, §. 7, ff. *ad scilicet trebell.*

La première partie de notre décision, qu'on ne doit supposer, en cette espèce, aucun premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant, doit être indistinctement suivie. La seconde dépend plus des circonstances; car, si Pierre et Paul, que le testateur a chargés de restituer, après leur mort, à Jean, étoient des personnes qui fussent seules héritières, et plus chères au testateur que Jean, qui seroit un étranger ou un parent plus éloigné, il faudroit en ce cas décider que ces termes, *après leur mort*, ne doivent point s'entendre, comme nous l'avons ci-dessus expliqué, en ce sens, *après la mort de chacun d'eux*, mais qu'ils doivent s'entendre en ce sens : *après la mort du dernier décédé.* On doit en ce cas favorablement présumer que le testateur a voulu conserver, entre Pierre et Paul, le droit de succession *ab intestat*, et que, pour cet effet, il a différé l'échéance de la substitution dont il grevoit le prédécédé envers Jean, au temps de la mort du survivant; afin que le survivant pût succéder à la part du premier décédé, à la charge de la substitution, s'il mourroit.

Quoique le survivant n'ait pas exprimé qu'il chargeoit l'un et l'autre de ses héritiers ou légataires envers le tiers, pourvu qu'il ne paroisse pas qu'il en a chargé le survivant seul, on doit supposer qu'il en a chargé l'un et l'autre; et, en conséquence, on ne doit supposer aucun premier degré de substitution tacite entr'eux. *Par exemple*, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et je substitue Jean, après leur mort.* On doit décider de la même manière que lorsque le testateur avoit dit : *Et je les charge de les restituer à Jean, après leur mort.*

Il peut néanmoins y avoir des circonstances, lorsque le testateur ne s'est pas expliqué, si c'est l'un ou l'autre de ses légataires, ou si c'est le seul survivant qu'il entend charger de la restitution du total envers le tiers, qui doivent faire présumer que c'est le survivant seul qu'il a entendu charger, et qu'en conséquence on doit supposer un premier degré de substitution dont le prédécédé ait été grevé envers le survivant.

*Par exemple*, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Je lègue mes biens à Pierre et à Paul, et je substitue Jean, après leur mort, à la charge par Jean, de faire construire dans ma patrie un hôtel-de-ville, selon un tel plan.* Si Pierre et Paul ne sont pas héritiers l'un de l'autre, Ricard pense qu'on ne peut guère se dispenser de présumer que le testateur a grevé le survivant seul, de la restitution de ses biens à Jean. La raison sur laquelle il se fonde, est que la charge qu'il a imposée à Jean, de bâtir un hôtel-de-ville, qui est une charge indivisible, et qui ne peut s'exécuter par parties, fait présumer que l'intention du testateur a été que ses biens fussent restitués à Jean, non par parties, à la mort de chaque légataire, mais en une fois pour le total, à la mort du dernier; d'où il conclut que le survivant doit être présumé avoir été seul chargé de restituer le total; car, pour quelle raison auroit-il reculé le temps de la restitution de la part du premier décédé, à celui de la mort du survivant? S'ils étoient héritiers l'un de l'autre, on pourroit dire que c'est pour conserver entr'eux le droit de succession *ab intestat*; mais, ne l'étant point, il ne paroît pas d'autre raison, sinon qu'il a voulu faire passer la part du premier décédé au survivant, par un premier degré de substitution, avant qu'elle passât à Jean. Cet avis de Ricard ne me paroît pas sans difficulté; car ne pourroit-on pas dire que, dans cette espèce, comme dans les autres, quoique

la charge imposée à Jean soit indivisible, il est substitué à chacun des deux légataires, qu'il recueillera la part de chacun à la mort de chacun ; et que, néanmoins, comme la charge est indivisible, si elle est trop grosse par rapport à la partie des biens du premier décédé, on présume que le testateur n'a entendu l'assujettir à cette charge, que lorsqu'il auroit recueilli l'une et l'autre part.

Nous avons vu que, pour supposer un premier degré de substitution tacite entre deux héritiers ou légataires, à qui on a substitué un tiers, il falloit premièrement que ce fût le survivant seul qui fût chargé de restituer au tiers : il faut secondement que le survivant soit chargé de restituer le total.

C'est pourquoi, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Je fais Pierre et Paul légataires de mes biens, et substitue Jean au survivant des deux, après sa mort*, il n'y aura point de premier degré de substitution dont le prédécédé soit censé grevé envers le survivant, parce qu'il est à la vérité seul chargé de restituer à Jean, mais non pas le total. Le testateur ayant dit simplement qu'il lui substituerait Jean, il n'y a aucune nécessité de supposer qu'il soit substitué pour autre chose que pour la part de ce survivant.

On a jugé qu'il y avoit un premier degré de substitution tacite dans cette espèce, où le testateur s'étoit exprimé ainsi : *Au cas que mon fils meure avant vingt-cinq ans, la part qui adviendra à mon frère, sera substituée, après son décès, à ses enfants*. On a jugé qu'on devoit supposer un premier degré de substitution fidéicommissaire tacite, par lequel le fils du testateur, au cas qu'il mourût avant vingt-cinq ans, étoit chargé de substitution envers le frère du testateur, et il étoit nécessaire de supposer un degré, sans quoi la substitution dont le frère étoit grevé envers ses enfants, n'auroit pu être valable, le testateur n'ayant pas pu grever son frère, s'il n'eût fait aucune disposition à son profit. Le premier juge, dont la sentence fut infirmée, avoit déclaré nulle toute la disposition, comme contenant une espèce de substitution pupillaire. Mais on juge qu'en supposant favorablement ce premier degré de substitution tacite, la disposition pourroit valoir comme substitution fidéicommissaire.

C'étoit autrefois une grande question, lorsque le testateur a grevé son héritier ou son légataire envers quelqu'un, sous la condition qu'il mourroit sans enfants, si on devoit suppo-

ser un premier degré de substitution tacite, par lequel cet héritier ou légataire fût grevé de substitution envers ses enfants, s'il en avoit. La plupart des docteurs italiens ont décidé pour l'affirmative.

La raison sur laquelle ils se fondent, est que les enfants de cet héritier ayant été plus chers au testateur, que n'étoit celui qu'il lui a substitué expressément, puisqu'il ne l'a substitué qu'à leur défaut; s'il a fait une substitution à son profit, pour lui conserver les biens qu'il laissoit à son héritier, on doit penser qu'à plus forte raison il en a voulu faire une au profit des enfants de son héritier. Ils s'autorisent aussi de la loi 85, ff. *de hered. instit.*, dont ils font une mauvaise application; cette loi ne décidant rien sur cette question, cette opinion a été rejetée par la jurisprudence du parlement de Paris, long-temps avant la dernière ordonnance des substitutions, et avec raison: car, suivant le principe que nous avons établi, on ne doit point, sans nécessité, en supposer, quoique les enfants de l'héritier fussent plus chers au testateur que celui qu'il a substitué expressément à son héritier, il a pu avoir des raisons particulières pour ne les pas substituer à leur père. *Putà*, parce qu'il convient que des enfants soient dans la dépendance de leur père, et attendent de lui les biens qu'ils ont à espérer, et que ce seroit les tirer de cette dépendance, que d'obliger leur père, par une substitution, à les leur laisser. Le testateur a pu aussi penser qu'il n'étoit pas nécessaire d'obliger, par une substitution, un père à conserver ses biens à ses enfants, que l'affection paternelle suffisoit pour l'y engager. On peut encore ajouter, que les conditions étant, par leur nature, destinées à restreindre les dispositions, il est contre leur nature de les faire servir à les étendre et à en multiplier les degrés. La nouvelle ordonnance de 1747, a consacré cette jurisprudence. Elle décide, *art. 19*, que les enfants qui ne seront point appelés expressément à la substitution, mais qui seront mis seulement dans la condition, sans être chargés de restituer, ne seront, en aucun cas, regardés comme étant dans la disposition.

Cette règle n'étoit pas tellement invariable avant l'ordonnance, que plusieurs ne crussent qu'on pût déférer à plusieurs circonstances pour s'en écarter, et supposer un premier degré de substitution au profit des enfants mis dans les conditions.

L'ordonnance, audit article, rapporte plusieurs de ces cir-

constances dans lesquelles elle décide qu'on n'y doit avoir aucun égard.

La première est, lorsque ce ne sont pas simplement les enfants, mais les enfants mâles qui sont mis dans la condition. *Par exemple* : si je charge mon héritier de restituer mes biens, ou une telle terre, à un parent de mon nom, au cas que mon héritier meure sans enfants mâles, plusieurs pensoient, avant l'ordonnance, que le testateur ayant témoigné par cette condition, que sa volonté étoit de conserver dans sa maison les biens compris dans la substitution, cette volonté devoit faire supposer en lui celle de faire un premier degré de substitution tacite, au profit des enfants mâles de son héritier; parce que cette fin qu'il se proposoit, pourra sans cela n'être pas accomplie, si l'héritier, n'étant point grevé par une substitution, avoit la liberté de disposer au profit d'autres personnes que de ses enfants mâles.

La seconde, est lorsque la condition est redoublée, comme si j'ai dit : *Si mon héritier meurt sans enfants mâles, ou ses enfants mâles sans enfants mâles, je substitue un tel*. Cette condition redoublée sert à faire connoître encore davantage la volonté du testateur, de conserver dans sa maison les biens compris en la substitution, et paroissoit par conséquent augmenter la présomption que le testateur avoit eu la volonté de faire ce qui étoit nécessaire pour cela, et par conséquent des substitutions tacites, par lesquelles il auroit chargé son héritier de restituer ses biens à ses enfants mâles; et lesdits enfants mâles, de les restituer à leurs enfants mâles.

Une troisième circonstance, est lorsque la substitution a été faite à la charge de porter le nom et les armes de l'auteur de la substitution : cette circonstance contribue encore à faire connoître la volonté qu'a eue l'auteur de la substitution, de conserver dans son nom, ses biens, et par conséquent à augmenter la présomption de la substitution tacite qui paroissoit en résulter.

La quatrième, est lorsque, dans le pays de droit écrit, le testateur a fait la substitution à un parent de son nom, avec la clause que l'héritier ne pourroit faire détraction de la quarte trébellianique; la défense de la détraction de cette quarte, sert pareillement à faire connoître la volonté qu'a le défunt, de conserver ses biens dans sa maison, qu'il veut y être conservés dans toute leur intégrité, et sans aucune

diminution, et par conséquent à la présomption de la substitution tacite, qu'il en fait résulter de cette volonté.

La cinquième, est celle qui se tire de la coutume qui s'est pratiquée anciennement dans une famille noble. Si d'ancienneté il a été d'usage, dans une famille noble, de substituer certains biens au profit des enfants de l'héritier, et, à défaut d'enfants, aux collatéraux, on présumera que celui de cette famille qui a substitué un collatéral à son héritier, si son héritier décédoit sans enfants, a eu intention de se conformer à l'usage de sa maison, et de faire un premier degré de substitution au profit des enfants de son héritier.

Une sixième circonstance se tire de la qualité et valeur des biens substitués; comme si c'est une terre titrée, de grand prix, très-ancienne dans la famille: ces circonstances servent à persuader, de plus en plus, de la volonté qu'a eue le testateur de conserver cette terre dans sa maison, et, par conséquent, elles servent à faire présumer la substitution tacite qu'on fait résulter de cette volonté.

L'ordonnance défend d'avoir égard à aucune de ces présomptions, ce qui doit s'entendre, soit qu'elles se rencontrassent séparément, soit qu'elles se trouvassent réunies.

Non - seulement l'ordonnance rejette les présomptions qu'on pourroit tirer de ces circonstances qu'elle rapporte; mais, en général, toutes celles que l'on pourroit tirer de quelque autre circonstance que ce soit; et, en cela, elle retranche beaucoup de procès auxquels la discussion de ces différentes circonstances auroit pu donner lieu.

On ne doit pas non plus, depuis l'ordonnance, suivre la décision d'un arrêt de 1668, rapporté au *tome II du Journal des audiences*, si le même cas se rencontroit.

Un héritier avoit été grevé de substitution envers ses collatéraux, au cas qu'il mourût sans enfants, et le testateur avoit déclaré, par son testament, qu'il faisoit cette substitution dans la crainte que le grevé ne dissipât les biens qu'on lui laissoit. On jugea que l'expression de ce motif devoit faire présumer une substitution tacite au profit des enfants du grevé, dans le cas qu'il en laisseroit; étant à présumer que si le testateur a voulu empêcher que le grevé ne dissipât, au préjudice de ses collatéraux, et a cru ne pouvoir empêcher cette dissipation, que par une substitution; à plus forte raison a-t-il dû vouloir empêcher que le grevé ne dissipât au préjudice de ses enfants, et a-t-il dû

vouloir substituer les enfants, puisqu'il croyoit qu'on ne pouvoit obvier que par ce moyen, à la dissipation du grevé. Tels furent les motifs de l'arrêt; mais on devroit aujourd'hui juger le contraire, que, même dans cette espèce, on ne doit point supposer de substitution tacite au profit des enfants, mais dans la condition de celle faite aux collatéraux, parce que l'ordonnance rejette indistinctement toutes les présomptions par lesquelles on voudroit la supposer.

Par la même raison, quoique la substitution faite au profit de quelqu'un, au cas que le grevé meure sans enfants, soit accompagnée d'une défense que le testateur lui a faite d'aliéner, on ne devra pas plus supposer aucune substitution tacite au profit des enfants mis dans la condition; et la défense d'aliéner doit être censée n'être faite qu'en faveur du substitué exprimé.

L'ordonnance admet une seule cause qui doit faire supposer une substitution au profit des enfants mis dans la condition, c'est lorsqu'ils sont eux-mêmes chargés de restituer; car, suivant la règle *nemo fideicommisso onerari potest, in plus quam accepit*. De ce que le testateur les a chargés de restituer ses biens, c'est une conséquence qu'il a voulu les leur laisser, n'ayant pu les charger de les restituer, qu'autant qu'il les leur auroit laissés; il faut donc, en ce cas, nécessairement supposer une substitution tacite à leur profit.

Par exemple, si le testateur s'est exprimé ainsi : *Si Pierre, mon héritier, décède sans enfants, ou ses enfants sans enfants, je leur substitue Jean*. Il paroît, par ce terme pluriel, *je leur substitue Jean*, que Jean est substitué non-seulement à Pierre; mais les enfants de Pierre ne peuvent être grevés envers Jean, qu'ils ne soient eux-mêmes substitués à Pierre, leur père. Il faut donc nécessairement, dans cette espèce, supposer un premier degré de substitution, par lequel les enfants mis dans la condition de la substitution faite au profit de Jean, soient eux-mêmes substitués à Pierre, leur père.

Il en seroit autrement, s'il étoit dit : *Si Pierre décède sans enfants, ou ses enfants sans enfants, je lui substitue Jean*. Car ce terme singulier *lui*, ne pouvant se rapporter aux enfants de Pierre, mais à Pierre seul, Jean n'est substitué qu'à Pierre; les enfants de Pierre ne seront point grevés, et, par conséquent, il n'est pas nécessaire de supposer un premier

degré par lequel ils soient eux-mêmes substitués à leur père.

*Quid?* s'il étoit dit impersonnellement : *Je substitue Jean* : je pense qu'il n'est pas nécessaire de supposer, dans cette espèce, que les enfants de Pierre sont grevés envers Jean; d'où il suit, suivant notre principe, qu'ils ne doivent point être censés compris en la disposition et substitution de leur père. Ces termes impersonnels : *Je substitue Jean*, peuvent parfaitement bien se rapporter à Pierre seul, sous l'alternative des deux conditions, dont, suivant les principes, l'existence d'une suffit pour donner ouverture à la substitution; qu'en conséquence, si la première condition a manqué à la mort de Pierre, parcé qu'il a laissé des enfants, il peut encore y avoir lieu long-temps après la mort de Pierre à la substitution, par l'existence de la seconde condition, lorsque tous les enfants que Pierre a laissés seront morts sans enfants; mais, quoique, en ce cas, les biens du testateur passent des enfants de Pierre à Jean, il n'est pas nécessaire de supposer que les enfants de Pierre aient été grevés de leur chef, d'aucune substitution envers Jean; les biens passent à Jean, en vertu de la substitution dont Pierre avoit été grevé; Pierre n'avoit pu les transmettre à sés enfants, ni à aucune autre personne, qu'à la charge de cette substitution : que, s'il n'est pas nécessaire de supposer que les enfants de Pierre aient été de leur chef, grevés, on ne doit point les présumer compris dans la disposition.

Si le testateur s'étoit servi de la conjonction *et*, au lieu de la disjonction *ou*, et qu'il eût dit : *Si Pierre décède sans enfants, et ses enfants sans enfants, je substitue Jean*. Ricard convient qu'en ce cas, les enfants de Jean ne doivent point être censés chargés, de leur chef, envers Jean, ni par conséquent tacitement substitués à leur père; mais il me paroît donner à ces termes un sens forcé, s'il les entend ainsi : *Si, lors de la mort de Pierre, il ne se trouve aucuns enfants, ni aucuns des enfants des enfants de Pierre qui l'auroient précédé*. Pour moi, je pense que ces termes ont le même sens que les autres, et que la conjonction y doit passer pour la disjonction, ce qui arrive assez souvent dans le discours.

Si le testateur s'est exprimé ainsi : *Si Pierre et Paul, mes héritiers, décèdent sans enfants, ou leurs enfants sans enfants, je leur substitue Jean*. Il faut encore décider que les enfants ne sont point compris dans la disposition, parce qu'il n'est

point nécessaire de supposer qu'ils aient été grevés de leur chef, envers Jean. Ces termes, *Je leur substitue Jean*, pouvant fort bien se rapporter seulement à Pierre et à Paul.

---

### SECTION III.

De l'interprétation des substitutions fidéicommissaires; de l'interprétation de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent, et de quelques espèces particulières de substitutions.

#### ARTICLE PREMIER.

Règles sur l'interprétation des substitutions, et sur celles de quelques conditions, clauses et termes qui s'y rencontrent.

La principale règle est, qu'on doit rechercher ce qu'a voulu l'auteur de la substitution, sans s'attacher aux termes.

C'est en conséquence de cette règle, qu'il a été jugé par arrêt du 10 juin 1719, rapporté au tom. vii du Journal, et par Augeard, que les termes dont se servent les notaires ignorants dans les substitutions, que celui qui en est grevé n'aura que l'usufruit des biens substitués; n'empêchoient pas que le grevé ne dût être considéré comme propriétaire de ces biens, et que le terme d'usufruit employé dans le testament, devoit s'entendre, non d'un usufruit proprement dit, mais d'un droit de propriété qui, au moyen de la substitution, devoit s'éteindre et se refondre en la personne du grevé à sa mort, et qui, à cause du rapport avec l'usufruit qui s'éteint de même, avoit été appelé usufruit. Il y a quantité d'autres règles que nous avons rapportées au *Traité des testaments*, pour l'interprétation des legs, et qui sont communes aux substitutions : nous y renvoyons.

Lorsqu'un testateur a partagé ses biens par portions inégales entre ses légataires universels, et qu'il les a substitués les uns aux autres, on doit présumer qu'il a voulu qu'ils partageassent la substitution dans la même proportion que le legs.

Cette décision est fondée sur les lois 24 et 41, §. 1, ff. *vulg. et pupil. subst.*, à l'égard d'héritiers substitués les uns aux autres. L'application en est naturelle à l'égard de nos légataires universels.

Si donc un testateur a légué des biens à Pierre, pour une moitié; à Paul, pour un quart; à Jacques et à Jean, pour chacun un huitième, et les a substitués les uns aux autres après leur mort, Jacques venant à mourir le premier, Pierre, qui a eu dans le legs une portion double de celle de Paul, et quadruple de Jean, doit avoir une pareille portion dans la substitution; Paul doit y avoir aussi une portion double de celle de Jean, comme il a eu dans le legs: c'est pourquoi les biens substitués se partageront en sept portions, dont Pierre en aura quatre, Paul deux, et Jean une.

Le terme d'*enfants* se trouve souvent employé dans les substitutions, soit dans la disposition, comme lorsqu'on substitue à quelqu'un ses enfants; soit dans la condition, comme lorsqu'on a grevé quelqu'un de substitution, s'il meurt sans enfants: ce terme ne reçoit pas la même interprétation. Lorsqu'il est employé dans la disposition, il est restreint aux enfants du premier degré. C'est ce qui résulte de l'art. 11 de l'ordonnance de 1731.

Au contraire, le terme *enfants*, employé dans la condition, comprend tous les descendants.

La raison de différence de ces interprétations, est que la cause de l'héritier étant défavorable, la cause de la libération étant favorable, les termes de la disposition de la substitution doivent être entendus dans le sens étroit qui étend le moins qu'il est possible la substitution dont l'héritier est chargé; au lieu que, par la même raison, les termes de la condition qui tendent à restreindre la substitution, doivent être entendus dans le sens large, pour étendre la condition, et restreindre la substitution.

Ce terme *enfants*, soit dans la disposition, soit dans la condition, ne comprend que les enfants légitimes et ceux qui jouissent de l'état civil. Les bâtards n'y sont point compris, quoique légitimés, autrement que *per subsequens matrimonium*, non plus que ceux nés d'un mariage qui n'a pas les effets civils, ni ceux qui ont perdu l'état civil, soit par une condamnation à peine capitale, soit par la profession religieuse. L'ordonnance, art. 23, le décide pour le cas de la condition où le terme se prend dans la signification la plus large; ce qui doit par conséquent avoir lieu, à plus forte raison, pour le cas de la disposition.

La raison est, que la condition *s'il meurt sans enfants*,

étant mise pour conserver au grevé la faculté de pouvoir transmettre, dans sa succession, à ses enfants, les biens qu'on lui laisse, ce terme ne peut se référer à ceux qui ne sont pas habiles à succéder, tels que sont les bâtards et ceux qui sont morts civilement.

Au reste, le terme *enfants*, dans cette condition, comprend même ceux que le grevé auroit justement exhérés; car, cette condition étant mise pour conserver au grevé le pouvoir de transmettre à ses enfants, dans sa succession, les biens qu'on lui laisse, et restreignant en conséquence la substitution au cas auquel il seroit mort sans enfants, auxquels il pût les transmettre, il suffit qu'il ait laissé ces enfants qu'il a exhérés, et qu'il ait pu leur transmettre ses biens dans sa succession, pour que cette condition ait manqué. A plus forte raison, le terme *enfants*, dans cette condition, doit comprendre ceux qui renoncent à la succession. C'est la décision de la loi 114, §. 13, ff. de leg. 1. *Cum erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere: conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi: nec quaeritur an haeredes extiterint.*

Observez, au sujet de la condition *s'il meurt sans enfants*, que, quoique le terme *enfants* soit mis au pluriel dans la condition, néanmoins il suffit que le grevé en laisse un seul pour faire manquer la condition. La raison est que, dans notre langue, aussi bien que dans la langue latine, on n'est point sans enfants quand on en a un seul: *Non est sine liberis, cui vel unus filius, unave filia est, hæc enim enunciatio, habet liberos (non habet liberos), semper plurativo numero profertur: sicut et pugillares, et codicilli: l. 148, ff. de verb. signif. Vide etiam l. 249, ff. eodem.*

Il y a plus: il suffit, pour la faire manquer, que le grevé laisse sa veuve grosse: *Si quis uxorem prægnantem reliquit, non videbitur sine liberis decessisse: l. 187, ff. de regul. juris,* pourvu néanmoins que l'enfant naisse vivant et à terme. Par la même raison, une femme n'est pas censée morte sans enfants, lorsqu'après sa mort on lui en a tiré un par l'opération césarienne: *Etiam ea mulier, quàm moreretur, creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit.... l. 141, ff. de verb. signif.*

Si le grevé et l'enfant unique qu'il avoit, sont morts en même temps, la condition, *s'il meurt sans enfants*, est censée avoir existé. Ainsi le décide Ulpien, en la loi 17, §. 7, ff. ad

*sect. trebell. Magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium ejus supervixisse....* Car cette condition a ce sens : s'il ne laisse aucun enfant à qui il pût en mourant transmettre ses biens. Or, on ne peut pas dire qu'il en ait laissé, si l'enfant qu'il avoit ne l'a pas survécu : *Non est verum filium ejus supervixisse.*

Dans l'incertitude lequel est mort le premier, que doit-on décider ? *Cum autem quis antè, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.* D. L. 17. D. §. 7, ff. *ad sect. trebell.*

Il nous reste à observer, au sujet de la condition s'il meurt sans enfants, qu'elle est double; qu'elle contient deux cas : le cas de la mort du grevé, et le cas qu'il ne laissera pas d'enfants. Il ne suffit donc pas, pour qu'elle soit censée exister, et qu'elle donne ouverture à la substitution, qu'il soit devenu certain qu'il ne laissera pas d'enfants légitimes; parce que, par exemple, s'il est devenu hors d'état d'en avoir par sa promotion à la prêtrise, il faut encore pour cela attendre son décès.

On ajoute quelquefois au terme d'enfants, celui nés de légitime mariage : cette addition est superflue. Elle n'exclut point les enfants légitimés par le mariage subséquent; car, par l'effet rétroactif qu'on donne en leur faveur au mariage, ils sont réputés nés de légitime mariage.

On ajoute aussi quelquefois au terme d'enfants, ceux de nés de son corps : cette addition est également superflue; elle ne restreint pas le terme d'enfants, employé avec cette addition, dans une condition aux seuls enfants de premier degré, car nos enfants des degrés ultérieurs sont vraiment nos enfants de notre corps : elle ne l'étend pas non plus aux bâtards.

Le terme de fils a une signification moins étendue que celui d'enfants, dans les conditions ainsi que dans les dispositions. Il ne comprend point les filles, quoique dans la langue latine le mot *filius* les comprenne : l. 116, ff. *de verb. signif.* Le génie de notre langue est différent : l'on n'a jamais compris les deux sexes sous le terme de fils, mais seulement sous le terme d'enfants.

Le terme de fils s'étend-il aussi aux petits-fils et aux autres des degrés ultérieurs ? Il est certain qu'il ne s'y étend pas, lorsqu'il est employé dans une disposition; car on ne donne pas cette étendue au terme d'enfants, comme nous l'avons

vu ci-dessus, quoiqu'il en soit beaucoup plus susceptible que celui de *fil*s. Il n'y a lieu à la question, que lorsqu'il est employé dans la condition, comme si quelqu'un est grevé de substitution, s'il meurt sans laisser aucun fil. Ricard pense que le terme de *fil*s s'étend quelquefois, dans l'usage de parler, aux *petits-enfants* et autres d'un degré ultérieur; cela suffit pour qu'on puisse, dans la condition, lui donner cette étendue.

Mais ce terme doit-il au moins se restreindre aux petits-fils, descendants des fil. Il y a lieu de le penser; car le testateur ayant voulu exclure de ses biens les filles de son héritier, en ne les mettant point dans la condition avec les fil, il y a tout lieu de présumer qu'il en a voulu pareillement exclure les enfants des filles, sur-tout lorsque la substitution paroît faite pour conserver les biens dans la maison, comme lorsque c'est un parent de nom qui y est appelé.

Les termes *descendants mâles* se trouvent assez souvent employés dans les substitutions, soit dans la disposition, soit dans la condition, comme lorsqu'il est dit: *Je substitue à Pierre, après son décès, ses descendants mâles*; ou lorsqu'il est dit: *Je substitue à Pierre, s'il meurt sans descendants mâles, un tel*. On demande si ces termes comprennent les descendants mâles des filles de Pierre? Il est certain que dans leurs sens propres, ils les comprennent; car les enfants mâles d'une fille de Pierre, étant vraiment descendants de Pierre, et mâles, sont vraiment ses descendants mâles. Mais, comme dans les substitutions, on doit consulter plutôt la volonté de l'auteur de la substitution, que les termes dont il s'est servi, s'il paroît que la substitution a été faite pour conserver les biens dans le nom, ces termes généraux, *descendants mâles*, seront restreints aux descendants mâles du nom, qui sont descendants mâles et par mâles. Il y avoit apparemment quelque circonstance de cette nature dans l'espèce de l'arrêt de 1656, rapporté par Soefvé, 7, 2, 1, 20, qui a jugé qu'une substitution faite au profit des mâles descendants du testateur, ne comprenoit pas les mâles descendants par filles; mais, s'il n'y a aucune circonstance, ils y seront compris suivant cette règle, *non enim à significatione verborum recedi oportet nisi quum manifestum est aliud sensisse testatorem*; de cela seul que le testateur n'a pas admis, dans sa disposition, les filles de son héritier, on ne peut pas conclure qu'il n'y ait pas voulu admettre les enfants mâles de ces filles. La

conséquence seroit bonne, s'il n'avoit pu avoir d'autre motif de cette préférence des mâles, que la vue de perpétuer les biens dans le nom; mais il a pu en avoir une autre, fondée sur la différence de sexe, parce que les mâles étant capables d'emplois, ont plus besoin de richesses pour en soutenir la dignité, que les filles, qui n'ont besoin que d'une dot modique, pour trouver à se marier selon leur état.

Si l'auteur de la substitution avoit substitué à quelqu'un après son décès, ses enfants mâles, et les descendants des mâles, les filles descendantes des mâles y seroient-elles comprises? Elles s'y trouvent comprises dans le sens propre des termes; car elles sont véritablement les descendantes des mâles; néanmoins, on peut, dans cette espèce, encore plus facilement que dans la précédente, selon les circonstances, présumer que le testateur a eu envie de perpétuer les biens dans son nom, et qu'il n'a entendu parler que des descendants des mâles, qui seroient eux-mêmes mâles, n'étant pas naturel qu'ayant exclus les propres filles de son héritier, il eût songé aux petites-filles.

## ARTICLE II.

Des substitutions d'une famille, et de la substitution de celui de la famille ou de celui des enfants que le grevé a choisi.

## §. I. Des substitutions d'une famille.

Le terme de *famille* ou de *race* ne se prend pas ordinairement dans les substitutions, pour *familia*, *agnatio*, mais pour *cognatio*, et il comprend, tant les parents du nom, que ceux qui le sont par les femmes, à moins que l'auteur de la substitution ne s'en soit expliqué.

Quelquefois néanmoins, suivant les circonstances, il se restreint à la parenté du nom, surtout lorsque ce n'est pas la race ou la famille indistinctement qui est appelée à la substitution, mais seulement les mâles de la famille, les mâles de la race. Ricard rapporte un arrêt qui l'a ainsi jugé dans le cas d'une substitution perpétuelle de la terre de Gagerand, aux mâles de la race.

Lorsque le testateur a substitué à quelqu'un, *putà*, à son légataire universel, sa famille, sans expliquer quelle famille, c'est une question si c'est la sienne ou celle du grevé qu'il

a entendu substituer. Ricard distingue si le grevé est un parent du testateur ou un étranger. Si c'est un parent, il décide que le testateur doit être présumé avoir entendu parler de sa propre famille, et non de celle du grevé ; et qu'en conséquence ce ne sont pas tous les parents du grevé qui sont appelés à cette substitution, mais seulement ceux du côté du testateur. La raison est, qu'on doit présumer de l'affection naturelle que chacun a pour sa famille, que le testateur a voulu, par cette substitution, disposer au profit de sa propre famille, plutôt qu'au profit d'une famille qui lui est étrangère.

Que si le grevé est étranger, Ricard pense qu'en ce cas le testateur est censé avoir entendu parler de la famille du grevé, et non de la sienne, parce que le testateur ayant fait sortir son bien de sa famille, par le legs qu'il a fait à cet étranger, on doit, selon lui, présumer qu'il a fait la substitution, plutôt pour conserver son bien dans la famille, où il l'a porté par le legs qu'il a fait à l'étranger, que pour le conserver à la sienne, d'où il a voulu le faire sortir. Cette décision paroît souffrir quelque difficulté, et la raison sur laquelle Ricard se fonde, ne paroît pas tout-à-fait concluante ; le testateur a pu préférer la personne de son légataire étranger, à sa propre famille, par des motifs puissants et personnels à ce légataire, sans qu'on en puisse conclure qu'il a pareillement préféré la famille de ce légataire, à la sienne.

Lors de l'ouverture de la substitution à laquelle une famille est appelée, ce ne sont pas indistinctement tous ceux de la famille, qui doivent la recueillir. Si l'auteur de la substitution a prescrit lui-même l'ordre dans lequel elle seroit recueillie, et nommé ceux qu'il entendoit préférer aux autres, on doit suivre ce qu'il a ordonné, sinon ce sont ceux de la famille qui sont en plus proche degré, qui doivent la recueillir. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt qui nominati sunt : aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.* L. 32, §. 6, ff. de leg. 2.

Mais sont-ce ceux de cette famille, qui sont les plus proches du testateur, ou ceux qui sont les plus proches du grevé, qui doivent la recueillir ? Il n'est pas douteux que ce sont

les plus proches du grevé, et on n'a aucun égard à sa proximité avec le testateur, mais à sa seule proximité avec le grevé. La nouvelle ordonnance en a une décision formelle en l'espèce de l'*art. 22*, qui a son application à toutes les autres espèces. La raison contraire est, que les substitués tiennent les biens compris dans la substitution, plutôt de l'auteur de la substitution, que de la personne à qui ils sont substitués; néanmoins, comme ces substitués les recueillent par les mains et par le canal de la personne à qui ils sont substitués, on peut dire, en quelque façon, qu'ils lui succèdent. Or, en toute succession, lorsqu'il est question de savoir quels sont les plus proches pour succéder, c'est la proximité avec la personne à qui on succède, qui doit être considérée.

Doit-on suivre le même ordre entre les parents d'une famille appelée à la substitution, que celui prescrit par la loi, pour les successions *ab intestat*? Par exemple, entre les enfants du grevé, qui recueillent la substitution faite à la famille du grevé, l'aîné de ces enfants doit-il avoir, dans les biens substitués, les mêmes prérogatives d'aînesse qu'il auroit, s'il y succédoit *ab intestat*? Entre les collatéraux du grevé, qui se trouvent en même degré, les mâles doivent-ils exclure les filles dans les biens féodaux compris en la substitution, comme il les excludoient, s'ils succédoient *ab intestat*? Les parents d'un double lien doivent-ils exclure ceux d'un simple lien? Dans les coutumes qui ont égard à cette prérogative, un neveu d'un frère prédécédé du grevé, viendra-t-il, par représentation de son père, à la substitution avec les autres frères du grevé, comme il seroit venu à la succession *ab intestat*? On peut dire, en tous ces cas, en faveur de l'ordre des successions *ab intestat*, que l'auteur de la substitution n'ayant point déclaré dans quel ordre les parents de la famille qu'il a appelés à la substitution la recueilleroient, il est censé, sur cet ordre, s'en être rapporté à la loi; que s'il est permis à l'homme de changer, par ses dispositions, l'ordre prescrit par la loi, au moins faut-il que ses dispositions, qui intervertissent cet ordre, soient constantes, et que dans tout ce sur quoi il ne s'est point expliqué, l'ordre de la loi doit être suivi. Quelques spécieuses que paroissent ces raisons, il semble que la nouvelle ordonnance n'y a eu aucun égard, et qu'elle a voulu que, pour l'ordre dans lequel les parents d'une famille appelés à une substitution la recueilleroient, on n'eût égard qu'à la seule proxi-

mité, sans considérer aucunement l'ordre établi pour les successions *ab intestat*, à moins que l'auteur de la substitution n'eût expressément déclaré, par l'acte, qu'il entendoit que la succession fût déférée dans l'ordre des successions *ab intestat*. Elle l'a décidé expressément, *art. 21*, pour le cas de la représentation, qu'elle décide ne devoir avoir lieu dans les substitutions, soit en directe, soit en collatérale, si l'auteur de la substitution n'a ordonné expressément que la substitution serait déférée dans l'ordre des successions. Il y a même raison pour le décider dans les autres cas. C'est pourquoi l'on doit décider, selon l'esprit de la nouvelle ordonnance, qu'entre les enfants du grevé, l'aîné ne prendra dans les biens substitués, aucunes prérogatives d'ainesse : qu'entre les collatéraux du grevé, les mâles ne seront point préférés aux filles, dans les biens féodaux ; les parents du double lien ne seront pas préférés à ceux du simple lien, parce qu'il y a même raison de décider pour ces cas et pour celui de la représentation ; qu'on ne doit considérer que la seule proximité du degré, sans avoir égard à l'ordre établi pour les successions *ab intestat*, puisque les successions par substitution sont entièrement contraires aux successions légitimes ; ce qui a été établi à l'égard des unes, ne peut avoir d'application à l'égard des autres.

Il reste une question touchant ceux qui doivent recueillir la substitution à laquelle la famille a été appelée : si l'auteur de la substitution, en appelant la famille à la substitution, a déclaré qu'ils vouloient que les mâles fussent préférés aux filles, cette préférence doit-elle s'entendre seulement en proximité de degré ? Je le penserois assez, à moins qu'il n'y eût des circonstances qui donnassent lieu de présumer autrement.

#### §. II. De la substitution de celui de la famille que le grevé a choisi.

Quelquefois l'auteur de la substitution, en substituant à quelqu'un ses enfants ou sa famille après son décès, lui permet de choisir celui des enfants ou de la famille à qui il restituera les biens compris en la substitution.

Comme, *par exemple*, si un testateur s'est exprimé ainsi : *je fais Pierre, mon neveu, légataire universel de mes biens, et je lui substitue, après son décès, celui de la famille qu'il aura choisi.*

On demande si cette faculté de choix est censée exprimée par ces termes, *ou à l'un d'eux*, qui se trouvent dans l'espèce de la loi ci-après citée. Papinien décide que non, et qu'ils signifient seulement que s'il n'en n'en reste qu'un, il recueillera seul la substitution. La substitution avoit été faite en ces termes : *Peto de te uxor carissima, uti, cum morieris, hæreditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles, ex totâ cognatione meâ.*

Papinien décide que le choix n'est accordé qu'à l'égard des petits-enfants, et des collatéraux, à défaut de petits-enfants, et non des enfants. *Inter filios respondi substitutionem fideicommissi factam videri. Circa nepotes, autem et cæteros cognatos, facultatem eligendi datam. Ex cæteris autem cognatis, si nepotes superessent, non rectè mulierem electuram, propter gradûs fideicommissi præscriptos, deficiente verò gradu nepotum; ex cognatis, quàm velit, personam eligi posse. L. 57, §. 2, ff. ad sct. trebell.*

La différence entre la substitution et la faculté de choix, et celle par laquelle on substitue simplement la famille, est que lorsque le grevé, en conséquence de la faculté de choisir qui lui est accordée, a déclaré son choix en faveur de quelqu'un de la famille, la substitution ne sera ouverte par son décès, qu'au profit de celui ou ceux qu'il aura choisis; au lieu que si on eût simplement substitué la famille, sans accorder ce choix, la substitution auroit été ouverte au profit de tous ceux de la famille qui se seroient trouvés les plus proches parents du grevé, lors de l'ouverture.

Le choix que le grevé fait, selon la faculté qui lui est accordée, d'une personne de la famille, n'est point une disposition qu'il fasse envers cette personne qu'il choisit; c'est un pur choix: c'est pourquoi la personne qu'il a choisie, qui, en vertu de ce choix, recueille la substitution, n'est point du tout censée tenir les biens compris en la substitution, de celui qui l'a choisie; mais elle est censée les tenir de l'auteur de la substitution.

C'est pourquoi le grevé qui a fait ce choix, ne peut pas, pour raison de ce seul choix, imposer aucune charge à la personne qu'il a choisie; car, en la choisissant, il n'a proprement exercé aucune libéralité envers elle, il ne lui a donné rien du sien. *Non enim facultas necessaria electionis, propria liberalitatis beneficium est: quid est enim quod de suo vi-*

*deatur reliquisse qui quod relinquit omnimodò reddere debuit*  
L. 67, §. 1, ff. de leg. 2.

Ce choix n'étant point une disposition que le grevé fasse de ses biens envers la personne qui l'a choisie, il peut le faire par quelque acte que ce soit, pourvu que ce soit par écrit.

Si le grevé avoit fait un legs ou une donation des biens sujets à cette substitution, à quelqu'un de la famille, cet acte vaudroit, non comme un legs, ni comme donation ( si ce n'est jusqu'au temps de l'ouverture de la substitution ), mais comme renfermant le choix dont on lui avoit laissé la faculté; et la personne à qui il les auroit ainsi légués ou donnés, tiendrait, depuis l'ouverture de la substitution, ces biens, non de celui qui les auroit ainsi légués ou donnés, mais de l'auteur de la substitution.

Ce choix peut même être contenu dans un legs universel fait par le grevé, à quelqu'un de la famille, lequel legs universel ne vaudra comme legs, que par rapport aux biens libres que le grevé pouvoit avoir d'ailleurs que de la substitution; mais, par rapport à ceux compris en la substitution, il ne vaudra que comme un acte renfermant le choix dont la faculté lui avoit été accordée par rapport auxdits biens.

Ce legs universel ne sera néanmoins censé renfermer le choix de la personne du légataire universel, par rapport aux biens substitués, qu'autant que le testateur n'auroit pas disposé desdits biens envers d'autres, par des dispositions particulières.

Comme c'est la substitution qui est le titre de la personne de la famille que le grevé a choisie, il suit de là qu'il faut que cette personne existe, et soit capable de recueillir la substitution au temps de son ouverture.

C'est pourquoi, si quelqu'un m'a substitué après mon décès, pour un certain héritage, celui de la famille que je choisirois, et que je l'aie donné entre vifs à une personne de la famille, si cette personne me précède, ou perd l'état civil de telle manière que lors de mon décès qui donne ouverture à la substitution, elle n'existe plus, ou soit incapable de la recueillir, le choix que j'ai fait de cette personne, par la donation que je lui ai faite, demeure caduc, et la substitution doit être recueillie par tous ceux de la famille qui se trouveront, lors de mon décès, être mes plus proches parents; c'est ce qui est décidé par la loi 77, §. 10,

*ff. de leg. 2. Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remotâ matris electione.*

Un mineur à qui on a substitué celui de sa famille qu'il choisiroit, n'a pas besoin, pour faire ce choix, de l'autorité de son tuteur, car il ne peut se préjudicier par ce choix; il n'aliène ni ne contracte : je ne pense pas même qu'une femme mariée, en pareil cas, ait besoin, pour faire ce choix, de l'autorisation de son mari, car cette autorisation est requise pour les faits qui peuvent la concerner pour aliéner, ou même pour acquérir, pour s'obliger ou obliger les autres; mais ce choix est un pur fait qui, en quelque façon, ne la concerne pas.

Celui à qui on a substitué celui de la famille qu'il choisiroit, ne peut plus le faire, s'il vient à perdre l'état civil avant que de l'avoir fait; car, par sa mort civile, la substitution a été ouverte à tous ses plus proches parents : le droit leur étant acquis, il ne peut plus y avoir lieu au choix. Nous ne suivons pas la maxime du droit romain, car la loi 77, §. 4, *ff. de leg. 1. Electionem non esse pœnâ peremptam placuit.*

Lorsque celui qui étoit grevé d'une substitution après son décès, envers celui de la famille qu'il choisiroit, est mort sans avoir fait ce choix, ou que celui qu'il a fait est demeuré caduc, par le prédécès ou l'incapacité de la personne qu'il avoit choisie, il semble que, n'ayant point usé du choix qui lui a été accordé, conséquemment la substitution doit en ce sens être ouverte à tous ceux de la famille qui se trouvent les plus proches parents du degré; comme si la famille eût été simplement appelée à la substitution, sans donner aucun choix au grevé; c'est la décision de Papinien, en la loi 67, §. 7, *ff. de leg. 2. Defuncto eo priusquam eligat, petent omnes.* Mais, dans notre jurisprudence, on présume facilement, selon les circonstances, sur-tout dans les anciennes maisons, que le droit que lui avoit donné le testateur, de choisir une personne de la famille, à qui les biens compris dans la substitution seroient restitués, et l'auteur de la substitution ayant eu principalement en vue qu'ils ne fussent pas divisés, on puisse admettre quelquefois l'aîné seul, à l'exclusion des autres, à recueillir tous les biens compris dans la substitution. Il y a, au sixième volume du Journal, un arrêt du 13 juillet 1712, qui, à défaut de choix, et n'y

ayant point d'enfants mâles, a admis la fille aînée à recueillir seule la substitution.

## ARTICLE III.

De la substitution qui résulte de la défense d'aliéner.

Nous avons vu que la défense d'aliéner hors de la famille, renfermoit quelquefois une substitution fidéicommissaire tacite ; il faut examiner, à l'égard de cette espèce particulière de substitution, 1° quelles défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes ?

2° Quelles espèces de substitutions renferment la défense d'aliéner hors de la famille ?

3° Quelles espèces d'aliénations donnent ouverture à cette substitution ?

4° Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille.

S. I. Quelles espèces de défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes ?

La défense d'aliéner, portée par un testament, ne renferme une substitution que lorsqu'il paroît par le testament, que c'est en faveur de quelque autre que celui à qui la défense est faite, que le testateur l'a faite. *Par exemple, s'il est dit : Je défends à mon fils d'aliéner les biens que je lui laisse, afin qu'ils soient conservés à ma postérité ; ou même s'il est dit : Je lègue à un tel mes biens, qu'il ne pourra aliéner hors de la famille : dans ces cas, la défense d'aliéner renferme une substitution au profit de la postérité du testateur, ou au profit de la famille du légataire ; car le testateur a suffisamment exprimé que c'est, ou en faveur de la famille du légataire, ou en faveur de sa postérité, qu'il faisoit cette défense.*

Si, au contraire, le testateur s'est expliqué ainsi : *Je lègue à un tel mes biens, que je lui défends d'aliéner*, cette défense ne renfermera aucun fidéicommiss ; car, étant incertain si c'est seulement en faveur de son légataire qu'il lui a fait cette défense, pour l'avertir de ne pas dissiper ce qu'il lui laisse, ou si c'est en faveur de quelque autre, auquel il auroit voulu substituer ses biens, au cas que le légataire les aliéneroit, on ne peut tirer de cette défense aucune conséquence nécessaire que le testateur ait voulu, par cette défense, substi-

tuer ses biens à quelqu'un, puisqu'on peut interpréter autrement, d'une manière plausible, la défense qu'il a faite à son légataire, en la regardant comme un simple avertissement qu'il lui donne pour son simple intérêt; et, par conséquent, suivant la règle que nous avons établie ci-dessus, on ne doit pas, en ce cas, induire une substitution de la prohibition d'aliéner faite au légataire; et elle ne doit passer que pour un simple avertissement, un simple conseil, *nudum consilium, nudum præceptum*. C'est ce que nous apprenons de la loi 114, §. 14, ff. de leg. 1.

Il n'est pas néanmoins toujours nécessaire, pour que la défense d'aliéner renferme une substitution fidéicommissaire, que le testateur ait exprimé en faveur de qui il faisoit cette défense, pourvu qu'on puisse connoître d'ailleurs, en faveur de qui il l'a voulu faire: comme dans l'espèce de la loi 74, ff. ad sc. trebell., où un père s'étoit ainsi exprimé à l'égard de sa fille: « Je vous recommande de ne point disposer, par testament, des biens que je vous laisse, tant que vous n'aurez point d'enfants. » *Mando tibi non testari, donec liberi tibi sint*. L'empereur Sévère décida que ces termes renfermoient une substitution fidéicommissaire au profit des collatéraux de cette fille, faite sous condition qu'elle n'auroit point d'enfants. *Pronuntiavit imperator fideicommissum ex hac scripturâ deberi*. La raison est que, quoique le testateur n'ait pas, dans cette espèce, exprimé en faveur de qui il défendoit à sa fille, de disposer par testament, néanmoins il est visible que c'étoit en faveur des parents de sa famille les plus prochains à succéder, qu'il faisoit cette défense, puisqu'il la faisoit seulement pour le cas auquel la fille n'auroit point d'enfants, et par conséquent pour le cas auquel les collatéraux de sa fille auroient intérêt que cette fille ne fit point de testament.

Il y a même lieu de soutenir qu'en général, la simple défense de tester, faite par le testateur à son héritier ou légataire, renferme une substitution en faveur des plus proches parents de cet héritier ou légataire, de ce qui se trouvera rester des biens du testateur, à cet héritier ou légataire, lors de sa mort, et qu'en cela la défense de tester diffère de la simple défense d'aliéner. La raison de différence est sensible: dans la défense d'aliéner, que le testateur a faite à son héritier, il peut n'avoir eu en vue que l'intérêt de son héritier; on ne peut donc pas en conclure qu'il ait voulu

faire une substitution : mais la défense de tester ne peut concerner l'intérêt de celui à qui on fait cette défense, elle ne peut concerner que celui de ses parents ; on en doit donc conclure qu'elle renferme une substitution au profit desdits parents. La loi 77, §. 24, *prin. ff. de leg. 2*, paroît contraire à cette décision : dans l'espèce de cette loi, le testateur s'étoit exprimé ainsi : *Mando filiae meae, pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat. . . .* Il y est, à la vérité, décidé que cette défense de tester ne renferme aucun fidéicommis ; la réponse est, que le testateur, par ces termes, *pro salute ipsius sollicitus*, avoit manifestement déclaré que c'étoit pour l'intérêt de sa fille qu'il lui faisoit cette défense de tester, de peur que l'héritier qu'elle institueroit n'attentât à sa vie, pour avoir plus tôt son bien ; ce qui étoit assez commun chez les Romains, ainsi que la suite de la loi que nous avons citée l'exprime clairement : *Ita enim poterit sine periculo vivere*. Mais, parmi nous, les testaments sont secrets, et on n'a pas vu d'exemples de pareils attentats. Cette loi ne peut donc y recevoir d'application. Il faut pourtant convenir que la question souffre difficulté.

La simple défense d'aliéner, lorsque le testateur n'a pas témoigné en faveur de qui il faisoit cette défense, ne passe, à la vérité, que pour un simple avis, *nudum præceptum*, auquel celui à qui la défense est faite peut impunément ne pas déférer ; mais si le testateur avoit fait cette défense au légataire, à peine de nullité du legs qu'il lui faisoit, en ce cas le legs seroit fait sous une condition résolutoire en cas d'aliénation, qui donneroit aux héritiers du testateur, en ce cas, une action en répétition de la chose léguée.

La défense d'aliéner hors de la famille, dans une donation entre vifs, renferme-t-elle une substitution au profit de la famille, comme elle la renfermeroit, si elle étoit portée par un testament ? Ricard, après Bartole, pense que la même raison qui fait conclure dans les testaments, que le testateur a voulu, par cette défense, faire une substitution à la famille, doit faire conclure que, dans l'acte de donation, telle a été l'intention des parties contractantes.

§. II. Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors la famille ?

La défense qu'un testateur fait à son héritier, d'aliéner hors la famille, et autres semblables défenses d'aliéner, ren-

ferment une substitution faite au profit de la famille, sous la condition que l'héritier à qui la défense est faite, aliénerait hors la famille, les biens, contre la défense qui lui a été faite. Ce n'est que cette aliénation qu'il en feroit, qui peut donner ouverture à la substitution, et il en peut valablement disposer au profit de telle famille que bon lui semblera : *l. 4, cod. de fideicommiss.*

Il en seroit autrement, s'il y avoit une substitution expresse au profit de la famille, quoiqu'accompagnée d'une défense d'aliéner.

En cela, cette substitution diffère de celle par laquelle on substitue à quelqu'un, après son décès, celui de la famille qu'il a choisi. Celui qui est grevé d'une telle substitution, ne peut, comme nous l'avons vu à la section précédente, disposer proprement, même envers une personne de la famille, des biens substitués ; et, s'il le fait, cette disposition ne vaudra que comme un choix qu'il fera de cette personne, qui tiendra les biens qu'il lui a donnés ou légués, non de lui, mais de l'auteur de la substitution. Au contraire, celui à qui on a fait défense d'aliéner hors la famille, peut valablement disposer envers une personne de la famille, des biens qu'on lui a défendu d'aliéner hors la famille ; la personne de la famille envers qui il en dispose, les tient véritablement de lui. La raison est, qu'il ne résulte de cette défense d'aliéner, aucune substitution, sinon pour le cas auquel celui à qui cette défense est faite, aliénerait hors la famille. Cette différence est remarquée en la loi 57, §. 5, ff. de leg. 2.

§. III. Quelles aliénations donnent ouverture à cette substitution ?

Lorsque le testateur a défendu à son héritier ou à son légataire, d'aliéner hors de la famille les biens qu'il lui a laissés, il y a ouverture de substitution lorsqu'il les aliène à quelque titre que ce soit. Il n'importe que ce soit à titre onéreux, comme s'il les vend, s'il les échange ; ou, à titre gratuit, il n'importe que ce soit entre vifs ou par testament, ni que ce soit à titre singulier ou à titre universel ; c'est pourquoi, si celui à qui cette défense a été faite, fait un legs universel de ses biens, sans en excepter ceux qu'on lui avoit défendu d'aliéner, ce legs universel, qui renferme les biens dont l'aliénation lui étoit interdite, est regardé comme une aliénation qui donne ouverture à la substitution : c'est ce qui est décidé par la loi 69, §. 3, ff. de leg. 2. *Fratre hærede*

*instituto petit ne domus alienaretur, sed in familiâ relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit, vel interea hærede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familiâ fuerunt.*

Si la défense d'aliéner n'étoit pas en termes indéfinis, mais que le testateur eût défendu à son héritier ou légataire universel, d'aliéner durant sa vie, hors la famille, les biens qu'il lui laisse, il n'y auroit que les aliénations faites par des actes entre vifs, qui donneroient ouverture à la substitution, qui résulte de cette défense; les dispositions testamentaires n'y donneroient pas ouverture, car elles ne sont pas comprises dans la défense que le testateur a faite à son héritier, d'aliéner durant sa vie, puisque celui qui dispose par testament, n'aliène qu'après sa mort. C'est la décision de la loi 38, §. 3, ff. de leg. 3. *Fundum à filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignerari, et hæc verba adjecit: quod si adversus voluntatem meam facere voluerit, fundum titianum ad fiscum pertinere. Ità enim fiet, ut fundus titianus de nomine vestro nunquam exeat. Quæsitum est, cum vivus filius eum fundum secundum voluntatem patris retinuerit; an defuncto eo, non ad hæredes scriptos à filio; sed ad eos, qui de familiâ sunt, pertineat? Respondit, hoc est voluntate defuncti colligi posse; filium, quoad viveret, alienare vel pignerare non posse; testamenti autem factionem in eo fundo in extraneos etiam hæredes habiturum.*

Si celui à qui il avoit été défendu d'aliéner durant sa vie, hors la famille, a contracté durant sa vie, des dettes pour lesquelles les biens qu'on lui a défendu d'aliéner, ont été décrétés et vendus après sa mort, il y aura ouverture à la substitution; car, quoique la vente n'en ait pu être consommée pendant sa vie, on peut dire qu'il les a aliénés durant sa vie, en contractant, durant ce temps, les hypothèques pour lesquelles ils ont été vendus; d'autant plus qu'*alienationis nomine venit hypotheca.*

La défense de vendre ne doit pas s'étendre à la donation, *nec vice versâ*; c'est pourquoi, si un testateur a légué à quelqu'un ses biens ou certains héritages, à la charge de ne les point vendre hors la famille, la donation qu'il en fera à un étranger, ne donnera pas ouverture à la substitution.

De quelque manière que soit conçue la défense d'aliéner, elle ne peut comprendre les aliénations nécessaires; c'est pourquoi, si celui à qui cette défense est faite, reçoit le rachat d'une rente, s'il est provoqué à licitation, et que, sur cette

demande, l'héritage dans lequel on lui laisse une part indivise, soit adjugé à un étranger; s'il est forcé de vendre par un arrêt du conseil, pour quelque cause d'utilité publique; si des héritages sont saisis ou vendus pour des hypothèques qu'il n'ait pas lui-même contractées, mais qu'ils l'aient été, soit par le testateur, soit par les auteurs du testateur: toutes ces espèces d'aliénations, et autres semblables, ne donneront aucune ouverture à la substitution.

Quand même les héritages qu'il m'a été défendu d'aliéner hors la famille, seroient saisis et vendus pour des dettes que j'aurois moi-même contractées, si je les ai contractées pour acquitter les dettes des créanciers du testateur, la vente sera censée pour les dettes du testateur, et il ne demeurera aucune ouverture à la substitution. *Vide D. L. 38, ff. eod.*

Quand même quelques-uns des héritages laissés à l'héritier, à la charge de ne les point aliéner hors la famille, auroient été vendus, non sur une saisie réelle, mais par une vente volontaire, et de gré à gré, néanmoins si cette vente avoit été faite pour acquitter les dettes du testateur, et qu'il n'y eût pas dans sa succession de quoi les acquitter autrement que par cette vente, elle devroit encore passer pour exceptée de la défense d'aliéner, et ne donneroit point ouverture à la substitution; car le testateur, en défendant d'aliéner, n'a pu ni voulu empêcher qu'on aliénât ce qui seroit nécessaire pour l'acquittement de ses dettes. C'est encore la décision de la loi 38, ci-dessus citée.

Il n'y a pas ouverture à la substitution qui résulte de la défense qu'un testateur a faite, d'aliéner ses biens hors de la famille, lorsque le légataire à qui ils ont été légués à cette charge, les transmet dans sa succession, *ab intestat*, à des héritiers qui ne sont point de la famille du testateur qui les lui avoit légués; car il ne les a point aliénés, en les laissant dans sa succession, *ab intestat*; c'est la loi qui les aliène. C'est la décision précise de la loi 77, §. 28, ff. *de leg. 2.* Dans l'espèce d'un legs fait sous la clause *ne de nomine exiret*, le jurisconsulte décide que le fils de l'un des légataires, ayant recueilli, dans la succession, *ab intestat*, de sa mère, la part qu'elle avoit dans les choses léguées, pouvoit la retenir, quoiqu'il ne fût plus du nom du testateur, et qu'il n'y avoit pas ouverture à la substitution résultante de cette clause *ne de nomine exiret*. La loi 88, §. 16, ff. *de leg. 2.*, n'est point contraire, à cette décision; car, dans l'espèce de cette loi, il

n'y avoit pas une simple défense d'aliéner hors la famille, mais une substitution expresse au profit des sœurs de l'héritier, par ces termes : *Habes filios sororum tuarum, quibus relinquas.*

Lorsque l'héritier ou légataire à qui il a été défendu d'aliéner hors la famille, n'a vendu à un étranger, qu'après avoir sommé tous ceux de la famille d'acheter, et qu'ils en ont été tous refusants, Ricard, suivant l'opinion de plusieurs docteurs, décide qu'il n'y a pas ouverture à la substitution au profit de la famille, n'ayant tenu qu'à elle d'acheter l'héritage. J'aurois de la peine à être de cet avis, la défense d'aliéner hors de la famille ne signifie pas que celui à qui cette défense est faite sera obligé, quand il voudra aliéner, de préférer ceux de la famille, mais elle signifie qu'il ne pourra aliéner sans donner ouverture à la substitution.

§. IV. Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille ?

Ce sont les personnes de la famille qui se trouvent les plus proche lors de l'aliénation, qui donnent ouverture à la substitution, qui doivent la recueillir.

Ceux qui auroient eux-mêmes aliéné leurs portions contre la défense du testateur, ne sont pas admis à recueillir la substitution des portions de leurs colégataires, qui seroient aliénées en même temps ou depuis la leur; elles doivent appartenir en entier à ceux qui n'ont point contrevenu au testament : *l. 77, §. 27, ff. de leg. 2.*

Mais, si, après avoir recueilli les portions de mes colégataires qui ont aliéné leurs portions les premiers, je viens moi-même à contrevenir au testament, en aliénant ma part, je ne laisserai pas de conserver l'émolument de la substitution que j'ai recueillie. *D. §. 27.*

---

**SECTION IV.**

Des personnes qui peuvent faire des substitutions; de celles qui y peuvent être appelées, ou en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence? Et des choses qui en peuvent être l'objet.

**ARTICLE PREMIER.**

Des personnes qui peuvent faire des substitutions; de celles qui peuvent y être appelées; ou de celles qui en peuvent être grevées; quand et jusqu'à quelle concurrence.

**§. I. Des personnes qui peuvent faire des substitutions.**

Les substitutions sont ou testamentaires, ou font partie d'un acte entre vifs, tel qu'un contrat de mariage, ou une donation, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Celles qui sont testamentaires, peuvent être faites par toutes les personnes qui sont capables de tester, et non par d'autres : voyez, à cet égard, notre *Traité des testaments*.

Celles qui font partie d'un acte entre vifs, peuvent être faites par tous ceux qui sont capables de donner entre vifs, et non par d'autres : voyez, à cet égard, notre *Traité des donations*.

C'est pourquoi, si on demande si un mineur qui a l'âge de tester, si un aubain, peuvent faire une substitution, il faut répondre : le mineur qui a l'âge de tester, peut faire une substitution testamentaire de ce dont il lui est permis de disposer par testament, puisqu'il est capable de tester ; mais il ne peut pas faire de substitution par acte entre vifs, puisqu'il n'est pas capable de donner entre vifs. *Contra*, un aubain peut faire une substitution par acte entre vifs, soit par un contrat de mariage, soit par une donation entre vifs, puisqu'il est capable de ces actes, mais il ne peut pas faire de substitution testamentaire, n'étant pas capable de tester.

**§. II. Des personnes qui peuvent être appelées à une substitution.**

On doit faire la même distinction. On peut appeler à une substitution testamentaire, toutes les personnes envers qui on peut disposer par testament, et non d'autres : voyez, pour cela, notre *Traité des testaments*.

Si la substitution est par un acte entre vifs, on y peut appeler tous ceux à qui on peut donner entre vifs, et non d'autres : voyez notre *Traité des donations*.

*Par exemple* : on ne peut pas appeler un aubain à une substitution testamentaire, parce qu'il n'est pas capable de recevoir par testament; mais il peut être appelé par une substitution portée par une donation entre vifs, parce qu'il n'est pas incapable d'être donataire entre vifs.

*Contra*, dans les coutumes qui ne permettent pas aux mari et femme de se donner entre vifs, et qui leur permettent de se donner par testament, je ne pourrai pas faire une substitution au profit de ma femme, par une donation entre vifs; mais je pourrai l'appeler à une substitution testamentaire.

Par la même raison, la disposition des coutumes, que nul ne peut être héritier et légataire, a lieu à l'égard des substitutions testamentaires, qui ne diffèrent pas des legs : nos fidéicommiss en pays coutumier n'étant proprement que des legs.

Celui qui s'est porté héritier du testateur, ne peut donc pas recueillir la substitution testamentaire de la portion de quelqu'un de ses cohéritiers, à laquelle il auroit été appelé; car il seroit héritier et légataire vis-à-vis de son cohéritier; ce que les coutumes ne permettent pas.

Cette décision a lieu, soit qu'il y ait été appelé nommément, soit qu'il y ait été appelé collectivement *inter ceteros*.

*Par exemple* : une personne laisse trois frères pour ses héritiers; Pierre, Paul et Jean : il charge Jean de rendre à sa famille les biens qu'il aura eus de sa succession; Jean meurt le premier sans enfants : Pierre et Paul, ses frères, qui se trouvent les plus proches de la famille, ne pourront recueillir la substitution; car, ayant été héritiers, ils ne peuvent être légataires de la portion de leur cohéritier, nul ne pouvant être héritier et légataire. La substitution sera-t-elle déferée aux parents du degré ultérieur? Je ne le pense pas, car ce n'est pas en faveur des parents du degré ultérieur, qu'un héritier ne peut être légataire; c'est en faveur de ses cohéritiers, c'est seulement vis-à-vis d'eux qu'il ne peut l'être : cette disposition coutumière, nul ne peut être héritier et légataire, n'est faite que pour maintenir l'égalité que nos coutumes ont voulu établir entre les cohéritiers; c'est un rapport à la masse commune, auquel elle assujettit l'héri-

tier : c'est pourquoi, dans cette espèce, Pierre et Paul se trouvant les plus proches de la famille, pour recueillir la substitution de Jean, à laquelle la famille a été appelée, c'est envers eux que cette substitution est ouverte; mais ils en confondent l'effet, par le rapport qu'ils sont obligés de faire à Jean, ou quoique ce soit à sa succession, qui représente Jean.

Si tous les héritiers étoient grevés réciproquement de substitution à leur décès, les uns envers les autres, cette substitution seroit-elle valable? Les survivants qui se sont portés héritiers du défunt, pourroient-ils recueillir la substitution du premier décédé? On peut dire, pour l'affirmative, que les dispositions coutumières, qui portent que nul ne peut être héritier et légataire, n'étant, comme nous l'avons observé, que pour conserver l'égalité entre les cohéritiers, cette substitution réciproque n'est point contraire à l'esprit de ces dispositions coutumières, puisqu'étant tous également chargés les uns envers les autres, on ne peut pas dire qu'aucun soit plus avantage que l'autre. Néanmoins, il faut décider que cette substitution ne peut avoir d'effet; l'égalité que nos coutumes désirent, n'est pas une égalité qui consiste en des compensations d'espérance, c'est une égalité de possession : elles ne veulent pas que l'un des héritiers ait rien à titre de legs, de la portion de l'autre; elles ne permettent donc pas que les cohéritiers survivants prennent, en vertu d'une disposition testamentaire, la portion de leurs cohéritiers prédécédés. Ricard est de cet avis.

§. III. Des personnes qui peuvent être grevées de substitution.

Tous ceux à qui le testateur a laissé quelque chose, par quelque disposition testamentaire que ce soit, soit à titre d'institution d'héritier, dans les pays où elle a lieu, soit à titre de legs universel ou particulier, ou de substitution, soit universelle, soit particulière, peuvent être en conséquence grevés de substitution par le testateur.

Nous pouvons même grever de substitution nos débiteurs, pour ce qu'ils nous doivent; car nous sommes censés, en ce cas, leur en léguer la libération, et, en conséquence de ce legs de libération, les charger de substitutions. *Leg. 77, ff. de leg. 1; l. 37, §. 3, ff. de leg. 3.*

Nous pouvons aussi grever de substitution nos héritiers *ab intestat*; car nous sommes censés leur avoir laissé, et ils sont

censés tenir de nous tout ce que nous pouvions leur ôter par les dispositions que les lois nous permettoient de faire : *Sciendum est autem, eorum fidei committere quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus : vel dum eis datur, vel dum eis non admittitur : l. 1, §. 6, ff. de leg. 3.*

Nous pouvons grever de substitution même les héritiers de ces personnes, ou ceux qui doivent profiter de ce que nous leur avons laissé, pourvu que ce soit en leur qualité d'héritiers, ou en la qualité en laquelle ils doivent profiter de ce que nous avons laissé.

Par exemple, si je m'exprime ainsi : *Je charge l'héritier de mon héritier, de restituer, trois ans après la mort de mon héritier, les biens de ma succession à un tel ; ou bien, je charge celui qui se trouvera le mari de mon héritière, et en communauté de biens avec elle, de restituer à un tel, ce qui sera entré de mes biens dans sa communauté, la substitution sera recevable.*

Si j'avois grevé de substitution, en son propre nom, quelqu'un à qui je n'ai rien laissé, quoiqu'il devînt par la suite héritier de mon héritier, ou mari commun de biens de mon héritière, la substitution n'en seroit pas moins nulle, *quoniam qui fortuito non judicio testatoris consequitur hereditatem, non debet onerari ; ne cui nihil dederis, eum rogando obliges.*

Enfin, nous pouvons grever de substitution ceux à qui nous avons donné ou assuré quelque chose, soit par contrat de mariage, soit à titre universel, comme par une institution ou substitution contractuelle, soit à titre particulier, soit même hors contrat de mariage, par donation entre vifs.

Mais, si certains biens m'ayant été laissés ou donnés, à la charge de les restituer à celui de la famille que je choisirois, j'ai fait choix de Pierre, je ne peux, pour raison de ce choix, charger Pierre d'aucune substitution ; car, par ce choix, je ne lui ai rien donné, comme nous l'avons vu ci-dessus.

#### §. IV. En quel temps pouvons-nous grever quelqu'un de substitution ?

Il y a à cet égard une grande différence entre les substitutions dont nous chargeons nos héritiers *ab intestat*, ou ceux à qui nous avons laissé quelque chose par testament, et celles dont nous chargeons ceux à qui nous avons donné ou assuré quelque chose, par un contrat de mariage, ou par une donation entre vifs.

Celles-ci ne peuvent se faire que par le contrat de mariage, qui contient la donation ou l'institution contractuelle, au lieu que nous pouvons toujours, jusqu'à la mort, faire les autres.

La raison de différence est, que les dispositions par testaments étant par leur nature révocables, nous ne pouvons les diminuer, en chargeant de substitution ceux envers qui nous en avons disposé, ces dispositions n'empêchant point les biens dont nous avons disposé, d'être à nous; ceux envers qui nous avons disposé de ces biens, n'y pouvant acquérir aucun droit qu'après notre mort, n'empêchent point que nous n'en puissions de nouveau disposer par des substitutions. Au contraire, la donation entre vifs étant par sa nature irrévocable, le donateur ne peut plus, après qu'elle a une fois reçu sa perfection, en diminuer l'effet en imposant des charges au donataire: la propriété de la chose donnée ayant été, par la donation, irrévocablement transférée au donataire, le donateur ne peut plus disposer, par des substitutions, des choses qui ne lui appartiennent plus.

La nouvelle ordonnance, *art. 13*, confirme ces principes, quoiqu'ils n'eussent pas besoin de confirmation, étant pris dans la nature même de la chose. Elle ordonne que les biens donnés par contrat de mariage ou donation entre vifs, sans aucune charge de substitution, ne puissent en être grevés par une disposition particulière.

Comme la nullité de la substitution qui seroit portée par une disposition postérieure, vient du défaut de pouvoir dans le donateur, de disposer des biens qui ont cessé d'être à lui, il n'importe qu'elle soit expresse; c'est pourquoi l'ordonnance, *art. 13*, déclare qu'elle sera nulle, encore qu'elle comprenne expressément les biens donnés.

Il n'importe pareillement que le donataire entre vifs soit ainsi grevé de substitution, par une disposition postérieure à la donation, ni au profit de qui la substitution est faite; c'est pourquoi l'ordonnance, audit article, déclare nulles ces substitutions faites par une disposition postérieure à la donation entre vifs, encore que la donation ait été faite par un père à ses enfants, et qu'elle soit faite en faveur des enfants du donateur ou du donataire; car un père ne conserve pas plus de droit dans ce qu'il a donné à ses enfants, entre vifs, que dans ce qu'il auroit donné à un étranger; et, n'ayant plus de droit, il n'en peut autrement disposer: il ne le peut

pas plus au profit des enfants de celui à qui il l'a donné, que de quelque autre personne que ce soit.

Il faut pourtant excepter de cette règle les donations qu'un père, en pays de droit écrit, auroit faites à quelqu'un de ses enfants qui seroit sous sa puissance; ces donations ne sont pas proprement entre vifs; elles ne se confirment que par la mort du père; elles ne transfèrent point à l'enfant donataire, une vraie propriété des choses données; il ne les tient que comme appartenantes à son père, et dont le père peut, par conséquent, disposer par des substitutions, tant que son fils demeure sous sa puissance. L'ordonnance, *art. 18*, en fait l'exception.

Elle fait la même exception à l'égard des donations entre mari et femme. En pays de droit écrit, ces donations ne se confirment que par la mort du donateur, et ne sont point, jusqu'à ce temps, irrévocables; d'où l'on doit conclure que le donateur peut toujours charger de substitution les biens qu'il a ainsi donnés.

Lorsqu'une donation entre vifs est faite par contrat de mariage, le donateur pouvoit, avant l'ordonnance, se réserver, par la donation, la faculté de grever de substitution les biens par lui donnés; et, par conséquent, les substitutions qu'il faisoit depuis la donation, par des actes postérieurs, étoient valables. La raison est, que la faveur des contrats de mariage les rendant susceptibles de toutes sortes de conventions, les donations entre vifs qui y sont contenues, ne sont point assujetties aux règles ordinaires. La règle *donner et retenir ne vaut*, n'y est point observée, suivant que nous l'avons vu au *Traité des donations*.

De là il suit, qu'il doit être permis à celui qui donne par contrat de mariage, de se réserver, par la donation, la faculté de charger de substitution les biens donnés.

Néanmoins, il a plu au législateur, de déclarer nulles ces sortes de réserves, sans préjudice de celles qui auroient été faites par des actes antérieurs à la publication de l'ordonnance.

Le donateur ne peut pas, à la vérité, charger de substitution les biens qu'il a donnés entre vifs, par une disposition postérieure à la donation, en conséquence de la seule donation qu'il en a faite; mais, s'il exerce une nouvelle libéralité envers le donataire, s'il lui donne ou laisse d'autres choses que ce qu'il lui a donné précédemment, il peut, en consé-

quencé de cette nouvelle libéralité, charger de substitution même les biens précédemment donnés, comme il en pourroit charger les autres biens de celui à qui il l'a faite; car il peut mettre à sa nouvelle libéralité, telle charge et condition que bon lui semble; et, par conséquent, il y peut mettre pour charge et condition, celle de la substitution des biens qu'il a précédemment donnés. C'est au donataire à voir s'il veut accepter, à cette charge, la nouvelle donation ou disposition qui lui est faite; et, lorsqu'il l'a une fois acceptée à cette charge, il ne peut plus s'y soustraire, même en se tenant à la première donation, et en offrant de rendre les biens compris dans la seconde disposition avec les fruits : *Article 16.*

Au reste, comme cette substitution des biens compris en la première donation, ne vaut que comme une charge de la seconde, elle n'a d'effet que du jour que le donataire aura accepté la seconde, ou en aura fait ordonner l'exécution à son profit : *Article 17.*

§. V. Jusqu'à quelle concurrence pouvons-nous grever quelqu'un de substitution ?

La règle est, qu'on ne peut grever quelqu'un de substitution, que jusqu'à concurrence de ce qu'il a reçu de la libéralité de l'auteur de la substitution : *Placet non plus posse rogari quem restituere, quàm quantum ei relictum est : l. 114, §. 3, in fine. ff. de leg. 1.*

Au reste, on comprend dans ce que nous sommes censés avoir donné ou laissé à quelqu'un, même les fruits qu'il a perçus, jusqu'à l'échéance de la substitution, et, par conséquent, les intérêts des sommes données, dont il a joui jusqu'audit temps. *Arg. D. L. 114, §. 3, in fine, ff. de leg. 1.*

A l'égard de la jouissance que le grevé a eue depuis l'échéance de la substitution, pendant le temps que le substitué a tardé à donner la demande en délivrance, elle n'entre pas en ligne de compte, parce qu'il doit cette jouissance plutôt à la négligence du substitué, qu'à l'auteur de la substitution : *Negligenti petentis, non judicio defuncti percepti videntur.*

En pays de droit écrit, l'héritier, soit institué, soit *ab intestat*, peut, si l'auteur de la substitution ne l'a pas expressément défendu, faire déduction ou de la quarte falcidienne, s'il s'agit des substitutions particulières, ou de la quarte tré-

bellianique, s'il s'agit des substitutions universelles, lorsque ces substitutions absorbent la quarte.

Dans nos pays coutumiers, ces déductions de quartes ne sont pas en usage; mais nos coutumes conservent à nos héritiers légitimes certaines portions dans les biens de notre succession, qui ne sont susceptibles d'aucune substitution à leur préjudice, et qu'on appelle, pour cet effet, *réserve coutumière*.

Cette réserve, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, est les quatre quintes des propres. L'héritier grevé de substitution, peut, dans notre coutume, retenir ces quatre quintes, en abandonnant au substitué le surplus des biens, et les fruits de ce surplus.

Un enfant grevé de substitution, peut aussi demander à distraire sa légitime franche de toutes charges de substitution sur les biens substitués, s'il n'est pas rempli d'ailleurs; et il n'est pas obligé de remplacer ce qu'il a distrait, pour sa légitime, des biens substitués, par les fruits qu'il percevra de la portion sujette à la substitution jusqu'à son ouverture. Ceci a été jugé par arrêt de 1704, rapporté par Augeard, et est conforme à une loi romaine.

#### ARTICLE II.

Des choses dont les substitutions peuvent être l'objet.

On peut disposer, par substitution, de l'universalité de ses biens, ou d'une quotité de cette universalité. Ce sont les substitutions universelles.

Elles sont ou pures ou simples, comme lorsqu'on grevé purement et simplement son héritier ou autre successeur, à titre universel, de restituer, après son décès, les biens qu'on lui a donnés ou laissés; ou bien elles sont faites sous certaines limitations, comme lorsqu'on le charge de restituer ce qui lui en sera resté, ou ce qui sera en nature.

On peut aussi disposer, par substitution, de choses particulières.

S. I. Des choses dont sont composées les substitutions universelles pures et simples.

Les substitutions universelles sont composées de toutes les choses; tant meubles qu'immeubles, auxquelles a succédé celui qui en est grevé.

Mais il y a cette différence entre les meubles et les immeubles, que ceux-ci sont compris en la substitution, pour être rendus en nature lors de son ouverture; au lieu que les meubles y sont compris pour être vendus, et, du prix, fait emploi en héritages ou rentes, qui seront compris en la substitution en la place desdits meubles, comme nous le verrons plus amplement en la section suivante, où nous verrons aussi les exceptions de cette règle, par rapport à certains meubles qui peuvent être conservés en nature. Non-seulement les choses auxquelles le grevé a immédiatement succédé à l'auteur de la substitution, sont comprises en la substitution universelle; celles dont il est devenu propriétaire depuis, en vertu de quelque droit auquel il a succédé à l'auteur de la substitution, y sont aussi comprises.

*Par exemple* : si l'auteur de la substitution avoit acheté un héritage ou quelque autre chose, et qu'il fût mort avant que la chose lui eût été livrée, cette chose qui, depuis sa mort, aura été livrée à son héritier grevé de substitution, sera comprise en la substitution; car, quoique cet héritier n'ait pas succédé immédiatement à la chose même, à l'auteur de la substitution, il a succédé au droit résultant du contrat de vente, en vertu duquel elle lui a été livrée.

Par la même raison, si l'auteur de la substitution a vendu son héritage, et que cette vente fût sujette à rescision, pour cause de lésion d'outre-moitié, ou pour quelque autre cause, ou s'il a vendu, avec faculté de réméré, cet héritage dans lequel l'héritier grevé de substitution sera rentré, soit en vertu de l'action rescisoire, soit en vertu de la clause de réméré, cet héritage sera compris en la substitution, parce que, s'il n'a pas immédiatement succédé à l'héritage même, il a succédé à l'action rescisoire ou de réméré, en vertu de laquelle il est entré dans l'héritage.

Par la même raison, si l'héritier grevé de substitution est rentré dans un héritage, faute de paiement du prix pour lequel l'auteur de la substitution l'avoit vendu, ou faute du paiement des arrérages d'une rente foncière que l'auteur de la substitution avoit à prendre dessus, ou par l'expiration d'un bail à longues années, que l'auteur de la substitution ou ses auteurs en avoient fait: en tous ces cas, cet héritage sera compris en la substitution, parce que l'héritier grevé a succédé à l'auteur de la substitution, au droit en vertu duquel il est rentré dans cet héritage.

Par la même raison, si l'auteur de la substitution possédait, lors de sa mort, un héritage dont il n'étoit pas le propriétaire, l'ayant acquis *à non domino*, cet héritage, dont son héritier grevé de substitution, sera devenu propriétaire par l'accomplissement du temps de la prescription, sera compris dans la substitution; parce que si cet héritier n'a pas succédé à l'auteur de la substitution, à la propriété de cet héritage que l'auteur de la substitution n'avoit pas encore, il a au moins succédé aux droits résultants de sa possession et de son acquisition, en vertu desquels il l'a acquis par prescription: ce qui suffit.

Par la même raison, si l'auteur de la substitution n'étoit propriétaire que d'une portion indivise d'un héritage, et que son héritier, grevé de substitution, soit devenu, par licitation, propriétaire du total, le total sera compris dans la substitution: car le droit de liciter et d'acquérir par licitation, la portion des copropriétaires, étoit attaché à la portion indivise à laquelle l'héritier grevé a succédé à l'auteur de la substitution; et, par conséquent, on peut dire que c'est en vertu d'un droit auquel il a succédé, qu'il est propriétaire du total. Il en seroit de même, si les copropriétaires lui eussent vendu leur portion sans licitation; car ces ventes tiennent lieu de licitation.

Au reste, toutes ces choses, dont l'héritier grevé est devenu propriétaire en vertu d'un droit auquel il a succédé, ne sont comprises en la substitution, qu'à la charge par le substitué de rembourser le grevé, lors de la restitution des biens substitués, de ce qu'il a déboursé pour les avoir. Les choses qui tiennent lieu au grevé, de celles qui étoient comprises en la substitution, et qui ont cessé de l'être, sont comprises, à leur place, en la substitution; tels sont: 1° les héritages et rentes qui ont été acquis pour emploi, tant des deniers comptants trouvés en la succession de l'auteur de la substitution, que de ceux reçus des débiteurs de ladite succession, ou provenus de la vente des effets mobiliers; ces héritages et rentes sont compris en la substitution, en la place desdits deniers comptants et effets mobiliers qui cessent d'y être compris, au moyen de leur conversion dans lesdits héritages ou rentes dans lesquels l'emploi a été fait; mais le grevé ne seroit pas recevable à vouloir retenir lesdits héritages ou rentes, en offrant les sommes dont ils font l'emploi; car, au moyen de l'emploi, ce ne sont plus les sommes

qui sont comprises en la substitution, ce sont lesdits héritages ou rentes.

2° Telles sont les sommes que l'héritier grevé a reçues pour le prix de l'aliénation comprise en la substitution, comme pour le prix d'une licitation, ou de vente d'un héritage, qu'on a été forcé de faire par des ordres supérieurs, pour quelque cause d'utilité publique, ou pour le prix du rachat d'une rente rachetable, ou pour le remboursement du prix d'un office qui a été supprimé, ou qu'on a été obligé de vendre : en tous ces cas, les rentes cessant d'être comprises en la substitution, par leur rachat et extinction ; les offices, par leur suppression ou aliénation ; les héritages, par l'aliénation nécessaire qui en a été faite ; les sommes reçues pour le prix desdites rentes, offices ou héritages, y sont comprises en leur place ; mais elles n'y sont comprises que jusqu'à ce qu'il en ait été fait emploi en héritages ou rentes, auquel cas ce sont ces héritages ou rentes dans lesquels l'emploi a été fait, qui y sont compris en leur place.

3° Tel est l'héritage qui a été déguerpi par le possesseur, pour la rente foncière comprise en la substitution ; cette rente étant éteinte par le déguerpissement, cesse d'être comprise en la substitution, l'héritage déguerpi qui en tient lieu, doit y être compris en sa place.

C'est pourquoi le substitué, lors de l'ouverture de la substitution, ne peut pas demander autre chose que cet héritage déguerpi ; mais le grevé ne seroit pas recevable à retenir l'héritage, en offrant de continuer la rente foncière : car la rente foncière ayant été éteinte par le déguerpissement de l'héritage, ce n'est plus la rente, c'est l'héritage qui est compris en la substitution.

Il en seroit autrement, si le grevé avoit acquis volontairement l'héritage sujet à la rente foncière. Comme il ne peut, par son fait, changer l'objet de la substitution, c'est toujours la rente foncière qui demeure comprise en la substitution, et non l'héritage. Il est vrai que, jusqu'à l'ouverture de la substitution, cette rente foncière est comme éteinte par la consolidation de la rente à l'héritage, l'héritier ne pouvant avoir un droit de rente foncière sur un héritage qui lui appartient ; mais l'effet de cette consolidation cesse par l'ouverture de la substitution, et la rente foncière revit au profit du substitué.

Ce qui se réunit aux biens substitués, est aussi compris en la substitution universelle.

C'est pourquoi, si j'avois trois héritiers, Pierre, Paul et Jean, et que j'aie substitué Jacques à la portion de Jean, après son décès, Pierre et Paul ayant répudié ma portion, leurs portions qui accroîtront à celle de Jean, seront comprises en la substitution; car j'ai substitué Jacques à tout le droit de Jean; j'ai substitué à son profit la portion de Jean, *quanta quanta esset*, et, par conséquent, avec tous les accroissemens dont elle étoit susceptible.

Il en seroit autrement, si j'avois substitué Jacques au tiers de mes biens, auquel devoit succéder Jean; car, ayant déterminé au tiers la portion pour laquelle je substituerois Jacques à Jean, elle ne peut pas être autre que le tiers.

Tout ce qui est uni par une union substantielle, soit naturelle, soit industrielle, aux choses particulières qui composent les biens substitués, fait aussi partie de la substitution, comme ce qui est accru par alluvion à quelque héritage, ou ce qui a été bâti par l'héritier grevé de substitution, sur le terrain substitué; à la charge, en ce cas, de rembourser par le substitué au grevé, ce qui en aura coûté jusqu'à concurrence de ce que la chose est plus précieuse.

Il en est autrement de l'union civile. *Par exemple*: si l'héritier grevé a acquis un héritage mouvant en fief ou en censive d'un fief de la succession; quoiqu'il soit, par cette acquisition, réuni à celui de la succession, néanmoins comme cette union n'est qu'une union civile, comme elle ne se fait que quant à la féodalité et à la mouvance, et que cet héritage acquis demeure substantiellement distingué de celui de la succession, il n'est point censé en faire partie, et n'est pas, par conséquent, compris dans la substitution.

Il en est de même de l'union de simple destination. Si l'héritier grevé a acquis une pièce de terre enclavée dans celle d'une métairie de la succession, qu'il l'ait réunie aux terres de cette métairie, en la faisant valoir ou l'affermant conjointement, cette pièce de terre ainsi réunie ne sera pas pour cela comprise dans les biens de la substitution, parce que cette réunion n'est que de simple destination, et que cette pièce de terre, quand même les anciennes terres y

auroient été confondues, demeure toujours substantiellement distinguée des autres pièces de terre de la métairie de la succession.

Les fruits nés ou perçus par l'héritier grevé, jusqu'à l'échéance de la substitution, n'y sont pas compris, à moins que l'auteur de la substitution ne l'ait spécialement ordonné : l. 57, ff. *ad sc. trebell.*

La raison est, que le temps de l'échéance de la substitution paroît avoir été mis en faveur de l'héritier grevé, et pour lui accorder jusqu'à ce temps la libre jouissance des biens substitués.

Cette règle comprend tous les fruits de quelque espèce qu'ils soient, les fruits naturels, comme les fruits industriels, les fruits civils, tels que les arrérages des rentes, les fruits de justices, comme les amendes; les obventions de fiefs, comme sont les profits féodaux et censuels.

Suivant ces principes, les héritages situés dans le territoire d'une justice de la succession, que l'héritier grevé de substitution auroit acquis en vertu des droits de confiscation ou de déshérence nés depuis le décès de l'auteur de la substitution, et avant l'échéance, ne sont point compris dans la substitution; car ces droits de déshérence et de confiscation sont des fruits de la justice, qui, étant nés pendant ledit temps, appartiennent incontestablement à l'héritier grevé, et ne sont point compris en la substitution, ni par conséquent les héritages acquis par l'héritier en vertu desdits droits.

Si le fief qui relève d'une seigneurie de la succession, est tombé en commise, pour cause de désaveu ou de félonie commis envers l'héritier grevé de substitution, ce fief sera-t-il compris en la substitution? On ne peut guère dire que les droits de commise et de félonie soient des fruits du fief, puisque ces droits sont inséparables de la qualité de propriétaire, de seigneur de fief, et ne peuvent jamais appartenir à un usufruitier: néanmoins, je penserois que le fief commis pour désaveu ou félonie, ne seroit pas compris en la substitution, parce que la seigneurie à laquelle a succédé l'héritier, n'est que la cause éloignée, *causa remota*, de l'acquisition qu'il a faite du fief commis; la cause prochaine de cette acquisition est le délit commis envers lui; c'est de ce délit qu'est né le droit en vertu duquel il a eu la commise; ce droit né du délit, est un droit qui lui est obvenu depuis la succes-

sion : ce n'est pas un droit auquel il ait succédé; et, par conséquent, n'ayant point acquis le fief commis en vertu d'un droit auquel il ait succédé, ce fief ne doit point être compris en la substitution; d'ailleurs, cette commise ayant lieu par forme de réparation de l'injure qui résulte de la félonie ou du désaveu, cet héritier grevé ayant seul souffert l'injure, doit seul profiter de la réparation.

Que doit-on dire des fiefs que l'héritier grevé auroit retirés par droit de retrait féodal? Selon la doctrine de Dumoulin, et l'ancienne jurisprudence, le droit de retrait féodal étant celui de réunir à la mense seigneuriale les fiefs qui en relèvent, lorsqu'ils viennent à être vendus, il faudroit supposer que les fiefs ainsi retirés, font partie des biens substitués, comme le fief principal auquel ils sont réunis, et qu'en conséquence ils doivent être restitués au substitué, pourvu qu'il offre de rembourser ce qu'il en a coûté pour le retrait. Mais la jurisprudence ayant depuis considéré le droit de retrait féodal comme une simple obvention féodale, et comme le droit de profiter d'un bon marché, on pourroit peut-être décider aujourd'hui que le fief retiré par retrait féodal, par l'héritier grevé de substitution, doit lui rester, et n'être pas compris dans la substitution. Cela souffre difficulté.

Mais, à l'égard du simple droit de refus, il est indubitable que l'héritage acquis par l'héritier grevé, en vertu d'un droit de refus dépendant de la succession, lui appartient irrévocablement, et n'est pas compris dans la substitution, pourvu que la vente de l'héritage qui a donné ouverture au droit de refus, ait été faite depuis le décès de l'auteur de la substitution; car il faut bien distinguer le fonds du droit de refus auquel l'héritier a succédé, et qui fait partie des biens substitués, d'avec les actions qui en naissent lors des ventes des héritages sujets à ce droit; ces actions sont les fruits du fonds du droit de refus; et, par conséquent, l'héritage qu'il acquiert en vertu de cette action, lui appartient irrévocablement.

Si la vente qui a donné ouverture au droit de refus, a été faite du vivant de l'auteur de la substitution, l'action ayant été acquise au défunt, s'étant trouvée dans sa succession, l'héritier qui l'a exercée, a acquis l'héritage en vertu d'une action qui étoit dans la succession, et faisoit partie des biens substitués, et, par conséquent, l'héritage doit être compris dans la substitution.

Les fruits des biens substitués, perçus par l'héritier grevé, lui appartiennent, quand même ils seroient les fruits d'un grand nombre d'années, comme peut être une coupe de bois, et quelque peu de temps qu'il y ait eu depuis la mort du défunt jusqu'à l'échéance de la substitution; car ce n'est pas à proportion du temps qu'il a droit de jouir des biens substitués, que les fruits lui appartiennent, il a droit de percevoir tous ceux qui sont à percevoir pendant ce temps. Il n'aura rien, s'il n'y en a point à percevoir pendant ce temps; s'il y en a beaucoup à percevoir, il en profitera.

Ces fruits appartiennent à l'héritier grevé de substitution, quand même ils auroient été en maturité lors de la mort, pourvu que le défunt soit mort avant que de les avoir perçus, et l'héritier n'est pas obligé de tenir compte à la succession des frais des labours et semences; car l'héritier percevant ces fruits en sa qualité d'héritier, le défunt, en faisant les frais de ces labours et semences, pour raison desdits fruits, n'a pas pu obliger envers soi son héritier, puisqu'en cette qualité, il est censé une même personne avec le défunt, et qu'on ne peut pas contracter d'obligation avec soi-même.

Si les fruits sont nés, ou ont été perçus avant la mort, ils font partie des biens de la succession, et sont, par conséquent, compris dans la substitution, comme les autres effets mobiliers.

Les fermes étant dues pour raison des fruits, si la récolte étoit faite lors de la mort, quoique la ferme ne fût pas encore échue, elle fera partie des biens de la succession, et, par conséquent, des biens de la substitution; que si le défunt est mort avant la récolte, la ferme appartiendra à l'héritier irrévocablement, et ne fera point partie de la substitution.

§. II. Des choses dont on doit faire déduction et tenir compte au grevé sur les biens substitués, dans les substitutions universelles.

1° Le grevé d'une substitution universelle peut retenir, sur les biens substitués, tout ce qu'il a payé pour les dettes de la succession.

Il faut néanmoins en excepter les arrérages des rentes et intérêts courus depuis la mort de l'auteur de la substitution, pendant tout le temps que le grevé a eu la jouissance des biens substitués; car ces arrérages et intérêts sont des charges de cette jouissance.

On doit même tenir compte au grevé, des sommes qui lui

étoient dues par le défunt; il est censé se les être payées à lui-même, par l'acceptation qu'il a faite de la substitution : *Aditio hæreditatis pro solutione est*. Cependant il ne lui en coûte pas moins par l'extinction et la confusion qui se sont faites de sa créance, que s'il l'avoit payée à un tiers à qui elle auroit été due. C'est la décision de la loi 104, *in fin. ff. de lèg. 1.*

Si l'héritier grevé avoit composé avec les créanciers de la succession, et acquis leurs créances pour une moindre somme, ou s'ils lui avoient fait des remises pour quelque considération personnelle, il pourroit retenir le total des dites créances, et non pas seulement la somme qu'il auroit payée.

2<sup>o</sup> On doit aussi tenir compte au grevé, de tout ce qu'il a payé pour les charges de la succession, telles que sont :

1<sup>o</sup> Les frais funéraires du défunt.

2<sup>o</sup> L'acquiescement des legs particuliers.

3<sup>o</sup> Les frais d'inventaire, de scellé, de vente.

4<sup>o</sup> Le contrôle du testament.

5<sup>o</sup> Les frais faits pour la substitution et l'acquiescement des droits dus pour raison de la substitution.

A l'égard des profits de rachat que l'héritier grevé a payés pour les fiefs de la succession, on ne doit point lui en tenir compte, à moins qu'il ne fût chargé, par la substitution, de restituer les biens de la succession avec les fruits; car les profits de rachat ne sont pas une charge de la succession: le profit du rachat dû pour raison d'un héritage de la succession, est bien une charge réelle de cet héritage; mais les charges réelles des héritages sont des charges de la jouissance, et l'héritier grevé qui en a la jouissance, doit acquitter ces charges. Il doit d'ailleurs acquitter les profits de rachat, qu'ils sont dus personnellement pour l'investiture du fief, laquelle lui est personnelle; c'est pourquoi il ne peut être douteux que ce rachat soit sa propre dette, et non pas une charge de la succession. Il en est de même des droits de centième denier: l'héritier ne peut les retenir; il les doit en son nom, comme une taxe qui est imposée sur lui, en considération de l'émolument qu'il tire de la succession.

3<sup>o</sup> Enfin, on doit tenir compte à l'héritier grevé, de toutes les mises qu'il a faites pour le bien de la succession.

Il faut néanmoins distinguer ce qui est de simple entretien, des grosses impenses; on ne lui tient aucun compte

de toutes les mises de simple entretien, parce que ce sont des charges de la jouissance qu'il a eue des biens de la succession : ces mises d'entretien sont toutes les réparations faites aux bâtiments, à l'exception des grosses, qui sont la reconstruction des quatre gros murs, la réfection des couvertures en entier, les voûtes et les poutres.

Les mises pour fumer les terres, encharneller les vignes, en planter à la place des vieilles, planter des arbres à la place de ceux qui sont morts, sont aussi des mises de simple entretien.

A l'égard des grosses impenses qui ne sont pas de simple entretien, elles sont ou nécessaires, ou simplement utiles, ou purement voluptuaires.

Les nécessaires sont celles qui sont indispensables pour la conservation ou l'exploitation de la chose, *impensæ necessariae sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior factura sit* : l. 79, ff. de verb. sign. ; comme de reconstruire une grange, une bergerie dans une métairie, de rétablir la couverture d'une maison, de faire une digue, pour empêcher la rivière d'emporter la terre.

Les utiles sont celles qu'on pouvoit se dispenser de faire, mais qui rendent plus précieux l'héritage sur lequel elles sont faites, comme d'y planter un bois, d'y construire un moulin, un colombier, etc.

Les voluptuaires sont celles qui tendent à l'agrément et à l'ornement de l'héritage sur lequel elles sont faites, sans les rendre d'un plus grand prix, comme les glaces, les parquets, les peintures, dont on décoreroit un château.

Il y a des impenses qui sont purement voluptuaires ou utiles, suivant les lieux où elles sont faites. *Par exemple* : celles ci-dessus rapportées, lesquelles sont faites à la campagne dans un château, sont purement voluptuaires ; car elles n'augmentent pas le prix de la terre ; mais, si elles étoient faites dans une maison de Paris, elles seroient utiles en ce qu'elles serviroient à augmenter le loyer de la maison, et la rendroient, par conséquent, d'un plus grand prix.

On doit tenir compte au grevé, de tout ce qu'il lui en a coûté pour les impenses nécessaires, pourvu que ce soit, ou la vétusté qui les ait occasionnées, ou un cas fortuit, et non pas le défaut d'entretien dont il est responsable ; pourvu aussi qu'il ne lui en ait coûté que ce qu'il en auroit coûté à tout autre sage administrateur : car, si, faute de se consul-

ter, il a payé aux ouvriers beaucoup plus qu'il ne leur étoit dû, il doit seul porter la perte de ce qu'il a payé de trop par sa faute.

Au reste, on doit lui tenir compte de tout ce qu'il en a coûté pour des impenses nécessaires, quand même elles n'auroient pas duré, et auroient été détruites par cas fortuit. *Par exemple* : s'il a reconstruit à neuf une grange qui depuis ait été brûlée par le feu du ciel, on ne laissera pas de lui tenir compte de ce qu'il lui en aura coûté pour cette reconstruction.

En cela, les impenses nécessaires diffèrent des impenses utiles ; car, à l'égard des impenses utiles, le grevé ne peut pas demander qu'on lui tienne compte indéfiniment de tout ce qu'il lui en a coûté, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage sur lequel elles ont été faites, se trouve être de plus grand prix, par rapport auxdites impenses, au temps de la substitution.

A l'égard des voluptuaires, comme elles n'augmentent pas le prix de l'héritage sur lequel elles ont été faites, le grevé ne peut pas demander que le substitué lui en tienne compte ; mais il doit être permis au grevé d'enlever, à ses frais, ce qui peut s'enlever, en rétablissant les choses dans leur premier état.

Parmi les mises faites pour les biens de la succession, dont on doit tenir compte au grevé, on peut aussi comprendre les frais des procès qu'il a été obligé de soutenir pour les biens de la succession ; mais, pour qu'on lui en tienne compte, il faut : 1° que ce procès ait eu pour objet de conserver les biens à la succession et à la substitution. *Putà*, s'il étoit question de la propriété de quelque héritage, ou de quelque droit qu'on prétendoit ne pas appartenir à la succession. Que, si ce procès avoit pour objet de les conserver à la personne de l'héritier, comme si on lui avoit disputé sa qualité d'héritier, il ne pourroit rien prétendre des frais du procès ; car c'est un procès qu'il a soutenu pour lui-même, plutôt que pour la succession.

2° Il faut que les frais du procès qu'il a soutenu pour la succession soient fort considérables ; car, s'ils étoient fort modiques, ils doivent être regardés comme des charges de la jouissance des biens qu'a eue l'héritier grevé.

Lorsque les fruits des héritages sujets à la substitution se sont trouvés pendant lors de l'ouverture de la substitution,

et sont en conséquence recueillis par le substitué, il doit être fait raison au grevé, des labours et semences ; car le grevé, en le faisant, *negotium gessit* du substitué qui devoit les recueillir : voyez ce que nous avons dit, sur une question semblable, en notre *Traité du douaire*.

§. III. Des substitutions universelles faites sous certaines conditions.

Les substitutions universelles ne sont pas toujours de tous les biens qu'on a laissés à l'héritier ou autre successeur universel qu'on en a grevé : on les fait quelquefois avec certaines limitations.

*Par exemple* : un héritier est quelquefois grevé de restituer, après son décès, ce qui reste des biens de la succession, *quod ex hereditate superfuerit*.

Cette substitution est différente des substitutions universelles ordinaires, en ce qu'elle ne comprend pas tous les biens qui ont été laissés au grevé, mais seulement ceux qui lui restent lors de son décès.

Les choses, soit meubles, soit immeubles, que l'héritier grevé a aliénées, ne sont donc pas comprises dans cette substitution ; il n'en est pas même dû de remplacement au substitué, lorsque l'héritier grevé n'a pas augmenté son propre patrimoine, du prix de la vente de ces choses, mais l'a consommé pour ses besoins.

Il faut, néanmoins, pour que les choses aliénées par l'héritier soient ainsi soustraites, que les aliénations aient été faites de bonne foi, et non en fraude de la substitution. La vue qu'a eue l'auteur de la substitution, en la restreignant à ce qui resteroit de ses biens à son héritier, ou autre, qu'il en a grevé, a été que la substitution n'empêchât pas son héritier d'employer à ses besoins le fonds des biens qu'il lui laissoit, s'il arrivoit qu'il en eût besoin, et non pas pour lui en permettre la dissipation ni la liberté de les faire passer à d'autres qu'au substitué : *Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Mæbio restituere. Quod medio tempore alienatum vel diminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non intervèrtendi fideicommissi gratiâ tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat* : l. 54, princ. ff. ad tr.

C'est pourquoi, si le grevé d'une telle substitution a fait des donations considérables des biens de la succession, les choses ainsi données ne seront pas soustraites de la succes-

sion ; car il peut bien diminuer la substitution, en employant les biens substitués à ses besoins, mais non pas en les faisant passer à d'autres, en fraude du substitué, si non *intervertendi fideicommissi gratia*.

S'il a vendu les effets de la succession, même des immeubles, sans qu'il paroisse à quoi le prix en a été employé, pour peu que l'on puisse présumer qu'il l'a employé à ses besoins, la substitution en est d'autant diminuée, et le substitué ne peut demander aucun remplacement.

Si, néanmoins, il n'avoit entamé, pour subvenir à ses besoins, que les biens substitués, et qu'il n'eût pas touché à ses propres biens, le substitué a droit de demander récompense sur les propres biens du grevé, de ce qu'ils auroient dû contribuer à ses besoins, laquelle contribution doit se faire. Ce qui a été jugé par l'empereur Marc-Aurèle : *Judicavit erogationes quæ ex hæreditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere : sed pro ratâ patrimonii, quod hæres proprium habuit, distribui oportere. D. L. 54, ff. ad trebell.*

Si le grevé, après avoir vendu des effets de la succession, a depuis fait des acquisitions, ou des améliorations sur ses propres deniers, on présumera que le prix des effets de la succession aura servi à cela, et il sera dû un remplacement au substitué, sur les nouveaux acquêts, ou sur les améliorations.

Il en est de même, s'il en a acquitté ses dettes ; car ses biens se trouvent d'autant augmentés qu'il les a libérés ; c'est pourquoi il est dû, sur ses biens, un remplacement au substitué : *Arg. D. L. 54, ff. ad scilicet trebell.*

De même que le grevé, dans l'espèce que nous traitons, peut vendre, pour ses besoins, les biens substitués, il peut aussi les engager pour les dettes qu'il est obligé de contracter pour ses besoins, et il n'est pas obligé de les acquitter en entier de ses propres biens : *l. 58, §. 8, ff. dict. tit.* Mais ces propres biens doivent y contribuer avec les biens substitués, au prorata : *Arg. l. 54, ff. dicto titulo.*

Le droit du Digeste ne déterminoit pas jusqu'à quelle quantité l'héritier grevé de restituer ce qui lui restoit des biens de la succession, pouvoit en consommer pour ses besoins. La Nouvelle 108 ne lui permet pas d'en consommer plus des trois quarts, si ce n'est pour cause de dot, de donation pour cause de dot, ou pour la rédemption des captifs.

Dans nos provinces où le droit romain n'a d'autorité que comme raison écrite, je ne pense pas que la décision de cette Nouvelle, qui est purement arbitraire, y doive être suivie; mais on doit s'en tenir, à cet égard, au droit du Digeste, qui est fondé sur les notions naturelles de cette espèce de substitution.

Les lois rapportent encore deux différences entre cette espèce de substitution et les substitutions universelles ordinaires; dans celles-ci, les fruits des biens substitués qui ont été perçus par l'héritier grevé avant l'ouverture de la substitution, n'appartiennent pas au substitué, quoique, lors de l'ouverture, ils se trouvent encore extants; mais dans la substitution de ce qui restera à l'héritier, des biens de la succession, comme l'héritier grevé n'est pas obligé de tenir compte des effets de la succession qui lui ont été laissés par le défunt, et qu'il a vendus pour ses besoins, il doit en récompense tenir compte de tous les fruits des biens de la succession, quoique nés et perçus avant l'ouverture de la substitution, lorsqu'ils se trouvent extants, comme sont les blés ou les vins des récoltes faites avant l'ouverture de la substitution, qui se trouvent dans les granges lors de cette ouverture; les fermes et arrérages des rentes courus et échus avant l'ouverture de la substitution, qui se trouvent encore dûs. La raison est, qu'on peut dire que ces fruits, qui proviennent des biens de la succession, sont quelque chose de la succession.

L'autre différence est que, dans les substitutions universelles ordinaires, on doit tenir compte, et faire déduction au grevé, de ce qui lui étoit dû par l'auteur de la substitution; mais, dans celle-ci, le grevé, qui a employé, pour ses besoins, des biens de la succession pour plus qu'il ne lui étoit dû par le défunt, dont il ne tient point de compte au substitué, n'est pas recevable à demander qu'on lui tienne compte de ce qui lui étoit dû par le défunt.

Si la substitution étoit de tout ce qui restera en nature des biens de la succession, ces termes, en nature, restreignent encore davantage la substitution: car, quoique l'héritier grevé ait fait des acquisitions, du prix des biens de la succession, qu'il a vendus, ou qu'il en ait mélioré ses propres biens, ou payé ses dettes, le substitué ne peut pour cela prétendre aucun remplacement du prix des biens de la succession, que l'héritier grevé a vendus; car cette substitution est restreinte aux seuls effets que l'héritier grevé se trouvera

avoir en nature, lors de l'ouverture de la substitution; c'est-à-dire, aux seuls effets, qui sont précisément les mêmes qui lui ont été laissés par le défunt, et qu'il a conservés jusqu'à l'ouverture de la substitution.

Si la substitution étoit *de tout ce dont l'héritier n'auroit pas disposé*, elle seroit encore plus restreinte; car on peut soutenir que l'héritier chargé d'une pareille substitution, pouvoit disposer, même par testament, au préjudice du substitué, des biens de la succession; le terme général de disposer, renfermant les dispositions testamentaires, aussi bien que celles par actes entre vifs: au lieu que, dans les espèces précédentes de substitutions de ce qui restera des biens, ou même ce qui restera des biens en nature, l'héritier grevé ne peut disposer par testament, au préjudice du substitué, d'aucuns effets de la succession; car les dispositions testamentaires n'ayant d'effet qu'après la mort, les dispositions testamentaires que cet héritier auroit faites de quelques-unes des choses de la succession, n'empêcheroient pas que ces choses se trouvassent en nature par-devers cet héritier, lors de l'ouverture de la succession; et, par conséquent, elles n'empêcheroient pas qu'elles fussent comprises dans ces substitutions *de tout ce qui restera, ou de tout ce qui restera en nature*.

Si la substitution étoit *de tout ce que l'héritier n'auroit pas disposé de son vivant*, ces termes, *de son vivant*, excluroient les dispositions testamentaires; et, par conséquent, cette substitution ne différeroit en rien de la substitution *de tout ce qui restera en nature*.

#### §. IV. Des choses qui peuvent être l'objet des substitutions particulières.

Toutes les choses qui peuvent être l'objet d'un legs particulier, peuvent aussi être l'objet d'une substitution particulière: voyez ce que nous avons dit à ce sujet, en notre *Traité des testaments*, où je renvoie.

Il y a pourtant cette différence entre les meubles et les immeubles, que les immeubles peuvent être l'objet d'une substitution particulière, pour être rendus en nature au substitué.

Cette décision a lieu, non-seulement à l'égard des héritiers, mais aussi à l'égard des offices, et des rentes constituées, même dans les coutumes où les rentes constituées sont réputées meubles. Au contraire, les meubles, soit cor-

corporels, soit incorporels, ne peuvent être l'objet d'une substitution particulière, pour être rendus en nature ; mais il faut, pour qu'on puisse en disposer par substitution particulière, que ce soit avec la clause expresse qu'il sera fait emploi des deniers qui proviendront de la vente, ou recouvrement desdits effets mobiliers : voyez l'ordonnance, *art. 5*, sans quoi la substitution est nulle. Il faut pourtant en excepter les meubles meublants, qui servent à meubler une maison ou un château, dont on peut disposer par une substitution particulière, conjointement avec le château où ils sont, non-seulement sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter la clause qu'ils seront vendus, et qu'il sera fait emploi du prix, même avec la clause qu'ils seront conservés en nature :

*Article 7.*

Il y a plus : à l'égard des meubles qui servent à l'exploitation des terres, ils sont censés compris même dans les substitutions particulières des terres, à l'exploitation desquelles ils servent, quand même l'auteur de la substitution ne s'en seroit pas expliqué ; et le grevé ne doit point les vendre, mais les faire priser et estimer, pour en rendre d'une égale valeur lors de l'ouverture de la substitution :

*Article 6.*

De même qu'on peut léguer non-seulement sa propre chose, mais encore celle de son héritier, et même la chose d'autrui, comme nous l'avons vu au *Traité des testaments*, on peut aussi, par substitution particulière, charger quelqu'un de restituer non-seulement la chose qui lui est laissée par le testateur, mais même sa propre chose, ou la chose d'autrui, pourvu qu'il ne soit pas grevé au delà de ce qu'on lui laisse.

---

## SECTION V.

De l'effet des substitutions avant leurs ouvertures, et des obligations du grevé.

Cette matière se réduit à ces trois principes :

- 1° L'héritier, ou autre grevé de substitution, est, avant l'ouverture, seul propriétaire des biens substitués.
- 2° Outre que le grevé est débiteur des biens substitués, ce droit de propriété qu'il a des immeubles substitués, n'est

pas une propriété incommutable, mais une propriété résoluble au profit du substitué, par l'échéance de la condition qui doit donner ouverture à la substitution.

3° Le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance.

Nous traiterons de ces trois principes, et de leurs corollaires, en autant d'articles séparés; nous joindrons un quatrième article qui contiendra le détail des obligations que l'ordonnance impose au grevé, lorsqu'il recueille les biens substitués.

#### ARTICLE PREMIER.

##### Premier principe et ses corollaires.

Le grevé de substitution étant, avant l'ouverture de la substitution, le vrai et seul propriétaire des biens substitués, il suit de là que les actions actives et passives de la succession, résident en sa seule personne : *Ipsi et in ipsum competent.*

D'où il suit que ce qui est jugé sur ces actions, avant l'ouverture de la substitution avec le grevé, doit tenir après l'ouverture de la substitution; et que, lorsque la chose a passé en force de chose jugée, le substitué ne peut pas revenir contre, pourvu néanmoins que le grevé se soit défendu, et que l'arrêt ou jugement aient été rendus sur les conclusions des gens du roi; faute de quoi, le substitué pourroit se pourvoir par requête civile, après l'ouverture de la substitution, dans les six mois de la signification qui lui auroit été faite de l'arrêt ou jugement, lequel délai ne courra point contre les mineurs; ou dans l'année, si la substitution est faite au profit d'une église ou communauté; *Articles 49, 50, 51 et 52.*

De ce que les droits et actions de la succession résident en la seule personne du grevé, avant l'ouverture de la substitution, il suit aussi que la prescription contre lesdits droits et actions, court et s'accomplit contre le grevé, avant l'ouverture de la substitution, et que lesdites actions et droits, ainsi éteints, ne revivent pas au profit du substitué, lors de l'ouverture de la substitution. La loi 70, §. *fin. ff. ad sc. treb.*, le décide : *Si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit :*

*tempus quo hæres caperetur ante restitutam hæreditatem potuit, imputabitur ei cui relicta fuerit.*

*Par exemple :* si l'héritier laisse écouler le temps de trente ans, avant l'ouverture de la substitution, sans exiger une dette de la succession; s'il laisse passer ce temps, sans user d'un droit de servitude qui appartient à la succession, et qui est de nature à s'éteindre par le non-usage : en l'un et l'autre cas, la créance de la succession, ou le droit de servitude qu'avoit la succession, sont éteints par la prescription qui a couru, et s'est accomplie contre l'héritier grevé. Pareillement, si un héritage, qui appartient à la succession, a été possédé par quelque tiers détenteur du grevé, qui ne le tenoit point du grevé pendant le temps requis par la prescription, avant l'ouverture de la substitution, le droit de propriété de cet héritage passe à ce tiers détenteur, par la prescription qui a couru contre l'héritier, qui a négligé de le revendiquer : l. 22, §. 3, vers. *quod si. ff. ad scl. treb.*

Le substitué, lors de l'ouverture de la substitution, ne peut faire revivre les droits de la succession; et il n'a qu'une simple action, *ex testamento*, en dommages et intérêts contre le grevé, ou ses héritiers.

En vain le substitué allégueroit-il qu'il étoit mineur, pendant que cette prescription a couru, ou même qu'il n'étoit pas né, ni même conçu, et qu'ainsi la prescription n'a pu courir contre lui. La réponse est, que ce n'est pas aussi contre lui qu'a couru, ni dû courir la prescription de ces droits, puisque ce n'étoit pas en sa personne qu'ils résidoient; qu'elle n'a couru, et dû courir que contre la personne de l'héritier grevé, en la personne seule duquel ils résidoient.

On a agité la question, si au moins, au cas d'insolvabilité de l'héritier grevé, qui a laissé perdre ses droits, le substitué ne doit pas être restitué pour les faire revivre? Quelques anciens auteurs l'ont pensé; mais Ricard rejette avec raison leur sentiment; car l'insolvabilité de l'héritier ne change rien au principe de la prescription qui a éteint ses droits.

De ce que l'héritier ou autre grevé de substitution est, avant l'ouverture de la substitution, seul et vrai propriétaire des biens substitués, il suit aussi qu'il a qualité pour recevoir le rachat des rentes, et le prix des aliénations forcées des héritages substitués, comme d'une licitation, et que les

débiteurs sont libérés, en payant entre ses mains : *Article 15.*

Mais les substitués ou curateurs à la substitution, peuvent, pour la sûreté de la substitution, saisir et arrêter entre les mains des adjudicataires ou acheteurs, le prix des héritages substitués, qui auroient été laissés ou aliénés pour quelque cause nécessaire, et faire ordonner, sur une assignation donnée, tant audit acheteur qu'au grevé, que le prix demeurera en dépôt, soit entre les mains desdits acheteurs, soit de quelqu'autre nommé par le juge, jusqu'à l'emploi.

Ils peuvent pareillement saisir et arrêter entre les mains des débiteurs, des rentes sujettes à la substitution, à l'effet que lorsqu'ils voudront les racheter, ils seront tenus d'appeler le substitué ou curateur à la substitution, qui fera pareillement ordonner le dépôt des deniers, jusqu'à l'emploi.

Si les débiteurs du prix des héritages ou des rentes, payoient, au préjudice de ces saisies et arrêts, au grevé, ils demeureroient responsables envers les substitués, lors de l'ouverture de la substitution, de l'insolvabilité du grevé, pour ce qu'ils auroient payé au préjudice desdites saisies et arrêts.

#### ARTICLE II.

##### Second principe et ses corollaires.

*Outre que le grevé est personnellement débiteur conditionnel des biens ou choses substitués, sous la condition qui doit donner ouverture à la substitution, le droit de propriété qu'il a avant l'ouverture, est un droit qui doit se résoudre de plein droit, au profit du substitué, par l'ouverture de la substitution.*

De la première partie du principe, il suit que le grevé doit conserver les biens et choses donnés, et y apporter le soin qu'un bon père de famille a coutume d'apporter. C'est pourquoi, si les héritages se trouvent détériorés, soit par son fait, soit par sa négligence; si les droits et actions de la succession se trouvent perdus par sa négligence, il est tenu des dommages et intérêts envers le substitué.

Il est tenu à cet égard, de la faute légère, puisqu'il profite des biens substitués, par la jouissance qu'il en a jusqu'à l'ouverture de la substitution. Les textes de droit, qui disent que l'héritier grevé n'est tenu que de la faute lourde envers le fidéicommissaire, sont dans l'espèce du fidéicommissis, dont

la restitution devoit se faire sur-le-champ, et dont il ne restoit, par conséquent, aucune utilité par-devers l'héritier grevé.

De la seconde partie du principe, il suit que le grevé ne peut aliéner les immeubles sujets à la substitution, ni les hypothéquer, ni leur imposer aucune charge réelle, au préjudice de la substitution. Car, suivant la règle *nemo potest plus juris in aliam conferre quàm ipse habet*, le droit qu'a l'héritier grevé, dans les immeubles, n'étant qu'un droit sujet à se résoudre de plein droit au profit du substitué, par l'ouverture de la substitution, il ne peut, en les aliénant, les hypothéquant, et en leur imposant des charges réelles, transférer qu'un droit tel qu'il l'a, c'est-à-dire, sujet à se résoudre au profit du substitué, par l'ouverture de la substitution ; et par conséquent, le droit de ceux qui ont acquis du grevé, soit immédiatement, soit médiatement, les immeubles sujets à la substitution, ou quelque hypothèque, ou autre droit réel, doit se résoudre par l'ouverture à la substitution.

La jurisprudence, confirmée par la nouvelle ordonnance des substitutions, a apporté une exception à cette règle. Elle permet au grevé de substitution, lorsqu'il n'a pas suffisamment de biens libres, d'hypothéquer les biens substitués, même au préjudice de la substitution, à la restitution de la dot de sa femme, au douaire.

§. I. Motifs de cette hypothèque subsidiaire, et en quel cas a-t-elle lieu ?

Cette jurisprudence est fondée sur une présomption de la volonté de l'auteur de la substitution. Comme on ne peut guère trouver un honnête établissement par mariage, sans avoir de quoi répondre de la dot de la femme qu'on épouse, et de quoi assigner un douaire, on présume que l'auteur de la substitution, qui a voulu que celui qu'il grevoit de substitution se mariât, n'a pas prétendu, en le grevant de substitution, lui en ôter les moyens, et, qu'en conséquence, il lui a permis d'engager et d'entamer les biens substitués, autant qu'il seroit nécessaire, à défauts d'autres, pour la restitution de la dot de sa femme, et pour assigner un douaire.

On s'est aussi fondé, pour établir cette jurisprudence, sur la Nouvelle 39, qui a été mal entendue ; car elle permet bien à la femme, de se constituer une dot sur les biens grevés de substitution, à défaut d'autres, et, au mari, de constituer une

donation à cause de nocces; mais on n'y trouve pas qu'elle permette à l'homme, d'hypothéquer les biens substitués, à la restitution de la dot de la femme; mais quoi qu'il en soit du sens de la Nouvelle, la jurisprudence, pour cette hypothèque, est bien établie et confirmée par la nouvelle ordonnance.

Il suit de là, que cette hypothèque subsidiaire n'auroit pas lieu, si l'auteur de la substitution avoit expressément déclaré que les biens par lui substitués ne pourroient être aliénés ni hypothéqués, pour quelque cause que ce fût, même pour cause de dot et de douaire; car la présomption de volonté; sur laquelle seule est fondée cette hypothèque subsidiaire, se trouveroit en ce cas détruite par la déclaration d'une volonté contraire : *Ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus* : c'est l'avis de Ricard.

Il suit encore de là, que cette hypothèque subsidiaire ne laisseroit pas d'avoir lieu, quand même le substitué auroit fait signifier la substitution à la future épouse du grevé, avant la célébration du mariage. Ce qui a induit en erreur quelques auteurs, dont Ricard rapporte le sentiment; et qu'il rejette avec raison, c'est qu'ils ont cru que cette hypothèque subsidiaire avoit pour fondement une raison rapportée par la Nouvelle, qui consiste à dire qu'il faut empêcher que les personnes qui se marient, ne soient induites en erreur; mais ce ne peut être sur cette raison que cette hypothèque est fondée dans notre jurisprudence, les ordonnances ayant suffisamment pourvu, par l'insinuation et publication des substitutions, à ce qu'elles ne puissent induire personne en erreur : elle est fondée sur la seule raison de la présomption de la volonté du testateur, qui a permis cette hypothèque subsidiaire; c'est pourquoi inutilement le substitué donneroit-il copie à la future épouse, de la substitution, pour l'empêcher.

#### §. II. A l'égard de quelles personnes?

Cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire qui en est une suite, ont indistinctement lieu, lorsque ce sont des enfants qui sont grevés de substitution au profit de quelqu'un, par leur père ou mère, quelles que soient les personnes au profit de qui la substitution soit faite; car le vœu naturel des pères et mères étant de se perpétuer dans leurs descendants, ils ont voulu que leurs enfants trouvassent à se marier, et par conséquent leur intention, en les grevant de substitution, n'a pas été de leur en ôter les moyens.

Ont-elles lieu indistinctement, lorsque ce sont des petits-enfants qui ont été grevés de substitution, par quelques-uns de leurs ascendants ? La question a souffert difficulté : Ricard tenoit la négative sur d'assez mauvaises raisons ; mais, depuis la nouvelle ordonnance, il ne doit plus y avoir de doute que cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire, qui en est une suite, doivent avoir lieu indistinctement, lorsque les grevés de substitution sont les petits-fils de l'auteur de la substitution, de même que lorsque ce sont ses propres enfants ; car cette ordonnance, en l'article 55, n'ayant restreint à certains cas cette présomption de volonté, et l'hypothèque subsidiaire qui en est la suite, qu'à l'égard des collatéraux de l'auteur de la substitution, et des étrangers, elle a par-là suffisamment insinué que cette présomption de volonté doit avoir lieu indistinctement à l'égard des petits-enfants de l'auteur de la substitution, comme à l'égard de ses propres enfants. Effectivement, il y a même raison de le présumer à l'égard des petits-enfants, comme à l'égard des enfants, si, comme nous l'avons observé, la principale raison de cette présomption est fondée sur l'inclination naturelle qu'ont les hommes, de se voir perpétuer et reproduire dans leur postérité ; car cette inclination naturelle doit également faire présumer en nous la volonté et le souhait du mariage de nos petits-enfants, comme de nos propres enfants.

Comme cette raison ne se rencontre pas à l'égard des collatéraux et des étrangers, on ne présume pas indistinctement, dans l'auteur de la substitution, la volonté que ceux qu'il a grevés de substitution se mariassent, lorsqu'ils ne sont que des collatéraux ou des étrangers ; et, par conséquent, l'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, n'est point accordée aux femmes de ces grevés collatéraux ou étrangers : mais, s'il se trouve dans le testament, ou autre acte qui contient la substitution, quelque chose qui fasse connoître que l'auteur de la substitution a voulu effectivement que ces collatéraux ou étrangers, qu'il grevoit de substitution, se mariassent, on présume qu'il n'a pas voulu leur ôter le moyen de se marier ; et l'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, qui est une suite de cette présomption, a lieu à leur égard.

Cela se trouve en deux cas : 1<sup>o</sup> lorsque ce sont les enfants de ces collatéraux ou étrangers, qui leur sont substitués ;

2<sup>o</sup> lorsque la substitution est faite au profit de quelque personne que ce soit, mais sous la condition que ces grevés de substitution décéderont sans enfants. En l'un et l'autre de ces cas, l'auteur de la substitution, en substituant à ces collatéraux ou étrangers, leurs enfants, ou en préférant leurs enfants aux substitués, a témoigné que son intention étoit qu'ils eussent des enfants, et par conséquent qu'ils se mariassent; d'où on présume que son intention a été de ne leur point ôter les moyens de se marier, et par conséquent leur permettre d'hypothéquer les biens substitués, à défaut d'autres, à la restitution de la dot de leur femme, et au douaire.

C'est pourquoi l'ordonnance, *art. 53*, ordonne que l'hypothèque subsidiaire aura lieu en ces deux cas, quoique l'auteur de la substitution ne soit qu'un parent collatéral du grevé, ou même un étranger.

#### §. III. A-t-elle lieu dans tous les degrés?

On a agité autrefois la question, si cette hypothèque subsidiaire devoit avoir lieu dans tous les degrés de substitution, lorsqu'une substitution est graduelle? Ricard a tenu la négative, et a pensé qu'elle ne pouvoit avoir lieu qu'à l'égard de l'héritier, ou autre premier légataire direct, contre le premier substitué, parce que ces hypothèques subsidiaires pourroient absorber les biens substitués, si elles avoient lieu en chaque degré. La nouvelle ordonnance a rejeté le sentiment de Ricard: elle ordonne, *art. 52*, que l'hypothèque subsidiaire aura lieu dans tous les degrés de substitution; et, effectivement, les mêmes raisons sur lesquelles cette hypothèque subsidiaire est permise à l'égard des personnes qui sont dans le premier degré de disposition, se rencontrent à l'égard des personnes qui sont dans les degrés ultérieurs.

#### §. IV. A l'égard de quels mariages?

On a pareillement agité la question, si cette hypothèque subsidiaire devoit avoir lieu pour les dots et douaires de tous les mariages du grevé, ou seulement pour son premier mariage? Les raisons de douter étoient: 1<sup>o</sup> comme dans la question précédente, que les biens substitués pourroient à la fin être absorbés; 2<sup>o</sup> qu'il n'y a pas même raison de présumer que l'auteur de la substitution ait voulu que son enfant, qu'il grevoit de substitution, se mariât plusieurs fois,

sur-tout s'il avoit des enfants du premier mariage ; comme il y a lieu de présumer qu'il a voulu qu'il se mariât une première fois. Néanmoins, l'ordonnance, *art. 52*, décide que l'hypothèque subsidiaire aura lieu en faveur de chacune des femmes que les grevés se trouveront avoir épousées successivement. Le vœu naturel dans les hommes, de laisser une nombreuse postérité, doit faire présumer dans l'auteur de la substitution, la volonté de ne point ôter à ses enfants, en les grevant de substitution, les moyens de contracter non-seulement un premier mariage, mais tous ceux qu'ils voudront contracter par la suite.

L'ordonnance, *art. 52*, apporte néanmoins une limitation, qui est, que les femmes des mariages postérieurs ne pourront point exercer cette hypothèque subsidiaire sur les biens substitués contre les enfants des mariages antérieurs, lorsque ce sont lesdits enfants qui recueilleront la substitution ; la faveur des enfants des premiers mariages a donné lieu à cette limitation. Nos lois ont toujours eu attention de leur subvenir contre les secondes femmes, comme il paroît par l'édit des secondes noces.

Cette hypothèque subsidiaire a-t-elle lieu pour la dot, et le douaire d'un mariage contracté avant la substitution ? Il semble que la raison sur laquelle nous avons fondé cette hypothèque subsidiaire, paroît ne pas se rencontrer dans cette espèce ; car nous avons dit que c'étoit pour laisser à son enfant les moyens de trouver un établissement par mariage, que l'auteur de la substitution étoit présumé lui avoir permis d'hypothéquer les biens substitués, à défaut d'autres, à la dot et au douaire de la femme qu'il épouseroit. Or, il semble que cette raison cesse dans cette espèce, où l'enfant, se trouvant déjà marié lors de l'acte qui contient la substitution, n'a plus besoin qu'on lui laisse de quoi trouver un établissement par mariage. La raison de décider au contraire, que l'hypothèque subsidiaire doit avoir lieu, est que la femme a pu et dû compter sur l'hypothèque des biens du père, ou de la mère de son mari, pour la sûreté de sa dot et douaire, lorsque son mari auroit succédé à ses père ou mère : la confiance en cette hypothèque ayant fait trouver au fils un établissement par mariage, il seroit injuste que le beau-père et la belle-mère frustrassent leur bru de cette attente, par une substitution. Si les femmes pouvoient être frustrées de cette espérance, les mariages ne se

contracteront pas avec la confiance et avec la liberté avec lesquelles il est de l'intérêt public qu'ils se contractent. La même raison ne se rencontre pas, lorsque la substitution a été faite depuis le mariage du grevé, par un parent collatéral du grevé, ou même par un étranger, au profit des enfants du grevé. On ne peut pas dire, en ce cas, que la femme du grevé, lorsqu'elle a épousé son mari, ait pu compter sur les biens pour la sûreté de sa dot et de son douaire, sur-tout si son mari n'étoit point l'héritier présomptif de l'auteur de la substitution. Néanmoins, l'ordonnance ne fait à cet égard aucune distinction entre les substitutions faites par les ascendants, et celles faites par les collatéraux; et, n'ayant pas plus distingué à l'égard des uns que des autres, pour accorder l'hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, si la substitution avoit été faite avant, ou depuis le mariage, il seroit difficile de ne la pas accorder sur les biens substitués par un collatéral, ou même par un étranger, même depuis le mariage, dans les deux cas dans lesquels l'ordonnance l'accorde.

#### §. V. Pour quelles causes?

Les biens substitués peuvent être hypothéqués subsidiairement, à défaut d'autres, à la restitution de la dot de la femme du grevé, tant pour le capital de cette dot, que pour les fruits et intérêts qui pourroient lui être dûs, ou à ses héritiers, depuis la dissolution du mariage, ou la séparation.

Cette restitution de dot comprend : 1<sup>o</sup> celle des deniers, ou du prix des effets mobiliers que la femme a apportés en dot, tant de ceux qu'elle s'est réservés propres, que de ceux qu'elle a mis en communauté, et dont elle s'est réservée la reprise, en cas de renonciation à la communauté.

2<sup>o</sup> Celle de tout le mobilier échu à la femme pendant la communauté, par succession ou donation, et qu'elle s'est réservés propre, et dont elle s'est réservée la reprise, en cas de renonciation à la communauté.

3<sup>o</sup> Les dommages et intérêts dûs à la femme, pour la détérioration des héritages, les pertes et les prescriptions des droits dépendants de ses biens, arrivés par la négligence de son mari.

4<sup>o</sup> Le remploi du prix des rentes de la femme, qui ont été remboursées au mari, et de celui de toutes les aliénations forcées de ses héritages.

À l'égard des emplois dûs à la femme, pour le prix des aliénations volontaires de ses héritages, auxquelles elle a consenti, elle n'a aucune hypothèque subsidiaire pour lesdits emplois, sur les biens substitués; car elle doit s'imputer d'avoir consenti à ces aliénations: *Art. 49.*

Cette décision a lieu, soit dans les provinces où ces aliénations sont valables, soit dans celles où elles sont nulles, sauf à la femme, dans les provinces où ces aliénations sont nulles, son recours contre les tiers détenteurs.

La femme n'a pareillement aucune hypothèque sur les biens substitués, pour l'indemnité qui lui est due, pour les dettes auxquelles elle s'est obligée pour son mari, quand même elle les auroit déjà acquittées en tout ou en partie, et quand même ces obligations absorberaient toute sa dot; car elle doit s'imputer de les avoir contractées: *Art. 50.*

Ces décisions doivent avoir lieu, quand bien même la substitution seroit portée par le contrat de mariage, dans lequel ces emplois et ces indemnités sont stipulés. On ne suivroit pas aujourd'hui l'arrêt de Vendôme, rapporté au Journal du Palais, qui avoit accordé, en ce cas, l'hypothèque subsidiaire pour les emplois et les indemnités.

La femme a hypothèque subsidiaire, pour son douaire, sur les biens substitués de son mari.

Les enfants, lorsqu'ils ont un douaire, ont la même hypothèque.

Cette hypothèque a lieu, tant pour le fonds du douaire que pour les arrérages qui peuvent en être dûs.

Elle a lieu, tant pour le douaire coutumier que pour le conventionnel; mais si le conventionnel excède le coutumier, elle n'a lieu que jusqu'à la concurrence de la valeur du coutumier, et non pour l'excédent: *Art. 45.*

Dans les pays de droit écrit, où l'augment de dot tient lieu du douaire coutumier, la femme a, pour son augment de dot, cette hypothèque subsidiaire sur les biens substitués, soit qu'il y soit en usage sous ce nom, soit sous celui d'engagement, gain de survie, ou de donation à cause de nocces.

Cette hypothèque a lieu, tant pour le capital que pour les intérêts de l'augment, jusqu'à concurrence de la quotité réglée par les statuts du pays, sans néanmoins que cette quotité puisse être exercée pour une plus grande quotité

que le tiers de la dot, encore que l'augment fût plus considérable : *Art. 46.*

L'hypothèque subsidiaire n'a pas lieu pour toutes les autres conventions matrimoniales, telles que sont le préciput, la donation de bagues et bijoux, ni pour le denil : *Art. 48.*

§. VI. Par qui peut-elle être exercée, et sur quels biens?

Cette hypothèque subsidiaire qu'a la femme sur les biens substitués de son mari, n'est pas un droit qui lui soit personnel; ses héritiers ou même ses créanciers qui voudroient exercer ses droits, peuvent le faire.

Cette hypothèque subsidiaire peut être exercée sur les biens substitués que le mari avoit lors de son mariage, même sur ceux qui lui sont venus depuis des successions de ses père et mère, et autres ascendants, avec la charge de substitution, comme nous l'avons vu ci-dessus; car la femme a pu compter sur ces biens. Mais si le mari avoit, avant son mariage, aliéné un bien substitué, et qu'il l'eût recouvré depuis, je doute que la femme pût y exercer une hypothèque subsidiaire; car cet héritage ne se trouvant pas dans les biens du mari, lors du mariage, et la femme ne pouvant pas penser que son mari le recouvreroit un jour, n'a pu compter sur l'hypothèque de cet héritage. On ne peut pas dire que le pouvoir d'hypothéquer cet héritage à la dot ou au douaire de sa femme, lui ait été nécessaire pour trouver un établissement par mariage, et, par conséquent, il ne doit pas y avoir lieu à l'hypothèque subsidiaire sur cet héritage; qui, selon nos principes, n'a lieu que parce qu'on le présume avoir été un moyen au grevé, pour trouver un établissement par mariage, que l'auteur de la substitution n'a pas voulu lui ôter.

Néanmoins, l'ordonnance n'ayant point distingué, en accordant l'hypothèque sur les biens du mari grevé de substitution, s'il les possédoit lors de son mariage, ou s'il ne les avoit recouvrés que depuis, il y auroit beaucoup de difficulté à ne la pas accorder.

§. VII. Si l'aliénation ou l'engagement des biens substitués pourroit être permis dans des cas très-favorables?

*Par exemple*: si un fils grevé de substitution par son père, avoit été pris par les Algériens, et qu'on ne pût payer sa

rançon, qu'en aliénant quelque partie des biens substitués, on ne peut douter que la volonté du père n'ait pas été d'empêcher cette aliénation, s'il eût prévu ce cas; c'est pourquoi il semble, en ce cas, le permettre : *Ex præsumptâ patris voluntate.*

Il peut s'en présenter d'autres; mais on doit être réservé à permettre ces aliénations, sur-tout les premiers juges.

## ARTICLE III.

## Troisième principe et ses corollaires.

Notre troisième principe est, comme nous l'avons dit, *que le substitué, avant l'ouverture de la substitution, n'a, par rapport au bien substitué, aucun droit formé, mais une simple espérance.*

D'où il suit : 1° que si le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, il ne transmet rien à ses héritiers, et la substitution devient caduque; car, n'ayant aucun droit avant son ouverture, il n'avoit rien qu'il pût leur transmettre; l'espérance s'évanouit par sa mort.

Cela a lieu quand même le testateur auroit expressément ordonné, par son testament, que si le substitué mourait avant l'ouverture de la substitution, il la transmettroit à ses enfants; car le testateur ne peut ordonner l'impossible, et faire, quelque chose qu'il ordonne, qu'on puisse transmettre ce qui n'existe pas encore: cette clause n'est pas néanmoins nulle, comme quelques-uns l'ont pensé; car, comme dans les testaments on doit plutôt avoir égard à ce que le testateur a voulu, qu'à la manière dont il s'est exprimé, on doit favorablement interpréter que le testateur, par cette clause, a entendu appeler aussi à la substitution les enfants du substitué à sa place, dans le cas où il précéderait; c'est pourquoi ces enfants viennent, en ce cas, à la substitution, non par droit de transmission, mais comme ayant été appelés de leur chef, au défaut et à la place de leur père.

2° Il suit de notre principe, que non-seulement le grevé de substitution, mais même les tiers détenteurs qui ont acquis de lui, soit immédiatement soit médiatement, des immeubles sujets à la substitution, ne peuvent, avant l'ouverture de la substitution, en acquérir par prescription, la

libération, quand même l'héritage leur auroit été vendu comme franc et quitte de toute substitution, et qu'ils l'auroient possédé comme tel, pendant tout le temps requis pour la prescription; car il est impossible qu'on puisse acquérir la libération d'un droit avant qu'il ait commencé d'exister; le droit du substitué ne commençant à exister que lors de son ouverture, on ne peut pas en acquérir auparavant la libération.

Si c'étoit un possesseur qui n'eût acquis, ni médiatement ni immédiatement, du grevé, l'héritage sujet à la substitution, il pourroit acquérir par prescription, un droit de propriété de cet héritage, qui, n'étant pas celui qu'avoit le grevé, ne seroit pas sujet à la substitution, comme l'étoit celui du grevé: la sujétion à la substitution *causâ fideicommissi*, étant une qualité du droit de propriété qu'avoit le grevé, et l'extinction d'une chose entraînant celle de toutes les qualités de la chose, le droit de propriété qu'avoit le grevé, venant à s'éteindre par la prescription qui s'est accomplie envers lui, la résolubilité de ce droit au profit du substitué, dans le cas d'ouverture de la substitution, qui étoit une qualité de ce droit, et en quoi consistoit l'affectation de l'héritage de la substitution, ne peut plus subsister.

Il suit, en troisième lieu, de notre principe, que le décret qui est fait avant l'ouverture de la substitution d'un héritage substitué, soit sur le grevé, soit sur quelqu'un qui ait acquis de lui, médiatement ou immédiatement, pour les dettes du grevé, ou de celui qui a acquis l'héritage de lui, ne purge point la substitution; car le décret ne peut pas purger un droit avant qu'il ait commencé d'exister.

Il y a encore une autre raison particulière pour laquelle le décret ne purge pas les substitutions, qui est que les substitutions devenant publiques par l'insinuation et la publication qui s'en font, l'adjudicataire a dû les connoître, ou du moins a pu s'en informer.

C'est pour cette raison que l'ordonnance, art. 55, a établi, par un droit nouveau, que le décret ne purgeroit plus les substitutions, quand même elles auroient été ouvertes avant le décret, et même avant la saisie réelle de l'héritage.

Si l'héritage sujet à la substitution avoit été décrété pour les dettes de l'auteur de la substitution, ou pour quelque autre hypothèque ou charge antérieure à la substitution, c'est-

à-dire, antérieure ou au temps de la donation, si c'est une substitution portée par une donation; ou antérieure au temps du décès du testateur, si c'est une substitution testamentaire, il n'est pas douteux que l'héritage passe, en ce cas, à l'adjudicataire, sans aucune sujétion à la substitution: car la substitution n'a pu empêcher l'aliénation forcée de cet héritage, pour cette cause.

Je pense aussi que si l'héritage étoit décrété sur quelque possesseur qui ne tiendroit pas son droit du grevé de substitution, le décret, en purgeant le droit de propriété que le grevé de substitution a de cet héritage, faute par lui de s'être opposé au décret, purgeroit aussi la substitution *causâ fideicommissi*, qui étoit attachée à ce droit.

De la seconde partie de notre principe, que le substitué a une simple espérance par rapport au bien substitué, il suit qu'ayant intérêt, par rapport à cette espérance, à la conservation des biens substitués, il est recevable à faire tous les actes conservatoires par rapport à ces biens.

C'est pourquoi il doit être recevable à interrompre les prescriptions des droits dépendants des biens substitués, si l'héritier grevé néglige de le faire. *Par exemple*: si l'héritier grevé négligeoit de faire passer reconnaissance ou déclaration d'hypothèque, aux débiteurs des biens substitués, le substitué seroit recevable, sur-tout après avoir sommé l'héritier grevé de le faire, d'assigner lui-même, à son défaut ou refus, lesdits débiteurs.

Par la même raison, s'il dépendoit des biens substitués quelque droit de rente foncière, ou autre droit sur un héritage qui se décrétât sans charge desdits droits, le substitué seroit, par rapport à son intérêt d'espérance, recevable à former opposition au décret pour la conservation desdits droits. Cet intérêt d'espérance donne aussi droit au substitué d'agir contre le grevé, s'il mésusoit des héritages substitués, et les détérioroit, pour lui faire des défenses; et, si, après ces défenses, il continuoit à mésuser desdits héritages, le substitué pourroit en obtenir le séquestre.

Enfin, il peut poursuivre le grevé, pour l'obliger à faire emploi des deniers provenant de la vente des meubles sujets à la substitution, en héritages ou rentes, ou pour en faire ordonner le dépôt en attendant l'emploi. Il faut même, comme nous l'avons déjà vu, faire à cet effet des saisies et

arrêts, entre les mains des débiteurs, des deniers sujets à cet emploi.

## ARTICLE IV.

Des obligations que l'ordonnance impose au grevé de substitution, lorsqu'il recueille les biens substitués.

## §. I. De l'inventaire.

L'héritier ou légataire universel grevé de substitution, doit faire inventaire de tous les effets mobiliers, titres et enseignements de la succession.

Cet inventaire doit être fait par un notaire royal, en présence du substitué ou de son curateur, tuteur ou administrateur; et, s'il n'étoit pas encore né, en présence d'un curateur qui doit être nommé par le juge, à la substitution. Si le substitué ne vouloit pas s'y trouver, il faudroit l'assigner au bailliage du lieu où le testateur avoit son domicile lors de son décès, pour être par le juge donné assignation à jours certains, et aux jours suivants, pour être procédé à l'inventaire en sa présence; et, en ce cas, la signification qui seroit faite de ce jugement au substitué, tuteur, curateur ou administrateur, avec sommation de se trouver audit inventaire, équipolleroit à sa présence, s'il ne s'y trouvoit pas.

C'est devant les officiers de ce bailliage royal qu'on doit se pourvoir pour cette assignation, comme pour tout ce qui concerne les substitutions, quand même ce seroit un autre juge qui auroit apposé les scellés. *Putà*, le juge du seigneur dans le territoire duquel étoit le domicile du testateur, lors de son décès; et ce juge, après avoir levé les scellés, doit renvoyer devant le juge royal.

Le procureur du roi doit aussi assister à cet inventaire. Il doit contenir une prisée des meubles, même dans les pays où cette prisée n'est pas d'usage.

Faute par l'héritier ou légataire universel, de faire procéder à cet inventaire dans le temps des ordonnances, le substitué peut, un mois après l'expiration du délai, y faire procéder, en y appelant ledit héritier ou légataire universel; et il a la répétition des frais contre ledit héritier ou légataire universel.

En cas de négligence du substitué, d'y faire procéder, il y doit être procédé par le procureur du roi, aux frais dudit héritier ou légataire universel.

Faute par le grevé de substitution, d'avoir satisfait à ce qui est prescrit ci-dessus pour l'inventaire et la prisée, il doit être privé des fruits des biens substitués, jusqu'à ce qu'il y ait satisfait, lesquels fruits doivent être adjugés, et ceux qu'il avoit perçus, restitués par forme de peine, au substitué; et, s'il n'est pas encore né, à l'hôpital.

Ce qui doit avoir lieu quand même les substitués seroient enfants du grevé, et sous sa puissance.

Le grevé n'est pas sujet à cette peine, lorsqu'il est mineur ou interdit, ou lorsque c'est une communauté; mais, en ce cas, les tuteurs, curateurs ou administrateurs doivent être, en leur propre et privé nom, condamnés en des amendes au profit du substitué, s'il est né; ou de l'hôpital, s'il ne l'est pas.

§. II. De la publication, de l'insinuation et de l'ordonnance pour se mettre en possession.

Les grevés de substitutions universelles ou particulières, sont tenus, dans les six mois, de les faire insinuer et publier, sous les mêmes peines expliquées au §. précédent : *Art. 18 de l'Ordonn.* Voyez, sur cette insinuation et publication, ce que nous avons dit sur ce sujet, à la section première.

Le grevé, avant que de se mettre en possession des biens sujets à la substitution, doit obtenir une ordonnance du lieutenant-général, qui le lui permette, sur une requête qu'il doit, pour cet effet, lui présenter, à laquelle doivent être attachés une expédition de l'acte de publication et insinuation de la substitution, et un extrait de la clôture de l'inventaire, et sur les conclusions du procureur du roi : *Art. 35 et 37.*

Ce qui doit être observé, quand même les dispositions du testament auroient été consenties par des actes volontaires : *Art. 39.* Et il ne pourra être rendu aucun jugement en conséquence des actes portant substitution, qu'il n'ait été satisfait auxdits articles : *Art. 40.*

§. III. De la vente des meubles, et emploi des deniers.

L'héritier ou légataire universel grevé doit faire procéder à une vente publique des meubles, sur affiches préalablement mises.

Il est néanmoins de la prudence du juge, de lui permettre de retenir des meubles pour la prise, pour ce qui doit être distrait à son profit des biens substitués, soit pour ce qui lui est dû par le défunt, soit en pays de droit écrit, pour les déductions de quartes.

Le grevé doit faire emploi des deniers provenant de ladite vente, et des autres deniers provenant de la succession, conformément à ce que le testateur a ordonné à ce sujet; et, s'il ne s'en est pas expliqué, l'emploi doit être fait d'abord à payer les dettes, même à rembourser les rentes dues par la succession, ensuite en acquisition d'héritages ou rentes, soit foncières, soit constituées.

Cet emploi doit être fait dans le délai porté par l'ordonnance du juge, qui met le grevé en possession; et, à l'égard des autres sommes sujettes à emploi, qui lui rentreront par la suite, comme, *par exemple*, par le remboursement de quelques rentes, il en doit faire emploi dans les trois mois du jour qu'il les aura reçues, faute de quoi il peut être poursuivi pour le faire.

L'emploi doit être fait en présence du substitué, ou de son tuteur, curateur ou administrateur, ou d'un curateur à la substitution. S'il ne vouloit pas y consentir, il faudroit, sur une assignation, faire statuer par le juge, sur l'emploi proposé.

---

## SECTION VI.

De l'ouverture des substitutions; de l'effet de cette ouverture, et des actions qui en naissent.

### ARTICLE PREMIER.

De l'ouverture des substitutions.

§. I. Ce que c'est, et quand elle est ouverte.

On dit qu'une substitution est ouverte, lorsque le droit en est acquis au substitué; comme on dit qu'un legs est ouvert, lorsque le droit en est acquis au légataire. Tout ce que nous avons dit, en notre *Traité des testaments*, de l'ouverture des legs, peut se dire de l'ouverture des substitutions.

Lorsqu'une substitution est faite sans aucune condition,

elle est ouverte, comme un legs pur et simple l'est, dès l'instant de la mort du testateur.

Le terme d'un temps certain apposé à une substitution, comme à un legs, n'en diffère pas l'ouverture, mais en retarde seulement l'exécution.

Lorsque la substitution est faite sous quelque condition, elle n'est ouverte que lors de l'accomplissement de la condition : le terme d'un temps incertain tient lieu de condition.

On appelle temps incertain, même celui qui arrivera certainement, pourvu qu'il soit incertain s'il arrivera, ou non, du vivant du substitué : tel est le temps de la mort du grevé. C'est pourquoi toutes les substitutions, qui ont pour terme ce temps de la mort du grevé, sont conditionnelles, et ne sont ouvertes que lors de cette mort.

Presque toutes nos substitutions sont faites sous cette condition de la mort du grevé ; et, quoiqu'elle ne soit pas exprimée, elle y est facilement présumée sur les moindres circonstances, sur-tout lorsqu'il n'y a pas d'autres conditions.

Cette condition est censée exister par la mort civile, comme par la mort naturelle.

Il y a une condition qui est tacitement présumée dans certaines substitutions, et dont l'existence est, par conséquent, requise pour y donner ouverture.

C'est dans l'espèce de la loi 102, ff. *de cond. et demonst.* Lorsque je suis chargé de substitution par mon père, ou quelque autre de mes ascendants, envers quelque autre personne que celle de mes enfants, cette substitution est présumée avoir pour condition tacite, *si je meurs sans enfants* ; c'est pourquoi il ne suffit pas que je meure, il faut que je ne laisse point d'enfants, pour qu'il y ait ouverture à la substitution.

Cette présomption est fondée sur l'affection naturelle qu'on doit présumer dans toutes les personnes, et sur-tout dans l'auteur de la substitution, qui ne permet pas de penser qu'il ait voulu préférer les substitués à ses petits-enfants ; d'où on conclut que ce ne peut être que par oubli que cette condition, *de ma mort sans enfants*, ne se trouve pas exprimée : *Fideicommissi conditionem, conjecturâ pietatis, respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inventetur.*

Cette décision doit avoir lieu, soit que j'eusse des enfants lors du testament, soit que je n'en eusse point ; car elle n'est pas fondée sur la raison que le testateur n'a pas prévu

que j'aurois des enfants ; et que, s'il l'eût prévu, il les auroit préférés, mais, au contraire, sur cette raison, que, ayant pensé à mes enfants, et ayant effectivement voulu les préférer, on a oublié de l'écrire : *minus scriptum quam dictum*. Cette décision a lieu à l'égard des substitutions particulières, comme à l'égard des substitutions universelles.

Lorsqu'une substitution est faite sous plusieurs conditions, il faut que toutes soient accomplies, pour que la substitution soit ouverte, à moins que les conditions ne soient apposées par une disjonctive, auquel cas, l'accomplissement d'une seule donne ouverture à la substitution : comme lorsqu'il est dit : *Je fais ma bru ma légataire universelle, et la charge de restituer mes biens à mes petits-enfants, lors de son décès, ou si elle se remarie.*

Quelquefois, outre la condition du décès du grevé, on en ajoute plusieurs autres sous une disjonctive entre elles. En ce cas, il faut, pour l'ouverture de la substitution, et le décès du grevé et l'accomplissement de l'une de ces autres conditions.

§. II. La restitution anticipée des biens substitués équipolle-t-elle à une ouverture de substitution ?

Lorsque le grevé de substitution a volontairement restitué au substitué les biens sujets à la substitution, sans attendre l'accomplissement de la condition d'où elle dépendoit, cette restitution anticipée rend, par rapport à lui et au substitué, la substitution ouverte, et même consommée. En faisant cette restitution, sans attendre la condition, il a fait remise de la condition ; de manière que, quand même cette condition viendrait par la suite à défaillir, il ne pourroit plus répéter les biens substitués qu'il a voulu restituer.

Mais, suivant cette maxime de droit : *Nemo ex alterius facto prægravari debet*, cette restitution anticipée ne peut préjudicier à des tiers, ni équipoller vis-à-vis d'eux, à l'ouverture de la substitution.

De là il suit : 1° que le substitué, à qui la restitution des biens substitués a été faite avant l'accomplissement de la condition de la substitution, ne peut, avant l'accomplissement de ladite condition, revendiquer les héritages sujets à la substitution, contre les tiers acquéreurs qui les auroient acquis du grevé, avant ladite restitution.

C'est ce qui est décidé par l'ordonnance, art. 43. La raison

est, que ce tiers acquéreur ayant acquis le droit de propriété des héritages par lui acquis, tel que l'avoit alors le grevé qui les lui a vendus, c'est-à-dire, un droit de propriété durable, jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition apposée à la substitution, il ne peut pas être dépouillé de ces héritages avant ce temps, puisqu'il en a acquis la propriété jusqu'à ce temps : le grevé la lui ayant une fois transférée, ne peut plus en disposer au profit du substitué, par la restitution anticipée, qu'il lui fait ; il ne peut, par cette restitution anticipée, disposer que de ce qui reste à lui desdits biens, et non pas de ce qui a cessé d'être à lui.

De là il suit : 2° que les créanciers hypothécaires du grevé, antérieurs à ladite restitution anticipée, peuvent, nonobstant ladite restitution, tant que la condition apposée à la substitution n'est pas accomplie, exercer leur hypothèque sur les immeubles sujets à la substitution, et former l'action hypothécaire contre le substitué, à ce qu'il ait à les délaisser, si mieux il n'aime acquitter les causes d'hypothèque, sauf à lui à faire valoir la substitution sur lesdits héritages, lorsque la condition aura été accomplie : c'est la décision de l'*art. 42* de l'ordonnance.

La raison est, que le grevé, qui avoit un droit de propriété des biens substitués, durable jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution, a pu donner, et a effectivement donné à ses créanciers, un droit d'hypothèque d'une égale durée sur lesdits biens ; et, leur ayant une fois donné ce droit, la restitution anticipée qu'il fait au substitué, ne peut plus les en priver.

Ricard avoit mal à propos distingué, à cet égard, entre l'hypothèque générale et la spéciale. L'ordonnance, *art. 42*, ne fait aucune distinction, et sa disposition est conforme aux principes du droit ; car celui qui hypothèque généralement tous ses biens, hypothèque tous les biens qui sont à lui, pour et autant qu'ils lui appartiennent. Le grevé, dans l'hypothèque générale de ses biens, doit donc être censé y avoir compris même les biens sujets à la substitution, pour le temps que sa propriété devoit durer, c'est-à-dire, jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution ; et le créancier ne peut pas plus être privé de l'hypothèque générale qu'il a acquise sur lesdits biens, que d'une hypothèque spéciale.

De là il suit : 3° que les créanciers chirographaires du

grevé, lorsqu'il s'est mis hors d'état de les payer, par la restitution anticipée qu'il a faite des biens substitués, peuvent exercer contre le substitué l'action révocatoire, et se venger sur lesdits biens, jusqu'au temps de l'accomplissement de la condition de la substitution. L'ordonnance, *art. 42*, en a une disposition précise; et elle est en cela conforme aux principes de droit, en la loi 17, §. *fin.* ff. *quæ in fraud. cred. facta sunt, ut restit.*, où il est dit : *fraudem, etiam in tempore fieri* dans l'espèce d'un mari qui avoit, en fraude de ses créanciers, avancé le temps de la restitution de la dot de sa femme. La loi 19, ff. *d. tit.*, qui contient une disposition contraire dans l'espèce d'un père qui avoit émancipé ses enfants, pour leur restituer, avant le temps de sa mort, les biens que leur mère l'avoit chargé de leur rendre, est fondée sur des raisons particulières, qui n'ont pas d'application parmi nous.

De là il suit : 4° que ceux à qui la restitution anticipée a été faite, s'ils meurent avant l'accomplissement de la condition de la substitution, et que lors de l'accomplissement de la condition, il s'en trouve d'autres qui aient été appelés, à leur défaut, à la substitution, le grevé ne sera pas libéré envers eux, par la restitution anticipée qu'il a faite à ceux qui sont précédés. C'est la décision de la loi 40, §. 12, ff. *de leg. 3.*, où l'héritier ayant été chargé de restituer, après son décès, les biens du testateur à Appia, ou, si elle précédé, à Valerianus, et les ayant, par anticipation, restitués de son vivant à Appia, qui seroit depuis morte avant lui; Scévola décide que cette restitution n'a pas libéré l'héritier envers Valerianus, s'il se trouve en état de recueillir la substitution, lors de la mort de l'héritier qui y a fait ouverture : *Respondit : si vivo Scio Appia decessisset (hæredem); non esse liberatum à fideicommissis Valeriano relicto.*

Par la même raison, lorsqu'une famille est appelée à une substitution, si ceux de la famille qui étoient lors les plus proches, à qui la restitution anticipée a été faite, meurent tous avant l'accomplissement de la condition de la substitution, cette restitution anticipée n'aura pas libéré le grevé envers ceux de la famille qui se trouveront être les plus proches lors de l'accomplissement de la condition; car le testateur ayant appelé une famille collective à une substitution à laquelle il a mis une condition, il a eu en vue ceux de cette famille qui se trouveroient les plus proches au temps qu'il a

lui-même marqué pour l'ouverture de la substitution, qui est celui de l'accomplissement de la condition qu'il y a mise, et non pas ceux qui n'existeroient pas et seroient prédécédés; ce ne sont donc pas ceux à qui la restitution a été faite, qui sont appelés à la substitution; c'est donc mal à propos, *sine causâ*, que cette restitution leur a été faite; elle n'a donc pas libéré le grevé envers ceux qui se trouvoient lors de l'accomplissement de la condition de la substitution. Les plus proches de la famille sont véritablement ceux qui sont appelés à la substitution; mais le grevé a un recours contre ceux à qui il a restitué mal à propos, comme leur ayant, par erreur, payé ce qui, par l'événement, s'est trouvé appartenir à d'autres.

Si la restitution anticipée a été faite à quatre personnes qui étoient pour lors les plus proches de la famille, et qu'il en soit mort trois avant l'accomplissement de la condition de la substitution, celui qui est resté seul peut-il prétendre les portions des trois prédécédés? Il sembleroit qu'il le pourroit, par les raisons ci-dessus alléguées. Néanmoins, il y a lieu de soutenir qu'il n'y est pas recevable; car, en consentant de recevoir avec les trois autres, il a consenti que la substitution fût ouverte, sans attendre l'accomplissement de la condition, et il n'est pas recevable à revenir contre le consentement qu'il a donné.

## ARTICLE II.

De l'effet de l'ouverture des substitutions, et des actions qui en naissent.

## §. I. Principes sur ces effets.

L'effet de l'ouverture des substitutions, est que la propriété des choses substituées passe, de plein droit, de la personne du grevé en celle du substitué. Les lois romaines, en cela conformes aux nôtres, le décident pour les legs conditionnels. Les fidéicommissaires ayant été en tout égalés aux legs par Justinien, on doit décider la même chose pour les substitutions ou fidéicommissaires conditionnels.

Quoique le substitué devienne de plein droit propriétaire des choses substituées, il n'en est pas néanmoins saisi de plein droit, quand même la substitution seroit à titre universel et en ligne directe. Le grevé ou ses héritiers, nonobstant l'ouverture de la substitution, demeurent, non plus

propriétaires, mais possesseurs des choses substituées, et c'est du grevé, ou de ses héritiers, que le substitué en doit obtenir la délivrance.

De là il suit que les fruits des biens substitués appartiennent au grevé ou à ses héritiers, même depuis l'ouverture de la substitution, jusqu'à la délivrance, ou du moins jusqu'à la demande de la délivrance; car, quoique le grevé n'en soit plus le propriétaire, en étant juste possesseur, n'étant pas obligé de savoir, jusqu'à la demande en délivrance, si le substitué entend accepter et recueillir la substitution, il a qualité pour percevoir à son profit les fruits de ces biens.

Quoique ce soit de la personne du grevé que la propriété et la possession des biens substitués passe en celle du substitué, néanmoins ce n'est pas du grevé, mais de l'auteur de la substitution, qu'il tient son droit; c'est le testament ou autre acte qui contient la substitution, qui est son titre d'acquisition; car c'est en vertu de ce titre que la propriété des biens substitués lui est acquise lors de l'ouverture de la substitution.

De là il suit que, si l'auteur de la substitution est un des ascendants du substitué, le titre d'acquisition du substitué est une donation ou un legs en ligne directe, qui rend, en la personne du substitué, propres, de la ligne du donateur ou testateur, les immeubles compris en la substitution, quand même le grevé, par le canal duquel ils sont passés, ne seroit que le parent collatéral du substitué, ou même un étranger.

*Contra vice versa*, si l'auteur de la substitution n'est parent qu'en collatéral du substitué, ou même un étranger, le titre d'acquisition du substitué est une donation en collatéral ou d'étranger, qui rend, en la personne du substitué, acquêts les immeubles compris en la substitution, quand même le grevé, par le canal duquel ils passent au substitué, seroit le père ou la mère du substitué.

Quoique le substitué tienne son droit de l'auteur de la substitution, et non du grevé, néanmoins il est vrai que la mutation de propriétaire et possesseur, se fait de la personne du grevé à celle du substitué, puisque effectivement la propriété et la possession des biens substitués, passent du grevé au substitué.

De là il suit que, comme c'est la mutation plutôt que le titre d'acquisition qui produit les profits de rachat dans les

fiefs, pour savoir si l'ouverture d'une substitution donne lieu au profit, ce n'est pas le titre de la substitution, ni la personne de l'auteur de la substitution qu'on doit considérer, mais seulement la personne du grevé, par le canal duquel la propriété et possession des fiefs substitués, passe au substitué.

Si ce grevé est un des ascendants du substitué, la mutation de fiefs, qui se fait par l'ouverture de la substitution, est une mutation de fief en directe, qui ne donne pas ouverture au profit de rachat, quand même l'auteur de la substitution ne seroit qu'un parent collatéral du substitué, ou même un étranger, et la substitution conséquemment une simple donation en collatéral, ou donation d'étranger.

*Contrà vice versâ*, si le grevé n'est qu'un collatéral du substitué, ou même un étranger, la mutation de fief en collatéral, ou d'étranger à étranger, qui produit une ouverture au profit de rachat, quand même l'auteur de la substitution seroit un des ascendants du substitué.

C'est en conséquence de ces principes, que l'art. 59 de l'Ordonnance décide que les substitués doivent les profits féodaux et censuels, dans les mêmes cas dans lesquels ils les auroient dûs, s'ils eussent succédé au grevé, à titre d'héritier.

#### §. II. Des actions et de l'hypothèque du substitué.

L'ouverture de la substitution donne au substitué les mêmes actions que l'ouverture des legs donne aux légataires; savoir: 1° Les actions personnelles, *ex testamento*, que le substitué a contre le grevé ou les héritiers, ou autres successeurs du grevé, pour la restitution des sommes et choses comprises en la substitution, avec les fruits desdites choses, et intérêts desdites sommes, et les dommages et intérêts qui peuvent être dûs au substitué, pour les détériorations que le grevé auroit pu causer par sa faute ou négligence, aux biens substitués.

2° L'action de revendication des immeubles compris en la substitution, qu'a le substitué contre ceux qui les possèdent, soit que ce soit le grevé ou ses héritiers, soit que ce soit des tiers détenteurs; avec cette différence, néanmoins, que les tiers détenteurs peuvent opposer à cette demande le défaut d'insinuation et publication des substitutions, lors-

qu'il y a manqué, comme nous l'avons observé en son lieu, ce que ne peuvent les héritiers.

3° L'action hypothécaire.

Le substitué a la même hypothèque sur les biens du testateur, échus au lot du grevé de substitution, que les légataires.

Il a aussi hypothèque sur les biens propres du grevé; savoir : pour la restitution des deniers comptants, et des effets mobiliers compris en la substitution, et pour les dommages et intérêts dus pour raison des dégradations faites aux héritages substitués, par la mauvaise administration. C'est ce qui a été jugé par arrêt rapporté en la sixième partie du Journal.

Tout ce que nous avons dit, en notre *Traité des testaments*, sur les différentes actions des légataires, reçoit application à l'égard de celles des substitués.

## SECTION VII.

Comment s'éteignent les substitutions?

Les substitutions s'éteignent, ou de la part de l'auteur de la substitution, ou de la part de l'héritier, ou de la part du substitué, ou par l'extinction des choses sujettes à la substitution, ou dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé, ou par la défaillance de la condition, ou par l'accomplissement des degrés auxquels l'ordonnance a limité les substitutions.

### ARTICLE PREMIER.

De l'extinction des substitutions de la part de l'auteur de la substitution, ou de la part de l'héritier.

§. I. De l'extinction des substitutions de la part de leur auteur.

Il faut distinguer, à cet égard, entre les substitutions testamentaires et celles faites entre vifs.

Les substitutions testamentaires s'éteignent ainsi que les legs : 1° lorsque le testateur est condamné à une peine qui emporte mort civile, et meurt privé de l'état civil, par cette condamnation; car, son testament ne pouvant valoir en ce

cas, les substitutions qui y sont contenues, périssent comme toutes les autres dispositions.

2° Les substitutions testamentaires s'éteignent de la part de l'auteur de la substitution, ou par une révocation générale qu'il fait de son testament, dans lequel elle est contenue, ou par une révocation particulière de la substitution.

Ce que nous avons dit, au *Traité des testaments*, sur l'extinction des legs de la part du testateur, reçoit son application à l'égard des substitutions testamentaires.

À l'égard des substitutions portées par des contrats de mariage ou des donations entre vifs, comme elles sont de la nature des actes dans lesquels elles sont contenues, elles sont irrévocables, et ne dépendent plus de l'auteur de la substitution, qui ne peut les révoquer (*Ordonnance de 1747, art. 11 et 12.*). La mort civile qu'il encourroit par la suite, par une condamnation à peine capitale, ne peut non plus y donner aucune atteinte.

§. II. De l'extinction des substitutions de la part de l'héritier.

Les substitutions portées par des contrats de mariage ou donations entre vifs, ne peuvent jamais recevoir aucune atteinte de la part de l'héritier de l'auteur de la substitution.

Les substitutions testamentaires peuvent recevoir atteinte de la part de l'héritier en un seul cas, et dans les pays de droit écrit seulement; c'est par la caducité de l'institution d'héritier, qui arrive par le prédécès de l'héritier institué; car, si, lors de la mort du testateur, il ne reste aucun des héritiers qu'il a institués, soit dans le premier degré, soit dans les degrés ultérieurs, ce défaut d'héritier entraîne la ruine du testament, selon les principes du droit romain, et, par conséquent, de toutes les substitutions, soit universelles, soit particulières, qui y seroient contenues. Cela est confirmé par l'ordonnance, *art. 26.*

Cette règle souffre exception: 1° À l'égard des testaments militaires, lesquels n'étant pas assujettis aux règles du droit civil, peuvent valoir sans héritier.

2° À l'égard de tous les autres testaments, lorsqu'ils contiennent la clause codicillaire, c'est-à-dire, une clause par laquelle le testateur déclare que, si son testament ne peut avoir effet comme testament, sa volonté est qu'il vaille comme codicille *ab intestat*, ou, ce qui est la même chose, lorsqu'il charge ses héritiers *ab intestat*, de l'exécution de

son testament, au cas auquel ceux qu'il a institués ne seroient pas ses héritiers.

Si celui des héritiers institués qui a été chargé de la substitution, soit universelle, soit particulière, est prédécédé, mais qu'il se trouve quelque héritier substitué par substitution directe, ou quelque cohéritier de cet héritier grevé prédécédé, en ce cas, les substitutions fidéicommissaires dont cet héritier prédécédé avoit été chargé, ne sont pas éteintes par son prédécès, parce que, selon la constitution de l'empereur Sévère, le testateur est censé en avoir tacitement chargé, à son défaut, le substitué, ou les cohéritiers qui profitent, par son décès, de sa portion héréditaire.

Si l'héritier institué qui a été grevé de substitution, a survécu, fût-il le seul institué, il ne peut pas, en répudiant la succession, donner atteinte à la substitution fidéicommissaire universelle dont il est grevé, parce que, selon le sénatus-consulte pégasien, l'héritier institué chargé d'un fidéicommiss universel, peut être forcé d'accepter la succession, au risque du fidéicommiss.

C'est pourquoi l'ordonnance, conformément à ces principes, décide, *art. 27*, que la renonciation de l'héritier institué ne pourra nuire au substitué, lequel, en ce cas, prendra la place dudit héritier; et, pareillement, en cas de renonciation du substitué, celui qui sera appelé après lui, prendra sa place.

Dans nos pays coutumiers, où nous n'avons pas d'institution d'héritier d'où dépendent nos testaments, et nos testaments n'étant proprement que des codicilles *ab intestat*, et n'ayant d'autres héritiers que ceux qui sont appelés par la loi, il est évident que les substitutions testamentaires, soit universelles, soit particulières, ne peuvent jamais recevoir d'atteinte, soit de la part de l'héritier, soit de la part des légataires universels qui en sont grevés; car, soit que l'héritier, ou légataire, ou donataire universel ou particulier qui a été grevé de la substitution universelle ou particulière, prédécède, soit qu'il répudie la succession, son legs ou son don universel, ceux qui recueilleront les biens à leur défaut, ou en leur place, ou même la succession vacante, seront tenus des substitutions: *Arrêt du 26 février 1715, au tome VI du Journal; Arrêt du 9 février 1718, au tome VII du Journal.* Au reste, ils n'en sont tenus que sous les mêmes conditions qui ont été apposées à la substitution. *Par exemple*: si un

légataire universel a été chargé de restituer, après son décès, à quelqu'un, les biens qui lui ont été légués, et que ce légataire universel répudie son legs, l'héritier *ab intestat*, par-devers qui demeurent les biens légués, ne sera tenu de la substitution, que sous la condition de la mort de ce légataire universel, qui a été apposée à la substitution.

## ARTICLE II.

De l'extinction des substitutions de la part du substitué.

La substitution s'éteint de la part du substitué, lorsque le substitué meurt avant l'ouverture de la substitution, ou lorsqu'il se trouve incapable de la recueillir lors de l'ouverture, comme lorsqu'il a perdu la vie civile. L'exhérédation, quoique justement prononcée par un père, contre quelqu'un de ses enfants, ne rend pas cet enfant exhérédé incapable de recueillir la substitution des biens dont ce père a été grevé envers ses enfants, car cette exhérédation ne lui ôte pas les droits de famille, ni la qualité d'enfant en laquelle il est appelé à la substitution. Le père, en l'exhérédant, n'a pu le priver que de ses biens, et non pas des biens substitués, qui, par l'ouverture de la substitution, cessent de lui appartenir.

C'est la décision de l'*art. 29* de l'ordonnance, qui a néanmoins deux exceptions. La première est, si l'auteur de la substitution avoit lui-même, par sa disposition, excepté ceux qui encourroient l'exhérédation. La seconde est, lorsque l'exhéredé se trouve dans quelqu'un des cas pour lesquels les ordonnances privent quelqu'un de tout droit à toutes les successions; car cela comprend non-seulement les successions légitimes, mais aussi celles à titre de substitution.

La substitution s'éteint aussi par la répudiation qu'en fait le substitué : on peut demander, à l'égard de cette répudiation, quand elle se peut faire, comment elle se fait, et quel en est l'effet.

§. I. Quand se fait la répudiation d'une substitution ?

Il semble que la répudiation d'une substitution ne puisse se faire que lorsqu'elle est ouverte; car, pour répudier un droit, il faut qu'il existe : ce qui n'existe pas encore, ne peut être ni accepté ni répudié.

Néanmoins, quoiqu'il ne puisse pas y avoir de répudiation proprement dite d'une substitution, avant qu'elle soit ouverte, on peut faire quelque chose d'équipollent; car le substitué peut, avant l'ouverture de la substitution, convenir avec le grevé, qu'au cas que la substitution s'ouvre par la suite à son profit, il ne la recueillera point.

Le substitué peut aussi avoir une pareille convention avec le substitué ultérieur, qui est appelé à la substitution à son défaut. Ces conventions ne se peuvent faire du vivant de l'auteur de la substitution, parce que les conventions qui concernent les biens d'un homme vivant, ont quelque chose de contraire aux bonnes mœurs.

Mais, lorsqu'elles se font après sa mort, avant l'ouverture de la substitution, elles doivent être entretenues.

#### §. II. Comment se fait la répudiation d'une substitution?

Lorsque la renonciation à la substitution se fait depuis qu'elle est ouverte, elle peut se faire par la seule déclaration que fait le substitué, de la volonté qu'il a de renoncer à la substitution, laquelle néanmoins doit être constatée par écrit.

Lorsque la renonciation à la substitution se fait avant qu'elle soit ouverte, elle ne peut, en ce cas, se faire que par un acte devant notaire, passé, ou avec le grevé, ou avec celui qui est appelé au défaut du renonçant, duquel acte il doit rester minute, à peine de nullité.

L'ordonnance, en exigeant cet acte, paroît avoir rejeté les renonciations tacites aux substitutions avant leur ouverture, telle que celle qui se tiroit, par induction, du consentement donné par le substitué, à la vente que l'héritier grevé avoit faite d'un héritage sujet à la substitution, suivant la loi 120, §. 1, ff. *de leg. 1*. L'esprit de l'ordonnance a été en cela, comme dans quelques autres de ses dispositions, de retrancher la matière des procès auxquels la recherche de la volonté du substitué pourroit donner lieu.

Observez que, si ce consentement donné par le substitué, à la vente de l'héritage sujet à la substitution, ne renferme pas parmi nous une renonciation entière à la substitution, au moins il doit renfermer un consentement du substitué; de se contenter de répéter du grevé, lors de l'ouverture de la substitution, le prix pour lequel l'héritage aura été vendu.

Observez aussi qu'à l'égard des substitutions qui ne résultent que d'une défense d'aliéner, le consentement que donnent à cette aliénation tous ceux au profit de qui cette défense a été faite, doit en empêcher l'ouverture : car c'est une remise qu'ils font de la condition qui seule y pouvoit donner ouverture.

Si le consentement formel donné à la vente de l'héritage du substitué, ne renferme pas une renonciation à la substitution, à plus forte raison celui qui reçoit comme notaire, ou assiste simplement comme témoin au contrat de vente de l'héritage substitué, n'est pas censé y renoncer; il n'est pas même censé s'engager à ne point revendiquer l'héritage lors de l'ouverture de la substitution, mais seulement prêter son ministère à un contrat : *l. 34, §. 2, ff. de leg. 2.*

*Quid?* si, par le contrat, on avoit déclaré à l'acheteur l'héritage franc et quitte de substitution, la réticence malicieuse du substitué, présent à l'acte, pourroit passer pour un dol qui excluroit de la revendication contre cet acheteur.

La clause dans un partage des biens substitués, que font ensemble des cohéritiers ou colégataires réciproquement grevés de substitution, par laquelle ils promettent de ne pas revenir, de part et d'autre, contre le présent partage, ne renferme pas de renonciation; car il eût fallu, pour cela, qu'ils se fussent permis réciproquement la libre aliénation de la portion échue à chacun d'eux, par le partage qu'ils ont fait, et contre lequel ils se sont promis de ne pas revenir.

#### §. III. De l'effet de la répudiation.

La répudiation que fait le substitué, après l'ouverture de la substitution, éteint proprement le droit qui résultoit de cette substitution à ce substitué; il se trouve, par cette répudiation, sans droit, tant vis-à-vis du grevé et de ses héritiers, à qui il ne peut rien demander, que vis-à-vis de ceux qui sont appelés à la substitution, simplement à son défaut, auxquels il fait place.

*Par exemple, s'il étoit dit : Je veux que mes biens, après la mort de mon légataire universel, appartiennent à Pierre, et, à son défaut, à Jean : Pierre, par la répudiation qu'il fait de la substitution, après la mort du légataire universel, éteint son droit, et donne ouverture à la substitution au profit de Jean appelé après lui.*

Lorsque le substitué renonce à la substitution, par une convention qu'il a avec le grevé, avant l'ouverture de la substitution, cette renonciation ne peut éteindre le droit que le substitué pourra un jour avoir par l'ouverture de la substitution, puisqu'il n'existe pas encore; cette convention forme seulement un engagement personnel entre le substitué et le grevé, par lequel le substitué s'engage envers le grevé, de ne pas lui demander les biens sujets à la substitution, lorsqu'elle sera ouverte à son profit, et non-seulement de ne les pas demander à lui grevé, mais de ne les point demander à tous ceux qui les tiendroient de lui, de laquelle convention il résulte une exception qui peut exclure la demande que le substitué formeroit pour la restitution desdits biens.

Mais cet engagement, qui naît d'une convention entre le substitué et le grevé, peut être détruit par une convention contraire entre les mêmes parties, auquel cas le substitué, libéré de l'engagement qui résultoit de cette convention, pourra recueillir les biens substitués lors de l'ouverture de la substitution, sans que celui qui y est appelé à son défaut, puisse les prétendre; la renonciation faite à la substitution avant son ouverture, par ce premier substitué, n'ayant point éteint son droit, et n'en ayant donné aucun à celui qui est appelé à son défaut: car la convention qui contient cette renonciation, n'ayant été faite qu'avec le grevé, et non avec la personne appelée au défaut du premier substitué, n'a pu donner aucun droit à cette personne, suivant ce principe de droit: *Conventio inter alios facta alteri nec prodest, nec nocet.*

Pareillement, lorsque la renonciation à la substitution a été faite par le substitué, avant l'ouverture de la substitution, par une convention entre le substitué et celui qui étoit appelé à son défaut, sans que le grevé y fût partie, cette convention ne forme qu'un engagement personnel, par lequel le substitué s'engage envers celui qui est appelé à son défaut, à lui laisser recueillir à sa place les biens substitués, lorsque la substitution sera ouverte. Mais, si cette personne appelée à son défaut venoit à ne pouvoir les recueillir par son prédécès avant l'ouverture de la substitution, cette convention n'empêchera pas le substitué de demander au grevé les biens substitués, lorsque la substitution viendra à être ouverte; car le grevé n'ayant pas été partie dans cette convention, il n'en peut résulter aucune exception au grevé,

contre la demande du substitué, suivant la règle ci-dessus rapportée.

En cela, les renonciations qui se font avant l'ouverture de la substitution, diffèrent entièrement de celles qui se font depuis l'ouverture, lesquelles éteignent le droit du substitué renonçant, tant vis-à-vis du grevé que de ceux qui sont appelés à son défaut.

Une seconde différence entre la renonciation à la substitution qui se fait depuis l'ouverture, et celle qui se fait avant, est que le substitué qui est appelé à une substitution dans plusieurs degrés, lorsqu'il y renonce, avant l'ouverture de tous ces degrés, par une convention qu'il a avec le grevé, est censé y renoncer pour tous les degrés dans lesquels elle pourroit être ouverte à son profit contre ce grevé avec qui il a eu convention; au contraire, la renonciation à la substitution, qui se fait depuis l'ouverture, n'est censée faite qu'au droit qui est ouvert, et non à celui auquel il pourroit y avoir encore ouverture dans les degrés ultérieurs, dans lesquels je me trouverois encore appelé.

*Par exemple* : si le testateur avoit ordonné que ses biens appartiendroient, après le décès de son légataire universel, à Pierre; ou, au défaut ou au refus de Pierre, à Jean; ou, au défaut ou refus de Jean, au plus proche de son nom; que Pierre, après la mort du légataire, et, par conséquent, après l'ouverture de la substitution, y ait renoncé; que Jean, après y avoir long-temps délibéré, y ait renoncé aussi; et que Pierre, lors du refus de Jean, qui donne ouverture à la substitution au profit des plus proches du nom, se trouve le plus proche de ce nom, et, par conséquent, appelé à la substitution dans ce degré; la répudiation qu'il a faite à la substitution qui lui étoit déferée dans le premier degré, ne l'exclura pas de recueillir la substitution qui lui est déferée par le dernier degré; car il ne répudie que le droit qui étoit ouvert à son profit lors de la renonciation.

Au contraire, si Pierre avoit, du vivant du légataire universel, et, par conséquent, avant l'ouverture d'aucun des degrés, renoncé à la substitution, par une convention avec le légataire universel, il seroit censé y avoir renoncé pour tous les degrés dans lesquels elle pourroit, par la suite, être ouverte à son profit; car, aucun des degrés n'étant encore ouvert, il n'y a pas de raison pour laquelle il seroit censé y avoir renoncé plutôt pour un degré

que pour un autre : cette renonciation doit donc embrasser tous les degrés.

Mais cette renonciation ne doit pas s'étendre à la substitution qui auroit été ouverte au profit d'un autre, dont il seroit devenu héritier depuis l'ouverture. Que s'il n'avoit pas seulement renoncé à une substitution faite à son profit, mais qu'il eût promis de garantir l'acquéreur à qui on vendoit l'héritage substitué, il ne pourroit pas, non-seulement de son chef, mais ni même comme héritier d'un autre substitué, inquiéter cet acquéreur.

C'est une question qui concerne l'effet de ces renonciations, si deux frères mineurs étant réciproquement grevés de substitution, l'un envers l'autre, en faveur du survivant, et ayant réciproquement renoncé à ces substitutions, par une convention faite entre eux, le mineur au profit de qui, par l'événement, la substitution seroit ouverte, pourroit être restitué contre cette convention ? La loi 11, *in fin.*, *cod. de trans.*, décide qu'il ne doit pas être restitué. La raison est, que cette convention étoit en soi avantageuse à l'un et à l'autre ; que le mineur, qui demande à être restitué, n'a souffert de cette convention que par l'événement, ce qui ne doit pas être une cause de restitution, suivant cette maxime : *Non restituetur, qui sobriè rem suam administrans, occasione damni non inconsultè accidentis, sed fato, velit restitui. Nec enim eventus damni restitutione indiget* : l. 11, §. 4, ff. *de minor.* Cette décision, néanmoins, doit beaucoup dépendre des circonstances, et de telles conventions entre mineurs, ne doivent pas être facilement autorisées, à moins qu'elles ne soient faites pas avis de parents, et pour de bonnes raisons.

#### ARTICLE III.

De l'extinction des substitutions, par l'extinction des choses sujettes à la substitution, et par la défaillance des conditions dont elles dépendent, et dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé.

##### §. I. De l'extinction des choses sujettes à la substitution.

Il n'est pas douteux que l'extinction des choses comprises dans une substitution qui arrive sans le fait ni la faute du grevé, l'éteint par rapport à ces choses, lorsqu'elles sont du nombre de celles qui doivent être conservées en nature.

*Par exemple* : si un héritage sujet à la substitution, est emporté par la rivière dont il est voisin, la substitution est éteinte par rapport à cet héritage, pourvu que cela ne soit point arrivé par la faute du grevé, qui auroit négligé de réparer les digues.

Par la même raison, si les meubles qui servoient à meubler un château, compris avec ce château dans une substitution, avec la clause qu'ils seroient conservés en nature, ont été consumés par l'incendie du château, causé par le feu du ciel, la substitution est éteinte par rapport à ces meubles.

A l'égard des meubles qui sont compris dans une substitution, pour être vendus, leur extinction, quoique causée par une force majeure, n'éteint la substitution par rapport auxdits meubles, que lorsque l'accident est arrivé avant que le grevé de substitution ait eu le temps de faire procéder à la vente desdits meubles, lequel temps doit s'estimer à l'arbitrage du juge.

Voyez ce que nous avons dit, au *Traité des testaments*, sur l'extinction des legs, par l'extinction des choses léguées.

§. II. De l'extinction des substitutions, par la défaillance des conditions.

Les substitutions s'éteignent par la défaillance des conditions qui y sont apposées. Une condition est défaillie, lorsqu'il est certain qu'elle n'existera pas. *Par exemple* : si on m'a chargé de rendre à mon fils les biens qu'on m'a légués, lorsqu'il se mariera, la condition de la substitution défailloit, s'il se fait prêtre; car il est certain qu'il ne se mariera pas, en étant devenu incapable par la prêtrise, et, par conséquent, que la condition n'existera plus.

Lorsqu'il y a plusieurs conditions apposées à une substitution, une condition défailloit, non-seulement lorsqu'il devient certain qu'elle n'existera pas du tout, mais lorsqu'il devient certain qu'elle n'existera pas du vivant du substitué; c'est pourquoi toutes les conditions des substitutions défaillissent, et, par conséquent, toutes les substitutions conditionnelles s'éteignent par le prédécès du substitué avant l'accomplissement de la condition; car il devient certain, par son prédécès, que la condition qui n'est pas encore accomplie, ne s'accomplira pas de son vivant.

Lorsqu'il y a plusieurs conditions apposées à une substitution, pourvu qu'elles ne le soient pas par une disjonctive,

la défaillance d'une seule éteint la substitution, puisque, comme nous l'avons vu en la section précédente, l'accomplissement de toutes est nécessaire pour l'ouverture.

Si elles ont été apposées par une disjonctive; comme, en ce cas, l'accomplissement d'une seule suffit pour donner ouverture à la substitution, suivant que nous l'avons vu ci-dessus, il s'ensuit que la substitution ne peut, en ce cas, s'éteindre que par la défaillance de toutes.

§. III. De l'extinction des substitutions dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé.

Lorsque la substitution n'est que de choses mobilières, et que le grevé est mort sans en faire aucun emploi; comme, en ce cas, le droit de la substitution ne consiste que dans une simple créance que le substitué a contre le grevé, la substitution devient sans effet, lorsque le substitué devient l'unique héritier du grevé, parce qu'il fait par là une confusion et extinction de cette créance, dans laquelle seule consistoit le droit de substitution.

Si la substitution comprend des immeubles ou autres choses qui doivent être restituées en nature, la substitution ne demeure pas sans effet, quoique le substitué soit devenu l'unique héritier du grevé; car elle a cet effet, que le substitué, s'il ne répudie pas la substitution, ne tient pas ces immeubles de la succession du grevé, qui ne les a pas transmis, et dont le droit, dans ces immeubles, s'est résolu et éteint par son décès, qui a donné ouverture à la substitution; mais le substitué les tient de la substitution qui, lors de son ouverture, lui en a fait passer la propriété de la personne du grevé, en la sienne.

De là vient que ces immeubles qui seroient propres en sa personne, s'il les tenoit de la succession du grevé, dont il a été héritier, sont des acquêts en sa personne, si l'auteur de la substitution, n'étoit parent du substitué qu'en collatéral, ou même étoit étranger.

#### ARTICLE IV.

D'une manière dont s'éteignent les substitutions, particulières aux substitutions graduelles, par l'accomplissement du nombre des degrés limités par l'ordonnance.

Le droit romain donnoit une faculté indéterminée de faire autant de degrés de substitutions fidéicommissaires que bon

sembloit, et la substitution avoit son effet dans tous ces degrés.

L'ordonnance d'Orléans, *art. 59*, a limité cette faculté indéterminée, en ordonnant que quelques degrés que contiennent une substitution, elle ne puisse avoir effet que pour deux degrés, non compris l'institution ou autre première disposition.

*Par exemple* : si j'ai fait Pierre mon légataire universel, auquel j'ai substitué Paul, après son décès, et que j'aie substitué à Paul, après son décès, Jacques, et après son décès, Jean; lorsque Paul, après le décès de Pierre, mon légataire universel, aura recueilli la substitution et rempli le premier degré, et que Jacques, après le décès de Paul, aura pareillement recueilli la substitution et rempli le second degré, elle sera éteinte pour les autres degrés; Jacques, second substitué, possédera librement et sans charge de la substitution dont le testateur l'avoit chargé envers Jean, laquelle est éteinte par l'accomplissement de la substitution dans deux degrés.

Comme l'ordonnance d'Orléans ne concerne que les substitutions qui seroient faites à l'avenir, celle de Moulins, intervenue depuis, a pourvu à celles qui étoient antérieures à l'ordonnance d'Orléans, et les a restreintes à quatre degrés.

La nouvelle ordonnance de 1747 a confirmé les dispositions de ces deux ordonnances, *art. 30*; mais elle n'a abrogé que pour l'avenir l'usage de quelques provinces qui avoient étendu les substitutions à quatre degrés : *Art. 31*.

Cet usage est fondé sur une mauvaise interprétation de l'ordonnance de Moulins, qu'on a appliqué indistinctement à toutes les substitutions, quoiqu'elle ne dispose que de celles qui sont antérieures à l'ordonnance d'Orléans, à laquelle elle ne déroge pas.

L'ordonnance de 1747 n'a pas même abrogé, pour l'avenir, l'usage de certains pays conquis où ces ordonnances ne sont point observées, et où les substitutions sont illimitées : *Art. 32*.

Dans cette variété de lois, on doit suivre celle de la province où les choses sujettes à la substitution sont situées; et, à l'égard des choses qui n'ont pas de situation, la loi du lieu où l'auteur de la substitution avoit son domicile lors de sa mort, si c'est une substitution testamentaire, ou lors de la

donation, si elle est portée par une donation entre vifs, ou par un contrat de mariage.

Les testateurs ou donateurs ne peuvent déroger, même par contrat de mariage, aux ordonnances qui sont conçues en termes prohibitifs.

Ils n'y peuvent déroger ni directement ni indirectement; c'est pourquoi un testateur ou donateur ne peuvent pas valablement ordonner que ceux qui recueilleront leurs biens au second degré, seront tenus d'en disposer eux-mêmes au profit de la famille; car, leur enjoindre cela, ce seroit véritablement les grever de substitution.

Si quelqu'un, avant l'édit de 1749, qui défend de léguer des héritages aux communautés, avoit légué une terre à l'hôpital, à la charge que l'hôpital n'entreroit en jouissance de ladite terre, qu'après l'extinction de toute sa race, et que l'usufruit en appartiendroit à ses enfants, et, après leur mort, à ses petits-enfants, et ainsi successivement de degré en degré, jusqu'à l'extinction de sa race, cette disposition pourroit-elle être regardée comme contraire à l'ordonnance? Il semble d'abord que non; car il paroît qu'il n'y a point de substitution: les enfants du premier degré ne sont pas obligés de restituer aucune chose à ceux du second; l'usufruit de ceux du premier degré s'éteint par leur mort; l'usufruit de ceux du second est un nouvel usufruit qui leur est constitué après l'extinction du premier, et ainsi des degrés suivants. Cependant, si cette disposition devoit s'exécuter dans son entier, ce seroit, *salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenire*. Car la multiplicité de ces différents usufruits qui se succédoient les uns aux autres, a le même inconvénient que la multiplicité des degrés de substitution que l'ordonnance a voulu retrancher. C'est pourquoi Ricard décide fort bien que cette multiplicité, dont le testateur a ordonné la succession de degré en degré, doit être regardée comme une substitution graduelle d'une espèce de seigneurie utile et temporelle qu'il a réservée à sa famille dans l'héritage légué à l'hôpital, et dont l'hôpital acquiert la seigneurie directe avec le droit de réversion, lors de l'extinction entière de la famille. C'est pourquoi, lorsque l'enfant du second degré aura succédé, après la mort de celui du premier, par une espèce de premier degré de substitution, à cette seigneurie utile et temporelle, et, qu'après la mort du second degré, celui du troisième degré y aura pa-

reillement succédé par une espèce de second degré de substitution, cette seigneurie utile et temporelle sera dorénavant possédée librement, et ne passera plus que, *jura hereditario*, aux degrés ultérieurs, jusqu'à ce qu'elle se réunisse à la propriété directe dudit hôpital, ce qui arrivera lors de l'extinction entière de la race, qui est la condition apposée à cette réversion.

C'étoit une question avant l'ordonnance, comment se devoient compter les degrés de substitution. La jurisprudence des différents parlements étoit différente. A Paris, on a toujours compté autant de degrés de substitution qu'il y avoit de personnes qui l'avoient recueillie successivement avec effet, quoique ces personnes fussent dans un même degré de parenté. A Toulouse, au contraire, les degrés de substitution se comptoient par les degrés de parenté; et toutes les personnes d'un même degré, qui s'étoient succédées successivement les unes aux autres, étoient censées ne composer toutes ensemble qu'un seul et même degré de substitution.

*Par exemple* : si quelqu'un a chargé son héritier ou légataire universel, après sa mort, d'une substitution graduelle et perpétuelle envers sa famille, autant que substitution puisse s'étendre, et que ce légataire universel ou héritier ait laissé deux enfants, Pierre et Paul, qui aient recueilli les biens dans un premier degré de substitution; que Pierre étant mort le premier, sa portion ait été recueillie par Paul : suivant la jurisprudence du parlement de Paris, qui compte les degrés de substitution par personne, la portion que Pierre, premier décédé, aura recueillie, sera libre dans la personne de Paul, qui l'a recueillie après la mort de Pierre, et a fait un second degré de substitution; les parents du degré suivant ne pourront prétendre, par droit de substitution, que la portion que Paul, dernier décédé, avoit recueillie de son chef, après la mort de son père. Au contraire, suivant la jurisprudence du parlement de Toulouse, Pierre et Paul sont censés n'avoir composé ensemble qu'un seul degré de substitution, et les parents du degré suivant recueillent, en conséquence, par un second degré de substitution, après la mort du dernier décédé, tous les biens de la succession.

L'ordonnance de 1747 a confirmé la jurisprudence du parlement de Paris, *art.* 53 et 54, sans néanmoins déroger,

pour les substitutions antérieures à l'ordonnance, aux usages des parlements qui avoient une jurisprudence contraire ; il faut, à cet égard, suivre celle du lieu où les biens sont situés.

On ne compte que les degrés de substitution qui ont eu effet. Un degré de substitution a effet, lorsque la personne appelée au degré a recueilli, avec effet, les biens substitués.

Au contraire, le degré de substitution est censé n'avoir pas eu effet, lorsque la personne appelée au degré n'a pas recueilli les biens substitués, soit qu'elle ait précédé avant l'ouverture, soit parce qu'elle a répudié la substitution depuis qu'elle a été ouverte à son profit, soit même parce qu'elle est morte depuis l'ouverture, sans déclarer s'il acceptoit ou non la substitution, les biens sont passés au degré suivant.

*Par exemple :* si un testateur a ordonné que ses biens partiendroient, après la mort de son héritier ou légataire, à Pierre ; après Pierre, à Paul ; après Paul, à Jean ; et que Pierre, premier substitué, soit mort avant l'héritier ou légataire universel grevé, ou bien ait survécu, mais répudié la substitution, ou soit mort sans déclarer s'il entendoit accepter ou répudier, le degré dans lequel Paul recueillera les biens substitués, quoique le second, *juata ordinem scriptum*, sera compté pour le premier degré, parce que celui qui le précédoit, dans lequel Pierre étoit appelé, n'a pas eu d'effet, et, par conséquent, Paul demeure chargé de la substitution envers Jean.

Au reste, pour peu que celui qui étoit appelé à la substitution ait déclaré et fait connoître sa volonté d'accepter la substitution, soit en s'immisçant dans les biens substitués, soit même sans s'y être immiscé, par la seule demande en délivrance qu'il auroit donnée, le degré dans lequel il a été appelé, est censé rempli, et doit être compté.

Cela a lieu, quand même il se seroit ensuite désisté de cette demande, ou de quelqu'autre qu'il auroit donnée contre les débiteurs des biens substitués ; cela a lieu, quand même il auroit laissé prescrire et périmer les demandes ; car son acceptation de la substitution, qui suffit pour donner effet au degré dans lequel il est appelé, se fait *nudâ contestatione voluntatis* ; et, une fois faite, elle est irrévocable. Il y a plus, quand même le substitué auroit répudié la substitution, si les créanciers, en fraude desquels il a fait cette répudiation,

ont été admis à recueillir en sa place les biens substitués, et à en jouir en sa place pendant sa vie, le degré dans lequel étoit appelé ce substitué, sera censé avoir eu effet, et devra être compté : *Art. 38.*

Dans les substitutions graduelles qui résultent d'une prohibition d'aliéner, comme lorsqu'un héritage a été légué à quelqu'un, à la charge qu'il ne pourroit être aliéné, et seroit conservé à toujours dans la famille; si ce légataire l'a transmis, par sa mort, à son héritier, et que celui-ci l'aliène à un étranger, ceux de la famille qui auront revendiqué cet héritage par droit de substitution, à laquelle l'aliénation qui en a été faite à un étranger a donné ouverture, feront-ils le premier degré de substitution, ou s'ils feront seulement le second, et l'héritier qui a succédé au légataire fera-t-il le premier? Il semble qu'ils doivent faire le premier, et que l'héritier du légataire, qui lui a succédé, ne fait pas un premier degré, puisque ce n'est pas *jure substitutionis*, mais *jure hæreditario*, qu'il a succédé, n'y ayant pas eu d'ouverture à la substitution, et n'y ayant que les aliénations hors la famille qui donnent ouverture à ces sortes de substitutions. Néanmoins Ricard décide que l'héritier du légataire forme le premier degré de substitution, parce qu'il s'est fait en sa personne une première succession des biens substitués; que, quoique cette succession se fasse *jure hæreditario*, elle se fait aussi en quelque façon par la volonté du testateur, qui, en défendant au légataire de les aliéner hors la famille, l'a obligé, par ce moyen, à les lui conserver dans sa succession; que si on décidait autrement, il s'ensuivroit que des descendants pourroient être à la fin dans l'interdiction d'aliéner. Ce qui est contraire à l'esprit de l'ordonnance.

Il nous reste à observer que le premier degré de substitution n'est que le second dans la disposition, et que le premier substitué suppose une personne, avant lui, qui ait recueilli en premier lieu les biens substitués, et en ait joui ou dû jouir jusqu'au temps de son décès, ou de quelque autre condition qui ait donné ouverture à la substitution.

C'est ce que dit l'ordonnance, *art. 80. Toutes substitutions ne pourront s'étendre au delà de deux degrés de substitué, outre le donataire, l'héritier institué, ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou testateur.*

Lorsque le testateur a grevé de substitution son héritier *ab intestat*, après son décès, ou sous quelqu'autre condition, cet héritier *ab intestat* forme-t-il le premier degré de disposition, outre lequel il ne puisse y avoir que deux degrés de substitution ? La raison de douter est, que c'est par la loi, et non par la disposition du testateur, que cet héritier *ab intestat*, a recueilli les biens du testateur. La raison de décider au contraire que cet héritier forme le premier degré de disposition, est que, si ce n'est pas par une disposition positive du testateur, qu'il a recueilli le premier ces biens, c'est par une espèce de disposition qu'on peut appeler négative, en ce que le testateur, qui pouvoit les lui ôter, a bien voulu les lui laisser; et même c'est en conséquence de cette disposition négative, que le testateur a pu le grever de substitution. On peut donc dire que l'héritier *ab intestat*, grevé de substitution, tient le premier degré dans la disposition du testateur, outre laquelle il ne peut plus avoir que deux degrés de substitution; et il se trouve compris dans les termes de l'ordonnance : *Ou autre qui aura recueilli le premier les biens.*

Au reste, l'héritier *ab intestat*, ni même l'institué, ni même le légataire, ne peuvent former ce premier degré dans la disposition, outre lequel il ne puisse plus y avoir que deux degrés de substitution, que lorsqu'ils recueilleront les biens pour en jouir, soit jusqu'à leur décès, soit jusqu'à l'événement de quelqu'autre condition; que, s'ils sont obligés de les restituer incontinent, ils ne forment pas un premier degré; car ce n'est pas recueillir avec effet les biens substitués, que de les recueillir pour les rendre aussitôt, suivant cette maxime : *Non videtur capere qui tenetur statim restituere.* Le terme *capere* doit donc être pris dans toute l'étendue de sa signification, ou plutôt c'est comme s'il y avoit *utilitatem percipere*; autrement cette disposition seroit sans fondement : ce qu'il seroit on ne peut plus ridicule de supposer. La raison et l'utilité sont la base des lois; et toute interprétation qui nécessiteroit à supposer le contraire, seroit extravagante.

Si donc, *par exemple*, quelqu'un a fait Pierre son légataire universel, à la charge de restituer incontinent une certaine terre à Jacques, que le testateur a ordonné être substituée à perpétuité à sa famille, tant que la substitution peut s'étendre, on ne comptera, par rapport à cette terre, ni

l'héritier *ab intestat*, qui est saisi de tous les biens du testateur, ni même le légataire universel, des mains duquel le légataire particulier doit recevoir cette terre; mais ce sera le légataire particulier qui sera le premier dans la disposition, et outre lequel il pourra encore y avoir deux degrés de substitution.

Observez encore que, quoiqu'un héritier ou légataire ne soit obligé de rendre les biens substitués, qu'au bout d'un certain temps, ou lors d'une certaine condition, néanmoins, s'il est obligé de les rendre avec tous les fruits qu'il aura perçus, il ne forme qu'un seul et même degré avec celui à qui il doit les restituer; car il n'y a proprement de disposition qu'au profit de celui à qui cette restitution de la chose, avec tous les fruits, doit se faire; celui qui les lui doit restituer n'est qu'un simple curateur de cette disposition, et un simple administrateur.

FIN DU TRAITÉ DES SUBSTITUTIONS.

# TRAITÉ

## DES

# SUCCESSIONS.

---

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

**L**A succession est la transmission des droits actifs et passifs d'un défunt, en la personne de son héritier.

Un héritier, est celui qui succède à tous ces droits, par la mort de celui en la personne duquel ils compétoient.

L'universalité des droits actifs et passifs, considérée indépendamment de la transmission qui s'en fait en la personne de l'héritier, s'appelle aussi succession. S'il n'y a aucun héritier en la personne de qui elle se transmette, cette universalité des droits actifs et passifs du défunt, s'appelle en ce cas succession vacante.

Par le droit romain, il y a deux espèces de successions, *la testamentaire* et *la légitime*. Suivant ce droit, chacun peut se choisir ses successeurs à ses droits actifs et passifs, en les instituant ses héritiers par son testament.

Au premier cas, la transmission qui se fait des droits actifs et passifs du défunt, s'appelle *succession testamentaire*.

La succession légitime ou *ab intestat*, est au contraire la transmission que la loi fait des droits actifs et passifs d'un défunt, en la personne de ceux de ses parents qu'elle appelle à sa succession.

Suivant le droit romain, cette succession n'avoit lieu qu'à défaut d'héritier testamentaire.

Le droit coutumier n'admet que la succession légitime.

Les coutumes de Paris, *art. 299*; d'Orléans, *art. 287*, et plusieurs autres, s'en expliquent en ces termes : *Institution d'héritier n'a lieu.*

Pour procéder avec ordre dans la matière des successions, nous traiterons, dans un premier chapitre, des personnes qui ont le droit de les transmettre, de celles qui sont capables de succéder; dans un second, de l'ordre des successions; dans un troisième, de leur ouverture, de leur acceptation ou répudiation; dans un quatrième, du partage des successions, des rapports qui s'y font, et de l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire; dans un cinquième, des dettes et autres charges des successions; enfin, dans un sixième, nous traiterons des successions irrégulières.

---

## CHAPITRE PREMIER.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession, et de celles qui sont capables de succéder.

### SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui sont capables de transmettre leur succession.

Le droit de succession, tant active que passive, est du droit civil; car c'est la loi civile qui défère la succession des défunts, et qui appelle les personnes qui doivent la recueillir. De là il suit qu'il n'y a que les citoyens qui jouissent de la vie civile, qui aient le droit de transmettre leur succession.

Il y a deux espèces de citoyens qui ont, les uns et les autres, le droit de transmettre leur succession; savoir, les

François naturels, et ceux que le prince a bien voulu naturaliser.

Les François naturels sont ceux qui sont nés en France, ou dans quelques pays sujets à l'obéissance du roi, tels que sont ceux qui sont nés dans les colonies françoises, et dans les pays où les François ont des établissemens. Ceux qui sont nés dans un pays conquis par le roi, soit avant, soit depuis la conquête, sont François, et ils ne cessent point de l'être, quoique, par les traités de paix, ce pays ait été rendu, s'ils n'y sont pas restés depuis qu'il a été rendu, et qu'ils se soient établis dans les états de la domination du roi.

Il en est autrement de ceux qui ne sont nés que depuis le traité par lequel le pays a été rendu, car ils n'ont jamais été sujets du roi.

Ceux qui sont nés en pays étrangers, mais d'un père françois qui n'y étoit point établi, et qui n'avoit point perdu l'esprit de retour en France, sont aussi, par leur origine, François.

Les naturalisés sont les étrangers établis dans le royaume, qui ont obtenu du roi les droits de François naturels.

L'établissement de domicile que fait un étranger en France, quelque long-temps qu'il y ait demeuré, ne le naturalise point, ni même le mariage qu'il y contracte avec une femme françoise; il ne peut être naturalisé que par des lettres-patentes du roi, obtenues en grande chancellerie, et enregistrées en la cour de parlement et en la chambre des comptes, dans le ressort desquelles est son domicile.

Les lettres-patentes par lesquelles le roi accorde à quelqu'un le droit de posséder un office ou bénéfice, n'équipollent point à des lettres de naturalisation.

Par un privilège particulier accordé aux étrangers qui servent le roi dans sa marine, ces personnes établies en France, sont, après un service de vingt ans, naturalisées, et jouissent de tous les droits des naturels françois, sans avoir besoin d'obtenir des lettres de naturalisation.

Pour avoir le droit de transmettre sa succession, il est indifférent d'être né en légitime mariage ou bâtard. Un bâtard a, par lui-même, en sa qualité de citoyen, le droit de transmettre sa succession, et il la transmet effectivement à ses enfants, et, à défaut d'enfants, à la veuve; ou si c'est une bâtarde, à son mari. Si un bâtard ne peut avoir d'au-

très héritiers que ces personnes, ce n'est pas par défaut de capacité en sa personne pour la transmettre, mais c'est qu'un bâtard n'a point d'autres parents pour la recueillir.

Par les principes que nous venons d'établir touchant les qualités qu'il faut avoir pour transmettre sa succession, il est facile de connoître les personnes qui n'ont pas ce droit. Ce sont : 1° les étrangers ou aubains non naturalisés ; 2° les François qui ont perdu les droits de citoyen, par une abdication de leur patrie, et l'établissement en pays étranger ; 3° ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale ; 4° les religieux ; 5° les serfs mortifiables.

§. I. Des étrangers ou aubains non naturalisés.

Nous avons vu ci-dessus qui sont ceux qui sont François naturels ; toutes les autres personnes sont appelées étrangers ou aubains, *quasi alibi nati*.

Régulièrement les étrangers ou aubains non naturalisés, n'ont pas le droit de transmettre leur succession. Le roi a celui de s'emparer, après leur mort, de tous leurs biens, meubles et immeubles qui se trouvent dans le royaume : c'est ce qu'on appelle droit d'aubaine. Cette règle reçoit plusieurs exceptions.

La première, qui est générale et commune à tous les aubains, c'est qu'un aubain, quoique non naturalisé, qui a un enfant né et établi dans le royaume ou autres états de Sa Majesté, peut lui transmettre sa succession. Cette exception est fondée sur la faveur que méritent les enfants. La raison naturelle qui destine aux enfants les biens de leur père, pourvu qu'ils aient la capacité de les recevoir, l'a emporté sur la raison tirée du droit qui rend incapables les étrangers de transmettre leur succession.

Il ne suffit pas que les enfants de l'étranger non naturalisé soient établis dans le royaume, pour qu'il puisse leur transmettre sa succession, il faut qu'ils y soient nés.

Néanmoins, quoiqu'ils ne soient pas nés en France, s'ils sont naturalisés, leurs père et mère non naturalisés pourront leur transmettre leur succession, comme ils peuvent la transmettre aux enfants nés en France ; car la naturalisation de ces enfants leur donne les mêmes droits que s'ils étoient nés en France : c'est l'avis de Bacquet.

Une seconde exception, qui est aussi commune à tous les

étrangers, concerne les rentes que le roi a créées, à la charge qu'elles seroient exemptes du droit d'aubaine. Les étrangers qui en sont propriétaires, peuvent transmettre leur succession à leurs enfants, pour raison desdites rentes seulement.

La troisième concerne les sujets de certaines nations, qui, par des traités faits avec le roi et leur nation, sont exemptés du droit d'aubaine, et peuvent par conséquent transmettre à leurs parents la succession de leurs biens-meubles, lorsqu'ils meurent en France; il faut, à cet égard, suivre ce qui est porté par ces différents traités.

Cette exception du droit d'aubaine doit cesser dans les cas de guerre avec ces nations, car la déclaration de guerre rompt tous les traités.

Pour que ce privilège revive lors de la paix, il faut le stipuler lors du traité de paix.

La quatrième concerne les marchands fréquentant les foires de Lyon, lesquels transmettent à leurs parents leur succession mobilière, s'ils meurent en venant auxdites foires, ou en s'en retournant, ou pendant le séjour qu'ils y font; mais cette exemption du droit d'aubaine ne s'étend pas aux rentes constituées qui leur appartiendroient, ni encore moins aux héritages.

La cinquième concerne les ambassadeurs, envoyés, résidents, ministres étrangers et gens de leur suite, lesquels peuvent transmettre la succession de leurs meubles seulement, lorsqu'ils demeurent en France: c'est l'avis de Bacquet.

La sixième concerne les docteurs-régents et écoliers des universités, lesquels sont aussi exemptés du droit d'aubaine, pour la succession de leurs meubles: néanmoins Bacquet conteste ce privilège.

§. II. Des François qui ont perdu les droits de citoyens, par une abdication de leur patrie, et établissement en pays étranger.

Le François qui a abdicé sa patrie, par un établissement en pays étranger, perd ses droits de citoyen, et est incapable de transmettre à ses enfants ou autres parents, la succession des biens qu'il a en France, et le roi a droit de s'en emparer, comme des biens d'un aubain.

Il est vrai que Bacquet rapporte un arrêt contraire à cette proposition, qui a jugé contre le procureur du roi, en faveur

des parents d'un nommé Lucaïn. La succession de ce Lucaïn, qui, pendant les troubles, s'étoit retiré dans les Pays-Bas, où il étoit mort pourvu d'une cure, fut déférée à ses parents. Mais, depuis, l'édit de 1669 a fait défenses à tous les sujets du roi de s'établir, sans sa permission, dans les pays étrangers, par mariage, acquisitions d'immeubles, transport de leur famille et biens, pour y prendre un établissement stable, et sans retour, à peine de confiscation de corps et de biens, et d'être réputés étrangers.

Ces peines ne s'encourent pas, à la vérité, *ipso facto*; et, quelque marque qu'un homme ait donnée de sa volonté de s'établir pour perpétuelle demeure en pays étranger, s'il revient en France avant qu'on ait intenté contre lui l'accusation de désertion, il conserve tous les droits de regnicole.

Mais, si, après avoir formé quelqu'un des susdits établissements en pays étranger, sans avoir depuis donné aucune marque d'esprit de retour, il vient à y mourir, je pense qu'il ne peut y être regardé comme François, ni par conséquent comme capable de transmettre sa succession, et que le roi peut s'emparer de ses biens qui sont en France.

Il n'est pas douteux que les François qui forment des établissements de commerce dans les états du grand-seigneur, sous la protection des consuls françois qui y résident, quoiqu'ils s'y marient, ou y acquièrent quelques immeubles, ne sont point censés pour cela abdiquer leur patrie, mais plutôt n'y rester que pour leur commerce, et avec l'esprit de retour, lorsqu'ils cesseront de commercer; c'est pourquoi ils ne sont point sujets aux peines de l'édit de 1669; et, s'ils meurent dans lesdits états, ils transmettent à leurs parents la succession de leurs biens. Il en seroit autrement, s'ils avoient embrassé le mahométisme; c'est une preuve non équivoque qu'ils ont perdu l'esprit de retour.

§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale.

Les condamnations à une peine capitale, lorsqu'elles sont prononcées par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou confirmées par arrêts ou par jugemens par défaut, lorsque le condamné est mort après les cinq ans du jour de l'exécution du jugement par effigie ou tableau, sans s'être représenté, emporte mort civile et confiscation des biens du

condamné, et, par conséquent, le rendent incapable de transmettre sa succession.

Ces peines sont celles de la mort naturelle, des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Les condamnations à mort, pour délits militaires, par sentence de conseil de guerre, n'emportent point mort civile, ni confiscation, et par conséquent le condamné transmet sa succession.

Il y a des provinces où la confiscation n'a pas lieu. Le condamné, à peine capitale, transmet la succession des biens qu'il a, situés dans ces provinces.

#### §. IV. Des religieux.

Celui qui fait profession religieuse, est censé jouir encore de la vie civile au moment qu'il l'abdique volontairement par la profession, et par une fiction semblable à celle de la loi *Cornelia*; il est censé mourir en cet instant auquel il jouit encore de la vie civile: il est par conséquent encore capable de transmettre sa succession. C'est pourquoi sa profession donne lieu à sa succession; mais, quand une fois il est religieux et a fait profession, il n'est plus capable de transmettre à ses parents la succession de ce qu'il peut acquérir par la suite: 1° parce qu'il ne jouit plus de l'état civil, ni par conséquent du droit de transmettre ses biens par succession, qui en fait partie; 2° parce que sa qualité de religieux l'empêchant de pouvoir avoir rien en propre, tout ce qu'il acquiert, il est censé l'acquérir à son monastère, de même que, par le droit romain, ceux qui étoient sous la puissance d'autrui, acquéroient à ceux sous la puissance desquels ils étoient, tout ce qu'ils acquéroient: il est donc censé n'avoir que l'usufruit ou l'administration de toutes les choses qu'il acquiert; il ne peut donc les transmettre par succession, le monastère les retient *jure peculii*.

Il faut excepter de cette décision le religieux-évêque; l'éminence de cette dignité lui rend la vie civile, et l'affranchit de la puissance des supérieurs monastiques; c'est pourquoi il transmet à ses parents sa succession.

#### §. V. Des serfs mortuables.

Il y a, dans quelques coutumes, des gens d'une certaine condition, dont les biens appartiennent, après leur

mort, à leur seigneur, et qui ne les peuvent, par conséquent, transmettre par succession, si ce n'est à leurs enfants ou parents avec lesquels ils vivoient en communauté. On appelle ces gens de corps-mortuables. Nous en avons parlé au Traité de la division des personnes. Nous y renvoyons.

## SECTION II.

Des personnes qui peuvent succéder.

Pour pouvoir succéder, il faut : 1° exister lors de l'ouverture de la succession ; 2° il faut jouir de la vie civile ; 3° il faut être parent du défunt, au degré requis par l'ordre que la loi a établi pour les successions.

## ARTICLE PREMIER.

De l'existence nécessaire pour succéder.

Le néant ne peut avoir aucune propriété : c'est pourquoi il est évident qu'il faut, avant toutes choses, exister pour être capable de succéder ; et, comme la capacité de succéder est requise précisément au temps de l'ouverture de la succession, parce que, suivant la règle, *le mort saisit le vif*, c'est dans ce temps que l'héritier est saisi de la succession, et qu'il ne peut être saisi de la succession, s'il n'est alors capable de succéder ; il s'ensuit que personne ne peut prétendre avoir succédé à quelqu'un, s'il n'existoit pas lors de l'ouverture de la succession.

De là il suit que celui qui n'étoit ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession du défunt, ne peut prétendre la succession ; c'est pourquoi si une personne, lors de sa mort, avoit un fils et des cousins ; que ce fils ait renoncé à la succession ; qu'un an après la mort du défunt, il soit né de ce fils un enfant pour lequel on réclame la succession de son aïeul, qui s'est depuis manifestée être avantageuse par l'arrivée d'un vaisseau sur lequel le défunt avoit un gros intérêt, et qu'on croyoit perdu, ce petit-fils ne sera point recevable dans la demande qu'il fait de la succession de son aïeul ; parce que, n'étant ni né ni conçu lors de la mort de son aïeul, il n'étoit point capable de lui succéder : les cousins du défunt, par la renonciation du fils, son censés avoir été saisis de la succession, dès l'instant de la mort du défunt.

On doit suivre la même décision, même vis-à-vis du fisc, à défaut de parents du défunt. Ce petit-fils n'étant ni né ni conçu lors de l'ouverture de la succession, ne peut y avoir aucun droit : les biens ont été, comme vacants, déferés au fisc.

Il faut décider autrement à l'égard des pothumes. L'enfant ou autre parent du défunt qui n'étoit pas encore né, à la vérité, lors de la mort du défunt qui a donné ouverture à sa succession, mais qui étoit au moins conçu, succède au défunt lorsqu'il naît, comme s'il fût déjà né lors de l'ouverture de la succession, suivant cette règle de droit, *qui in utero est, pro jam nato habetur quoties de ejus commodo agitur*. Le temps de sa naissance a, en ce cas, un effet rétroactif au temps de sa conception.

Pour que le posthume puisse être réputé avoir succédé, il faut qu'il soit né vivant ; car celui qui naît mort, n'a jamais été au monde, et par conséquent n'a jamais pu être capable de succéder : *Qui mortui nascuntur, nequè nati, nequè procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt*, l. 129, ff. de verb. signif. Cela est conforme à la loi 3, §. 9, ff. de suis et legit. hered. *utiquè ex lege duodecim tabularum ad legitimam hæreditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus*.

Il faut aussi qu'il soit né à terme. Un avorton, quand même il auroit quelqu'instant de vie, n'est pas censé né, ni avoir été capable de succéder.

Au reste, l'enfant qui naît dans le septième mois, est censé né à terme, suivant la constitution d'Antonin-le-Pieux, et le sentiment d'Hypocrate : l. 9, §. 12, de suis et legit. hered.

Lorsqu'il est incertain si le posthume est venu vivant, et par conséquent s'il a été héritier, c'est à ceux qui ont intérêt qu'il l'ait été, à le justifier, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit*.

Cette question peut avoir lieu entre une veuve qui est accouchée après la mort de son mari, et les parents collatéraux de son mari. C'est à la veuve, qui prétend la succession de son mari, comme ayant succédé à son enfant, qui avoit succédé à son père, à prouver que son enfant a vécu, pour pouvoir succéder à son père; faute par elle de le prouver, les biens mobiliers de son mari appartiendront aux parents collatéraux de son mari.

Des principes que nous avons établis, il résulte la décision de la question suivante : Pierre, lors de sa mort, a laissé pour son héritier Philippe, son cousin germain et plus proche parent. Les enfants de Jacques, qui étoit aussi cousin germain du défunt, et qui s'est absenté avant la mort du défunt, sans qu'on ait eu aucune nouvelle de lui, et qu'on ait su ce qu'il est devenu, prétendent que Jacques, leur père, doit être présumé vivant, et avoir, conjointement avec Philippe, succédé à Pierre; et, en conséquence, s'étant fait envoyer en possession des biens de leur père comme absent, ils demandent à partager avec Philippe les biens de Pierre. Y sont-ils bien fondés? Il faut, suivant les principes établis ci-dessus, décider qu'ils n'y sont pas fondés; car, pour que Jacques, leur père, ait succédé à Pierre, il faut qu'il ait existé, qu'il ait été vivant lors de la mort de Pierre. Dans l'incertitude où l'on est, s'il étoit vivant ou non pour lors, et si, en conséquence, il a succédé, c'est à ses enfants, qui le soutiennent, à le prouver, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit*; faute de pouvoir le prouver, Philippe doit avoir congé de leur demande.

Les enfants de Jacques, pour établir leur demande, allèguent une prétendue maxime qui se trouve à la tête du recueil de Lacombe : qu'un homme est présumé vivre cent ans. La réponse est, que cette maxime est très-fausse, et que les lois sur lesquelles les praticiens, de qui il l'a empruntée, ont coutume de la fonder, sont très-mal appliquées. Les présomptions se tirent de ce qui arrive ordinairement, *præsumptio ex eo quod plerumquæ sit*. Cujac, in *Paratit.*, ad tit. de *probatio. et præsumptio*. D'où il suit que, pour qu'un homme dût être présumé vivre cent ans, il faudroit que le temps de cent ans fût la durée ordinaire des hommes; il faudroit qu'il n'arrivât que très-rarement qu'un homme mourût avant l'âge de cent ans. Or, l'expérience nous convainc du contraire. Il est donc faux qu'un homme doive être présumé vivre cent ans. Les lois que les praticiens allèguent pour établir cette maxime, sont la loi 56, ff. de *usuf.*, la loi 23, cod. de *sacro sanct. eccles.*, et autres, où il est dit que le temps de cent ans est le temps de la vie des hommes qui vivent le plus long-temps, *is finis longævi hominis*. Mais ces lois n'établissent point leur maxime, mais une très-différente; savoir, qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans, ce qui est différent de ce qu'ils disent, qu'un

homme est présumé vivre cent ans. Qu'un homme soit présumé ne pas vivre plus de cent ans, cela est conforme à la nature des présomptions, *presumptio ex eo quod plerumque sit*. C'est pourquoi, quoiqu'il y ait quelques hommes qui vivent au delà de cent ans, le cas en est très-rare; et il arrive au contraire très-communément, que les hommes meurent avant cet âge. Toutes les fois donc qu'un demandeur sera obligé de prouver la mort d'une personne, pour fonder sa demande, comme s'il demande un profit qu'il prétend lui être dû par la mort de cette personne, qui lui a été donnée pour vicaire; s'il demande un legs qui lui a été fait sous condition de la mort d'une personne; en ces cas et autres semblables, le demandeur, en justifiant, par le rapport de l'extrait baptistaire de cette personne, qu'il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance, sera dispensé de prouver sa mort; car elle sera présumée, parce qu'un homme est présumé ne pas vivre plus de cent ans; mais, s'il ne s'est pas écoulé le temps de cent ans depuis sa naissance, la vie ou la mort de cet homme sont choses également incertaines; il n'y a de présomption ni pour l'une ni pour l'autre; et, de même qu'en ce cas, lorsque la mort de cet absent, survenue avant qu'il ait atteint l'âge de cent ans, sert de fondement à une demande, le demandeur est obligé de fonder sa demande en justifiant de sa mort; de même, lorsque la vie de cet absent sert de fondement, comme dans l'espèce ci-dessus proposée, le demandeur doit pareillement justifier de sa vie.

## ARTICLE II.

De la vie civile nécessaire pour succéder.

Les successions étant du droit-civil, comme nous l'avons déjà observé, il s'ensuit que, pour être capable de succéder, il faut avoir l'état civil, il faut jouir de la vie civile: de là il suit que ni les aubains qui ne sont pas naturalisés; ni les François qui ont abdiqué leur patrie, par un établissement en pays étranger; ni ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à peine capitale; ni les religieux, ne peuvent succéder.

## §. I. Des aubains.

Les aubains qui ne sont pas naturalisés, n'ayant pas l'état civil, ne sont capables d'aucune succession en France, ni directe, ni collatérale.

Cette règle souffre une première exception, dans le cas auquel des enfants aubains, non naturalisés, pourvu néanmoins qu'ils soient domiciliés dans le royaume, se trouvent concourir à la succession de leurs père ou mère, ou autres ascendants, avec d'autres enfants qui sont François ou naturalisés; en ce cas, ces enfants non naturalisés, lesquels s'ils eussent été seuls, n'eussent pu être admis à la succession de leurs père ou mère, ou autres ascendants, sont admis à y concourir avec les autres enfants qui en sont capables, la capacité qu'ils ont n'étant pas de leur chef: *Nec enim novum in jure quod quis ex personâ suâ non habet, ex alterius personæ concursu et beneficio id habeat. tit. ff. de bonor. possess. cont. tabul.*

La raison de ceci, est que le droit d'aubaine du roi étant exclus par les enfants François ou naturalisés, le roi est mis hors d'intérêt. Il n'a plus d'intérêt d'opposer aux enfants aubains leur qualité d'aubain, et leur incapacité à cette succession, puisque cette succession ne le peut regarder. Il n'y a donc plus que les enfants François ou naturalisés qui pourroient opposer à ceux qui ne le sont pas, cette qualité d'aubain; mais il a paru qu'il ne seroit pas équitable qu'on les reçût à vouloir exclure leurs frères d'une succession que la nature même leur défère aussi bien qu'à eux. Cette décision a lieu, soit que les enfants François soient de la même branche que les aubains, soit qu'ils soient de différentes branches.

Hors ce cas de la succession directe, les aubains non naturalisés, sont exclus de la succession de leurs parents, non-seulement par le roi, mais par les parents François du défunt.

La règle que les aubains ne succèdent point en France, souffre une seconde exception à l'égard de la succession des personnes, qui, soit en conséquence des traités faits avec la nation, soit à cause de leur qualité d'ambassadeur, résidents, etc., de fréquentants les foires de Lyon, d'écoliers de droit, etc., sont exempts du droit d'aubaine; car les parents de ces personnes, quoique étrangères, quoique domiciliées

hors le royaume, leur succèdent, au moins aux choses pour lesquelles leur succession est exempte du droit d'aubaine.

Au reste, quoique par un traité, les sujets d'une certaine nation soient exempts du droit d'aubaine en France, cela ne leur donne que le droit de succession passive, s'ils décèdent en France; il n'ont pas pour cela le droit de succession active, à moins que le traité ne comprenne expressément les droits de l'une et de l'autre succession.

Une troisième exception regarde les rentes que le roi a créées exemptes du droit d'aubaine, auxquelles les parents étrangers, et non domiciliés dans le royaume, succèdent à l'étranger propriétaire desdites rentes.

§. II. Des personnes établies en pays étranger.

Il est certain que le François qui abdique sa patrie, perd les droits de naturel françois, et par conséquent le droit de succéder en France; mais, tant qu'on ne lui a pas fait son procès pour crime de désertion, et qu'il n'est point intervenu de sentence contre lui, quelque marque qu'il ait donné d'établissement en pays étranger, son retour en France doit faire présumer qu'il n'a point abdiqué sa patrie; et, en conséquence, il doit être admis aux successions de ses parents, même à celles qui seroient échues avant son retour, pourvu qu'il affirme qu'il entend demeurer en France.

Comme cette déclaration peut être suspecte, on a quelquefois, en pareil cas, admis un héritier à la succession, sous la condition qu'il ne pourroit en aliéner les biens.

Lorsqu'un François est mort dans le pays étranger, après avoir donné quelque marque qui fait présumer l'esprit d'un établissement perpétuel en pays étranger, et d'une abdication de sa patrie, il ne peut pas être réputé avoir succédé à ses parents, morts pendant qu'il étoit dans le pays étranger.

Que s'il n'a donné aucune de ces marques d'établissement en pays étranger, quelque long temps qu'il y ait demeuré, et quoiqu'il y soit mort sans revenir, il aura succédé à ses parents, morts en France pendant qu'il étoit en pays étranger.

§. III. De ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale.

Ceux qui ont perdu la vie civile, par une condamnation à une peine capitale, sont incapables de succéder.

Pour que la condamnation à une peine capitale fasse perdre à quelqu'un la vie civile et le droit de succéder, il faut que cette condamnation soit prononcée par un jugement contradictoire en dernier ressort, ou qui ait été confirmé par arrêt; ou, si elle a été portée par un jugement rendu par contumace, il faut qu'il se soit écoulé cinq ans depuis l'exécution de ce jugement, par effigie ou tableau, sans que le condamné se soit représenté.

De là il suit que celui qui est accusé d'un crime capital, est capable de succéder, tant qu'il n'est point encore condamné, et qu'il succède effectivement à ses parents, morts depuis l'accusation intentée contre lui, quand même il seroit par la suite condamné.

A l'égard de celui qui a été condamné par un jugement contradictoire qui n'est pas en dernier ressort, son état civil, ou sa capacité de succéder, est en suspens depuis ce jugement; et, par conséquent, s'il est confirmé, il a été incapable de succéder à ses parents, qui seroient morts depuis ce jugement.

Si, au contraire, le jugement a été infirmé, ou si le condamné est mort pendant l'appel, le jugement étant, en l'un et l'autre cas, privé de tout effet, le condamné sera toujours censé avoir conservé son état civil, et aura, par conséquent, succédé à ses parents, morts depuis ce jugement.

Si l'arrêt qui a infirmé le premier jugement, portoit aussi condamnation d'une peine différente, à la vérité, de celle portée par le premier jugement, mais pareillement capitale, comme si quelqu'un avoit été condamné à mort par le premier jugement, et, par l'arrêt, à la peine des galères à perpétuité, *aut vice versé*; en l'un et l'autre cas, je pense qu'il a conservé l'état civil jusqu'au jour de l'arrêt, et qu'en conséquence il a été capable de succéder à ses parents morts dans le temps intermédiaire du premier jugement et de l'arrêt; car ce n'est pas la condamnation portée par le premier jugement qui a pu lui faire perdre la vie civile, puisqu'elle n'a pas eu lieu, c'est la condamnation portée par l'arrêt; ce n'est donc que l'arrêt qui lui a fait perdre la vie civile; il ne l'a pas perdue plutôt, et par conséquent, il a été jusques à ce temps capable de succéder.

Il en seroit autrement, si le premier jugement n'étoit infirmé que par rapport à la demande ou à l'intérêt civil, et si l'arrêt avoit laissé subsister la condamnation de la peine

capitale portée par le premier jugement ; il sera , en ce cas , réputé avoir perdu l'état civil , par le premier jugement , et par conséquent avoir été , dès ce temps , incapable de succéder.

Observez aussi que ce qui a été dit , que le condamné à une peine capitale , qui meurt pendant l'appel , est réputé n'avoir jamais perdu l'état civil , reçoit exception dans le cas du crime de lèse-majesté au premier chef ; car , comme l'accusation de ce crime , et par conséquent l'appel , peuvent se poursuivre après la mort , il faudra attendre l'événement de l'appel.

L'état civil de celui qui a été condamné à une peine capitale , par un jugement rendu par contumace , est pareillement en suspens. S'il meurt après le terme de cinq ans , qui lui est donné pour se représenter , et qui se compte du jour de l'exécution de ce jugement , faite par tableau , sans qu'il se soit représenté , ou qu'il ait été constitué prisonnier , il est censé avoir perdu son état civil du jour de l'exécution du jugement , et , par conséquent , il n'a pu succéder à ses parents morts depuis.

Que s'il est mort avant le terme de cinq ans expiré , il est censé n'avoir jamais perdu son état civil , et , par conséquent , il a toujours été capable de succéder.

Il en est de même s'il s'est représenté , ou s'il a été constitué prisonnier , quoiqu'après les cinq ans ; car , par sa représentation , le jugement de contumace est mis à néant , comme s'il n'y en avoit jamais eu , et , par conséquent , il est censé avoir toujours conservé son état civil et sa capacité de succéder.

Cette décision a-t-elle lieu , même dans le cas auquel le condamné , qui s'est représenté ou constitué prisonnier , auroit été de nouveau condamné à une peine capitale , par jugement contradictoire ? Il semble que la décision doit avoir lieu , même en ce cas ; car , la contumace ayant été mise à néant , ce n'est point même en ce cas , par le jugement rendu par contumace , que le condamné a perdu la vie civile , mais par le jugement contradictoire intervenu depuis : ce n'est point une simple confirmation de celui qui a été rendu par contumace ; car , ayant été mis à néant , il ne peut être confirmé. Le condamné n'ayant perdu l'état civil que par le jugement contradictoire , il s'ensuit qu'il a été capable de succéder jusqu'à ce temps ; néanmoins Lebrun cite des ar-

rêts qui ont jugé que le condamné, qui ne s'est représenté qu'après les cinq ans, étoit réputé avoir perdu la vie civile, dès le temps de l'exécution de la sentence par contumace, à moins qu'il ne fût absous par le jugement contradictoire : voyez les Arrêts.

§. IV. Des religieux.

Les religieux qui ont fait profession, selon les règles du royaume que nous avons expliquées au titre de la division des personnes, sont incapables de succéder.

Cette incapacité vient de deux causes, dont chacune est suffisante pour les rendre incapables de succéder. La première, est la perte qu'ils font de l'état civil, par la profession religieuse. La seconde, est le vœu de pauvreté, qui les rend incapables d'acquérir des immeubles, et, par conséquent, de recueillir aucune succession, ne fût-ce qu'une succession mobilière, *quia universitas mobilium sapit quid immobile.*

C'est par cette seconde raison que les religieux, quoique restitués à la vie civile, par l'épiscopat, demeurent néanmoins incapables de succéder à leurs parents.

Le religieux, quoique dispensé de ses vœux par le pape, demeure incapable de succéder ; car la puissance du pape, qui est toute spirituelle, ne peut lui rendre la vie civile qu'il a perdue.

Les jésuites, après les premiers vœux, sont vrais religieux ; et, par conséquent, ne jouissant pas de l'état civil, ils sont donc incapables de succéder pendant qu'ils sont dans la société ; mais, comme ils peuvent être congédiés de la société, leur état civil est plutôt en suspens qu'il n'est perdu ; car, s'ils sont congédiés et retournent au siècle, ils sont censés ne l'avoir jamais perdu, par une fiction semblable à celle *juris post liminii*, par laquelle, selon le droit romain, un Romain pris par les ennemis, lorsqu'il étoit de retour, étoit censé n'avoir jamais été en captivité, et n'avoir jamais perdu la vie civile. En conséquence de cette fiction, le jésuite congédié est censé avoir succédé à ses parents, morts pendant qu'il étoit jésuite ; et ceux qui ont recueilli cette succession, doivent la lui rendre, ou en total, s'il étoit le plus proche héritier, ou pour la partie à laquelle il est censé avoir succédé ; mais ils ne sont pas tenus envers lui à aucune restitution des fruits de cette succession. C'est ce

qui est porté par la déclaration du roi, du mois de juillet 1715.

Observez aussi que, suivant cette déclaration, il faut que le jésuite soit congédié avant l'âge de trente-trois ans, pour avoir droit à ces successions ; autrement, non-seulement il n'a point de droit aux successions de ses parents, morts pendant qu'il étoit jésuite, il est même, suivant cette déclaration, incapable des successions qui écheroient depuis ; ce qui a été établi pour le repos des familles, dans lesquelles on a pu prendre des engagements relatifs au juste sujet qu'on avoit de croire qu'ils ne retourneroient pas au siècle : voyez ce qui a été dit au Titre de la division des personnes.

Les chevaliers de Malte, lorsqu'ils ont fait leurs vœux, sont de vrais religieux, et, par conséquent, ils sont incapables de succéder à leurs parents ; mais la jurisprudence a établi qu'ils puissent demander des pensions alimentaires, pour en jouir seulement jusqu'à ce qu'ils soient pourvus d'une commanderie.

Les brefs que le pape accorde quelquefois à ces chevaliers, pour pouvoir succéder, n'ont aucun effet en France ; car le pape n'y a aucun pouvoir pour toutes les choses qui sont de l'ordre politique et séculier, tel qu'est le droit de succéder. Les François connoissent trop l'importance des fonctions du souverain pontife, et les bornes que le doigt de Dieu a mises à sa puissance, pour le voir indifféremment s'immiscer dans l'administration des affaires temporelles. Ils sont inviolablement attachés à ce principe : *Jus dicens extra territorium, jus non dicit*. C'est pourquoi ses décisions, en matières civiles, ne sont d'aucun poids chez nous.

#### ARTICLE III.

##### De la parenté.

Il faut être parent du défunt, pour être capable de lui succéder ; sauf qu'à défaut de parents, la veuve du défunt ou le veuf de la défunte, soient admis à lui succéder.

##### §. I. Ce que c'est que parenté.

On appelle parents, des personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent d'une même souche commune. Les premiers, c'est-à-dire, les personnes dont l'une descend

de l'autre, sont parents en ligne directe; les autres, c'est-à-dire, ceux qui descendent d'une souche commune, sont parents en ligne collatérale. Par exemple, un père et un fils sont parents; un aïeul et un petit-fils sont parents; car l'une de ces personnes descend de l'autre: le fils descend de son père, le petit-fils descend de son aïeul. Deux frères sont parents, un oncle et un neveu sont parents; deux cousins sont parents: car toutes ces personnes descendent d'une souche commune. Les frères descendent d'un même père ou d'une même mère; l'oncle et le neveu descendent d'une même personne, qui est le père ou la mère de l'oncle, ou l'aïeul du neveu; les cousins descendent aussi d'une même personne, d'un même aïeul, ou d'un même bisaïeul, ou d'un autre ascendant plus éloigné.

La parenté est donc une liaison entre deux personnes dont l'une descend de l'autre, ou qui descendent l'une et l'autre d'une même souche commune.

#### §. II. Des lignes et degrés de parenté.

La parenté que chaque personne peut avoir avec ses différents parents, se divise en trois lignes: la directe descendante, la directe ascendante, et la collatérale.

La parenté de ligne directe descendante, est celle que j'ai avec ceux qui descendent de moi; celle de la ligne directe ascendante, est celle que j'ai avec ceux de qui je descends; celle de la ligne collatérale, est celle que j'ai avec ceux qui descendent d'une même souche que moi.

La parenté se forme par une ou plusieurs générations; et c'est le nombre de ces générations qui fait le nombre du degré de parenté.

La parenté qui est entre un père et une mère, et leur fils ou fille, est une parenté qui se forme par une seule génération, et, par conséquent, est une parenté au premier degré.

La parenté entre un aïeul et son petit-fils, est une parenté au second degré; car c'est par deux générations que le petit-fils descend de son aïeul; par la même raison, la parenté du bisaïeul avec son arrière petit-fils, est au troisième degré: ainsi des autres.

Pour compter les degrés de parenté en ligne collatérale, il faut compter le nombre des générations qu'il y a eu depuis l'un de ces parents, jusqu'à la souche commune d'où ils

descendent, et depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre parent.

Suivant cette manière de parler, il n'y a point de premier degré de parenté en ligne collatérale.

Les frères sont au second degré; car il faut deux générations, pour former la parenté qui est entre eux.

L'oncle et la tante sont au troisième degré, avec le neveu ou la nièce; car il faut trois générations, pour former cette parenté; savoir: deux pour monter de la personne du neveu, jusqu'à la souche commune, qui est son aïeul; et une pour descendre depuis cette souche commune, jusqu'à l'oncle, qui est fils de la personne qui fait la souche commune. Les cousins germains sont au quatrième degré; car il faut quatre générations, deux pour monter de l'un des cousins germains à leur aïeul, qui est la souche commune, et deux pour descendre depuis cette souche commune, jusqu'à l'autre cousin germain.

Suivant la même règle, deux cousins, dont l'un a le germain sur l'autre, c'est-à-dire, dont l'un étoit cousin germain du père ou de la mère de l'autre, sont entre eux au cinquième degré de parenté; deux cousins issus de germain sont au sixième: ainsi des autres.

C'est cette manière de compter les degrés en collatérale, tirée du droit civil, que nous suivons dans l'ordre des successions; mais il est à propos d'observer qu'il y a une autre manière de les compter, tirée du droit canonique, qui est suivie dans les autres matières pour les degrés de parenté qui forment un empêchement au mariage, ou qui forment une cause de récusation de juge ou de témoins.

Au lieu que, par la computation du droit civil, on compte les générations de l'une et l'autre personne de la parenté desquelles il s'agit; au contraire, selon la computation du droit canonique, on ne compte les générations que de l'une de ces personnes, suivant cette règle, *in lineâ collateralî equali quoto quæque persona gradu distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se*: par exemple, suivant cette règle, les frères sont au premier degré de parenté, les cousins germains au second, les issus des germains au troisième, et *sic de cæteris gradibus*.

Si l'un des deux parents est plus éloigné que l'autre, de la souche commune, on compte les générations de la personne la plus éloignée de la souche, selon cette autre règle: *In lineâ*

*collaterali inæquali quoto gradu persona remotior distat à communi stipite, eodem gradu distant inter se.* Par exemple, l'oncle et le neveu sont entre eux au second degré, parce que le neveu, qui est la personne la plus éloignée de la souche commune, en est éloigné de deux générations.

Il paroît que cette computation du droit canonique est peu exacte; aussi, comme nous venons de le dire, nous ne la suivons pas pour les successions, mais celle du droit civil, qui a été ci-dessus expliquée.

§. III. Quelle parenté donne droit de succéder.

Toute parenté ne donne pas droit de succéder; il faut que deux choses concourent touchant la parenté : 1° qu'elle soit légitime; 2° qu'elle soit au degré auquel, selon l'ordre prescrit par la loi, la succession est déférée.

Nous remettons à parler de cet ordre, au chapitre suivant.

Le principe que nous avançons, qu'il n'y a que la parenté légitime qui donne droit de succéder, se trouve écrit dans notre coutume, art. 310.

Le droit romain faisoit une distinction entre le père et la mère; il n'y avoit que la parenté légitime qui donnât le droit de succéder entre le père et les enfants, parce qu'ils ne reconnoissent pour leur père, que celui qui l'est par un mariage, *pater is est quem nuptiæ demonstrant*. Mais la parenté purement naturelle suffisoit pour établir le droit de succession entre la mère et ses enfants bâtards, entre les enfants et leurs parents naturels, parce que *mater semper est certa*, cette distinction n'a pas lieu dans notre droit françois, il ne reconnoît aucune autre parenté qui puisse donner droit de succéder; c'est pourquoi notre coutume dit indistinctement, *enfants bâtards ne succèdent*.

Ils ne succèdent pas plus à leur mère et à leurs parents naturels, qu'à leur père.

Pareillement, leur père et leur mère ne leur succèdent point, parce que la parenté qui est entre eux, étant formée par une conjonction illégitime, n'est point une parenté légitime qui puisse donner droit de succéder.

Mais un bâtard peut succéder à ses enfants qu'il a eus d'un légitime mariage, parce que la parenté qui est entre lui et ses enfants, est une parenté légitime, puisqu'elle procède d'un légitime mariage.

Lorsqu'une parenté est formée par plusieurs générations,

il faut, pour qu'elle soit légitime, et qu'elle donne le droit de succéder, que toutes ces générations proviennent d'une conjonction légitime; s'il y en a une seule qui provienne d'une conjonction illégitime, la parenté n'est pas légitime, et ne peut donner ce droit de succéder.

Suivant ce principe, si j'ai eu un bâtard qui ait eu un fils né de légitime mariage, la parenté qui est entre mon petit-fils et moi, n'est pas une parenté légitime qui puisse nous donner droit de succéder l'un à l'autre, parce que des deux générations dont elle est formée, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

Par la même raison, si, outre ce bâtard, j'ai eu un autre fils né de légitime mariage, qui est l'oncle du fils du bâtard, cet oncle ne sera pas habile à succéder à son neveu, ni le neveu à son oncle, parce que des trois générations qui forment la parenté entre cet oncle et ce neveu, il y en a une qui provient d'une conjonction illégitime.

#### §. IV. Quelles conjonctions sont légitimes?

Il n'y a de légitime conjonction, que le mariage valablement et légitimement contracté.

Un mariage dans lequel se rencontre un empêchement dirimant, ne peut donc pas former une parenté légitime; *putà*, s'il pèche dans la forme, n'ayant pas été contracté en face d'église, si l'une des parties étoit engagée dans les ordres sacrés, ou dans la profession religieuse, etc. Ce n'est pas ici le lieu de rapporter les différents empêchements dirimants qui peuvent annuler les mariages; nous les avons détaillés dans un Traité particulier du mariage.

Quoiqu'un mariage nul ne soit pas une conjonction légitime, néanmoins quelquefois il équipolle à une conjonction légitime, à cause de la bonne foi des parties; car, tant qu'elles ont une juste cause d'ignorance de l'empêchement dirimant, le mariage, quoiqu'il soit illégitime, équipolle à une conjonction légitime, et forme une parenté légitime: par exemple, si on a cru un homme péri dans un naufrage, et que sa femme, sur un certificat en bonne forme de la mort de son mari, en ait épousé un autre, et que son premier mari, qu'on croyoit péri, étant échappé du naufrage, vienne à reparoitre, il est certain que le second mariage de la femme est nul; néanmoins, à cause de la bonne foi des parties, il équipollera à une conjonction légitime, et ses en-

enfants, qui en sont nés, pourvu qu'ils aient été connus pendant que la bonne foi duroit, c'est-à-dire, avant le retour du premier mari, qu'on croyoit mort, seront réputés légitimes.

Il ne faut même que la bonne foi de l'une des parties, pour donner à un mariage nul les effets d'une conjonction légitime : par exemple, si une femme épouse un homme qu'elle ignore être engagé dans les ordres sacrés ou dans la profession religieuse, ce mariage, quoique nul en soi, aura, à cause de la bonne foi de la femme, les effets d'une conjonction légitime, et formera une parenté légitime : les enfants succéderont à leurs parents ; mais je ne pense pas que le père, qui étoit en mauvaise foi, dût leur succéder, car il en est indigne.

Ce que nous venons d'établir est fondé sur le chapitre, *cum inhibitis*, §. *si quis*, tiré du concile de Latran, sous Innocent III, au Titre des décrétales, *de clandestinâ despons. Proles illegitima censeatur si ambo parentes impedimentum scientes..... contrahere præsumpserunt*. Au contraire, ils sont légitimes, s'ils l'ont ignoré. Cela est encore établi par les décrétales, *capit. ex tenore X. Qui filii sunt legitimi*. Lebrun rapporte des arrêts qui ont adopté ces dispositions canoniques.

Il y a des mariages qui, quoique valables, sont privés des effets civils par nos lois : ces mariages sont valablement contractés ; mais ils ne sont pas légitimement contractés ; ils ne sont pas une conjonction légitime, et par conséquent ne forment point de parenté légitime qui puisse donner le droit de succéder. Tels sont les mariages qui, ayant été contractés dans la forme prescrite par les lois, ont néanmoins été tenus cachés jusqu'à la mort de l'un des conjoints. L'ordonnance de 1639, *art. 3*, prive ces mariages des effets civils : *Déclarons que les enfants qui naîtront de ces mariages que les parties ont tenus ou tiendront cachés durant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage, que la dignité d'un mariage, soient incapables de toute succession, aussi bien que leur postérité.*

On prouve qu'un mariage a été tenu secret, lorsqu'il paroît, par des actes, que la femme n'a pas pris le nom de son mari ; comme aussi, lorsque les parties ont eu des habitations séparées ; lorsqu'une servante que son maître a épousée, est demeurée dans son état de servante.

L'ordonnance de 1639, art. 6, prive des effets civils une autre espèce de mariage : *Nous voulons que la même peine (de l'incapacité de succéder) ait lieu contre les enfants nés de femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie.*

L'édit de 1697 a étendu cet article aux mariages des femmes qui, à l'extrémité de la vie, épouseroient des hommes avec qui elles auroient vécu dans le libertinage.

Il faut le concours de deux choses, pour qu'un mariage soit privé des effets civils, suivant la disposition de ces lois : 1° qu'il ait été contracté à l'extrémité de la vie ; 2° qu'il ait été précédé d'un concubinage ou mauvais commerce entre les parties.

Il ne suffiroit pas qu'il y eût des soupçons de ce mauvais commerce ; il faut des preuves positives : c'est ce qui est établi par un arrêt du 8 juillet 1675, rapporté au premier volume du Journal du Palais, qui a jugé qu'un mariage fait *in extremis* dans la chambre du malade, avec la dispense de publication de bans, devoit avoir les effets civils, faute de preuve positive de mauvais commerce qui eût précédé entre les parties, quoiqu'il y eût eu des présomptions.

Un mariage seroit-il censé fait à l'extrémité de la vie, si un des contractants, qui étoit en santé lors de la célébration, mourroit subitement le lendemain ou le jour même ? Non : l'ordonnance entend par mariage fait à l'extrémité de la vie, celui qui a été contracté par celui qui savoit toucher à sa fin, et qui étoit malade de la dernière maladie dont il est mort. L'ordonnance a voulu punir ceux qui attendoient à l'extrémité de la vie, à réparer le scandale d'un mauvais commerce, par un mariage légitime. Celui qui étoit en pleine santé, quoiqu'à la veille de sa mort, qu'il n'avoit pas sujet de croire si prochaine, n'a pas eu la volonté d'attendre à la fin de sa vie, à réparer le scandale, puisqu'il l'a réparé dans un temps où il n'avoit aucun sujet de croire qu'il fût à l'extrémité de sa vie, et par conséquent le mariage qu'il a contracté ne doit point être sujet aux peines de l'ordonnance.

Il paroît y avoir un peu de difficulté lorsqu'une femme, la veille de ses couches, épouse un homme avec qui elle a vécu depuis long-temps en libertinage, et meurt ensuite en couches ; néanmoins il a été jugé, par arrêt du 5 septembre 1655, rapporté au Journal du Palais, que ce mariage n'é-

toit point censé fait à l'extrémité de la vie, et avoit les effets civils. Car, quoique l'état de grossesse soit un état qui mette la femme en danger de sa vie, néanmoins c'est un état naturel : la grossesse n'est point une maladie ; la femme est dans le cas de craindre, mais non de désespérer de sa vie.

Lorsque le mariage a été contracté pendant la dernière maladie de l'un des conjoints, qui, dès le temps de la célébration, avoit un trait prochain à la mort, le mariage est sujet à la peine de l'ordonnance. Au reste, la jurisprudence n'a point fixé l'intervalle du temps qu'il falloit qu'il y eût en ce cas entre la célébration et la mort.

Il a été jugé, par un arrêt du 28 février 1672, rapporté au premier volume du Journal du Palais, qu'un mariage contracté par un homme blessé à mort, avec sa concubine, étoit sujet aux peines de l'ordonnance, quoiqu'il eût survécu cinquante-quatre jours.

Le troisième cas, auquel un mariage, quoique valablement contracté, n'a pas les effets civils, et ne peut former une parenté légitime, c'est lorsqu'un des contractants est mort civilement. La raison en est évidente : les personnes mortes civilement ne participent point à l'état civil ; elles sont donc incapables d'une conjonction civile ; le mariage qu'elles contractent ne peut donc être qu'un mariage naturel, et non pas un mariage qui ait les effets civils. Cela est établi par l'ordonnance de 1639, *art. 6*, qui prononce la peine de l'incapacité de succéder, contre les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par sentence rendue par défaut, si, avant leur décès, ils n'ont été remis dans leur premier état. Ces termes de l'ordonnance, *condamnés à mort*, ne s'entendent pas seulement de la condamnation à mort naturelle, mais de la condamnation à une peine qui emporte mort civile, telle qu'est celle des galères à perpétuité, du bannissement perpétuel hors le royaume. Ceux qui sont condamnés à ces peines, perdant, par la condamnation, l'état civil, sont incapables d'un mariage qui ait les effets civils. Lebrun rapporte un arrêt qui l'a jugé à l'égard d'un nommé Tillon, qui avoit contracté mariage après avoir été banni hors du royaume.

Si le condamné qui, depuis la condamnation par contumace, a contracté mariage, est mort dans les cinq ans qui sont accordés pour se représenter, son mariage aura-t-il les effets civils ? Oui, car il meurt *integrè statûs*. Son état, qui

étoit en suspens par la sentence, est confirmé par sa mort, arrivée dans les cinq ans, comme nous l'avons vu en la section première; il est censé n'avoir jamais perdu l'état civil, et, par conséquent, son mariage doit avoir les effets civils: les termes de l'ordonnance, même par sentence rendue par défaut, doivent être restreints au cas auquel il mourroit après les cinq ans. Cela paroît même par les termes qui suivent, si, avant leur décès, ils n'ont été remis au premier état, puisque les condamnés par défaut, lorsqu'ils meurent pendant les cinq ans, sont non-seulement remis en leur état civil, mais sont censés ne l'avoir jamais perdu.

Ces termes, s'ils n'ont été remis au premier état, etc., font connoître que si le condamné obtient, depuis son mariage, des lettres d'abolition qui lui rendent l'état civil, cette réhabilitation de sa personne réhabilite le mariage qu'il a contracté, lui rend les effets civils, et donne aux enfants qui en sont nés; quoique, avant les lettres d'abolition, les droits de parenté légitime, et la capacité de succéder.

Si la personne que le condamné à mort a épousée, ignore l'état de ce condamné, sa bonne foi purgeroit-elle le vice de ce mariage, et donneroit-elle aux enfants les droits de parenté légitime? Lebrun décide pour l'affirmative; et son avis me paroît juste; car, si la bonne foi purge le vice d'un mariage absolument nul, et donne aux enfants qui en sont nés les droits de parenté légitime, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus, cette bonne foi doit, par la même raison, produire le même effet à l'égard d'un mariage qui n'est nul que quant aux effets civils. Il est vrai que, par une raison particulière, ces enfants ne peuvent succéder à celui qui a été condamné; et cette raison est, qu'il est incapable de transmettre sa succession; mais il pourroit succéder, et à l'autre conjoint, et à tous leurs parents, même à ceux du côté du condamné, ainsi que cela a été jugé à l'égard des enfants du sieur de la Rocheboisseau, nés du mariage par lui contracté depuis sa condamnation. Lebrun rapporte ce fait, d'après Henrys.

L'ordonnance ne parle que du mariage que le condamné a contracté depuis sa condamnation; la condamnation ne dissout pas celui qu'il a contracté auparavant; et je pense que les enfants qui en naissent, quoique depuis la condamnation, ont les droits de parenté civile, non pour succéder

au condamné, qui est incapable de transmettre sa succession, mais pour succéder à ses autres parents.

Il est évident que les conjonctions entre personnes qui n'ont contracté aucun mariage ensemble, telles que sont le concubinage, la fornication, ne sont pas des conjonctions légitimes ; mais le vice de ces conjonctions peut être purgé par un mariage légitime que les personnes contractent par la suite ensemble : c'est ce qui s'appelle légitimation par mariage subséquent.

§. V. De la légitimation par mariage subséquent.

Cette espèce de légitimation tire son origine d'une constitution de Constantin, abrogée par Zénon, l. 5, *cod. de natur. lib.*, renouvelée par Justinien, *legib. 10 et 11, codice D. 1<sup>o</sup> . . . . .*, et beaucoup augmentée par la *Novelle 18, cap. ult.*, et par la *Novelle 78, cap. 4*, du même empereur. Sur cette légitimation, il y a quatre questions principales : 1<sup>o</sup> quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent ? 2<sup>o</sup> Quel mariage peut purger ce vice ? 3<sup>o</sup> S'il faut pour cela un instrument et des conventions de mariage ? 4<sup>o</sup> Quel est l'effet de cette légitimation ?

QUESTION PREMIÈRE.

Quelles sont les conjonctions illégitimes dont le vice peut être purgé par le mariage subséquent ?

La légitimation a été inventée pour légitimer les enfants nés *ex concubinato*. Ce *concubinatus* étoit un vrai mariage naturel auquel il ne manquoit que les effets civils, et qui étoit permis par les lois, *per leges nomen assumpsit* : l. 3, §. 1, *ff. de concubin.*

Quoique, par nos mœurs, le concubinage soit très-différent, qu'il ne soit point un vrai mariage, mais une conjonction illicite, néanmoins le vice de cette conjonction peut être purgé par le mariage subséquent, et les enfants qui en sont nés, rendus légitimes.

Il en est de même d'une simple conjonction passagère d'un homme avec une fille ; s'il l'épouse par la suite, le mariage purgera le vice de cette conjonction, et rendra légitime l'enfant qui en est né ; s'il y avoit une parenté collatérale entre le garçon et la fille qui ont habitude ensemble,

le mariage célébré par la suite entre ces personnes, légitimera-t-il les enfants nés de cette habitude? La raison de douter est, que cette conjonction est entachée d'un vice d'inceste, qui la rend plus criminelle; néanmoins il faut décider que les enfants sont légitimés: la dispense obtenue depuis, a un effet rétroactif qui purge ce vice d'inceste.

Le vice d'une conjonction adultérine ne peut être purgé; les enfants qui en sont nés ne peuvent être légitimés par un mariage subséquent. C'est la disposition *du chap. tanta est vis. 7. Qui filii sunt legitimi*, que nous suivons. *Finge*: un homme marié a eu, pendant son mariage, une habitude avec une fille, et, de ce mariage, est né un enfant; le mariage qu'il contractera par la suite avec cette fille, après la mort de sa femme, ne pourra légitimer cet enfant, parce que le vice d'une conjonction adultérine est trop considérable pour pouvoir être purgé.

Si j'ai eu, pendant mon mariage, habitude avec une fille, et que l'enfant conçu de cette habitude ne soit né que depuis la mort de ma femme, cet enfant pourra-t-il être légitimé par le mariage que je contracterai avec cette fille? Non, car, quoique ma femme soit morte avant la naissance de cet enfant, la conjonction dont il est procréé n'en est pas moins une conjonction adultérine: je n'en aurois pas proposé la question, si je n'avois vu que Lebrun est d'avis contraire. Il cite les lois 18 et 19, *ff. de stat. homi.*, qui n'ont aucune application. Ces lois décident qu'un enfant naît libre, si sa mère étoit libre, soit au temps de la conception, soit au temps de sa naissance, parce que la condition de sa mère, dont dépend la sienne, pouvant être considérée en ces différents temps, doit être considérée dans le temps le plus favorable pour l'enfant; mais le vice d'adultère, qui rend l'enfant qui en est provenu adultérin, ne peut être considéré que dans le temps que l'adultère se commet; dans le temps de la conjonction, le temps de la naissance de l'enfant est indifférent à cet égard.

Par cette même raison, quoique l'enfant que j'ai eu d'une habitude avec une fille, soit né pendant mon mariage avec une autre femme, il ne sera pas adultérin, si la conjonction dont il a été procréé a précédé le mariage; car la conjonction n'a pas été adultérine, et par conséquent il pourra être légitimé par le mariage que je contracterai avec sa mère, après la mort de ma femme.

Si la personne dont j'ai eu un enfant étoit mariée, mais avoit une juste cause de croire que son mari n'étoit plus, ayant eu des certificats de sa mort, l'enfant pourroit-il être légitimé par le mariage que je contracterois avec elle, après la mort de son mari ? Je le pense ; car cette conjonction n'est pas adultérine : *Adulterium sine dolo malo non committitur* : l. 43, c. 11, §. 12 ; l. 12, ff. ad leg. jul. de adult.

## QUESTION II.

Quel mariage peut purger le vice d'une conjonction illégitime ?

Le mariage qui peut purger le vice d'une conjonction illégitime, doit être un mariage légitime. Un mariage fait *in extremis*, ou tenu secret jusqu'à la mort, ou fait après une condamnation capitale, ne peut donc pas avoir cet effet ; car ce mariage n'ayant pas lui-même les effets civils, ne peut les communiquer à la conjonction qui le précède.

Si un mariage valable, mais privé seulement des effets civils, ne peut pas avoir l'effet de purger le vice de la conjonction qui le précède, à plus forte raison, un mariage absolument nul ne peut avoir cet effet.

*Quid ?* si c'étoit un mariage nul, à la vérité, mais auquel la bonne foi des contractants donne les effets civils, et légitime les enfants qui en sont procréés, pourra-t-il purger le vice de la conjonction qui le précède ? *Finge* : un jeune homme et une fille ont eu commerce ensemble, et, de ce commerce, est né un enfant ; la fille se marie depuis, on répand dans le public que le mari est mort ; elle a des certificats de sa mort ; dans la bonne foi, elle se remarie à ce jeune homme avec qui elle avoit eu commerce ; le premier mari revient, ce mariage purgera-t-il le vice du commerce que ces personnes ont eu auparavant, et l'enfant né auparavant deviendra-t-il par-là légitimé ? Non : *nec obstat*, que les enfants nés de ce mariage, quoique nul, sont légitimés à cause de la bonne foi des contractants ; cette bonne foi peut bien légitimer les enfants nés de cette conjonction, qui a été faite de bonne foi ; mais l'enfant né d'une conjonction précédente, qui n'a pas été faite de bonne foi, ne peut devenir légitime qu'en vertu d'un vrai et valable mariage, qui seul peut purger le vice de cette conjonction : c'est ce qui a été jugé dans l'affaire de Maillard.

## QUESTION III.

S'il est nécessaire que le mariage soit accompagné d'un contrat devant notaire, pour opérer la légitimation.

La constitution de Constantin et celle de Justinien, requièrent, pour la légitimation des enfants, que le mariage contracté avec leur mère, soit accompagné d'un instrument qui contienne les conventions matrimoniales, *tabulis dotatibus intervenientibus*. Cet instrument étoit requis pour constater le mariage, afin qu'il n'y eût aucun doute que l'homme avoit élevé sa concubine à la dignité de femme légitime, ce qui n'étoit pas toujours facile à distinguer, *cùm uxor et concubina solâ animi affectione differant* : l. 4, ff. de concub. junct. Paul. Sentent. Tit. 20. Cette raison ne peut avoir d'application dans notre droit françois; le mariage n'ayant pas besoin d'être constaté par un contrat de mariage, et l'étant beaucoup mieux par la célébration qui se fait en face d'église, et par l'acte de cette célébration inscrit dans les registres de la paroisse. C'est pourquoi il n'est plus douteux aujourd'hui que le contrat de mariage n'est plus nécessaire pour les légitimations, quoique quelques anciens arrêts, s'attachant trop scrupuleusement à la lettre du droit romain, l'eussent jugé nécessaire.

## QUESTION IV.

Quel est l'effet de cette légitimation, qu'on appelle *per subsequens matrimonium* ?

La légitimation qu'opère le mariage, purge tellement le vice de la conjonction illégitime dont l'enfant a été procréé, qu'elle donne à cet enfant même droit de parenté légitime qu'il auroit, s'il fût né du mariage même; il est réputé en être né par anticipation : ce droit de parenté légitime lui communique la noblesse de son père, lui donne le droit de succéder à son père et à sa mère, et à tous ses parents, tant paternels que maternels, et de leur transmettre sa succession; enfin, généralement tous les droits attachés à la parenté légitime, comme le droit de retrait lignager; de manière qu'il n'est en rien différent des enfants nés durant le mariage : cela est si vrai, que l'enfant procréé de conjonction illégitime, par le mariage, a le droit d'aînesse sur les enfants nés du mariage. L'a-t-il sur les enfants d'un

mariage intermédiaire ? Dumoulin décide que non ; les raisons de cette décision sont sensibles ; l'effet de la légitimation, par le mariage, est de donner à l'enfant né d'une conjonction illicite avant le mariage, les mêmes droits qu'il auroit eus, s'il fût né durant le mariage ; la fiction de la légitimation consiste à feindre qu'il est né du mariage : or, le mariage que son père a contracté avec sa mère, étant le second mariage de son père, il s'ensuit qu'il ne peut être regardé que comme un enfant de son second mariage : or, il répugne que l'enfant du second mariage soit l'aîné des enfants du premier ; d'ailleurs, la loi, en donnant au mariage la vertu de purger les vices de la conjonction qui l'a précédé, et de légitimer l'enfant qui en est né, n'a pas entendu préjudicier aux droits de personne ; la loi n'accorde point ses grâces aux dépens d'autrui ; elle ne préjudicie point aux enfants qui naîtront de ce mariage, parce qu'ils n'existent pas encore ; ils ne sont pas capables de recevoir aucun préjudice ; et que, d'ailleurs, c'est aux enfants nés avant le mariage, qu'ils sont redevables du mariage qui leur a procuré la naissance, *gratias agere fratribus suis posteriores debent, quorum beneficiis ipsi sunt justi filii* : l. 10, *cod. de natur. liber.* Mais, si l'enfant légitimé par le second mariage, avoit le droit d'ainesse sur les enfants du mariage intermédiaire, cette légitimation se feroit au préjudice du droit acquis à l'aîné du premier mariage ; elle le dépouilleroit du droit d'ainesse, du premier rang dans la famille de son père, dont il se trouve en possession : ce qui résiste à tous les principes.

Il n'y a aucun inconvénient que l'aîné du premier mariage soit l'aîné d'un frère plus âgé que lui : car, par rapport aux droits de famille, on ne doit compter ses années que du jour qu'il est entré en la famille, et, par conséquent, seulement du mariage de sa mère. Lebrun est d'un avis contraire à celui de Dumoulin ; mais il se fonde sur des raisons si futiles, qu'elles ne méritent pas de réponse.

L'effet qu'a le mariage, de purger le vice de la conjonction illégitime que l'homme a eue auparavant avec sa femme, ne se borne pas seulement aux enfants qui en ont été procréés, elle s'étend à leur postérité légitime : c'est pourquoi, si j'ai eu d'une fille un bâtard qui ait laissé à sa mort des enfants légitimes, et qu'ensuite j'épouse cette fille, le mariage que je contracte avec elle, en purgeant le vice de

la conjonction dont mon bâtard a été procréé, donnera aux enfants qu'il a laissés, le droit de parenté légitime avec moi, qu'ils n'auroient point eu sans cela.

§. VI. De la légitimation par lettres.

La légitimation, par lettres-patentes du roi, ne donne aux bâtards que le droit de porter le nom de leur père, et de porter les armes de sa maison, avec une brisure de gauche à droite; mais elle ne donne pas le droit de parenté légitime, ni même le droit de succéder, à défaut de parents légitimes: les lettres de légitimation avec la clause de succéder, ne sont plus d'usage.

ARTICLE IV.

Des causes qui peuvent exclure un parent, du droit de succéder.

Nous ne parlons pas, en cet article, de la vie civile, dont il a été parlé en l'article second, mais des causes qui, sans donner atteinte à l'état civil d'un parent, le privent du droit de succéder.

Ces causes sont l'exhérédation, l'indignité, la renonciation au droit de succéder: en certaines coutumes, les filles dotées sont exclues de succéder.

§. I. De l'exhérédation.

L'exhérédation est un acte par lequel une personne exclut de sa succession, pour une juste raison, quelqu'un de ses enfants ou autres parents.

Quoiqu'il n'y ait que la loi, par notre droit coutumier, qui fasse les héritiers, et qu'elle les fasse indépendamment de la volonté du défunt, elle lui laisse néanmoins la faculté d'exclure de sa succession ceux qui s'en sont rendus indignes, et elle ne fait point héritiers ceux qui, par un juste jugement du défunt, ont été exhérédés.

Il y a six principales questions touchant l'exhérédation: 1° qui peut-on exhéredier, et pour quelles causes? 2° Comment se fait l'exhérédation? 3° A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation? 4° Quels en sont les effets? 5° Si elle s'étend aux enfants de l'exhérédé? 6° Quand est-elle censée révoquée?

## QUESTION PREMIÈRE.

Qui peut-on exhéredier, et pour quelles causes?

Quelque droit qu'aient par la nature nos enfants à notre succession, néanmoins nous pouvons les exclure par l'exhérédation.

L'ancien droit romain donnoit, à cet égard, aux pères, une puissance absolue; ils pouvoient exhéredier leurs enfants, sans rendre aucune raison de leur volonté, qui seule suffisoit pour l'exhérédation.

Ce droit avoit été tempéré par la loi *Glicia*, dont nous ne savons pas l'époque, qui avoit accordé aux enfants exhéredés sans sujet, la querelle d'inofficiosité contre le testament de leur père; le préteur présuinoit que le testateur qui exhéredoit ses enfants sans sujet, n'avoit pas l'usage de la raison nécessaire pour tester, et, sur ce prétexte, cassoit son testament, *quasi furor sit proprio sanguini succensere*.

Notre droit n'a point laissé aux parents cette liberté d'exhéredier leurs enfants; il la leur accorde seulement pour quatorze causes très-graves, qui sont exprimées par la *Novelle 115*, cap. 3°; savoir: 1° Si un enfant a porté la main sur ses père et mère. *Si parentibus suis impias manus intulerit*. 2° A plus forte raison, s'il a attenté à leur vie, par le poison ou autrement: *Si vitæ parentum per venenum aut alio modo insidiatus fuerit*. 3° S'il a été leur dénonciateur de quelque crime: *Si in criminalibus causis accusaverit*.

La *Novelle* en excepte le crime de lèse-majesté; car il est permis aux enfants d'être, en ce cas, dénonciateurs de leur père, leur patrie devant leur être plus chère que lui: *Major esse debet pietas erga patriam quàm erga parentes*.

4° Si, par ses délations, il les a fait condamner à de grosses amendes: *Si per suam delationem gravia dispendia eos fecerit sustinere*. 5° S'il a commis envers eux quelque injure atroce: *Si gravem et inhonestam eis injuriam fecerit*. 6° S'il a eu l'habitude charnelle avec sa belle-mère: *Si novercæ suæ aut concubinæ patris filius se immiscuerit*. Notre droit françois ne reconnoît pas de concubines.

7° S'il a empêché ses père et mère de tester. 8° S'il n'a voulu être leur caution pour les faire sortir de prison, étant en état de le faire. Justinien veut que ce refus ne soit cause d'exhérédation, qu'à l'égard des garçons. Les filles, dans

notre droit, étant également capables d'être caution, il semble qu'il n'y a aucune différence à faire.

9° Si un père ou une mère ayant été fait captif par les Algériens ou autres, l'enfant ayant le moyen, a refusé de payer sa rançon : *Si liberi non festinaverint eum redimere.* 10° Si un père ou une mère étant tombé en démence, ses enfants n'ont pas eu soin de lui pendant qu'il étoit en cet état, il peut, pour cette raison, s'il revient en son bon sens, l'exhérer : *Si furiosus fuerit et ejus liberi curam competentem ei non præbuerint.* 11° Si un enfant s'est associé à des malfaiteurs, comme s'il a été arrêté avec des voleurs ou des vagabonds : *Si cum maleficis hominibus sese sociaverit ut maleficia faceret.* 12° S'il est gladiateur ou bateleur, à moins que le père ne fût de la même profession : *Si præter voluntatem patris inter asenarios vel mimos sese sociaverit et in hac professione permanserit, nisi pater ejusdem professionis fuerit.* 13° Si une fille que ses parents ont voulu marier et doter, a préféré de mener une vie débauchée : *Si volenti suæ filia vel nepti maritum dare et dotem, illa non consenserit, sed luxuriosam vitam degere elegerit.* Que si les parents ont différé de la marier jusqu'à vingt-cinq ans, Justinien veut qu'elle ne puisse être exhéredée pour forfait à son honneur, parce que c'est la faute de ses parents, de ne l'avoir pas mariée.

Selon nos mœurs, je ne crois pas qu'une fille pût être exhéredée pour s'être laissée séduire une ou deux fois, mais seulement dans le cas auquel elle se seroit prostituée publiquement, et auroit fait le métier de courtisane, et qu'on ne doit pas distinguer si les parents ont voulu la marier ou non.

1° C'étoit une cause d'exhéredation, si l'enfant d'un catholique se faisoit hérétique. Comme il n'y a plus en France qu'une seule religion, cette dernière exhéredation ne peut parmi nous avoir d'application.

Nos ordonnances ont ajouté une autre cause d'exhéredation contre les enfants qui se marient sans le consentement de leurs père et mère. Une fille qui, avant l'âge de vingt-cinq ans, un garçon qui, avant l'âge de trente ans, se marient sans le consentement de leurs père et mère, sont sujets à la peine de l'exhéredation. Après cet âge, ils peuvent se marier, malgré leurs père et mère, pourvu qu'ils aient requis leur consentement, par des sommations respectueuses faites en présence de notaire, qui leur en donne acte; faute de

quoi, ils seroient pareillement sujets à la peine de l'exhérédation : voyez l'Ordonnance de Henri II, de 1556; celle de Blois, art. 41; la Déclaration de 1639.

C'est une question sur laquelle se sont partagés les interprètes : Si un père et une mère peuvent exhéredier leurs enfants, pour d'autres causes que celles exprimées par la *Novelle 115, cap. 3*. Lorsque ces causes sont également graves que celles qui y sont exprimées; *putà*, si un fils n'a pas attenté lui-même à la vie de son père ou de sa mère; mais, si, ayant su qu'un autre y attentoit, il ne le leur ait pas découvert, et les ait mis, par ce silence affecté, en danger de leur vie, on doit décider la même chose : c'est le sentiment de plusieurs bons auteurs.

Quoique l'exhérédation s'emploie plus communément contre les enfants, elle peut, à plus forte raison, être employée contre les collatéraux, lorsqu'ils se sont rendus indignes de la succession du défunt, soit en attendant à sa vie, soit en lui faisant quelque injure atroce; cette exhérédation est nécessaire pour leur ôter, en les privant de la qualité d'héritiers, la portion des propres que les coutumes affectent à l'héritier, et qu'on appelle légitime coutumière.

De ce que nous avons dit, que l'exhérédation ne peut être faite que pour de justes causes, il suit que, par notre droit, les posthumes ne peuvent être exhéredés, puisque n'étant pas encore nés, ils n'ont pu rien faire qui méritât l'exhérédation.

#### QUESTION II.

Comment se doit faire l'exhérédation?

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvoit se faire que par le testament, suivant cette maxime : *Hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest.*

Notre droit n'ayant pas prescrit de forme pour l'exhérédation, elle peut se faire, non-seulement par testament, mais par un simple acte par-devant notaire, par lequel un père déclare que pour telle raison il exhéredé un tel; Ricard en rapporte des arrêts, et atteste que tel est l'usage, *part. 3, chap. 8, sect. 4, n. 971*. Il veut pourtant que cet acte soit un acte authentique. *Ibid., n. 942*. Cette exhérédation doit être expresse, c'est-à-dire, qu'elle doit se faire en termes clairs

et formels. Elle doit contenir l'expression de la cause pour laquelle l'exhérédation est faite. *La Nov. 113, cap. 5.*

Celui qui exhérède quelqu'un de ses enfants ou autres parents, peut apporter quelque modification à l'exhérédation, en laissant à l'exhéréde une pension alimentaire, ou quelque effet de la succession.

#### QUESTION III.

A qui est-ce à prouver la justice ou l'injustice de l'exhérédation?

Par la constitution de Constantin, qui est en la loi 28, *cod. de inoff. testam.*, c'étoit à l'enfant exhéréde à prouver l'injustice de l'exhérédation, pour réussir en la querelle d'inofficiosité : *Liberi querelam contra testamentum paternum moventes probationem debent præstare quod obsequium debitum jugiter parentibus adhibuerint.* La Nov. de Justinien 115, ch. 3, PP., et in fine, a changé cette disposition. En même temps qu'elle ordonne que les causes de l'exhérédation seront exprimées par l'acte d'exhérédation, elle charge aussi l'héritier de prouver la vérité, au moins de l'une des causes qui ont été exprimées. Cette disposition de la Nouvelle est adoptée par nos usages, ainsi que l'atteste Ricard, *loco citato.*

#### QUESTION IV.

Quels sont les effets de l'exhérédation?

L'effet de l'exhérédation est de priver l'enfant ou autre parent exhéréde, du droit de succéder au défunt qui l'a exhéréde; mais l'exhérédation ne s'étend pas jusqu'à dépouiller la personne de l'exhéréde, des autres droits de famille.

L'exhéréde étant privé du droit de succéder au défunt qui l'a exhéréde, il ne peut pas, s'il est l'aîné de ses enfants, prétendre le droit d'aînesse dans les biens de sa succession; car ce droit d'aînesse ne peut être prétendu qu'à titre d'héritier, et l'exhérédation le dépouille de ce titre; donc il ne peut prétendre exercer ce droit dans les biens de la succession du défunt.

L'enfant exhéréde par son père, peut-il prétendre donaire dans les biens de son père? La raison de douter est, qu'on est douairier sans être héritier: la raison de décider qu'il ne

le peut prétendre, est que l'exhérédation l'exclut généralement des biens de son père; elle l'exclut d'y succéder à titre de douairier, aussi bien qu'à titre d'héritier: le douaire est une espèce de légitime que la loi municipale ou celle du contrat de mariage accorde aux enfants, dans les biens de leur père; mais un exhéréde ne doit point avoir de légitime. L'exhérédation de la mère ne prive point l'exhéredé, du douaire; car les biens dans lesquels l'enfant prend son douaire, sont les biens du père; la mère n'en a que l'usufruit, comme douairière: la mère, en exhéredant son fils, ne peut l'exclure que de ses biens.

L'exhérédation ne prive pas l'exhéredé, des biens substitués que le défunt, par qui il a été exhéréde, étoit chargé de lui restituer après sa mort; car il ne les tient pas de celui par qui il a été exhéréde, et qui a été chargé de les lui restituer; il les tient de l'auteur de la substitution. La restitution de ces biens est une dette du défunt envers cet exhéréde; l'exhérédation dépouille bien l'exhéredé, du droit de succéder au défunt, mais non pas des créances qu'il a contre le défunt. L'exhérédation n'ôtant à l'exhéredé que le droit de succéder au défunt par qui il a été exhéréde, et non pas les autres droits de famille, il s'ensuit qu'il peut succéder à ses autres parents, même à ceux du côté de celui qui l'a exhéréde.

L'enfant exhéréde peut succéder à ses frères et sœurs, quoiqu'il trouve dans leur succession les biens de ses père et mère, par qui il a été exhéréde; l'exhérédation ne le prive que du droit de succéder directement à ses père et mère qui l'ont exhéréde, et n'empêche point qu'il ne puisse en profiter indirectement, et du chef d'autres personnes dont il devient par la suite héritier.

L'exhérédation ne faisant pas perdre les droits de famille, il paroît s'ensuire, que si un enfant, aîné de la famille, est exhéréde, il ne perd pas pour cela les droits d'être le chef de sa famille, et d'avoir, en cette qualité, le dépôt des titres de famille, et des portraits de ses ancêtres, à moins que l'ignominie de l'état qu'il auroit embrassé ne le fit juger indigne de cet honneur.

Les droits de sépulture sont des droits de famille, que l'exhérédation ne fait point perdre: *l. 6, ff. de relig. : vide l. 5, ff. eodem.*

## QUESTION V.

Si l'effet de l'exhérédation s'étend aux enfants de l'exhéredé?

L'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhéredé; la raison est tirée de ce principe de droit: *Nullum patris delictum innocenti filio pœna est.*

D'où il suit que l'exhérédation, qui est la peine de la faute commise par l'exhéredé, ne doit pas être étendue aux enfants de cet exhéredé, qui, n'étant point coupables de la faute de leur père, n'en doivent pas porter la peine.

Quelques auteurs en exceptent le cas auquel un enfant auroit été exhéredé, pour s'être marié sans requérir le consentement de ses père et mère, et ils prétendent qu'en ce cas, l'exhérédation de cet enfant s'étend aux enfants nés de ce mariage, parce qu'ils sont nés du mariage qui a donné la cause à l'exhérédation. D'autres pensent que, même en ce cas, l'exhérédation ne doit pas s'étendre aux enfants de l'exhéredé, parce que le mariage étant valable, les enfants ayant le droit de parenté légitime avec leur aïeul, et par conséquent le droit de lui succéder, ils ne peuvent pas en être dépouillés, par la faute de leur père.

## QUESTION VI.

Quand l'exhérédation est-elle censée révoquée?

Par le droit romain, l'exhérédation ne pouvoit être révoquée que par un testament qui révoquât celui dans lequel elle étoit contenue; cela résultoit des principes du droit romain, qu'un testament ne peut être révoqué que par un autre testament, et qu'on ne peut disposer de son hérité, la donner ou ôter, que par un testament: *Testamentum rumpitur per aliud testamentum æquè perfectum, hæreditas nec dari, nec adimi potest nisi testamento*; ces principes ne sont pas admis parmi nous; c'est pourquoi l'exhérédation peut être révoquée par la seule et nue volonté de celui qui l'a faite.

Si celui qui l'a faite, déclare ensuite, par son testament, ou par quelque autre acte, qu'il pardonne à son fils; cet acte vaut une révocation d'exhérédation.

Il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un acte par écrit. Il suffit que l'exhéredé puisse prouver que celui qui l'a faite,

a donné des marques de réconciliation, *pulà*, qu'il-la logé chez lui, qu'il a souffert qu'il lui rendit de fréquentes visites. L'injure est tellement présumée pardonnée, qu'on n'ajouteroit pas à la déclaration que feroit par la suite le père, par son testament, qu'en recevant son fils chez lui, il n'a pas entendu révoquer l'exhérédation. Si un fils, depuis l'exhérédation, avoit rendu quelque service signalé à son père, comme s'il lui avoit sauvé la vie aux dépens de la sienne, l'exhérédation doit être présumée révoquée; l'importance du service est une réparation qui doit effacer l'offense qui donne lieu à l'exhérédation.

§. II. De l'indignité.

Un enfant ou autre parent, peut perdre le droit de succéder à son père, sa mère, ou autre parent, par son indignité.

Les mêmes causes pour lesquelles j'aurois pu être exhérédié par quelqu'un de mes parents, si elles fussent venues à sa connoissance, et qu'il eût eu le temps de faire cette exhérédiation, me rendent indigne de sa succession, si elles ne sont pas venues à sa connoissance, ou s'il n'a pas eu un temps suffisant.

Que s'il s'est passé un temps considérable depuis qu'il en a eu la connoissance, sans qu'il m'ait exhérédié, son silence doit passer pour une remise de l'offense que j'ai commise, laquelle étant éteinte par le pardon présumé du défunt, il ne subsiste plus en ma personne aucune cause d'indignité qui puisse m'exclure de sa succession. Lebrun, *liv. 3, chap. 9, n. 14.*

La principale cause qui rend un parent indigne de la succession de son parent, c'est lorsqu'il est coupable de sa mort; car son crime ne doit pas lui procurer l'avantage d'une succession. Cette décision doit avoir lieu, quoique l'homicide ait obtenu des lettres d'abolition qu'il ait fait entériner.

Elle a pareillement lieu, quoiqu'il n'ait été fait aucune poursuite contre lui pendant le temps de vingt années, par lequel les crimes se prescrivent, car les lettres d'abolition, ainsi que la prescription, mettent bien le criminel à couvert de la peine publique, mais ne purgent pas le vice d'indignité, qui, ayant été une fois encouru, subsiste toujours.

L'homicide ne doit rendre indigne de la succession de l'homicidé, celui qui l'a commis, que lorsqu'il a été com-

mis par sa faute; que, s'il a été commis par un cas fortuit, ou par la nécessité d'une juste défense, il n'en doit résulter aucune indignité; car l'indignité est une peine, et il ne doit point y avoir de peine où il n'y a point de faute; c'est pourquoi, si un enfant a tué quelqu'un de ses parents, cela ne doit pas le rendre indigne de sa succession: *Cum nulla sit infantis voluntas, cum infans culpæ capax non sit.*

Lebrun prétend que l'indignité de l'homicide descend à ses enfants, et il en rapporte quelques arrêts, ce qui me paroît souffrir quelque difficulté; les enfants ne devant pas être punis pour la faute du père.

C'étoit une cause d'indignité par le droit romain, si l'héritier n'avoit pas vengé la mort du défunt; mais je ne pense pas qu'elle le soit parmi nous, le soin de la vengeance du défunt étant, selon nos usages, remis au ministère public, plutôt qu'aux héritiers.

C'étoit une cause d'indignité par le droit romain, si l'héritier avoit disposé de la succession future de son parent, avant sa mort: *l. 2, §. fin. ff. de his qui ut indigni: l. 29, §. 2; et l. 30, ff. de donat.* J'aurois de la peine à croire que ç'en fût une parmi nous; il suffit que la convention soit nulle, comme contraire aux bonnes mœurs: il y a plusieurs autres causes d'indignité, dans le droit romain, qui ne sont point reçues par nos usages.

L'indignité n'a pas lieu de plein droit; elle doit être prononcée: c'est pourquoi, par le droit romain, l'indigne acquéroit l'hérédité; mais le fisc l'en dépouilloit, lorsqu'il en avoit été déclaré indigne. Parmi nous, ce n'est point le fisc qui profite de l'indignité de l'héritier, mais ce sont les autres parents en degré de succéder avec lui.

#### §. III. Des renonciations aux successions futures.

Les renonciations aux successions futures sont contraires au principe, qu'on ne peut répudier un droit qui n'est pas encore ouvert, *quod quis, si velit, habere non potest: id repudiare non potest: l. 174, ff. de R. J.*, et, à cet autre principe qui rejette les conventions touchant la succession d'un homme vivant; néanmoins notre jurisprudence a admis ces renonciations dans les contrats de mariage, qui, selon nos usages, sont susceptibles de toutes sortes de conventions.

La raison qui a fait établir ces renonciations, a été pour conserver les biens dans la famille de celui à la succession

de qui on fait renoncer les filles au profit des mâles, et soutenir, par ce moyen, la splendeur du nom.

## QUESTION PREMIÈRE.

Qui sont ceux qui peuvent faire ces renonciations, et en faveur de qui?

Ce sont ordinairement les filles qui renoncent, par leur contrat de mariage, moyennant la dot qui leur est constituée, à la succession de leurs père et mère, qui la leur constituent, au profit de leurs frères, ou au profit de leur frère aîné seulement.

Quelquefois aussi les mâles puînés renoncent au profit de leur frère aîné. La même raison de soutenir le nom, en conservant l'intégrité des biens à un seul, se rencontre dans ces renonciations, comme dans celles des filles.

Elles peuvent être faites par des enfants mineurs, aussi bien que par des majeurs, et ils ne sont point restituables contre ces renonciations.

C'est contre la fin pour laquelle ces renonciations ont été établies, qu'un enfant mâle renonce au profit des filles, ou même une fille au profit d'une autre fille. C'est pourquoi Lebrun pense que ces renonciations ne doivent point être admises, ou que, si elles le sont, elles ne doivent point avoir les privilèges accordés aux renonciations faites au profit des mâles, et qu'en conséquence elles ne peuvent être faites que par des majeurs, et que du consentement de celui à la succession duquel la renonciation est faite, et qu'elle n'exclut point le renonçant, de sa légitime.

La renonciation des enfants à la succession de leurs père et mère en faveur des collatéraux de leur père ou mère, doit encore moins être admise, étant contre la nature de préférer des collatéraux à ses enfants.

## QUESTION II.

Au profit de quelles personnes la renonciation est-elle présumée faite, lorsque cela n'est pas exprimé?

Lorsqu'une fille, par son contrat de mariage, a déclaré qu'elle renonçoit, au moyen de sa dot, à la succession de son père, sans exprimer au profit de qui elle faisoit cette renonciation, elle est censée l'avoir faite au profit de tous ses frères germains, enfants de celui à la succession de qui elle a renoncé.

Sera-t-elle pareillement censée avoir renoncé au profit de ses frères consanguins, que son père a eus d'un précédent ou d'un subséquent mariage ? L'article 307 de la coutume de Bourbonnois, dit qu'elle n'est réputée faite qu'en faveur des frères germains. Hors ces coutumes, comme le motif de ces renonciations, qui est de soutenir la splendeur du nom, se rencontre à l'égard des frères germains comme à l'égard des frères consanguins, il faut dire que la fille est censée avoir renoncé au profit des uns et des autres.

Lebrun excepte le cas auquel la fille renonceroit avant le second mariage de son père ; on peut soutenir, en ce cas, que cette fille ne devant pas prévoir que son père se remarieroit, n'a renoncé qu'en faveur de ses frères du premier mariage, et non pas en faveur de ceux du second, auxquels elle n'a pas pensé.

Lorsque c'est à la succession de sa mère, qu'une fille renonce, en ce cas, elle n'est présumée renoncer qu'en faveur de ses frères germains, et non pas en faveur de ses frères utérins que sa mère auroit d'un précédent ou subséquent mariage ; car, ses frères ne portant pas son nom, étant d'une différente famille, le motif de ces renonciations cesse à leur égard.

Lorsqu'une fille a renoncé au profit d'un tel, son frère aîné, il n'est pas douteux que cette renonciation ne peut profiter à un autre, par son décès ; car la renonciation est restreinte à la personne désignée par son nom.

*Quid ?* si elle a renoncé au profit de son frère aîné, sans le nommer autrement ? Lebrun pense que, même en ce cas, elle n'est censée avoir renoncé qu'au profit de celui qui étoit pour lors l'aîné. J'inclinerois plutôt pour le sentiment de Tiraqueau, qui pense qu'elle doit, en ce cas, être présumée avoir renoncé en faveur de celui qui se trouvera l'aîné, lors de l'ouverture de la succession. Cette interprétation me paroît plus conforme, et aux termes de la renonciation, qui ne désignent aucune telle personne au profit de qui la renonciation se fasse, mais en général l'aîné, et au motif ordinaire de ces renonciations, qui n'est point fondé sur des affections personnelles, mais sur l'affection générale pour la splendeur du nom qu'on veut maintenir, en conservant, par ces renonciations, l'intégrité des biens de la famille, dans la personne de l'aîné.

## QUESTION III.

A quelles successions futures se font ces renonciations ?

Ces renonciations se font à la succession future du père ou de la mère, qui fournit la dot à la fille qui renonce à l'une ou à l'autre succession. Lorsque le père et la mère dotent conjointement, ces renonciations se font, pour l'ordinaire, à l'une et à l'autre succession. On fait quelquefois renoncer les filles aux successions collatérales qui pourroient leur venir de leurs frères et sœurs, neveux et nièces des ascendants desdits père et mère.

Ces renonciations sont en effet, non-seulement pour les biens qui seroient échus auxdits frères et sœurs du père commun, mais généralement pour tous leurs biens, de quelque manière qu'ils les aient acquis ou qu'ils leur soient échus.

La renonciation qu'une fille fait aux successions de ses père et mère, même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, comprend même les successions de ses autres sœurs, qui auroient renoncé comme elle à la succession de ses père et mère.

## QUESTION IV.

Par quel acte, et comment se font ces renonciations ?

Ces renonciations se font ordinairement par le contrat de mariage de l'enfant, par lequel on lui donne ou promet la dot, au moyen de laquelle elle renonce.

Elles ne se font pas même ailleurs que par le contrat, lorsque l'enfant qui renonce est mineur.

A l'égard des enfants majeurs, ils peuvent renoncer ailleurs que par le contrat de mariage ; par exemple, des sœurs majeures peuvent intervenir au contrat de mariage de leur frère aîné, et renoncer en sa faveur, en considération du mariage, aux successions de leurs père et mère, moyennant certaines conditions.

Ces renonciations doivent être expresses, *est majoris momenti quàm ut*, dit d'Argentré, *actibus tacitis colligi ista renunciatio possit*.

C'est pourquoi, si un père, mariant son fils et sa fille par un même contrat de mariage, avoit donné une certaine

somme en dot à sa fille, et fait donation à son fils, du surplus de ses biens présents et à venir, la souscription de la fille, à ce double contrat, et le consentement qu'elle semble avoir donné à cette donation, ne passeront pas pour une renonciation à la succession future de son père, et ne l'excluront point de s'en porter héritière, et de demander, en cette qualité, contre son frère donataire, la portion légitime en sa succession.

De ce que la renonciation doit être expresse, est née la question de savoir, si une renonciation étoit valable, lorsqu'au lieu de dire que la fille a renoncé à la succession future, etc., il est dit qu'elle a promis d'y renoncer ? La raison de douter est, que promettre de faire une chose, n'est pas la faire ; d'où l'on concluoit que la promesse de renoncer, n'étoit pas une renonciation expresse. Néanmoins on a, avec raison, jugé qu'une telle promesse de renoncer, étoit une renonciation valable : voyez l'*Arrêt* de Louet, lettre N.

La renonciation que fait un enfant, par son contrat de mariage, à la succession future de ses père et mère, ne peut être faite que moyennant une dot qui lui soit fournie par ses père et mère.

Les coutumes sont différentes sur cette dot. Il y en a où la moindre dot suffit ; telles sont les coutumes de Touraine et d'Anjou. Il y en a qui veulent qu'elle égale au moins la légitime ; telles sont les coutumes de Bourges, de Montargis ; notre ancienne coutume d'Orléans en contenoit aussi une disposition ; telle est aussi la jurisprudence dans le pays de droit écrit.

Dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas, il n'est pas nécessaire que la dot fournie égale la légitime ; néanmoins, dans ces coutumes, s'il y avoit une disproportion très-grande entre la dot et la légitime que pourroit espérer la fille, eu égard à la fortune qu'avoit le père, lors du contrat de mariage ? Lebrun pense que la fille mineure seroit restituable contre sa renonciation à la succession future.

Cette dot doit être, ou payée comptant, ou payable dans un court délai. Si un père promettoit à sa fille, en la mariant, une dot payable après sa mort, la renonciation faite par la fille, à la succession de son père, en conséquence de cette dot, ne seroit pas valable ; car ces renonciations ne

sont pas des donations, elles se font pour un avantage présent que la fille reçoit pour se dédommager de l'espérance de la succession à laquelle elle renonce; n'y ayant point d'avantage présent, lorsque la dot n'est promise qu'après la mort, la renonciation ne peut subsister.

Que s'il y avoit une partie de la dot payée comptant, ou payable après un bref délai, le terme donné pour le surplus jusqu'à la mort, n'empêcheroit pas la validité de la renonciation; car il y a un avantage présent pour la partie qui est payée comptant.

Lorsque la dot n'est pas fournie par le père et la mère, mais seulement par un des deux, la fille ne peut renoncer qu'à la succession de celui qui a fourni la dot, et non point à celle de l'autre conjoint qui ne l'a point fournie. *Nec obstat*, qu'on a admis la renonciation de la fille, même aux successions de ses frères et sœurs, quoiqu'elle ne reçoive aucune dot d'eux; car la renonciation à ces successions collatérales, n'est qu'une extension de la renonciation aux successions des père et mère communs, qui suit des biens qui composent ces successions collatérales; au lieu que la succession de l'un des conjoints, est absolument indépendante de celle de l'autre conjoint.

Il reste à observer que, lorsque les renonciations se font par le propre contrat de mariage de l'enfant qui renonce, moyennant une dot, il n'est pas nécessaire que ses frères et sœurs, aux successions desquels on le fait renoncer, ainsi qu'à celle de ses père et mère, interviennent au contrat, quoique, hors ces cas, on ne puisse faire aucune renonciation, ni aucune convention touchant la succession d'une personne, sans qu'elle intervienne et y consente.

#### QUESTION V.

Quand s'éteignent ces renonciations aux successions futures?

Les renonciations aux successions futures, s'éteignent par différentes manières: 1° par l'inexécution de la promesse de la dot; c'est pourquoi, si le père ou la mère, à la succession desquels la fille a renoncé en conséquence de la dot qui lui a été promise, sont morts avant que d'avoir achevé de la payer, et après avoir été mis en demeure de le faire, la renonciation à leur succession devient sans effet: *Deficiente causâ propter quam facta est.*

La moindre partie de la dot qui resteroit à payer, et qu'ils seroient en demeure de payer, feroit manquer la condition de la renonciation, et la rendroit sans effet.

Que si le père qui a promis la dot, n'a point été mis en demeure de la payer par une interpellation judiciaire, sa mort, arrivée avant le paiement de la dot, n'éteint point la renonciation de la fille, la condition de la dot, sous laquelle elle a renoncé, n'est point censée avoir manqué, tant qu'il n'a tenu qu'à elle de la recevoir; et il est censé n'avoir tenu qu'à elle d'être payée, tant qu'on ne lui en a fait aucun refus.

A plus forte raison, la renonciation subsiste, si le père qui a promis la dot est mort avant l'expiration du terme dans lequel il étoit convenu de la payer : *Nec enim ibi intelligitur ulla mora fieri, ubi nulla petitio est.*

Lorsque le père et la mère ont promis une dot, soit conjointement, soit séparément, à une fille qui a renoncé, en conséquence, à la succession de l'un et de l'autre, la mort de l'un en demeure de payer, éteint la renonciation à la succession, sans donner atteinte à la renonciation à la succession du survivant, qui payera la dot par la suite.

Si le père et la mère ont doté conjointement, ou chacun séparément, et qu'en conséquence la fille ait renoncé à la succession de l'un et de l'autre, ou même aux successions collatérales de ses frères et sœurs, l'inexécution de la promesse de la dot, par l'un des deux, éteint en entier les renonciations aux successions collatérales, quand même l'autre conjoint auroit, de son côté, payé la dot par lui promise. La raison en est, que le prix de la renonciation à ces successions collatérales, est, tant la dot de l'un que celle de l'autre : il suffit donc qu'il y ait eu inexécution par l'un des deux, pour que la condition sous laquelle la fille a renoncé à ces successions collatérales, n'ait pas été remplie, et pour que cette renonciation soit sans effet.

Il en seroit autrement, si le père et la mère avoient, en la dotant, stipulé chacun séparément sa renonciation à leur succession et aux collatérales; en ce cas, l'inexécution de la promesse de la dot, de la part de l'un des conjoints, ne feroit pas tomber la renonciation de la fille, aux successions collatérales de ses frères et sœurs; parce que chacun des conjoints ayant stipulé d'elle séparément cette renonciation, elle y a renoncé pour le prix de la seule dot de chacun

des conjoints; l'une ou l'autre dot est le prix de cette renonciation, et non pas l'une et l'autre; et, par conséquent, il suffit qu'elle ait reçu l'une des deux, pour que sa renonciation soit valable, quoique la promesse de l'autre n'ait pas eu son exécution.

La seconde manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures, est si la personne à la succession de qui l'enfant a renoncé, meurt dans le temps intermédiaire entre le contrat de mariage et la célébration; car, comme c'est le mariage qui confirme toutes les conventions contenues au contrat, comme il n'y a point encore proprement de dot avant le mariage, *dos sine matrimonio intelligi non potest*, il s'ensuit que, lors de la mort de cette personne qui a donné ouverture à sa succession, la renonciation que l'enfant auroit faite à sa succession, n'ayant point encore reçu sa perfection, n'a pu l'exclure de cette succession, et qu'en conséquence, l'enfant a été saisi de la succession, et que la renonciation qu'il a faite est demeurée sans effet. Cette décision est conforme à celle de Dumoulin, sur l'art. 305 de Bourbonnois, *mors parentis post tractatum, sed ante celebratas nuptias facit deficere exclusionem consuetudinis*.... Voyez un Arrêt rapporté au Journal du Palais.

Elle a lieu aussi quand même la dot auroit été payée d'avance lors du contrat; car les mêmes raisons subsistent. Elle n'étoit pas encore dot, tant que le mariage n'étoit pas accompli; toutes les conventions n'avoient point encore reçu leur perfection: l'enfant ne s'est donc point trouvé exclus lors de l'ouverture de la succession, et, par conséquent, il a succédé.

La troisième manière dont s'éteint la renonciation aux successions futures, est par le décès de ceux au profit de qui la renonciation est faite, pourvu qu'ils précèdent sans laisser d'enfants; car leurs enfants les représentent dans ce droit, qui leur est acquis par la renonciation de leur sœur; ce droit étant une dépendance de celui de succéder. Par exemple, si une fille a renoncé, en faveur de ses frères, au droit de succéder aux biens de son père; si tous ses frères sont morts avant le père commun, sans qu'aucun d'eux ait laissé d'enfants, la renonciation n'aura aucun effet: au contraire, elle sera valable, si un seul a survécu, ou si un seul a laissé quelques enfants.

Pareillement, si la renonciation a été faite au profit d'un

tel, son frère aîné, et que ce frère aîné soit prédécédé sans enfants, la renonciation n'aura aucun effet.

Enfin, la quatrième manière dont s'éteint la renonciation, est le rappel, lorsque celui à la succession future de qui un enfant a renoncé, le rappelle à sa succession.

Ce rappel lève entièrement l'obstacle de la renonciation, et fait admettre l'enfant rappelé à la succession, de la même manière que s'il n'avoit pas renoncé.

Ce rappel est une ordonnance de dernière volonté ; d'où il suit : 1° qu'il est révocable jusqu'à la mort ; 2° qu'il se fait par la seule volonté du père ou de la mère, qui rappelle à sa succession l'enfant qui y avoit renoncé, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de la part de cet enfant, ni même qu'il en ait connoissance.

Est-il besoin que le consentement des frères au profit de qui la renonciation est faite, intervienne ? Non, cela suit encore de ce que nous disons, que le rappel est une ordonnance de dernière volonté ; car il est de la nature des ordonnances de dernière volonté, d'être l'ouvrage de la volonté d'un seul. D'ailleurs, le père qui, par le contrat de mariage de sa fille, la fait renoncer à sa succession, n'ayant pas besoin, pour stipuler cette renonciation, du consentement de ses fils, au profit desquels elle est faite, il n'en doit pas non plus avoir besoin pour révoquer cette renonciation par le rappel ; le droit qui naît au profit des mâles de la renonciation de la fille, ne se confirme que par la mort de la personne à la succession de qui elle a renoncé ; par conséquent, les mâles n'ayant aucun droit avant la mort, on n'a pas besoin de leur consentement. C'est la disposition de la coutume de Poitou, art. 22, qui, par les raisons ci-dessus rapportées, paroît devoir être suivie dans les coutumes qui n'ont point de dispositions contraires.

Cet acte de rappel n'est ni un legs, ni une donation, mais une simple révocation de la renonciation ; de telle manière que le rappelé succède vraiment à titre d'héritier ; *remoto renuntiationis impedimento*.

De là il suit que ce rappel peut se faire, non-seulement par testament, mais par quelque acte par écrit que ce soit.

Lorsqu'un père, en mariant sa fille, l'a fait renoncer, tant à sa succession qu'aux successions collatérales de ses frères et sœurs, le rappel fait par le père lui rend le droit de succéder, non-seulement à son père, mais même à ses frères

et sœurs ; car ce rappel, révoquant la renonciation à la succession du père, *sublato principali tollitur et accessorium*.

*Quid ?* si la fille a renoncé aux successions de père et mère et collatérales, et qu'elle ait été rappelée seulement par le père, et non par la mère, ce rappel lui donnera-t-il le droit de succéder à ses frères et sœurs ? On peut peut-être faire ici la même distinction qui a été faite ci-dessus, lorsque nous avons traité de la première manière dont s'éteignent ces renonciations. Si les père et mère ont stipulé, chacun séparément, la renonciation à leurs successions et aux successions collatérales, la renonciation aux successions collatérales, étant en ce cas une dépendance de celle du père ou de la mère, il suffit que la renonciation à l'une des dites successions subsiste, pour faire subsister celle aux successions collatérales. Que si, au contraire, la renonciation aux successions collatérales a été stipulée par les père et mère, conjointement à la suite de la renonciation à leur succession, cette renonciation aux successions collatérales, ayant en ce cas pour fondement, non celle à chacune des successions du père ou de la mère, mais celle aux successions de l'un et de l'autre, il paroît suffire que la renonciation à la succession de l'un des deux, soit révoquée par le rappel, pour entamer la révocation de celles aux successions collatérales.

§. IV. De l'exclusion de succéder que donnent certaines coutumes aux filles mariées.

Les coutumes sont différentes sur ce point. A Paris et à Orléans, les filles mariées, quelque considérable que soit la dot qu'elles aient reçue, ne sont point pour cela exclues de succéder, elles sont seulement obligées de rapporter la dot à la succession de celui qui la leur a donnée.

Quelques coutumes excluent les filles mariées dotées des successions directes, et non des collatérales ; d'autres les excluent même des collatérales. Il y en a qui les excluent, n'eussent-elles été dotées *que d'un chapel de rose*. La coutume de Normandie exclut les filles mariées, de la succession de leur père, quand même elles n'auroient reçu aucune dot.

Dans quelques coutumes, il faut que ce soit le père qui ait marié ; dans d'autres, il n'importe. Dans quelques coutumes, comme Tours, Anjou et le Maine, l'exclusion des filles mariées n'a lieu qu'à l'égard des nobles.

Dans d'autres, comme Bourbonnois, elle a lieu indistinctement à l'égard de toutes personnes.

Ces exclusions n'ayant pas lieu, comme nous avons dit, dans les coutumes de Paris et d'Orléans, auxquelles nous nous attachons particulièrement, nous traiterons très-sommairement cette matière, et nous nous contenterons d'observer : 1° que, pour que cette exclusion ait lieu, il faut que la fille ait été mariée avant l'ouverture de la succession; il ne suffiroit pas qu'elle eût été fiancée, que le contrat contenant les conventions de mariage eût été passé, car ce n'est que le contrat de mariage qui l'exclut.

2° Dans les coutumes qui requièrent qu'elles soient dotées, il faut que la fille se trouve avoir reçu sa dot avant la succession ouverte, si ce n'est dans celles qui déclarent expressément qu'il suffit qu'elle ait été promise.

3° Cette renonciation a lieu, et à l'égard de la fille qui l'a faite, et à l'égard de tous ses descendants qui viendront par représentation d'elle.

4° Cette exclusion est au profit des mâles, frères desdites filles mariées; c'est pourquoi cette exclusion cesse, s'il ne se trouve, lors de l'ouverture de la succession, aucun mâle, ni représentation de mâle, qui veuille l'accepter.

5° Cette exclusion n'a pas lieu, si la fille mariée a été réservée, par le contrat de mariage, à la succession de ses père et mère.

6° Quoique la fille n'ait pas été réservée à la succession de ses père et mère, elle peut y être rappelée, et ce rappel lui rend le droit de succéder; ce rappel a cela de moins que la réserve, que celle-ci est irrévocable, au lieu que le rappel est révocable.

Il y a des coutumes qui ne permettent ce rappel, que du consentement des frères qui y ont intérêt.

### SECTION III.

Des choses auxquelles on peut succéder.

On distingue parmi les choses auxquelles on succède, les meubles, des immeubles; car il y a certains héritiers qui succèdent aux meubles, et non aux immeubles.

On distingue aussi entre les immeubles, les acquêts des propres; et, entre les propres, on distingue aussi ceux des différentes lignes.

Nous avons vu au Traité de la division des biens, quels biens étoient meubles, et quels biens étoient immeubles; quels immeubles étoient acquêts, et quels immeubles étoient propres. Nous y renvoyons. Nous verrons, dans le chapitre suivant, quelles sont les personnes qui succèdent aux acquêts, quelles sont les personnes qui succèdent aux propres.

---

## CHAPITRE II.

### De l'ordre de succéder.

Nos lois ont gardé un ordre entre les parents, pour leur déférer la succession de leurs parents.

Elles défèrent la succession d'un défunt; premièrement, à ses enfants et descendants, préférablement à tous les parents de la ligne ascendante, et à tous les collatéraux.

A défaut d'enfants, elles appellent les parents de la ligne ascendante, quelquefois préférablement à tous ceux de la ligne collatérale, quelquefois concurremment avec certains collatéraux; quelquefois elles préfèrent certains collatéraux aux ascendants.

### SECTION PREMIÈRE.

#### De la succession de la ligne descendante du défunt.

Par la loi de la nature, dont nos coutumes ne se sont point écartées, les enfants d'un défunt sont appelés à sa succession, préférablement à tous les autres parents.

La loi appelant à la succession d'un défunt ses descendants, observe entre eux la priorité du degré, et elle y appelle le fils ou la fille d'un défunt, avant les enfants ou autres descendants de ce fils ou de cette fille. Pareillement, à défaut du fils, le petit-fils y est appelé avant ses enfants, qui sont les arrière-petits-enfants du défunt, etc. Les enfants d'un fils ou d'une fille du défunt, sont, à la vérité, exclus de la succession par leur père ou mère, lorsque leur père ou mère se trouve, lors de l'ouverture de la succession, occuper son degré; mais, lorsque leur père ou leur mère ne l'occupe pas, ces enfants ne sont point exclus par les autres fils ou filles du défunt, parce que la loi les fait entrer dans le degré qu'avoit occupé leur père ou leur mère, lequel se trouve vacant, et les rapproche, par ce moyen, au même degré des

autres fils ou filles du défunt ; c'est ce qui s'appelle le droit de représentation. dont nous parlerons dans le premier article de la première section.

Tous les enfants qui sont au même degré, soit de leur chef, soit par le bénéfice de la représentation, sont appelés ensemble à la succession du défunt.

Il faut en excepter un petit nombre de coutumes, qui défèrent la succession entière d'un défunt, à son fils aîné, à la charge par lui de départir une certaine portion des biens à ses puînés : telle est, par exemple, la coutume de Ponthieu.

Quoique, dans les autres coutumes, tous les enfants soient ensemble appelés à la succession du défunt, néanmoins la plupart des coutumes accordent, dans la succession, certains avantages à l'aîné. Nous en parlerons dans l'article second.

#### ARTICLE PREMIER.

##### Du droit de représentation en ligne directe.

Le droit de représentation, à l'effet de succéder, peut être défini : une fiction de la loi, par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupoit leur père et mère, lorsqu'il se trouvoit vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt.

Ce droit de représentation, dans la ligne directe descendante, a toujours été en usage chez les Romains. Il paroît qu'il n'avoit pas lieu autrefois dans les provinces septentrionales du royaume, et même qu'il n'a commencé à avoir lieu à Orléans, que lors de la rédaction de la coutume qui fut faite en 1509, ce qui résulte de l'article 244 de notre ancienne coutume : *En ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit accordée ou non par les père et mère.* Lesquels termes *aura lieu*, donnent à entendre qu'ils établissent un droit nouveau, et qu'auparavant, la représentation n'avoit lieu que lorsqu'elle étoit accordée par les père et mère. La représentation n'a commencé pareillement à avoir lieu à Paris, que lors de la rédaction de cette coutume, en 1510.

Enfin, la représentation a été universellement reçue, à l'exception de quatre coutumes, Ponthieu, Boulonois, Artois et le Hainaut, qui la rejettent, même en ligne directe.

Nous parlerons de cette espèce de représentation, dans les trois premiers paragraphes de cet article, où nous verrons : 1° quelles sont les personnes qui peuvent succéder par ce droit de représentation ; 2° quelles sont celles qui peuvent être représentées ; 3° quel est l'effet de cette représentation.

La seconde espèce de représentation, à l'effet seulement de partager, est le droit par lequel des petits-enfants issus de différentes souches, quoiqu'en égal degré entre eux, partagent la succession par souches, et non par personne, *in stirpes non in capita*. Nous en parlerons dans le paragraphe dernier.

§. I. Quelles personnes peuvent succéder par représentation ?

La représentation a lieu à l'infini, dans la ligne directe descendante ; c'est pourquoi, non-seulement les petits-enfants, *nepotes*, entrent dans le degré et de leur père ou mère, qui se trouve vacant par leur décès ou autrement ; mais, si quelqu'un de ces petits-enfants étoit lui-même prédécédé, les enfants de ce petit-enfant, *pronepotes*, entrent pareillement dans ce degré, comme leur père y seroit entré, et y tiennent la place qu'il y auroit tenue ; et si l'arrière-petit-fils étoit lui-même prédécédé, et eût laissé un enfant, cet enfant y entreroit de même, *et sic in infinitum*, autant que la représentation peut s'étendre.

Il n'est requis autre chose dans la personne de l'enfant qui succède par représentation, sinon qu'il soit habile à succéder, et qu'il n'en soit exclus par aucune des causes rapportées au chapitre précédent, section deuxième.

Au reste, il n'est pas nécessaire que les enfants qui succèdent par représentation, aient été héritiers de leur père ou mère qu'ils représentent. Quoiqu'ils aient renoncé à leur succession, ils ne laissent pas de pouvoir les représenter en la succession de leur aïeul. La raison est, que la représentation ne fait rien autre chose que placer les représentants dans le degré de la personne représentée, lequel se trouve vacant ; placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt, leur part en la succession ; elle ne leur est point transmise par la personne représentée, laquelle, par son décès, n'ayant pu elle-même être héritière, n'a pu rien transmettre de cette succession : il n'est donc pas nécessaire qu'ils aient été héritiers de la personne qu'ils repré-

sentent. La coutume de Paris, art. 308, et la nôtre, art. 307, le supposent clairement.

§. II. Qui peut-on représenter?

La représentation, selon la définition que nous en avons donnée, consiste à mettre les représentants dans le degré et place de la personne représentée, lorsque ce degré se trouve vacant : de là il suit qu'on peut représenter celui qui n'occupe plus son degré, et qu'on ne peut représenter celui qui l'occupe encore : de là est née la maxime, qu'on ne peut représenter un homme vivant, *representatio nunquam est de personâ vivente*, Molin., in not. sur Maine 241. De là il suit que, si un père laisse deux fils, dont l'un accepte la succession, et l'autre y renonce, les enfants de celui qui a renoncé, ne peuvent pas venir avec leur oncle, à cette succession, par représentation de celui qui y a renoncé; ils ne peuvent représenter un homme vivant, qui occupe son degré dans la famille.

Observez qu'on entend ici par un homme *vivant*, celui qui jouit de l'état civil; ceux qui l'ont perdu, soit par la profession religieuse, soit par une peine capitale, étant morts civilement, ne sont point regardés comme hommes vivants, la mort civile leur faisant perdre tout ce qui appartient à l'état civil, et par conséquent les droits de famille; ces personnes n'occupent plus leur degré dans la famille: leur degré est vacant, et, par conséquent, les enfants de ces personnes peuvent y être placés par représentation. Les enfants peuvent donc représenter leur père; lorsque leur père est mort civilement, comme lorsqu'il est prédécédé.

Les enfants d'un fils exhéredé peuvent-ils le représenter lorsqu'il est vivant? La raison de douter est, que l'exhéredation l'ayant dépourvu de son droit de succéder, il semble qu'il n'occupe plus son degré, et que ses enfants peuvent y être placés par la représentation, comme dans un degré vacant. La raison de décider est, que les enfants de l'exhéredé ne peuvent pas le représenter lorsqu'il est vivant; elle se tire de la maxime, qu'on ne peut représenter un homme vivant; que cet exhéredé, quoiqu'exclus de la succession par l'exhéredation, n'est point privé de son état civil, qu'il occupe son degré dans la famille du défunt; quoiqu'il soit exclus de sa succession par une raison particulière; la représentation ne peut donc pas placer ses enfants dans ce

degré, puisqu'il est rempli : d'ailleurs, il éluderoit la peine de l'exhérédation, s'il pouvoit recueillir, pour ses enfants, sa part en la succession dont il est exclus.

Les enfants de l'exhéredé peuvent-ils le représenter, même lorsqu'il est prédécédé ? La raison de douter est, que la représentation consiste à faire succéder les représentants à la place de la personne représentée, et à leur faire avoir la même part en la succession, qu'y auroit eue la personne représentée, si elle eût survécu, ainsi que nous le verrons ci-après. Or, l'exhéredé, s'il eût survécu, n'auroit eu aucune part dans la succession, au moyen de son exhérédation ; les enfants qui prétendent le représenter n'en peuvent donc prétendre aucune, et par conséquent inutilement le représenteroient-ils. La raison de décider, au contraire, est que la faute qui a fait mériter l'exhérédation à l'exhéredé, lui étant personnelle, l'exhérédation qui en est la peine, lui doit être personnelle, et ne doit point rejaillir, par conséquent, sur ses enfants, ni les empêcher de venir à la succession de leur aïeul, par représentation de leur père exhéredé ; l'exhérédation n'ayant été portée que contre la personne de l'exhéredé, pour l'exclure personnellement de la succession, cette exhérédation est anéantie par son prédécès. Qu'est-ce donc qui peut les empêcher de venir à cette succession ? A l'égard de l'objection qu'on fait, que les représentants ne sont subrogés, par la représentation, qu'aux droits qu'auroit eus la personne représentée, si elle eût survécu, la réponse est, que les enfants de l'exhéredé sont subrogés à la part que l'exhéredé, s'il eût survécu, auroit dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée par les raisons ci-dessus expliquées.

Tout ce que nous avons dit touchant les enfants de l'exhéredé, reçoit pareille application à l'égard des enfants de l'indigne ; il y a entière parité de raison : c'est pourquoi on doit pareillement décider que les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation, lorsqu'il est vivant, mais qu'ils le peuvent, lorsqu'il est prédécédé.

Les enfants de la fille mariée, excluse de la succession, ou par la coutume, ou par sa renonciation, la représentent-ils ? Il est constant qu'ils ne peuvent la représenter, lorsqu'elle est vivante lors de l'ouverture des successions de ses père et mère, auxquelles elle a renoncé ; cela est fondé sur la règle générale, qu'on ne peut représenter un homme

vivant, et sur ce que ses renonciations seroient illusoires, si une fille mariée pouvoit recueillir, pour ses enfants, la part à laquelle elle a renoncé.

Il y a plus de difficulté, lorsque la fille mariée a prédécédé son père ou sa mère à la succession de qui elle a renoncé. Dumoulin, sur l'article 123 de l'ancienne coutume de Paris, dit avoir pensé que ses enfants pouvoient la représenter; que la renonciation de leur mère ne pouvoit leur être opposée, parce qu'elle n'avoit pu renoncer que pour elle, et non pour ses enfants, qui, lorsqu'ils viennent à la succession de leur aïeul, par représentation de leur mère, ne tiennent point de leur mère la part qu'ils y ont : *Factum matris filios non ligat, quia mater non potuit renuntiare pro filiis, sed pro se tantum*. Néanmoins le contraire a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet, de 1564 et 1569, et Brodeau dit que celui de 1569 a fixé la jurisprudence. Lebrun atteste aussi que c'est la jurisprudence. La raison en est, que ces renonciations des filles, par leur contrat de mariage, sont des lois de famille dont l'effet doit être perpétuel dans la famille, et ne se pas borner à la fille qui a renoncé, mais doit s'étendre à tous les descendants de cette fille. Au surplus, la dot qu'elle a reçue forme une exception péremptoire contre ses enfants ou petits-enfants, qui, après son décès, prétendroient la représenter dans la succession de leurs aïeuls ou bisaïeuls, puisque cette dot lui a été donnée pour lui tenir lieu, ainsi qu'à eux, de la part qu'ils prétendent avoir de ladite succession : *Dux causæ lucrativæ non possunt concurrere in eâdem personâ*.

Il faut décider aussi que les enfants de la fille mariée, qui est exclue, par les coutumes, de succéder, ne peuvent pas la représenter, quoique prédécédée : il y a quelques-unes de ces coutumes qui s'en expliquent, comme Tours, Bourgogne, Auvergne, etc. ; et il le faut décider de même dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas : l'esprit de toutes ces coutumes étant de conserver l'intégrité des biens à la race masculine, et, par conséquent, d'exclure la postérité des filles aussi bien que les filles elles-mêmes, lorsqu'elles auroient été pourvues par mariage.

### §. III. De l'effet de la représentation.

L'effet de la représentation est de rapprocher les enfants d'un fils ou d'une fille prédécédés, au degré qu'occupoit leur

père ou leur mère dans la famille du défunt, et de les faire, en conséquence, succéder à la place de leurdit père ou mère, avec les autres fils ou filles du défunt.

Si une succession est déferée à un fils et aux enfants d'un autre fils prédécédé, et que le fils renonce, la représentation qui place les enfants d'un fils prédécédé, au degré de leur père, aura-t-elle l'effet de leur donner le droit d'exclure les enfants de l'autre fils, qui a renoncé à la succession? La raison de douter est, que la représentation ayant été introduite pour admettre à la succession, des enfants qui sont dans un degré plus éloigné avec ceux qui sont dans un degré plus proche, il semble qu'elle doit être bornée à cet effet, et qu'on ne doit pas lui donner celui d'exclure d'autres enfants qui sont au même degré. Néanmoins il faut décider que, dans cette espèce, les enfants qui succèdent par représentation de leur père ou mère prédécédés, auront toute la succession, et excluront les enfants de l'autre fils, qui a renoncé. La raison en est que, par la représentation, la succession a été déferée aux enfants du fils prédécédé, qui s'étant trouvés cohéritiers du fils renonçant, sa part leur est accrue par sa renonciation, suivant les *articles 310 de Paris et 359 d'Orléans*: qui portent que *la part de l'enfant qui renonce, accroît aux autres enfants héritiers.*

Les enfants d'un fils prédécédé excluent-ils les enfants d'un autre fils vivant, lequel est exhéréde? Pour l'affirmative, on dira que les enfants du fils prédécédé, étant placés par la représentation, au premier degré qu'occupait leur père, ils se trouvent avoir une priorité de degré sur les enfants de l'exhéredé, qui ne se trouvent être qu'au second, et ne peuvent être rapprochés au premier, qui est occupé par leur père exhéréde, qui est vivant; qu'ainsi les enfants du fils prédécédé doivent les exclure. Pour la négative, on dira, au contraire, que la fiction de la représentation ne doit avoir lieu que pour le cas pour lequel elle est faite; qu'étant faite pour faire concourir les enfants d'un degré plus éloigné, avec ceux qui se trouvent dans un degré plus proche, elle ne doit avoir lieu que lorsque la succession se trouvant déferée à un enfant du premier degré, il est nécessaire de rapprocher les enfants d'un degré plus éloigné, au degré de leurs père et mère prédécédés, pour qu'elle puisse être déferée pareillement; mais que, lorsqu'il ne se trouve aucun enfant dans un degré plus proche

qu'eux, à qui la succession pût être déférée, comme dans cette espèce, où l'exhérédation du fils empêche qu'elle ne lui puisse être déférée, en ce cas, la succession pouvant être déférée au degré dans lequel ils se trouvent, sans le secours de la représentation, il ne doit point y avoir lieu à la représentation; ils ne doivent point être placés au premier degré qu'occupait leur père ou mère prédécédés; et, par conséquent, ne se trouvant qu'au même degré de celui auquel se trouvent les enfants de l'autre fils exhérédié, ils ne doivent point les exclure. On réplique, pour la première opinion, en niant le principe sur lequel la seconde est fondée; savoir: qu'il ne doit point y avoir lieu à la représentation en faveur des enfants d'un fils ou d'une fille prédécédés, que lorsqu'il y a un enfant du premier degré auquel la succession soit déférée; et on soutient, au contraire, qu'indistinctement, aussitôt que l'un de plusieurs fils meurt naturellement ou civilement, les enfants de ce fils prédécédé entrent dans le degré qu'il occupait, sans attendre si, lors de l'ouverture de la succession de leur aïeul, il se trouvera ou non d'autres fils ou filles à qui la succession soit déférée.

La représentation faisant succéder les représentants à la place de leur père ou mère qu'ils représentent, il s'ensuit qu'ils ne peuvent avoir, tous ensemble, que la même part et portion qu'auroit eue leurdit père ou mère, s'il eût survécu; ils ne peuvent jamais avoir plus.

C'est pourquoi, si un fils prédécédé avoit quelque chose en avancement de succession, ses enfants, qui le représentent, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, seront obligés de rapporter ou précompter ce que leur père, qu'ils représentent, a reçu, de la même manière que leur père auroit été obligé de le rapporter.

Il n'est pas douteux que la représentation ne peut jamais donner aux représentants plus que n'auroit eu le représenté; mais leur donne-t-elle quelquefois moins? On fait, à ce sujet, la célèbre question de savoir, si la représentation donne aux filles de l'ainé prédécédé, le préciput d'ainesse qu'auroit eu leur père, qu'ils représentent? Les coutumes se sont partagées sur cette question; il y en a, comme Reims, Laon, etc., qui le refusent; et n'admettent, en ce cas, les filles qui viennent par représentation de leur père, qu'à une portion virile de la succession. La

raison de cette décision paroît très-plausible; la représentation peut bien faire succéder les filles de l'ainé, petites-filles du défunt, au degré qu'occupoit leur père; mais elle ne peut pas leur communiquer le sexe de leur père, ni par conséquent leur faire passer le droit d'aînesse de leur père, inséparable de son sexe, ni les faire succéder au préciput d'aînesse, qui est un droit attaché au droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, les coutumes de Paris et d'Orléans, et plusieurs autres, décident que les filles de l'ainé représentent leur père au droit d'aînesse; la raison en est, que la représentation substituant les représentants, à la portion de la personne qu'ils représentent, ils doivent l'avoir telle que la personne représentée l'auroit eue elle-même; que les représentants ne succèdent point de leur chef, mais du chef de la personne qu'ils représentent. Ce n'est point dans leur personne qu'on doit rechercher, ni le sexe, ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse, mais dans la personne qu'ils représentent, qui doit, à cet égard, être sur ce représentée.

La fille d'un aîné exhéredé prédécédé, le représente-elle au droit d'aînesse? Oui; car elle doit avoir la portion telle qu'auroit eue son père, sans l'exhéredation, laquelle est anéantie par son prédécès, ainsi que nous l'avons déjà observé ci-dessus.

Doit-on suivre l'opinion embrassée par la coutume de Paris, en faveur de la fille de l'ainé dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées? Il y a lieu de le penser, quelque plausible que paroisse la raison de l'opinion contraire: la raison est, que cette décision en faveur de la fille de l'ainé, n'a été insérée dans la nouvelle coutume de Paris, que parce que la jurisprudence s'étoit fixée à cette opinion, par un arrêt de 1550, rapporté par tous les auteurs: d'où il suit que cette disposition de la coutume de Paris, ne doit point passer pour une simple disposition locale, mais pour un point de jurisprudence, qui doit conséquemment avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

#### §. IV. De la représentation à l'effet simplement de partager.

Il y a une espèce de représentation, qui n'a d'autre effet que de faire partager la succession par souches, et non par personnes.

Il y a lieu à cette espèce de représentation, lorsque plusieurs petits-enfants, issus de différents fils ou filles tous prédécédés, viennent ensemble à la succession de leur aïeul: il ne peut y avoir lieu en ce cas à la représentation à l'effet de succéder; tous ces petits-enfants étant tous en égal degré, n'ont pas besoin du secours de la représentation, pour concourir ensemble à la succession de leur aïeul; mais il y a lieu à la représentation à l'effet de partager, parce que, dans le partage, les petits-enfants, issus de chacune des différentes souches, représentent tous ensemble la souche dont ils sont issus, et ne prennent tous ensemble que la part qu'auroit eue ladite souche, si ce fût elle qui eût succédé.

Cette distinction des différentes espèces de représentation, sert à décider la question suivante :

Une personne laisse en mourant, deux fils, qui renoncent l'un et l'autre à sa succession; cette succession ayant été depuis reconnue opulente, par un retour de vaisseaux qu'on croyoit perdus, quatre petits-fils du défunt se présentent pour la recueillir; trois de ses petits-fils sont les enfants d'un des fils qui a renoncé, et le quatrième est le fils unique de l'autre fils qui a pareillement renoncé; partageront-ils la succession par souches, de telle manière que l'un des petits-fils, enfant unique de l'un des fils, ait seul la moitié, et les trois autres aient tous ensemble seulement l'autre moitié? S'il n'y avoit point d'autre représentation que celle à l'effet de succéder, on ne pourroit pas dire qu'ils succéderaient par représentation; car la représentation à l'effet de succéder, consiste à faire entrer les petits-enfants dans le degré qu'occupoit leur père, ce qui ne se peut en cette espèce; car les pères de ces petits-enfants, étant vivants et occupant leur degré, c'est le cas de la maxime, qu'on ne peut représenter un homme vivant. Que si ces petits-enfants ne succèdent pas par représentation des souches dont ils sont issus, il s'ensuivroit qu'ils devroient partager la succession *in capita*, par personnes; d'un autre côté, il est inoui qu'une succession se partage autrement que par souche, lorsque des petits-enfants de différentes souches succèdent. La conciliation de tout ceci, est qu'il n'y a plus, à la vérité, dans cette espèce, lieu à la représentation à l'effet de succéder; mais qu'il y a lieu à une autre espèce de représentation, qui est à l'effet de partager. La maxime, qu'on ne représente point un homme vivant, a lieu dans la pré-

mière espèce de représentation, parce qu'on ne peut succéder et entrer dans le degré d'un homme vivant qui le remplit; mais rien n'empêche que, dans la représentation qui n'est qu'à l'effet de partager, on représente un homme vivant; c'est-à-dire, que des petits-enfants de différents fils qui ont renoncé, représentent leur père dans le partage, à l'effet que ceux qui sont nés de chacun desdits fils, prennent tous ensemble la même part qu'auroit pris leur père, si c'étoit leur père qui eût succédé.

## ARTICLE II.

## Du droit d'ainesse.

La plupart des coutumes accordent un droit d'ainesse à l'ainé des enfants qui succède à leur père ou mère, ou autres ascendants. Elles sont fort différentes entre elles sur ce droit d'ainesse. Nous ne nous attacherons qu'aux coutumes de Paris et d'Orléans.

## S. I. A qui les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles le droit d'ainesse?

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent un droit d'ainesse au fils aîné, ou à ceux qui le représentent dans la succession des biens nobles de ses père ou mère, ou autres ascendants. Elles accordent ce droit aux roturiers comme aux nobles.

Le fils aîné, à qui ce droit est accordé, est celui qui, lors de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, lors du décès de celui dont la succession est à partager, se trouve l'ainé de ses enfants mâles; il n'importe qu'il y en ait eu d'autres nés avant lui, lorsqu'ils sont prédécédés ou morts civilement, sans laisser de postérité qui les représente.

Le second fils auroit-il le droit d'ainesse, si le premier se trouvoit, à la vérité, vivant lors de la succession ouverte, mais étoit exhéredé? Je ne le pense pas. Il y a grande différence entre la mort civile et l'exhéredation. La mort civile faisant perdre au fils aîné son état civil, il n'est plus censé exister, il est retranché de la famille, il n'occupe plus sa place; et, par conséquent, lorsqu'il n'a point de postérité qui succède à sa place vacante par la mort civile, le puîné qui le suit peut y succéder, et la remplir; il devient l'ainé, puisqu'il n'y en a aucun autre qui le précède, le mort-civi-

lement étant compté pour rien. Il n'en est pas de même de l'exhérédation ; elle exclut bien l'ainé exhérédié, du droit de succéder aux biens de son père, mais elle ne le retranche pas de la famille ; il y occupe sa place, et, par conséquent, le puîné qui le suit ne peut le précéder, et se dire l'ainé.

A plus forte raison doit-on décider que le second fils ne peut prétendre le droit d'ainesse, lorsque le fils aîné a renoncé à la succession, quoique gratuitement ; il y a, dans cette espèce, une raison de plus que dans la précédente, pour exclure le second fils du droit d'ainesse, qui est qu'il a été déféré à l'ainé, à qui la succession a été déferée ; que cet aîné ayant renoncé à la succession, sa part, dont le droit d'ainesse faisoit partie, est accrue à tous les autres enfants héritiers, sans prérogative d'ainesse, suivant que le décident les *articles* 310 de Paris et 359 d'Orléans, qui disent que la part de l'enfant qui renonce, accroît aux autres enfants héritiers, sans prérogative d'ainesse ; c'est le sentiment de Dumoulin, dont quelques auteurs se sont mal à propos écartés.

Le fils a le droit d'ainesse sur ses sœurs, quoiqu'elles soient ses aînées ; lorsqu'il n'y a que des filles, il n'y a point de droit d'ainesse. Paris, *art.* 19 ; Orléans, *art.* 89, *in fine.*

Il y a quelques coutumes contraires, qui donnent, à défaut d'enfants mâles, le droit d'ainesse à la fille aînée : telle est celle de Tours.

Le fils né avant le mariage, et légitimé depuis, a le droit d'ainesse sur les enfants nés de ce mariage ; l'a-t-il sur les enfants nés d'un mariage intermédiaire ? Dumoulin décide, avec raison, qu'il ne l'a pas ; et qu'au contraire, le fils aîné du premier mariage, quoique plus jeune que lui, a le droit d'ainesse sur lui. La raison en est évidente : cet enfant né avant le mariage, est réputé, par le mariage que son père contracte avec sa mère, enfant de ce mariage ; ce mariage n'étant que le second mariage de son père, il est enfant du second mariage ; il ne peut donc avoir le droit d'ainesse sur ceux du premier ; car il répugne que l'enfant du second mariage soit l'ainé, par rapport à ceux du premier. Il est vrai qu'il est né avant ceux du premier, qu'il est plus âgé qu'eux ; mais il est né à la famille de son père, du jour du mariage avec sa mère ; on ne doit compter son âge, que depuis ce temps ; et, en le comptant ainsi, c'est-à-dire, en fixant à ce temps sa naissance, il se trouve le

puîné. Ajoutez à ces raisons, que l'enfant du premier mariage ayant été en possession du droit d'aînesse pendant le premier mariage, il ne peut pas en être dépouillé par le second. Lebrun est néanmoins d'un sentiment contraire.

Entre deux jumeaux, c'est celui qui est sorti le premier du sein de sa mère, qui est le premier; car naître, c'est sortir du sein de la mère: celui qui en est le premier sorti, est donc le premier né, ou, ce qui est la même chose, l'aîné.

On doit s'en rapporter, sur cela, au témoignage des parents, soit exprès, soit tacite. Il est exprès, s'ils ont écrit sur leur journal ou ailleurs, qui des deux est né le premier; il est tacite, lorsque l'un des deux jumeaux a toujours été dans la famille en possession de la qualité d'aîné; on peut aussi, sur ce fait, recourir au témoignage des accoucheurs, des gardes, et autres semblables personnes.

S'il étoit absolument incertain lequel des deux est l'aîné, par qui le droit d'aînesse pourroit-il être prétendu? Dumoulin décide qu'en ce cas, le sort en doit décider. Lebrun, après Faber, dit: que les deux jumeaux doivent ensemble partager le droit d'aînesse, ce qui ne se peut soutenir; car c'est admettre deux aînés dans une famille, et donner deux chefs à un même corps, ce qui répugne. J'inclinerois à décider, qu'en ce cas le droit d'aînesse ne devoit être prétendu par aucun des deux, et qu'ils se feront obstacle mutuellement. Ma raison est, que tout demandeur étant obligé de prouver le fait qui sert de fondement à sa demande, suivant cette maxime: *Incumbit onus probandi ei qui dicit*, chacun de ces jumeaux qui prétendroit le préciput accordé par la coutume, à l'aîné, seroit obligé de prouver qu'il est effectivement l'aîné: aucun des deux ne pouvant le prouver, parce que nous supposons le fait incertain, il s'ensuit qu'aucun des deux ne doit rien obtenir dans la demande de ce préciput, et qu'aucun des deux ne doit l'avoir. Ce sentiment est d'autant plus favorable, qu'il ramène les choses à l'égalité entre les enfants.

Si l'un des jumeaux s'étoit fait céder les droits successifs de l'autre, pourroit-il prétendre, en ce cas, le préciput d'aînesse? Son moyen, en ce cas, est de dire que, s'il n'est pas certain lequel des deux est l'aîné, au moins il est certain que l'un des deux l'est; d'où il conclura que le pré-

ciput d'at se est dû à l'un des deux, et que, réunissant en sa personne, par la cession qui lui a été faite, les droits des deux, le préciput accordé à l'ainé ne peut lui être contesté. Peut-être pourroit-on répondre que, de ce qu'il est certain que l'un des deux est l'ainé, on ne doit pas en tirer une conséquence que le préciput est dû à l'un des deux; car, pour que le préciput d'ainesse soit dû à un enfant, il ne suffit pas qu'il soit l'ainé, il faut de plus qu'il soit reconnu pour tel, et qu'il puisse justifier qu'il est effectivement l'ainé. C'est pourquoi il n'est dû à aucun des deux dans cette espèce, puisqu'aucun des deux ne peut justifier ce fait. N'étant dû à aucun des deux, la cession par laquelle l'un des deux a les droits de l'autre, lui est inutile.

La coutume accorde le droit d'ainesse, non-seulement à la personne de l'ainé, elle l'accorde pareillement aux enfants de l'ainé, qui le représentent en la succession de leur aïeul; ce qui a lieu, quand même il ne seroit représenté que par des filles, suivant que nous l'avons vu, article I<sup>er</sup>, §. III.

Les enfants qui représentent l'ainé, prennent tous ensemble le préciput d'ainesse qu'auroit pris leur père; mais, dans la subdivision qu'ils font ensemble, l'ainé de la branche prend lui-même, sur ses frères et sœurs, un droit d'ainesse. *Finge* : il y avoit, dans une succession, un manoir noble, et pour 40,000 liv. d'autres biens nobles; les enfants de l'ainé, qui succèdent par représentation avec leurs oncles et tantes, prennent tous ensemble le manoir, et la moitié des biens nobles, qui montent à 20,000 liv.; et, dans la subdivision, s'ils sont au nombre de trois petits-enfants, l'ainé d'entre eux prendra le manoir, et la moitié des fiefs échus en leur portion, c'est-à-dire, 10,000 liv.

Que, s'il n'y avoit que des filles qui représentassent le fils aîné, il n'y auroit point entre elles de droit d'ainesse dans la subdivision : ainsi le décide la coutume de Paris, art. 324 et art. 305. *S'il n'y a que filles, elles représentent, toutes ensemble, l'ainé leur père, sans droit d'ainesse entre elles, et s'il y a mâles (ajoute la coutume d'Orléans), se partira la succession entre les enfants du fils aîné, le droit de prérogative gardé à l'ainé desdits enfants.*

La raison de ce préciput accordé à l'ainé dans cette subdivision, n'est pas (comme dit Lebrun) que cette subdivision doit être regardée comme un partage que

font les enfants de l'aîné, de la succession de leur père, dans laquelle il appartient à l'aîné d'entre eux un préciput. Cette raison est fautive; cette subdivision est un partage qu'ils font de la succession de leur aïeul, et non de celle de leur père, à qui ces biens n'ont jamais pu appartenir. Si cette subdivision étoit regardée comme un partage qu'ils font de la succession de leur père, ils ne pourroient y avoir part, s'ils n'eussent été héritiers de leur père; néanmoins il est certain qu'ils peuvent y avoir part, quoiqu'ils aient renoncé à la succession, comme nous l'avons vu en l'article précédent, §. I; ils ne peuvent donc point être censés avoir partagé la succession de leur père, par cette subdivision. Il ne faut point chercher d'autre raison de ce préciput accordé à l'aîné dans la subdivision, que celle-ci; savoir: que les subdivisions des successions doivent se régler sur le partage principal, et qu'on doit observer les mêmes règles que dans le partage principal d'où il suit: que, de même que le partage principal doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse, en faveur de l'aîné; de même la subdivision doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse, en faveur de l'aîné de ceux entre qui se fait la subdivision.

De ce principe naît la décision de plusieurs questions: 1° On demande si le préciput doit avoir lieu dans la subdivision du lot échu à chacune des branches cadettes, comme il a lieu dans la subdivision de celui échu à la branche aînée? La raison de douter est, que la coutume n'a parlé que de la subdivision de celui échu à la branche aînée. La raison de décider que ce préciput doit avoir lieu dans la subdivision des lots des branches cadettes, se tire de notre principe, qui milite également à l'égard de ces subdivisions, comme à l'égard de celle du lot de la branche aînée; c'est qu'elle n'a eu occasion de parler que de celle-là; il paroît, par une sentence de 1689, rapportée par l'éditeur de la coutume de 1711, que c'est la jurisprudence de notre siège.

2° On demande si l'aîné des représentants, qui a renoncé à la succession de son père, peut prendre ce préciput dans la subdivision? Lebrun, en suivant son faux principe, décide qu'il ne le peut; il faut, au contraire, décider qu'il le peut; car cette subdivision étant un partage de la succession de l'aïeul, et non de celle de son père, peu importe qu'il ait renoncé à la succession de son père.

3° On demande si ce préciput de la subdivision entre les petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul, par représentation de leur père, se règle en égard au nombre de ses petits-enfants qui s'est trouvé lors du décès du père, ou en égard à celui qui s'est trouvé lors de la succession de l'aïeul ? Lebrun, en suivant son faux principe, dit que c'est en égard au temps du décès du père : il faut dire, au contraire, que c'est en égard au temps du décès de l'aïeul, puisqu'il s'agit, dans cette subdivision, du partage de la succession de l'aïeul, et non de celle du père.

4° On demande si l'aîné, qui, dans la succession de son père, arrivée avant la mort de l'aïeul, a déjà pris un manoir, en peut prendre un autre dans cette subdivision ? Il faut dire qu'il le peut, puisque c'est une autre succession que celle du père.

§. II. Sur quels biens les coutumes de Paris et d'Orléans accordent-elles un droit d'aînesse ?

Les coutumes de Paris et d'Orléans n'accordent droit d'aînesse que sur les biens nobles.

Les biens nobles sont les fiefs et les franc-aleux nobles.

Il ne suffit pas qu'un héritage soit intrinséquement un fief, pour être sujet au droit d'aînesse, il faut que le défunt le tienne en fief. C'est pourquoi, si j'ai pris à cens ou rente un héritage féodal, pour lequel le bailleur s'est réservé la charge de la foi, cet héritage, quoiqu'intrinséquement féodal, ne se partagera pas noblement, et ne sera pas sujet au droit d'aînesse dans ma succession, parce que, quoique cet héritage fût intrinséquement un fief, je ne le tenois pas à titre de fief, mais je le tenois à cens ou rente du bailleur, qui s'en est retenu la foi. Au contraire, ce droit de cens ou rente se partagera noblement, et sera sujet au droit d'aînesse dans la succession du bailleur, à qui il appartient, et dans celle de ses successeurs ; c'est la disposition des articles 345, 346 et 347 de notre coutume.

Le franc-aleu noble est celui auquel est attaché un droit de justice, de fief, ou de censive. Il n'y a que le franc-aleu noble qui se partage noblement ; les autres héritages en franc-aleu, auquel aucun de ces droits n'est attaché, se partagent sans droit d'aînesse, de même que les héritages tenus en censive.

Les rentes foncières, quoiqu'à prendre sur un fief, si celui à qui elles sont dues ne les tient pas à la charge de la foi, soit pour lesdites rentes, soit pour l'héritage sur lequel elles sont à prendre, ne sont point biens nobles, et se partagent sans droit d'aînesse.

Il faut dire la même chose, à plus forte raison, des rentes constituées, quoiqu'assignées spécialement sur un fief, à moins qu'elles ne soient infeodées.

La créance d'un fief n'est pas proprement et en elle-même, une chose féodale; néanmoins, lorsqu'elle se doit terminer au fief même, elle se partage dans la succession du créancier, comme une chose féodale, parce que, par rapport à l'effet qu'elle doit produire, elle se considère comme étant, en quelque façon, l'héritage même auquel elle se doit terminer suivant cette maxime : *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur.*

C'est pourquoi, si, par exemple, le défunt avoit acheté un fief qui ne lui a pas été livré de son vivant, son fils aîné, dans sa succession, aura la même portion dans l'action, pour se faire livrer le fief, qu'il auroit eue dans le fief même, s'il eût été livré au défunt.

Par la même raison, si le défunt a laissé dans sa succession une action de réméré ou une action rescisoire, pour rentrer dans l'héritage féodal qu'il avoit vendu, l'aîné aura, dans cette action, son droit d'aînesse, en exerçant par ses puînés cette action de réméré, ou cette action rescisoire, et il aura la même portion, dans cet héritage, que si le défunt y étoit rentré de son vivant.

Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, quoique l'aîné eût sa part avantageuse dans l'action qu'avoit le défunt, pour se le faire livrer, néanmoins il ne doit que sa part virile du prix. Il est vrai que le vendeur n'est pas obligé de le lui livrer, qu'il ne lui paye le total du prix; mais l'aîné en a la répétition, sa part virile confuse, contre ses frères et sœurs, qui en sont tenus chacun pour leur portion virile, comme d'une dette de la succession, car le prix étoit dû par le défunt; et, comme nous le verrons par la suite, l'aîné n'ayant ce qu'il y a de plus que ses frères et sœurs, que comme un préciput, il ne doit, comme les puînés, que sa portion virile des dettes de la succession.

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères, une action rescisoire

qu'avoit le défunt, Dumoulin, *art. 18, gloss. 1, v. 50*, décide que l'aîné n'est tenu pareillement, que pour sa portion virile, de la restitution du prix qu'il faut en ce cas rendre à l'acheteur, parce que la restitution de ce prix est une dette passive de la succession du défunt, qui se trouve avoir reçu ce prix, *siue causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçu étant rescindé. Lorsque le défunt a acheté un héritage qui ne lui a pas été livré de son vivant, et dont il devoit le prix, ce prix est une dette de sa succession, dont les puînés sont tenus pour leur part virile, quand même ils ne voudroient pas exercer l'action qu'avoit le défunt, pour se faire livrer l'héritage; car, de même que le vendeur, créancier de ce prix, auroit pu contraindre le défunt à payer ce prix, quand même le défunt auroit dit qu'il ne vouloit plus avoir l'héritage; de même l'aîné des enfants qui aura payé le prix au vendeur, étant subrogé en conséquence aux droits du vendeur, pourra répéter, contre ses puînés, leurs portions viriles de ce prix, quand même ils diroient qu'ils ne veulent point avoir leur portion de l'héritage.

Doit-on décider la même chose dans le cas auquel le défunt a laissé dans sa succession, une action rescisoire contre la vente qu'il a faite d'un fief? L'aîné peut-il obliger les puînés à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix, quand même ces puînés diroient qu'ils ne veulent point exercer cette action rescisoire? La raison de douter est que, dans cette espèce, la restitution du prix n'est pas une dette absolue; mais seulement, au cas que l'action rescisoire soit exercée, le défunt n'auroit pas été obligé à cette restitution, dans le cas auquel il n'auroit pas voulu exercer son action rescisoire; les puînés, comme ses héritiers, n'y doivent donc pas pareillement être obligés, lorsqu'ils ne veulent pas l'exercer. Je pense néanmoins qu'il faut décider que, si cette action rescisoire est avantageuse à la succession considérée en général, l'aîné qui voudra exercer cette action, peut obliger ses puînés à l'exercer avec lui, et à contribuer, pour leurs portions viriles, à la restitution du prix. La raison est, que c'est un principe général, que toutes les fois que des héritiers ont entre eux des intérêts différents, pour exercer ou non des droits et actions de la succession, considérée en général, et, lorsqu'il se trouve, de l'intérêt de la succession ainsi considérée, que l'action soit exercée, il ne doit pas dépendre de ceux qui ont un

intérêt particulier à ne la pas exercer, qu'elle ne le soit pas.

Lorsque l'aîné exerce avec ses frères une action de réméré, que le défunt avoit laissée dans sa succession, la restitution du prix que le défunt a reçu, ne peut, en ce cas, passer pour une dette de sa succession, le contrat, en vertu duquel le défunt a reçu le prix, n'est point rescindé; la restitution du prix n'est, en ce cas, autre chose qu'une charge de l'action de réméré, qui ne peut être exercée qu'à la charge de cette restitution du prix, et, par conséquent, l'aîné doit y contribuer à proportion de la part qu'il a dans l'action de réméré. Dumoulin le décide, *art. 18, l. 1, n° 30.*

La créance d'un fief, *actio ad feudum consequendum*, est regardée comme une chose féodale, lorsqu'elle se termine effectivement à faire avoir le fief. En est-il de même lorsque, par l'inexécution de l'obligation du débiteur, elle ne se termine qu'en des dommages et intérêts? Je pense qu'il faut distinguer deux cas. Le premier est si, dès le temps de l'ouverture de la succession, le débiteur étoit hors d'état de remplir son engagement, et de livrer l'héritage féodal; *pulà*, s'il avoit vendu au défunt un héritage qui ne lui appartenoit pas, et qu'il n'étoit pas en son pouvoir de livrer; ou si, après l'avoir vendu au défunt, il l'avoit vendu et livré à un autre acheteur, du vivant du défunt: en ces cas et autres semblables, je pense que la créance qu'avoit le défunt, lors de sa mort, contre le vendeur de l'héritage féodal, ne doit pas passer pour un bien féodal, ni se partager comme tel dans sa succession. La raison est que, si la créance d'un héritage féodal passe quelquefois pour un bien féodal, ce n'est pas qu'elle soit en elle-même quelque chose de féodal; mais c'est que, par anticipation, on considère en cette créance moins ce qu'elle est en elle-même, que la chose en laquelle elle se doit résoudre et terminer, qui est un héritage féodal. De là il suit que la créance d'un fief ne doit être considérée comme un fief, qu'autant qu'elle doit effectivement s'y terminer et s'y résoudre; et que, dès qu'elle ne s'y doit plus terminer, mais en des dommages et intérêts, par l'impossibilité où s'est mis le débiteur de remplir son engagement et de livrer le fief, dès-lors la créance du fief ne se peut plus considérer comme quelque chose de féodal, et ne doit se partager dans la succession du créancier, que comme un bien ordinaire.

Le second cas est, si le débiteur de l'héritage féodal s'est mis, par son fait ou par sa faute, depuis l'ouverture de la succession du créancier, hors d'état de remplir son obligation. En ce cas, je pense que la créance de l'héritage féodal doit se considérer et partager dans la succession du créancier, comme un bien noble, et que l'aîné doit avoir la même part dans les dommages et intérêts, qu'il auroit eue dans l'héritage féodal, s'il eût été livré. *Finge* : un père a acheté, de son vivant, un héritage féodal; il est mort avant qu'il lui ait été livré, et a laissé quatre enfants; le vendeur, depuis la mort de l'acheteur, se met, par son fait ou par sa faute, hors d'état de remplir son obligation. *Putà*, il vend l'héritage qu'il avoit vendu au défunt, à un second acheteur, et le lui livre; ou bien, si c'est une maison qu'il avoit vendue, il la laisse brûler, par sa faute : je dis qu'en ce cas, la créance, quoiqu'elle ne se puisse plus terminer qu'en des dommages et intérêts, doit se partager comme se seroit partagé l'héritage même qui en étoit l'objet, et que l'aîné doit avoir, non pas seulement un quart, mais la moitié desdits dommages et intérêts. La raison en est, que l'aîné, lors de l'ouverture de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, a été saisi pour moitié du droit qu'avoit le défunt de se faire livrer l'héritage que le vendeur pouvoit encore livrer. Il ne doit pas dépendre du fait et de la faute du vendeur, de changer la condition de l'aîné, et de restreindre à un quart la portion de l'aîné, dans l'action *ex empto*, qu'avoit le défunt, après que l'aîné a été saisi de cette action pour moitié; d'ailleurs, les dommages et intérêts dûs par le vendeur, doivent être à chacun des enfants, à proportion du tort qu'il a fait à chacun d'eux. Or, en se mettant, par sa faute, hors d'état de livrer l'héritage, il a fait tort à l'aîné seul, de la moitié de l'héritage qu'il auroit eue; et aux deux autres enfants ensemble, de l'autre moitié qu'ils auroient eue en eux deux : ayant donc fait autant de tort à l'aîné seul qu'aux deux autres ensemble, l'aîné doit avoir autant de dommages et intérêts que les deux autres puînés ensemble, c'est-à-dire, qu'il doit avoir la moitié. Ceci ne paroît pas souffrir de difficulté.

§. III. Comment les choses sur lesquelles l'aîné exerce son droit d'aînesse, doivent-elles appartenir à la succession.

Non-seulement les choses dont le défunt étoit déjà propriétaire lors de l'ouverture de la succession, sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'étoit point encore propriétaire, mais qui lui étoient dues, sont pareillement sujettes au droit d'aînesse, lorsqu'en conséquence du droit que le défunt avoit d'exiger lesdites choses qu'il a laissées dans sa succession, elles sont, par la suite, venues à ses héritiers; car, comme nous l'avons observé au §. précédent, ce droit est, par anticipation, regardé comme la chose même à laquelle il se doit terminer. Nous n'en dirons rien davantage, en ayant parlé dans les §. précédents.

Non-seulement les choses dont le défunt a eu le droit de propriété, sont sujettes au droit d'aînesse; celles dont il n'avoit qu'une propriété imparfaite et résoluble, y sont pareillement sujettes; celles même dont le défunt n'étoit point du tout propriétaire, et dont il avoit seulement la possession civile, y sont sujettes jusqu'à ce qu'elles soient réclamées par le vrai propriétaire.

Des choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite.

Les choses dont le défunt n'avoit qu'une propriété imparfaite, révocable, sujette à rescision, ne laissent pas d'appartenir à sa succession, non pas parfaitement, mais imparfaitement, et de la même manière qu'elles appartenoient au défunt; l'aîné y doit, par conséquent, prendre son droit d'aînesse, pour l'avoir sous les mêmes conditions sous lesquelles la chose appartenoit au défunt. Par exemple, si le défunt avoit acquis un héritage féodal, par un contrat contre lequel le vendeur auroit droit de se faire restituer, et qu'il meure avant que le vendeur ait songé à se faire restituer, le fils aîné prendra, en attendant, sa portion avantageuse d'aîné, dans cet héritage, qu'il cessera d'avoir, lorsque le vendeur se sera fait restituer contre la vente qu'il en avoit faite au défunt.

De là naît la question de savoir quelle part aura l'aîné dans le prix que le vendeur restituera. Dumoulin décide fort bien qu'il n'aura que sa part virile dans le prix, c'est-à-dire, égale à celle qu'auront ses puînés, et non une part proportionnée à la portion qu'il avoit dans l'héritage restitué au

vendeur. La raison en est, que les enfants ne reçoivent point ce prix, comme le prix d'une chose qui leur appartient, et qu'ils retroèdent au vendeur; car, par les lettres de rescision, le contrat de vente qui en avoit été fait au défunt, est entièrement détruit, et l'héritage est censé n'avoir jamais appartenu ni au défunt, ni à eux; ils ne reçoivent cette somme, que comme une somme qui se trouve due à sa succession par le vendeur, qui se trouve l'avoir reçue du défunt, *sine causâ*, le contrat pour lequel il l'avoit reçue, étant détruit; par conséquent, l'aîné ne peut y avoir d'autre part, que sa portion virile, comme dans toutes les autres dettes de la succession.

Si les enfants, pour ne pas souffrir la rescision du contrat, rapportoient le supplément du juste prix, Dumoulin décide que l'aîné ne devoit payer que sa portion virile dans ce supplément, quoiqu'il ait seul la moitié de l'héritage, par la raison que, comme nous le verrons par la suite, l'aîné ayant ce qu'il y a de plus que ses frères, à titre de préciput, ne doit que sa portion virile dans les dettes de la succession. Or, il regarde ce supplément comme une dette du défunt, qui n'avoit pas payé tout ce qu'il devoit du juste prix de l'héritage. Cette décision de Dumoulin est juste.

S'il étoit de l'intérêt de la succession, de suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, *putâ*, s'il étoit devenu plus précieux depuis le contrat, l'aîné pourroit contraindre ses autres frères, à suppléer à ce juste prix; mais, s'il n'y a aucun avantage pour la succession, à suppléer ce juste prix, plutôt que de délaisser l'héritage, l'aîné ne peut pas, pour son intérêt particulier, obliger les puînés à contribuer à ce supplément.

Si le défunt avoit acheté un héritage féodal, à la charge de réméré, et que le réméré soit exercé après sa mort, Dumoulin, *art. 18, gloss. 1, n. 31*, décide que l'aîné doit avoir une portion proportionnée dans le prix du réméré, à celle qu'il avoit dans l'héritage. La raison en est que ce prix, que le vendeur qui exerce le réméré doit rendre, n'est point une chose qui fût due au défunt; c'est le prix de la rétrocession que les enfants de l'acheteur sont obligés de faire au vendeur qui veut exercer le réméré, en conséquence du droit de réméré qu'il a retenu sur cet héritage. Or, chacun doit avoir, dans le prix de cette rétrocession, une portion pro-

portionnée à la portion de l'héritage qu'il rétrocède; l'aîné qui rétrocède la moitié qu'il avoit dans cet héritage, doit donc avoir la moitié du prix.

Il faut décider la même chose, lorsque le défunt a acquis un héritage féodal, sujet à un droit de retrait féodal ou de retrait lignager, ou à un droit de refus, et que quelqu'un desdits droits est exercé contre les enfants. L'aîné doit avoir, dans le prix du retrait, une portion proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage retiré.

Lorsque le défunt a laissé, dans sa succession, une portion indivise d'un fief qu'il avoit en commun, soit avec sa femme, soit avec son cohéritier, soit avec quelqu'autre copropriétaire, il n'est pas douteux que, tant que cette portion indivise demeure dans la succession, l'aîné y prend son droit d'aînesse. La question est de savoir si, le fief étant depuis licité entre les enfants et le copropriétaire, et adjugé à ce copropriétaire, l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, la même portion qu'il avoit dans l'héritage? La raison de douter est, qu'on dit que les licitations, comme les partages, ont un effet rétroactif; qu'en conséquence, le copropriétaire à qui l'héritage a été adjugé par la licitation, est censé en avoir toujours été le seul propriétaire, à la charge d'un retour en deniers, qui seroit réglé par la licitation; et qu'en conséquence, les enfants sont censés n'avoir succédé au défunt, qu'à la créance de ce retour en deniers, dans lequel l'aîné ne peut prétendre de droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut décider que l'aîné doit avoir, dans le prix de la licitation, une part proportionnée à celle qu'il avoit dans l'héritage avant la licitation. Lorsqu'on dit que la licitation a un effet rétroactif, c'est parce que le cohéritier, ou copropriétaire qui se fait adjuger l'héritage en total, a eu, dès le temps qu'il a commencé d'être propriétaire par indivis, par la qualité de sa possession indivise, le droit de devenir, par la licitation, propriétaire du total, puisque la licitation n'est pas tant censée un nouveau titre d'acquisition, que l'exécution du titre originaire, par lequel ces cohéritiers ou copropriétaires ont ensemble succédé à l'héritage, ou l'ont acquis ensemble, sous la condition tacite et naturelle de la liciter entr'eux. D'où il suit que le cohéritier ou copropriétaire, à qui l'héritage est adjugé par la licitation, est censé l'avoir, même pour le total, en vertu d'un même titre, par lequel il a commencé d'être propriétaire

par indivis; d'où il suit qu'il ne doit point de profit pour la licitation, qui ne doit pas être regardée comme un nouveau titre d'acquisition; d'où il suit que, si la portion indivise lui étoit échue par succession, le surplus étant censé lui provenir du même titre, lui seroit propre. Mais, lorsque l'héritage a été adjugé par licitation au cohéritier ou copropriétaire qui l'avoit par indivis avec le défunt, il demeure toujours vrai que le défunt est mort propriétaire de sa portion indivise de cet héritage; qu'elle s'est toujours trouvée dans sa succession; que son aîné a eu le droit, par conséquent, d'y prendre son droit d'aînesse; qu'il a été saisi de sa portion avantageuse qui lui appartient, comme aîné, dans cette portion: ainsi, avec ses puînés et le cohéritier ou copropriétaire du défunt, parties licitantes, il doit avoir, dans le prix de la licitation, une partie qui réponde à celle qu'il avoit dans l'héritage licité.

Cette espèce fait naître une autre question, qui est de savoir si, sur la licitation, l'aîné et ses frères se rendant conjointement adjudicataires, l'aîné peut prétendre avoir sa portion avantageuse dans celle qui leur avient par la licitation, aux offres de payer au prorata le prix de la licitation? La raison de douter se tire encore de l'effet rétroactif des licitations et partages; on dira que le total est censé leur être échu de la succession de leur père, et que l'aîné doit exercer son droit d'aînesse sur tous les biens de la succession. Néanmoins je pense que la portion, avenue par la licitation aux enfants qui se sont rendus adjudicataires conjointement, doit être partagée entr'eux également, sans que l'aîné y puisse prétendre plus que les autres. La raison est, que le droit de liciter est attaché à la portion indivise que chacun des enfants a dans l'héritage; que celui qui a la moindre portion indivise, a un droit de liciter égal à celui qui a la portion la plus grande; que les puînés ayant eu un droit de liciter égal à celui de leur aîné, et s'étant rendus, conjointement avec lui, adjudicataires, ils doivent partager également la portion qui leur est avenue par la licitation. A l'égard de l'objection qu'on fait sur l'effet rétroactif des partages, qui fait que la moitié qui leur avient par la licitation, est censée leur être avenue au même titre de succession, auquel leur est avenue l'autre moitié, la réponse est, qu'il suit seulement de ce principe, que la part qu'ils auront chacun dans celle qui leur est avenue par la licitation, sera censée

leur être avenue au même titre que celle qu'ils avoient déjà, à l'effet qu'ils ne payent point de profit, qu'elle leur soit propre ; mais il ne s'ensuit pas que l'aîné prendra un droit d'aînesse dans cette portion comme dans l'autre, parce qu'il n'y avoit que l'autre qui fût effectivement de la succession.

- Des choses dont le défunt n'étoit point en tout propriétaire, et n'avoit que la seule possession civile.

Quoiqu'un héritage n'appartint point au défunt qui le possédoit, l'aîné ne laisse pas d'y prendre, en attendant, son droit d'aînesse, tant que le propriétaire ne le réclame point ; car il est censé, en attendant, appartenir à la succession du défunt qui en étoit en possession, tout possesseur étant réputé propriétaire, tant que celui qui l'est effectivement ne paroît point. D'ailleurs, la coutume donnant à l'aîné la moitié ou les deux tiers, suivant le nombre des enfants, *des héritages tenus en fief*, elle ne requiert autre chose, sinon que le défunt les tint en fief ; il suffit donc qu'il les tint, qu'il les possédât, pour que l'aîné puisse y exercer son droit d'aînesse.

Au surplus, l'aîné a sa portion d'aînesse dans ces héritages, de la même manière qu'ils appartenoient au défunt, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'ils soient réclamés par celui qui en est le vrai propriétaire. Son droit cesse, lorsque le vrai propriétaire se les est fait délaisser sur sa demande en revendication.

De là naît la question de savoir, si l'aîné qui a été obligé avec ses frères, de délaisser cet héritage, aura la même portion dans l'action de garantie, contre celui qui l'a vendu au défunt, qu'il avoit dans l'héritage même ? Il faut dire que non ; car cette action de garantie, quoiqu'elle ait pour objet l'héritage féodal, ne devant point se terminer à l'héritage, mais à des dommages et intérêts, ne peut être considérée comme étant en quelque façon l'héritage même, ni par conséquent comme étant quelque chose de féodal où l'aîné peut prétendre un droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse qu'exerce l'aîné sur un héritage féodal, que le défunt possédoit sans en être propriétaire, cesse, non-seulement lorsque cet héritage est revendiqué par un tiers, qui est le vrai propriétaire ; il cesse aussi, si les enfants, depuis la succession échue, deviennent eux-mêmes

propriétaires, *ex novâ causâ*, comme si celui qui en étoit effectivement le propriétaire, le leur a légué, ou s'ils sont devenus ses héritiers.

*Quid?* si le vrai propriétaire déclaroit qu'il consent que son héritage qui a été vendu au défunt, appartienne à ses enfants, et qu'il approuve la vente qui leur en a été faite? Dumoulin fait une distinction : Si celui qui a vendu l'héritage au défunt, l'avoit vendu, quoique sans pouvoir, au nom de ce vrai propriétaire, en ce cas il convient que, quoique les enfants ne deviennent propriétaires que par cette ratification intervenue depuis la mort de leur père, néanmoins l'aîné doit conserver à toujours son droit d'aînesse dans cet héritage, parce que cette ratification du propriétaire au nom duquel l'héritage a été vendu, a un effet rétroactif au temps du contrat, suivant la règle, *ratihabito mandato comparatur*; de telle manière que le défunt est censé l'avoir véritablement acheté de ce propriétaire, et l'avoir transmis dans sa succession; sinon la propriété de l'héritage, au moins le droit résultant du contrat de vente qui lui a été fait, lequel devant se terminer, comme il s'y est effectivement terminé, par la ratification, à la propriété de cet héritage, pouvoit, par anticipation, passer pour l'héritage, suivant nos principes ci-dessus.

Que si la vente qui a été faite au défunt, n'a pas été faite au nom de ce vrai propriétaire, Dumoulin pense qu'en ce cas, l'héritage doit appartenir aux enfants, par portions égales, à moins que l'aîné ne justifiât que le propriétaire qui a fait cette déclaration, a eu une autre intention. La raison est, qu'en ce cas, les enfants ont cet héritage, non en vertu de la vente qui a été faite à leur père, mais *ex novâ causâ*; le consentement que donne en ce cas le propriétaire, ne pouvant pas passer pour une ratification qui ait un effet rétroactif au contrat de vente, qui n'a point été fait en son nom.

Si, depuis la mort, le propriétaire, dont le défunt possédoit l'héritage, étoit devenu l'héritier de celui qui l'a vendu au défunt, il n'est pas douteux, en ce cas, que l'aîné conserveroit son droit d'aînesse dans cet héritage; car il ne résulte pas de cet événement une acquisition que fassent les enfants de cet héritage, *ex novâ causâ*; mais il en résulte seulement un obstacle contre la revendication que le propriétaire, en auroit pu faire : chacun des enfants en doit

profiter pour la part dont chacun d'eux est saisi ; l'aîné pour la sienne, qui est plus grande, et les puînés pour la leur.

§. IV. En quoi consiste le droit d'aînesse sur les héritages qui y sont sujets ?

Le droit d'aînesse consiste : 1° dans un manoir, c'est-à-dire, une maison à demeurer, que l'aîné a droit de choisir parmi toutes celles de la succession ; 2° dans une certaine quantité de terre, réglée par les coutumes, autour dudit manoir ; 3° dans une portion avantageuse dans le surplus des biens nobles, que nos coutumes de Paris et d'Orléans règlent à deux tiers, quand il n'y a que deux enfants, et à la moitié, quand il y en a un plus grand nombre.

#### Du manoir.

Nos coutumes entendent par manoir, une maison à demeurer. C'est pourquoi, s'il se trouve dans la succession une grange seule, ou un moulin seul, l'aîné ne pourroit pas prendre cette grange ni ce moulin pour son manoir ; car une grange et un moulin, n'étant pas faits pour la demeure des hommes, ne peuvent passer pour manoir.

Que si le moulin contenoit une chambre pour la demeure du meunier, il pourroit passer pour manoir.

Le terme de *manoir* comprend, tant les maisons de ville que de campagne : l'aîné peut choisir une maison de ville, aussi bien qu'une maison de campagne, lorsqu'il s'en trouve dans la succession. La coutume dit que l'aîné a le manoir, ainsi qu'il se comporte et poursuit.

Par ces termes, *ainsi qu'il se comporte*, elle entend que l'aîné le prend en l'état qu'il est. S'il est en mauvais état de réparations, il ne peut pas prétendre en être récompensé, ni que ses puînés soient tenus de contribuer à le réparer.

Par ce terme *poursuit*, la coutume entend que l'aîné a tout ce qui fait partie dudit manoir, tout ce qui est au nombre de ses appartenances et dépendances.

Néanmoins, si, dans ce que renferme le manoir, il y avoit quelque petit terrain qui ne fût pas en fief, il n'appartiendroit pas à l'aîné, qui devroit faire, en ce cas, raison à ses puînés, des parts viriles qui appartiennent à chacun d'eux dans ce terrain ; car l'aîné ne peut exercer son droit d'aînesse, que sur ce qui est tenu noblement.

Il ne peut pas y avoir de difficulté sur ce qui compose un manoir de ville et en fait partie, si ce n'est peut-être sur certaines choses dont on doute si elles sont meubles, ou si elles font partie d'une maison : voyez, à cet égard, le Traité de la division des choses.

A l'égard de ce qui compose un manoir de campagne, la coutume de Paris, art. 13, s'en explique. Elle dit : *Le château ou manoir principal, et basse-cour attenante et contiguë destinée à icelui, encore que le fossé du château, ou quelque chemin, fût entre deux.*

Le manoir est donc composé : 1° du château ou logis du maître (*prætorium*), offices, cuisines, écuries, remises; 2° la cour de ce château, contenue dans le circuit des murs ou fossés; 3° les fossés, car ils font partie du château, dont ils composent la clôture.

S'il y a de l'eau et du poisson dans les fossés, ce poisson appartient à l'aîné, comme faisant partie des fossés, et par conséquent du manoir : voyez le Traité de la division des choses en meubles et immeubles.

4° La basse-cour, ce qui comprend les bâtiments destinés pour l'exploitation des terres, tels que sont les granges, pressoirs, étables, bergeries, logis des serviteurs et servantes de labour.

La coutume de Paris a fort bien observé que la basse-cour ne laissoit pas d'être censée faire un seul manoir avec le château, quoiqu'il y eût un chemin public entre l'une et l'autre.

L'ancienne coutume de Paris réputoit aussi le jardin, quelque grand qu'il fût, faire partie du manoir, et l'accorçoit à l'aîné. Elle s'exprimoit ainsi, art. 8 : *Le fils aîné prend le principal manoir avec le jardin, selon sa clôture, tenu en fief; s'il n'y a jardin, un arpent.*

La coutume réformée de Paris, a restreint le droit de l'aîné, par rapport au jardin, à un arpent, par ces termes de l'art. 13, *et outre un arpent de terre de l'enclos ou jardin.*

Cette restriction de la coutume de Paris, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas; et elle est d'autant plus nécessaire, que le luxe, qui augmente de jour en jour, porte les particuliers à se faire des jardins et des parcs d'une étendue immense : *Jam pauca aratro jugera regie molis relinquunt.*

Cela ne peut pas faire de question dans notre coutume,

qui suppose assez clairement, en l'art. 96, que l'aîné ne peut avoir plus d'un arpent en jardin ou enclos, lorsqu'elle dit : *Si ès successions y a un seul fief, consistant seulement en un manoir, avec basse-cour et enclos d'un arpent. . . .*

Il n'est pas douteux que le four ou pressoir, qui n'est destiné que pour l'usage du père de famille, et qui se trouve dans l'enclos que renferme le manoir, fait partie de ce manoir, et appartient en entier à l'aîné. En est-il de même d'un four ou d'un pressoir bannal ? Les coutumes de Paris, art. 14, et d'Orléans, art. 92, distinguent fort bien le corps du four ou du pressoir, et le droit de bannalité ; elles décident que le corps du four ou du pressoir, se trouvant dans l'enclos du manoir, en fait partie, et, en conséquence, appartient en entier à l'aîné ; mais qu'il n'a que sa portion avantageuse des deux tiers ou de la moitié, suivant le nombre des enfants, dans le droit de bannalité, parce que ce droit est un être intellectuel, une chose incorporelle distinguée du corps du four ou du moulin où ce droit s'exerce, et qui ne fait point, par conséquent, partie du manoir.

Lesdites coutumes, auxdits articles, décident la même chose pour le moulin, quoique non bannal, qui se trouve-roit situé manoir ; elles décident que le corps dudit moulin appartient bien en entier à l'aîné, mais que le profit qui se retire dudit moulin, ne lui appartient point en entier, et se partage comme le reste des biens féodaux, entre lui et ses frères et sœurs. La raison est, que l'aîné ne peut prétendre comme dépendance du manoir, que ce qui est destiné pour l'usage du père de famille. Or, un moulin n'est pas destiné pour l'usage du père de famille, il ne sert pas à moudre seulement ses grains, mais il est destiné à moudre pour le public, et à produire un revenu comme les autres parties intégrantes du fief.

Il n'en est pas de même d'un colombier. Un colombier est destiné pour l'usage du père de famille, et ce n'est que par accident qu'il s'affirme, lorsque le père de famille n'étant pas sur le lieu, n'en peut pas jouir par lui-même. C'est pourquoi nulle difficulté que les puînés n'y peuvent rien prétendre.

Nos coutumes accordant part aux puînés, dans les revenus du moulin bannal ou non bannal, et dans ceux du four et du pressoir bannal, il s'ensuit que ces puînés qui ont part au profit, doivent porter une part proportionnée dans les

charges. Nos coutumes, aux articles ci-dessus cités, s'en expliquent; et sont tenus les puînés contribuer aux frais de moulants, tournants et travaillants dudit moulin, corps du four et pressoir, et ustensiles d'iceux.

Qu'entendent les coutumes par ces termes, *contribuer aux corps de four et pressoir*? Est-ce à dire qu'ils doivent contribuer aux réparations qui seroient à faire au corps de four ou pressoir, puisqu'il sert à l'exercice de la bannalité, dont ils partagent les profits? L'aîné ne pourroit-il pas même prétendre plus; savoir, que les puînés qui, ayant part au profit de la bannalité, doivent contribuer à tout ce qui sert à son exercice, lui dussent payer, pour la part qu'ils ont dans le profit de la bannalité, le loyer du corps du four ou pressoir qu'il fournit seul pour l'exercice de la bannalité, puisque ce corps du four ou du pressoir appartient à lui seul? Et, en ce cas, recevant le loyer, il devoit être chargé seul des réparations.

Les puînés, de leur côté, peuvent prétendre que l'aîné devant contribuer seul, pour la moitié aux ustensiles, puisqu'il a la moitié du profit, et ne se trouvant propriétaires que d'une portion virile dans les ustensiles qui se sont trouvés dans la succession, lesquels sont des meubles, il doit racheter d'eux ce qui manque de la portion pour laquelle il doit contribuer auxdits ustensiles, ou leur en payer le loyer.

Quoique les coutumes accordent aux puînés, leur part dans les revenus des fours et pressoirs bannaux, et du moulin bannal ou non bannal, elles permettent néanmoins à l'aîné de retenir le total, en récompensant ses puînés, soit en héritages de la succession, soit en deniers.

On ne doit pas comprendre parmi ce qui fait partie du manoir, les droits de justice et de mouvances féodales et censuelles. Il est vrai que l'exercice de ces droits se fait au château ou principal manoir; mais ces droits sont en eux-mêmes quelque chose de très-différent du château, puisque ce sont des êtres incorporels et intellectuels; ces droits sont des parties intégrantes du fief, dans lesquelles l'aîné n'a droit d'avoir que sa portion avantageuse, comme dans le reste du fief. Il est néanmoins de la prudence du commissaire au partage, de ne les pas diviser, et de les assigner en entier dans le lot de l'aîné, en récompensant les puînés, en autres héritages.

A l'égard du droit de patronage, Duplessis pense qu'il doit appartenir à l'aîné en entier : ce n'est pas qu'il fasse partie du manoir, car il est attaché à l'universalité de la terre; mais c'est que ce droit est indivisible, et qu'il consiste en des honneurs qui ne sont point appréciables à prix d'argent.

Les coutumes, outre le manoir, accordent encore à l'aîné une certaine quantité de terres autour du manoir, qu'elles appellent vol de chapon, comme qui diroit ce que peut parcourir de terre un chapon volant. Cette quantité de terre est différemment réglée par les coutumes; celles de Paris et d'Orléans le fixent à un arpent.

Voici comme s'explique celle de Paris : *Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir... ; et en outre à lui appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant il y en a.*

Lorsque le jardin ou enclos est spacieux, l'aîné ne peut donc y prendre, qu'un arpent, et cet arpent doit être pris dans le terrain le plus proche du manoir, suivant qu'il résulte de ces termes, *joignant ledit manoir.*

Si le jardin ou enclos joignant le manoir, contenoit moins d'un arpent, l'aîné devroit s'en contenter, et ne pourroit point prétendre de supplément : c'est ce qui résulte de ces termes, *si tant il y en a.*

Il en résulte aussi que, s'il n'y avoit aucun jardin ni enclos qui dépendit du manoir, l'aîné n'auroit point de vol de chapon, et ne pourroit pas demander un arpent de terre aux environs du manoir; car la coutume lui donne, non un arpent indéfini, mais un arpent de l'enclos ou jardin, *si tant il y en a*; donc, s'il n'y en a point, il ne doit rien avoir.

Que, s'il n'y avoit point de manoir, la coutume de Paris, art. 18, lui accorde un arpent de terre où il voudra, au lieu de manoir. *S'il n'y a manoir principal en un fief. . . . ains seulement terres labourables, le fils aîné peut avoir un arpent de terre en tel lieu qu'il voudra...*

C'est une question s'il ne peut prendre, en ce cas, qu'un arpent de terre nue. Dumoulin, sur l'art. 11 de l'ancienne coutume de Paris, gloss. 1, n. 1, suppose qu'il peut prendre cet arpent en vignes, en pré, aussi bien qu'en terres d'autre nature. Il fait plus de difficulté à l'égard des terres plantées en bois de haute futaie; néanmoins il décide qu'il peut prendre son arpent en cette nature, non pas néanmoins indis-

unctement, mais seulement dans le cas où il resteroit dans la succession assez de bois de haute futaie, pour que les cadets en eussent au moins pour eux tous, un arpent.

A l'égard d'une terre où on auroit fait un étang, ou dans laquelle on auroit ouvert une mine ou une carrière, ou sur laquelle il y auroit un moulin, ou quelque autre édifice construit, il convient que l'aîné n'y peut pas prendre son arpent, à moins qu'il n'offrit de transférer, à ses dépens, l'étang ou l'édifice, dans un autre lieu aussi commode. Ses raisons sont, que ces termes de la coutume, *peut avoir un arpent de terre*, ne signifient pas un terrain bâti, ou sur lequel on ait établi des ouvrages, tels que sont des mines et des carrières : *Debet intelligi de simplici spatio terræ*. Il tire encore un argument de ces autres termes de la coutume, où il n'y a que terres labourables, pour en conclure que la coutume a entendu que cet arpent seroit de *terræ arabili*, non autem quandò alia notabilis qualitas accederet excedens valorem, et rationem simplicis terræ. *Facit* (ajoute-t-il), *quod in materia strictâ appellatione simplici, non venit simplex qualificatum*.

Ceux qui ont écrit, depuis Dumoulin, sur la coutume de Paris, Brodeau, Ricard, Lemaître, ont encore restreint son sentiment. Ils prétendent que l'aîné ne peut prendre son arpent en bois, en pré, en vignes, qu'à défaut de terres labourables. Les raisons même de Dumoulin, rapportées ci-dessus, peuvent servir à établir ce sentiment, qui seroit encore beaucoup plus incontestable, s'il étoit vrai, comme ils le conjecturent, que l'esprit de la coutume, en accordant à l'aîné cet arpent, a été de lui donner une place pour se construire un manoir, n'en trouvant point dans la succession.

Observez que cet arpent de terre n'étant accordé, par la coutume, qu'à défaut d'un manoir, s'il s'en trouve un dans la succession, quel qu'il soit, et en quelque mauvais état qu'il soit, il doit s'en contenter, et il ne seroit pas recevable à le laisser, pour prendre ailleurs un arpent de terre. C'est ce qui résulte de ces termes de la coutume, *s'il n'y a manoir principal*. Dumoulin décide ainsi, *art. 18, gloss. 1, in principio*.

Il résulte des mêmes termes, comme l'observe Dumoulin, *dicto loco*, qu'une cabane de berger ne peut passer pour manoir.

Passons à la coutume d'Orléans. Elle s'explique ainsi tou-

chant le vol du chapon, prendra un manoir. . . . avec le vol du chapon, estimé à un arpent de terre, à l'entour dudit manoir, s'il y a tant de terre féodale joignant ledit manoir.

Cet arpent de terre se prend dans le jardin ou enclos, s'il y en a un qui dépend du manoir ; s'il n'y en a point, l'ainé ne laissera pas de prendre cet arpent, s'il se trouve de la terre joignant le manoir suffisamment pour fournir ledit arpent. Pareillement, si le jardin est de moindre contenance, il pourra prendre de quoi parfaire l'arpent, dans la terre féodale joignante.

Pour fournir cet arpent, on doit, comme l'observe de Lalande, poser la chaîne en dehors des fossés, ou autre clôture du manoir ; si le manoir n'a point de clôture, on pose la chaîne au pied du mur de la maison.

L'ainé prend cet arpent, en quelque nature de terre que se trouve la terre joignante le manoir, soit en vignes, soit en verger, soit en futaies, etc.

La terre ne laisse pas d'être censée joignant le manoir, quoiqu'il y ait un chemin public entre l'un et l'autre.

L'arpent de terre est accordé à l'ainé, par notre coutume, comme un accompagnement et un accessoire du manoir ; c'est pourquoi s'il n'y a point de manoir, l'ainé ne pourra prétendre rien pour le vol du chapon. C'est ce qui résulte de ce terme, *avec le vol*, etc. C'est le sentiment de de Lalande et de l'Auteur des Notes de 1711. Notre coutume n'a point adopté la disposition de la coutume de Paris, qui donne un arpent de terre, à défaut de manoir. Il nous reste à observer que cet arpent se règle suivant la mesure qui a lieu dans le territoire où le manoir est situé.

Si l'ainé peut prendre pour son manoir, la créance d'un manoir, ou une rente à prendre sur un manoir.

La créance d'un héritage, lorsqu'elle doit se terminer à avoir l'héritage, étant, suivant que nous l'avons déjà observé, considérée par anticipation, comme étant en quelque façon l'héritage même auquel elle doit se terminer, il s'ensuit que, si quelqu'un a laissé dans sa succession la créance d'un manoir féodal, *putà*, s'il a acheté une maison tenue en fief, qui ne lui a point été livrée de son vivant, son fils aîné pourra prendre pour son manoir, cette créance, et se faire livrer, par le vendeur, la maison qu'il a vendue au défunt.

C'est une autre question, si l'aîné peut prendre, pour son manoir, une rente seigneuriale qui se trouve dans la succession à prendre sur un manoir. *Finge* : une personne donne à rente une maison féodale, en s'en retenant la directe et la charge d'en porter la foi, et laisse cette rente dans sa succession; l'aîné pourra-t-il la prendre pour son manoir? Notre coutume, *art. 93*, décide qu'il le peut; la raison est, que la seigneurie directe du manoir sur lequel la rente est à prendre, étant attachée à cette rente, cette rente peut, en quelque façon, être considérée comme le manoir même sur lequel elle est à prendre, puisque celui à qui appartient cette rente, est le seigneur direct de ce manoir.

Notre coutume se contente même qu'il reste une mesure, ou apparence de manoir sur laquelle cette rente soit à prendre, pour que l'aîné puisse prendre cette rente à la place d'un manoir.

Suivant ce même principe, elle décide en l'article suivant, que si la rente seigneuriale est à prendre, tant sur un manoir que sur des terres qui en dépendent, l'aîné pourra prendre, en ce cas, dans cette rente, au lieu et place de manoir, une portion de cette rente, proportionnée à ce qu'est le manoir et vol de chapon, par rapport aux autres terres sur lesquelles la rente est à prendre, sauf à partager avec ses puînés le surplus de ladite rente, comme se partagent les biens féodaux.

Ces dispositions de nos coutumes d'Orléans, doivent-elles être suivies dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent pas? Je ne le pense pas. Le manoir est donné par les coutumes, à l'aîné, pour l'habiter, et, par conséquent, les coutumes n'ont entendu parler que d'un manoir en nature, et non pas d'une rente à prendre sur un manoir. La question peut souffrir difficulté, et M. R. est d'avis contraire au nôtre.

Si l'aîné peut prendre un manoir dans chacune des successions de père, mère, aïeul, etc.

Notre coutume, *art. 97*, a apporté une limitation au droit de l'aîné, touchant le manoir, qui est, *qu'il ne peut demander prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, c'est à savoir en succession de père, ou en succession de mère.*

La coutume de Lorris, *tit. 1, art. 24*, contient la même disposition mot pour mot. Elle ajoute : *Toutefois si lesdites*

*deux successions avoient audit fils, et il n'y eût qu'un manoir commun entre le père et la mère, conquêt de leur communauté, quand viendra à la succession du dernier décédé, l'ainé prendra l'autre moitié dudit manoir, qui ne seront, en ce cas, réputés que pour un manoir.*

La coutume de Dunois, article 10, contient la même disposition et semblable explication. Après sa disposition conçue en mêmes termes que celle de notre coutume, elle ajoute, *pourvu que tel manoir soit entier.*

Cette explication doit-elle être suivie dans notre coutume, et en conséquence l'ainé qui a pris par préciput la moitié d'un conquêt dans la succession du premier décédé de ses père et mère, peut-il prendre l'autre moitié du même conquêt qui se trouve dans la succession du dernier décédé ? Je pense avec de Lalande qu'il le peut. La coutume de Lorris n'ayant autrefois fait qu'une seule et même coutume, elles doivent se servir d'interprètes l'une à l'autre. Cette interprétation est encore fortifiée par une pareille interprétation, qui se trouve dans la coutume de Dunois, voisine de la nôtre, et qui paroît en avoir emprunté beaucoup de dispositions. Cette interprétation est d'ailleurs prise dans la raison même sur laquelle paroît fondée la disposition de notre coutume, qui est que le manoir étant accordé à l'ainé pour son logement, et l'ainé n'ayant besoin que d'un seul logement, notre coutume a jugé qu'il ne devoit avoir qu'un seul manoir dans les deux successions de père et de mère, qu'elle a, à cet effet, réuni sous un même point de vue, et considéré comme une même succession. Or, le fils aîné qui, après avoir pris la moitié d'un manoir conquêt, dans la succession de son père, prend ensuite dans celle de sa mère l'autre moitié de ce même manoir, se trouve n'avoir qu'un seul manoir pour les deux successions ; car les deux moitiés d'un même manoir ne font qu'un seul manoir : il n'a donc rien de plus que ce que la coutume a voulu lui accorder, savoir, un manoir pour les deux successions.

S'il s'étoit trouvé dans la succession du premier décédé, une moitié de manoir que l'ainé eût prise pour son préciput, et qu'ils se trouvât dans la succession de l'autre, la moitié d'un autre manoir, l'ainé pourroit-il prendre encore cette moitié de l'autre manoir ? Non : de même que si, dans une même succession, il se trouvoit deux manoirs qui n'appartiassent chacun que pour moitié à la succession, l'ainé

ne pourroit pas prétendre les avoir l'un et l'autre : de même, dans cette espèce, les deux successions de père et de mère étant considérées sous un seul point de vue, et comme une seule et même succession, il ne peut pas les prétendre l'une et l'autre; car deux moitiés d'un seul manoir font bien un seul manoir; mais les moitiés de différents manoirs ne font pas un seul manoir : ce sont deux manoirs que l'aîné auroit, à la vérité, chacun pour moitié seulement, mais il ne peut en avoir qu'un.

L'aîné qui a pris dans la succession de son père, premier décédé, un manoir, peut-il, en le rapportant, en choisir un autre dans la succession de sa mère? Les coutumes de Châteauneuf, *art. 5*, et d'Auxerre, *art. 55*, le lui permettent expressément, et je pense que c'est aussi l'esprit de la nôtre, quoiqu'elle ne s'en exprime pas. Notre coutume, comme toutes les autres, accorde à l'aîné le choix d'un manoir, en réunissant les successions du père et de la mère; elle accorde à l'aîné le choix entre les manoirs de l'une et de l'autre succession; son choix ne peut donc être consommé que lorsque l'une et l'autre succession sont échues; car, pour qu'un choix soit consommé, il faut qu'il ait été fait entre toutes les choses entre lesquelles le choix est accordé : *l. 4; et l. 5, ff. de opt. leg.* Or, l'aîné ne peut faire son choix entre tous les manoirs des deux successions, telle qu'il lui est accordé, que les deux successions ne soient échues, il ne consomme donc pas son choix, en prenant un manoir dans la succession du prédécédé; ce choix qu'il fait ne peut être regardé que comme un choix provisionnel, et il peut en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, en rapportant celui qu'il a pris.

Lorsque l'aîné qui a pris un manoir dans la succession du premier décédé, le laisse pour en prendre un autre dans la succession du dernier décédé, il doit non-seulement rapporter à partage celui qu'il a pris dans la succession du premier, mais aussi faire raison des jouissances à ses puînés, pour la part qui leur en appartient; car, ce manoir n'étant pas celui qu'il doit avoir par préciput, au moyen de ce qu'il en a choisi un autre, il ne devoit lui appartenir que pour les deux tiers ou moitié, selon le nombre des enfants; ayant joui du total, il doit faire raison à ses puînés, des jouissances de l'autre tiers ou de l'autre moitié.

La question ne laisse pas de souffrir difficulté. M. R.

pense, au contraire, qu'il n'est point obligé au rapport des jouissances ; que la coutume, en décidant que l'aîné ne pourroit prétendre un manoir qu'une fois dans l'une ou dans l'autre succession, n'a voulu autre chose, sinon qu'il n'en eût pas deux à la fois, parce qu'il n'en a pas besoin de deux pour se loger ; mais qu'elle n'a pas entendu empêcher qu'il en eût un dans la succession du prédécédé, en attendant qu'il en prit un autre dans celle du survivant, puisqu'il a besoin d'être logé en attendant. Cette interprétation me paroît faire violence au texte, qui porte en termes formels : *qu'il ne pourra avoir prérogative d'aînesse, quant au manoir, qu'une fois seulement, en succession de père ou en succession de mère.*

S'il l'a dans la succession du dernier décédé, il ne peut pas l'avoir en tout dans celui du premier décédé, puisque la coutume dit ne l'avoir qu'une fois, et seulement dans l'une des deux successions ; il ne peut donc pas même en garder les jouissances jusqu'à l'ouverture de l'autre succession.

Il y a d'autres cas où l'aîné, qui a pris un manoir, en peut prétendre un autre, au lieu de celui qu'il a pris.

1° Lorsque l'aîné a fait son choix étant mineur, et qu'il a été lésé dans ce choix, il peut se faire restituer contre ce choix : *l. 7, §. 7, ff. de min.*

2° Si le manoir qu'il a choisi, lui a été évincé, parce qu'il n'appartenoit point à la succession, il peut en prétendre un autre, s'il s'en trouve dans la succession. La raison en est évidente : la coutume lui accorde le choix d'un manoir de la succession ; le choix erroné qu'il fait d'un manoir, qui n'en est pas, n'est pas celui que la coutume lui accorde : on ne peut donc pas dire qu'il ait consommé son choix.

Si le manoir appartenoit à la succession, mais étoit sujet à un droit de réversion, ou à quelque autre cause d'éviction que l'aîné, lorsqu'il a fait son choix, n'ait su ni pu savoir, il y a lieu de penser qu'il peut encore, en ce cas, en prendre un autre ; car un choix doit être fait avec connoissance, pour être consommé ; un choix erroné n'est pas un choix, *errantis enim nulla voluntas*. L'aîné, en faisant son choix, n'a voulu choisir ce manoir, qu'en tant qu'il le croyoit appartenir effectivement à la succession, *alids non electurus*.

Si le manoir qui lui a été évincé, sans restitution de fruits,

étoit d'un revenu plus considérable que l'autre qu'il a pris à la place, il doit faire raison à ses puînés, de leur portion dans l'excédent.

La disposition de notre coutume, que nous interprétons, est établie en faveur des frères et sœurs germains de l'aîné, qui a déjà pris un manoir dans la succession de leur commun père, suivant que l'observe Dumoulin en ses Notes : *Si illud accepit (dit-il) in successione communis patris, non debet rursus capere in successione communis matris et contrà; secus, si parens in cujus successione accepit, non esset communis.*

Suivant ce principe, un aîné qui n'a que des frères consanguins, nés d'un autre père que lui, et des frères utérins, nés d'une autre mère, peut, après avoir pris un manoir dans la succession de son père, en prendre encore un autre dans la succession de sa mère. Ses frères utérins ne peuvent pas lui opposer qu'il en a pris un dans la succession de son père; car l'aîné ne l'a pas pris à leurs dépens, n'ayant pris dans une succession à laquelle ils n'avoient aucun intérêt.

La coutume, par cet article, a voulu que l'aîné n'eût pas l'avantage d'un double manoir sur ses frères; l'avantage du manoir qu'il a eu dans la succession de son père, n'étant pas un avantage qu'il ait eu sur ses frères utérins, que cette succession ne concernoit pas, il n'aura sur eux l'avantage que d'un seul manoir, en le prenant encore dans la succession de sa mère, et par conséquent rien de plus que ce que la coutume lui accorde.

Si l'aîné, qui a déjà pris un manoir dans la succession de son père, premier décédé, vient ensuite à la succession de sa mère avec ses frères et sœurs utérins, et avec un frère puîné-germain, sur lequel il a eu déjà l'avantage d'un manoir dans la succession du père, il ne pourra pas en prendre un dans la succession de sa mère, son frère puîné-germain, sur lequel il a déjà eu l'avantage d'un manoir, l'en exclut; ses frères et sœurs utérins en profiteront, et auront leur portion de puîné dans le manoir de la succession de la mère: *Nec est novum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non habet, ex personâ alterius habeat.* Voyez-en des exemples dans les Pandectes, au Titre de *honor possess. cont. tab.*, n. 11 et 25.

*Quid?* si ce puîné-germain renonçoit à la succession de la mère, l'aîné y pourroit-il prétendre un manoir? Il semble, qu'en ce cas, l'aîné ne peut être empêché de le prendre;

ses frères utérins n'ont pas droit de l'en empêcher ; son frère-germain ne peut pareillement l'empêcher de prendre un manoir dans une succession à laquelle il a renoncé, n'ayant aucun intérêt de l'empêcher, puisqu'il a renoncé à cette succession. Nonobstant ces raisons, je pense que, même en ce cas, l'aîné ne pourra prendre de manoir en la succession de sa mère. Quoique le frère-germain puîné ait renoncé, il suffit que la succession lui ait été déferée, pour que la succession du manoir n'ait point été déferée en total à l'aîné, mais seulement pour sa portion avantageuse, c'est-à-dire, pour la moitié ; l'autre moitié a été déferée à ce frère puîné-germain qui a renoncé, et aux utérins ; par la renonciation de ce puîné, la succession n'est pas mise au même état que si elle ne lui eût point été déferée en tout ; mais, selon qu'il est décidé par les *articles* 310 de la coutume de Paris, et 359 d'Orléans, elle accroît à tous les autres enfants, à l'aîné comme aux autres, sans aucune prérogative d'aînesse.

L'aîné peut-il prendre un manoir dans la succession de sa mère, dernière décédée, lorsque ses puînés, avec lesquels il vient à cette succession, ont renoncé à celle du père, premier décédé ? Je pense qu'il ne le peut ; car, quoique ses puînés aient renoncé à la succession du père, il ne laisse pas d'être vrai que l'aîné a déjà eu sur eux l'avantage du manoir dans la succession du père, à laquelle ils n'ont peut-être renoncé qu'à cause de cet avantage ; il auroit donc double avantage sur eux, s'il en prenoit encore un dans la succession de la mère, ce que la coutume ne permet pas.

Il nous reste à observer, que la disposition de notre coutume, qui ne permet à l'aîné de prendre qu'un seul manoir pour les successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre à celle des aïeux ; c'est pourquoi l'aîné, qui a déjà eu un manoir dans la succession de son père, ne laissera pas d'en prendre un dans la succession de son aïeul qui lui écheroit depuis. La raison est, que la disposition de la coutume n'ayant parlé que des successions de père et de mère, ne doit pas s'étendre hors de ces termes. C'est ce qu'a remarqué Dumoulin, sur l'*art.* 27 de notre ancienne coutume : *Non debet fieri extensio ad successiones avi et avie, quia iste paragraphus exorbitat à regulâ communi consuetudinum.*

Autres cas auxquels l'aîné ne peut prétendre le préciput d'un manoir entier.

La loi coutumière, qui accorde à l'aîné un manoir entier avec le vol du chapon, doit céder à la loi naturelle, qui accorde à chaque enfant une légitime dans les biens de leurs père et mère. C'est pourquoi, si, outre le manoir et le vol du chapon, il ne se trouve pas d'autres biens en suffisante quantité, les puînés peuvent se récompenser de ce qui s'en manque sur le manoir de l'aîné, qui ne l'aura pas, en ce cas, en entier. C'est la disposition de l'article 17 de la coutume de Paris, qui, étant fondée sur la loi naturelle, doit être suivie partout.

Observez que la coutume de Paris, par cet article, permet à l'aîné de garder le total, en récompensant en argent ses puînés.

La légitime étant fixée, par la coutume de Paris, à la moitié de la portion héréditaire de chaque enfant; s'il n'y en a que deux, la légitime du puîné sera le sixième dans les biens nobles, et le quart dans les autres biens; s'il y en a plusieurs, la légitime de tous les puînés ensemble sera le quart des biens nobles, et la moitié de la portion virile dans les autres biens.

Notre coutume, article 96, contient encore un cas auquel l'aîné ne prend point le manoir et le vol du chapon en entier, et y a seulement sa portion avantageuse, c'est-à-dire, la moitié ou les deux tiers, selon le nombre des enfants. C'est le cas où il ne se trouveroit point d'autres immeubles dans la succession.

Au reste, elle permet à l'aîné de récompenser en argent ses puînés, de leurs portions.

Cet article est différent de celui de celle de Paris et du droit commun, en ce qu'il prive l'aîné de l'avantage du manoir, quand même il y auroit en biens meubles plus qu'il ne faut pour la légitime des puînés; notre coutume se contentant pour l'en priver, qu'il n'y ait point d'autres immeubles.

S'il y avoit d'autres biens immeubles, mais en si petite quantité qu'ils ne suffisent pas pour la légitime des puînés, il faudroit suivre, en ce cas, la disposition de la coutume de Paris.

Cette légitime se règle comme nous l'avons dit ci-dessus.

Cas auquel l'ainé peut avoir plusieurs préciputs de manoir dans la succession d'une même personne.

Lorsque, dans la succession d'une même personne, il se trouve plusieurs manoirs situés dans différents territoires de coutumes qui accordent à l'ainé un manoir, l'ainé peut prendre par préciput un manoir et le vol de chapon dans chacun des territoires de ces différentes coutumes. La raison est, que les coutumes sont des lois indépendantes les unes des autres : d'où il suit que chaque coutume défère la succession des biens situés dans son territoire, indépendamment l'une de l'autre, et que ce qu'une a réglé pour les biens situés dans son territoire, ne peut limiter ni modifier la succession des biens situés dans un autre territoire sur lequel elle n'a point d'empire. C'est pourquoi, si, dans la succession d'une même personne, il se trouve différentes terres situées dans le bailliage d'Orléans, dans celui de Blois et dans celui de Chartres, le fils aîné prendra le manoir que lui donne la coutume d'Orléans dans les biens de son territoire, celui que lui donne celle de Blois dans le sien, et celui que lui donne celle de Chartres. Ce sont comme autant de différentes successions d'une même personne, indépendantes, comme nous l'avons dit, les unes des autres.

De la portion avantageuse de l'ainé, dans le surplus des biens nobles.

Les coutumes de Paris et d'Orléans accordent à l'ainé, outre le manoir et le vol du chapon, une portion plus avantageuse que celle de chacun de ses puînés, dans le surplus des biens nobles.

Elle règle cette portion aux deux tiers, lorsqu'il n'y a que deux enfants appelés à la succession, et à la moitié, lorsqu'il y en a un plus grand nombre.

De là naît une question, si on doit compter dans le nombre des enfants, celui qui renonce à la succession, même gratuitement. Dumoulin, sur le §. 13, *gloss.* 4, décide qu'il ne doit pas être compté; et que, lorsque de trois enfants l'un des deux puînés renonce, l'ainé doit avoir les deux tiers des biens nobles de la succession. Il semble que les termes de la coutume de Paris favorisent cette décision de Dumoulin; car elle dit, *art.* 15, *quand père et mère délaissent seulement deux enfants venants à leur succession, au fils aîné appartient les deux tiers, etc.*; et, dans l'article suivant, *s'il y a plusieurs en*

*fants excédants le nombre de deux venants à leur succession, au fils aîné appartient la moitié. Ces termes, venants à leur succession, employés dans les deux articles, semblent décider que, pour régler la part de l'aîné, eu égard au nombre des enfants, on ne doit avoir égard qu'à ceux qui sont venants à la succession, et que ceux qui y ont renoncé, ne doivent point être comptés. Nonobstant ces raisons, je pense qu'il faut dire que le renonçant doit être compté, et que l'opinion de Dumoulin a été rejetée, lors de la réformation de la coutume de Paris, par l'art. 310, qui porte, que la part de l'enfant qui s'abstient, accroît aux autres enfants héritiers, sans aucune prérogative d'ainesse de la portion qui accroît. Ces derniers termes, sans aucune prérogative d'ainesse, etc., ont été ajoutés lors de la réformation, et condamnent clairement l'opinion de Dumoulin : cet auteur pensoit que la part du puîné qui renonçoit, accroissoit à l'aîné et à l'autre puîné non également, mais au prorata du droit de chacun d'eux. Finge : il y a trois enfants, l'un des puînés renonce; la portion de ce renonçant auroit été un quart ou trois douzièmes, suivant Dumoulin ; l'aîné, qui a dans les fiefs une portion double de celle de ses puînés, doit prendre, dans cette portion du renonçant, une portion double, qui est de deux douzièmes, et le puîné l'autre douzième : ces deux douzièmes, avec la moitié ou les six douzièmes qu'a voit de son chef l'aîné, font huit douzièmes, qui font justement les deux tiers ; d'où il suit que l'aîné, en ce cas, la même portion dans les fiefs, qu'il auroit, si ce puîné qui a renoncé n'eût point existé du tout ; et, de là, il suit que le puîné qui a renoncé n'est point compté, lorsqu'il s'agit de régler si l'aîné aura les deux tiers ou la moitié : mais cette opinion de Dumoulin est manifestement rejetée par l'art. 310, qui porte, que la portion du renonçant accroît aux autres, sans prérogative d'ainesse. Pour que cette portion accroisse ainsi, il faut donc assigner à ce renonçant la portion qu'il auroit eue, s'il eût accepté la succession, laquelle portion est dans notre espèce le quart ; ce quart, selon cet article, devant accroître à l'aîné et à l'autre puîné, acceptant également et sans prérogative d'ainesse ; il s'en suit que le puîné acceptant, aura un quart et un huitième ou trois huitièmes, et que l'aîné aura seulement une moitié et un huitième, ou cinq huitièmes, et non pas les deux tiers ; le renonçant doit donc être compté pour régler la*

part que doit avoir l'aîné : il suit de là que les termes de *venants à la succession*, employés dans les articles 15 et 16, ne doivent pas s'entendre *cum effectu* et dans un sens étroit, mais dans un sens large, et qu'ils doivent se prendre pour *appelés à la succession*.

Lebrun, nonobstant ces raisons, pense que même, en ce cas, aujourd'hui le puîné qui renonce ne doit point être compté, et que l'aîné qui partage avec l'autre puîné, doit prendre les deux tiers ; mais ce sentiment ne se peut tirer de l'article 310, qui décide clairement le contraire, qu'en disant que cet article ne s'entend que du cas auquel l'aîné renonce, et que la coutume n'a voulu dire autre chose, sinon que, par cette renonciation, la prérogative d'aînesse ne passoit point au second fils, qui ne devoit point, par cette renonciation, l'aîné ; mais cette interprétation ne convient pas au texte qui est général, et comprend, par conséquent, le cas d'un puîné qui renonce, aussi bien que celui de l'aîné qui renonce. Si la coutume n'eût entendu parler que de ce dernier cas, elle auroit dit, la part de l'aîné, et non pas la part de l'enfant. Cet article a, comme le remarque fort bien Laurière, décidé deux questions : l'une, que le droit d'aînesse de l'aîné renonçant, ne passoit pas au second fils ; l'autre, que la part du puîné renonçant, accroissoit également, *et in viriles*, à l'aîné et aux puînés, et non pas, comme l'avoit pensé Dumoulin, au prorata du droit que chacun avoit dans les fiefs. Cette décision est fondée en grande raison ; car, suivant ce que nous verrons ci-après, ce que l'aîné a de plus que les autres dans les fiefs, il l'a à titre de préciput, et il n'a pas une portion différente de celle de ses frères et sœurs ; d'où il suit qu'il ne doit pas avoir une portion différente de la leur dans la portion du renonçant, puisque, selon les principes du droit d'accroissement, l'accroissement se fait *proportionibus hæreditariis* : l. 59, §. 3, ff. de hæred. institut.

Notre décision doit avoir lieu pareillement dans la coutume d'Orléans, qui, dans l'art. 359, a une disposition semblable à celle de l'art. 310 de celle de Paris : il y a même moins de difficulté ; car elle dit simplement, entre trois ou plusieurs enfants : elle ne dit pas, comme celle de Paris, *venants à la succession*.

Il nous reste à observer, que l'aîné ne peut pas prétendre avoir, dans chacun des héritages féodaux, la portion avan-

tageuse que la coutume lui accorde, et qu'il suffit qu'il ait dans le total cette portion, qui doit lui être délivrée par les commissaires qui feront le partage entre lui et les puînés, à la commodité réciproque de toutes les parties.

S. V. A quel titre l'aîné a-t-il son droit d'aînesse?

L'aîné ne peut prendre son droit d'aînesse, qu'à titre d'héritier; il ne peut l'avoir qu'il n'accepte la succession; il en est saisi comme des autres biens de la succession.

Mais ce qu'il a, en conséquence de ce droit d'aînesse, de plus que ses puînés, n'est pas considéré comme portion héréditaire, plus grande que celle de ses puînés, mais comme un préciput légal qu'il prend hors part; et il n'est, au reste, censé héritier, que pour sa portion virile et égale à celle de ses autres frères.

C'est par cette raison, qu'il n'a pas plus que chacun de ses puînés, dans la portion de celui qui renonce à la succession, suivant que nous l'avons remarqué ci-dessus.

C'est par la même raison, qu'il n'est pas tenu, plus que chacun de ses frères, des dettes de la succession, suivant que nous le verrons au chapitre cinquième.

S. VI. Si les père ou mère peuvent donner atteinte au droit d'aînesse.

Le droit d'aînesse est, dans tout ce qu'il contient, une légitime que la coutume accorde à l'aîné dans les biens nobles de la succession, à laquelle les père ou mère, ou autres ascendants, ne peuvent donner aucune atteinte.

La légitime de droit de l'aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l'aîné auroit eu, si le défunt n'eût fait aucune donation ni legs; mais la légitime féodale est le total que la coutume lui accorde.

La légitime féodale a, d'un autre côté, cela de moins que la légitime de droit; que celle-ci ne peut recevoir d'atteinte; non-seulement par des legs, mais ni même par des donations entre vifs, soit qu'elles soient faites à d'autres enfants, soit qu'elles soient faites à des étrangers; au lieu que la légitime féodale peut être diminuée, ou même réduite à rien, par des dispositions ou donations entre vifs faites à des étrangers. La raison est, que la coutume n'accorde à l'aîné ce droit d'aînesse, que dans les biens nobles qui se trouvent dans la succession du défunt, et lui appartiennent lors

de son décès ; et ne lui accorde , par conséquent , aucun droit dans ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre vifs , puisqu'ils ne se trouvent plus dans la succession du défunt , et , par conséquent , l'aîné n'a rien à y prétendre , et ne peut quereller ces donations.

Par la même raison , un père et une mère peuvent , par une convention avec le seigneur , commuer en censive les biens qu'ils tenoient noblement , sans que leur aîné puisse s'en plaindre ; car la loi ne lui donne de droit , que dans ceux qui se trouveront tenus noblement lors du décès , qui se trouveront de cette qualité dans la succession.

Peuvent-ils diminuer le droit d'aînesse , par des donations entre vifs , de leurs héritages féodaux à leurs puînés ? Il n'y a pas lieu à la question , au cas auquel le puîné donataire accepte la succession ; car le puîné étant , en ce cas , obligé de rapporter à la masse de la succession , l'héritage qui lui a été donné , il n'est pas douteux que cet héritage rentrant , par le rapport , dans la succession , l'aîné y exerce son droit d'aînesse ; d'où il suit que la donation qui en a été faite au puîné , ne préjudicie point au droit d'aînesse.

La question tombe donc sur le cas auquel le puîné donataire se tiendrait au don qui lui en a été fait. Dumoulin , §. 13, *gloss.* 3, n. 15 et 16, sur cette question , avoit pensé que cet héritage ne se trouvant point dans la succession du donateur , n'étoit point sujet à la légitime féodale de cet aîné , qui ne lui étoit accordée que dans les fiefs et biens nobles de la succession , et qu'en conséquence cet aîné , qui avoit d'ailleurs sa légitime de droit franche , ne pouvoit quereller cette donation ; à moins , ajoute cet auteur , qu'il ne parût que cette donation n'eût été faite manifestement en fraude du droit d'aînesse , et n'eût eu d'autre motif que de l'anéantir : comme si un père donnoit tous ses fiefs à un puîné , sans qu'aucun établissement de ce puîné , par mariage ou autrement , eût donné occasion à cette donation.

Cette opinion de Dumoulin , quoique conforme aux principes , n'a pas été suivie ; et la jurisprudence des arrêts a établi que les père et mère , quoiqu'ils pussent anéantir entièrement le droit d'aînesse par des donations entre vifs envers des étrangers , ne pouvoient pas néanmoins y donner la moindre atteinte par des donations entre vifs , faites à

quelques-uns de leurs puînés ; que les héritages féodaux donnés aux puînés, quoiqu'ils se tinssent à leur don, devoient être compris et comptés dans la masse des biens nobles et féodaux, dont l'aîné devoit avoir la moitié ou les deux tiers, eu égard au nombre des enfants, outre son manoir et vol de chapon ; et que si, par rapport à la donation faite au puîné, il ne restoit pas dans la succession de quoi fournir à l'aîné cette portion de biens nobles, et sa légitime de droit dans les autres biens, il pouvoit quereller la donation du puîné, et la faire réduire.

Il y a même lieu de penser qu'un père ou une mère ne peuvent préjudicier au droit d'aînesse, en vendant à leur puîné un héritage féodal, et qu'il doit être fait raison, dans les biens de la succession, à l'aîné, de la part qu'il auroit eue dans cet héritage, sous la déduction de sa portion virile, dans le prix que le défunt en a reçu.

Cette distinction que nous avons faite entre les dispositions faites au profit des étrangers, et celle faite au profit des puînés, n'a lieu qu'à l'égard des dispositions entre vifs. Les dispositions pour cause de mort et testamentaires, soit qu'elles soient faites à des étrangers, soit aux puînés, ne peuvent donner atteinte à la légitime féodale de l'aîné, qui, étant à prendre sur tous les biens féodaux de la succession, est à prendre sur les biens que le défunt a légués, comme sur tous les autres biens féodaux qu'il a laissés en mourant.

§. VII. Disposition particulière de la coutume d'Orléans, qui permet aux père et mère d'exclure le droit d'aînesse dans les fiefs qu'ils acquièrent.

L'article 91 est conçu en ces termes : *Les nobles et non nobles, qui auront acquis et acquerront par ci-après des héritages féodaux, esquels n'y aura justice ni vassaux, pourront, tant par le contrat d'acquisition, que par déclaration par escrit subséquente, disposer dudit fief, et ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfants, pour une fois seulement, sans aucune prérogative d'aînesse, tant pour le manoir, terres, que censives.*

On sait par tradition, que cet article fut accordé, lors de la réformation, aux instantes sollicitations des maire et échevins, auxquels se joignirent quelques-uns de la noblesse.

Cette disposition est contraire au droit commun, et particulière à notre coutume d'Orléans.

De la nature et de la forme de cette déclaration.

La déclaration que cet article de coutume permet de faire, est une ordonnance de dernière volonté, qui n'a d'effet qu'après la mort de celui qui l'a faite; d'où il suit qu'elle est révocable jusqu'à la mort.

Si elle avoit été faite par un contrat de mariage d'un puîné, elle ne seroit pas, en ce cas, une simple ordonnance de dernière volonté, mais une clause et condition du contrat de mariage; et, par conséquent, elle ne pourroit se révoquer au préjudice de ce puîné et de ses enfants.

Cette déclaration peut être, ou spéciale pour un certain fief, ou générale pour tous les fiefs que quelqu'un a acquis.

Elle doit se faire par écrit: d'ailleurs, il ne faut aucune formalité; elle peut se faire, ou par le contrat d'acquisition, ou par un acte séparé; elle peut se faire par testament, comme par un acte qui ne soit point revêtu des formalités testamentaires; elle peut se faire, non-seulement par un acte par-devant notaire, mais par une écriture privée: par exemple, un acquéreur peut inscrire cette déclaration sur son journal.

Il n'importe non plus en quel temps elle soit faite, il est toujours temps de la faire.

Des héritages qui sont susceptibles de cette déclaration.

Il n'y a que les simples fiefs pour lesquels on puisse faire cette déclaration; c'est-à-dire, ceux dont il ne dépend ni justice ni vassaux.

Il y en a qui cherchent à éluder la loi, par rapport aux fiefs dont il dépend justice et vassaux, en achetant d'abord le fief, sous la réserve que le vendeur fait de la justice et des vassaux. On demande si la déclaration que fait l'acquéreur, par le premier contrat, qu'il entend que le fief soit partagé sans prérogative d'ainesse, est valable? Il y en a qui le pensent et le pratiquent. Je ne penserois pas qu'une telle déclaration fût valable. La raison s'en tire de la nature même de cette déclaration. C'est, comme nous l'avons observé, une espèce d'ordonnance de dernière

volonté, qui ne se confirme qu'à la mort de celui qui la faite. C'est donc à ce temps de la mort qu'on doit avoir égard pour juger de sa validité. Or, elle se trouve dans ce temps par rapport à un fief qui n'en est pas susceptible, la justice et les vassaux qui dépendent de ce fief, et qui en avoient été, *ad modicum tempus*, séparés, s'y trouvant réunis.

Outre cette raison qui est de principe, il y en a une autre qui est que, s'il étoit permis de faire cette déclaration, en faisant des acquisitions séparées de la justice et des vassaux et du reste du fief, ce seroit rendre illusoire la loi qui, en permettant de faire ces déclarations pour les simples fiefs, défend de les faire pour les fiefs dont il dépend les droits de justice et de vassaux, rien n'étant plus facile que d'acquérir par contrat séparé, au lieu d'acquérir par un même contrat.

Il y a une autre voie qui ne contient rien que de licite : c'est que l'acheteur fasse acheter par ses enfants la justice et les vassaux, et achète seulement par lui le reste du fief, lequel se trouvant, en ce cas, dans sa succession, séparé de la justice et des vassaux, sera susceptible de la déclaration qu'aura fait l'acheteur, pour le partage égal en sa succession.

Il n'y a que les fiefs que nous avons *acquis* qui soient susceptibles de cette déclaration, suivant qu'il résulte de ces termes, *qui auront acquis ou qui acquerront par ci-après*.

Il n'est pas douteux que ces termes, *qui auront acquis*, ne comprennent pas les propres, c'est-à-dire, les fiefs auxquels nous aurons succédé; car acquérir est l'opposé de succéder; acquêt est l'opposé de propre.

La portion de mon cohéritier, qui m'avient par licitation, étant propre en ma personne, aussi bien que celle que j'avois de mon chef, suivant que nous l'avons vu en notre Traité de la division des choses, il s'ensuit qu'elle n'est pas susceptible de cette déclaration.

C'est une question qui fait plus de difficulté, si nous pouvons faire cette déclaration pour les fiefs qui nous ont été donnés ou légués par un parent collatéral, ou par un étranger? La raison de douter est, que ces héritages sont acquêts; d'où il semble suivre qu'ils peuvent être compris sous ces termes, *qui auront acquis ou acquerront*. Il faut décider au contraire, que ces termes, *qui auront acquis*, doivent se res-

treindre aux acquisitions à titre onéreux et de commerce; tels que la vente, l'échange, etc., et que ce n'est que par rapport aux héritages acquis à ces titres, et non point à ceux qui nous sont donnés ou légués, que la coutume permet d'ordonner le partage égal. La raison de décider se tire de la raison sur laquelle est fondée la disposition de cet article, qui a été de rendre, par ce moyen, le commerce des biens féodaux plus facile, que plusieurs personnes ne vouloient point acquérir, dans la crainte de procurer de trop grands avantages à leur aîné, au préjudice des puînés. Or, il est évident que cette raison ne tombe que sur les acquisitions de commerce, et non sur les donations et legs; donc la coutume n'a eu en vue que ces acquisitions, et y doit être restreinte. Ajoutez qu'on présume que le père n'auroit pas acheté le fief, s'il ne lui eût été permis de faire la déclaration: l'aîné n'en ressent donc pas de préjudice; mais on ne peut pas dire de même qu'il n'auroit pas accepté sans cela un legs ou une donation.

Enfin, il est évident qu'un père ou une mère ne peuvent faire cette déclaration, que pour des héritages situés dans le territoire de la coutume d'Orléans: car la succession de ces héritages étant déferée par la loi du territoire où ils sont situés, la loi d'Orléans ne peut rien régler, ni rien permettre par rapport à la succession des héritages qu'elle ne défère pas.

Par qui la déclaration permise par cet article, peut-elle être faite?

Cette déclaration étant, comme nous l'avons observé, une espèce d'ordonnance de dernière volonté, qui imite les dispositions testamentaires, il suit de là: 1° qu'un mineur peut faire cette déclaration, pourvu qu'il ait l'âge requis par notre coutume, pour tester de ses acquêts, c'est-à-dire, l'âge de vingt ans accomplis.

2° Qu'une femme mariée peut faire cette déclaration sans être autorisée de son mari, par la même raison par laquelle nous avons vu au Traité des propres, qu'elle pouvoit tester sans cette autorité.

Pour quelle succession?

Chacun ne peut faire cette déclaration, que pour sa propre succession, et non pour celle d'un autre.

C'est pourquoi, si un mari déclare qu'il veut que ces conquêts, faits durant sa communauté, soient partagés sans prérogative d'ainesse, cette déclaration n'aura d'effet que dans sa succession, pour la portion qui lui en sera échue par la dissolution et partage de la communauté, et non pour celle qui écherra à la femme; si elle ne fait une pareille déclaration pour sa succession, *nec obstat* que le mari a droit de disposer, malgré sa femme, de tous les conquêts de sa communauté, puisqu'il en est le seigneur. La réponse est, qu'il peut bien en disposer entre vifs, mais non pas par des dispositions qui n'ont effet qu'à sa mort, auquel temps son droit sur les effets de la communauté, se restreint à la moitié; or, cette déclaration est une disposition qui n'a d'effet qu'après la mort.

De ce qu'on ne peut faire cette déclaration que pour sa propre succession, il suit encore que, lorsque des fiefs ont été partagés également entre les enfants de celui qui les a acquis, en conséquence de la déclaration qu'il en a faite, ces mêmes fiefs ne laisseront pas d'être, par la suite, partagés avec prérogative dans la succession des enfants de cet acquéreur; c'est ce que notre coutume entend par ces termes: *Pourra ordonner qu'il sera parti également entre les enfants pour une fois seulement.*

Enfin, cette déclaration ne peut avoir lieu que pour la succession que nous transmettons à nos descendants. Une personne qui n'a que des héritiers collatéraux, ne pourroit pas ordonner pareillement que les fiefs par lui acquis, seroient réputés en sa succession comme bien roturiers, et partagés entre ses héritiers, tant mâles que femelles: car la disposition de notre coutume ne concerne point les successions collatérales; c'est ce qui résulte de ces termes: *Pourront ordonner qu'il sera parti également entre leurs enfants.* Cet article n'a eu en vue que cette succession, suivant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus, de la raison qui a porté à accorder cet article.

Observez néanmoins que, si cette déclaration étoit faite par un acte revêtu des formes testamentaires, elle pourroit au moins valoir *per modum legati*.

§. VIII. Si l'ainé peut renoncer à son droit d'ainesse.

Il n'y a pas de difficulté que le fils aîné, pourvu qu'il soit majeur, peut, après que la succession est échue, renoncer

en faveur de ses puînés, à son droit d'aînesse, dans le partage de la succession ; mais le peut-il avant ? Je ne le pense pas. Outre que cette renonciation seroit une convention *de hereditate viventis*, et, par conséquent, contraire aux bonnes mœurs, c'est que, quand même cette raison cesseroit, et que cette renonciation seroit faite du consentement des père et mère, de la succession desquels il s'agit, il resteroit encore contre cette renonciation une suspicion de défaut de liberté dans le consentement de l'aîné, qui seroit présumé ne l'avoir donné que par l'ordre de ses père et mère. Or, on peut dire, en ce cas, quoique ce ne soit pas l'espèce de la loi : *Non videtur consentire qui obsequitur imperio patris vel domini*.

Je pense que cette décision doit avoir lieu, quand même cette renonciation se feroit par le contrat de mariage du fils aîné, ou par celui d'un puîné. Il est vrai que la jurisprudence a permis la renonciation des filles aux successions, par ces actes ; mais c'est pour soutenir la splendeur du nom, en conservant aux aînés l'intégrité des biens ; et cette même raison milite au contraire, pour empêcher la renonciation de l'aîné à ses prérogatives d'aînesse.

§. IX. De quelques prérogatives du droit d'aînesse.

C'est une prérogative attachée au droit d'aînesse, que l'aîné soit dépositaire de tous les titres de la famille, tels que sont les contrats de mariage, les partages faits dans les familles, les cartes généalogiques de la famille, les titres de noblesse, etc. ; il doit pareillement avoir les portraits de famille, les manuscrits du père commun, et ceux des ancêtres, ou autres personnes de la famille, les livres notés de la main du père commun, les marques de dignité du père commun ou des ancêtres.

Lorsqu'un petit-fils représentant l'aîné, vient à la succession de son aïeul avec ses oncles, et qu'il est mineur, je crois que ce dépôt doit être accordé au plus âgé des puînés, à la charge de le remettre au petit-fils aîné de la famille, lorsqu'il sera majeur, et, à cet effet, le puîné doit s'en charger par un inventaire.

On doit observer la même chose, lorsque l'aîné est en démence.

Si l'aîné n'avoit laissé que des filles, quoique nos coutumes leur donnent le droit de représenter l'aîné, pour

prendre à sa place le préciput dans le partage des biens nobles de la succession, je ne pense pas qu'elles doivent pareillement le représenter pour ce dépôt; il est raisonnable de préférer l'aîné des enfants mâles à ces filles, qui doivent passer, par leur mariage, dans des familles étrangères.

## SECTION II.

## De la succession déferée aux ascendants.

La succession d'un défunt, à défaut d'enfants, est déferée à ses père ou mère, ou autres ascendants.

Par la Nouvelle 118 de Justinien, les père et mère, et autres ascendants (prérogative du degré observée entre eux), sont appelés à la succession, à l'exclusion de tous collatéraux; sauf des frères et sœurs germains, lesquels concourent avec lesdits père et mère ou autres ascendants.

Par cette Nouvelle, quoique les neveux du défunt vinsent par représentation avec les frères et sœurs du défunt, lorsqu'il n'y avoit point d'ascendants, néanmoins, lorsqu'il y avoit des ascendants et des frères du défunt, les seuls frères du défunt concouroient avec les ascendants; les neveux, enfants des frères prédécédés, n'étoient point admis à représenter leur père; ce qui a été corrigé par la Nouvelle 127, §. 1, qui leur permet, même en ce cas, de représenter leur père, et de concourir avec les ascendants et les autres frères du défunt.

Mais ces neveux concourent-ils avec les ascendants, lorsqu'il n'y a point de frères du défunt? Il y en a qui pensent qu'ils concourent. Cujas est d'avis contraire, et son opinion me paroît plus conforme au sens de la Nouvelle, qui ne les admet à concourir avec les ascendants, que *beneficio fratrum*, avec lesquels ils concourent par la représentation.

Par les coutumes de Paris et d'Orléans, les ascendants, ou excluent les collatéraux, ou sont exclus par certains collatéraux, selon que les biens sont meubles, ou acquêts, ou propres; quelquefois elles déferent la propriété aux collatéraux, et l'usufruit seulement aux ascendants.

## ARTICLE PREMIER.

De la succession des ascendants aux meubles et acquêts, selon les coutumes de Paris et d'Orléans.

La coutume de Paris, *article 311*, appelle les père et mère, et, à leur défaut, l'aïeul ou l'aïeule, et autres ascendants (la prérogative du degré observée entre eux), à la succession des meubles et acquêts de leurs enfants, morts sans enfants.

Elle diffère du droit de la Nouvelle, en ce que par la Nouvelle, suivant que nous l'avons dit, les frères et sœurs germains du défunt concourent avec les père et mère, et à plus forte raison avec les autres ascendants; au lieu que la coutume de Paris préfère les ascendants à cette succession, à tous les collatéraux.

Par la Nouvelle, lorsque l'aïeul d'un côté, *putà*, l'aïeul paternel se trouve concourir seul, de son côté, avec l'aïeul ou l'aïeule de l'autre côté, le partage se fait par côtés; en telle sorte que l'aïeul, qui est seul de son côté, prend seul la moitié de la succession; et l'aïeul et l'aïeule de l'autre côté, n'ont ensemble que l'autre moitié. Ceci doit-il s'observer dans la coutume de Paris, et dans les autres coutumes qui ne s'en expliquent point? Lebrun tient l'affirmative, aussi bien que Lalande, sur notre coutume, qui ne s'en explique pas plus que celle de Paris. La coutume de Tours adopte expressément la disposition de cette Nouvelle. Je pense, au contraire, que, dans les coutumes de Paris, d'Orléans, et autres qui ne s'en expliquent point, cette disposition de la Nouvelle ne doit point être suivie; cette disposition étant contraire à la règle générale des successions, qui les partage également entre ceux qui sont en égal degré. C'est pourquoi, dans cette espèce, l'aïeul paternel et l'aïeul et l'aïeule maternels doivent partager *in capita*, chacun par tiers; c'est l'avis de Ricard, de Lemaitre, et il y a un arrêt du 14 février 1702.

La coutume d'Orléans est entièrement conforme à celle de Paris, pour la succession des meubles. Elle la défère pareillement, à défaut d'enfants, *aux père et mère, aieul et aieule*; à l'exclusion de tous collatéraux; elle ne parle pas des autres ascendants, mais cela doit se suppléer. L'ancienne coutume, *art. 258*, les comprenoit expressément; ce n'est que par oubli qu'on n'a pas fait mention d'eux dans l'article

de la nouvelle. Ils n'en ont pas moins de droit de succéder, à défaut d'ascendants plus proches en degré, et d'exclure tous collatéraux. C'est l'avis de Lalande et de tous ceux qui ont écrit sur notre coutume.

A l'égard de la succession des acquêts, notre coutume s'est écartée de celle de Paris. Elle n'a préféré que les pères et mères, aux frères et sœurs du défunt, en la succession des acquêts. A l'égard des aïeuls et aïeules, elle ne leur accorde que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des frères et sœurs du défunt, et elle fait succéder lesdits frères et sœurs à la propriété.

A défaut de frères et sœurs, ils excluent tous autres collatéraux.

Il faut dire la même chose des ascendants qui sont en degré plus éloigné; ils ne doivent, à plus forte raison, avoir que l'usufruit des acquêts, lorsqu'ils concourent avec des frères et sœurs du défunt; mais, à défaut de frères et sœurs, ils excluent tous autres collatéraux.

#### ARTICLE II.

De la succession des ascendants aux propres qui ne sont pas de leur côté.

C'est une règle générale de droit coutumier, qu'en succession en ligne directe, *propre héritage ne remonte*. Paris, art. 312, Orléans, art. 314. Beaucoup d'autres coutumes contiennent la même maxime.

Elle s'entend dans un sens différent de celui dans lequel elle s'entendoit autrefois. Par notre ancien droit coutumier, les ascendants ne succédoient point à leurs enfants; et même, à défaut de parents, le fisc leur étoit préféré. C'est ce que nous apprend Laurière sur ledit article 312, par le témoignage de Masuer, des anciennes coutumes de Dijon, et par d'autres témoignages.

Aujourd'hui cette règle ne signifie autre chose; sinon que l'héritage propre d'une famille ne remonte point aux ascendants d'une autre famille, et que le père et autres ascendants paternels, sont en conséquence exclus de la succession des propres maternels, par les parents collatéraux de la famille à qui ses propres sont affectés, en quelque degré éloigné qu'ils soient; et que, *vice versa*, la mère et les ascendants maternels sont exclus de la succession des

propres paternels, par les parents collatéraux de la famille paternelle.

Cette décision a lieu pour les propres fictifs, comme pour les propres réels.

Un père qui a épousé sa cousine, et qui, par conséquent, se trouve être de la famille maternelle de son fils, sera-t-il exclus de la succession des propres maternels de son fils, par les parents maternels qui sont plus proches en degré, qu'il ne l'est dans la ligne maternelle? *Finge*: j'ai épousé ma cousine germaine, qui, en mourant, m'a laissé un fils, lequel est mort ensuite. Il se présente à la succession des propres maternels de mon fils, des cousins germains qui sont au quatrième degré; étant cousin germain de la mère de mon fils, je n'étois avec mon fils qu'au cinquième degré de la parenté maternelle, leur serai-je préféré? Quelques personnes ont pensé que je devois leur être préféré; que la règle *propre ne remonte*, n'avoit d'autre objet que d'empêcher que les propres ne sortissent de famille; que, dès que le père se trouve être lui-même de la famille de la mère, cette raison pour laquelle la coutume l'exclut de la succession, cesse, et que par conséquent il doit y être admis; il y a même quelque arrêt, rendu en quelque Chambre des enquêtes, qui a jugé pour le père. Mais le contraire a été jugé par un arrêt de règlement de la Grand'Chambre, qui a décidé que, dans la succession des propres, on ne doit considérer que le degré de la parenté linéaire. C'est pourquoi, dans cette espèce, le père, quoiqu'il soit lui-même dans la famille maternelle, doit être exclus par les cousins germains maternels, comme plus proches en degré que lui dans cette parenté. Cet arrêt est fondé en grande raison. Ce n'est point la qualité de père qui donne droit de succéder aux propres maternels, il n'y a que la parenté maternelle qui y donne droit; elle est donc la seule qui doive être considérée dans cette succession.

Par la même raison, le père qui se trouveroit dans le même degré de parenté maternelle avec son fils, que d'autres parents maternels de son fils, ne doit pas les exclure, mais concourir avec eux dans la succession des propres maternels de son fils. Lemaître et de Renusson rapportent un arrêt contraire, rendu en 1676, qui ne doit pas être suivi.

Lorsqu'il ne reste personne de la famille à qui le propre

est affecté, plusieurs pensoient autrefois que le fisc devoit y succéder. Cette opinion a été, avec raison, rejetée par l'article 330 de la nouvelle coutume de Paris, qui a décidé, qu'en ce cas, le plus prochain parent devoit succéder; et par conséquent, en ce cas, la règle *propre ne remonte*, cesse, et le père doit succéder aux propres maternels de son fils; et la mère à ses propres maternels, de la même manière qu'ils succèdent à ses acquêts.

Cet article est très-juste et très-équitable. Les plus proches parents, qui sont héritiers de droit commun, ne sont exclus de la succession des propres d'une autre famille, qu'en faveur de cette famille à qui les propres sont affectés. Lorsqu'il ne reste plus personne de cette famille, la raison qui faisoit exclure de cette succession les plus proches parents, cesse, et, par conséquent, ils doivent y être admis. Cette disposition étant aussi juste qu'elle est, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, même dans celles qui insinuoient le contraire.

Tempérament apporté par les articles 314 de Paris, et 316 d'Orléans.

Les articles 314 de Paris, et 316 d'Orléans, ont apporté un tempérament à la règle qui exclut le père, de la succession des propres maternels; et la mère, des paternels, en accordant au survivant de deux conjoints par mariage, le droit de succéder, en usufruit à leurs enfants, aux conquêts faits pendant leur communauté, quoique devenus propres naissans du côté du prédécédé, en la personne desdits enfants qui y ont succédé au prédécédé.

Ces coutumes s'expliquent l'une et l'autre dans les mêmes termes.

*Les père et mère jouissent par usufruit des biens délaissés par leurs enfants, qui ont été acquis par lesdits père et mère, et par le décès de l'un d'eux venus à l'un de leursdits enfants, encore qu'ils soient et aient été faits propres auxdits enfants; au cas toutefois que lesdits enfants décèdent sans enfants et descendants d'eux, etc.*

Cette succession d'usufruit est accordée comme une espèce de consolation de la perte que le survivant fait de son vivant. *In solatium luctus*, et parce que le survivant n'est point étranger à ces biens, à l'acquisition desquels il a contribué, *in præmium collaborationis*.

A quelles personnes cette succession est-elle accordée, et en quel cas ?

Cet article ne parle que des père et mère : de là naît la question de savoir, si l'aïeul ou l'aïeule ont le même droit de succéder à leur petit-fils, à un conquêt de leur communauté, échu à ce petit-fils, par la succession du prédécédé ? Cela est indubitable dans la coutume de Paris, qui s'en explique formellement dans un autre article, qui est le 250, où, après qu'il a été dit que la moitié des conquêts échue à un héritier du prédécédé de deux conjoints, devient le propre desdits héritiers, la coutume ajoute, desquels biens toutefois les père ou mère, aïeul ou aïeule, succédant à leurs enfants, jouiront par usufruit, au cas qu'il n'y ait aucun descendant de l'acquéreur.

Quoique la coutume d'Orléans ne se soit nulle part expliquée touchant l'aïeul ou l'aïeule, néanmoins je pense que la même décision y doit avoir lieu ; car les raisons qui ont fait accorder aux père et mère cette succession d'usufruit, et que nous avons rapportées ci-dessus, militent également et dans toute leur force pour l'aïeul ou l'aïeule. On doit donc décider pour eux la même chose : *Ubi eadem ratio et æquitas occurrit, idem jus statuendum est.* D'ailleurs, la coutume de Paris est d'une grande autorité pour l'interprétation de la nôtre.

Par la même raison, on doit décider que cet article doit avoir lieu, non-seulement à l'égard de l'aïeul, mais à l'égard de tous les autres ascendants.

Il n'est pas douteux que cette disposition de coutume ne peut avoir lieu, lorsqu'il n'y a point eu de communauté entre les conjoints, qui l'ont exclue par leur contrat de mariage. *Quid ?* si, par le contrat de mariage, la part de la femme, en la communauté, avoit été limitée à une certaine somme, qu'elle prendroit franche de dettes, la femme pourroit-elle succéder à son fils à l'usufruit des héritages acquis par son mari durant le mariage, et acquis à son fils par sa succession ? Sans doute ; car cette somme stipulée au profit de la femme pour tout droit de communauté, est le prix de sa part en la communauté qu'elle vend à forfait ; ce qui suppose qu'il y aura une communauté entre elle et son mari : les héritages acquis pendant leur mariage sont donc vraiment des conquêts, auxquels son fils a succédé à son père, et

dont la succession en usufruit lui est déferée par ces articles de coutume.

La femme qui a renoncé à la communauté, peut-elle succéder en usufruit à ses enfants, aux conquêts de la communauté ? Oui ; car, quoiqu'elle ait renoncé à la communauté, ces héritages n'en sont pas moins des conquêts de la communauté, il n'y en a pas moins eu une communauté ; et, bien loin que sa renonciation empêche qu'il n'y ait eu une communauté, comme le dit Lebrun ; au contraire, elle le suppose : car on ne renonce pas à ce qui n'est pas ; la femme n'en a pas moins contribué, par son ménage, à l'acquisition de ces héritages, et elle ne doit pas être privée de cette succession.

Les père et mère ne succèdent à leurs enfants à cet usufruit, qu'*au cas que lesdits enfants décèdent sans enfants ou descendants d'eux.*

Ces termes, *ou descendants d'eux*, sont amphibologiques : s'entendent-ils *d'eux enfants* ou *d'eux père ou mère*, en telle sorte que le survivant des père et mère ne puisse succéder à cet usufruit à son enfant, qu'à défaut d'enfants de cet enfant ; mais même qu'à défaut de collatéraux de cet enfant, descendus d'eux père et mère, c'est-à-dire, à défaut des frères et sœurs, neveux et nièces de cet enfant ? Cette dernière interprétation ne souffre pas de difficulté dans la coutume de Paris ; elle la fait elle-même en termes formels en l'*art. 250*, par ces termes que nous avons ci-dessus rapportés, *au cas qu'il n'y ait aucuns descendants de l'acquéreur.*

Nous n'avons point admis cette interprétation contenue en l'*art. 250* de celle de Paris. La raison en est, que cette succession d'usufruit, et la disposition de coutume qui l'accorde, étant des plus favorables, on doit l'interpréter plutôt dans un sens qui l'étende, que dans un sens qui la restreigne. Si notre coutume eût eu intention que les père et mère fussent exclus par les frères et sœurs du défunt, de la succession accordée par cet article, elle s'en seroit expliquée, comme elle a eu soin de le faire, dans le cas de l'article suivant.

Dans la coutume de Paris, les frères qui excluent le survivant de deux conjoints de cette succession d'usufruits, doivent-ils être nés de leur mariage ? *Putà*, une femme en mourant laisse un fils de son premier mariage et un d'un précédent lit, ce fils meurt après elle, son frère utérin exclu-

ra-t-il le survivant de la succession d'usufruit des conquêts de sa communauté, auxquels son fils a succédé à sa mère ? La raison de douter est, que la coutume dit, au cas qu'ils décèdent sans enfants et *descendants d'eux* (père et mère). Or, ce frère utérin n'est pas descendu *d'eux*, il n'est descendu que de l'un d'eux ; il n'est donc pas de ceux à qui la coutume a donné l'exclusion sur le survivant, pour la succession de l'usufruit. Il faut néanmoins décider que ce frère utérin doit exclure le père, de la succession de l'usufruit ; il ne faut pas tant avoir égard aux termes de l'art. 314, qui ne sont pas clairs, qu'à ceux de l'art. 230, qui sont clairs, et où la coutume s'est expliquée correctement. Or, par cet article 230, il est dit, *au cas qu'il n'y ait aucuns descendants de l'acquéreur*. Il suffit donc, selon cet article, que le frère utérin soit descendu de la mère commune, qui a acquis les conquêts qu'elle a transmis par sa succession, au défunt ; ce frère utérin a un même droit aux propres venus à son frère du côté de leur mère commune, qu'en auroit un frère germain ; la mère les a acquis également pour tous ses enfants ; et, par conséquent, il doit avoir le même droit de succéder à la pleine propriété, qu'auroit le frère germain. Lebrun, qui est néanmoins de notre avis, propose une objection qui ne mérite pas de réponse. Il dit que cette succession de l'usufruit tient lieu d'un don mutuel que les conjoints n'ont pu se faire, parce qu'ils avoient des enfants ; que la condition des conjoints, par cette succession d'usufruit, doit donc être égale, de même que le doit être un don mutuel ; et qu'elle ne le seroit pas, si l'un des conjoints, qui n'a point d'enfants d'un précédent lit, pouvoit être exclus de cette succession d'usufruit, par les enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint. Ce raisonnement n'est pas juste ; car quelle comparaison peut-il y avoir d'une succession à un don mutuel ?

Quels sont les héritages dont l'usufruit est accordé au survivant, par ces articles ?

La coutume, par ces articles, accorde, comme nous l'avons vu, au survivant de deux conjoints, le droit de succéder à leurs enfants, à l'usufruit *des héritages qui ont été acquis par eux*, et par le décès de l'un d'eux, avénus à leursdits enfants, c'est-à-dire, à l'usufruit des conquêts de leur communauté, dont une portion, par le décès de l'un d'eux,

a passé à leurs enfants, et a été faite propre naissant du côté du décédé, en la personne de leursdits enfants.

Quoiqu'il soit intervenu une sentence de séparation de biens, les héritages acquis avant la séparation n'en sont pas moins dans le cas de cet article ; ils ont été acquis par les père et mère ; ils sont conquêts de la communauté qui a duré entre eux jusqu'à la séparation. C'est pourquoi la mère survivante succédera à son fils, à l'usufruit de ces héritages qu'il aura eus de la succession de son père.

Il en est autrement de ceux acquis depuis la séparation, à moins que les conjoints ne se fussent remis ensemble ; car, en ce cas, la séparation est détruite, comme s'il n'y en avoit jamais eu ; et les héritages acquis, soit par l'un, soit par l'autre des conjoints, pendant le temps intermédiaire, sont vrais conquêts de la communauté.

Le survivant pourroit-il succéder à l'usufruit des propres ameublis par le prédécédé, qui auroient passé à ses enfants par le décès du prédécédé ? Il semble que non : 1° parce qu'ils ne paroissent pas renfermés dans les termes de la coutume : à l'usufruit desdits héritages qui ont été acquis par lesdits père et mère. Ces termes paroissent ne comprendre que les conquêts réels, qui ont été véritablement acquis dans la communauté par les père et mère, et non les propres ameublis et apportés en communauté par l'un des conjoints, à qui ils appartenoient dès avant le mariage, et qui n'ont point, par conséquent, été acquis par lesdits père et mère ensemble ; c'est pourquoi *deficiunt verba consuetudinis* ; 2° *deficiunt etiam mens et ratio consuetudinis* ; car, comme nous l'avons observé d'abord, et comme l'observent tous les commentateurs, cette succession d'usufruit a été accordée au survivant, *in præmium collaborationis*, pour le récompenser de ce qu'il avoit contribué, par son travail, à l'acquisition de ces biens. Or, cette raison ne peut s'appliquer aux propres ameublis par la femme prédécédée, le mari n'ayant contribué en rien à leur acquisition ; 3° l'ameublement est une fiction qui ne doit avoir d'effet que pour le cas pour lequel elle est faite, *fiction non debet operari ultra casum*. Or, la fiction de l'ameublement n'est faite que pour le cas de la communauté, afin que le mari ait la liberté de disposer, durant le mariage, des propres ameublis par sa femme, comme des autres effets de la communauté ; mais cette fiction de l'ameublement n'a

pas lieu pour le cas de la succession des enfants ; il n'est pas même présumable que les conjoints aient prévu un cas si triste : par conséquent, les propres ameublis ne doivent plus être regardés comme conquêts dans la succession des enfants, et le père survivant n'en peut prétendre l'usufruit. Nonobstant ces raisons, la jurisprudence des arrêts a établi que le survivant succéderait en usufruit à ses enfants, aux propres ameublis par le conjoint prédécédé, de la même manière qu'aux conquêts réels. Il y a deux arrêts qui l'ont jugé en notre coutume d'Orléans, en infirmant des sentences du bailliage. La raison de cette jurisprudence, est que l'ameublissement que l'un des conjoints fait de ses propres, se faisant en faveur de l'autre conjoint, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, non-seulement dans le cas du partage ou de la disposition des effets de la communauté, mais généralement dans tous les cas où il est de l'intérêt du conjoint, au profit duquel cet ameublissement a été fait, que ce propre ameubli soit regardé comme un conquêt ; et, par conséquent, la fiction de l'ameublissement doit avoir son effet, et le propre ameubli doit passer pour conquêt dans la succession des enfants, aussi bien que dans tous les autres cas, le survivant ayant intérêt qu'il soit réputé tel pour y succéder en usufruit. *Nec obstat*, que la coutume dit à l'usufruit des héritages qui ont été acquis par lesdits père et mère : car, si les propres ameublis par la femme n'ont pas été réellement par nous acquis, il suffit que, par la fiction de l'ameublissement, ils soient réputés tels : *Tantum operari debet fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero.*

Cette décision doit avoir lieu, quand même leurs enfants auroient renoncé, comme héritiers de leur mère, à la communauté, et auroient succédé aux propres ameublis par leur mère, en vertu de la clause ; qu'en cas de renonciation à la communauté, la femme et les siens reprendroient ce qu'elle y a apporté ; car leur renonciation n'empêche pas qu'il y ait eu une communauté, et que ces propres ameublis en aient fait une partie ; au contraire, elle le suppose.

Si le survivant succède en usufruit à ses enfants, aux propres ameublis par le prédécédé, à plus forte raison doit-il succéder à l'usufruit de ceux qu'il a ameublis lui-même, et dont une portion a passé à ses enfants, par le décès de

l'autre conjoint; car le survivant a plus que contribué à les acquérir à la communauté, puisque c'est lui qui les y a mis.

Si le père survivant n'a ameubli aucun corps certain à la communauté, mais y a ameubli indéterminément ses immeubles, jusqu'à concurrence de 20,000 liv., et que cet apport n'ait point encore été fourni ni déterminé, les enfants de leur mère prédécédée sont, pour raison de cet apport de leur père, créanciers de lui, d'héritages, jusqu'à concurrence de la moitié de cette somme; cette créance ayant des héritages pour objet, est une créance immobilière que la communauté avoit contre le survivant, qui appartenoit pour moitié à la femme, comme commune, qui, dans la personne des enfants, est un propre naissant du côté de leur mère, de la succession de qui ils l'ont eu, auquel leur père survivant doit lui succéder en usufruit, conformément à ces articles.

Que si le mari avoit simplement apporté en communauté une somme de 20,000 liv., à prendre sur tous ses biens, meubles et immeubles, la créance que ses enfants, comme héritiers de leur mère prédécédée, auroient contre lui, pour raison de cet apport, seroit une créance mobilière, dont il seroit héritier de ses enfants en pleine propriété.

Si la femme prédécédée, au lieu d'ameubler un corps certain, avoit promis apporter en communauté ses immeubles, jusqu'à concurrence d'une certaine somme; *puta*, de 20,000 liv., et que cet apport n'eût point été déterminé à la mort de l'enfant, il n'est pas douteux que le père, comme créancier pour raison de cet apport, de sa femme, et conséquemment de ses enfants, héritiers de leur mère, a droit de se faire délivrer dans les héritages maternels, pour 10,000 liv. d'héritages qui lui sont dûs pour la moitié de cet apport. La question est de savoir s'il peut demander l'usufruit des dix autres mille livres en héritages maternels, comme ayant droit de succéder en usufruit à la portion que ses enfants ont eue, comme héritiers de leur mère, dans l'apport de leur mère? Je ne le pense pas. La raison est, que cet apport n'ayant point été déterminé à un corps certain, le droit de la communauté résultant de cet apport, ne consistoit en aucun droit de propriété, que la communauté eût d'aucun corps d'héritage de la femme, il ne consistoit que dans une créance. Or, il s'est fait confusion

et extinction de cette créance de la communauté, pour la moitié que les enfants, comme héritiers de leur mère, en étoient débiteurs, et devoient avoir en cette créance; il ne se trouve donc plus rien d'existant, dont le survivant puisse prétendre la succession en usufruit.

Il y a encore moins de difficulté, si la femme prédécédée avoit apporté une somme de 20,000 liv. à prendre sur ses immeubles, ce seroit une pure dette mobilière, confuse et éteinte pour une moitié, et dont la succession de l'enfant, héritier de sa mère, seroit tenue pour l'autre moitié envers le père survivant.

Le survivant succède-t-il en usufruit aux conquêts de sa communauté, que son enfant a eus de la donation qui lui en a été faite par le prédécédé, et à laquelle cet enfant s'est tenu? La raison de douter se tire des termes de l'art. 316 de notre coutume : *Jouissent par usufruit des héritages acquis par lesdits père et mère, et par le décès de l'un d'eux, venus à l'un desdits enfants.* Or, dira-t-on, dans cette espèce, les héritages ne sont pas venus à cet enfant, par le décès de celui des conjoints qui a prédécédé; par conséquent, *deficere videntur verba consuetudinis*, et la disposition de coutume ne doit point avoir lieu. Nonobstant ces raisons, il faut décider que le survivant succède en usufruit. Il n'y a aucune raison pour laquelle la coutume auroit accordé au survivant la succession en usufruit de ce conquêt, plutôt dans un cas que dans l'autre; d'où il résulte que ces termes, *et par le décès de l'un d'eux venus*, ne doivent pas se prendre restrictivè; mais comme énonçant la voie la plus ordinaire, par laquelle ces conquêts passent de la personne du prédécédé en celle de ses enfants.

Si un conquêt, par la mort du prédécédé des deux conjoints, a passé à son fils; ensuite, par la mort du fils, au petit-fils, le survivant y succédera-t-il en usufruit à son petit-fils? La raison de douter se tire encore des termes de la coutume. Ce conquêt n'est pas venu au petit-fils, de la succession du prédécédé des deux conjoints, au moins immédiatement; il n'est pas un simple propre naissant en la personne de ce petit-fils, mais un propre avitin du côté de son aïeul, qui a souché déjà deux fois en la famille, et qui, par conséquent, y doit être plus fortement affecté; et, en conséquence, il n'y a pas même raison d'en accorder l'usufruit au survivant. Nonobstant ces raisons, je

pense que l'aieul survivant doit, en ce cas, succéder à l'usufruit; je ne vois pas qu'il y ait moins de raison pour lui accorder l'usufruit, dans le cas auquel la portion des conquêts du prédécédé n'a passé que par le canal du fils, que dans le cas auquel elle lui seroit passée directement. Les deux raisons pour lesquelles cette succession lui est accordée, *ratione collaborationis*, et *in solatium liberorum amissorum*, se rencontrent également dans l'un et l'autre cas; au contraire, ayant, depuis la mort de la femme, souffert une double perte, et de son fils et de son petit-fils, il est d'autant plus digne de consolation.

Cette succession de simple usufruit ne fait point sortir l'héritage de la famille de l'aïeule. Cela fait tomber l'autre raison de douter, tirée de ce que l'héritage est affecté à la famille de l'aïeule.

A quel titre le survivant a-t-il l'usufruit qui lui est accordé par cette disposition de coutume?

Cet usufruit est accordé au survivant, à titre de succession, suivant qu'il résulte des termes de l'art. 230 de Paris, *desquels biens toutefois les père ou mère, aieul ou aieule, succédants à leurs enfants, jouiront....* C'est pourquoi il faut qu'il se porte héritier de son enfant, et il est tenu des dettes de la succession, au prorata de l'estimation de cet usufruit.

Il suit aussi de ce principe, qu'il est saisi de cet usufruit, comme de toutes les autres choses auxquelles il succède, suivant la règle, *le mort saisit le vif*; il n'est donc point obligé d'en avoir la délivrance des héritiers qui succèdent à la propriété.

Il est vrai que la coutume l'oblige à donner la caution fidéjusseuse, ou du moins juratoire, aux héritiers qui succèdent à la propriété; mais cette obligation que la coutume lui impose, ne donne aux héritiers de la propriété, qu'une action pour exiger de lui cette caution, et le droit de saisir et arrêter, sur une ordonnance du juge, les revenus des héritages, jusqu'à ce qu'il ait satisfait à cette caution; et cela n'empêche pas que, succédant à cet usufruit en qualité d'héritier, à titre d'héritier, il n'en soit saisi.

Si ce droit a lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas ?

Ce droit étant un droit purement positif, et dérogeant *aliquatenus*, à la règle générale, qui affecte la succession des propres, aux parents du côté d'où ils procèdent, ne peut être suivi que dans les coutumes qui s'en sont expliquées.

## ARTICLE III.

De la succession déferée aux ascendants du défant des propres de leur côté.

La règle *propre ne remonte*, suivant que nous l'avons observé ci-dessus, n'exclut les père, mère, ou autres ascendants, que de la succession des propres qui procèdent d'un autre côté que le leur : rien n'empêche qu'ils ne soient héritiers de leurs enfants, aux propres qui proviennent de leur côté.

Cela arrive même dans le cas de l'article 315 de Paris, et 317 d'Orléans, et dans le cas de l'article 315 de Paris, et 315 d'Orléans, et dans quelques autres cas. Nous traiterons de ces différents cas séparément.

§. I. Du cas des articles 315 de Paris, et 317 d'Orléans.

L'article 315 de Paris est conçu en ces termes : *Si le fils fait acquisition d'héritages ou autres biens immeubles, et il décède délaissant à son enfant lesdits héritages, et ledit enfant décède après sans enfants et descendants de lui, et sans frères et sœurs, l'aïeul ou l'aïeule succèdent auxdits héritages en pleine propriété, et excluent tous les autres collatéraux.*

L'article 317 d'Orléans est conçu à peu près dans les mêmes termes ; et, dans l'espèce de cet article, l'héritage qui se trouve dans la succession de ce petit-fils, qui lui venoit de la succession de son père, qui l'avoit acquis, est un propre paternel, puisqu'il lui vient de la succession de son père : la mère ne peut pas succéder à ce propre, n'étant pas maternel ; mais l'aïeul et l'aïeule paternels, et les autres ascendants paternels, y succèdent, parce que cet héritage est un propre paternel, et, par conséquent, un propre de leur côté.

L'article néanmoins préfère à l'aïeul et à l'aïeule pater-

nels, les frères et sœurs du défunt, ce qu'il faut entendre des frères et sœurs germains, ou consanguins du défunt; car, dans la supposition que nous faisons, que cet héritage vient au défunt, de la succession de son père, qui l'a voit acquis, ses frères et sœurs utérins, qui ne sont pas parents de ce côté, ne sont pas capables d'y succéder, tant qu'il y a quelque parent paternel.

Quelle est la raison de préférence que la coutume donne aux frères du défunt, sur l'aïeul ou l'aïeule? Elle est fondée sur ce que les frères et sœurs du défunt sont enfants de celui qui a mis le propre en la famille. Or, c'est une maxime qui a lieu en fait de succession de propre, que les descendants de celui qui a mis le propre dans la famille, sont préférés, en parité de degré, aux autres parents, le vœu de celui qui a mis l'héritage en la famille, ayant été de l'acquiescer plutôt pour sa postérité que pour ses parents. La loi n'a néanmoins déferé qu'en partie au vœu de celui qui a mis le propre en la famille; si elle y eût déferé entièrement, elle eût préféré ses descendants, quoiqu'en degré plus éloigné, ce qu'elle n'a pas fait. Elle s'est contentée de leur donner la préférence en parité de degré. C'est ce qui paroît par cette disposition de coutume, qui préfère seulement les frères et sœurs du défunt, à l'aïeul, comme étant lesdits frères et sœurs, descendus du père du défunt, qui a mis le propre en la famille, et, en parité de degré, à l'aïeul. Elle ne lui préfère pas les neveux du défunt, quoique pareillement descendus de celui qui a mis le propre en la famille, parce qu'ils sont en un degré plus éloigné, n'étant qu'au troisième degré,

Lorsque le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, l'aïeul, dans l'espèce de cet article, exclut, à la vérité, les autres parents du défunt; mais, si ce défunt a laissé un frère ou une sœur, et des neveux d'un autre frère, ces neveux étant, en ce cas, placés par représentation, au degré de leur père, et la succession de leur oncle leur étant déferée conjointement avec le frère du défunt, ils excluront l'aïeul; ce qu'ils ne pourroient faire, si le défunt n'avoit point laissé de frères, et qu'ils vinsent de leur chef: *Nec notum in jure, ut quod quis ex personâ suâ non habet, ex personâ alterius habeat.* Cette décision a lieu, quand même le frère du défunt auroit renoncé à sa succession; car, y ayant été appelés avec lui, sa part leur accroît, suivant la règle

qui veut que la part d'un cohéritier qui renonce, accroisse à ses cohéritiers appelés à la succession avec lui.

L'article 315 de Paris, semblable à notre art. 317, n'a parlé que de l'aïeul; mais il est facile de faire aux ascendants d'un degré ultérieur, l'application des principes sur lesquels ces articles sont établis, et que nous venons d'expliquer. *Finge*: Un fils, ayant encore ses père et mère, a fait acquisition d'un héritage, qui, par sa mort, a passé à son fils, petit-fils desdits père et mère de l'acquéreur, et ce petit-fils l'a lui-même transmis par succession, à son fils, arrière-petit-fils desdits père et mère de l'acquéreur. Cet arrière-petit-fils naît du vivant de ses bisaïeuls paternels et maternels, père et mère de celui qui a mis le propre dans la famille; il est certain que ces bisaïeul et bisaïeule paternels, étant parents de leur arrière-petit-fils du côté d'où procède le propre, ont droit d'y succéder, à l'exclusion des cousins germains du défunt du même côté, même à l'exclusion des cousins germains du défunt, descendus de l'aïeul du défunt qui a mis le propre en la famille; car ces cousins germains n'étant qu'au quatrième degré de parenté, et par conséquent en un degré de parenté plus éloigné que les bisaïeuls, ne peuvent les exclure.

Il est encore certain que, si le défunt eût laissé des frères et sœurs consanguins, ils eussent exclus le bisaïeul et la bisaïeule, suivant les termes formels de cet article.

Si le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, mais a laissé des neveux et des nièces, ou des oncles ou des tantes descendus de l'aïeul du défunt qui a mis le propre en la famille, excluront-ils le bisaïeul et la bisaïeule? Je le pense: c'est une conséquence du principe que nous avons établi, qu'en succession de propre, ceux qui sont descendus de celui qui a mis le propre en la famille, excluent en parité tous les autres parents. Ses oncles et tantes, neveux et nièces du défunt, descendus de celui qui a mis le propre en la famille, sont en parité de degré avec les bisaïeul et bisaïeule; étant, comme eux, au troisième degré de parenté, ils doivent donc exclure lesdits bisaïeul et bisaïeule. Il est vrai que, lorsque l'acquisition a été faite par le père du défunt, l'aïeul paternel du défunt, duquel seul la coutume a parlé, ne peut être exclus que par les frères et sœurs du défunt, parce qu'il n'y a que les frères et sœurs qui soient en parité de

degré avec l'aïeul ; mais, par la même raison par laquelle la coutume a décidé que les frères et sœurs du défunt, comme descendus de celui qui a mis le propre dans la famille, doivent exclure l'aïeul avec qui ils sont en parité de degré, on doit décider que les oncles et tantes, neveux et nièces, descendus de celui qui a mis le propre en la famille, doivent exclure le bisaïeul, avec lequel ils sont en parité de degré.

§. II. Des cas des articles 313 de Paris, et 315 d'Orléans.

Les coutumes de Paris et d'Orléans, après avoir dit que, *propre héritage ne remonte aux père et mère, aïeul et autres ascendants*, ajoute dans un article suivant, *toutefois succèdent aux choses par eux données à leurs enfants, décédés sans enfants et descendants d'eux*.

Suivant cet article, les père et mère, et autres ascendants qui ont donné à un de leurs enfants un héritage, lui succèdent à cet héritage, devenu propre naissant en sa personne, privativement à tout autre parent, lorsqu'il meurt sans postérité.

Cette disposition n'est point une exception de la précédente; car la précédente, dans le cas qu'on l'entend aujourd'hui, n'exclut les père et mère et autres ascendants, que de la succession des propres qui procèdent d'un autre côté que le leur; elle ne peut donc pas empêcher l'ascendant donateur, de succéder à son enfant, à l'héritage qu'il lui a donné; car cet héritage est un propre qui procède de son côté, puisque c'est lui qui l'a donné.

C'est pourquoi la particule *toutefois*, qui joint la présente disposition à la précédente, ne l'a pas employée comme exceptive, mais comme adversative; c'est comme si la coutume avoit dit, *mais succèdent*, etc.

De quelles choses ces coutumes défèrent-elles, par ces articles-là, succession à l'ascendant donateur?

Quoique le terme *de chose*, dont elles se servent en disant *succèdent ès choses*, soit un terme général, qui, dans sa signification ordinaire, comprend, tant les choses meubles que les choses immeubles, qui sont seules susceptibles de la qualité de propre, ce n'est que de ces choses dont il est question en ces articles. Cela résulte de ce terme *toutefois*,

par lequel ces articles commencent, qui indique clairement sa relation avec ce qui précède, et fait connoître qu'il est question de la même espèce de choses dont il étoit parlé dans le précédent.

Ces coutumes, après avoir dit, *propre héritage ne remonte aux père et mère et autres ascendants*, pour nous faire connoître que cette règle n'exclut les ascendants, que de la succession des propres qui proviennent d'un différent côté, ajoutent dans l'article suivant, *toutefois succèdent aux choses par eux données*; c'est comme si elles disoient, toutefois succèdent à ceux qui proviennent de leur côté; par exemple, à ceux qui proviennent de la donation qu'ils en ont eux-mêmes faite à leurs enfants.

Suivant ces principes, si un père a donné à son fils, une dot en effets mobiliers, la mère y succédera à son fils, mort sans enfants, également comme le père qui les a donnés, quoiqu'elle n'y ait en rien contribué, n'étant point en communauté avec son mari, quoique ces meubles soient encore en nature; car, dans la succession des meubles, on ne considère point leur origine.

Quelles personnes sont préférées à l'ascendant donateur, et à quelles personnes l'est-il?

L'ascendant donateur ne succède aux choses qu'il a données, qu'à défaut des enfants du donataire; en les donnant à son enfant, il les lui a données, tant pour lui que pour toute sa postérité. Mais, à défaut d'enfants du donataire, est-il préféré à tous les collatéraux, même aux frères et sœurs du défunt? Ces deux derniers termes de notre article, *et descendants d'eux*, s'entendent d'eux donataires, d'eux de la succession desquels il s'agit, et non pas d'eux père et mère. C'est l'interprétation qu'en donnent tous les commentateurs de la coutume de Paris; et cela est encore plus indubitable dans la coutume d'Orléans, suivant qu'il paroît par l'art. 248 de notre ancienne coutume, d'où celui-ci est tiré, lequel s'exprimoit ainsi : *Si le donataire va de vie à trépas, sans héritiers en droite ligne*. Par ces termes, le donateur est formellement préféré à tous les collatéraux.

L'ascendant donateur est-il préféré à un autre ascendant plus proche en degré, et du même côté? Par exemple, si l'aïeul paternel a donné un héritage à son petit-fils, cet aïeul sera-t-il préféré au père, dans la succession de ce

petit-fils, mort sans enfants? Quelques auteurs pensent que c'est au contraire le père qui doit être préféré, comme étant, également comme l'aïeul, de la ligne d'où le propre procède, et ayant sur l'aïeul l'avantage du degré. Cet article ne défère aux ascendants donateurs, la succession des choses par eux données, qu'autant qu'ils se trouveront les plus proches de la ligne. Je trouve plus conforme au texte de l'article, l'opinion contraire, qui défère la succession au donateur, à défaut d'enfants du donataire, préférablement à tous autres parents, sans distinguer si ce donataire est le plus proche en degré ou non; cette interprétation doit d'autant plus être reçue en notre coutume, que l'*art.* 248 de l'ancienne coutume, dont le 315 est tiré, la favorise assez clairement.

Cette préférence de l'ascendant donateur, sur les autres parents, a lieu non-seulement dans la succession de l'enfant qui étoit lui-même le donataire, mais encore dans celle des enfants de cet enfant donataire. Par exemple, j'ai donné à mon petit-fils, un héritage; mon petit-fils l'a laissé, par succession, à son fils, mon arrière-petit-fils, qui est mort sans enfants; je serai préféré dans la succession de mon arrière-petit-fils, pour cet héritage, à mon fils, qui est l'aïeul du défunt, et par conséquent, plus proche en degré que moi.

*Quid?* si j'ai donné à mon fils, un héritage; que mon fils l'ait donné à son fils, qui meure ensuite sans enfants, lequel succédera de mon fils ou de moi? Ce sera mon fils; car mon fils a lui-même la qualité de donateur, puisqu'il avoit donné l'héritage au défunt; et en cela cette espèce est très différente de la précédente.

J'ai donné à mon fils, un héritage qui est tombé à un de ses enfants, lequel ensuite meurt sans enfants: qui succédera ou de ses frères et sœurs, ou de moi? Je pense que les frères et sœurs du défunt doivent succéder, car ils sont les enfants du donataire. La coutume n'appelle l'ascendant du donateur, à la succession de l'héritage par lui donné, qu'à défaut du donataire; il est vrai qu'elle a parlé de la succession du donataire lui-même, et qu'il s'agit ici de la succession de l'enfant du donataire; mais je pense qu'il en doit être de même, par la raison que le donateur a donné au donataire pour lui et pour toute sa postérité.

A quel titre l'ascendant donateur succède-t-il aux choses par lui données?

Ce n'est point à titre de réversion, comme dans le droit écrit; mais c'est à titre de succession proprement dite, que l'ascendant donateur succède à ses enfants, aux héritages qu'il leur a donnés: c'est ce qui résulte de ce mot *succèdent*. Ils ne peuvent donc point prétendre ce recours, sans se porter héritiers du donataire; et il doit, pour raison desdits héritages, contribuer aux dettes de la succession.

De là il suit que Lalande décide mal à propos, qu'en cas de condamnation capitale de l'enfant donataire, et de confiscation de ses biens, l'ascendant donateur doit être préféré au fisc, pour les biens qu'il a donnés; car, ne succédant à ces biens qu'à titre d'héritier de son fils, il ne peut pas y succéder, lorsque son fils, par sa condamnation, est devenu incapable d'avoir des héritiers.

§. III. Des autres cas auxquels les père, mère et autres ascendants, succèdent aux propres de leurs descendants.

Outre les deux cas ci-dessus, les père et mère et autres ascendants, succèdent aux propres de leurs descendants, toutes les fois que ces propres, comme nous l'avons dit, procèdent de leur côté: par exemple, j'ai renoncé à la succession de mon parent; mon fils, qui étoit dans le degré suivant, s'est accommodé avec les créanciers, et l'a acceptée; je succéderai à mon fils, et aux enfants de mon fils, aux héritages qui proviendront de la succession de ce parent; car ils procèdent de mon côté, puisque mon fils l'a eue de la succession d'un de mes parents.

Mon fils, à mon refus, a accepté la succession d'un de mes parents, et a transmis à un de mes fils, cet héritage; les frères du défunt me seront-ils préférés? Cette question ne se décide point par les *articles* 315 de Paris et 317 d'Orléans. Dans l'espèce de ces articles, si les frères du défunt sont préférés à l'aïeul, c'est que c'est leur père qui a acquis l'héritage, qui a mis le propre dans la famille, et que c'est une règle dans les successions de propres, que les ascendants de celui qui a mis l'héritage dans la famille, sont préférés, en parité de degré, aux autres parents. Mais, dans l'espèce présente, ce n'est point le père commun du défunt et de ses frères et sœurs, qui a mis l'héri-

tage en la famille, il y a succédé à un de ses parents collatéraux; les frères et sœurs n'ont pas plus que moi l'avantage d'être descendus de celui qui a mis l'héritage dans la famille: c'est pourquoi cette espèce est toute différente de celle des articles ci-dessus cités, et ne se peut décider sur les principes sur lesquels ils sont fondés; il faut donc chercher la décision de la question, dans un autre principe. Le voici: la succession des meubles et acquêts est la succession ordinaire; elle est, comme le droit général, le droit commun dont la succession des propres s'écarte, en ce qu'au lieu que la première est déferée aux parents indistinctement, de quelque côté qu'ils soient, un certain ordre cependant gardé entre eux; celle des propres, au contraire, n'est déferée qu'aux parents d'un certain côté d'une certaine famille. Pour régler donc l'ordre qui doit être gardé dans cette succession aux propres, toutes les fois que la loi ne s'en est pas expliquée autrement, on doit avoir recours à celui qu'elle a prescrit pour la succession aux meubles et acquêts, comme c'est la succession ordinaire et de droit commun.

Suivant ce principe, la coutume de Paris ayant préféré les ascendants aux frères et aux sœurs, et à tous les collatéraux, dans l'ordre de la succession des meubles et acquêts, et ne s'étant point expliquée sur ce point pour la succession des propres, on doit pareillement, en cette coutume de Paris, préférer, dans la succession des propres, les ascendants du côté d'où le propre est venu aux frères et sœurs du défunt.

Au contraire, notre coutume d'Orléans ayant, dans l'ordre de la succession des meubles et acquêts, appelé les frères et sœurs du défunt, préférablement à l'aïeul et autres ascendants ultérieurs, auxquels elle a seulement réservé l'usufruit, on doit pareillement, sur les cas dans lesquels elle ne s'est pas expliquée, préférer, dans la succession des propres, les frères et sœurs du côté où est le propre, aux aïeuls ou autres ascendants ultérieurs du côté d'où ledit propre procède, en laissant seulement l'usufruit aux ascendants.

## SECTION III.

De l'ordre de succéder en succession collatérale.

La règle générale, pour l'ordre de la succession collatérale, est que les collatéraux, qui sont dans le plus prochain degré de parenté avec le défunt, viennent ensemble à sa succession, et excluent ceux qui sont dans un degré plus éloigné.

Cette règle souffre des limitations, par le droit de représentation et par le rappel qui y supplée, par les prérogatives du double lien, par la prérogative de la masculinité, enfin, dans la succession des propres.

## ARTICLE PREMIER.

De la représentation en ligne collatérale.

Il y a trois principales classes de coutumes différentes sur cette matière. La première est de celles qui rejettent entièrement la représentation en succession collatérale. De ce nombre est la coutume de Blois, *art.* 139. La seconde est de celles qui l'admettent aux termes de droit, c'est-à-dire, en faveur seulement des neveux et nièces. De ce nombre sont les coutumes de Paris, *art.* 320, et d'Orléans, *art.* 318. Enfin, la troisième est de celles qui l'admettent à l'infini, en quelque degré que ce soit. Nous ne dirons rien de la première classe de ces coutumes.

§. I. De la représentation qui a lieu dans les coutumes de Paris et d'Orléans, en faveur des neveux et nièces.

La coutume de Paris, *article* 320, et celle d'Orléans, *art.* 318, ont admis la représentation en faveur des neveux et nièces, conformément à la *Novelle* 118, *ch.* 3, et ne l'étendent pas au delà.

Nous avons vu en la section première, en traitant de la représentation qui a lieu en ligne directe, ce que c'étoit que la représentation, et quels sont les principes sur cette matière. Nous ne le répéterons plus ici.

Un de ces principes est, que les représentants ne peuvent avoir plus de droit qu'en auroit eu la personne représentée.

Il suit de ce principe, que les neveux, enfants d'une sœur, qui viennent par représentation de leur mère, à la succes-

sion de leur oncle, sont exclus des fiefs, par les frères du défunt, suivant que le décident les coutumes de Paris, *art.* 322, et d'Orléans, *art.* 320; car leur mère l'auroit été par le principe que nous verrons ci-après, qui est qu'en succession collatérale, les mâles excluent les femelles; or, ils ne peuvent avoir plus de droit que la personne qu'ils représentent.

Ces dispositions des coutumes de Paris et d'Orléans, étant fondées sur un principe tiré de la nature même de la représentation, doivent être suivies dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas.

Nous avons traité la question sur la ligne directe, si les représentants succédoient non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée; la même question a lieu dans la ligne collatérale. Notre coutume, *art.* 321, l'a décidé pour l'affirmative, en ordonnant que la fille, venant du mâle, représente son père, pour succéder à l'oncle, avec le frère du défunt.

La coutume de Paris ne s'étant point expliquée sur cette question, elle y a été différemment jugée. Deux anciens arrêts de 1631 et 1658, rapportés par Ricard, l'avoient jugé pour la nièce; mais l'arrêt de Saintos, de 1663, rapporté au deuxième tome du Journal des audiences, a jugé le contraire. Les raisons me paroissent très-fortes en faveur de la nièce. La coutume de Paris a admis, pour la ligne directe, le principe que le représentant succède non-seulement au degré, mais à tous les avantages personnels de la personne représentée, en décidant que la fille de l'ainé le représente pour le droit d'aînesse. Ayant admis ce principe pour la ligne directe, sur quel fondement pensera-t-on qu'elle en ait admis un contraire pour la ligne collatérale? D'ailleurs, les articles de la nouvelle coutume d'Orléans, rédigée par les mêmes commissaires qui ont rédigé celle de Paris, et depuis celle de Paris, doivent servir d'interprétation à celle de Paris. Ceux qui, au contraire, tiennent le parti du frère contre la nièce, fille de l'autre frère, et la décision de l'arrêt de Saintos, s'offrent de trouver une différence entre la ligne directe et la collatérale: ils disent que les enfants ayant une espèce de droit à la succession de leur père, dès son vivant, le droit d'aînesse, qui étoit un droit commencé dès le vivant de leur père, passe, par son décès, à ses représentants, de quelque sexe qu'ils soient, parce que ce droit avoit déjà un commen-

cement d'existence. Au contraire, les collatéraux n'ayant droit à la succession de leur parent collatéral, de son vivant, les prérogatives que le parent mâle a droit d'y exercer, sont des prérogatives qui ne commencent à avoir lieu que lors de l'ouverture de la succession, et, par conséquent, qui n'avoient aucun commencement d'existence lorsqu'il est prédécédé. Elles n'ont donc pu succéder qu'à son degré, qui se trouvoit vacant, et non point à aucune prérogative.

C'est une question semblable à celle de la précédente, dans les coutumes qui règlent le partage des successions entre nobles, différemment qu'entre roturiers, de savoir si les enfants non nobles, qui viennent par représentation de leur mère noble, doivent avoir les mêmes avantages qu'auroit eus leur mère. Cette question dépend, comme la précédente, du point de savoir si la coutume a admis ou non le principe que la représentation donne aux représentants toutes les prérogatives qu'auroit eues dans la succession la personne représentée, quoique attachées aux qualités personnelles de la personne représentée.

Le principe que le représentant succède non-seulement au degré, mais à toutes les qualités personnelles de la personne représentée, et que notre coutume a clairement admis par l'art. 321 ci-dessus rapporté, reçoit une exception en l'art. suivant. *Et si en ladite succession il y a fiefs, les enfants des frères n'excluent leurs tantes, sœurs du défunt; ains succèdent lesdites tantes de leur chef, comme étant les plus proches avec les enfants des frères.....*

La coutume de Paris, art. 323, a la même disposition.

Le frère, qui est représenté par les neveux ses enfants, auroit eu certainement la prérogative d'exclure les sœurs du défunt, dans les fiefs; ses enfants, suivant cet article, ne les excluent pas. Voilà donc une prérogative de la personne représentée, à laquelle les représentants ne succèdent point.

Quelle est donc la raison? On dit que la proximité du degré qu'a la sœur, compense l'avantage de la masculinité qu'a le neveu, ce que la coutume insinue par ces termes: *Lesdites tantes... comme étant les plus proches.* Cette raison souffre difficulté; car la fiction de la représentation qui place les neveux au degré du frère, donne aux neveux la même proximité de degré qu'a la tante, et c'est en cela que consiste l'essence et la nature de la représentation; la tante

n'a donc pas sur eux l'avantage du degré, et il reste à ces neveux, sur elle, l'avantage de la masculinité.

Il faut donc chercher une autre raison ; c'est peut-être celle-ci : la fiction de la représentation a été introduite pour faire concourir des parents d'un degré plus éloigné, avec des parents en degré plus proche ; elle doit donc se borner à faire concourir ceux qui viennent par représentation avec les parents en degré plus proche, en les plaçant au même degré qu'eux ; elle peut même les faire concourir avec toutes les prérogatives qu'auroit eues la personne qu'ils représentent ; mais il est contre la fin pour laquelle la représentation a été introduite, qu'elle donne à ceux qui viennent par représentation, le droit d'exclure les parents en plus proche degré ; ils ne peuvent donc succéder par le secours de la représentation, à ce droit d'exclure qu'auroit eu la personne qu'ils représentent, à moins qu'il n'y ait quelque loi qui le leur accorde, comme dans le cas du double lien, suivant que nous le verrons ci-après : *Jus representationis*, dit Cujas, *hanc vim tantum habet ut remotior cum propiore concurrat, non ut propiorem prorsus excludat.*

Les sœurs du défunt ne sont point exclues de la succession des fiefs, par les neveux, enfants du frère, lorsqu'il n'y a point de frère vivant qui soit appelé à la succession ; quand il y en a un, il n'est pas douteux qu'elles en sont exclues.

*Quid?* s'il y en avoit un qui renonçât à la succession, seroient-elles exclues ? Je le pense ; car il suffit que ce frère, quoiqu'elle ait renoncé à la succession, y ait été appelé, pour que la sœur ne l'ait point été ; la succession des fiefs a été déferée à ce frère, et aux neveux du frère prédécédé, conjointement, à l'exclusion de la sœur ; et, par la renonciation de ce frère, sa part est accrue à ses cohéritiers qui étoient les neveux.

Si le défunt a laissé une sœur, des neveux enfants d'un frère, et des neveux enfants d'une sœur, les neveux enfants du frère, excluront-ils les neveux enfants de la sœur ? La question souffre grande difficulté. Les arrêts et les commentateurs sont partagés. On peut alléguer contre l'exclusion, le principe que nous avons rapporté ci-dessus, que la fin de la représentation étant de faire concourir les parents d'un degré plus éloigné, avec ceux qui sont dans un degré plus proche, elle ne doit donner le droit que d'être placé au degré de la personne représentée, le droit de concourir

en conséquence à la succession même, avec les prérogatives de la personne représentée, mais non pas le droit d'exclure les autres parents de cette succession, parce que la fiction de la représentation n'a point été introduite pour exclure, mais pour concourir; que nos coutumes s'en étoient suffisamment expliquées, en décidant que les neveux qui viennent par représentation du frère, ne succédoient point au droit qu'auroit eu leur frère d'exclure les sœurs du défunt, dans les fiefs; que, par la même raison, ils ne pouvoient pas exclure les neveux enfants de la sœur; car, ou ils succèdent au droit d'exclure qu'avoit le frère qu'ils représentent, ou ils n'y succèdent pas; on ne peut pas dire qu'ils y succèdent, puisque la coutume décide qu'ils concourent avec la sœur du défunt; s'ils ne succèdent pas à ce droit d'exclure, ils ne peuvent donc pas exclure les enfants de la sœur. Ces enfants de la sœur étant placés, par la représentation, au même degré que leur mère, ont autant de droit qu'elle, la représentation leur donne tous les droits qu'auroit eus leur mère; et, par conséquent, ils doivent avoir le droit de concourir à la succession des fiefs, avec les enfants du frère, comme leur mère l'auroit eu. Les raisons de ceux qui soutiennent l'opinion contraire, sont que la représentation donne aux représentants tous les droits qu'auroit eus la personne représentée; que la coutume en a excepté le droit d'exclure la sœur du défunt, de la succession des fiefs; qu'on doit se renfermer dans les termes de l'exception, et ne pas l'étendre à celui d'exclure pareillement les enfants de la sœur; que si la coutume n'a pas voulu que les enfants du frère pussent exclure la sœur, c'est par une raison qui ne milite qu'à l'égard de la sœur même, et non à l'égard des enfants de la sœur; c'est parce que ces enfants du frère, n'étant que, par le secours de la fiction, placés au même degré que la sœur, la coutume a jugé qu'il suffisoit que la fiction imitât la vérité, mais qu'elle ne devoit pas l'emporter sur la vérité, ni par conséquent faire exclure de la succession des fiefs, la sœur, qui étoit véritablement dans le degré de succéder, dans lequel les neveux n'étoient que par le secours de la fiction. La coutume insinue que c'est par cette raison que les sœurs ne sont pas exclues, par ces termes: *Les sœurs....* comme étant les plus proches; c'est comme si elle disoit, *les sœurs, en conséquence de ce qu'elles sont dans la vérité les plus proches, et que la fiction ne doit pas*

*prévaloir à la vérité* : d'où on conclut que l'exception en faveur des sœurs ne doit pas s'étendre aux enfants des sœurs, qui, étant en parité entière de degré avec les enfants du frère, sont dans le cas d'être exclus par eux.

Observez que, si on suit la première opinion, les neveux enfants du frère, succédants avec la sœur, ne doivent point exclure des fiefs, non-seulement les neveux enfants d'une sœur; mais ni même les nièces enfants de cette sœur, qui, représentant leur mère, doivent avoir le même droit qu'elle auroit eu.

Au contraire, si on suit la seconde opinion, les neveux enfants du frère, succédants avec la sœur, doivent exclure des fiefs, tant les neveux que les nièces, enfants de la sœur.

Mais la nièce, fille du frère, aura-t-elle le même droit? Cela dépend de la question qui a déjà été agitée ci-dessus, et jugée par l'arrêt de Saintos, de savoir si, en succession collatérale, les représentants succèdent à la prérogative de la masculinité de la personne représentée.

En supposant que la seconde opinion doive être suivie, Guiné demande si les enfants du frère ne doivent pas seuls profiter de la portion qu'auroient eue les enfants de la sœur prédécédée, puisque ce sont eux seuls qui ont le droit de les exclure, et que la sœur survivante n'a pas ce droit? Il dit que la question souffre difficulté : elle n'en souffre aucune. Les enfants de la sœur prédécédée, en conséquence du droit qu'ont les enfants du frère, de les exclure, n'étant point appelés à la succession des fiefs, ils n'y ont point de portion qui puisse accroître aux enfants des frères; c'est pourquoi la succession demeure entière à partager par moitié entre la sœur survivante et les enfants du frère.

On demande si la disposition de nos coutumes réformées de Paris et d'Orléans, qui ne permettent pas que le fils du frère exclue la sœur du défunt, doit être suivie dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? Guiné tient qu'elle ne doit pas être suivie; et que le neveu se trouvant, par la nature de la représentation, placé en parité de degré avec la sœur, doit exclure la sœur, conformément à la règle, qu'*en parité de degré le mâle exclut la femelle*. Les principes sur lesquels sont fondées les coutumes de Paris et d'Orléans, pour décider le contraire,

sont des principes arbitraires, qui ne doivent pas être présumés adoptés dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées. Dumoulin, sur l'art. 96 de Chartres, rapporte deux arrêts qui ont jugé pour l'exclusion de la sœur par le neveu, fils du frère : il dit, *et sic non est amplius dubitandum, secus si essent nepotes ex sorore*. Il y en a plusieurs autres dans Brodeau sur Louet, lettre R, chap. 9.

Pour finir la matière de la représentation en collatérale, suivant les coutumes de Paris et d'Orléans, il nous reste à observer une différence entre cette représentation et celle qui a lieu en ligne directe. Celle-ci étant principalement établie pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la descendance et postérité du défunt, elle a lieu, soit que les enfants de ces différentes lignes soient en degré inégal, soit même lorsqu'ils sont tous en égal degré. Elle a lieu, quoique le défunt n'ait laissé, lors de son décès, ni fils, ni filles, mais seulement des petits-enfants de ses différents fils ou filles prédécédés; et le partage se fait, *in stirpes* et non *in capita*, entre les petits-enfants de ces différentes lignes, ainsi que nous l'avons vu en la section I<sup>re</sup>, art. I<sup>er</sup>. Au contraire, la représentation en collatérale n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes, et pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales. Elle n'est établie qu'en faveur des seuls neveux, pour les faire concourir à la succession, dont ils auroient été sans cela exclus par les frères et sœurs du défunt, comme plus proches en degré. Cette représentation ne doit donc avoir lieu que lorsqu'il se trouve, lors du décès, quelque frère ou sœur du défunt qui pourroit les exclure; quand il ne s'en trouve point, il n'y a point lieu à la représentation, les neveux, issus de différents frères ou sœurs, succèdent, en ce cas, de leur chef, comme étant les plus proches parents, et partagent la succession en autant de parts qu'ils sont de personnes.

Cela avoit néanmoins souffert grande difficulté entre les commentateurs de la Nouvelle 118, qui a introduit la représentation en faveur des neveux. Azon soutenoit qu'elle ne devoit point avoir lieu, lorsqu'il ne restoit aucun frère ni sœur du défunt. Accurse, au contraire, soutenoit contre son maître, qu'il ne laissoit pas d'y avoir lieu. Son opinion avoit eu d'illustres défenseurs, Dumoulin, Lecomte, etc.

On a mis fin à la dispute, et l'opinion d'Azon a été embrassée; elles s'en expliquent ainsi : savoir, Paris, art. 521, et Orléans, article, 519 : *Mais si les neveux, en semblable degré, viennent de leur chef, et non par représentation, ils succèdent par têtes, et non par souches, tellement que l'un ne prend plus que l'autre.* Par exemple, si le défunt a laissé quatre neveux d'un frère, et un neveu d'un autre frère, ils partageront en cinq portions; le neveu, fils unique, n'aura que sa cinquième portion.

Cela a-t-il lieu dans le cas où le défunt auroit laissé un frère qui auroit renoncé à la succession? Non; il suffit qu'il y ait eu un frère, quoiqu'il ait renoncé, pour que la succession ait été déferée par souches à ce frère, et aux neveux des autres frères et sœurs; les neveux de chacune des différentes souches, ont été saisis, tous ensemble, de la portion déferée à leur souche. La renonciation du père n'a d'autre effet que de faire accroître sa part à ses cohéritiers, et ses cohéritiers sont les souches : le partage doit donc toujours se faire par souches.

Si le défunt avoit laissé un frère, et des neveux de différentes sœurs, et que le frère renoncât, le partage des biens roturiers se feroit, à la vérité, par souches, comme nous venons de le dire; parce que la succession de ces biens a été déferée à ce frère, et aux neveux des différentes sœurs, par souches; mais la succession des biens nobles se partagera-t-elle par souches ou par personnes entre ces neveux, issus de différentes sœurs? Je pense qu'elle se partagera par personnes, et non par souches; car ils n'y avoient point été appelés avec le frère du défunt, à qui seul elle avoit été déferée; ils y sont appelés seuls par sa renonciation, comme étant dans le degré le plus proche après lui : ils n'y ont jamais concouru avec lui; et, par conséquent, ils ne doivent point y succéder par représentation, ni partager ces biens par souches, mais par personnes.

Il y a un cas dans la coutume d'Orléans, auquel les neveux de différentes souches, quoiqu'appelés seuls à la succession, la partagent par souches. C'est le cas auquel le défunt a laissé un frère du simple lien, et des neveux de différents frères du double lien. Le frère du simple lien étant exclus par ses neveux, du double lien, conformément à la disposition de la Nouvelle que la coutume d'Orléans a

adoptée, suivant que nous le verrons en l'article suivant, la succession est déferée aux seuls neveux, et néanmoins ils doivent la partager par souches, parce que ce n'est que par le secours de la représentation, qui les place au degré de leur père, qu'ils excluent le frère du simple lien, qu'ils ne pourroient pas exclure sans cela; ils succèdent donc, en ce cas, par représentation, et doivent par conséquent partager par souches. Guiné est d'avis contraire; mais il ne l'appuie d'aucune bonne raison, ni d'aucune autorité.

Il n'y a pas lieu à la question dans la coutume de Paris, qui n'a pas admis la prérogative du double lien.

Du principe des coutumes de Paris et d'Orléans, qu'il n'y a pas lieu à la représentation des neveux et nièces, lorsque le défunt n'a laissé ni frère ni sœur habiles à lui succéder, il suit aussi qu'en ce cas, les oncles et tantes du défunt concourent avec les neveux; car les neveux, ne succédant que de leur chef, et dans leur degré, qui est le troisième degré, les oncles et tantes du défunt, qui sont aussi au troisième degré de parenté avec le défunt, se trouvent en parité avec eux. C'est ce qui est décidé par les articles 339 de Paris, et 329 d'Orléans.

Que si le défunt avoit laissé un frère ou une sœur, quoique ce frère ou cette sœur renonçât, les neveux excluroient l'oncle du défunt, parce qu'en ce cas, la succession n'a pas été déferée à l'oncle, mais au frère du défunt, conjointement avec les neveux; et, par la renonciation du frère, sa part est accrue aux neveux, ses seuls cohéritiers.

S'il n'y avoit que des neveux issus de filles, comme, en ce cas, la succession des biens nobles auroit été déferée au frère seul, la succession de ces biens, par sa renonciation, seroit dévolue, tant à l'oncle qu'aux neveux, qui la partageroient par personnes *in capita*.

Cette disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, qui fait concourir l'oncle avec le neveu, est contraire à la Nouvelle 118, qui a établi la représentation des neveux, pour trois objets: 1° pour les faire concourir avec les frères et sœurs du défunt; 2° pour leur donner la préférence sur un frère ou une sœur du simple lien, lorsqu'ils sont enfants d'un frère germain ou d'une sœur germaine; 3° pour leur donner la préférence sur les oncles du défunt. Cette préférence du neveu sur l'oncle, est établie par le verset *illud palam* de la Nouvelle.

Il est vrai que quelques interprètes ont prétendu que ce verset ne devoit être entendu que du cas auquel les neveux concourent avec les frères; mais ce n'est peut-être pas le sens de la Nouvelle. Lorsque le défunt a laissé un frère, il ne peut y avoir lieu à la question, si les neveux sont préférés à l'oncle, puisque l'oncle est exclus en ce cas, non par les neveux, mais par le frère. Irnier, en l'auth. *post fratres*, *cod. de legit. hæred.*; Barthole, sur ledit verset, *illud palàm*; Cujas, sur ledit titre du code *de legit. hæred.*, ont entendu ce verset du cas auquel le défunt n'avoit laissé que des neveux et des oncles. Conformément à cette disposition de la Nouvelle, les coutumes d'Auxerre et de Melun, qui ont admis la représentation aux termes de droit, en faveur des neveux seulement, décident que le neveu doit être préféré à l'oncle du défunt.

Que doit-on décider dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? Je pense qu'on doit décider pour le neveu contre l'oncle, dans les coutumes qui ont admis la représentation en faveur des neveux; car ces coutumes ayant adopté la disposition de la Nouvelle sur ce point, elles ne peuvent avoir de meilleur interprète sur les questions qui ont rapport à la représentation, que la Nouvelle même, qu'elles ont adoptée. C'est le sentiment de Dumoulin, en sa Note sur la coutume de Vermandois.

Cela a été jugé par l'arrêt des Carons, rapporté par Guiné. Au contraire, dans les coutumes qui ont rejeté la représentation en collatérale, il n'est pas douteux que l'oncle doit concourir avec le neveu.

Observez que, comme c'est par le secours de la représentation, que les neveux excluent l'oncle du défunt, il s'ensuit que, lorsque le défunt a laissé un oncle, les neveux des différents frères, succédants, en ce cas, par représentation, puisqu'ils ne pourroient pas exclure l'oncle sans cela, doivent partager la succession par souches. C'est l'avis le plus conforme aux principes.

§. II. De la représentation dans les coutumes qui l'admettent, en collatérale, à l'infini.

Il y a plusieurs coutumes qui admettent la représentation à l'infini dans la ligne collatérale, de même que dans la directe, tant en degré égal qu'en degré inégal. Telles sont les coutumes de Tours, du Maine, d'Anjou, et beaucoup d'autres.

Dans ces coutumes, la succession du défunt, lorsqu'elle tombe en collatérale, est déferée par souches, d'abord aux frères et sœurs du défunt, et aux descendants des frères et sœurs.

Soit que le défunt ait laissé des frères et sœurs qui l'aient survécu, soit qu'il n'en ait point laissé, les enfants et descendants de chacun des frères et sœurs prédécédés, prennent tous ensemble dans la succession, la même part que le frère ou la sœur qu'ils représentent, auroit prise, s'il eût vécu; et, dans la subdivision de cette part, s'il se trouve parmi les représentants, des enfants du frère, et des petits-enfants issus d'un autre enfant prédécédé, tous ces petits-enfants prennent tous ensemble, dans la subdivision, la part qu'y auroit prise la personne qu'ils représentent, et ainsi des arrières-petits-enfants, *et sic in infinitum*.

S'il ne se trouve ni frères, ni sœurs, ni aucuns descendants de frères ou de sœurs, alors la succession est déferée de la même manière aux oncles et tantes du défunt, et à tous les descendants des différents oncles et différentes tantes prédécédés du défunt, qui viennent de même, chacun par représentation de la personne prédécédée dont ils sont issus.

S'il n'y a aucuns oncles ni tantes du défunt, ni aucuns descendants d'oncles et de tantes, la succession est déferée aux grands-oncles et grand'tantes, et à toute la descendance et postérité des grands-oncles et grand'tantes, de la même manière.

S'il n'y a aucune postérité des grands-oncles ni grand'tantes, la succession est déferée à la descendance et postérité des grands-oncles et grand'tantes, c'est-à-dire, des frères et sœurs des bisaïeuls et bisaïeules du défunt, *et sic in infinitum*, tant qu'on peut découvrir lignage.

De ces principes il suit, qu'au lieu que, dans ces coutumes, l'oncle concoure avec le neveu, lorsqu'il n'y a point de frère ni sœur, et même exclut le petit-neveu; au contraire, dans ces coutumes, le neveu, et même le petit-neveu et l'arrière-petit-neveu, excluent toujours l'oncle; le cousin germain et ceux sur lesquels le défunt avoit le degré de cousin germain, excluent toujours le grand-oncle, etc.

En un mot, les descendants du père ou de la mère du défunt, excluent toujours ceux qui ne descendent que de l'aïeul; les descendants, les aïeuls ou aïeules, excluent

ceux qui ne descendent que du bisaïeul, *et sic in infinitum*.

Il faut néanmoins, pour la succession des propres, dans ces coutumes comme dans les autres, être de la ligne d'où le propre procède ; c'est pourquoi, par exemple, la succession d'un propre paternel n'est déférée qu'aux frères et sœurs germains, aux consanguins et à leur descendance ; à leur défaut, elle est déférée, à l'exclusion des frères utérins et de leur postérité, aux seuls oncles et tantes paternels et à leur postérité, ou, à leur défaut, aux grands-oncles et grand-tantes paternels, *et sic in infinitum*.

L'esprit de ces coutumes qui ont admis la représentation à l'infini, étant d'y conserver l'égalité entre les lignes, comme dans la succession en directe, les mêmes principes qui ont lieu pour la représentation en directe, ont lieu pour cette représentation en collatérale.

C'est pourquoi elle a lieu, soit que les personnes qui viennent par représentation soient entre elles en degré inégal, soit qu'elles soient en degré égal. Plusieurs de ces coutumes s'en expliquent, et ce principe doit se suppléer dans celles qui ne s'en sont pas expliquées : par exemple, si trois neveux, enfants d'un frère du défunt, viennent à la succession avec un neveu enfant d'un autre frère, la succession se partagera par moitié ; le neveu qui représente seul un frère, aura autant que les trois qui en représentent un autre.

Pareillement, dans ces coutumes, les représentants sont non-seulement placés au degré de la personne qu'ils représentent, mais succèdent à tous les avantages et désavantages qu'elle auroit eus, si elle eût survécu ; de manière que c'est le sexe de la personne représentée, qui est considéré plutôt que celui des représentants, si ce n'est dans la subdivision qui se fait entre les représentants.

#### S. III. Du rappel qui supplée à la représentation.

Le rappel est un acte par lequel une personne supplée à la loi qui n'a point ordonné la représentation, en ordonnant qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, les enfants de cet héritier présomptif prédécédé, le représentent.

On distingue deux espèces de rappel : le rappel fait *intra terminos juris*, et le rappel fait *extra terminos juris*.

Le rappel fait *intra terminos juris*, est le rappel qu'une personne fait à sa succession, de ses petits-enfants, dans les coutumes qui n'admettent point la représentation en ligne directe, ou celui qu'une personne fait de ses neveux, dans les coutumes qui excluent la représentation en collatérale. Ce rappel est appelé rappel *intra terminos juris*, parce qu'il est conforme au droit le plus universellement reçu, qui admet ces personnes à succéder par représentation.

Le rappel *extra terminos juris*, est le rappel des autres parents, comme des petits-neveux, des cousins, etc. Il est appelé *extra terminos juris*, parce que ces personnes ne sont point appelées par le droit civil, à succéder par représentation.

Il est évident, par ce que nous venons de dire du rappel, que c'est une ordonnance de dernière volonté.

De là il suit, 1° qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, excepté néanmoins le cas auquel il seroit fait par contrat de mariage; le rappel étant, en ce cas, une clause du contrat, il seroit irrévocable.

De là il suit, 2° qu'il est toujours révocable jusqu'à la mort, hors la présence et sans le consentement de la personne rappelée.

Ceci est conforme à la Note de Dumoulin, sur la coutume de Blois : *Ista declaratio . . . . . fieri potest etiam sine præsentia, scientia et acceptance ejus qui ad hereditatis partem capiendam vocatur, estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis.*

Celui qui fait un rappel n'a pas besoin non plus, pour le faire, du consentement de ses héritiers présomptifs, si ce n'est dans quelques coutumes qui le requièrent. Telle est la coutume de Montargis, qui dit que le rappel ne peut être fait *si non du consentement de tous ceux qui y ont intérêt*. Dumoulin, sur cet article, observe : *Intellige consensum eorum qui sunt majores 25 annis.*

Observez aussi dans ces coutumes, que, lorsque l'héritier présomptif majeur a une fois donné son consentement pour le rappel, il ne peut plus le rétracter. C'est ce que dit Dumoulin, sur notre ancienne coutume, qui avoit la même disposition : *Qui semel consenserunt non possunt amplius pœnitere nisi eum de cujus successione agitur pœniteat.*

Par quel acte doit être fait le rappel ? Il n'est pas douteux que celui qui est *intra terminos juris* peut se faire, non-seulement par un acte revêtu des formes des testaments, mais par quelque acte que ce soit. Dumoulin, en parlant de ce rappel, dit : *Ista est simplex declaratio que fieri potest coram duobus testibus vel aliis, dummodò constet.* Il faut pourtant qu'il soit par écrit ; au reste, l'écrit qui le contient n'est sujet à aucunes formes.

Il y a plus de difficulté à l'égard du rappel qui se fait *extra terminos juris* ; Guiné prétend qu'il peut aussi se faire par quelque acte que ce soit. On cite un arrêt pour ce sentiment. Pour moi, je penserois qu'il ne pourroit être fait que par testament ; cela me paroît être une suite de la maxime reçue, que le rappel, lorsqu'il est *extra terminos juris*, ne vaut que *per modum legati* ; or, on ne peut faire des legs que par testament. C'est aussi l'avis de Ricard.

On peut rappeler à sa succession, non-seulement tous les enfants d'un frère prédécédé, mais l'un d'entre eux ; d'où naît la question, si en ce cas il doit être censé rappelé à la portion entière qu'auroit eue son père, s'il eût vécu, ou seulement à la portion qu'il auroit eue dans la subdivision de cette portion, si ses frères et sœurs eussent été rappelés comme lui ? Guiné décide qu'il doit avoir la portion entière ; j'aurois de la peine à suivre son avis. Le rappel a l'effet de suppléer au défaut de la loi, qui n'a pas admis la représentation ; elle ne doit donc accorder au rappelé, que ce que lui auroit accordé la loi de la représentation, si la coutume l'eût admise ; or, ce neveu ayant des frères, la représentation ne lui auroit pas accordé le total de la portion qu'auroit eue son père, mais seulement une portion virile dans cette portion ; *puta*, s'ils sont quatre enfants, il auroit eu le quart de cette portion ; le rappel ne doit donc lui accorder que le quart de cette portion, les frères survivants doivent profiter du surplus : de même qu'ils auroient profité du total de la portion du prédécédé, si aucun des enfants du prédécédé n'eût été rappelé, de même ils doivent profiter des trois quarts de cette portion, lorsque trois des quatre enfants de ce prédécédé n'ont point été rappelés.

Cela a lieu lorsque le défunt ne s'est pas expliqué, lorsqu'il a dit simplement qu'il rappeloit un tel, son neveu,

à sa succession; que s'il a dit qu'il le rappeloit pour succéder à la portion qu'auroit eue son père, il est clair qu'il a voulu lui laisser toute la portion qu'auroit eue son père. Mais je penserois qu'en ce cas le rappel donnant plus à ce neveu, qu'il n'en auroit eu par la représentation, si la coutume l'avoit admise, doit être considéré comme un rappel *extra terminos juris*.

Les deux espèces de rappel ont des effets très-différents; le rappel *intra terminos juris* supplée au défaut des coutumes qui n'ont pas admis la représentation, et rend les personnes rappelées, vraiment héritières par représentation de leurs père ou mère, de la portion qu'auroient eue leursdits père ou mère, comme s'ils eussent été appelés par la loi.

D'où il suit qu'ils sont saisis de cette portion, dès le temps du décès; qu'il n'est point nécessaire d'en demander la délivrance; qu'ils ont part, en cette qualité, aux légitimes coutumières dans les propres, avec les autres héritiers, qui ne peuvent pas retenir ces réserves coutumières, en abandonnant aux rappelés les biens disponibles, les rappelés étant héritiers aussi bien qu'eux.

Au contraire, le rappel fait *extra terminos juris*, ne vaut que *per modum legati*; les rappelés ne sont point héritiers du défunt; mais ils sont de simples légataires de la portion à laquelle ils sont rappelés; ils n'en sont point saisis, et ils doivent en demander à l'héritier la délivrance.

De là il suit, que l'héritier peut, vis-à-vis d'eux, retenir les réserves coutumières, en leur abandonnant les biens disponibles.

Lorsqu'une personne, qui avoit un frère et un neveu d'un autre frère prédécédé, a rappelé ce neveu, si ce frère, qui excluroit le neveu, vient lui-même à mourir depuis le rappel, que deviendra le rappel? Il y a lieu de penser que le rappel est éteint, et que ce neveu rappelé doit succéder de son chef *in capita*, avec les enfants de l'autre frère. La raison en est, que le rappel n'est fait que pour suppléer la représentation, que la coutume n'a pas admise. D'où il suit que le neveu, fils du frère prédécédé, n'ayant plus besoin de représentation, par le décès arrivé du frère qui restoit, il ne doit plus y avoir lieu au rappel; néanmoins la question peut souffrir quelque difficulté, et on pourroit peut-être dire que le neveu, enfant du frère premier dé-

cédé; pourroit prétendre la moitié des biens du défunt, nonobstant la mort de l'autre frère qui restoit, et que les enfants de cet autre frère, qui a consenti au rappel, ne peuvent la lui contester.

#### QUESTION II.

De la prérogative du double lien.

##### §. I. Ce que c'est que double lien.

On appelle lien de parenté, la souche commune dont deux parents descendent; car c'est cette souche commune qui les unit, et forme entre eux la parenté.

On appelle parenté du double lien, ou des deux côtés, celle qui est formée par deux souches communes, telle qu'est celle entre des frères qui descendent d'un même père ou d'une même mère, entre des parents qui descendent d'un même aïeul et d'une même aïeule, etc.

Au contraire, la parenté formée par une seule souche commune, est appelée parenté du simple lien, ou parenté d'un seul côté. Telle est celle qui est entre des frères consanguins, qui n'ont, pour souche commune, que leur père, étant nés de différentes mères, celle qui est entre des frères utérins, qui n'ont pour souche commune que leur mère, étant nés de différents pères.

Pareillement à l'égard des autres degrés, la parenté qui est entre mon neveu et moi, est de double lien, si ce neveu est un fils de mon frère germain, parce que nous avons pour souches communes, mon père et ma mère, qui sont l'aïeul et l'aïeule de mon neveu. Que si c'est le fils de mon frère consanguin, la parenté n'est que du simple lien, parce que nous n'avons qu'une souche commune, savoir, mon père, qui est l'aïeul de mon neveu.

La parenté avec mon oncle, est du double lien, s'il est le frère germain de mon père, parce que nous avons pour souches communes, le père et la mère de mon oncle, qui sont mes aïeul et aïeule paternels; que s'il n'étoit que le frère consanguin de mon père, la parenté ne seroit que du simple lien; car nous n'aurions qu'une souche commune, savoir, le père de mon oncle, qui est mon aïeul paternel.

De même à l'égard des cousins germains, la parenté est du double lien, s'ils sont enfants de frères germains, parce

qu'ils ont, pour souche commune, leur aïeul et leur aïeule paternels; que s'ils sont enfants de frères consanguins, la parenté sera du simple lien, parce qu'ils n'auront qu'une souche commune, savoir, l'aïeul paternel, leur aïeule étant différente.

§. II. Quelle loi a établi la prérogative du double lien, et quelle est la variété des coutumes sur cette matière?

C'est la Nouvelle 84 qui a introduit la prérogative des parents du double lien sur ceux du simple lien. Justinien, par cette Nouvelle, donne, dans les successions collatérales, la préférence aux frères et sœurs conjoints des deux côtés avec le défunt, sur les frères et sœurs qui ne le seroient que d'un seul côté.

Par la Nouvelle 118, par laquelle il a introduit la représentation, il accorde aux neveux et nièces, enfants des frères ou sœurs germains, le même droit de préférence sur les frères et sœurs conjoints d'un seul côté.

Les coutumes sont différentes sur la prérogative du double lien.

1° Il y en a qui la rejettent expressément; telle est la coutume de Paris, *art.* 340 et 341, et beaucoup d'autres.

2° Il y en a qui ne s'en expliquent point.

3° Il y en a qui l'admettent, selon la disposition du droit, aux frères et aux neveux.

4° Celle d'Orléans y ajoute les oncles.

5° Il y a des coutumes qui l'accordent aux frères, sans parler des neveux.

6° Il y en a qui l'accordent en termes généraux.

§. III. Si la prérogative du double lien a lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées?

Les auteurs sont partagés sur cette question. Charondas, Brodeau, Lebrun, sont d'avis que cette prérogative n'a pas lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent point. Le Grand, sur Troyes, prétend au contraire qu'elle y doit avoir lieu. Guiné distingue entre les coutumes qui ont rejeté la représentation collatérale, et celles qui l'ont admise. Selon lui, dans les premières, la prérogative du double lien n'a pas lieu, mais elle a lieu dans celles qui ont admis la représentation.

La première opinion me paroît préférable. La règle géné-

rale, en matière de succession collatérale, est de la déférer à tous les parents qui sont dans le degré le plus proche avec le défunt. Les frères du simple lien se trouvant fondés, dans cette règle générale, pour succéder avec les frères du double lien avec lesquels ils se trouvent en parité de degrés, ils ne peuvent en être exclus que par une loi qui restreigne cette règle générale, et qui accorde une prérogative sur eux à ceux du double lien. Or, la Nouvelle ne peut servir de loi. Elle ne peut pas l'avoir par elle-même; les Nouvelles de Justinien n'ayant jamais eu force de loi dans les Gaules, qui, dès avant Justinien, n'étoient plus de l'empire romain, elle ne peut donc l'avoir qu'autant qu'elle auroit été adoptée par ces coutumes; mais, comment prouver qu'elle y a été adoptée, lorsque ces coutumes ne s'en expliquent point? Dira-t-on qu'un grand nombre de coutumes ayant adopté expressément cette disposition de la Nouvelle, elle doit passer pour le droit commun du pays coutumier, et par conséquent se suppléer dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées? On ne peut pas dire cela; car, s'il y a beaucoup de coutumes qui l'ont adoptée, il y en a bien à peu près autant qui l'ont rejetée.

La distinction que fait Guiné entre les coutumes qui ont admis la représentation en ligne collatérale, et celles qui ne l'ont pas admise, est fondée sur un faux principe. Il prétend que le droit qui établit la prérogative du double lien, est une suite de celui qui a établi la représentation; d'où il conclut qu'il doit avoir lieu dans les coutumes qui se sont déclarées pour la représentation, quoiqu'elles ne se soient pas expliquées sur la prérogative du double lien. Le principe est faux; il est si peu vrai que le droit qui a établi la prérogative du double lien soit une suite de celui qui a établi la représentation, que le droit du double lien a été établi par la Nouvelle 84, auparavant que le droit de la représentation eût été établi; il n'en est donc pas une suite: ces deux droits sont tellement indépendants l'un de l'autre, que plusieurs coutumes, qui ont expressément admis la représentation, ont rejeté expressément le double lien; telle est la coutume de Paris; et que, *vice versa*, des coutumes qui ont rejeté expressément la représentation, ont admis expressément la prérogative du double lien; telle est la coutume de Blois. Il est vrai qu'en supposant la prérogative du double lien établie à l'égard des frères, et en supposant le droit de représenta-

tion établi en faveur des neveux, c'est une espèce de suite du droit de représentation, que les neveux aient la prérogative du double lien sur les frères, telle que l'auroit eue la personne qu'ils représentent; mais ce n'est, en aucune manière, une suite du droit de représentation, que les frères aient la prérogative du double lien; ce sont deux droits qui n'ont aucun rapport; et, de ce qu'une coutume a adopté l'un, on n'en peut rien conclure pour l'autre. Notre opinion est appuyée d'un arrêt rapporté par Brodeau, *lettre S, n. 17*, qui a jugé, dans la coutume de Bourges, que la prérogative du double lien n'avoit pas lieu dans la succession des meubles et acquêts, quoique cette coutume l'admette expressément dans la succession des propres; et qu'on peut par conséquent conclure, qu'à plus forte raison, elle devoit être censée l'avoir admise pour la succession des meubles et acquêts, y ayant beaucoup moins de raison de l'admettre dans la succession des propres, que dans celle des biens ordinaires, suivant que nous le verrons par la suite.

§. IV. En faveur de quels parents la prérogative du double lien a-t-elle lieu par la Nouvelle, et dans les coutumes qui s'y sont conformées?

Cette prérogative est accordée par la Nouvelle suivie, en cela, par un grand nombre de coutumes, aux frères et sœurs germains, sur les frères et sœurs conjoints d'un seul côté.

Lorsque le défunt n'a laissé aucuns frères ni sœurs, les neveux, enfants du frère germain, doivent-ils exclure les neveux enfants d'un frère consanguin ou utérin? On peut dire, pour la négative, que la prérogative du double lien n'a d'abord été accordée qu'aux frères et sœurs, par la Nouvelle 84, et que si elle a été communiquée aux enfants des frères et sœurs, par la Nouvelle 118, qui a introduit la représentation, il semble qu'elle ne leur a été accordée que comme une suite de la représentation, et en tant qu'ils succèdent, par la représentation, à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent; d'où on conclut que, lorsque le défunt n'a laissé ni frères ni sœurs, les neveux, enfants des frères germains, succédants, en ce cas, de leur chef, ne peuvent exercer la prérogative du double lien, sur les neveux enfants des frères consanguins ou utérins: ces raisons paroissent fortes; c'est l'avis de Brodeau sur Louet, *let. S*, de Lebrun et autres. On dit, au contraire, pour l'affirmative, qu'il est vrai que c'est en parlant du cas de la représentation, que

Justinien, en sa Nouvelle 118, a parlé de la prérogative des neveux du double lien, mais qu'on n'en doit pas conclure qu'il ne leur a pas accordé cette prérogative, même hors le cas de la représentation, et lorsqu'ils succèdent de leur chef; que quoique Justinien ne s'en soit pas expliqué diserte-ment, on doit néanmoins le sous-entendre; car les lois doivent s'interpréter de manière qu'elles ne contiennent rien de choquant. Quoi de plus choquant, de penser que Justinien ait voulu donner à ces neveux du double lien, plus de droit sur les propres frères du défunt, que sur leurs enfants, et qu'il ait voulu rendre les propres frères du défunt, de pire condition que leurs enfants, en faisant concourir ceux-ci à la succession de leur oncle, avec les neveux conjoints des deux côtés, pendant que leurs pères, qui étoient les propres frères du défunt, en auroient été exclus. Cujas a entendu la Nouvelle de cette manière, car il dit : *Fratris utroque parente conjuncti filii excludunt fratris altero parente conjuncti filios*. Il admet donc la prérogative du double lien, même dans le cas où les neveux succèdent de leur chef. La Thaumassière, *cent. 2, q. 8*, rapporte un arrêt dans la coutume de Berri, qui a jugé pour cette opinion.

Il n'y a pas lieu à la question dans les coutumes qui admettent la prérogative du double lien, et la représentation, tant en degré égal qu'en degré inégal; car, dans ces coutumes, les neveux enfants du frère germain, succédants par représentation avec les neveux, enfants du frère consanguin, il est évident qu'ils exerceront la prérogative du double lien.

Il n'y a plus lieu à la question, dans les coutumes qui, sans admettre de représentation en ligne collatérale, accordent la prérogative du double lien, aux neveux; car cette prérogative ne peut, dans ces coutumes, être une suite de la représentation, qui n'y est pas admise; les neveux ont donc certainement, dans ces coutumes, cette prérogative de leur chef; et, par conséquent, ils peuvent, lorsqu'ils succèdent de leur chef, exclure les neveux du simple lien.

Enfin, elle n'y a pas lieu dans la coutume d'Orléans, qui accorde la prérogative du double lien, aux oncles aussi bien qu'aux frères et aux neveux du défunt; on ne peut pas dire qu'elle n'accorde pas cette prérogative aux neveux de leur chef, mais seulement comme une suite du droit

qu'elle leur donne de représenter leurs père et mère, puis-  
qu'elle accorde cette même prérogative aux oncles; c'est  
pourquoi les neveux conjoints des deux côtés, quoiqu'ils  
viennent de leur chef, doivent certainement exclure les  
neveux conjoints d'un côté seulement.

§. V. Dans les coutumes qui ont exprimé les parents auxquels elles  
accordoient la prérogative du double lien, peut-elle être étendue  
à d'autres?

La prérogative du double lien étant une exception à la  
règle générale des successions, qui les défère à tous les pa-  
rents du défunt qui sont dans le plus proche degré, cette  
prérogative ne doit pas recevoir d'extension: d'où on a  
conclu que, lorsqu'une coutume accordeoit cette préroga-  
tive à certains parents, elle ne devoit pas être étendue à  
d'autres parents, sur lesquels la coutume ne se seroit pas  
expliquée.

Sur ce principe, on doit décider, que dans les coutumes qui  
accordent la prérogative du double lien, aux neveux du  
défunt, et qui ne s'expliquent point sur les oncles du dé-  
funt, cette prérogative ne doit point s'accorder aux oncles  
conjoints des deux côtés, sur les oncles conjoints d'un seul  
côté, quoique les oncles pussent dire qu'étant parents au  
même degré que les autres, ils devoient avoir les mêmes  
prérogatives qui sont accordées aux neveux. Car, la ré-  
ponse est que les privilèges sont de droit étroit, et ne doi-  
vent pas être prétendus par d'autres personnes que celles  
à qui la loi les a accordés. C'est le sentiment de Cujas  
en sa *Consult. 4.*

Sur ce principe, on décide ordinairement, que dans les  
coutumes qui ont accordé aux frères et sœurs germains,  
la prérogative du double lien, sans parler des neveux, les  
neveux ne peuvent pas la prétendre. Guiné trouve cette  
décision trop générale, et il y apporte une limitation qui  
me paroît juste; qui est que, lorsque la coutume, qui ac-  
corde aux frères la prérogative du double lien, admet aussi,  
non-seulement la représentation en collatérale, mais aussi  
le principe que les représentants succèdent à toutes les pré-  
rogatives de la personne qu'ils représentent, on doit, dans  
ces coutumes, accorder la prérogative du double lien, aux  
neveux qui succèdent par représentation de leur père ou  
mère, quoique la coutume ne se soit expliquée que sur

les frères, car c'est une suite et une conséquence nécessaire du principe. que les représentants succèdent à toutes les prérogatives de la personne qu'ils représentent.

Par la même raison, il y a lieu de penser, que si la coutume, qui accorde la prérogative du double lien, aux frères et sœurs germains, est du nombre de celles qui admettent la représentation à l'infini, dans toute la descendance et postérité des frères et sœurs du défunt, et ce même principe ci-dessus mentionné, que les représentants succèdent à toutes les prérogatives de la personne représentée, on doit dans ces coutumes, quoiqu'elles n'aient parlé que des frères et sœurs, accorder la prérogative du double lien, à tous les descendants des frères et sœurs germains du défunt, sur les frères et sœurs conjoints du défunt, d'un côté seulement, et sur toute leur descendance.

C'est l'avis de Bry, en sa Note sur la coutume du Grand-Perche, *art. 153*, qui ne parle que des frères; cet auteur, sur cet article, dit : *Néanmoins y ayant représentation infinie, elle se doit étendre.*

§. VI. Dans les coutumes qui accordent, en termes généraux, la prérogative du double lien, quels parents sont censés compris dans la disposition ?

Il y a quelques coutumes qui accordent la prérogative du double lien, en termes généraux, en toutes successions collatérales; telle est la coutume de Blois, qui dit, *art. 155*, *en toutes successions collatérales les parents qui tiennent le défunt ex utroque parente, excluent tous autres qui la tiennent seulement ex uno latere.*

Celle de Montargis dit à peu près la même chose.

A s'en tenir à la généralité des termes et à ces mots, *en toutes*, il sembleroit que dans ces coutumes les collatéraux d'un défunt, parents du double lien, en quelque degré qu'ils fussent, devroient exclure les parents du même degré qui ne seroient parents que du simple lien; néanmoins, par le principe déjà ci-dessus rapporté, que la prérogative du double lien contenant une exception à la règle générale des successions, étoit de droit étroit, les arrêts ont restreint la généralité des expressions de ces coutumes, aux seuls parents pour lesquels Justiniën, dont ce droit avoit été emprunté, l'avoit établi, c'est-à-dire, aux frères et sœurs, neveux et nièces du défunt, et non

à d'autres ; c'est ce que nous apprenons d'une Note de Dumoulin, sur la coutume de Blois : *In causâ de Villebraisme judicatum per arrestum quod non attenditur duplicitas vinculi ultra filios fratrum. . . . restringendo hunc paragraphum ad limites Novellæ* ; et cette interprétation est confirmée par l'usage de la Province. La même chose a été jugée par la coutume de Péronne, qui, après avoir accordé aux frères et sœurs germains, le droit d'exclure les frères et sœurs conjoints d'un côté, ajoute, en termes généraux, *et s'observe le semblable pour le regard des parents collatéraux conjoints des deux côtés contre ceux qui ne le sont que d'un côté* ; on a jugé que cette addition, quelque généraux qu'en fussent les termes, ne comprenoit que les neveux et nièces.

Observez pareillement, que dans les coutumes qui admettent la représentation infinie et la prérogative du double lien, cette prérogative appartient aux frères et sœurs germains du défunt, et à toute leur postérité, à cause de la représentation ; mais, à défaut de frères et sœurs de leur descendance, tous les autres parents, tels que les oncles du défunt, et leurs descendants, ne jouissent point de cette prérogative.

§. VII. Sur quels parents la prérogative du double lien peut-elle être exercée ?

Les parents conjoints *ex utroque latere* n'ont de prérogative que sur les parents conjoints d'un seul côté, avec lesquels ils sont en égal degré, et non pas sur ceux qui seroient dans un degré plus proche. Quelques coutumes s'en expliquent par ces termes, *en pareil degré*, et on doit les suppléer dans d'autres où ils ne se trouvent pas.

C'est ce que nous apprenons d'une Note de Dumoulin, sur la coutume de Blois, qui dit simplement : *En toutes successions collatérales, les parents qui atteignent le défunt ex utroque parente, excluent tous autres qui l'atteignent ex uno latere*. Dumoulin dit : *Intellige quando sunt in eodem gradu, ut per sententiam baillivi Dunensis judicatum fuit, confirmatum per baillivum Blesensem*. C'est pourquoi dans la coutume de Blois, qui n'admet point la représentation des neveux, le neveu fils du frère germain du défunt, n'exclura pas, par la prérogative du double lien, les frères consanguins ou utérins du défunt, parce qu'ils sont en plus proche degré que lui.

Observez qu'il n'est pas nécessaire que le parent du double lien soit de son chef en égal degré avec le parent du simple lien, pour qu'il puisse l'exclure; il suffit qu'il s'y trouve par le secours de la représentation dans les coutumes qui l'admettent : c'est ce qui est décidé en termes formels, par la Nouvelle qui décide que les enfants du frère germain du défunt, excluent les frères du défunt conjoints d'un seul côté.

§. VIII. A quels parents et sur quels parents la coutume d'Orléans accorde-t-elle la prérogative du double lien?

La coutume d'Orléans, *article 350*, s'exprime ainsi : *En meubles et conquêts immeubles, les collatéraux conjoints des deux côtés du décédé sans hoirs de son corps, excluent ceux qui sont conjoints d'un côté seulement, jusqu'au degré des oncles et tantes, neveux et nièces du décédé inclusivement.*

Il n'est pas douteux que, conformément à cet article, les frères ou sœurs germains excluent les frères ou sœurs d'un seul côté; que, lorsqu'il n'y a ni frères ni sœurs, les neveux du double lien excluent, tant les neveux du simple lien que les oncles du simple lien, et que, *vice versa*, lorsqu'il n'y a ni frères ni sœurs, les oncles ou tantes du double lien excluent, tant les oncles et tantes du simple lien que les neveux et nièces du simple lien.

On a agité la question dans cette coutume, si les neveux ou nièces du double lien devoient exclure les frères ou sœurs du simple lien? Lalande rapporte deux arrêts rendus en notre coutume : le premier avoit jugé contre l'exclusion; mais le second, rendu depuis 1618, confirmatif d'une sentence du bailliage, a jugé pour l'exclusion; et c'est à cet arrêt, qui est conforme à la Nouvelle, qu'il faut se tenir. La raison de douter étoit que l'édition de notre coutume de Saturnin Hotot portoit ces mots : *excluent en égal degré*. La réponse est, 1° que quand ils se trouveroient dans le texte de la coutume, ils devoient être entendus en ce sens, *en égal degré*, soit de leur chef, soit par le secours de la représentation; or, les neveux et nièces, quoiqu'ils soient de leur chef parents plus éloignés que les frères et sœurs, néanmoins, par le secours de la représentation, ils se trouvent placés au même degré, ce qui suffit pour qu'ils puissent les exclure; 2° ces mots, qui se trouvent dans l'édition d'Hotot, ne sont point dans toutes les autres, et se trouvent rayés sur

l'original qui étoit à l'hôtel-de-ville où Lalande atteste avoir vu la rature; cette rature n'a pu être faite que dans la crainte qu'on ne crût qu'on eût voulu ôter aux neveux et nièces qui viennent par représentation, l'avantage du double lien; il doit donc demeurer pour constant qu'on n'a pas voulu le leur ôter.

On a fait une autre question de savoir qui doit être préféré d'un oncle du défunt du double lien, ou d'un frère ou une sœur du simple lien? Il a été jugé en notre coutume, pour le frère, par arrêt de 1634, rapporté par Brodeau. Ce qui est conforme au principe général que nous avons établi ci-dessus, que le parent conjoint des deux côtés, n'a la prérogative du double lien, que sur les parents avec lesquels il est en égal degré, soit de son chef, soit au moins par le secours de la représentation; l'oncle n'étant donc point en aucune manière en égal degré avec le frère, il ne peut avoir sur le frère la prérogative du double lien; et le frère, comme le plus proche, le doit exclure. La raison de douter, est de ce que les mots *en pareil degré* avoient été rayés sur l'original; mais il est plus que probable qu'ils ne l'ont été que par la raison qui a été dite ci-dessus.

§. IX. Pour quelles espèces de biens a lieu la prérogative du double lien?

La prérogative du double lien n'a lieu que pour la succession des meubles et acquêts, et non pour celle des propres; la plupart des coutumes s'en expliquent, et cette distinction doit se suppléer dans celles qui ne s'en expliquent pas.

La raison sur laquelle cette distinction est fondée, est facile à apercevoir. La parenté paternelle et la parenté maternelle, donnant l'une et l'autre également droit à la succession des meubles et acquêts, le parent conjoint, *ex utroque latere*, qui réunit en lui ces deux parentés, a comme un double droit à cette succession, contre le parent, *ex uno latere*, qui n'a que l'une de ces deux parentés. C'est pour cela que le parent conjoint, *ex utroque latere*, l'emporte sur lui.

Il n'en est pas de même de la succession des propres; il n'y a que la parenté du côté d'où le propre procède, qui donne droit à la succession de ce propre: d'où il suit que, pour la succession d'un propre paternel (par exemple), le

frère germain du défunt n'a pas plus de droit que le frère consanguin ; car il n'y a que la parenté paternelle qui donne droit au frère germain, à la succession de ce propre, laquelle parenté le frère consanguin a aussi bien que lui ; la parenté maternelle qu'il a de plus que le frère consanguin, est une parenté qui ne peut donner aucun droit à la succession d'un propre paternel, elle est entièrement étrangère pour cette succession ; le frère consanguin y a donc autant de droit que le frère germain : ils doivent donc concourir ; et le double lien de parenté que l'un a sur l'autre, n'y doit être d'aucune considération.

La prérogative du double lien a-t-elle lieu dans la succession des propres qui ne sont affectés à aucune ligne ? Par exemple, si le défunt laisse dans sa succession un héritage qui lui est venu de la succession de l'un de ses frères germains qui l'avoient acquis, cet héritage est un propre dans sa succession, puisqu'il lui est venu de succession ; mais c'est un propre qui n'est pas plus affecté à la ligne paternelle qu'à la ligne maternelle, puisque son frère qui l'avoit acquis, et de la succession duquel il lui étoit venu, étoit son frère germain, et par conséquent son parent paternel et maternel tout à la fois ; la prérogative du double lien aura-t-elle lieu pour la succession de ce propre ? Pour la négative, on peut dire que la prérogative du double lien est de droit étroit, comme nous l'avons déjà observé plusieurs fois ; qu'elle ne peut donc avoir lieu pour d'autres biens que pour ceux pour lesquels les coutumes l'ont accordée ; que l'ayant accordée pour les meubles et acquêts, elle ne peut pas avoir lieu pour les propres. Au contraire, pour l'affirmative, on dira que les coutumes, en parlant des meubles et acquêts, n'en ont parlé que par opposition aux propres de ligne, et n'ont entendu exclure de la prérogative du double lien, que la succession des propres de ligne ; que cela paroît, pour peu qu'on fasse attention à la raison de la distinction qu'on fait à cet égard entre les meubles et acquêts, et les propres. Cette raison, comme on l'a déjà observé ci-dessus, est que l'une et l'autre des parentés paternelle et maternelle, donnent droit à la succession des meubles et acquêts : d'où il suit que celui qui réunit les deux parentés, y a un double droit contre celui qui n'a que l'une de ces parentés, et doit, par conséquent, l'emporter sur lui ; au lieu qu'il n'y a que l'une de ces deux parentés qui donne

droit à la succession ; savoir, celle du côté d'où le propre procède, l'autre n'y donne aucun droit : le parent qui réunit les deux parentés, n'a donc pas plus de droit à la succession des propres, que les parents qui n'ont que la simple parenté du côté d'où le propre procède : c'est la raison pour laquelle il ne leur est pas préféré, et pour laquelle le double lien n'est d'aucune considération pour cette succession ; mais cette raison ne milite point du tout à l'égard des propres qui ne sont pas plus affectés à une ligne qu'à l'autre ; au contraire, la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien, pour la succession des meubles et acquêts, milite également pour celle de ces propres sans ligne ; l'une et l'autre des parentés paternelle et maternelle donnent droit à cette succession, comme à celle des meubles et acquêts ; celui qui réunit les deux parentés y a donc un double droit, comme à celle des meubles et acquêts ; et, par conséquent, il doit exclure dans cette succession ceux qui n'ont que l'une des deux parentés, comme dans celle des meubles et acquêts ; ces propres sans lignes sont, quant à la raison sur laquelle est fondée la prérogative du double lien, entièrement semblables aux meubles et acquêts, et entièrement dissemblables des propres de ligne ; et, par conséquent, ils doivent être compris dans ce que les coutumes ont ordonné pour la succession des meubles et acquêts, par rapport à cette prérogative, et non pas dans ce qu'elles ont ordonné par rapport aux propres de ligne. Guiné rapporte un arrêt de 1691, qui a jugé pour cette opinion en la coutume de Blois.

## ARTICLE III.

De la prérogative de masculinité dans la succession collatérale des fiefs.

*En succession de fief en ligne collatérale, le mâle en pareil degré for-cloist la femelle.* Telle est la disposition de la coutume d'Orléans, art. 99. La coutume de Paris, et plusieurs autres, en ont de semblables.

Cette préférence qu'ont les mâles sur les femelles, n'est point fondée sur aucun intérêt des familles, ni sur ce que c'est par les mâles que les familles se perpétuent, mais sur ce qu'autrefois les filles, comme incapables du service militaire, n'étoient point capables de posséder des fiefs, ni d'y succéder ; on les y a admises par la suite, mais à la charge

que les parents mâles, lorsqu'ils seront en égal degré avec elles, conserveroient l'ancien droit qu'ils avoient de les en exclure.

Cette préférence n'a lieu que dans la ligne collatérale; dans la ligne directe descendante, après que le fils aîné a prélevé son préciput, les enfants mâles et femelles partagent également les fiefs; et, dans la ligne directe ascendante, la mère partage également les fiefs avec le père, l'aïeul avec l'aïeule, etc.

Il résulte de la raison que nous avons donnée de la préférence des mâles, qu'on ne considère, pour cette préférence, que le sexe des parents qui se présentent de leur chef à la succession, et non point celui des personnes dont ils descendent. C'est pourquoi un neveu; fils d'une sœur du défunt, qui vient à la succession de son chef, exclura la nièce, fille d'un frère, quoique ce neveu, fils d'une sœur, ne soit point du nom du défunt, et qu'au contraire la nièce ait l'avantage d'être du nombre de la famille du défunt.

Lorsque des parents succèdent, non de leur chef, mais par représentation, c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré pour cette préférence, et non celui des représentants.

De là il suit que, si les neveux, enfants d'une sœur du défunt, viennent à sa succession, par représentation de leur mère, avec une sœur du défunt, et des nièces, enfants d'une autre sœur, ces neveux, quoique mâles, n'excluront pas de la succession des fiefs, ni la sœur ni les nièces, enfants de l'autre sœur, parce que ces neveux, venant par représentation de leur mère, ce n'est point leur sexe qui doit être considéré, mais celui de leur mère, et qu'ils ne peuvent pas avoir plus de droit, pour exclure la sœur du défunt et les autres nièces, qu'en auroit eu leur mère qu'ils représentent, et dont ils tirent tout leur droit.

Non-seulement le mâle qui succède, par représentation de sa mère, n'a pas la prérogative d'exclure les sœurs et les nièces, filles des sœurs; il est lui-même exclus de la succession des fiefs, par les frères du défunt, comme sa mère l'auroit été, ne pouvant pas avoir plus de droit que sa mère qu'il représente. C'est une seconde conséquence de la règle, qu'on considère le sexe de la personne représentée, plutôt que celui des représentants.

Ces deux conséquences ne souffrent aucune difficulté; et

c'est une chose avouée de tous, que le mâle, qui succède par représentation de sa mère, ne peut tirer aucun avantage de son sexe, ni pour exclure les sœurs et nièces du défunt, de la succession des fiefs, ni pour éviter d'en être exclus par les frères du défunt, ou descendants des frères.

*Vice versâ.* Peut-on tirer cette autre conséquence de notre règle, que la fille qui succède par représentation de son père, ne souffre aucun préjudice de son sexe, qui l'empêche de pouvoir succéder aux fiefs, comme son père y auroit succédé, ni même de pouvoir exclure les sœurs du défunt et descendants des sœurs, comme son père l'auroit pu faire? Notre coutume, art. 323, a adopté cette conséquence, au moins pour la première partie, en décidant que la nièce, fille du frère, succède aux fiefs avec les frères du défunt; elle ne lui donne pas néanmoins le droit d'exclure les sœurs du défunt; mais ce n'est pas par le défaut de son sexe qui n'est point considéré, puisqu'elle ne le donne pas au neveu, mais par une autre raison que nous verrons ci-après.

Dans les autres coutumes, la question fait difficulté. Voyez ce qui en a été dit, et des autres questions qui y ont rapport, en l'Article de la représentation.

La règle que nous avons établie, que c'est le sexe de la personne représentée qui doit être considéré, et non celui des représentants, a lieu pour le partage principal de la succession, parce que ce n'est pas de leur chef, mais du chef de la personne représentée, que les représentants viennent à ce partage, ce sont les personnes qu'ils représentent qui sont, en quelque façon, censées partager, plutôt qu'eux; mais, dans la subdivision, comme c'est de leur chef que les représentants subdivisent entre eux la portion échue à leur souche, on doit, dans cette subdivision, considérer le propre sexe de chacun des représentants.

C'est pourquoi, si plusieurs neveux et nièces ont succédé, par représentation de leur père ou de leur mère, à leur oncle, dans la subdivision de la portion des biens féodaux qui est échue à leur souche, les neveux excluront les nièces, parce que c'est *ex propria personâ*, c'est de leur chef que ces neveux et nièces subdivisent; c'est donc le propre sexe de chacun d'eux qui doit être considéré, et comme c'est un principe que nous avons déjà vu ailleurs, que les mêmes règles qui ont lieu pour le partage principal d'une succession, ont lieu pour la subdivision; de même

que, dans le partage principal d'une succession collatérale, les mâles excluent les femelles, pareillement, dans la subdivision, les neveux doivent, par la prérogative de leur sexe, exclure les nièces. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de 1717, pour la succession du président Forget, en faveur de M. du Faultray; et depuis, la question s'étant renouvelée, si cette règle devoit avoir lieu dans la subdivision du lot échu à la représentation d'une sœur, elle y a pareillement été jugée en faveur des mâles de cette souche, par l'arrêt des Duhamel, de 1649.

Lebrun apporte à cette décision un tempérament qui me paroît fort équitable, qui est que, s'il est échu au lot de cette souche beaucoup plus de fiefs qu'elle n'en amandoit, et en conséquence moins de biens ordinaires, les nièces doivent être récompensées de ce qu'elles auroient dû avoir dans les biens ordinaires. Par exemple, je suppose qu'il y eût dans une succession pour 40,000 liv. de biens ordinaires, et pour autant de biens féodaux, et qu'ayant été partagés entre un frère survivant, et la représentation d'un autre frère prédécédé, il soit échu au lot de cette représentation un fief de 50,000 liv., et en conséquence pour 8,000 l. seulement de biens ordinaires, les nièces doivent être récompensées de la part qu'elles auroient dans les 12,000 liv. qui manquent des 20,000 liv. à laquelle montoit la moitié due à la représentation dans les biens ordinaires.

*Contrà, vice versâ.* S'il est échu dans ce lot moins de fiefs que ce lot n'en amandoit, et plus de biens ordinaires, il est également juste d'en récompenser les neveux.

Les parents collatéraux n'ont ce droit d'exclure les femelles, de la succession des fiefs, que lorsqu'ils sont en égal degré avec elles; car les coutumes disent *en pareil degré*.

Suffit-il qu'ils soient en égal degré, au moins par le secours de la représentation, quoiqu'ils n'y soient pas de leur chef? Les coutumes de Paris et d'Orléans ont décidé pour la négative, en décidant que le neveu, fils d'un frère, n'exclut pas la sœur du défunt, dans les fiefs. Nous avons traité la question, pour les autres coutumes, dans l'Article de la représentation, où nous renvoyons.

Le parent mâle, conjoint d'un seul côté dans les degrés, où, selon la coutume du lieu, la prérogative du double lien a lieu, exclut-il la femelle conjointe de deux côtés? En un mot, lequel doit l'emporter en égal degré, ou de la

prérogative de la masculinité, ou de celle du double lien ? On dit en faveur des mâles, que leur droit, comme plus ancien, doit l'emporter sur la prérogative du double lien ; que, par l'ancien usage des fiefs, les mâles seuls y succédoient, à l'exclusion des filles, quoiqu'en degré plus proche, les filles étant alors inhabiles à les posséder et à y succéder ; que les filles ont été admises depuis à cette succession, mais à la charge de la préférence des mâles, lorsqu'ils seroient en égal degré ; qu'ils doivent être conservés dans cette préférence, *tant qu'ils sont en égal degré* ; que la duplicité du lien qu'ont les filles par-dessus eux, n'empêche pas qu'ils ne soient en égal degré, et, par conséquent, ne doit pas empêcher que leur droit de préférence ne leur soit conservé. Au contraire, on dit en faveur de la fille qui a le double lien, que la coutume a deux principes qui se croisent, celui qui donne la préférence au mâle sur la femelle en égal degré, et celui qui donne la préférence au parent conjoint des deux côtés, sur celui qui ne l'est que d'un côté ; que, dans le cas dans lequel ces deux principes se croisent, l'un des parents ayant la prérogative de la masculinité, et l'autre celle du double lien, il faut donner l'avantage à celle des deux prérogatives qui est la plus grande, et qui mérite le plus de considération en matière de succession. Or, il paroît qu'en matière de succession, la prérogative du double lien est une plus grande prérogative que celle de la masculinité ; car la prérogative du double lien est fondée dans la parenté même, laquelle se trouve plus grande, et forme une union plus étroite, lorsqu'elle est du double lien, que lorsqu'elle est du simple lien. Or, une prérogative fondée sur la qualité de la parenté même, qui est ce qu'on doit considérer principalement dans les successions, puisque ce n'est qu'à titre de parent qu'on succède, est une prérogative incomparablement plus considérable en cette matière, que la prérogative de la masculinité, qui n'est fondée que sur le sexe et sur des vestiges d'un ancien droit des fiefs qui est aboli ; la prérogative du double lien doit donc l'emporter. On peut ajouter qu'il paroît que notre coutume fait plus d'attention à la prérogative du double lien, qu'à celle de la masculinité ; car elle ne veut pas que celle de masculinité passe aux représentants, au lieu que celle du double lien y passe ; enfin, la question a été jugée dans notre coutume, en faveur de la sœur du double lien, contre le frère, par l'arrêt des Saint-

Memin, rapporté par Levert, Lalande, et par tous les auteurs. Quand même les raisons alléguées pour la dernière opinion ne paroîtroient pas entièrement décisives, celles proposées pour la première opinion ne l'étant pas davantage, c'est le cas de s'en tenir à l'arrêt.

Il reste à observer que c'est fort mal à propos que Guiné prétend que le terme de notre coutume est contraire à l'arrêt; et que, par ces mots qui sont à la fin de notre *art. 330*, *fors et excepté, qu'en fief le mâle exclut la femelle en pareil degré*, notre coutume a expressément conservé aux mâles leur droit de préférence pour les fiefs, sur les femelles qui auroient l'avantage du double lien. Ce n'est point du tout le sens du texte; la coutume, à la fin de cet article, parle de la succession des propres, à l'égard de laquelle elle décide que la prérogative du double lien n'y est pas considérée, mais bien celle de la masculinité; c'est ce qu'elle veut dire par ces mots: *fors, et excepté, etc.*

## ARTICLE IV.

## De la succession des propres.

Nous avons vu amplement, au Traité de la division des choses, quelles étoient les choses qui étoient propres en matière de succession.

Les coutumes sont différentes sur la succession des propres. Il y en a qui remontent jusqu'à l'origine du propre, c'est-à-dire, jusqu'à celui de la famille qui, le premier, l'a acquis et mis en la famille; et ces coutumes qui remontent jusqu'à cette origine, se subdivisent en deux classes. La première est de celles qu'on appelle *souchères*, telle qu'est, par exemple, la coutume de Touraine. Ces coutumes affectent ces propres aux seuls descendants de ce premier acquéreur qui les a mis dans la famille: la seconde classe est de celles qui affectent le propre à toute la parenté de ce premier acquéreur, qui a mis l'héritage dans la famille, et non pas seulement à ses descendants; on les appelle coutumes de côté et ligne, parce que dans ces coutumes, pour succéder aux propres, il suffit de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille; il n'est pas nécessaire d'en être descendu.

Il y a d'autres coutumes qui ne remontent point jusqu'à l'origine du propre, mais adjudent indistinctement à tous

les parents paternels les héritages qui sont venus au défunt de la succession de son père, ou de quelqu'un de ses parents paternels, et adjudent à tous les parents indistinctement ceux qui sont venus au défunt de la succession de sa mère, ou de quelqu'un de ses parents maternels, suivant cette règle : *Paterna paternis, materna maternis*.

Enfin, il y a des coutumes qui ne se sont point expliquées sur la succession des propres.

On demande quelle disposition on doit suivre dans ces coutumes? Il sembleroit d'abord que la qualité de propre ne devoit point, dans ces coutumes, être considérée dans les successions, et que le plus prochain parent du défunt, quoique d'une autre famille que celle dont héritage est venu au défunt, devoit y succéder, comme étant l'héritier de droit commun qui succède à toutes les choses qu'aucune loi n'a attribuées à d'autres. Néanmoins, comme l'esprit général de tout le pays coutumier est de conserver les héritages propres aux familles d'où ils sont venus au défunt, on a jugé que, même dans les coutumes qui ne s'en étoient point expliquées, la succession des propres devoit être déferée aux parents de la famille d'où ils étoient venus, à l'exclusion de ceux qui n'en étoient pas. Il y en a un arrêt de règlement pour la coutume de Chaumont en Bassigny, rapporté par Gousset, sur cette coutume, lequel adjugea un propre de ligne dans cette coutume, à des cousins maternels, préférablement au père du défunt.

Dans les coutumes qui ne s'en expliquent point, doit-on remonter jusqu'à l'origine d'où procède le propre, ou s'en tenir à la simple règle, *paterna paternis, materna maternis*? La raison de douter est, que les coutumes qui remontent jusqu'à l'origine, et qui requièrent que, pour succéder aux propres, on touche au moins de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, forment le plus grand nombre des coutumes, et semblent par conséquent former le droit commun qui doit servir de règle dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas; néanmoins il a été décidé, par les arrêts rapportés par Louet, *let. P, n. 28*, qu'on devoit s'en tenir, dans ces coutumes, à la règle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter plus haut; cette règle, pour la succession des propres, étant la plus simple, et par con-

séquent préférable dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

Dans les coutumes qui observent la règle, *paterna paternis, materna maternis*, sans remonter à l'origine du propre, si un héritage est venu au défunt, *de cujus bonis agitur*, de la succession de son frère germain, lequel l'avoit eu lui-même du père commun, les parents paternels excluent-ils la mère et les parents maternels ? La raison de douter est, que les parents maternels sont également, comme les parents paternels, parents du frère germain, de la succession duquel l'héritage est venu au défunt, *de cujus bonis agitur*; ce qui semble devoir suffire dans ces coutumes qui ne remontent pas jusqu'à l'origine du propre. Je pense néanmoins que les parents paternels doivent être préférés. Lorsqu'on dit que, dans ces coutumes, on ne remonte pas jusqu'à l'origine du propre, cela signifie seulement qu'on ne remonte pas à une origine plus éloignée que celle du père ou de la mère du défunt, *de cujus bonis agitur*; mais on doit remonter au moins jusqu'à ces personnes; et, par conséquent, dans l'espèce présente, les parents paternels doivent exclure les maternels; dans la succession du propre qui est venu au défunt, sinon immédiatement, au moins médiatement de son père; et, par conséquent, c'est un propre paternel.

Dans les coutumes, telles que sont celles de Paris et d'Orléans, qui remontent jusqu'au premier acquéreur du propre qui l'a mis en la famille, il faut, comme nous l'avons dit, toucher de parenté, au moins collatérale, le premier acquéreur, pour pouvoir succéder à ce propre; mais, entre tous les parents du défunt qui touchent de parenté le premier acquéreur, ce sont ceux qui sont au plus prochain degré de parenté, qui succèdent à ce propre, à l'exclusion de ceux qui sont en degré plus éloigné; on ne considère point la proximité du degré avec ce premier acquéreur, dont il suffit d'être parent à quelque degré que ce soit, mais seulement la proximité du degré avec le défunt: c'est pourquoi un neveu du défunt succédera, concurremment avec l'oncle du défunt, à un propre avitin mis dans la famille par l'aïeul du défunt, quoique l'oncle touche de plus près le premier acquéreur, dont il est le fils, que ne le touche le neveu, qui n'en est que l'arrière-petit-fils; car la proximité n'est point considérée

par rapport au premier acquéreur, mais par rapport au défunt, *de cujus bonis agitur*, avec lequel l'oncle et le neveu sont en parité de degré. Il suffit, au surplus, que l'oncle et le neveu touchent de parenté l'aïeul qui a mis l'héritage en la famille, quoiqu'ils le touchent en degré inégal.

Il faut observer, comme nous l'avons déjà fait en passant, en la section précédente, que, quoique dans ces coutumes-ci, qui ne sont point souchères, il suffise de toucher de parenté collatérale celui qui a mis l'héritage en la famille, néanmoins, entre parents qui sont en égal degré avec le défunt, *de cujus bonis agitur*, ceux qui sont descendus de ce premier acquéreur, sont préférés à ceux qui ne le touchent que de parenté collatérale : suivant ce principe, le neveu du défunt succède à un propre naissant paternel, préférablement à l'oncle paternel du défunt, parce que ce neveu descend du père qui a mis l'héritage en la famille; au lieu que l'oncle du défunt ne le touche que de parenté collatérale, étant son frère. Par la même raison, suivant l'*art. 315* de Paris, le frère du défunt exclut, dans la succession du propre naissant paternel du défunt, l'aïeul paternel du défunt; et c'est de cet article qu'on a tiré, par conséquence, cette maxime sur laquelle il paroît que la disposition de l'article est fondée.

Observez encore que, dans les coutumes qui remontent jusqu'à celui qui a mis l'héritage en la famille, si le propre y est depuis si long-temps qu'on ne connoisse pas celui qui l'y a mis, en ce cas, le plus ancien des ancêtres, qui est connu pour l'avoir possédé, est réputé celui qui l'a mis en la famille; et c'est de cette personne d'où il faudra être descendu, pour pouvoir y succéder, si la coutume est souchère, ou qu'il faudra toucher, au moins de parenté collatérale, si la coutume est *de côté et ligne*.

Lorsqu'il ne reste aucun parent de la ligne d'où le propre procède, les parents de l'autre ligne peuvent-ils y succéder? Par exemple, si le défunt n'a aucuns parents paternels, ses parents maternels pourront-ils succéder à ses propres paternels, *et vice versa*? Les partisans du fisc avoient autrefois prétendu qu'ils n'y pouvoient succéder, et que la succession de ces propres étoit, en ce cas, dévolue au fisc. Cette erreur avoit prévalu pendant un temps, et il y en a même des vestiges en quelques coutumes; mais enfin on a abandonné ce

systeme. La raison qui doit faire admettre à cette succession les parents de l'autre ligne est sensible. Le plus proche parent du défunt est, de droit commun, l'héritier de tous ses biens ; s'il est exclus de la succession des biens qui ne sont pas de sa ligne, ce n'est que parce que la loi municipale les affecte aux parents de la ligne d'où ces propres procèdent ; la faveur de cette famille est la seule cause de l'exclusion des plus proches parents qui sont d'une autre famille ; d'où il suit que, lorsque cette cause d'exclusion cesse (ce qui arrive lorsqu'il ne reste plus personne de la famille, en faveur de laquelle le plus proche parent, qui est d'une autre famille, est exclus), l'effet de l'exclusion doit cesser, *cessante causâ, cessat effectus*, les choses doivent rentrer dans le droit commun, suivant lequel le plus proche parent succède à tous les biens du défunt ; en un mot, la coutume, en appelant à la succession des propres, les parents de la ligne, à l'exclusion des plus proches parents d'une autre famille, établit plutôt une préférence en faveur des parents de la ligne, sur le plus proche parent qui n'en est pas, qu'elle n'établit une exclusion absolue de ce plus proche parent. Il y a néanmoins quelques coutumes, comme le Maine, *article 286*, Anjou, Normandie, qui appellent le fisc, à défaut de parents de la ligne ; mais, dans les autres coutumes qui n'ont pas de semblables dispositions, les parents d'une autre ligne doivent exclure le fisc. Je crois même que le fisc doit être exclus, même dans les coutumes dans lesquelles on pourroit induire par conséquence, que ce droit de fisc y auroit été, lors de leur rédaction, supposé comme établi, et qu'il suffit pour l'exclure, qu'il ne soit pas appelé par une disposition formelle.

C'est une autre question dans les coutumes de côté et ligne, telles que celles de Paris et d'Orléans, si, à défaut de parents du côté de celui qui a mis l'héritage dans la famille, ceux qui sont parents du côté de celui par la succession duquel l'héritage est venu au défunt, *de cuius bonis agitur*, doivent être préférés à ceux de l'autre ligne. Par exemple, pour la succession d'un propre qui procède du bisaïeul paternel du défunt, ne se trouvant aucuns parents du côté de ce bisaïeul, les cousins paternels seront-ils préférés à la mère du défunt, ou aux frères utérins du défunt, suivant la règle, *paterna paternis* ? Non : la succession des propres est une exception au droit commun, et à la règle générale

qui attribue la succession aux plus proches parents, les lois municipales de Paris et d'Orléans, et autres semblables, font cette exception en faveur de la famille de celui qui a mis le premier l'héritage en la famille; tous ceux qui ne sont point de cette famille n'étant point compris dans l'exception, ne peuvent disputer la succession au plus proche parent, à qui la règle générale la défère. Quant à la règle *paterna paternis*, la réponse est que cette règle a été plus ou moins limitée par les différentes coutumes; il y en a qui appellent tous les parents paternels, à la succession d'un propre paternel; d'autres, telles que celle de Paris et la nôtre, qui n'appellent que les parents paternels de la famille particulière du premier acquéreur d'où procède le propre. Cette opinion me paroît plus conforme aux principes; elle est aussi la plus commune, et autorisée par les arrêts. Je sais que *Lemaitre*, qui est d'avis contraire, rapporte un arrêt pour son opinion; mais il n'en rapporte qu'un.

La même question peut avoir lieu dans les coutumesouchères; on doit, suivant notre principe, décider qu'à défaut de parents descendus du premier acquéreur, c'est le plus proche parent du défunt, qui succède.

### CHAPITRE III.

De l'ouverture des successions; comme elles s'acquièrent, et de la règle *le mort saisit le vif*; comment elles s'acceptent, et comment elles se répudient; du temps accordé à l'héritier pour délibérer.

#### SECTION PREMIÈRE.

De l'ouverture des successions.

Il n'est pas douteux qu'il y a ouverture à la succession d'une personne, par sa mort naturelle. La succession d'un absent est aussi présumée ouverte au bout d'un certain temps, lorsqu'on n'a point eu de ses nouvelles. Il arrive quelquefois qu'il y a ouverture à la succession d'une personne, même auparavant sa mort naturelle; savoir, par sa profession religieuse, ou par sa condamnation à une peine capitale, lorsqu'elle laisse des biens situés dans une province où le droit de confiscation n'a pas lieu. Nous parlerons

de ces différentes manières, en trois paragraphes différents, après avoir observé auparavant qu'il y a un cas singulier, auquel il peut y avoir lieu deux fois à l'ouverture de la succession d'une même personne. C'est lorsqu'un religieux est devenu évêque ; car il y a ouverture, une première fois, à sa succession, par sa profession religieuse, tous les droits actifs et passifs, et les biens qu'il avoit alors, passent à ses parents qui étoient alors habiles à lui succéder ; et, comme par l'épiscopat il est rendu à la vie civile, il y a de nouveau, par sa mort naturelle, ouverture à sa succession ; et tous les droits et biens qu'il a acquis, et les obligations qu'il a contractées depuis qu'il a été promu à l'épiscopat, passent à ses parents, qui sont pour lors habiles à lui succéder.

§. I. De l'ouverture de la succession d'une personne, par sa mort naturelle, et quand est présumée ouverte celle d'un absent dont on n'a point de nouvelle.

Il ne peut y avoir lieu à aucune question sur ce sujet, par rapport à l'ouverture que la mort naturelle d'une personne, fait de sa succession, lorsque le temps de sa mort est certain et connu. Mais c'est une question difficile à décider, de quand doit être présumée ouverte la succession d'une personne dont on ne sait ni la vie, ni la mort. L'opinion la plus probable est de réputer sa succession ouverte, du jour de la dernière nouvelle qu'on a eue de lui ; ce n'est pas qu'il y ait lieu de présumer qu'il est mort dès ce temps, plutôt que dans un autre temps ; mais c'est que n'y ayant aucune raison d'assigner sa mort à un temps plutôt qu'à un autre, et étant néanmoins nécessaire de fixer le temps de l'ouverture de sa succession, on ne peut mieux le fixer qu'au temps où on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; parce que, s'il n'est pas effectivement mort dès ce temps, il l'est au moins équipollement par rapport à la société des hommes ; car, par rapport à la société, c'est à peu près la même chose qu'un homme n'existe point, ou qu'on n'ait aucune connoissance de son existence.

On n'admet pas néanmoins les parents d'un absent, à se mettre en possession de ses biens, aussitôt qu'on a cessé d'avoir des nouvelles de lui ; on attend pour cela un temps assez considérable, surtout lorsqu'il a laissé procuration à quelqu'un pour administrer ses affaires. Ce temps est différemment réglé par quelques coutumes. Dans celles qui n'en

ont point de disposition, on le fixe ordinairement à dix ans; mais, lorsque ce temps s'est écoulé depuis la dernière nouvelle, sa succession est présumée ouverte dès le temps de la dernière nouvelle, et on admet à la partager provisionnellement, non pas ceux précisément qui se trouvent pour lors habiles à lui succéder, mais ceux qui l'étoient dans ce temps, ou ceux qui ont succédé à ces personnes.

Lorsqu'une personne a cessé de paroître après un combat où elle étoit, il n'y a aucun doute que sa succession doit être censée ouverte du jour de ce combat, y ayant tout lieu de présumer qu'elle y a été tuée; et il n'est pas, en ce cas, nécessaire d'attendre un temps si considérable, pour mettre les parents de cette personne en possession de ses biens.

Au reste, dans ce cas comme dans le précédent, et toutes les fois qu'il n'y a pas des preuves certaines et juridiques de la mort d'une personne, ses parents ne doivent pas se mettre, de leur autorité privée, en possession de ses biens; mais ils doivent s'en faire mettre en possession par le juge du lieu du dernier domicile de la personne, et faire leurs soumissions de restituer les biens à la personne, si elle reparoit; car, tant qu'on n'a point de preuves certaines et juridiques de la mort d'une personne, il n'y a point d'ouverture certaine de sa succession, mais seulement une ouverture présumée; et si, par la suite, la personne dont on a partagé les biens comme d'une personne morte, vient à reparoitre, ou à donner de ses nouvelles, sa succession sera réputée n'avoir jamais été ouverte, et ses biens devront être restitués, ou à cette personne, si elle reparoit, ou à ceux qui se trouveront habiles à lui succéder, lors des dernières nouvelles qu'on aura eues d'elle depuis qu'on l'avoit crue morte, et qu'on avoit partagé ses biens.

Il y a lieu à une autre espèce de question. Lorsque deux personnes, dont l'une est héritière de l'autre, sont mortes à peu près en même temps, et qu'on ignore laquelle des deux est morte la première, il est très-intéressant de savoir laquelle des deux sera censée morte la première, et avoir donné, par sa mort, ouverture à sa succession. Supposons, par exemple, qu'un père est mort avec son fils dans un naufrage, dans un combat, dans un incendie; il est très-important de savoir lequel est mort le premier; car, si le fils est mort le premier, la moitié des meubles passe, par la mort du père, aux héritiers du mari; si, au

contraire, il est mort le dernier, il aura succédé à ces meubles, à son père, ils se trouveront dans sa succession; et sa mère, comme héritière de son fils au mobilier, y succédera.

Ces questions se décident par des présomptions qui résultent des circonstances. Dans un combat, celui qui étoit dans l'avant-garde doit être présumé tué avant celui qui étoit dans l'arrière-garde; dans un incendie, celui qui étoit dans l'appartement par où le feu a pris, doit être présumé mort avant celui qui étoit dans un appartement plus éloigné: si le père et le fils étoient dans le même appartement, ou s'ils sont péris dans un naufrage, le fils, pubère, à cause de l'ordre de la nature, et comme étant dans un âge plus vigoureux, sera présumé avoir survécu à son père: *l. 9, §. 1 et 4; l. 22, ff. de reb. dubiis*; au contraire, le fils, impubère, à cause de la foiblesse de son âge, sera censé avoir résisté moins long-temps, et être mort le premier. *D., l. 9, §. 4, et l. 23, ff. cod. tit.*

Dans le massacre de la femme de Bobé, qui étoit la fille de Dumoulin, on jugea que la mère devoit avoir été massacrée avant ses enfants, dont l'un avoit huit ans, et l'autre vingt-deux mois, parce que les voleurs avoient intérêt de se défaire d'abord de la mère.

§. II. De l'ouverture de la succession d'une personne, par sa profession religieuse.

La profession religieuse que fait une personne, lui faisant perdre la vie civile, donne ouverture à sa succession.

Il faut pour cela que la profession religieuse soit accompagnée de toutes les conditions nécessaires pour la rendre valable; savoir, qu'elle ait été faite dans un ordre approuvé, après une année entière de noviciat, à compter du jour de la prise d'habit, à l'âge de vingt et un ans accomplis pour les hommes, et dix-huit pour les filles; qu'elle ait été faite publiquement, et qu'elle soit constatée par un acte en la forme prescrite par l'ordonnance, enfin, qu'elle ait été faite sans contrainte.

Au reste, des parents qui auroient intérêt que la succession n'eût pas été ouverte dès le temps de la profession, ne seroient pas recevables à alléguer la contrainte, si celui qui fait profession étoit mort sans réclamer.

La succession d'un jésuite, comme celle des autres religieux, est ouverte par la profession qu'il fait après le novi-

ciat, quoiqu'il puisse être congédié de la société, et retourner au siècle.

Il est vrai que l'ouverture de sa succession dépend de la condition de sa persévérance en la société; et que, s'il est congédié avant l'âge de trente-trois ans, sa succession sera censée n'avoir point été ouverte, et ses biens lui devront être rendus, sans néanmoins aucune restitution des fruits; mais, s'il y reste jusqu'à trente-trois ans, sa succession sera réputée avoir été ouverte dès le temps de ses premiers vœux.

§. III. De l'ouverture de la succession, par la condamnation à une peine capitale.

Dans les provinces telles que les nôtres, où la confiscation a lieu, le condamné à peine capitale, devient, par la condamnation, incapable de transmettre sa succession, et d'avoir des héritiers : c'est pourquoi on ne peut pas dire que sa condamnation donne ouverture à sa succession.

Mais, comme il y a des provinces dans le royaume, où le droit de confiscation n'a pas lieu, si ce n'est en cas de crime de lèse-majesté, telles que la Guienne, le Berri, l'Anjou, le Maine, si un condamné à peine capitale a des biens situés dans ces provinces, la condamnation à une peine capitale, qui est celle de mort, des galères à perpétuité, ou du bannissement pour toujours hors le royaume, donne ouverture à sa succession pour lesdits biens.

Il n'est pas douteux que la condamnation à peine capitale, lorsqu'elle est contenue dans un arrêt ou jugement en dernier ressort contradictoire, donne ouverture à cette succession, du jour de la date du jugement.

Si le jugement n'étoit pas en dernier ressort, l'effet est en suspens jusqu'à la confirmation; s'il est infirmé, ou que le condamné soit mort pendant l'appel, le jugement n'aura point donné ouverture à sa succession; mais, s'il est confirmé, la succession du condamné sera réputée ouverte du jour du jugement, et non pas seulement du jour de l'arrêt; car c'est du jour du jugement qu'il a encouru la mort civile, suivant que nous l'avons vu chapitre premier.

Si le jugement est par contumace, et que le condamné meure après les cinq ans, sans s'être représenté; comme, en ce cas, il est censé avoir perdu la vie civile du jour de

l'exécution de la sentence par contumace, sa succession sera censée ouverte dès ce jour.

Que s'il est mort dans les cinq ans, sans s'être représenté, ou qu'il se soit représenté, ou ait été constitué prisonnier, même après les cinq ans, la condamnation étant, en ce cas, anéantie, sa succession ne sera ouverte que par sa mort naturelle, ou par une nouvelle condamnation qui interviendrait.

## SECTION II.

Comment s'acquièrent les successions? et de la règle *le mort saisit le vif*.

Suivant le droit romain, la succession qui étoit déferée à un héritier, ne lui étoit pas acquise jusqu'à ce qu'il l'eût acceptée, à moins qu'il ne fût de ces héritiers qu'on appelle *nécessaires*.

Au contraire, suivant notre droit françois, une succession est acquise à l'héritier que la loi y appelle, dès l'instant même qu'elle lui est déferée, et avant qu'il en ait encore la moindre connoissance, c'est-à-dire, dès l'instant de la mort naturelle ou civile du défunt, qui a donné ouverture à sa succession.

C'est ce que signifie cette règle de notre droit françois, qui est en la coutume de Paris, *article 318*, et en la nôtre, *article 301*, *le mort saisit le vif, son hoir plus proche et habile à lui succéder*.

Cette règle a lieu dans toutes les provinces du royaume, et, quoiqu'elle soit diamétralement opposée aux principes du droit romain, elle ne laisse pas d'être suivie dans les provinces du royaume régies par le droit romain.

Elle a lieu à l'égard des héritiers testamentaires, en pays de droit écrit, et dans les coutumes qui les admettent, aussi bien qu'à l'égard des héritiers légitimes.

Il n'en est pas de même des légataires universels; quoiqu'ils soient en quelque chose *hæredis loco*, ils ne sont point saisis, ils doivent demander à l'héritier la délivrance de leur legs. Lebrun dit que l'héritier présomptif qui renonce à la succession, pour se tenir à son legs, est saisi des choses qui lui sont léguées; cela ne me paroît pas véritable.

Le sens de cette règle est, *le mort*, c'est-à-dire, celui de la succession duquel il s'agit, dès l'instant de sa mort naturelle ou civile, qui est le dernier instant de sa vie. *Saisit*,

c'est-à-dire, est censé mettre en possession de tous ses droits et biens, le vif. *Son hoir plus proche*, c'est-à-dire, celui qui lui survit, et qui, comme son plus proche parent, est appelé à être son héritier.

L'article ajoute, *habile à lui succéder*, ce qui se sous-entendrait assez, quand cela n'auroit pas été ajouté; car il est très-évident qu'il n'y a que ceux qui sont habiles à succéder, c'est-à-dire, capables de succéder, qui puissent être saisis des droits et biens de la succession. Sur ceux qui sont habiles ou non à succéder, voyez ci-dessus.

L'héritier est censé saisi de cette manière, non-seulement de sa part en la succession qui lui est déferée de son chef, mais même de celles qui lui accroissent par les renonciations de ses cohéritiers appelés comme lui à la succession du défunt. Pour cela, la loi donne à ces renonciations un effet rétroactif au temps de l'ouverture de la succession; ces renoncants sont censés avoir renoncé à la succession, dès l'instant de son ouverture; et le défunt est censé, sur leur refus, ne les avoir point saisis des portions que la loi leur déferoit, et en avoir, dès cet instant, saisi immédiatement leurs cohéritiers, à qui ces portions accroissent.

Lorsque tous les héritiers qui étoient dans le degré le plus proche, renoncent à la succession, et qu'elle est acceptée par les parents du degré suivant, on donne pareillement un effet rétroactif à leur renonciation, et le défunt est censé, dès l'instant de l'ouverture de la succession, sur le refus de ses héritiers du plus prochain degré, avoir saisi directement et immédiatement de tous les droits et biens de la succession, ceux du degré suivant.

Pareillement, lorsqu'un parent plus éloigné, en se portant héritier pur et simple, exclut, suivant le droit que la loi lui en accorde, ainsi que nous le verrons ci-après, un héritier bénéficiaire plus proche en degré, qui n'a pas voulu renoncer au bénéfice d'inventaire, ce parent plus éloigné est censé avoir été seul saisi, dès l'instant de l'ouverture de la succession, de tous les droits et biens de la succession; l'héritier bénéficiaire qui est par lui exclus, est censé ne l'avoir jamais été, et, si de fait il avoit été en possession des effets de la succession, il est censé en avoir été en possession de la même manière qu'une personne qui s'en seroit mise en possession sans être héritière.

Cette saisine de l'héritier est une pure fiction de la loi com-

*mentum nostri juris civibus*, le mort est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il n'ait et qu'il n'ait pu avoir aucune volonté de le faire, comme dans le cas de la succession d'un enfant ou d'un insensé.

Il y a plus, il est censé saisir ainsi son héritier, quoiqu'il ait eu une volonté contraire. Par exemple, si un père a exhéredé injustement son fils, et qu'après sa mort le juge ait cassé l'exhéredation, la règle *le mort saisit le vif*, ne laissera pas d'avoir lieu, le père ne laissera pas d'être censé avoir saisi son fils, de ses droits et biens, quoiqu'il ait eu une volonté contraire, puisque sa volonté étoit de l'en dépouiller; la loi fait pour lui, en ce cas malgré lui, ce qu'il auroit dû faire : *Calumniantis iniquitates expellit. Arg. procem. Inst.*

C'est pour cela que la coutume de Poitou, art. 275, dit : L'on ne peut faire par testament ou legs, quelque peine qui y soit apposée, que l'héritier ne soit saisi des choses que le défunt tenoit au temps de son trépas. Cette disposition n'est pas particulière à la coutume de Poitou, mais c'est une déclaration de la règle générale, *le mort saisit le vif*, qui doit être suivie partout.

Il n'est pas besoin non plus, pour cette saisine, d'aucune volonté de la part de l'héritier qui est saisi, pourvu néanmoins qu'il n'y ait pas de sa part une volonté contraire.

C'est pourquoi il est réputé saisi dès l'instant de la mort du défunt, quoiqu'il n'ait encore aucune connoissance de la mort, ni que par conséquent il puisse avoir aucune volonté d'accepter une succession qu'il ne sait point encore lui être déférée, car la volonté suppose une connoissance de ce qu'on veut.

Par la même raison, un enfant, un insensé qui se trouve en degré de succéder à son parent, est saisi de sa succession, quoiqu'il ne soit pas capable d'avoir la volonté de l'être : *Cum furiosi et infantis nulla sit voluntas.*

L'héritier peut bien acquérir la succession *ignorans*; mais il ne peut pas l'acquérir *inventus* : sa volonté n'est pas nécessaire pour cette saisine; mais sa volonté contraire l'empêche: c'est ce que signifie cette autre maxime de droit françois, qui se trouve dans la coutume de Paris, art. 316, et dans la nôtre, art. 335, *il ne se porte héritier qui ne veut*. Cette règle est commune à tous les héritiers de la ligne directe aussi bien que de la collatérale, et nous ne connoissons aucuns héritiers nécessaires, comme il y en avoit chez les Romains.

La saisine de l'héritier, établie par la règle *la mort saisit le vif*, est donc en suspens, jusqu'à ce que l'héritier se soit décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la succession. S'il l'accepte, la saisine a son effet; il est réputé saisi de la succession, dès l'instant de la mort du défunt; s'il la répudie, il est réputé ne l'avoir jamais été. Au reste, cette saisine a cet effet, que si l'héritier meurt avant que de s'être décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation de la succession, ou même avant que d'avoir une connoissance qu'elle lui fût déférée, il transmet, parmi les biens, à ses héritiers, cette succession, dont il est réputé avoir été saisi dès l'instant de la mort du défunt.

Mais il la leur transmet avec la même faculté qu'il auroit eue lui-même de la répudier; et, si ses héritiers jugent, à propos de son chef, et comme ses héritiers, de la répudier, il sera réputé n'en avoir jamais été saisi.

Il y a plus, quand même le parent d'un degré éloigné, qui ne pouvoit être rappelé à la succession du défunt, que par la répudiation de l'héritier en degré plus proche, seroit mort avant cette répudiation; si l'héritier en degré plus proche vient par la suite à répudier la succession, ce parent, en degré plus éloigné, étant censé en avoir été saisi sur le refus du plus proche, dès l'instant de la mort du défunt, comme nous l'avons remarqué ci-dessus, il sera réputé l'avoir transmise à ses héritiers.

Cette saisine consiste en ce que tous les droits du défunt, toutes ses obligations, dès l'instant de sa mort, passent de sa personne en celle de ses héritiers, qui deviennent en conséquence, dès cet instant, chacun pour la part dont ils sont héritiers, sans qu'il intervienne rien de leur part, propriétaires de toutes les choses dont le défunt étoit propriétaire, créanciers de tout ce dont il étoit créancier, débiteurs de tout ce dont il étoit débiteur, ont, dès cet instant, le droit d'intenter toutes les actions que le défunt auroit eu droit d'intenter, et sont sujets à toutes celles auxquelles le défunt auroit été sujet.

Il y a plus (ce qui est bien contraire aux principes du droit romain et aux idées naturelles), la possession qu'avoit le défunt, des choses de la succession, quoique la possession soit une chose de fait, est, par cette règle, réputée passer à l'héritier, sans aucune appréhension de fait, de sa part; il est réputé possesseur des mêmes choses que le

défunt possédoit lors de sa mort, et de la même manière que l'étoit le défunt, quoique de fait cet héritier ne les ait jamais possédés; et il peut, en cette qualité de possesseur, former l'action en complainte contre tous ceux qui se seroient mis en possession de quelques effets de la succession, soit du vivant du défunt, soit depuis sa mort, pourvu qu'ils ne l'aient pas encore acquise par an et jour.

Il est évident que l'héritier ne peut être saisi de la possession des choses que le défunt ne possédoit pas; car le défunt n'a pas pu le saisir de ce dont il n'étoit pas saisi lui-même, on ne peut pas transférer à un autre ce qu'on n'a pas; mais, si le défunt ne lui transmet pas la possession de ces choses, il lui transmet toutes les actions qu'il avoit droit d'intenter par rapport à ces choses, et l'héritier peut les exercer comme le défunt l'auroit pu.

L'héritier n'est point saisi non plus des choses que le défunt possédoit en vertu de quelque droit qui s'éteint par sa mort. Par exemple, l'héritier du mari n'est point saisi des propres de la femme, quoique le défunt en fût en possession; l'héritier n'est point pareillement saisi d'une chose dont le défunt jouissoit en usufruit; le propriétaire qui trouve son héritage vacant par la mort de l'usufruitier, peut s'en mettre, de sa propre autorité, en possession, et l'héritier de l'usufruitier n'a aucun droit de s'y mettre; pareillement, si le défunt étoit en possession précaire d'une chose, cette espèce de possession ne passe pas à son héritier.

### SECTION III.

#### De l'acceptation des successions.

Accepter une succession, n'est autre chose que témoigner la volonté que nous avons d'être héritiers d'un défunt dont la succession nous est déferée.

Tout témoignage de cette volonté, de quelque espèce qu'il soit, est une acceptation de succession.

Elle est pure et simple, lorsque l'héritier a témoigné sa volonté d'être héritier, sans avoir recours au bénéfice d'inventaire. Lorsqu'il y a eu recours, l'acceptation est appelée sous bénéfice d'inventaire.

Nous parlerons, dans un premier article, de l'accepta-

tion pure et simple; dans un second, de celle sous bénéfice d'inventaire.

## ARTICLE PREMIER.

De l'acceptation pure et simple.

## §. I. Comment accepte-t-on une succession?

On peut accepter une succession *aut verbo*, *aut facto*. *Verbo*, c'est-à-dire, en prenant la qualité d'héritier dans quelqu'acte, soit par-devant notaire, soit sous seing-privé. La qualité d'héritier, prise dans un exploit, ou dans un acte de procureur, est aussi une acceptation de succession, à moins que celui à qui on l'a donnée ne désavoue le sergent ou le procureur qui la lui a donnée.

On accepte une succession *facto*, lorsqu'on fait quelque chose qui suppose nécessairement, dans celui qui le fait, la volonté d'être héritier : *Pro hærede gerere videtur qui aliquid facit quasi hæres* : l. 20, ff. de acq. hæred.

C'est pourquoi l'art. 336 d'Orléans dit : *Si aucun étant en degré de succéder, prend et appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens, il fait acte d'héritier.*

Toute appréhension des biens de la succession, ne renferme pas pourtant toujours la volonté d'être héritier, et n'est pas, par conséquent, toujours un acte d'héritier : il faut examiner dans quel esprit il le fait ; s'il se met en possession de quelques héritages de la succession, ou même de quelques effets mobiliers qu'il sait dépendre de la succession, comme des choses à lui appartenantes ; s'il les vend, s'il les donne ; s'il vend les bois ; s'il change la forme des édifices ; s'il nomme aux offices de la justice ; s'il reçoit en foi les vassaux, il n'est pas douteux qu'en tous ces cas, il fait acte d'héritier ; car tous ces faits supposent qu'il se répute propriétaire de ces choses, et, par conséquent, héritier du défunt, puisqu'il ne peut se réputer propriétaire des choses qu'il sait dépendre de la succession, qu'en se réputant héritier.

Cette décision a lieu, quand même tels actes seroient accompagnés de protestation qu'il n'entend pas par-là être héritier ; car ces protestations sont démenties par la nature de l'acte qu'il fait ; il ne peut pas, quelque protestation qu'il fasse qu'il n'est pas héritier, agir en maître absolu des

biens de la succession, vendre les héritages, abattre les bâtiments pour les changer de forme, abattre des futales; ou ce qu'il fait est plus fort, et l'emporte sur ce qu'il dit. La coutume de Bourbonnois, art. 325, en a une disposition : *Quand aucun habile à succéder paye créanciers, légats, ou fait autre acte d'héritier, il est réputé héritier, et ne peut plus répudier, quelque protestation qu'il puisse faire au contraire.*

Que si l'héritier appréhende les biens de la succession, non pour en user et disposer comme maître, mais seulement pour les conserver, il ne fait point acte d'héritier; car, quoiqu'il n'ait pas droit ni qualité, comme simplement appelé à la succession, de disposer des effets de la succession, il a au moins le droit de veiller à leur conservation, par l'intérêt qu'il y a, tant qu'il n'est point décidé sur le parti qu'il prendra.

C'est pourquoi, si un héritier présomptif prend les clefs du défunt, s'empare des titres, quoiqu'avant l'inventaire, il n'est point réputé faire acte d'héritier, suivant qu'il a été jugé par arrêt du 7 juin 1674, au Journal du Palais; *item*, s'il a mis quelque note sur les papiers du défunt, comme il a été jugé au profit d'une nièce qui avoit écrit sur une cédula de la succession : *Cédula de mon oncle à recouvrer.* L'arrêt est rapporté par Louet, *lett. H.* Pareillement, s'il fait valoir les héritages de la succession, s'il fait faire des réparations urgentes, s'il fait des baux, s'il vend même certains effets de la succession qu'il est nécessaire de vendre, soit parce que ce sont des objets périssables, soit parce qu'ils occupent des appartements qu'il est nécessaire de vider, il ne fait point acte d'héritier.

Il doit, néanmoins, pour vendre les effets de la succession, ou pour en faire des baux, se faire autoriser par le juge, sur une requête par laquelle il demandera à faire ces choses pour la conservation des biens de la succession, aux protestations qu'il fait qu'il n'entend point pour cela prendre qualité d'héritier : *Vide l. 20, pro. et §. 1, ff. de acquir. vel omitt. hæredit.*

Nos coutumes, en disant que celui qui appréhende les biens de la succession, fait acte d'héritier, ajoutent avec raison, *sans avoir autre qualité ou droit de prendre lesdits biens;* car, s'il a une autre qualité qui lui donnât droit d'appréhender et de disposer des biens de la succession, il ne fait point acte d'héritier, en les appréhendant.

Par exemple, si l'un des héritiers présomptifs, est en même temps son exécuteur testamentaire, il ne fera point acte d'héritier, en faisant vendre à sa requête les meubles de la succession, en employant l'argent à payer les dettes, en exigeant ce qui est dû par les débiteurs de la succession, en faisant des baux, etc.; car il a une autre qualité pour faire toutes ces choses, que la qualité d'héritier; l'autre qualité qu'il a d'exécuteur testamentaire du défunt, lui donne le droit de les faire: on ne peut donc pas conclure de ce qu'il a fait, qu'il a voulu être héritier, puisqu'il a pu le faire dans l'autre qualité qu'il avoit; ce qu'il a fait n'est donc point un acte d'héritier: car, suivant le principe ci-dessus établi, un fait n'est acte d'héritier, que lorsqu'il suppose nécessairement la volonté d'être héritier dans celui qui le fait, et par conséquent, lors seulement qu'il n'a pu être fait dans une autre qualité que dans celle d'héritier.

Que si l'un des héritiers présomptifs du défunt, étoit en même temps créancier de sa succession, ou légataire, il ne laisseroit pas de faire acte d'héritier, en se mettant en possession de la chose qui lui étoit léguée ou due, et qui s'est trouvée dans la succession; car la qualité de créancier ou de légataire ne donne pas le droit au créancier ni au légataire, de se mettre, de leur propre autorité, en possession de la chose qui leur est due, mais seulement de la demander à ceux qui la doivent, et de se la faire délivrer par eux: d'où il suit que l'héritier qui s'est mis en possession de la chose qui lui étoit due, n'ayant eu d'autre qualité qui lui en donnât le droit, que la qualité d'héritier, puisque celle de créancier ne le lui donnoit pas, on en doit conclure que c'est en qualité d'héritier qu'il s'en est mis en possession, et par conséquent qu'il a fait en cela acte d'héritier.

C'est sur ce fondement que notre coutume ajoute...*et suppose qu'il lui fût dû ou légué aucune chose par le défunt, il le doit demander.... autrement s'il prend lesdits biens ou partie, de son autorité, il fait acte d'héritier.*

Paris dit à peu près la même chose.

Lorsque nos coutumes disent que celui qui appréhende les biens d'un défunt, ou partie d'iceux, fait acte d'héritier, cela doit s'entendre des effets qui sont connus pour appartenir au défunt, que le défunt possédoit lors de sa mort, comme à lui appartenants, qui passent pour être de sa succession. Que si un héritier présomptif a disposé d'une chose

qu'il croyoit de bonne foi lui appartenir, et qu'il ignoroit appartenir au défunt, qui n'en étoit point en possession, il n'aura point fait acte d'héritier, quoiqu'il ait disposé d'une chose qui étoit effectivement un effet de la succession, parce qu'ignorant qu'elle fût de la succession, la vente ou autre disposition qu'il en a faite, ne renferme point la volonté d'être héritier, puisqu'il n'en a point disposé comme d'une chose qui appartient à la succession, et en qualité d'héritier. C'est ce qui est décidé en la loi 87, ff. de acq. hæred.

*Contra vice versâ.* S'il s'est trouvé parmi les effets de la succession, une chose qui n'appartenoit pas au défunt, l'héritier qui appréhende cette chose, qui en dispose dans l'opinion qu'elle est de la succession, fait acte d'héritier, quoique cette chose dont il dispose ne soit pas effectivement de la succession; car il suffit qu'elle passe pour être de la succession: il ne disposeroit pas d'une chose qu'il croit être de la succession, s'il ne s'en réputoit propriétaire en qualité d'héritier; ce qu'il fait suppose donc nécessairement en lui la volonté d'être héritier, et par conséquent, est un acte d'héritier, et une acceptation de la succession, selon notre principe. C'est ce qu'enseigne Paul, en la loi 88, ff. de acq. hæred. : *Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Undè et si domum pignori datam, sicut hæreditariam, retinuit cujus possessio qualis qualis fuit in hæreditate, pro hærede gerere videtur. Idemque est, etsi alienam rem ut hæreditariam possedisset.* Ulpien, en la loi 21, §. 1, ff. D. Tit. *Interdùm autem animus solus obstringet hæreditati, ut putà si re non hæreditariâ quasi hæres usus sit.*

On peut encore, d'autres manières, faire acte d'héritier, sans appréhender rien des biens de la succession.

Par exemple, si un héritier paye de ses deniers une dette de la succession; s'il acquitte de ses deniers les legs faits par le testament du défunt, sans avoir autre qualité que celle d'héritier, qui l'engage à acquitter les dettes ou legs, il fait par-là acte d'héritier; car il est évident qu'un tel fait suppose en lui la volonté d'héritier; car, n'étant tenu des dettes ou de ces legs, qu'autant qu'il voudroit être héritier, en les acquittant, il manifeste assez qu'il veut l'être. C'est ce qu'enseigne Alexandre Sévère, en la loi 2, cod. de jur. deliber. : *Cum debitum paternum te exsolvisse alleges : proportione hæreditariâ agnovisse te hæreditatem defuncti non ambigitur.*

Il en seroit autrement, si l'héritier avoit une autre qualité

qui l'eût pu engager à faire ces paiements, comme s'il étoit exécuteur testamentaire du défunt, s'il étoit obligé aux dettes qu'il a payées, comme caution ou codébiteur du défunt; il ne feroit point en ce cas acte d'héritier, parce qu'ayant une autre qualité pour faire ces paiements, que sa qualité d'héritier dans laquelle il a pu les faire, il s'ensuit que ce qu'il a fait ne suppose point en lui nécessairement la volonté d'être héritier, et ne doit point, par conséquent, suivant notre principe, passer pour acte d'héritier.

Il y a même de certaines dettes, qu'on appelle criardes, qu'un héritier présomptif pourroit, par motif d'honneur, acquitter, en protestant qu'il n'entend point, en les payant, faire acte d'héritier.

Il en est de même de certains legs faits pour récompense de domestiques, ou pour faire prier Dieu pour le défunt.

La cession qu'une personne fait de ses droits successifs, renferme bien évidemment la volonté d'être héritier, et, par conséquent, est un acte d'héritier; car cet homme qui a cédé le droit qu'il a dans la succession d'un défunt, ne peut céder ce droit qu'autant qu'il l'a effectivement, qu'autant qu'il lui est acquis; car on ne peut pas céder ce qu'on n'a pas: or, il ne peut lui être acquis qu'autant qu'il accepte la succession; la cession qu'il en fait suppose donc manifestement en lui la volonté d'accepter la succession.

Il n'en est pas de même de l'héritier qui renonce à la succession, au moyen d'une somme qu'il reçoit de ses cohéritiers, ou de ceux qui sont dans le degré suivant pour succéder. Cela est décidé par la loi 24, ff. de acq. hæred. : *Fuit questionis an pro hærede gerere videatur, qui pretium omittendæ hæreditatis causâ capit et obtinuit hunc pro hærede quidem non gerere. . . .* De là cette règle de droit : *Non vult hæres esse, qui ad alium transferre voluit hæreditatem* : l. 6, ff. de R. J. La raison est, que celui qui renonce à la succession, moyennant une somme d'argent, abdique le droit qu'il pourroit avoir, plutôt qu'il ne le cède; il reçoit, à la vérité, une somme d'argent, pour faire cette renonciation, de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, parce que, par cette renonciation, le droit qu'il auroit eu leur accroît ou leur sera dévolu; mais ce n'est pas pour cela une cession: il ne le leur fait pas passer de lui à eux; mais il l'abdique pour leur faire plaisir, parce que ce sont eux qui doivent profiter de cette abdication, et auxquels ce droit qu'il a abdiqué doit accroître ou

être dévolu; le contrat qu'il fait avec eux n'est pas le contrat *do ut des, facio ut des*; il ne donne rien, mais il fait une renonciation pour laquelle il reçoit de l'argent de ceux qui ont intérêt qu'il la fasse, et qui doivent en profiter.

Il y a néanmoins un cas auquel la renonciation qu'un héritier fait à la succession, soit qu'il la fasse moyennant une somme d'argent, soit même qu'il la fasse gratuitement, doit passer pour une vraie cession, et renferme, en conséquence, un acte d'héritier; c'est le cas auquel il auroit déclaré qu'il renonce au profit de quelqu'un de ses cohéritiers, préférablement aux autres; cette renonciation est plutôt une cession qu'une renonciation. Pour que sa part parvienne à quelqu'un de ses cohéritiers, préférablement à ses autres cohéritiers, il faut qu'il en dispose au profit de ce cohéritier; car, s'il n'en disposoit pas, s'il ne faisoit simplement que l'abdiquer et y renoncer, elle accroîtroit également à tous: or, s'il en dispose, il accepte la succession; car il ne peut disposer que d'une chose qui lui soit acquise, et sa part en sa succession dont il dispose, ne peut lui être acquise qu'il n'ait accepté la succession.

Ce n'est point non plus un acte d'héritier, que de commander les obsèques du défunt, de poursuivre la vengeance de sa mort; car ce sont des devoirs de piété dont on s'acquitte envers ses parents, même dans le cas où on renonceroit à leur succession, et qui, par conséquent, ne supposent point nécessairement la volonté d'être héritier.

Si le roi a fait don aux héritiers, de l'office du défunt tombé aux parties casuelles, ou l'a taxé modérément à leur profit, les héritiers qui recueillent ce don ne font point acte d'héritier; car le roi est plutôt censé leur avoir fait ce don, en qualité de plus proches parents, qu'en qualité d'héritiers, et ils auroient droit de le recueillir, quand ils renonceroient à leur succession.

#### §. II. Par qui une succession peut-elle être acceptée?

Celui à qui une succession est déférée, peut l'accepter, non-seulement par lui-même, mais par procureur. Cela a lieu, non-seulement si ce procureur a pouvoir spécial d'accepter pour lui la succession d'un tel, mais même s'il a pouvoir général d'accepter ou de répudier toutes les successions qui écheroient à celui qui l'a constitué son procureur. La procuration d'administrer les affaires d'un absent,

ne s'étendrait pas jusque-là ; car l'acceptation d'une succession qui engage l'héritier à des dettes qui peuvent être considérables, passe les bornes d'une simple administration.

Ceux qui ne sont pas capables de s'obliger, tels que les pupilles, les insensés, ne peuvent accepter une succession ; mais le tuteur peut accepter les successions échues à son pupille ; le curateur, celles déferées aux personnes qui sont sous sa curatelle.

La succession déferée à une femme mariée, doit être par elle-même acceptée, et elle doit être, pour cela, autorisée de son mari, ou, sur le refus de son mari, par le juge.

Si elle refusoit de l'accepter, le mari, qui auroit intérêt qu'elle soit acceptée, parce que le mobilier doit tomber en communauté, pourroit, à ses risques, l'accepter sur le refus de sa femme, qui ne peut s'en abstenir en fraude des intérêts de la communauté de son mari.

Lorsqu'un débiteur insolvable refuse d'accepter une succession opulente, en fraude de ses créanciers, pour empêcher qu'ils ne soient payés sur les biens qui lui reviendroient de cette succession, les créanciers sont reçus à l'accepter pour lui.

Non-seulement celui qui est appelé à la succession, peut l'accepter ; mais, s'il est mort avant que de s'être décidé sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, les héritiers de cet héritier peuvent, de son chef, l'accepter ; c'est une suite de la règle, *le mort saisit le vif*.

Lorsque les héritiers de cet héritier ont entre eux des intérêts différents sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation, il faut entrer dans la discussion de ce qui auroit été le plus avantageux au défunt, et faire prévaloir ce parti.

### §. III. Quand une succession peut-elle être acceptée ?

Il est évident qu'une succession ne peut être acceptée qu'elle ne soit déferée ; on ne peut donc pas accepter la succession d'un homme avant sa mort ; car il n'y a point de succession d'un homme encore vivant, ni, par conséquent, rien qui puisse être le sujet de l'acceptation. Nos usages ont bien admis les renonciations aux successions futures, ce qui est contre la règle de droit prise dans la nature des choses, *quod quis si velit, habere non potest, id repudiare non potest* : l. 174, ff. de reg. jur. Mais il ne peut pas y avoir

d'acceptation d'une succession future. Accepter, c'est recevoir. On ne peut pas recevoir ce qui n'est pas encore. Accepter une succession, c'est succéder. On ne peut pas succéder à celui qui vit encore, et remplir encore sa place.

C'est pourquoi, si, sur un faux bruit de la mort d'une personne, son parent en degré de lui succéder, a pris la qualité de son héritier, s'il s'est mis en possession de ses biens, en a disposé comme maître, tout cela ne peut passer pour acceptation de succession, pour acte d'héritier; tout cela ne le rendra point héritier, même après la mort de cette personne, à moins que, depuis la mort de cette personne, il n'ait continué d'en user de même.

Cela est conforme aux principes des lois : *Neminem pro hærede gerere posse, vivo eo, cujus in bonis gerendum sit* : l. 27, ff. de acq. hæred. Ita demùm pro hærede gerendo acquirat hæreditatem, si jam sit ei delata.

Il ne suffit pas qu'une succession soit ouverte par la mort naturelle ou civile de quelqu'un, pour qu'elle puisse être valablement acceptée par ceux qui y sont appelés; il faut, outre cela, qu'ils aient connoissance de son ouverture; car la volonté suppose la connoissance de ce qu'on veut, nous ne pouvons pas vouloir accepter une succession que nous ne savons pas être ouverte et nous être déférée. C'est pourquoi Ulpien dit : *Hæres si putet testatorem vivere, quamvis defunctus sit, adire hæreditatem non potest* : l. 32, Pro. ff. d. tit.

Il ne suffit pas même que quelqu'un sache que la succession est ouverte, pour qu'il puisse l'accepter; il faut qu'il sache que c'est lui qui est appelé. C'est la même raison.

C'est pourquoi le parent d'un degré plus éloigné ne peut pas accepter une succession, tant qu'il ignore que ceux d'un degré plus proche y ont renoncé.

Si un héritier ne peut pas valablement accepter une succession avant qu'elle lui soit déférée, ni même avant qu'il ait connoissance qu'elle lui soit déférée, à plus forte raison, il ne peut plus l'accepter après qu'il s'en est exclus par sa renonciation à la succession. Cela est évident : car, ayant, par sa renonciation, abdiqué le droit qu'il avoit de succéder, il ne peut pas plus l'accepter, après sa renonciation, que le pourroit un étranger qui n'y auroit aucun

droit. Si donc un héritier, depuis sa renonciation, se met en possession de quelques effets de la succession, cela ne peut plus passer pour un acte d'héritier, mais pour un larcin qu'il fait de ces effets, auxquels il n'avoit plus aucun droit depuis sa renonciation.

Il est étonnant que Lebrun avance qu'on peut encore, en plusieurs cas, faire acte d'héritier, et accepter une succession après qu'on y a renoncé, pourvu qu'elle n'ait pas été occupée par d'autres; il cite la loi *pro hærede* 20, §. *Papinianus* 4, ff. *de acq. hæred.*, et la loi 12, ff. *de interrogat.*; mais il ne fait pas réflexion que ces lois sont dans le cas d'un *suus hæres*, d'un héritier nécessaire; cet héritier, par l'abstention qu'il faisoit des biens de la succession, ne cessoit pas d'être héritier; il acquéroit seulement par-là le droit de n'être pas tenu des dettes, et il le perdoit, si, après avoir déclaré qu'il s'abstenoit, il s'immisçoit dans les biens de la succession; cette loi ne reçoit ici aucune application parmi nous, nous n'avons point d'héritiers nécessaires, *n'est héritier qui ne veut*. L'héritier qui renonce abdique tout droit à la succession; il n'en conserve plus aucun, et, par conséquent, il ne peut plus faire acte d'héritier.

Il est vrai qu'un héritier qui, après sa renonciation, se seroit emparé des effets de la succession, et en auroit dérobé la connoissance aux créanciers, pourroit être condamné envers eux à payer les dettes de la succession, comme s'il étoit héritier; mais ce seroit par forme de dommages-intérêts qu'il seroit ainsi condamné, pour s'être injustement emparé d'une succession à laquelle il n'avoit plus aucun droit, et non parce qu'il auroit fait acte d'héritier.

Pareillement, si une personne qui a renoncé à une succession, est assignée comme héritier, et, ne rapportant point sa renonciation, est condamnée par arrêt, à payer le créancier de la succession qui a formé la demande contre lui, il ne deviendra pas pour cela héritier après avoir renoncé; mais, à cause de l'autorité de la chose jugée, il sera obligé d'acquitter la condamnation portée par l'arrêt, tout comme s'il l'étoit.

On ne peut plus à la vérité accepter une succession, après qu'on y a renoncé; mais, si la renonciation qu'une personne a faite, étoit rescindée par quelque juste cause, la renonciation étant détruite et mise au néant, rien n'empêcheroit que cette personne ne pût accepter la succession.

Pareillement, si un mineur qui a témérement renoncé à une succession avantageuse, se fait restituer pour cause de sa minorité, contre sa renonciation, il pourra l'accepter.

Pareillement, si un majeur a été engagé à renoncer à une succession avantageuse, par le dol de ses cohéritiers ou des parents du degré subséquent, qui lui ont fait paroître de fausses dettes, ou soustrait les titres, pour lui cacher les forces de la succession, ce majeur, en prouvant ce dol, et se faisant restituer en conséquence contre sa renonciation, pourra accepter la succession.

Pareillement, si un débiteur insolvable, en fraude de ses créanciers, a renoncé à une succession opulente, ses créanciers font rescinder cette renonciation, par l'action révocatoire de ce qui est fait en fraude de ses créanciers, et, en conséquence, comme exerçant les droits de leur débiteur, acceptent pour lui et à leur profit, la succession qui lui est échue. En cela, notre droit donne plus d'étendue à cette action révocatoire, que n'en donnoit le droit romain; car, par le droit romain, l'action révocatoire n'avoit lieu que pour ce que le débiteur avoit aliéné de ses biens, et non point pour une succession ou autre chose qu'il auroit manqué d'acquérir, suivant cette règle, *non fraudantur creditores cum quid non acquiritur à debitore; sed cum quid de bonis deminuitur*: l. 154, de R. J.; et ailleurs, *qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare; veluti qui hæreditatem omittit*: l. 28, ff. de V. S.; d'où ils concluent, *qui repudiavit hæreditatem, non est in eâ causâ ut huic edicto locum faciat*.

Observez que, lorsque les créanciers d'un héritier insolvable ont fait casser la renonciation qu'il a faite à la succession, comme faite en fraude de ses créanciers et du droit qu'ils avoient d'être payés sur les biens déferés à leur débiteur, cette renonciation n'est cassée qu'en faveur desdits créanciers, et vis-à-vis d'eux, et non point vis-à-vis de l'héritier qui a renoncé.

C'est pourquoi, si la succession à laquelle il a renoncé se trouve plus opulente qu'on ne le pensoit, que la part de ce renonçant, après la succession liquidée, se trouve monter à 12,000 liv., et qu'il ne dût que 10,000 liv., il ne pourra pas prétendre les 2,000 liv. qui se trouvent de reste, après les créances acquittées; car la renonciation est valable vis-à-vis de lui, ses cohéritiers profiteront de ces 2,000 liv.

§. IV. De l'effet de l'acceptation d'une succession, et de la restitution contre l'acceptation.

L'effet de l'acceptation d'une succession, est, suivant que nous l'avons déjà observé sur la règle, *le mort saisit le vif*, que celui qui l'a acceptée est réputé être, dès l'instant de la mort du défunt, pour la part dont il est héritier, propriétaire de tout ce dont le défunt étoit propriétaire, créancier de tout ce dont il étoit créancier, débiteur de tout ce dont il étoit débiteur, quand même les dettes excédroient de beaucoup les biens de la succession.

C'est encore un effet de l'acceptation de la succession, que celui qui l'a acceptée est censé succéder, dès ce temps, non-seulement à la part à laquelle il étoit appelé de son chef, mais même aux autres parts qui accroissent par la suite, par les renoncations de ses cohéritiers; cet accroissement se fait malgré lui, et il ne peut en conséquence éviter d'être tenu des dettes pour les parts qui lui accroissent. C'est ce qu'enseigne Gaius : *Qui semel aliquâ ex parte hæres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit* : l. 53, §. 1, ff. de acq. hæred.

Cela a lieu, quand même l'héritier, après avoir accepté la succession pour sa part, seroit mort avant que ses cohéritiers eussent renoncé; car lesdits cohéritiers venant par la suite à renoncer, leurs parts accroissent à celle qu'il a transmise dans sa succession : *Portio enim deficiens portioni ejus qui adivit magis quam personæ accrescit.*

Ce sont encore des effets de l'acceptation : 1° que l'enfant qui a accepté soit sujet aux rapports des choses qui lui ont été données, comme nous le verrons au chapitre suivant; 2° que l'héritier qui accepte soit tenu aux rapports des legs qui lui auroient été faits; 3° que l'enfant qui a accepté ne puisse plus prétendre de douaire, par la règle *qu'on ne peut être héritier et douairier.*

L'héritier qui a accepté une succession étant mineur, peut, pour cause de sa minorité, se faire restituer contre son acceptation, lorsqu'elle lui est désavantageuse.

Cela a lieu, pourvu qu'il n'ait pas ratifié cette acceptation depuis qu'il est devenu majeur; car la ratification faite en majorité, empêche la restitution. Il ne faut pas prendre pour ratification, ce que le mineur devenu majeur a fait, lorsque ce qu'il a fait étoit une suite nécessaire de son acceptation.

Par exemple, si un mineur a accepté en minorité, une succession, quoique devenu majeur, il ait entretenu les biens de cette succession, il ait fait payer; on ne doit pas regarder cela comme une ratification et une approbation volontaire de l'acceptation de la succession qu'il a faite en minorité, mais comme une suite nécessaire de cette acceptation, comme l'acquiescement d'un devoir auquel cette acceptation l'obligeoit jusqu'à ce qu'il fût restitué contre: c'est pourquoi les lois décident qu'il ne doit pas être exclus de la restitution. C'est l'esprit du fameux §. *scio*, de la loi 3, ff. de minor.

Le majeur n'est pas facilement admis à la restitution; il y seroit néanmoins admis, s'il prouvoit que les créanciers qui avoient intérêt de la lui faire accepter, ont usé de dol et de mauvaises manières pour l'engager à le faire. Il y a même des arrêts qui, sur des circonstances extraordinaires, quoiqu'il ne fût point intervenu de dol, ont relevé des majeurs de leur acceptation, mais ces arrêts ne doivent point être tirés à conséquence.

L'effet de la restitution contre l'acceptation d'une succession, est que celui qui est restitué est déchargé de tous les engagements qu'il a contractés par son acceptation, en rendant par lui un fidèle compte de tout ce qui lui est parvenu des effets de la succession; par exemple, il est déchargé de l'acquiescement des dettes, des legs et des autres charges de la succession. Si c'est un enfant, il est déchargé de l'obligation du rapport des choses qui lui ont été données, il peut demander son douaire, dont il avoit fait confusion par son acceptation.

Au reste, nonobstant la restitution, il demeure toujours, selon la subtilité du droit, héritier selon la règle *qui semel hæres, semper hæres*; c'est pourquoi la portion des droits successifs de celui qui s'est fait restituer contre son acceptation, n'accroit point à ses cohéritiers, malgré eux; en abandonnant cette portion aux créanciers, ils ne seront point tenus des dettes et autres charges de la succession, pour raison de cette portion, mais seulement pour raison de celles dont ils sont héritiers de leur chef; c'est ce qui est défini en la loi 61, ff. de *acquir. hæred.* Ils peuvent néanmoins, s'ils le jugent à propos, prendre cette portion, en se chargeant de toutes les dettes et charges de la succession: l. 98, ff. d. *tit.*

## ARTICLE II.

De l'acceptation de succession sous le bénéfice d'inventaire.

Le bénéfice d'inventaire est un bénéfice que l'empereur Justinien, par la loi 22, *cod. de jure deliber.*, accorde aux héritiers de n'être point tenus, sur leurs propres biens, des dettes de la succession, et de ne point faire confusion des droits qu'ils pourroient avoir contre la succession, à la charge par eux de faire, dans le temps et de la manière qu'il le prescrit, un inventaire fidèle, exact, de toutes les choses dont la succession est composée.

L'acceptation de succession sous bénéfice d'inventaire, est celle faite par l'héritier qui a recours à ce bénéfice, à la différence de celle faite par l'héritier qui n'y a point recours, laquelle est appelée acceptation pure et simple.

On appelle l'héritier qui a accepté de cette manière, *héritier sous bénéfice d'inventaire*, ou *héritier bénéficiaire*.

§. I. De la nature de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

L'acceptation sous bénéfice d'inventaire ne diffère de l'acceptation pure et simple, qu'en ce qu'elle donne à l'héritier le bénéfice de n'être point tenu des dettes de la succession sur ses propres biens, et de ne point confondre les dettes qu'il a contre la succession, et que, pour cela, elle l'assujettit à un compte des biens de la succession envers les créanciers; au reste, elle produit les autres effets que produit l'acceptation pure et simple.

L'héritier qui a accepté sous bénéfice d'inventaire, est pareillement réputé, comme l'héritier pur et simple, saisi de la succession dès l'instant qu'elle a été ouverte: il est vrai héritier, vrai propriétaire des biens de la succession.

De là il suit que l'enfant héritier bénéficiaire ne laisse pas d'être tenu au rapport envers les cohéritiers, des choses qui lui ont été données, et que ses cohéritiers y sont tenus envers lui. De là il suit que, lorsqu'il se rend adjudicataire des biens de la succession bénéficiaire, il retient plutôt qu'il n'acquiert, et, par conséquent, il ne doit point de profit, comme nous l'avons vu au Traité des fiefs.

§. II. Un testateur peut-il défendre que son héritier ait recours au bénéfice d'inventaire?

Lehrun, sur cette question, rapporte plusieurs arrêts qui ont jugé, tant pour le pays de droit écrit que pour le pays coutumier, que le testateur ne pouvoit faire cette défense. Ces arrêts l'ont jugé même pour les héritiers testamentaires. La raison en est que, quoiqu'un testateur puisse instituer son héritier sous telles conditions que bon lui semble, ce ne peut pas être néanmoins sous des conditions contraires aux lois; or, telle est la condition qui lui défendrait d'avoir recours au bénéfice d'inventaire, puisqu'elle lui défend ce que la loi veut lui accorder. La question doit encore moins souffrir de difficulté à l'égard des héritiers légitimes qui tiennent de la loi leur qualité d'héritiers, et non du défunt.

§. III. Quelles choses sont requises pour le bénéfice d'inventaire?

La première chose requise pour le bénéfice d'inventaire, ce sont les lettres royales qui s'obtiennent dans les chancelleries des parlements.

Il faut néanmoins, à cet égard, distinguer le pays de droit écrit, et le pays coutumier.

Dans le pays de droit écrit, tout héritier peut, en faisant inventaire dans le temps et de la manière dont le prescrit la loi 22, *cod. de jure delib.*, jouir du bénéfice accordé par cette loi, sans obtenir aucunes lettres royales pour cet effet. La raison est, que cette loi, ainsi que les autres lois romaines, ayant, par la permission du roi, force, autorité et caractère de loi dans ces provinces, un héritier n'a pas besoin d'avoir recours au roi, pour obtenir de lui un bénéfice que la loi lui accorde.

Au contraire, dans le pays coutumier, l'héritier, pour jouir de ce bénéfice, doit l'obtenir du roi, par des lettres qui s'obtiennent en la grande chancellerie; car la loi de Justinien, qui accorde ce bénéfice, n'a pas force et caractère de loi dans le pays coutumier; cette loi ne peut donc pas lui donner ce bénéfice; il faut donc qu'il l'obtienne du roi.

Il y a, néanmoins, quelques coutumes qui accordent expressément le bénéfice d'inventaire: telles sont les coutumes de Bretagne, de Berri, et quelques autres. Il faut

décider que, dans ces coutumes, les lettres royaux ne sont pas nécessaires, par la même raison qu'elles ne le sont pas dans le pays de droit écrit.

C'est le sentiment de d'Argentré, qui, sur la coutume de Bretagne, dit : *Non igitur quod Franci faciunt à principe obtinendum quod. . . . jure communi omnibus licet et jure consuetudinario ab ipso principe approbato.* C'est aussi pareillement le sentiment de Dumoulin, sur la coutume de Berri ; il y a même quelques coutumes qui déclarent expressément que les lettres ne sont pas nécessaires : telle est celle de Sedan.

Il n'en est pas de même dans les coutumes qui parlent, à la vérité, du bénéfice d'inventaire, mais sans l'accorder expressément, telles que sont les coutumes de Paris et d'Orléans : il n'est pas douteux qu'il faut obtenir des lettres dans ces coutumes, pour jouir du bénéfice ; car, quoique ces coutumes parlent du bénéfice d'inventaire, elles ne l'accordent pas ; elles n'en parlent que parce qu'elles supposent la pratique en usage : l'héritier ne tient donc pas dans ces coutumes ce bénéfice, de la loi municipale, qui ne l'accorde par aucune disposition ; il faut donc qu'il l'obtienne du roi.

Les lettres doivent être entérinées par le juge à qui elles sont adressées, qui doit être le juge du lieu où la succession est ouverte.

Cet entérinement s'ordonne sur les conclusions du procureur du roi.

Ces lettres doivent être obtenues et entérinées avant que l'héritier ait fait aucun acte d'héritier ; car, s'il avoit une fois pris qualité d'héritier, en conséquence, étant devenu, dès-lors, obligé envers tous les créanciers de la succession, les lettres de bénéfice d'inventaire ne peuvent plus lui servir ; car ces lettres peuvent bien lui permettre d'accepter la succession, sans s'obliger sur ses propres biens envers les créanciers, mais elles ne peuvent pas le décharger de l'obligation qu'il a contractée envers eux, lorsqu'elle est une fois contractée ; le droit étant une fois acquis aux créanciers, ils ne peuvent plus en être dépouillés. Le roi, en accordant une grâce à quelqu'un, ne dépouille jamais un tiers, d'un droit qui lui est acquis.

Que si l'héritier, sans s'être immiscé dans les biens, avoit pris la qualité, non pas d'héritier simplement, mais d'héritier bénéficiaire, et qu'il eût obtenu des lettres peu après,

on ne regarderoit pas cette déclaration qu'il a faite, quoique avant l'obtention des lettres, comme une acceptation pure et simple qui l'empêchât d'y avoir recours, mais comme une simple déclaration de l'intention qu'il avoit d'en obtenir.

Pourvu que l'héritier n'ait point encore pris la qualité d'héritier, ni fait acte d'héritier, il est toujours à temps d'obtenir ces lettres; néanmoins Imbert prétend qu'elles doivent être obtenues dans l'an du décès, sans quoi il faut y insérer une clause qui relève l'héritier de ne les avoir pas obtenues dans l'année. Je ne crois pas que cela s'observe; au surplus, il seroit fort facile d'insérer cette clause.

Lorsqu'il y a plusieurs héritiers qui veulent l'être sous bénéfice d'inventaire, il suffit que l'un d'eux obtienne des lettres, et les fasse entériner, et que les autres, sur une requête, les fassent déclarer communes avec eux.

#### De l'inventaire.

Soit que l'héritier obtienne des lettres lorsque la succession est ouverte dans les pays où elles sont nécessaires, soit qu'il n'en obtienne pas lorsque la succession est ouverte dans les provinces où il n'en a pas besoin, il est évident qu'il doit faire un inventaire des biens de la succession, pour jouir du bénéfice d'inventaire, lequel n'est appelé bénéfice d'inventaire, que pour cette raison.

La notoriété publique que le défunt n'a laissé aucuns meubles, n'est pas une raison qui puisse dispenser l'héritier de faire inventaire; lorsqu'il veut jouir du bénéfice, il doit, dans le cas auquel le défunt n'en laisseroit effectivement aucuns, faire un procès-verbal qui constate qu'il ne s'en est point trouvé, et qui tienne lieu d'inventaire. C'est l'avis de Lebrun.

Suivant la loi de Justinien, lorsque l'héritier est sur les lieux, il doit commencer l'inventaire dans les 30 jours, à compter depuis qu'il a eu connoissance que la succession lui étoit déferée, et l'achever dans 60 autres jours; lorsqu'il est éloigné, il y a un an, à compter du jour de la mort du défunt.

Dans le pays coutumier, il n'y a point de temps marqué pour faire cet inventaire, et je pense qu'il est toujours temps, tant que l'héritier n'a point disposé des effets de la succession.

Il est aussi indifférent que l'inventaire se fasse avant ou après l'obtention des lettres.

L'art. 128 de l'ordonnance de 1629, qui ordonne que l'héritier fasse apposer le scellé avant l'inventaire, n'est pas en usage, non plus que beaucoup d'autres de cette ordonnance.

L'inventaire doit être fait devant notaire, et doit contenir la description de tous les meubles et de tous les titres de la succession.

Néanmoins, l'omission de quelques effets qui auroient pu échapper à la connoissance de l'héritier, ne le fait pas déchoir du bénéfice.

Il en seroit autrement, si les créanciers prouvoient qu'il les a détournés ou omis de mauvaise foi et contre sa connoissance : il a été jugé, qu'en ce cas, l'héritier devoit être déchu du bénéfice ; l'arrêt en est rapporté par Brodeau, *L. H.*, n. 24, et par le Prêtre ; plusieurs coutumes en ont des dispositions. Ce sentiment est très-juste, quoiqu'il semble que la loi de Justinien se contentât, en ce cas, de la peine de la restitution du double contre l'héritier.

Lorsque les créanciers se sont fait connoître, *putà*, en s'opposant au scellé, lorsqu'il y en a eu un, l'inventaire doit être fait avec eux ou eux dûment appelés. La Nouvelle <sup>1<sup>ère</sup></sup> veut aussi qu'on y appelle les légataires qui se trouvent sur le lieu.

Au surplus, il n'est pas nécessaire que cet inventaire soit conclu et affirmé devant le juge.

La prisée n'y est non plus nécessaire, lorsque peu après on a fait une vente publique des meubles qui en constate la valeur.

#### §. IV. De l'administration de l'héritier bénéficiaire.

L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession, et de rendre compte aux créanciers, de son administration.

Il doit donc faire payer les débiteurs de la succession, interrompre les prescriptions, faire passer de nouveaux titres, affermer les héritages, faire faire les réparations, soutenir les procès pour raison des biens de la succession, tant ceux commencés du vivant du défunt, que ceux qui pourroient naître.

On exige de lui de la bonne foi dans cette administration ;

mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il est capable, et qu'il a coutume d'apporter à ses propres affaires; c'est pourquoi il n'est tenu envers ses créanciers, que de la faute grossière dans cette administration *de lata culpa*. En cela l'héritier bénéficiaire est différent des administrateurs du bien d'autrui; ceux-ci sont tenus de la faute légère *de levi culpa*; la raison est, qu'ils ne doivent point s'ingérer à l'administration du bien d'autrui, s'ils ne sont capables du soin et de la diligence nécessaires pour le bien administrer; au lieu que l'héritier bénéficiaire est administrateur de son propre bien; c'est pourquoi on ne doit point exiger de lui d'autre diligence que celle dont il est capable.

§. V. De ce que doit observer l'héritier bénéficiaire, touchant la vente des effets de la succession.

Les art. 344 de Paris, et 342 d'Orléans, défendent à l'héritier bénéficiaire de vendre les meubles de la succession, sinon publiquement et à l'enchère, après dénonciation de la vente à l'issue de la messe paroissiale de la paroisse du défunt, et affiches mises tant à la porte de la paroisse qu'à celle de la maison du défunt.

Le défaut d'observation de ces solemnités ne fait pas déchoir l'héritier du bénéfice d'inventaire; mais il est seulement tenu, faute de les avoir observées, aux dommages et intérêts des créanciers, résultants de ce que les meubles auroient pu être vendus plus qu'ils n'ont été estimés; et ces dommages et intérêts doivent consister à faire payer à l'héritier la crue ou paris de la prisée, qui est le quart en sus.

Que si l'héritier n'a pas vendu les meubles, et qu'il soit en état de les représenter en nature, il n'est sujet à aucune peine, à moins qu'ils ne fussent détériorés et dépréciés; car, en ce cas, il seroit tenu de ce dont on estimeroit qu'ils sont détériorés et dépréciés.

A l'égard des immeubles, notre coutume ordonne qu'il ne pourra les vendre qu'avec les solemnités prescrites pour les décrets d'héritage.

L'héritier qui vend des héritages de la succession, sans observer ces formalités, court deux espèces de risques.

1° Il s'expose à en perdre le prix, au cas qu'il le paye à des créanciers postérieurs à d'autres en hypothèque; car,

dans le compte qu'il rendra, les créanciers antérieurs qu'il ne connoissoit pas lors du paiement qu'il a fait, seront en droit de refuser de lui allouer les sommes qu'il aura payées aux créanciers postérieurs, sauf à lui son recours contre ces créanciers postérieurs à qui il a payé, qui, par leur insolvabilité, peuvent être hors d'état de rapporter.

On pourroit même douter s'il auroit recours contre eux; car un créancier qui a reçu ce qui lui étoit dû d'une personne qui le lui a payé pour et au nom du débiteur, n'est point sujet à rendre; or, ce créancier postérieur a reçu ce qui lui étoit véritablement dû, de l'héritier pour et au nom de la succession bénéficiaire qui en étoit véritablement débiteur, d'où il paroît suivre qu'il n'est point sujet à rendre; cependant, comme l'héritier bénéficiaire n'est, vis-à-vis des créanciers de la succession, que comme une espèce de séquestre et d'administrateur, qui, en payant du prix de l'héritage de la succession qu'il a vendu, les créanciers de la succession, a intention de payer ceux qui ont droit de le toucher, on doit facilement présumer dans le paiement qu'il leur fait, la condition tacite qu'il leur fait ce paiement, s'ils sont les premiers créanciers, et à la charge par eux de rapporter, s'il en apparoit, par la suite, d'antérieurs. Comme il peut y avoir de la difficulté de savoir si cette condition doit être sous-entendue, l'héritier qui paie ne doit pas manquer de l'exprimer.

Le second risque que court l'héritier bénéficiaire qui vend les héritages de la succession sans décret, est qu'il s'expose à des recours en garantie de la part des acheteurs, qui peuvent être évincés sur les actions hypothécaires des créanciers de la succession.

Cela est à craindre, non-seulement de la part des créanciers antérieurs, mais même dans le cas auquel le prix auroit servi à payer les antérieurs; cela est à craindre de la part des postérieurs, qui, trouvant l'héritage être de plus grande valeur que le prix pour lequel il auroit été vendu, pourroient encore évincer les acquéreurs, en offrant de les rembourser du prix qui auroit servi à payer les créanciers antérieurs.

§. VI. Premier effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que l'héritier n'est pas tenu envers les créanciers sur ses propres biens, mais seulement à un compte de ce qu'il a reçu de ceux de la succession.

Quoique l'héritier bénéficiaire soit dans la vérité un vrai héritier et un vrai successeur du défunt, néanmoins l'effet du bénéfice d'inventaire est de le faire considérer, vis-à-vis des créanciers de la succession, plutôt comme un administrateur des biens de la succession, que comme le vrai héritier et le vrai propriétaire de ces biens.

C'est pourquoi, de même qu'un administrateur tel qu'un tuteur, un fabricien, lorsqu'il s'est obligé, ou a été condamné en ces qualités, ne peut être contraint, sur ses propres biens, au paiement de la somme à laquelle il est obligé ou condamné dans lesdites qualités, mais seulement sur les biens dont il a l'administration, et qu'à cet effet, il n'est tenu à autre chose qu'à rendre compte de ce qu'il a desdits biens entre les mains; de même l'héritier bénéficiaire ne peut être contraint de payer, sur ses propres biens, aux créanciers de la succession, les sommes auxquelles il se seroit obligé ou auroit été condamné envers eux en cette qualité.

Il n'est tenu qu'à leur donner un compte de ce qu'il a entre les mains, des biens de la succession. Si, par ce compte, il est reliquataire de quelque somme, il peut être, en ce cas, contraint sur ses biens, jusqu'à concurrence de cette somme; que, s'il n'est reliquataire d'aucune somme, les créanciers ne peuvent exercer aucune contrainte, aucune exécution sur ses biens, mais seulement saisir ceux de la succession qui sont en nature, tant les meubles que les immeubles.

Dans ce compte, l'héritier doit coucher en recette le prix des meubles, lorsqu'il les a vendus, les sommes qu'il a touchées ou dû toucher, tant des débiteurs que, des revenus des biens de la succession.

On lui alloue en dépense ce qu'il a payé pour les frais funéraires du défunt, pour les frais d'inventaire, pour les frais de scellé, s'il y en a eu un, et levée de scellé, pour les frais de vente.

On ne doit pas lui allouer les frais des lettres de bénéfice d'inventaire et de leur entérinement, car ces frais ne

regardent que lui, et sont faits pour son intérêt personnel, et non pas celui de la succession.

On doit lui allouer les frais qu'il a faits pour faire valoir les héritages de la succession, pour les réparations nécessaires; pour les frais de procès, quoiqu'il n'y ait pas réussi, à moins qu'il ne les eût intentés ou soutenus sans raison et témérement.

On doit lui allouer ce qu'il a payé pour le centième denier des biens de la succession, pour les profits de rachat et de relevoisons, suivant que nous l'avons établi en notre Traité des fiefs, où nous en avons agité la question.

Enfin, on lui alloue tout ce qu'il a payé à des créanciers de la succession, tels qu'ils soient, et même aux légataires.

Les créanciers auxquels l'héritier a rendu compte, ne peuvent contester à l'héritier les paiements qu'il a faits à des créanciers plus diligents, et même à des légataires, pourvu que ceux à qui il a payé fussent vraiment créanciers et légataires, et que, lorsque l'héritier les a payés, ceux auxquels il rend ce compte, n'eussent point encore fait de saisie-arrêt entre ses mains.

Ces créanciers qui ont tardé à faire leurs diligences, n'ont pas même de recours contre les créanciers plus diligents qui ont reçu ce qui leur étoit dû : ceux-ci doivent profiter de leur vigilance; n'ayant reçu que ce qui leur étoit dû, ils ne sont point sujets à rendre.

Il n'en est pas de même des légataires que l'héritier bénéficiaire a payés; s'il arrivoit, par la discussion de ce qui reste des biens de la succession, que quelques créanciers ne pussent être payés du total de leurs créances, la succession auroit, en ce cas, action contre les légataires, pour la répétition des sommes qui leur ont été payées; un testateur ne pouvant pas valablement léguer au delà des forces de sa succession : c'est pourquoi les créanciers, comme exerçant les actions de la succession, pourroient agir contre les légataires, en répétition des sommes; mais ils ne pourroient, comme nous l'avons ci-dessus observé, inquiéter l'héritier bénéficiaire qui a payé ces sommes de bonne foi.

Que si les créanciers auxquels l'héritier bénéficiaire rend compte, avoient fait des diligences, s'étoient, par exemple, opposés aux scellés, à la vente des meubles, ou avoient fait des saisies-arrêts, en ce cas ils ne seront point obligés d'al-

louer à l'héritier bénéficiaire ce qu'il auroit payé à d'autres créanciers, ou à des légataires, à leur préjudice.

C'est pourquoi, lorsqu'il y a plusieurs créanciers opposants ou arrestants, l'héritier bénéficiaire ne doit point payer, qu'ils n'aient fait régler entre eux qui recevroit.

On demande si l'enfant héritier bénéficiaire avec ses frères et sœurs, est obligé de compter aux créanciers, des sommes que son père lui a données entre vifs ? La raison de douter est, qu'un héritier, quoique bénéficiaire, est vraiment héritier, et, par conséquent sujet à la loi du rapport. La raison de décider, au contraire, qu'il n'est point sujet d'en compter aux créanciers, est qu'il est, à la vérité, sujet à la loi du rapport, mais envers ses cohéritiers seulement ; ce n'est qu'envers eux que les coutumes l'y obligent, pour maintenir l'égalité entre les enfants ; mais il n'y est point obligé envers les créanciers qui n'ont de droit que sur les biens de la succession dont les choses données entre vifs ne font point partie, puisque le donateur s'en est dessaisi de son vivant. On dira que, par le rapport, les choses données sont censées rentrer dans la succession : la réponse est, que si elles sont censées rentrer en la succession, ce ne peut être que par fiction, que dans la vérité elles n'en sont point, puisque le défunt avoit cessé d'en être propriétaire, que les fictions ne doivent profiter qu'à ceux pour qui elles ont été établies ; d'où il suit que le rapport n'étant établi qu'en faveur des enfants cohéritiers, et non en faveur des créanciers, les créanciers ne peuvent en profiter.

L'héritier bénéficiaire doit-il compter aux créanciers, de la portion qu'il a dans le rapport des choses données à son cohéritier, que son cohéritier doit lui faire ? On pourroit dire qu'il y a dans cette espèce une plus grande raison de douter, que cet héritier bénéficiaire, à qui son cohéritier a rapporté une somme qui lui a été donnée, n'a part en cette somme rapportée, qu'à cause de la succession, que parce qu'il est héritier. La raison de décider, au contraire, est que cette somme n'est point véritablement de la succession, puisque le défunt ne la lui a point laissée, ce qui suffit pour que les créanciers n'y puissent prétendre aucun droit, n'en ayant, au moyen du bénéfice d'inventaire, que sur les biens de la succession.

Il résulte de ces principes, que si deux enfants héritiers de leur père, le sont l'un et l'autre sous bénéfice d'inven-

taire, les créanciers de la succession n'ont rien à prétendre sur ce qui a été donné entre vifs par le défunt, soit à l'un, soit à l'autre.

Mais, si l'enfant donataire est héritier bénéficiaire, et l'autre enfant qui n'a rien reçu, est héritier pur et simple, et que ce dernier, qui est insolvable, ne veut point, en fraude de ses créanciers, user du droit qu'il a de se faire rapporter par son frère la somme que son frère a reçue, les créanciers de la succession qui, par l'acceptation pure et simple de cet enfant qui n'a rien reçu, sont devenus ses créanciers pour la moitié de leurs créances, aussi bien que les autres propres créanciers de cet enfant, pourront, comme exerçant les droits de leur débiteur, exiger de l'enfant donataire le rapport que leur débiteur auroit droit d'exiger; car c'est un droit qui lui est acquis qu'il ne peut remettre en fraude de ses créanciers.

Que s'ils ont reçu l'un et l'autre, il se fait une compensation jusqu'à due concurrence, et celui qui a reçu le plus ne doit le rapport que de l'excédant; par exemple, si le premier a reçu 30,000 liv., et le second 20,000 liv., le premier ne doit rapporter que 10,000 liv., dont il doit 5,000 liv.

§. VII. Du second effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste en ce que les droits et actions que l'héritier avoit contre le défunt, ne se confondent point.

Du principe que nous avons établi ci-dessus, que le bénéfice d'inventaire fait vis-à-vis des créanciers, une séparation, de la succession et de la personne de l'héritier qui l'a acceptée sous ce bénéfice, et qu'elle le fait considérer plutôt comme le séquestre et l'administrateur de cette succession, que comme le vrai héritier, il en résulte cette seconde conséquence, que l'héritier, en acceptant la succession sous bénéfice d'inventaire, ne confond point les droits et actions qu'il avoit de son chef contre le défunt, et qu'il continue d'avoir ses droits et actions contre la succession, de la même manière que l'administrateur des biens d'une église, d'un pupille ou autre personne, conserve les droits et actions qu'il a contre l'église, ou contre le pupille, dont il administre les biens.

C'est ce qui est expressément décidé en la loi *scimus*, qui a établi le bénéfice d'inventaire : *Si ipse aliquas contra defunctum habeat actiones, non hæc confundantur, sed similem cum aliis*

*creditoribus per omnia habeat fortunam.* Ce second effet du bénéfice d'inventaire n'est même qu'une suite et qu'une conséquence du premier ; si l'héritier bénéficiaire n'est pas tenu sur les propres biens, des dettes du défunt, ce qui est le premier effet du bénéfice d'inventaire, il s'ensuit nécessairement qu'il ne doit pas confondre ses créances contre le défunt ; car, si les dettes dont le défunt étoit tenu envers lui, s'éteignoient par son acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire, il s'ensuivroit que l'héritier acquitteroit les dettes du défunt sur son propre bien, puisqu'il les acquitteroit par la confusion de ses créances qui sont son propre bien.

Suivant ces principes, l'héritier bénéficiaire peut, sans renoncer et abandonner les biens de la succession bénéficiaire, être payé sur le prix des meubles et autres deniers de la succession, des créances qu'il a contre la succession, par contribution au sou la livre, avec les autres créanciers saisissants et opposants ; il peut de même venir en ordre de ses hypothèques sur le prix du décret d'un héritage de la succession bénéficiaire, et toucher le prix de sa collocation ; c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Maran et de Vauxjour, de 1618, rapporté par les commentateurs.

Par la même raison, on doit décider que, si le défunt avoit vendu un héritage appartenant à celui qui est devenu, depuis, son héritier bénéficiaire, cet héritier bénéficiaire pourra revendiquer son héritage, sans que le possesseur puisse exclure son action, en lui opposant qu'il a succédé à l'obligation de garantie dont étoit tenu le défunt qui a vendu l'héritage ; car il répliquera que n'étant héritier du vendeur, que sous bénéfice d'inventaire, il n'est point tenu, sur ses propres biens, de ses obligations, ni par conséquent de cette obligation de garantie ; qu'elle ne peut donc pas exclure l'action de revendication qu'il a de son chef, et qui a pour objet son propre bien : c'est pourquoi, en ce cas, le juge fera droit sur l'action de revendication qu'il intente de son chef, et le condamnera, comme héritier bénéficiaire du vendeur, aux dommages et intérêts du possesseur, résultants de l'éviction, desquels ce possesseur évincé se fera payer sur les biens de la succession bénéficiaire.

Par la même raison, l'héritier bénéficiaire, qui est en même temps créancier hypothécaire du défunt, pourra in-

tenter l'action d'interruption, et même l'action hypothécaire, contre les détenteurs qui ont acquis des héritages du défunt, postérieurement à ses hypothèques, sauf à ces détenteurs à obtenir contre lui, en sa qualité d'héritier bénéficiaire, une condamnation de dommages et intérêts qu'ils exerceront sur les biens de la succession bénéficiaire.

§. VIII. Du troisième effet du bénéfice d'inventaire, qui consiste à pouvoir renoncer aux biens de la succession.

Le troisième effet du bénéfice d'inventaire est, que l'héritier bénéficiaire peut, si bon lui semble, renoncer à la succession, en abandonnant les biens aux créanciers, et leur rendant compte de l'administration qu'il en a eue jusqu'à l'abandon qu'il en fait.

Cet effet est encore une suite du premier; car, n'étant tenu des dettes et charges de la succession, que sur les biens de cette succession, il s'ensuit qu'il doit lui être permis de se procurer une décharge entière, en les abandonnant.

L'héritier bénéficiaire qui fait cet abandon, doit rendre aux créanciers et légataires, un compte de sa gestion: voyez, sur ce qui en doit composer la recette et la mise, ce que nous en avons dit au §. 6.

L'héritier bénéficiaire étant censé s'être obligé à ce compte, du jour qu'il a accepté la succession bénéficiaire, c'est-à-dire, du jour qu'il a fait entériner ses lettres, c'est, en conséquence, du jour de cet entérinement, que les créanciers de la succession bénéficiaire ont hypothèque sur les biens de cet héritier, pour le compte des biens qu'il doit leur rendre.

Lorsque l'héritier bénéficiaire est mort avant que d'avoir fait cet abandon, les créanciers ont-ils cette hypothèque, même pour les dégradations et dissipations survenues depuis sa mort? Lebrun décide que oui: la raison est, que le droit qu'ont les créanciers de se faire rendre compte de toute la succession bénéficiaire, et, par conséquent, même des dissipations et dégradations survenues depuis la mort de l'héritier, procède de l'obligation que cet héritier bénéficiaire a contractée envers eux, dès l'instant qu'il s'est mis en possession des biens de la succession, de les leur conserver, ou de leur payer leurs dettes.

Lorsqu'il y a deux héritiers bénéficiaires qui ont partagé ensemble les biens de la succession, chacun n'est tenu de conserver que ce qui est échu à son lot, et non ce qui est échu au lot de l'autre; chacun étant censé n'avoir succédé qu'à son lot, chacun ne doit donc compter que de son lot.

La renonciation que fait l'héritier bénéficiaire est plutôt un abandon des biens qu'il fait aux créanciers, qu'une vraie renonciation qu'il fait de la succession; car l'acceptation qu'il a faite de la succession, quoique sous bénéfice d'inventaire, l'ayant rendu héritier, il ne peut plus se dépouiller de cette qualité, *qui semel hæres, semper hæres*; il est vrai qu'en abandonnant les biens, et d'ailleurs n'étant point tenu, en conséquence du bénéfice d'inventaire, des obligations du défunt, il ne conserve qu'un vain nom et un vain titre d'héritier, *nudum nomen et vanum titulum hæredis*; mais, néanmoins, on ne peut pas dire qu'il ne soit pas héritier.

De là naît la question de savoir, si l'enfant héritier bénéficiaire qui a renoncé, demeure sujet envers ses cohéritiers, au rapport de ce qui lui a été donné par le défunt? Je pense qu'on doit décider, contre l'avis de Lebrun, qu'il y demeure sujet: la raison est, que cette renonciation, comme nous venons de le dire, n'est qu'un abandon des biens de la succession, qui ne le dépouille pas de la qualité d'héritier dont il s'est revêtu par son acceptation, quoique faite sous bénéfice d'inventaire, et ne le décharge pas, par conséquent, de l'obligation du rapport attachée à cette qualité; les termes de la loi *scimus* qu'oppose Lebrun qui est d'un avis contraire au nôtre, *nihil ex substantiâ suâ penitus amittant*, n'ont rapport qu'aux créanciers de la succession à qui la loi ne permet pas de se venger sur les propres biens de l'héritier; cette loi n'a été faite que pour décharger l'héritier envers les créanciers et les légataires, elle doit donc se terminer là, et elle ne doit donc point s'étendre à décharger l'héritier, de l'obligation du rapport envers les cohéritiers, parce qu'elle n'a point été faite pour ce cas. Le bénéfice d'inventaire consiste à établir une séparation de la personne, de l'héritier et de la succession, et à ne charger des dettes de la succession, que la succession, et non la personne de l'héritier; mais l'obligation du rapport n'est pas une obligation de la succession,

mais une obligation propre de l'héritier, quoiqu'elle dépende de la condition de son acceptation de la succession; et par conséquent, l'héritier en peut être tenu sur ses propres biens, nonobstant l'abandon qu'il a fait de ceux de la succession. Ajoutez que ce rapport qui établit l'égalité entre les enfants, est extrêmement favorable dans le pays coutumier, plusieurs de nos coutumes l'ayant établie même dans le cas d'une véritable renonciation à la succession. Enfin, notre opinion se trouve autorisée par un arrêt de 1682, qui est au Journal du Palais.

Il n'en est pas de même de l'enfant qui se fait restituer contre l'acceptation de la succession. Voyez la différence au chapitre suivant.

§. IX. Contre quels créanciers le bénéfice d'inventaire a-t-il lieu ?

Le bénéfice d'inventaire a lieu contre quelque créancier que ce soit.

L'ordonnance de Roussillon, de l'an 1563, *article 16*, en a excepté le roi, en défendant que les héritiers des comptables pussent se servir de ce bénéfice, pour ce que le défunt devoit au roi; la raison en est que le roi n'est pas censé accorder contre lui-même le bénéfice de l'inventaire.

Les arrêts ont étendu le cas de cette ordonnance à celui des successions des commis des comptables.

On l'a aussi étendu par l'arrêt de Bastard, de 1618, à la succession d'un receveur des consignations. L'arrêt est rapporté par Brodeau : *L. H. n. 18*.

Les héritiers de ces personnes ne sont exclus du bénéfice d'inventaire, que pour ce que le défunt devoit pour raison de son emploi; ils peuvent le faire valoir contre les autres créanciers

#### ARTICLE III.

De la préférence que les coutumes donnent à l'acceptation pure et simple, sur l'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

§. I. Origine de cette préférence, et sur quoi elle est fondée.

C'est un droit anciennement établi dans le pays coutumier, que le parent quoiqu'en degré plus éloigné, qui offre accepter purement et simplement la succession d'un défunt,

est préféré au parent en degré plus proche que lui, qui l'a acceptée sous bénéfice d'inventaire.

C'est ce qui paroît par ce qu'en dit Masuer : *Si ille qui est proximior vult succedere per beneficium inventarii, alius existens in ulteriora gradu volens succedere simpliciter, præfertur favore defuncti, creditorum et legatariorum.*

Beaucoup de coutumes en parlent : celles de Paris et d'Orléans ont des dispositions pour le limiter, et le supposent par conséquent comme un droit anciennement établi.

C'est pourquoi il y a lieu de penser que cette préférence doit avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en sont pas expliquées.

A l'égard des provinces régies par le droit écrit, ce droit, qui est de pure institution françoise, n'y est pas en usage.

Il faut convenir que ce droit est fort bizarre, et qu'il paroît injuste qu'un parent soit privé d'une succession qui lui est déférée par la loi, par un parent plus éloigné, pour avoir usé d'un bénéfice qui lui étoit présenté par la loi même.

Masuer dont nous avons ci-dessus rapporté le texte, nous apprend les raisons sur lesquelles il est fondé, c'est, dit-il, *favore defuncti, creditorum et legatariorum.*

1° *Favore defuncti*, on a trouvé que l'acceptation pure et simple faisoit beaucoup plus d'honneur à la mémoire du défunt, qu'une acceptation faite sous bénéfice d'inventaire. Lorsque la succession du défunt n'est acceptée que sous ce bénéfice, comme c'est le propre caractère de ce bénéfice de faire considérer la succession séparément de la personne de l'héritier, de séparer les biens et les dettes de la succession, des biens et des dettes de l'héritier, les créanciers peuvent subhaster et décréter les biens de la succession comme biens du défunt, et comme pour les dettes du défunt, ce qui est flétrissant pour la mémoire du défunt. Cette flétrissure n'est pas à craindre lorsque la succession du défunt a été acceptée purement et simplement ; car, par cette acceptation pure et simple, les biens du défunt deviennent les biens de l'héritier ; c'est pourquoi, si les créanciers font saisir et vendre les biens, ce ne sont plus les biens du défunt, ce sont ceux de l'héritier qui sont saisis ; ce n'est plus pour les dettes du défunt, qui sont devenues celles de l'héritier, c'est pour les dettes de l'héritier qu'ils sont vendus. L'honneur du défunt, qui n'est plus en nom, est à couvert ; cette acceptation pure et simple est donc bien plus avantageuse à sa mémoire ; celui

qui accepte la succession de cette manière, est donc bien plus digne de la succession, que celui qui a recours au bénéfice d'inventaire : l'honneur qu'il fait à la mémoire du défunt, l'emporte sur la proximité du degré. C'est le vœu naturel de tous les honnêtes gens, que leurs dettes soient acquittées : on doit présumer que tel étoit le vœu du défunt ; et, par conséquent, s'il eût pu être interrogé, lequel il préféreroit pour héritier, ou de celui qui, par une acceptation pure et simple, assureroit l'acquiescement de ses dettes, ou de celui qui, par le bénéfice d'inventaire, les mettroit en risque de n'être pas acquittées, il n'est pas douteux qu'il eût préféré pour héritier celui qui accepteroit purement et simplement : la loi qui, en déférant les successions, ne fait que suppléer à la volonté des défunts, doit donc aussi le préférer.

2° *Favore creditorum*, des créanciers de bonne foi méritent qu'on leur subviene, et par conséquent qu'on préfère pour héritiers ceux qui, par une acceptation pure et simple, assurent le paiement de leurs créances.

3° *Favore legatariorum*, dit Masuer. Comment cela ? Car, quoique l'acceptation soit pure et simple, leurs legs ne seront pas acquittés, s'il ne se trouve pas suffisamment de quoi les acquitter dans les biens de la succession : en quoi les légataires sont différents des créanciers, cela est vrai ; mais, nonobstant cela, l'acceptation pure et simple de l'héritier, est plus avantageuse aux légataires, parce que, tant que l'héritier pur et simple ne justifie pas qu'il n'y a pas de quoi payer les legs dans les biens de la succession, qu'il ne les abandonne pas aux légataires, il peut être contraint au paiement, même sur ses propres biens ; au lieu qu'on ne peut se venger sur ceux de l'héritier bénéficiaire.

§. II. Quels héritiers bénéficiaires peuvent être exclus par les héritiers purs et simples.

Il n'y a que les héritiers de la ligne collatérale qui puissent être exclus de la succession, par un héritier simple.

Les coutumes de Paris, art. 342, et d'Orléans, art. 348, s'expliquent ainsi : *L'héritier en ligne directe, qui se porte héritier par bénéfice d'inventaire, n'est exclus par autre parent qui se porte héritier simple.*

La raison de différence entre les enfants et les collatéraux, est sensible ; nos biens ne sont pas dûs à nos collatéraux ; la succession d'un collatéral est une bonne fortune : la loi

peut donc dans cette succession, préférer celui qui fait le bien des créanciers de la succession, et qui fait le plus d'honneur à la mémoire du défunt; mais elle ne peut pas de même priver les enfants, d'une succession qui leur est due par la loi naturelle.

Quoique cette raison ne milite pas à l'égard des ascendants, néanmoins la succession de leurs enfants, qui leur est déferée *in solatium orbitalis*, est si favorable, qu'ils ne doivent pas en être exclus par un héritier pur et simple, lorsqu'ils l'ont acceptée sous bénéfice d'inventaire. On ne doit pas leur faire perdre le corps et les biens, comme on dit vulgairement, *afflictio non debet addi afflictio*.

Cette distinction entre la ligne directe et la collatérale, est fondée sur des raisons si naturelles et si favorables, qu'elle doit être suppléée dans les coutumes qui préfèrent indistinctement l'héritier simplé au bénéficiaire. C'est l'avis de Lebrun.

Dans les coutumes qui ne se sont point du tout expliquées sur cette exclusion, et où elle n'a lieu que comme étant le droit commun du pays coutumier, il n'est pas douteux qu'elle n'a pas lieu à l'égard des héritiers de la ligne directe: c'est ce qui a été jugé pour la coutume de Troyes, par arrêt rapporté par Dufresne, au Journal des Audiences, et pour la coutume de Poitou, par arrêt rapporté par Montholon.

L'héritier contractuel, quoique collatéral, ne doit pas être sujet à l'exclusion, car la succession lui étant due par la loi de son contrat de mariage, on ne doit pas l'en dépouiller. Il y a néanmoins quelques coutumes qui décident qu'il peut être exclus.

### §. III. Quelles personnes peuvent exclure l'héritier bénéficiaire, en se portant héritiers simples.

Il n'est pas nécessaire, pour pouvoir exclure l'héritier bénéficiaire, d'être parent en égal degré que lui, ni d'être appelé conjointement avec lui à la succession; un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, en offrant d'être héritier pur et simple, peut l'exclure.

C'est ce qui paroît par le texte de Masuer ci-dessus rapporté: *Alius existens in ulteriore gradu*.

Plusieurs coutumes s'en expliquent expressément, comme Melun, Péronne, Lille, Nivernois, etc. Nos coutumes de Paris et d'Orléans ne le disent pas expressément; mais elles

le supposent, en faisant une exception à la règle à l'égard du mineur, et décidant que le mineur ne peut exclure un héritier bénéficiaire plus proche en degré : cette exception suppose la règle, que, hors le cas de minorité, le parent plus éloigné peut exclure le plus proche.

Il n'est pas douteux qu'un étranger ne peut pas exclure l'héritier bénéficiaire.

Quoique le survivant des deux conjoints par mariage, ait droit de succéder au prédécédé, à défaut de parents, néanmoins ce conjoint n'a pas le droit d'exclure un parent héritier bénéficiaire du défunt, en offrant d'être héritier pur et simple.

Ce n'est que par un droit singulier, et pour exclure le fisc, qu'un survivant de deux conjoints qui ne sont point parents, est admis à succéder au prédécédé, à défaut de parents; quand il y en a, il est étranger à cette succession, et ne peut point avoir le droit d'exclure les parents.

Il ne suffit pas toujours d'être parent, pour avoir ce droit : lorsqu'il s'agit d'une succession de propres, il faut être parent de la famille à laquelle la succession de ces propres est affectée; et, quoiqu'un parent du défunt d'une autre famille ait droit de succéder à ces propres au défunt, au défaut des parents de la famille à laquelle ils sont affectés, néanmoins il n'a pas le droit d'exclure les parents de la famille qui se sont portés héritiers bénéficiaires; car, cette succession des propres étant affectée à la famille d'où ces propres procèdent, le parent du défunt d'une autre ligne est étranger à cette succession; il est si étranger, qu'on doutoit autrefois si, à défaut de parents de la famille, il pouvoit y succéder. Un parent, quoiqu'en degré plus éloigné, peut bien exclure un parent d'un degré plus proche; mais il faut qu'il soit parent d'un même ordre de parenté, et qu'il n'y ait de différence entre eux que dans le degré. La coutume de Nivernois s'en explique par ces termes, *qui s'entend quand il est lignager, autrement non.*

Par une semblable raison, il a été jugé que l'héritier testamentaire, dans les coutumes qui en admettent, qui se porte héritier sous bénéfice d'inventaire, ne peut être exclus par un parent qui se porteroit héritier pur et simple *ab intestat*, parce qu'il ne peut y avoir lieu à la succession *ab intestat*, tant qu'il y en a une testamentaire, et que ces héritiers sont entre eux d'un ordre différent. Néanmoins la

coutumé de Berri permet cette exclusion, elle doit être restreinte à son territoire.

Il y a plus de difficulté de savoir si un héritier testamentaire peut être exclu même par un héritier du même ordre, et testamentaire comme lui ? La raison de douter est que, venant à la succession *ex expresso judicio defuncti*, il semble ne devoir pas être sujet à une exclusion fondée sur de simples raisons de convenance, et sur une présomption de la volonté du défunt, qu'il auroit préféré celui qui acceptoit purement et simplement sa succession, à celui qui l'accepteroit sous bénéfice d'inventaire. Néanmoins Lebrun pense, qu'entre héritiers testamentaires, le pur et simple doit exclure le bénéficiaire.

On demande si la sœur, en offrant d'être héritière simple, peut exclure ses frères héritiers bénéficiaires, de la succession des fiefs. Dumoulin, en sa Note sur Paris, décide qu'elle ne le peut : *Non puto quod ipsa posset excludere eos ad eundo simpliciter, quinimmo sufficit quod ipsi veniant ad successionem ut ipsa sit exclusa*. Lebrun est d'avis contraire à Dumoulin, et je crois qu'il a raison : la raison qu'apporte Dumoulin prouveroit qu'un parent en degré plus éloigné ne pourroit pas exclure un plus proche, et cependant il n'est pas douteux qu'il le peut. Que si la proximité du degré n'empêche pas l'exclusion, à *fortiori*, l'avantage de la masculinité ne doit pas l'empêcher ; car cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré, puisqu'il lui cède, et qu'une fille parente en plus prochain degré, est préférée au mâle plus éloigné.

Lebrun ajoute que, non-seulement les frères peuvent être exclus par la sœur du défunt, mais qu'ils peuvent l'être par une tante et par une cousine ; ce qui me paroît vrai.

La question si le parent du double lien peut être exclu par un parent du simple lien, se décide par le même principe : cet avantage est moindre que celui de la proximité du degré ; par conséquent, puisque la proximité du degré n'empêche pas l'héritier bénéficiaire d'être exclu par le parent plus éloigné, à *fortiori*, l'avantage du double lien n'empêche pas d'être exclu par un parent du simple lien.

La règle que le parent plus éloigné qui se porte héritier simple, exclut le parent le plus proche héritier bénéficiaire, reçoit une exception à l'égard des mineurs ; les coutumes de Paris et d'Orléans disent que le mineur qui se porte héri-

tier simple, ne peut exclure l'héritier par bénéfice d'inventaire qui est en plus proche degré.

La raison pour laquelle on a donné, à cet égard, moins de droit au mineur qu'au majeur, est facile à apercevoir : c'est que le mineur ayant le bénéfice de la restitution contre l'acceptation qu'il feroit de la succession, son acceptation, quoique pure et simple, ne rendroit la condition des créanciers guère meilleure, et n'assureroit guère mieux l'acquittement des dettes, que l'acceptation bénéficiaire; on ne doit pas donc lui accorder si facilement la préférence sur l'acceptation bénéficiaire.

Que si le mineur offroit donner caution aux créanciers, qu'il ne reviendrait point par lettres de rescision, contre son acceptation pure et simple, il a été jugé qu'en ce cas, il devoit être reçu à exclure l'héritier bénéficiaire en degré plus proche; la raison est, que la caution réparant, en ce cas, ce défaut de sa minorité, son acceptation pure et simple assurant également, en ce cas, l'acquittement des dettes de la succession, comme l'assureroit l'acceptation faite par un majeur, il doit avoir le même droit que le majeur.

La coutume, en défendant au mineur d'exclure l'héritier bénéficiaire plus proche, permet tacitement qu'il puisse exclure celui qui est en pareil degré que lui; car, quoique son acceptation ne rende guère meilleure la condition des créanciers, on ne peut néanmoins disconvenir que cette acceptation fait autant d'honneur au défunt qu'une acceptation bénéficiaire, et par conséquent, *cæteris paribus*, elle doit prévaloir.

Suffiroit-il au mineur héritier simple, d'être en pareil degré par le secours de la représentation, pour exclure l'héritier bénéficiaire? Je pense que non: la coutume défend qu'il puisse exclure l'héritier bénéficiaire *qui est en plus proche degré*, il suffit que cet héritier bénéficiaire soit réellement au plus proche degré, pour ne pouvoir être exclus.

Il reste à observer sur cette matière, qu'il a été jugé par arrêt rapporté par Brodeau, *let. H. n. 1*, que les créanciers d'un parent qui avoit eu droit, en se portant héritier simple, d'exclure un héritier bénéficiaire plus proche, et qui ne veut pas user de ce droit, ne peuvent plus l'exercer pour lui; on a regardé ce droit de défendre l'honneur du défunt, comme personnel aux parents, et comme ne pouvant être exercé par d'autres; d'ailleurs, on ne peut pas dire que ce

soit en fraude de ses créanciers, que cet héritier refuse d'accepter la succession purement et simplement, puisqu'il s'en trouve d'autres qui jugent nécessaire la précaution du bénéfice d'inventaire.

§. IV. Quand et comment l'héritier simple exclut-il l'héritier bénéficiaire, et comment l'héritier bénéficiaire peut-il éviter l'exclusion?

Notre coutume, *art. 340*, prescrit le temps d'un an aux parents, pour se porter héritiers simples, à l'effet d'exclure l'héritier bénéficiaire; et elle fait courir ce temps, *du jour de l'apprehension sous bénéfice d'inventaire*, c'est-à-dire, comme d'autres coutumes s'expliquent, du jour que l'héritier bénéficiaire a présenté et fait entériner ses lettres.

La plupart des coutumes qui se sont expliquées sur ce temps, ont prescrit le même délai d'un an, sauf celle de Béarn, qui le limite à six mois; c'est pourquoi je pense que ce terme d'un an doit avoir lieu dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur le temps pendant lequel les parents seroient recevables à exclure, comme étant le droit le plus commun.

Ce droit d'exclure l'héritier bénéficiaire, étant une espèce de retraite de la succession que l'héritier simple exerce sur l'héritier bénéficiaire, la coutume a prescrit, pour l'exercer, le même délai d'un an qui a lieu pour les retraits.

Il ne suffit pas, pour exclure l'héritier bénéficiaire, que le parent qui le veut exclure, déclare, dans ledit terme d'un an, qu'il se porte héritier simple; il faut, outre cela, que dans ledit terme, il signifie cette déclaration à l'héritier bénéficiaire: c'est ce qui est prescrit par notre *article 340*.

L'héritier bénéficiaire à qui cette déclaration est signifiée, doit, s'il veut conserver la succession, renoncer au bénéfice d'inventaire, et se déclarer héritier simple.

La coutume d'Orléans, *art. 341*, lui donne le terme de quarante jours, pour renoncer à ce bénéfice, à compter du jour qu'un autre sera apparu héritier simple, c'est-à-dire, du jour qu'un autre lui aura signifié qu'il se portoit héritier simple.

Ce terme de quarante jours n'est pas fatal, pour que l'héritier bénéficiaire, qui, dans ce terme de quarante jours, n'a pas renoncé au bénéfice d'inventaire, soit exclus; il faut que celui qui veut l'exclure, l'assigne, après l'expiration des quarante jours, devant le juge du lieu où la succession est

ouverte, et obtienne une sentence qui le déclare déchu de la succession.

Jusqu'à cette sentence de déchéance, il est toujours permis à l'héritier bénéficiaire, quoique après les quarante jours expirés, de conserver la succession, en déclarant qu'il renonce au bénéfice d'inventaire, et qu'il se porte héritier simple.

M. Beauharnois pensoit que cet héritier, même après la sentence d'échéance, en interjetant appel de cette sentence, avoit la même faculté sur l'appel, en refundant les dépens; le contraire a néanmoins été jugé par sentence du 3 décembre 1667.

Dans les autres coutumes qui ne se sont point expliquées sur le délai qu'auroit l'héritier bénéficiaire, pour délibérer s'il conserveroit la succession, en renonçant à son bénéfice, ce délai doit être accordé à l'arbitrage du juge devant qui cet héritier bénéficiaire aura été assigné par celui qui le veut exclure.

§. V. De l'effet de l'exclusion de l'héritier bénéficiaire, par l'héritier simple.

Comme tout héritier, parmi nous, doit être censé avoir été saisi de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, suivant notre règle, *le mort saisit le vif*, il s'ensuit que l'héritier bénéficiaire qui est exclus, doit être censé n'avoir jamais été héritier, et avoir possédé sans droit de propriété les biens de la succession; et qu'au contraire l'héritier simple qui l'a exclus, doit être censé avoir été saisi des droits et biens de la succession, dès l'instant de la mort du défunt, sur le refus de l'héritier bénéficiaire de se porter héritier simple, auquel refus on donne un effet rétroactif au temps de l'ouverture de la succession.

L'héritier bénéficiaire qui a été exclus par l'héritier simple, est censé, à la vérité, n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la succession; mais on ne peut pas disconvenir qu'il en ait été au moins administrateur, et qu'il n'ait eu le pouvoir d'un administrateur, jusqu'à ce que l'héritier simple se soit présenté.

De là il suit que ce qu'il a fait par rapport aux biens de la succession, pendant ce temps, doit être entretenu et valable, lorsque ce qu'il a fait n'excède pas les bornes d'une administration; et qu'au contraire, tout ce qu'il a fait, et:

qui excède les bornes d'une administration, n'est pas valable; par exemple, les paiements qui ont été faits à l'héritier bénéficiaire, jusqu'au temps de son exclusion, sont valables; quand même cet héritier bénéficiaire seroit devenu insolvable; pareillement, les baux qu'il a faits des héritages de la succession, les marchés qu'il a faits pour les réparations qui étoient à faire, sont valables, pourvu que ces marchés et ces baux aient été faits sans fraude; car exiger ce qui est dû par les débiteurs, faire des baux, faire des marchés, sont toutes choses qui sont d'administration, et qui n'excèdent point le pouvoir d'un administrateur.

Il n'est pas douteux non plus que la vente des choses périssables et des fruits, faite par l'héritier bénéficiaire, est valable; car la vente de ces choses appartient encore à l'administration.

Il semble qu'il n'en est pas de même de la vente des autres meubles de la succession; cette vente semble passer les bornes d'une administration, suivant la loi 63, ff. de procurat. : *Procurator totorum honorum res domini neque mobiles, vel immobiles, sine speciali mandato alienare potest; nisi fructus, aut alias res quæ facile corrumpi possunt.* C'est pourquoi, s'il les a vendus de gré à gré, il y a lieu de soutenir que l'héritier simple qui l'a exclus, pourroit revendiquer ces choses sur les détenteurs entre les mains desquels il les trouveroit, ce qui peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Que si l'héritier bénéficiaire a fait vendre les meubles par vente publique, la foi publique de cette vente met les acheteurs et ceux qui leur auroient succédé, à couvert de toute action de la part de l'héritier pur et simple, qui n'a d'autre droit, en ce cas, que de se faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire.

Pareillement, les immeubles de la succession qui ont été vendus par décret, sur l'héritier bénéficiaire, ne peuvent être revendiqués par l'héritier pur et simple qui l'a exclus; le décret a purgé le droit de propriété de cet héritier pur et simple, qui n'a plus d'autre droit que celui de se faire rendre compte du prix par l'héritier bénéficiaire. On ne peut pas dire que le décret fait sur l'héritier bénéficiaire, ait été fait *super non domino*; car cet héritier bénéficiaire, s'il n'étoit pas vrai propriétaire, au moins il étoit propriétaire putatif et possesseur *anima do-*

*mini*, ce qui suffit pour que le décret fait sur lui soit valable.

Que si l'héritier bénéficiaire avoit vendu, sans décret, un immeuble de la succession, il n'est pas douteux que l'héritier pur et simple qui l'a exclus, pourroit le revendiquer. Lebrun pense néanmoins qu'il ne le pourroit pas, si ce n'est dans le cas où le prix auroit été dissipé par l'héritier bénéficiaire exclus, qui seroit devenu insolvable; que s'il est solvable, il pense que l'héritier simple ne doit avoir qu'une action contre lui pour se faire restituer le prix. Je ne vois pas sur quoi ce sentiment de Lebrun peut être fondé; je ne vois pas non plus que l'emploi du prix fait pour acquitter les dettes de la succession, doive exclure l'héritier simple de son action de revendication; cet emploi oblige seulement à tenir compte du prix qui a été ainsi employé.

À plus forte raison, l'héritier simple peut-il revendiquer ce qui a été donné par le bénéficiaire exclus, car rien ne passe plus les bornes de l'administration, que la donation.

C'est pourquoi je pense que l'héritier simple auroit la revendication, même des choses mobilières de la succession que l'héritier bénéficiaire auroit données, s'il les trouvoit entre les mains de quelqu'un.

Lebrun est néanmoins d'avis contraire, et pense qu'il n'a d'action que contre l'héritier bénéficiaire, pour s'en faire payer la valeur; mais je ne vois pas pourquoi la revendication lui seroit refusée.

De ce que l'héritier bénéficiaire qui est exclus, est censé n'avoir jamais été héritier ni propriétaire des biens de la succession, il suit encore que, s'il a désavoué le seigneur d'où relèvent des fiefs de la succession, ou, s'il l'a outragé, il n'a pu les commettre; car il n'y a que le vrai propriétaire du fief qui puisse le commettre; c'est pourquoi le seigneur ne pourra refuser d'investir l'héritier pur et simple, qui se présentera à la foi pour ses fiefs, et de lui donner mainlevée des saisies qu'il en aura faites.

L'héritier bénéficiaire étant exclus de la succession par l'héritier simple, doit lui rendre compte de tout ce qui lui en est parvenu.

Ce compte doit être composé en recette et en mise, comme celui qu'un héritier bénéficiaire rend aux créanciers, lorsqu'il juge à propos d'abandonner les biens de la succession.

Lebrun y trouve une différence; il pense que l'héritier bénéficiaire qui doit compter aux créanciers, des fruits et revenus des biens de la succession, lorsqu'il les leur abandonne, n'en doit point compter à l'héritier pur et simple par lequel il est exclus, parce que cet héritier bénéficiaire est, vis-à-vis de lui, un possesseur de bonne foi des biens de la succession, qui avoit titre pour en jouir, jusqu'à ce que cet héritier simple fût apparu, et qui, en cette qualité de possesseur de bonne foi, doit gagner les fruits: c'est aussi l'avis de Lemâitre. Ce sentiment me paroît contraire aux principes de droit; ce n'est que dans l'action de revendication des choses particulières, que le possesseur de bonne foi n'est pas tenu de la restitution des fruits; dans l'action de pétition d'hérédité, telle qu'est l'action qu'a l'héritier pur et simple contre l'héritier bénéficiaire qu'il a exclus, le possesseur, quoiqu'il ait été de bonne foi, est tenu de compter des fruits dont il a profité, suivant cette règle: *Post senatus consultum enim, omne lucrum offerendum esse tam bonæ fidei possessori, quam prædoni dicendum est: l. 28, ff. de petit. hæred.* Et suivant ce qui est dit ailleurs: *Fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam, sive post aditam hæreditatem accesserint: l. 20, §. 3, ff. D. Tit. adde; l. 56, ff. D. T. et passim.* Toute la différence qu'il y a entre le possesseur de bonne foi et l'autre possesseur, c'est que le possesseur de bonne foi n'est tenu de tout ce qui lui est parvenu de la succession, que jusqu'à concurrence de ce qu'il en est devenu plus riche, au lieu que l'autre possesseur en est tenu indistinctement.

Observez que l'héritier bénéficiaire qui est exclus par l'héritier simple, n'est pas dans le même cas du possesseur de bonne foi d'une hérédité dont parlent les lois; elles parlent d'un possesseur qui avoit juste sujet de croire que l'hérédité lui appartenoit, et qui n'avoit aucun sujet de soupçonner qu'il dût paroître un autre héritier à qui il devoit la rendre, comme seroit, par exemple, un héritier institué par un testament, qu'on croyoit le dernier testament du défunt, et qui s'est trouvé détruit par un postérieur qui a paru depuis, et dont on n'avoit point de connoissance; tel est un parent qui s'est cru le plus proche en degré de succéder, ignorant qu'il y en avoit un plus proche qui étoit absent, et qu'on avoit peut-être même cru mort; dans ces cas et autres semblables, on n'impute

point au possesseur de bonne foi d'une hérédité, d'avoir dissipé ce qui lui est parvenu d'une succession qu'il croyoit son bien, et dont il n'avoit pas sujet de croire être obligé jamais d'en rendre compte à personne; au lieu que l'héritier bénéficiaire savoit ou devoit savoir la loi qui permet aux autres parents de l'exclure, en se portant héritiers purs et simples dans l'année; il savoit donc que, pendant l'année, il n'avoit point un droit incommutable, et, par conséquent, il étoit obligé de conserver les biens de la succession à ceux qui pouvoient se porter héritiers simples.

Lebrun agite une question de savoir si un héritier bénéficiaire qui a retiré, par un retrait féodal, un fief mouvant d'une seigneurie de la succession, peut se dispenser de rendre ce fief à l'héritier pur et simple qui offre de lui rendre ce qu'il lui en a coûté pour le retrait: il décide contre l'héritier pur et simple, ce qui me paroît fort mal décidé; car il n'a pu exercer ce retrait féodal, qu'en qualité d'héritier bénéficiaire, et, par conséquent, au nom et pour le compte de la succession bénéficiaire; cet héritage retiré féodalement appartient donc à la succession, est une espèce de fruit et d'émolument de cette succession, qui, par conséquent, doit être restituée à l'héritier pur et simple.

L'héritier bénéficiaire, par l'exclusion que lui donne l'héritier simple, étant censé n'avoir jamais été vrai héritier, mais seulement un administrateur des biens de la succession, obligé à un compte, tant envers celui qui se porteroit héritier simple, qu'envers les créanciers, il s'ensuit que l'héritier simple doit avoir une hypothèque pour ce compte, semblable à celle des créanciers de la succession, dont la date doit être du jour qu'a commencé l'administration de cet héritier bénéficiaire, c'est-à-dire du jour qu'il s'est mis en possession de la succession.

#### SECTION IV.

##### De la répudiation des successions.

La faveur de nos contrats de mariage y a fait admettre des renonciations à des successions futures; ce n'est pas de celles-ci dont nous traiterons ici: nous en avons traité au chapitre 1<sup>er</sup>, sect. 2, art. 4.

La répudiation des successions dont il est ici question,

est un acte par lequel celui à qui une succession est déférée, déclare la volonté qu'il a de la répudier.

§. I. Par qui une succession peut-elle être demandée ?

Ceux à qui une succession est déférée, peuvent la répudier, pourvu qu'ils soient personnes capables d'aliéner; car, quoique la répudiation d'une succession ne soit pas une aliénation proprement dite, celui qui répudie une succession, omettant d'acquiescer plutôt qu'il n'aliène, *non alienat qui omittit hæreditatem*; néanmoins, comme celui qui répudie se préjudicie, et se prive de la faculté qu'il avoit de pouvoir accepter une succession avantageuse, cette répudiation de succession ressent l'aliénation, et ne doit être permise qu'aux personnes qui sont capables d'aliéner.

Suivant ces principes, un mineur ne peut valablement répudier une succession, sans l'autorité de son tuteur.

Un enfant et un insensé le peuvent encore moins; car cet acte renferme une volonté qui ne se trouve point dans ces personnes: une femme sous puissance de mari ne peut aussi, suivant notre principe, répudier les successions qui lui sont déférées, sans y être autorisée par son mari.

On peut répudier une succession par soi-même ou par un autre, comme par un procureur fondé d'un pouvoir spécial pour cela.

Un tuteur peut répudier une succession déférée à son mineur; un curateur peut répudier celles déférées à ceux qui sont sous sa curatelle.

Il est d'usage que les tuteurs et curateurs prennent la précaution de se faire autoriser, pour cela, par un avis de parents assemblés devant le juge.

Le mari étant le seigneur des droits mobiliers de sa femme, peut répudier une succession déférée à sa femme, qui ne consisteroit qu'en mobilier.

Que s'il y avoit des immeubles dans cette succession, il ne pourroit la répudier sans le consentement de sa femme.

Lorsqu'un héritier est mort, sans s'être expliqué sur l'acceptation ou répudiation de la succession qui lui étoit déférée, les héritiers de cet héritier peuvent ou l'accepter ou la répudier, comme il l'auroit pu. Voyez à la section précédente, art. 1<sup>er</sup>, §. 2.

## §. II. Quand peut-on répudier une succession ?

Hors le cas des contrats de mariage dans lesquels la jurisprudence a admis qu'on pût renoncer aux successions futures, on ne peut répudier une succession qu'après qu'elle est déferée. C'est ce qui résulte de cette règle de droit, prise de la nature : *Quod quis, si velit habere non potest, id repudiare non potest* : l. 174, §. 1, ff. de R. J.

Suivant ce même principe, de même que pour accepter une succession, il ne suffit pas qu'elle nous soit déferée, et qu'il faut de plus que nous ayons connoissance qu'elle nous est déferée, suivant que nous l'avons vu, sect. 3, art. 1, §. 3; de même il faut avoir connoissance qu'elle nous est déferée, pour pouvoir valablement la répudier : c'est ce qu'enseigne la loi 23, ff. de acq. hæred. in repudiandæ hereditate, vel legato, certus esse debet de suo jure, is qui repudiat; d'où Ulpien conclut, *si quis dubitet an vivat testator necne, repudiando nil agit*.

De là il suit que les parents d'un degré ultérieur ne peuvent valablement répudier une succession avant que ceux qui les précèdent dans l'ordre de succéder, l'aient eux-mêmes répudiée, parce que, jusqu'à ce temps, il est incertain si elle leur sera déferée.

On ne peut plus répudier une succession, après qu'on l'a acceptée; mais il est toujours temps de la répudier, quelque long temps qui se soit écoulé, tant que nous n'avons fait aucun acte d'héritier, ni pris la qualité d'héritier.

## §. III. Comment répudie-t-on une succession ?

Par le droit romain, suivant la loi 95, ff. acq. hæred., une succession pouvoit être répudiée, *quovis judicio voluntatis*. Ce principe n'est pas admis parmi nous : *Est majoris momenti*, dit d'Argentré, sur la coutume de Bretagne, *quàm ut actibus tacitis colligi renuntiatio possit*.

C'est pourquoi, suivant notre droit, les renonciations aux successions ne peuvent se faire que par un acte par-devant notaire, ou par un acte au greffe, ou par une déclaration faite en justice, dont le juge donne acte.

Celui qui répudie une succession, peut faire seul cet acte, sans être obligé d'y appeler, ni ses créanciers ou légataires, ni ses cohéritiers ou autres auxquels le droit qu'il répudie est dévolu par sa renonciation; il suffit que le notaire, ou

le greffier, ou le juge lui donne acte de la déclaration qu'il fait, qu'il répudie la succession.

§. IV. De l'effet de la répudiation d'une succession; et à qui le droit du renonçant accroît ou est dévolu.

Celui qui répudie une succession, perd absolument la faculté qu'il avoit de l'accepter, et il n'y peut plus dorénavant revenir que par la voie de la restitution en entier, dans le cas auquel elle peut être accordée.

Celui qui répudie une succession n'a jamais succédé au défunt; mais il demeure toujours vrai que la succession du défunt lui a été déferée, et la part qui lui étoit déferée et qu'il a répudiée, accroît à ses cohéritiers s'il en a, c'est-à-dire, à ceux qui étoient appelés conjointement avec lui à cette succession, lesquels, sur son refus, sont censés saisis immédiatement par le défunt, de la portion répudiée.

Cette part accroît *sans prérogative d'aînesse*, suivant les art. 310 de Paris, et 359 d'Orléans.

§. V. Comment cela s'entend-il?

Dans les successions collatérales, lorsqu'un héritier mâle répudie la succession, sa part dans ses biens féodaux accroît à ses cohéritiers mâles, s'il y en a, préférablement aux filles; car il n'y a qu'eux qui soient ses cohéritiers pour cette espèce de biens dont la succession n'est déferée aux filles qu'à leur défaut.

Dans les successions qui sont déferées par souches, lorsqu'un des héritiers d'une souche répudie la succession, sa part accroît à ceux de la même souche, préférablement à ceux des autres souches; car ce sont ceux qui sont de ma souche qui sont proprement mes cohéritiers. Les cohéritiers des autres souches sont les cohéritiers de ma personne, plutôt que de ma souche; et ils n'ont rien à prétendre dans ce qui est déferé à ma souche, tant qu'il reste quelqu'un de cette souche qui vient à la succession.

Lorsque le renonçant n'a point de cohéritiers, son droit en la succession est dévolu aux parents du degré suivant, lesquels, sur son refus, sont réputés en être saisis immédiatement par le défunt, du jour de l'ouverture de la succession.

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, l'héritier d'une espèce de biens, *putà*, des

propres paternels, n'est point cohéritier avec celui qui est appelé à la succession d'une autre espèce de biens, *puta*, des propres maternels; c'est pourquoi si l'un d'eux répudie la succession, *puta*, l'héritier des propres maternels, son droit n'accroitra point à l'héritier des propres paternels, qui n'est point son cohéritier pour cette succession, à laquelle il n'est point du tout appelé; mais il sera dévolu aux parents du degré suivant de la ligne du renonçant.

## SECTION V.

Du temps accordé à l'héritier, pour délibérer sur le parti de l'acceptation ou de la répudiation des successions.

Il est juste que l'héritier présomptif à qui une succession est déferée, ait un temps suffisant pour s'instruire des forces de la succession, et pour délibérer et se conseiller sur le parti qu'il doit prendre de l'acceptation ou de la répudiation.

D'un autre côté, il est juste que l'héritier présomptif, après qu'il aura eu un temps suffisant pour s'instruire et prendre son parti, puisse être obligé par les créanciers et légataires de la succession, à prendre qualité et à déclarer s'il accepte ou répudie la succession, afin que ses créanciers et légataires puissent être payés.

L'ordonnance de 1667 a fixé ce temps. Elle veut que, du jour que la mort du défunt est connue, les héritiers, c'est-à-dire, ceux qui sont appelés à la succession, aient le temps de trois mois pour faire l'inventaire des meubles, titres et enseignements de la succession, et quarante jours, depuis que cet inventaire est achevé, pour délibérer sur le parti qu'ils prendront.

Lorsque l'héritier a achevé l'inventaire avant les trois mois qui lui sont accordés, le délai de quarante jours commence à courir du jour que l'inventaire a été achevé, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration des trois mois.

Si, au contraire, l'inventaire n'étoit point achevé lors de l'expiration des trois mois, le délai des quarante jours pour délibérer ne laisseroit pas de courir du jour de l'expiration des trois mois; car il ne doit pas dépendre de l'héritier, en négligeant de travailler à l'inventaire, de se procurer, au préjudice des créanciers et légataires, des délais plus longs que ceux que la loi lui a voulu accorder.

Ces délais ne sont pas de jours utiles, tous les jours y sont compris, les fêtes et les dimanches comme les autres.

Ces délais sont accordés, tant en faveur de l'héritier qu'en faveur des créanciers et légataires, et, en conséquence, ils ont deux effets.

Le premier effet, qui est en faveur de l'héritier, est que, tant que ces délais durent, les créanciers et légataires ne peuvent obtenir contre lui aucune condamnation.

Ils peuvent bien donner des demandes contre lui; ces demandes procèdent, et ne sont pas nulles pour être données avant l'expiration des délais; mais l'héritier a une exception dilatoire qu'il peut opposer contre ces demandes, qui en arrête l'effet; savoir, qu'il est dans ses délais pour délibérer.

En conséquence de cette exception, le demandeur ne pourra plus poursuivre l'audience, ni obtenir de condamnation jusqu'à ce que les délais soient expirés.

Les demandes données par les créanciers et légataires, avant l'expiration des délais, procèdent à la vérité, et ils ne sont point obligés d'en donner d'autres après l'expiration des délais; mais ces demandes ne peuvent faire courir aucuns intérêts des sommes demandées, tant que les délais ne seront pas expirés; car les intérêts sont la peine de la demeure injuste en laquelle est le débiteur de payer: *Usuræ debentur ex morâ*; mais on ne peut pas dire que l'héritier soit en demeure, tant qu'il jouit des délais que la loi lui accorde.

Par la même raison, si l'héritier assigné paye dans les délais, ou rapporte dans les délais sa renonciation à la succession, il ne devra point les dépens de la demande.

Si les créanciers ne peuvent pas obtenir de condamnation pendant les délais de l'héritier, ils peuvent au moins saisir et arrêter les effets de la succession, pour leur sûreté.

Le second effet de ces délais, qui est en faveur des créanciers et légataires; est qu'aussitôt que les délais sont expirés, l'héritier présomptif est obligé, sur les demandes des créanciers et légataires, de se déterminer précisément sur le parti qu'il entend prendre, ou de défendre à la demande en qualité d'héritier, ou de rapporter une renonciation, sans que le juge doive lui accorder d'autre délai que celui que la loi lui a accordé.

Néanmoins, si les affaires d'une succession étoient d'une

si grande discussion et étendue, que le juge trouvât que le délai accordé par la loi n'auroit pas été suffisant à l'héritier, pour s'instruire des forces de la succession, le juge pourroit, selon sa prudence, accorder à l'héritier un nouveau délai.

Même, sans cela, les choses ne se traitent pas tellement à la rigueur, que le juge ne puisse encore accorder à l'héritier quelque court délai, en continuant la cause à huitaine ou à un autre temps, pendant lequel l'héritier sera tenu de prendre qualité précise, sinon sera fait droit sur la demande donnée contre lui. Mais les frais de ces continuations doivent être portés par l'héritier qui est en retard et en faute de n'avoir pas pris qualité dans le temps qui lui est prescrit par la loi.

Enfin, lorsque l'héritier persévère à ne point prendre de qualité, le juge, s'il trouve la demande du créancier ou légataire bien fondée, condamne cet héritier à payer ce qui lui est demandé, comme s'il avoit effectivement accepté la succession.

Cette condamnation n'est pas irréparable, lorsqu'elle n'est pas prononcée par des juges souverains, ou en dernier ressort; car l'héritier présumptif ainsi condamné, peut appeler de la sentence, et, en rapportant, sur l'appel, sa renonciation à la succession, il fera infirmer la sentence, et prononcer l'absolution de la demande donnée contre lui; mais il doit être, en ce cas, condamné en tous les dépens faits jusqu'au jour du rapport de sa renonciation, parce qu'il y a donné lieu par son retard à satisfaire à l'obligation où il étoit de prendre qualité dans le délai que la loi lui a prescrit pour cela.

L'héritier est ainsi toujours à temps de rapporter sa renonciation à la succession, et de se faire en conséquence absoudre des demandes données contre lui, en qualité d'héritier, jusqu'à ce qu'il ait été condamné par un arrêt ou jugement en dernier ressort, contre lequel il n'y ait plus de voie d'appel ni d'opposition.

L'héritier ainsi condamné, en qualité d'héritier, envers un créancier et légataire, par un jugement souverain ou en dernier ressort, est bien obligé, à cause de l'autorité de la chose jugée, à payer les sommes auxquelles il est condamné; mais il ne devient pas héritier pour cela, car il ne peut pas être héritier sans avoir voulu l'être, selon notre règle de droit coutumier, *il n'est héritier qui ne veut.*

C'est pourquoi cette condamnation n'empêchera pas cet héritier de renoncer valablement à la succession par la suite, vis-à-vis des autres créanciers et légataires qui ne pourront pas lui opposer l'arrêt de condamnation qui a été rendu contre lui en qualité d'héritier, parce qu'ils n'étoient point parties en cet arrêt, et que c'est un principe de droit, qu'un jugement ne fait loi qu'entre les parties entre lesquelles il a été rendu : *Res inter alios judicata aliis nec prodest nec nocet. Passim, Tit. de re judic., et Tit. de exceptione rei judic.*

---

## CHAPITRE IV.

Du partage des successions, et des rapports qui s'y font.

### ARTICLE PREMIER.

De l'action de partage.

Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers des mêmes biens, ces héritiers en sont saisis chacun pour leur portion indivise; ils en deviennent propriétaires et possesseurs chacun pour leur portion indivise, ce qui forme entre eux une communauté de biens.

Cette communauté de biens qui auroit convenu aux hommes dans l'état d'innocence, ne convient pas, au moins pour toujours, aux hommes tels qu'ils sont aujourd'hui; il faut, pour entretenir la paix entre les hommes tels qu'ils sont, que chacun ait le sien séparément; c'est ce qui est établi par l'expérience et l'exemple de tous les siècles. Dès le commencement du monde, les enfants de nos premiers pères ne sont point demeurés en communauté de biens, et ont partagé la terre entre eux, et successivement, d'âge en âge, leurs enfants ont fait la même chose; c'est pourquoi la communauté de biens est un état qui, par sa nature, n'est pas durable; elle exige un partage par lequel les parties entre lesquelles elle est, en puissent sortir.

De ces principes naît l'action de partage, qui est l'action que chacun des cohéritiers a contre ses cohéritiers, pour les obliger à partager les biens qui sont communs entre eux.

## §. I. En quel cas a lieu le partage?

Il y a lieu à l'action de partage entre les cohéritiers et leurs successeurs, tant que les biens de la succession, ou partie d'iceux, se trouvent être par eux possédés en commun.

Il y a lieu à cette action, quelque temps qu'il y ait qu'ils possèdent et jouissent en commun; car, tant qu'ils jouissent et possèdent en commun, l'action de partage ne se peut prescrire, parce qu'il est de la nature même de cette communauté d'exiger le partage, comme nous l'avons vu ci-dessus, et que, par la nature même de l'indivis, ils ne jouissent et possèdent en commun, par indivis, qu'à la charge du partage, et en attendant le partage, ne pouvant pas y avoir de communauté à toujours.

Il y a lieu à l'action de partage, quand même les cohéritiers seroient convenus entre eux qu'ils ne pourroient jamais se provoquer à partage; car cette convention étant contraire à la nature de la communauté de biens, ne peut être valable: *Si conveniat ne omnino divisio fiat; hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est*: l. 14, §. 2, ff. comm. divid. De là cette règle de droit: *Nulla societatis in ceternum coitio est*: l. 70, ff. pro socio.

Par la même raison, quand même le défunt auroit défendu, par son testament, à ses héritiers, de partager ses biens; quand même ils les auroit institués ses héritiers, à la charge de ne les point partager, cette volonté du testateur, comme contraire à la nature de la communauté de biens, qui ne peut être à toujours, ne devoit pas être suivie, et il ne laisseroit pas d'y avoir lieu à l'action de partage.

On peut cependant valablement convenir de différer le partage jusqu'à un certain temps, pourvu qu'une raison d'utilité exige ce retard. Ainsi, d. l. 14, §. 2, ff. comm. divid., si le testateur n'a pas défendu absolument le partage de ses biens, mais s'est contenté d'ordonner qu'il fût différé jusqu'à un certain temps, *puta*, jusqu'à la majorité de l'un de ses enfants, cette disposition de sa volonté doit être suivie: la raison est; que cette convention des parties, cette volonté du défunt, qui ne tend point à rendre perpétuelle la communauté des biens qui est entre les cohéritiers, mais seulement à en remettre le partage à un temps favorable,

n'a rien de contraire à la nature de la communauté de biens, et qu'il est même souvent de l'intérêt commun que le partage se fasse dans un temps, plutôt que dans un autre.

Dans le cas d'une pareille convention entre les cohéritiers, ou d'une pareille ordonnance de dernière volonté de la part du défunt, il n'y aura donc pas lieu à l'action de partage jusqu'au temps auquel il a plu de le différer; et, si l'un des héritiers donne la demande à fin de partage, les autres pourront, par une exception dilatoire résultante de la convention des parties ou de la disposition du testateur, arrêter l'effet de cette action, jusqu'au temps prescrit.

Cette convention, cette ordonnance de dernière volonté, diffèrent bien l'action pour un partage définitif, jusqu'au temps auquel il a plu le différer; mais je ne penserois pas qu'elles pussent empêcher l'un des cohéritiers qui se laisseroit de jouir en commun, de demander qu'il fût fait, jusqu'à ce temps, un partage provisionnel des biens de la succession, à l'effet que chacun pût jouir séparément, jusqu'à ce temps, de la part qui lui échoit.

Il ne doit néanmoins y avoir lieu, à cette demande, qu'au cas où il y auroit un temps un peu considérable à attendre, jusqu'à celui auquel pourra se faire le partage définitif; car, s'il y avoit peu de temps à attendre, on ne devroit pas engager les parties dans les frais d'un partage provisionnel.

Il y a lieu à l'action de partage, non-seulement lorsque les cohéritiers se trouvent posséder et jouir en commun des biens de la succession, mais même lorsque chacun d'eux se trouve jouir séparément de différents héritages de la succession, ou lorsque l'un d'eux se trouve seul posséder le total, tant qu'on ne rapporte pas aucun acte prescrit par lequel ils aient partagé; car ils sont censés posséder ainsi les uns pour les autres, et à la charge de s'en rendre compte respectivement.

Si néanmoins cette jouissance et possession séparée duroit depuis trente ans ou plus, et que cela se pût prouver, soit par témoins, soit par écrit, comme par des baux qu'ils auroient faits chacun séparément, des héritages qu'ils possèdent séparément; en ce cas, ces cohéritiers pourroient se maintenir dans cette possession séparée, contre l'action de partage qui seroit intentée contre eux, par la prescription de trente ans.

En ce cas, l'action de partage est sujette à la prescription de 30 ans, comme toutes les autres actions. Le laps de temps fait présumer qu'il y a eu un partage, et que l'acte a pu s'égarer.

Au surplus, cette prescription de 30 ans, en ce cas comme dans tous les autres, ne court point contre les mineurs, pendant leur minorité.

§. II. Quelles personnes peuvent provoquer à partage, et y être provoquées.

Il n'y a que les héritiers majeurs qui puissent provoquer leurs cohéritiers à un partage définitif d'une succession dans laquelle il y a des immeubles; les mineurs, ni leurs tuteurs pour eux, ne le peuvent.

*Voy. la loi 7, ff. de reb. eorum qui sub tut. vel curâ... la coutume de Bourges, Tit. des partages.* La raison est, que le partage restreignant aux seuls effets qui étoient au lot du cohéritier, le droit qu'il avoit auparavant sur tous les effets de la succession, est une espèce d'aliénation du droit qu'il avoit sur les autres effets: or, tous actes qui contiennent une aliénation des immeubles des mineurs, ou qui y ressemblent, leur sont interdits, et à leurs tuteurs; d'où il suit que la demande en partage définitif qui tend à une espèce d'aliénation des immeubles du mineur, ou, du moins, à quelque chose qui lui ressemble, ne peut lui être permise, ni à son tuteur.

Quoique le mineur soit émancipé, il n'a pas le droit de donner une demande à fin de partage définitif d'une succession dans laquelle il y a des immeubles, car l'émancipation ne lui donne que le droit d'administrer ses biens, et ne le rend pas habile aux actes qui tendent à l'aliénation de ses immeubles ou à quelque chose qui y ressemble, telle qu'est la demande à fin de partage définitif, suivant que nous l'avons vu.

Mais rien n'empêche qu'un mineur, avec l'autorité de son tuteur ou curateur, ou son tuteur pour lui, puisse demander le partage définitif des effets mobiliers d'une succession, et un partage provisionnel des immeubles.

Le pouvoir des curateurs des insensés et prodigues, ne s'étendant pas non plus à tout ce qui tend et ressemble à une aliénation des immeubles de ceux qui sont sous leur curatelle, il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas plus que les tuteurs,

donner l'action pour un partage définitif des immeubles d'une succession échue à ceux qui sont sous leur curatelle; mais ils peuvent la donner pour le partage des meubles, et pour un partage provisionnel des immeubles.

Quoique ces personnes ne puissent pas provoquer leurs cohéritiers, à un partage définitif des immeubles d'une succession, elles peuvent néanmoins y être provoquées par leurs cohéritiers majeurs; un cohéritier majeur et usant de ses droits, peut valablement provoquer au partage définitif des immeubles, ses cohéritiers mineurs ou interdits, en la personne de leurs tuteurs et curateurs, et y procéder valablement avec eux. La raison de différence est, que le partage de la part de celui qui le demande, tient de l'aliénation volontaire, puisqu'il ne tenoit qu'à lui de ne le pas demander; mais, de la part du cohéritier qui est provoqué à partage, le partage ne peut être considéré que comme une aliénation nécessaire, puisqu'il ne dépend pas de lui d'y être ou de n'y pas être provoqué; or, il n'y a que les aliénations volontaires qui soient interdites aux mineurs et aux interdits, la loi n'empêche point celles qui sont nécessaires: d'où il suit qu'ils peuvent être provoqués à partage, quoiqu'ils n'y puissent pas provoquer, d'autant plus que le cohéritier ne doit pas souffrir de la condition de son cohéritier mineur, et être privé du droit qu'il a de demander le partage: *l. 17, cod. de prædiis et aliis reb. min.*

Un mari peut, sans sa femme, provoquer les cohéritiers de sa femme, au partage des meubles de la succession échue à sa femme, et y être provoqué; car il est le seigneur des actions mobilières de sa femme.

Il peut aussi, sans elle, partager provisionnellement les immeubles desdites successions, car la jouissance des propres de sa femme lui appartient.

Mais il ne peut, sans sa femme, provoquer à un partage définitif des immeubles des successions échues à sa femme; et les cohéritiers de sa femme ne peuvent pareillement donner la demande pour le partage définitif contre lui seul, ils doivent assigner la femme avec lui; car il n'est pas seigneur des actions immobilières de sa femme, c'est pourquoi il ne peut pas les intenter ni y défendre sans sa femme.

Que si, par une clause de son contrat de mariage, les successions qui écheroient à sa femme devoient tomber en

sa communauté, le mari étant seul seigneur, pendant le mariage, de tous les droits de la communauté, il pourroit sans sa femme, partager ses successions, intenter l'action de partage, et y défendre sans elle.

Cela a lieu, quand même il y auroit clause par le contrat de mariage, que la femme pourroit, en cas de renonciation, reprendre tout ce qui seroit entré en communauté à cause d'elle; car, comme nous l'avons vu au Traité de la communauté, cette clause ne prive point le mari de disposer librement, seul et à son gré, de tout ce que sa femme a fait entrer en sa communauté; et la femme, en cas de renonciation, ne peut révoquer les dispositions que son mari en a faites, mais peut seulement demander à la succession de son mari, l'estimation des choses qui sont entrées à cause d'elle en communauté, et ne se trouvent plus en nature dans la succession du mari.

Il n'est pas douteux que, non-seulement, le cohéritier lui-même, mais aussi les héritiers de ce cohéritier et les autres successeurs, peuvent provoquer au partage de la succession, et y être provoqués.

### §. III. Quels sont les objets de l'action de partage?

Le principal objet de l'action de partage, est le partage et division des biens de la succession. Nous verrons, dans un article particulier, comment on procède à ce partage, et quelles sont les choses qui tombent en partage ou non.

Les rapports que les héritiers doivent faire au partage, font aussi un des objets de l'action de partage. Nous en traiterons aussi dans des articles particuliers.

Enfin, les prestations personnelles auxquelles les cohéritiers sont obligés respectivement les uns envers les autres, font le troisième objet de l'action de partage.

La première espèce de ces prestations personnelles, est pour raison de ce que l'un des cohéritiers a reçu à l'occasion de la succession, soit des débiteurs de la succession, des fermiers et locataires des biens de la succession, de la vente des effets de la succession, soit pour quelque autre cause que ce soit; en ce cas, chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part dont il est héritier, de lui demander sa part dans ce qu'il a reçu.

Que si cet héritier qui a reçu quelques sommes de quelques débiteurs ou fermiers de la succession, avoit déclaré

qu'il n'entendoit recevoir que la part qui lui appartenoit dans cette dette active ou dans cette ferme, et que la somme par lui reçue ne montât effectivement qu'à la part qu'il y avoit, ses cohéritiers, en ce cas, n'auroient pas droit de lui demander qu'il leur fît part de ce qu'il a reçu, sauf à eux de se faire pareillement payer comme ils pourront, par ce débiteur ou fermier de la succession, pour les parts qui leur appartiennent; et, si ce débiteur ou fermier devient insolvable, ils s'imputeront de n'avoir pas été aussi vigilants que leur cohéritier : c'est ce qui résulte de *la loi 38, ff. fam. ercisc.*

La seconde espèce de prestation personnelle, est pour raison de ce que l'un des héritiers devoit au défunt, ou doit à sa succession; il en confond sur lui une part pour la part dont il est héritier, et il est tenu de payer le surplus à ses cohéritiers, qui ont chacun, pour la part dont il est héritier, droit de le demander par cette action de partage.

La troisième espèce de prestation personnelle, est pour raison des dommages et dégradations que l'un des cohéritiers a causés par sa faute, dans les biens de la succession; chacun de ses cohéritiers a droit, pour la part qu'il a en la succession, de demander qu'il l'en indemnise.

L'héritier est tenu à cet égard *de culpâ levi*, et non *de levisimâ* : l. 25, §. 16, ff. fam. ercisc.

La quatrième espèce de prestation personnelle, est pour raison de ce qu'il en a coûté à l'un des héritiers, pour les affaires de la succession; il a droit de demander à ses cohéritiers, qu'ils le remboursent chacun pour la part qu'ils ont en la succession. Il faut, pour cela, que la dépense qu'il a faite fût utile à la succession; car, s'il a fait une folle dépense, il ne doit point en avoir de répétition.

Au reste, il suffit que la dépense fût une dépense qui dût se faire lorsqu'il l'a faite, quoique par la suite, par quelque cas imprévu, la succession n'en ait pas profité, pour qu'il doive en être indemnisé par ses cohéritiers, chacun pour leur part. Par exemple, s'il a fait des réparations nécessaires à des bâtimens de la succession, quoique, par la suite et peu après, ces bâtimens aient été incendiés par le feu du ciel, ce qui a empêché la succession de profiter des réparations qui y avoient été faites, l'héritier qui les a faites ne devra pas moins en être indemnisé par ses cohéritiers.

Il ne doit non plus être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il a dû compter; et si, par sa faute, ou par

son peu de savoir, et faute de se consulter, il lui en a coûté davantage qu'il n'en auroit coûté à un prudent père de famille, il n'a point de répétition de ce surplus.

On doit compter, parmi ce qu'il en a coûté à un héritier pour la succession, et dont ses cohéritiers lui doivent faire raison, les droits et actions qui lui appartenoient de son chef, et qu'il a perdus à cause de la succession. Par exemple, si le défunt avoit vendu comme chose à lui appartenante, un héritage appartenant à Pierre, qui depuis est devenu l'un de ses héritiers, Pierre, en acceptant la succession du vendeur de son héritage, par le droit qu'il avoit de le revendiquer contre l'acheteur, envers qui, comme héritier du vendeur, il devient obligé à la garantie, ses cohéritiers doivent le rembourser, chacun pour leur part, de ce que vaut ce droit de revendication qu'il perd; car la succession en profite, se trouvant par-là libérée de l'action en garantie que l'acheteur auroit exercée contre la succession, si Pierre eût pu exercer contre cet acheteur son action de revendication.

*Voyez, sur ces prestations, toute la seconde section de la troisième partie des Titres fam. ercisc. et com. divid. de mes Pandectes; il y a dans ces Titres plusieurs choses qui, n'étant fondées que sur la subtile distinction des différentes espèces d'actions qui avoient lieu chez les Romains, ne sont point de nos usages, et que j'ai omises pour cette raison.*

## ARTICLE II.

Des rapports auxquels sont obligés les enfants qui viennent à la succession de leurs ascendants.

Les rapports sont un des objets des partages; car, auparavant que de partager les biens d'une succession, les copartageants qui sont obligés à quelques rapports, doivent le faire, en faisant ajouter réellement ou par fiction, les choses qu'ils sont tenus de rapporter à la masse des biens de la succession qui doivent être partagés.

§. I. Des différentes classes des coutumes touchant le rapport auquel sont obligés les enfants, des avantages qui leur ont été faits, et quel est le droit général sur cette matière.

Nous n'entrerons point dans le détail de toutes les différences qui se trouvent, sur cette matière, entre les différentes coutumes.

Nous nous contenterons de remarquer trois principales classes de coutumes.

Celles de la première classe, qui sont en petit nombre, telles que Berri, Bourbonnois, Nivernois, permettent aux père et mère de donner entre vifs à leurs enfants, sans charge de rapport de ce qu'ils leur ont donné, lorsqu'ils viendront à leur succession.

Celles de la seconde classe, qu'on appelle coutumes d'égalité, obligent les enfants de rapporter à la succession de leurs père et mère tout ce qui leur a été donné, quand même ils renonceroient à leur succession. Telle est la coutume de Dunois entre toutes personnes, celles de Touraine, Anjou, le Maine, à l'égard des non nobles.

Celles de la troisième classe, qui font la plus grande partie des coutumes, et du nombre desquelles sont celles de Paris et d'Orléans, obligent les enfants au rapport de tout ce qui leur a été donné par leur père ou mère, lorsqu'ils viennent à leur succession; mais elles leur permettent de les garder, en renonçant à la succession.

Dans cette variété de coutumes, il faut suivre celle du lieu où les héritages donnés sont situés : par exemple, si un Orléanois a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans le Dunois, l'enfant donataire ne pourra pas le garder en renonçant à la succession, parce que la coutume de Dunois, dans laquelle l'héritage est situé, oblige l'enfant au rapport, même en cas de renonciation; et la coutume d'Orléans, dans laquelle la succession est ouverte, ne sera pas à cet égard suivie : *vice versâ*, si un Dunois a donné à l'un de ses enfants un héritage situé dans la coutume d'Orléans, cet enfant pourra, nonobstant la coutume de Dunois, garder cet héritage, en renonçant à la succession, parce que la coutume d'Orléans où l'héritage est situé, le permet.

Nous nous attacherons principalement à expliquer la matière du rapport, conformément aux principes de la coutume de Paris, qui sont le droit le plus général du pays coutumier, et que notre coutume a adopté.

Le principe, sur cette matière, se trouve dans l'art. 303 de cette coutume.

*Père et mère ne peuvent, par donation faite entre vifs, par testament, et ordonnance de dernière volonté, ou autrement, en manière quelconque, avantager leurs enfants venant à leur succession, l'un plus que l'autre.*

La conséquence de ce principe est l'article suivant :  
*Les enfants venant à la succession de père ou mère, doivent rapporter ce qui leur a été donné, pour, avec les autres biens de ladite succession, être mis en partage entre eux, ou moins prendre.*

Nous allons expliquer ceci dans les paragraphes suivants.

§. II. Quels avantages sont sujets à rapport ?

La coutume par ces termes, *en manière quelconque*, assujettit au rapport tous les avantages tant directs qu'indirects, faits par les père, mère, ou autres ascendants, à leurs enfants.

C'est un avantage indirect qu'un père fait à l'un de ses enfants, lorsqu'il donne quelque chose à une tierce personne interposée, pour la rendre à cet enfant.

L'enfant est tenu au rapport de la chose que lui a rendu la tierce personne, à qui elle avoit été donnée, non-seulement lorsque la charge de la lui rendre se trouve exprimée ou dans la donation même faite à cette tierce personne, ou dans quelque contre-lettre, par laquelle cette tierce personne se seroit obligée de rendre la chose à l'enfant; auxquels cas, il est sans difficulté que la donation faite à la tierce personne, est indirectement faite à l'enfant; mais même, dans le cas auquel il n'y auroit aucun acte par écrit, qui assureroit que la donation faite à la tierce personne lui a été faite à la charge de rendre à l'enfant, si les circonstances le persuadent, il faudra pareillement décider que l'enfant sera sujet au rapport de cette chose. Ces circonstances peuvent se tirer ou de la proximité du temps de la donation faite à la tierce personne, et de celle que la tierce personne a faite au fils du donateur, ou de la qualité des personnes; si cette donation a été faite à un praticien qui n'auroit point mérité, par aucuns services cette donation qui lui en a été faite, on en conclura que c'est une invention de ce praticien pour couvrir, par l'interposition de sa personne, la donation que le père vouloit faire à son fils. Il peut se rencontrer beaucoup d'autres circonstances semblables qui doivent faire facilement présumer l'interposition de personnes.

On appelle aussi avantages indirects, tous les actes qui, étant passés entre le père et l'un de ses enfants, sous un autre nom que celui de donation, renferment néanmoins un

avantage au profit de l'enfant. Ces avantages sont pareillement sujets à rapport.

Par exemple, si un père a vendu à son fils un héritage pour un prix au-dessous de sa juste valeur, cet acte, quoique conçu sous la forme de vente, renferme un avantage indirect au profit du fils qui profite de ce que l'héritage vaut de plus que le prix pour lequel il a été vendu, et par conséquent oblige le fils au rapport.

De là naît une question de savoir si l'avantage tombe sur l'héritage même, ou sur ce qui manque du juste prix, et en conséquence, si l'enfant est obligé au rapport de l'héritage, ou seulement au rapport de ce qui manque du juste prix? Il paroît que, sur cette question, dans une espèce toute semblable, les jurisconsultes romains ont été de trois avis différents. Lorsqu'un mari, à qui il n'étoit pas permis par les lois romaines de donner à sa femme, lui avoit vendu une chose au-dessous de sa juste valeur, Julien, qui étoit de l'école des Sabinieniens, pensoit que cette vente étoit absolument nulle, comme étant faite pour couvrir une donation prohibée, et qu'en conséquence, le mari avoit la répétition de la chose vendue, en rendant le prix qu'il avoit reçu: Nératius, qui étoit Proculéien, selon le génie de ceux de cette école, recherchoit plus scrupuleusement l'intention du mari; il admettoit l'opinion de Julien, dans le cas où il n'avoit pas eu le dessein de se défaire et de vendre cette chose, et ne l'auroit vendue à sa femme, que pour couvrir l'avantage qu'il vouloit lui faire; mais, dans le cas où il auroit eu effectivement intention de la vendre, *puta*, s'il l'avoit proposée à d'autres à vendre, il prétendoit que la donation ne tomboit que sur la somme qu'il lui avoit remise du juste prix, et qu'il n'avoit que la répétition de cette somme. Ces deux opinions sont rapportées dans la loi 5, §. 5, ff. de donat. inter vir. et uxor. Pomponius propose un troisième avis, qui est d'annuler la vente, non pour le total, mais à proportion de ce qui a été remis du juste prix. Par exemple, si la chose a été vendue pour la moitié du prix qu'elle valoit, il pense que la femme doit rendre la moitié de la chose qui lui a été vendue: l. 31, §. 3, ff. de tit. Le sentiment de Nératius me paroît plus exact dans la théorie; mais je pense que dans la pratique on doit suivre celui de Julien, et qu'on doit assujettir indistinctement l'enfant au rapport de l'héritage même, lorsque

son père lui a vendu au-dessous de sa juste valeur ; la vente devant toujours, en ce cas, être regardée comme une donation déguisée sous la forme de vente : ce seroit donner matière à trop de discussions et de procès, que de rechercher si le père avoit eu effectivement intention de vendre cet héritage ; il ne seroit pas facile de la découvrir, et il pourroit arriver très-souvent que le père eût fait afficher cet héritage à vendre, sans en avoir aucune intention pour cela, mais pour mieux couvrir l'avantage qu'il vouloit faire à son fils.

Tous les autres actes, de quelque espèce qu'ils soient, qui contiennent quelque avantage de la part d'un père ou d'une mère, au profit de quelqu'un de ses enfants, oblige cet enfant au rapport.

Par exemple, si, par une transaction sur un compte de tutelle, un père se rend débiteur envers son fils, d'une plus grosse somme qu'il ne lui doit effectivement, c'est un avantage sujet à rapport.

Si, par un partage qu'un père fait d'une première communauté avec ses enfants d'un premier lit, il omet d'exercer des reprises qu'il avoit droit d'exercer, ou souffre que ses enfants en exercent qu'ils n'avoient pas droit d'exercer ; s'il porte à un trop haut prix les récompenses qu'il devoit à la communauté, pour raison des améliorations faites sur ses héritages propres, ou qu'il porte à un trop bas prix celles faites sur les héritages propres de ses enfants, les enfants du premier lit à qui il fait ces avantages sont obligés d'en faire rapport aux enfants du second lit.

Une décharge qu'un père donne du compte que lui doit l'un de ses enfants, de la gestion de ses affaires, peut aussi être un avantage indirect ; c'est pourquoi, après la mort du père, les frères et sœurs de cet enfant peuvent demander qu'il rende le compte qu'il devoit, et si, par ce compte, il se trouvoit débiteur, la décharge qui lui a été donnée est un vrai avantage indirect, une vraie donation que son père lui a faite de la somme du reliquat de ce compte dont son père étoit son créancier, et il est par conséquent obligé au rapport de cette somme.

Pareillement, la quittance qu'un père a donnée à son fils, d'une somme qu'il lui devoit, passera pour une remise et un avantage sujet à rapport, s'il y a des circonstances assez fortes pour qu'il en résulte une preuve que cette somme n'a

pas été payée. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt du 12 février 1682, rapporté par Lebrun, n° 14, qui a déclaré nulle la quittance du prix d'une charge.

La quittance que le père avoit donnée à son fils, d'une somme de 119,000 liv., pour le prix de sa charge de conseiller à la cour des aides, s'étant trouvée en la possession du père, lors de sa mort, et attachée à son testament, fut jugée n'être pas sérieuse, et contenir une remise du prix, sujette à rapport.

A moins que les circonstances ne soient extrêmement fortes, la cause se doit décider par le serment de l'enfant, s'il a payé effectivement.

On a poussé si loin l'exactitude des rapports, qu'on a obligé l'enfant au rapport, non-seulement des sommes qui lui auroient été données, mais même de celles qui lui auroient été prêtées, même de celles qu'il auroit reçues pour prix d'une constitution de rente qu'il auroit constituée à son père ou à sa mère. On a jugé que ce seroit un avantage indirect, si un père faisoit, par ce moyen, passer son argent comptant à l'un de ses fils, pendant que les autres n'auroient à la place qu'une simple créance, ou une simple rente contre leur frère.

De là naît la décision de la question suivante : un père a prêté 12,000 livres à l'un de ses enfants, qui depuis a fait faillite, et a fait un contrat avec ses créanciers, par lequel tous les créanciers, du nombre desquels étoit le père, se sont restreints aux deux tiers de leurs créances, payables dans certains temps, et lui ont fait remise de l'autre tiers : on demande si le fils doit rapporter à la succession de son père, la somme entière de 12,000 livres ? La raison de douter est, qu'au moyen du contrat, il n'en doit plus que 8,000 livres ; que la remise des 4,000 livres qui lui a été faite, ne doit pas être sujette à rapport, n'étant pas une vraie donation que son père lui ait faite, puisque cette remise étoit forcée de la part de son père, qui étoit obligé de suivre le grand nombre de créanciers ; néanmoins il n'est pas douteux que le fils doit rapporter la somme entière de 12,000 liv., même sans attendre les termes du contrat d'atermoiement ; la raison est, qu'il ne peut disconvenir que cette somme lui a été prêtée par son père, et que le rapport est dû des sommes prêtées, également comme des sommes données.

Tous les actes d'un père ou d'une mère, dont quelqu'un de leurs enfants ressent quelque avantage, ne sont pas des avantages indirects sujets à rapport; il n'y a que ceux par lesquels les père et mère font passer quelque chose de leurs biens à quelqu'un de leurs enfants, par une voie couverte et indirecte. C'est ce qui résulte de l'idée même que renferme le terme de rapport; car rapporter signifie remettre à la masse des biens du donateur quelque chose qui en est sorti: on ne peut pas y remettre, y rapporter ce qui n'en est point sorti; donc il ne peut y avoir lieu au rapport, que lorsqu'un père ou une mère ont fait sortir quelque chose de leurs biens qu'ils ont fait passer à quelqu'un de leurs enfants.

Suivant ces principes, lorsqu'un père commue en censive des héritages qu'il tenoit en fief, quoique ses enfants puînés ressentent un avantage de cette commutation, puisqu'ils auront une plus grande portion dans ces héritages commués en censive, qu'elle n'auroit été s'ils fussent demeurés en nature de fief, néanmoins personne ne s'avisera de dire que cet avantage que ces puînés ressentent de cette commutation, soit sujet à rapport envers leur aîné; car leur père, par cette commutation, n'a fait qu'user de la liberté naturelle qu'il a de disposer de ses biens, et n'a rien fait passer de son bien à ses puînés; c'est pourquoi il n'y a rien qu'ils puissent être obligés de rapporter. *Vice versa*, s'il avoit commué en fief des héritages qu'il tenoit en censive, en acquérant la censive dont ils relevoient, l'aîné ne sera point obligé au rapport de l'avantage qu'il ressentira dans la succession de cette commutation; car le père, par cette commutation, ne lui a rien fait passer de ses biens.

Lorsqu'un père, après la mort de sa seconde femme, demeure avec ses enfants du second lit, en continuation de communauté, quoiqu'il fût de son intérêt de la dissoudre pour se ménager le total des acquisitions qu'il fera par un commerce florissant qu'il a, ou par l'accumulation de gros revenus, il est très-évident qu'il fait un avantage en cela à ses enfants du second lit; mais, suivant notre principe, cet avantage n'est point sujet à rapport; car il ne fait rien passer à ses enfants, de ce qui lui appartient; il manque seulement de ne pas acquérir, pour le total, les choses qu'il acquiert en commun avec eux.

Une mère, appelée à une opulente succession de son

frère unique, dans laquelle il y avoit beaucoup de fiefs, pour favoriser ses enfants mâles, y renonce; ses enfants succédant de leur chef à leur oncle, les mâles excluent les filles de cette succession: les mâles seront-ils obligés de rapporter ces fiefs à la succession de leur mère? Lebrun décide pour l'affirmative; il regarde la renonciation que la mère a faite à la succession de son frère, comme un avantage indirect qu'elle a fait à ses enfants mâles, des fiefs compris dans cette succession à laquelle elle a renoncé. Il faut décider, au contraire, suivant le principe que nous avons ci-dessus établi, qu'il n'y a point lieu au rapport dans cette espèce; car, suivant ce principe, il ne peut y avoir lieu au rapport, que des biens qui avoient appartenu à la mère, et qu'elle auroit fait passer à ses enfants mâles; mais, dans cette espèce, la mère, par cette renonciation, n'a rien fait passer de ses biens à ses enfants; les biens de la succession de son frère, à laquelle elle a renoncé, ne lui ont jamais appartenu au moyen de sa renonciation; et, par conséquent, on ne peut pas dire qu'en renonçant à cette succession, elle ait fait passer à ses enfants quelque chose qui lui ait appartenu. Il est vrai qu'elle a eu droit à la succession de son frère; mais, en renonçant à cette succession, elle n'a pas fait passer à ses enfants ce droit qu'elle avoit; mais, en renonçant, elle a abdiqué, elle a éteint ce droit qu'elle avoit, et ses enfants ont succédé à leur oncle, non comme cessionnaires du droit de leur mère, non comme ayant le droit de leur mère, qu'elle leur auroit fait passer; mais ils y ont succédé de leur chef, en vertu d'un droit qui leur étoit propre, comme y étant directement appelés par la loi, sur le refus de leur mère qui les précédoit en degré.

Si un père étant colégataire avec l'un de ses enfants, d'un héritage qui leur a été légué, répudie son legs, pour faire plaisir à son fils, il faut décider, par le même principe, que la part de cet héritage qui accroît au fils, par la répudiation du père, n'est point sujette à rapport; car le fils ne la tient point de son père, il la tient directement du testateur; le père n'a jamais eu aucune part dans l'héritage dont il a répudié le legs: on ne peut donc pas dire qu'il ait fait rien passer de ses biens à son fils, qui puisse être sujet à rapport.

Il y a beaucoup plus de difficulté dans la question suivante: Une mère, pour favoriser les enfants de son pre-

mier mari, renonce à la communauté opulente de ce premier mari; les enfants du second lit pourront-ils demander aux enfants du premier, le rapport de l'avantage qu'ils ont ressenti de cette renonciation de leur mère? J'avois pensé autrefois qu'il n'y avoit pas lieu au rapport; je me fondeois sur notre principe, que les enfants ne peuvent devoir le rapport, que des choses qui auroient appartenu à leur mère, et que leur mère leur auroit fait passer. La mère, par sa renonciation à la communauté, est réputée n'avoir jamais eu aucun droit dans les biens de la communauté; et, par conséquent, la part dans les biens de la communauté, n'ayant jamais appartenu à leur mère, n'étant point passée de leur mère à eux, ne peut, suivant notre principe, être sujette à rapport. Je trouve beaucoup de difficulté à décider contre le rapport. On peut dire, au contraire, pour le rapport, que la femme avoit un vrai droit en la communauté, qui, par sa renonciation, a passé d'elle à ses enfants; que le mari, en contractant communauté avec sa femme, a contracté l'obligation de lui accorder part dans tous les biens de la communauté, lors de la dissolution; que ses biens sont passés à ses enfants, *cum eâ causâ*, avec cette obligation; qu'il en résulteroit un droit au profit de la femme contre les enfants; que la femme, en renonçant à la communauté, leur a fait passer ce droit, par la remise qu'elle leur en a faite; et que c'est par conséquent un avantage sujet à rapport, comme l'est celui qu'un père, créancier de son fils, feroit à son fils, en lui remettant ce qu'il lui doit. La femme qui renonce à la communauté, ressemble en quelque façon à un associé en commandite qui abandonne sa part dans la société, pour être quitte des dettes. Certainement si un père, associé en commandite avec son fils, lui abandonnoit sa part dans une société manifestement opulente, on ne pourroit pas disconvenir que ce ne fût un avantage sujet à rapport; on doit dire de même que l'abandon que fait la mère à ses enfants, de sa part en une communauté avantageuse, par la renonciation qu'elle fait à la communauté, est un avantage sujet à rapport. Cette espèce-ci est bien différente de la précédente: lorsque le père, colégataire d'un héritage avec son fils, répudie le legs, on ne peut pas dire qu'il fasse passer à son fils la remise d'un droit qui lui appartient; car on ne peut remettre qu'à son débiteur, ce n'étoit pas son fils, son colégataire, qui étoit son débiteur de l'héritage qui lui a été légué. Mais, dans cette

espèce-ci, les enfants sont comme débiteurs envers leur mère, de sa part dans les biens de la communauté de leur père; en renonçant à la communauté, elle leur fait passer le droit qu'elle avoit en leur en faisant remise.

*Vice versa*, est-ce un avantage sujet à rapport, lorsque la mère qui avoit droit de demander à ses enfants du premier lit, la reprise de son apport en la communauté de leur père, en renonçant à cette communauté, accepte cette communauté quoique mauvaise, pour les favoriser et les décharger de la restitution de cet apport? J'avois pensé, sur cette question comme sur la précédente, qu'il n'y avoit pas lieu au rapport, parce que la mère ne pouvant avoir le droit de reprendre son apport, qu'au cas de renonciation à la communauté, n'y ayant pas renoncé, et l'ayant au contraire acceptée, elle n'avoit jamais eu ce droit: que ne l'ayant jamais eu; on ne pouvoit pas dire qu'elle en eût libéré ses enfants, qu'elle leur en eût fait passer la libération; et que, par conséquent, ne leur ayant fait passer aucune chose, il ne pouvoit y avoir lieu au rapport. Je trouve beaucoup de difficulté dans ce sentiment que j'avois embrassé. On peut dire, au contraire, que la femme a véritablement eu cette créance de reprise de son apport, quoiqu'elle dépendit de la condition de sa renonciation à la communauté qui n'a pas existé; car, cette condition étant une condition potestative, il ne tenoit qu'à elle qu'elle existât, et, par conséquent, il ne tenoit qu'à elle d'exercer cette reprise: elle en avoit donc le droit; et c'est, en quelque façon, une remise qu'elle a faite de ce droit à ses enfants, en faisant volontairement manquer la condition, par son acceptation à une communauté évidemment mauvaise. Cette question et la précédente me paroissent souffrir beaucoup de difficulté.

Lorsqu'un père a acheté, au nom et pour le compte de son fils, un héritage, et en a payé le prix de ses deniers, ce n'est pas l'héritage qui est sujet à rapport, il n'a pas passé du père au fils; puisqu'il n'a jamais appartenu au père, ayant été acheté au nom du fils; le fils sera donc seulement tenu, en ce cas, au rapport du prix que le père a fourni pour l'acquisition.

Lorsqu'un père reçoit, à titre de fief, un héritage pour lui et pour toute sa postérité masculine, moyennant une somme de deniers d'entrée qu'il paye au seigneur, cette

inféodation est une acquisition qu'il fait tant pour lui que pour sa postérité masculine après lui; la somme qu'il paye tourne au profit de ses enfants mâles, puisque c'est pour eux que l'acquisition est faite après la mort du père; ils doivent donc le rapport à la succession de leur père, de cette somme qui a tourné à leur profit: c'est l'avis de Lebrun.

§. III. Quelles choses sont exceptées de la loi du rapport, ou n'y sont pas comprises?

Il y a certaines choses données par les père et mère à leurs enfants, que les coutumes exceptent de l'obligation du rapport.

On peut dire en général que c'est tout ce qui leur est donné pour leur aliment et leur éducation. Notre coutume, art. 309, s'en explique ainsi: *Les nourritures, entretenements, instructions et apprentissages d'enfants . . . . ne se rapportent.*

Parmi les nourritures qui ne sont pas sujettes au rapport, il faut comprendre les frais des banquets de noces qu'un père fait pour le mariage de quelqu'un de ses enfants; la plupart des coutumes les exceptent de la loi du rapport, en ces termes, *frais de noces et banquets*, ce qui fait un droit commun.

Au contraire, la plupart des coutumes assujettissent au rapport *les habits nuptiaux et trousseau.*

Les frais d'un équipage pour envoyer un enfant au service, font partie de l'entretienement, et ne sont point sujets au rapport, non plus que la dépense faite pour l'y entretenir. Plusieurs coutumes en ont aussi des dispositions.

Les frais d'instruction ne sont point aussi sujets au rapport. Parmi ces frais sont compris les pensions des enfants qu'on envoie aux collèges ou dans les universités, pour étudier dans les facultés supérieures; les pensions de ceux qu'on envoie dans les académies, pour apprendre à monter à cheval; les honoraires qu'on paye pour eux aux différents maîtres, les livres qui les instruisent dans les différents arts et sciences dans lesquels on les fait instruire. Plusieurs coutumes en ont des dispositions particulières: ce qu'il faut entendre, néanmoins, pourvu qu'ils ne soient pas en trop grande quantité; car il n'est pas douteux que si un père donnoit à son fils une bibliothèque considérable, elle ne fût sujette à rapport.

Il y a une coutume qui veut même que les livres indistinctement soient sujets à rapport, lorsqu'ils sont encore en nature lors de l'ouverture de la succession; mais elle est en cela singulière, et doit être restreinte à son territoire.

Les frais d'apprentissage ne sont point non plus sujets à rapport; plusieurs coutumes en exemptent aussi les frais des degrés jusqu'à la licence inclusivement, et elles sont un droit commun.

Au contraire, les coutumes y assujettissent les frais du doctorat, et les frais de maîtrise dans les arts mécaniques; car ces frais se font pour l'établissement de l'enfant, plutôt que pour son instruction.

Par la même raison, ce qu'un père fourniroit pour acheter une compagnie, doit être sujet à rapport.

Toutes ces choses que nous avons dit n'être point sujettes à rapport, ne le sont point lorsqu'elles ont été fournies du vivant du défunt; mais le legs que le défunt auroit fait de ces choses à l'un de ses enfants: par exemple, s'il lui avoit légué une pension alimentaire, s'il lui avoit légué la somme qui lui seroit nécessaire pour apprendre un métier, pour se mettre en apprentissage, pour le service, pour prendre des degrés, etc., il n'est pas douteux que ces legs seroient sujets à rapport.

Même s'il avoit donné, par acte entre vifs, une pension alimentaire à l'un de ses enfants, elle ne seroit exempte du rapport que pour le temps qui en auroit couru du vivant du père.

On demande si un père qui auroit fait beaucoup de dépenses pour l'éducation de l'un de ses enfants, pourroit léguer à son autre enfant pour qui il n'a fait aucune dépense, une somme pour l'en dédommager? La coutume de Laon le permet; mais je crois qu'elle doit être restreinte à son territoire.

On n'est point obligé au rapport des fruits; la raison est évidente: l'enfant ne doit le rapport que de ce qui lui a été donné. Or, on ne lui a donné que l'héritage, quoique ce soit, en conséquence de la donation qui lui a été faite de l'héritage, qu'il en ait perçu les fruits; il est néanmoins vrai de dire que ce ne sont pas les fruits qui lui ont été donnés, et qu'on ne lui a pas donné autre chose que l'héritage: il ne doit donc que le rapport de l'héritage.

Mais, comme il doit le rapport de l'héritage, dès le jour de l'ouverture de la succession, il doit tenir compte de tous les fruits qui se recueilleront depuis l'ouverture de la succession.

Que si le rapport dont il est débiteur est d'une somme d'argent, soit parce que c'est une somme d'argent qu'on lui a donnée, soit parce qu'on lui a donné des choses qui ne se rapportent pas en nature, mais dont on rapporte l'estimation, il doit les intérêts de la somme sujette à rapport, du jour de l'ouverture de la succession, sur le pied du denier 20.

Telle est la disposition de la coutume de Paris, qui fait, en ce point, le droit commun, duquel néanmoins notre coutume s'est écartée, en ordonnant que les fruits des héritages sujets à rapport, et les intérêts des sommes sujettes à rapport qu'elle fixe aussi au denier 20, ne courroient que du jour de la *provocation à partage*.

La première démarche qui tend au partage : par exemple, la demande aux fins qu'il soit procédé à l'inventaire, ou l'inventaire commencé sans demande, passent pour *provocation à partage*. L'usage a ainsi interprété notre coutume, pour la rapprocher du droit commun.

Quoique le tuteur d'un mineur ne puisse pas provoquer à un partage définitif, néanmoins la demande qu'il fait pour son mineur, contre les cohéritiers de son mineur, pour qu'il soit procédé à l'inventaire, tient lieu de *provocation à partage*, et oblige les cohéritiers de son mineur, de ce jour, au rapport des fruits des héritages et des intérêts des sommes sujettes à rapport.

S'il avoit tardé à faire cette interpellation, il en seroit responsable envers son mineur; et, si le mineur n'avoit point de tuteur, la famille seroit responsable de n'en avoir point fait élire un qui eût fait cette interpellation.

Observez que, lorsque les coutumes de Paris et d'Orléans, qui fixent ces intérêts au denier 20, ont été réformées, le taux des intérêts étoit au denier 12; aujourd'hui que le taux des intérêts est, par l'ordonnance, au denier 20, si on suivoit la même proportion qui a été suivie par nos coutumes, lors de la réformation, il faudroit ne faire courir les intérêts que sur le pied du denier 33 ou 34; néanmoins nonobstant les diminutions du taux des intérêts, qui, du denier 12, ont été réduites au denier 16.

ensuite au denier 18, et enfin, au denier 20, l'usage s'est toujours conservé de faire courir les intérêts des sommes sujettes à rapport, sur le pied du denier 20.

Lebrun prétend que l'enfant doit rapporter non-seulement les fruits des héritages et les intérêts des sommes qui lui ont été données, mais qu'il doit même les intérêts de ces fruits et de ces intérêts, du jour qu'il a été en demeure d'en faire raison; il allègue des lois qui n'ont aucune application à cette question: cette décision de Lebrun me paroît contraire aux principes de droit. Ces fruits, ces intérêts ne sont pas dûs *principaliter et per se*; car le rapport n'est dû que de ce qui a été donné, et il n'y a que l'héritage qui a été donné, il n'y a que la somme qui ait été donnée; il n'y a donc que l'héritage ou la somme qui puissent être l'objet principal de la créance du rapport, qui puissent être dûs *principaliter*; les fruits, les intérêts ne peuvent être dûs que comme des accessoires, et, par conséquent, il n'en peut être dû d'intérêt; car c'est un principe de droit qu'*accessio accessionis non est*.

§. IV. A qui faut-il que la donation ait été faite, pour qu'il y ait lieu au rapport?

L'héritier qui vient avec d'autres cohéritiers à la succession de ses père et mère, ou de quelque autre ascendant, doit rapporter, non-seulement ce qui a été donné à lui-même, mais même ce qui a été donné à ses enfants. C'est la décision des articles 306 de Paris, et 308 d'Orléans, qui font, en ce point, un droit commun dans le pays coutumier.

La raison de cette décision est tirée du principe établi ci-dessus §. 2, que non-seulement les avantages directs, mais même les avantages indirects étoient sujets à rapport; or, c'est un avantage indirect qu'on fait à un père ou à une mère, lorsqu'on donne à ses enfants; car, regardant nos enfants comme d'autres nous-mêmes, n'acquérant nos biens que pour eux, nous devons réputer donné à nous-mêmes ce qui leur est donné, et, par conséquent, nous devons être obligés au rapport, comme si cela étoit donné à nous-mêmes.

La donation faite aux enfants d'un fils, doit d'autant plus être censée faite au père, que c'est ordinairement en sa considération qu'on donne à ses enfants; d'ailleurs, il seroit facile d'é luder la loi du rapport, si le père qui voudroit

donner quelque chose à son fils, sans qu'il fût sujet au rapport, avoit la faculté de donner aux enfants de ce fils.

Si l'héritier, au moyen du rapport qu'il est obligé de faire de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfants, se trouvoit n'avoir pas sa légitime, il ne laisseroit pas d'être obligé à ce rapport, sauf à lui à se pourvoir contre son enfant, et à faire retrancher ce qui lui manque de sa légitime, de la donation qui a été faite à son enfant.

Mais, si le petit-fils avoit dissipé ce qui lui a été donné, et étoit insolvable, de manière que le fils ne pût avoir de recours contre lui pour sa légitime, la loi naturelle, qui veut que le fils ait sa légitime, devoit l'emporter sur la loi arbitraire, qui l'assujettit au rapport de ce qui a été donné à quelqu'un de ses enfants, et faire, en ce cas, cesser le rapport.

Un beau-père fait à son gendre une donation, et exprime que c'est pour l'amitié qu'il porte à son gendre, pour les services qu'il lui a rendus; la fille sera-t-elle obligée de rapporter à la succession de son père cette donation faite à son mari? La raison de douter est, que la coutume n'a obligé une fille qui vient à la succession de son père, qu'au rapport des donations qui lui ont été faites, et de celles qui ont été faites à ses enfants; que celle-ci n'étant faite ni à elle, ni à ses enfants, mais à son mari, n'est pas dans le cas du rapport; qu'on ne peut pas dire que la donation est réputée faite en considération de la fille, et faite indirectement à la fille, puisqu'il est exprimé que c'est en la considération du gendre, pour l'amitié que le donateur lui porte, par reconnoissance des services qu'il a rendus à son beau-père. Pour décider cette question, il faut distinguer plusieurs cas: ou la fille avoit des enfants de son mari à qui la donation avoit été faite, ou elle n'en avoit point; ou elle avoit accepté la communauté de son mari, ou elle y avoit renoncé; ou cette communauté subsistoit encore, ou c'est une donation de meubles, ou une donation d'héritages.

Lorsque la fille avoit des enfants de son mari, Lebrun décide qu'elle est obligée au rapport du total de ce qui a été donné à son mari; soit que ce soit des meubles qui aient été donnés, soit que ce soit des héritages; soit qu'elle ait accepté la communauté de son mari, soit qu'elle y ait renoncé, soit qu'elle subsiste encore. La raison est, qu'une

femme qui a des enfants, doit réputer comme donné à elle-même ce qui est donné à son mari, que, pendant la vie de son mari, elle jouit en commun avec son mari, de ce qui a été donné à son mari; qu'elle n'en jouiroit pas autrement, si la donation avoit été faite à elle-même; que si, après la mort de son mari, une partie de cette donation, ou même le total, dans le cas auquel elle renonceroit à la communauté, passe à ses enfants héritiers de leur père, elle doit réputer cet avantage dont les enfants profitent, comme son propre avantage. Ce principe ne doit pas être douteux dans nos coutumes, puisque ce n'est que par une conséquence de ce principe qu'elles assujettissent l'héritier au rapport des donations faites à ses enfants, comme de celles faites à lui-même.

La décision de Lebrun ne me paroît pas souffrir de difficulté dans le cas auquel les enfants accepteroient la succession de leur père donataire, et seroient, par conséquent, censés y trouver ce qui lui a été donné; mais si ce gendre à qui la donation a été faite étoit mort insolvable, et que sa veuve eût renoncé à la communauté, et ses enfants à la succession de leur père, il ne me paroît pas juste que cette veuve fût obligée de rapporter à la succession de son père une donation faite à son mari, dont ni elle ni ses enfants n'ont point profité.

Par la même raison, je penserois que, même dans le cas auquel la communauté du gendre donataire et sa succession seroient acceptées, s'il avoit des enfants d'un autre lit, la fille ne devoit être sujette au rapport, que pour sa portion et celle des enfants de son mariage, et non pour celles dont les enfants d'un autre lit profitent dans ce qui a été donné à son mari.

Que si la communauté du gendre subsiste encore lors du partage de la succession du beau-père donateur, je pense que la fille qui a des enfants de lui, ne doit être obligée au rapport, que provisionnellement, et qu'elle doit avoir la répétition de ce rapport dans le cas où il arriveroit que, par sa renonciation à la communauté de son mari, et celle de ses enfants à la succession de leur père, ni elle ni ses enfants n'auroient point profité de la donation.

Que si la fille n'avoit point d'enfants de son mari, à qui la donation avoit été faite, que cette donation consistât en meubles, et qu'il n'y eût point de clause au contrat de ma-

riage qu'elle retiendrait ce qui seroit entré en communauté à cause d'elle, Lebrun décide que la fille ne sera pas sujette au rapport de cette donation, si elle a renoncé à la communauté de son mari, mais qu'elle sera sujette au rapport du total, si elle l'a acceptée, et pareillement si sa communauté avec son mari donataire se trouvoit encore subsister lors du partage de la succession de son père. Je penserois, au contraire, qu'elle ne devoit le rapport que pour moitié, dans le cas de l'acceptation de sa part de la communauté, parce qu'elle n'a effectivement profité, en ce cas, que de la moitié de la donation; et, par conséquent, que dans le cas où sa communauté subsisteroit, elle ne devoit le rapport que pour la moitié, parce qu'elle ne peut jamais profiter de plus que de moitié de la donation; encore, en ce cas, je penserois qu'elle ne devoit le rapport de cette moitié, que provisionnellement, et sauf la répétition, au cas qu'il arrivât par la suite que, par sa renonciation à la communauté, elle n'eût profité en rien de la donation faite à son mari. La raison sur laquelle Lebrun se fonde, est que, quoique par les termes dont on s'est servi dans cette donation, il paroisse qu'elle soit faite au gendre, elle doit néanmoins, *ex paternæ pietatis conjecturâ*, être présumée faite à la fille, et en considération de la fille; que si elle paroît faite au gendre, ce n'est que pour couvrir la fraude, pour éluder, s'il étoit possible, la loi du rapport, avec d'autant plus de raison qu'il étoit indifférent à la fille que la donation fût faite à son mari ou à elle-même, puisque, quand même elle auroit été faite à elle-même, cette donation seroit également tombée dans la communauté de son mari, et qu'elle n'en auroit pas pu profiter davantage que de celle faite à son mari. La réponse est, que cette raison sur laquelle se fonde Lebrun, prouve plus qu'il ne veut prouver; car, si la donation faite au gendre, étoit vraiment réputée faite à la fille, elle la devoit rapporter, même dans le cas auquel elle auroit renoncé à la communauté, suivant que nous le verrons par la suite; et néanmoins Lebrun convient que la fille n'est pas, en ce cas, obligée au rapport: il ne me paroît pas vrai que la donation faite au gendre doive être réputée faite à la fille; le gendre peut mériter assez par lui-même l'amitié de son beau-père, pour qu'il lui fasse une donation: on en fait bien à des étrangers, pourquoi donc ne pas croire

qu'elle est véritablement faite au gendre, lorsque l'acte le porte? Il est vrai que, par rapport à l'effet de tomber en communauté, la donation faite au gendre a le même effet que si elle étoit faite à la fille elle-même; mais, par rapport à la question présente, la chose est très-différente. Lorsque la donation est faite à la fille elle-même, elle se soumet, en l'acceptant, au rapport; c'est par son canal qu'elle tombe en la communauté de son mari, et, par conséquent, la chose donnée lui est suffisamment parvenue, pour qu'elle soit tenue du rapport, quoique la dissipation de son mari l'ait empêchée d'en profiter; mais, lorsque la donation a été faite au gendre, la fille ne peut être, malgré elle, obligée à un rapport auquel elle ne s'est jamais soumise, au rapport d'une donation qu'elle n'a point acceptée, et de choses qui ne lui sont jamais parvenues.

S'il y avoit clause dans le contrat de mariage du gendre, qu'elle reprendroit en cas de renonciation ce qui lui auroit été donné, ou que la donation faite au gendre fût une donation d'héritages, il y auroit, en ce cas, moins de difficulté à dire, comme nous avons fait, que la donation faite au gendre n'est point réputée faite à la fille, et qu'elle n'en doit le rapport que pour ce dont elle se trouveroit en profiter, car la raison de Lebrun ne se rencontre plus; on ne peut plus dire alors que la donation faite au gendre a le même effet que si elle eût été faite à la fille elle-même; néanmoins Lebrun décide encore, en ce cas, que la fille, en cas d'acceptation de communauté, ou lorsque la communauté subsiste, est tenue du rapport du total, et qu'elle n'en est point tenue lorsqu'elle a renoncé.

Si le beau-père, après la mort de sa fille, donne à son gendre, ses petits-fils, enfants de cette fille, ressentent indirectement l'avantage de cette donation, ayant trouvé dans la succession de leur père ce qui a été donné à leur père, si elle est déjà échue; c'est pourquoi ils doivent être sujets au rapport; mais, s'ils ont renoncé à la succession de leur père, ils n'en doivent point le rapport, n'en ayant pas profité. Si leur père donataire vivoit encore lors du partage de la succession de leur aïeul maternel, ils devroient s'obliger à rapporter, lors de la mort de leur père, ce qui lui a été donné, au cas qu'ils acceptent la succession.

A l'égard des sommes prêtées au gendre, la fille qui ne

s'y est point obligée avec son mari, est tenue au rapport de ces sommes, lorsqu'elle a accepté la communauté, parce que, par son acceptation, elle en est devenue débitrice; mais elle n'en est tenue que pour la part dont elle est tenue des dettes de la communauté. Que si elle a renoncé à la communauté, elle n'est obligée à aucun rapport. C'est l'avis de Lebrun. Il faut dire la même chose des petits-enfants qui viennent à la succession de leur aïeul maternel; ils ne sont tenus du rapport des sommes prêtées par leur aïeul à son gendre leur père, qu'autant et pour la part qu'ils s'en trouveroient débiteurs, à cause de la communauté qui a été entre leur mère et leur père.

Lorsque des petits-enfants viennent à la succession de leur aïeul, par représentation de leur père ou mère, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur père ou mère, par l'aïeul, à la succession duquel ils viennent. La raison en est bien évidente. Des représentants ne peuvent pas avoir plus de droit dans une succession, que la personne qu'ils représentent, et du chef de laquelle ils viennent, suivant ce principe de droit, *qui alterius jura utitur eodem jure uti debet*; ils ne doivent pas plus prendre dans la succession, que cette personne y auroit pris; ils doivent être obligés aux mêmes rapports auxquels cette personne auroit été obligée.

Cette décision a lieu, quand même ils n'auroient pas profité de ce qui a été donné à leur père ou mère qu'ils représentent, et qu'ils auroient renoncé à la succession; car, comme ce n'est pas de leur chef qu'ils doivent ce rapport, mais du chef de leur père ou mère qu'ils représentent, il est indifférent qu'ils en aient profité ou non.

Cette décision a lieu, quand même ces rapports absorberoient toute leur portion héréditaire, et qu'il ne leur resteroit plus rien. Ils ne pourroient prétendre, en ce cas, de légitime; car, n'ayant droit à la succession de leur aïeul, que du chef de leur père ou mère qu'ils représentent, ils ne peuvent aussi prétendre dans cette succession d'autre légitime que celle qu'auroient pu prétendre leur père ou mère; et, par conséquent, ces donations leur doivent être imputées sur cette légitime, comme elles auroient été imputées à leur père ou mère.

De ce principe que les enfants qui viennent à la succession de leur aïeul, sont obligés aux mêmes rapports auxquels

auroient été obligés leur père ou mère qu'ils représentent, il suit qu'ils doivent aussi rapporter la donation qui auroit été faite à quelqu'un de leurs frères prédécédés, quoiqu'il l'ait dissipée ; car leur père ou mère qu'ils représentent auroient été obligés au rapport de cette donation faite à l'un de ses enfants, suivant que nous l'avons vu au commencement de ce paragraphe.

Lorsque des filles, par contrat de mariage, ont renoncé, moyennant une modique dot, à la succession, au profit de leur frère aîné, cet aîné qui succède, à leur place, à leur portion, est obligé, suivant notre principe, aux mêmes rapports auxquels elles auroient été obligées, et, par conséquent, au rapport de leur dot.

§. V. A la succession de qui se fait le rapport ?

Le rapport doit se faire à la succession de la personne qui a donné.

Lorsqu'un père seul donne à un de ses enfants, des effets de sa communauté, il est censé faire cette donation comme chef de la communauté, et, par conséquent, sa femme, pour sa part en la communauté, est censée donner avec lui ; c'est pourquoi, en cas d'acceptation de communauté, le rapport doit se faire de moitié seulement à la succession du père, et de moitié à la succession de la mère.

Au contraire, en cas de renonciation à la communauté, le rapport du total doit se faire à la succession du père ; car, la femme audit cas n'ayant rien aux biens de la communauté, c'est le père seul qui a donné le total. La mère n'ayant point parlé dans la donation, elle n'a rien donné en son propre et privé nom, c'est la communauté qui a donné, et, par conséquent, ayant renoncé à la communauté, elle n'a rien donné, et il n'y a rien à rapporter à sa succession.

Il en est autrement, lorsque le père et la mère ont donné conjointement des effets de la communauté, la mère, en ce cas, donne en son propre nom ; ce n'est pas, en ce cas, la communauté qui donne, c'est chacun des conjoints. Soit que la mère accepte la communauté, soit qu'elle y renonce, il est vrai qu'elle a donné conjointement avec son mari, et comme, dans le cas auquel elle renonce à la communauté, elle n'a rien par sa renonciation dans les biens de la communauté, le mari se trouvant avoir fourni le total de ce

qu'ils ont donné conjointement, elle doit récompense à son mari, de la moitié, que son mari lui déduira sur sa dot, lorsqu'elle lui sera restituée à la dissolution du mariage. Le mari et la femme ayant donc fait, en ce cas, la donation chacun par moitié, soit en cas d'acceptation, soit en cas de renonciation à la communauté, le rapport, en l'un et l'autre cas, se doit faire pour moitié en la succession du père, et pour moitié en la succession de la mère.

Pareillement, lorsque la dot fournie à un enfant consiste dans un héritage propre du mari, si c'est le mari seul qui a parlé, il est censé l'avoir donné seul, et le rapport de cet héritage doit se faire pour le total à sa succession; mais, si le mari et la femme l'ont donné conjointement, le rapport doit s'en faire pour moitié, à la succession du père, et pour moitié à celle de la mère; car la mère est censée en avoir donné la moitié, et doit pour cela à son mari la moitié du prix de cet héritage qu'il a fourni pour la donation qu'ils se proposoient de faire en commun; pareillement, lorsque la dot consiste dans un héritage propre de la mère, si c'est elle seule, autorisée de son mari, qui l'a donné, le rapport doit s'en faire, pour le total, à sa succession; si c'est son mari et elle qui ont donné, le rapport s'en fera pour moitié à chaque succession, et le mari sera débiteur envers sa femme, de la moitié du prix de l'héritage que la femme a fourni pour la donation qu'ils ont faite en commun.

On demande si un enfant doit rapporter à la succession de son père, la donation qui lui a été faite par son aïeul paternel? Il sembleroit qu'on dût répondre indistinctement que non, suivant le principe établi au commencement de ce §., que le rapport n'est dû qu'à la succession de celui qui a donné. Néanmoins il faut faire une distinction, si le père, lorsqu'il a succédé à l'aïeul, avoit des cohéritiers auxquels il a été obligé de faire le rapport de la donation que l'aïeul avoit faite à son petit-fils, le père ayant en ce cas, par ce rapport, indemnisé la succession de l'aïeul, de cette donation, ayant pris sur son compte la donation, en est devenu le donateur à la place de l'aïeul, et par conséquent, en ce cas, l'enfant donataire en doit faire le rapport à sa succession, ce qui n'est point contraire, mais conforme au principe ci-dessus établi. Que si le père n'a point fait de rapport de cette donation à la succession de l'aïeul, soit parce qu'il y a renoncé, soit parce qu'il en a été unique

héritier, soit parce que l'aïeul vit encore, en ce cas l'enfant donataire n'en doit faire aucun rapport à la succession.

Lebrun néanmoins pense que si le père a renoncé à la succession de l'aïeul, en conséquence du don fait à l'un de ses enfants, que l'enfant donataire doit le rapporter dans la succession du père, parce que c'est en quelque façon, de sa part, en faire raison à la succession de l'aïeul, que de se tenir à ce don pour sa portion héréditaire.

§. VI. A qui est dû le rapport ?

Le rapport étant introduit pour établir l'égalité entre les enfants qui viennent à la succession de leur père ou mère, ou autres ascendants, il suit que l'enfant ne doit le rapport qu'aux autres enfants ses cohéritiers; c'est pourquoi nous avons déjà vu ci-dessus qu'il ne pouvoit être prétendu par les créanciers de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Par la même raison, si un père qui a deux enfants à l'un desquels il a fait une donation entre vifs, fait un tiers étranger légataire du tiers de ses biens, ce légataire ne pourra prétendre aucune part dans le rapport des biens donnés entre vifs à l'un des enfants, et n'aura que le tiers des biens qui se sont trouvés lors du décès. Ceux donnés entre vifs à l'un des enfants, se partageront entre les deux enfants; car le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers.

Doit-on, par la même raison, décider que lorsqu'une belle-mère donataire de son mari, d'une part d'enfant, partage la succession de son mari avec un enfant du premier lit de son mari, elle ne peut pas faire précompter à cet enfant, sur sa part, les choses qui lui ont été données par son père? Il sembleroit qu'elle ne le pourroit par notre principe; que le rapport n'est dû qu'aux enfants cohéritiers; cependant il faut dire qu'elle le peut par une autre raison, qui est que la mesure de la donation faite à la belle-mère est la quantité de ce que l'enfant a eu des biens de son père à quelque titre qu'il les ait eus, soit de donation, soit de succession; par conséquent, ce qui leur a été donné doit être compté avec ce qu'il prend en la succession. Sans cela, il seroit au pouvoir du mari d'anéantir en entier la donation faite à sa femme, en faisant des donations entre vifs ou des legs à son fils, et ne laissant presque plus rien à sa succession, ce qui ne

doit pas être, la donation qu'il a faite à sa femme étant une donation entre vifs, qui, de sa nature, est irrévocable. C'est l'avis de Lebrun, qui en cite un arrêt.

Un père laisse deux enfants, à l'un desquels il a donné certains biens; celui à qui il n'a rien donné renonce à la succession, en fraude de ses créanciers qui sont reçus à exercer ses droits dans la succession; peuvent-ils demander le rapport à l'enfant donataire? Sans doute, il ne peut pas, pour s'en défendre, opposer notre principe, qu'il ne doit le rapport qu'à son cohéritier; car ces créanciers ne lui demandent que comme dû effectivement à ce cohéritier leur débiteur dont ils exercent les droits. C'est l'avis de Lebrun, qui ne souffre pas de difficulté.

Si ce cohéritier à qui le rapport est dû, n'avoit point de créanciers, mais qu'après la succession ouverte à son profit, il ait été condamné à une peine capitale, le fisc pourra-t-il demander le rapport? Lebrun le lui refuse; mais je ne vois pas sur quelle raison il peut se fonder, car, la créance du rapport lui ayant été une fois acquise par l'ouverture de la succession, le fisc qui entre en tous ses droits, peut l'exercer.

Je ne vois pas trop non plus sur quoi se fonde Lebrun, pour décider que dans les coutumes d'égalité dans lesquelles l'enfant renonçant rapporte, les créanciers d'un enfant héritier à qui ce rapport est dû, ne peuvent pas exercer ses droits pour le demander; car, puisque le droit lui en est acquis, pourquoi ne le pourroient-ils exercer? N'est-ce pas un droit pécuniaire, estimable et qui est *in bonis*? Des créanciers n'ont-ils pas le droit de se venger sur tout ce qui est *in bonis* de leur débiteur? Néanmoins Lebrun cite un arrêt du Journal du Palais, d'août, *alias* 13 décembre 1674, qu'il faut voir.

C'est une question dans les coutumes d'égalité, qui n'est pas bien décidée; si, de même que dans ces coutumes, le rapport est dû par les enfants qui renoncent, il est aussi dû de même aux enfants qui renoncent. Rouille, ancien commentateur du Maine, prétend qu'il n'est dû qu'aux héritiers. Voyez les textes de ces coutumes.

§. VII. En quoi consiste l'obligation du rapport?

Notre coutume d'Orléans, *art.* 306, qui doit servir de droit commun en ce point, explique en quoi consiste l'o-

obligation du rapport, lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés. Voici comme elle s'en explique :

*Si le donataire, lors du partage, a les héritages à lui donnés en sa possession, il est tenu de les rapporter en essence et espèce, ou moins prendre en autres héritages de la succession de pareille valeur et bonté. Et faisant ledit rapport en espèces, doit être remboursé par ses cohéritiers des impenses utiles et nécessaires qu'il aura faites pour l'augmentation desdits héritages. Et si lesdits cohéritiers ne veulent rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps, que division et partage est fait entre eux, déduction faite desdites impenses.*

Il résulte de cet article, que la donation d'un héritage faite à un enfant, contient la charge tacite du rapport de l'héritage en nature, dans le cas où il viendra à la succession du donateur; qu'il s'oblige tacitement envers le donateur, à ce rapport; qu'il devient débiteur de l'héritage *en essence et espèce in specie*.

L'enfant donataire sujet au rapport, n'est donc pas débiteur du rapport, de la valeur de l'héritage qui lui a été donné, il est débiteur de l'héritage même en essence et espèce; ce qui a été prescrit pour établir entre les enfants venants à la succession, une égalité parfaite, qui ne le seroit pas, si l'un pouvoit conserver de bons héritages, pendant que les autres n'auroient que de l'argent dont ils auroient souvent de la peine à faire un bon emploi.

Ce rapport *en essence et espèce* étant ordonné par la loi pour établir cette égalité, il s'ensuit qu'il ne doit pas plus être au pouvoir du donateur, de permettre à l'enfant donataire de retenir l'héritage, en rapportant seulement la valeur, que de le dispenser entièrement du rapport; car les conventions des particuliers ne peuvent donner atteinte à ce qui est ordonné par les lois : *Privatorum pactis juri publico non derogatur*.

Il est donc inutile d'agiter la question, si l'estimation qu'un père met aux héritages qu'il donne à son fils ou à sa fille, est censée mise *venditionis causâ*, pour lui donner la faculté de retenir l'héritage, en rapportant l'estimation qui y est mise, puisque, quand même le père auroit eu cette intention, quand même il auroit voulu dispenser l'enfant, du rapport *en essence et espèce*, il n'étoit pas en son pouvoir de s'en dispenser. Ces estimations qu'on met dans les cou-

trats de mariage des enfants, n'empêchent donc point que les héritages donnés ne doivent être, nonobstant ces estimations, rapportés en essence et espèce.

L'enfant donataire d'héritages étant débiteur de l'héritage même en essence et espèce, il suit de là que cet héritage est aux risques de la succession à laquelle il doit être rapporté; qu'il doit y être rapporté tel qu'il se trouve au temps du rapport qui doit en être fait, soit qu'il se trouve meilleur et augmenté, soit qu'il se trouve pire et déprécié, pourvu que ce soit sans le fait ni la faute de l'enfant; et qu'enfin, s'il étoit péri entièrement sans le fait ni la faute de l'enfant, cet enfant seroit libéré de l'obligation du rapport.

Ceci est conforme à un principe touchant la nature des obligations d'un corps certain : *Species debita solvi debet qualis est. Lucrum et periculum circa speciem debitam spectat creditorem, obligatio speciei extinguitur rei debitæ interitu. Passim tit. de peri. et comm. rei vend., tit. de legatis., tit. de solutio., tit. solut. matrim.*

Nous allons développer plus en détail ces principes : 1° l'héritage sujet à rapport doit être rapporté avec les améliorations et augmentations qui s'y trouvent au temps du rapport, si ce sont des augmentations naturelles qui n'aient rien coûté au donataire débiteur du rapport; la succession à laquelle le rapport en est dû, en profite en pur gain, comme s'il s'est fait sur cet héritage quelque accrue de bois, si des futaies ont profité, s'il s'y est fait une alluvion, etc.

Si ce sont des augmentations industrielles qui aient été faites par le donataire, et qui lui aient coûté de la dépense, l'héritage doit, à la vérité, être rapporté avec ces augmentations; mais, comme c'est un principe d'équité, que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, *neminem æquum est locupletari cum alterius detrimento*, la succession doit faire raison à l'enfant qui rapporte l'héritage, de ce qui lui en a coûté, non pas néanmoins toujours de tout ce qui lui en a coûté, mais jusqu'à concurrence seulement de ce que la succession en profite, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de ce que l'héritage est estimé en être plus précieux au temps du rapport qui en doit être fait.

En cela, les impenses utiles sont différentes des impenses nécessaires, car les nécessaires faites par l'enfant donataire sur l'héritage qu'il rapporte, doivent lui être remboursées, non pas seulement jusqu'à concurrence de ce que l'héritage

en est devenu plus précieux, mais entièrement, quand même le fruit de ces impenses auroit été détruit par quelque cas fortuit survenu depuis, et que par-là la succession n'en profiteroit pas. Par exemple, si une grange nécessaire à une métairie donnée à l'enfant tomboit en ruine, et que cet enfant l'ait fait rétablir, quoique par la suite elle ait été incendiée par le feu du ciel, et que par cet événement la succession ne profite pas de la dépense qu'il a faite, elle ne laissera pas d'être tenue de lui faire raison de ce qu'il en a coûté ou dû coûter à cet enfant, pour la reconstruction de cette grange, parce que c'étoit une impense nécessaire, qu'en la faisant, il faisoit le bien de la succession future, à laquelle la métairie devoit être rapportée, qu'en fait d'impenses nécessaires, *sufficit quod ab initio utiliter gestum sit; licet utilitas non duraverit*; que, si la donation n'avoit pas été faite, le donateur auroit lui-même fait cette impense, et ce qu'il en auroit coûté se trouveroit de manque dans la succession, et que la succession conséquemment profite de ce que cette somme qui s'y seroit trouvée de manque, s'y trouve : *In tantum locupletiozem donatoris hæreditatem fecit in quantum ejus pecuniæ pepercit.*

A l'égard des impenses purement voluptuaires que le donataire a faites sur l'héritage sujet à rapport, comme elles n'en augmentent point le prix, et qu'en conséquence la succession ne profite pas de ces impenses, elle n'est point obligée d'en faire aucune raison à l'enfant qui les a faites, mais elle doit au moins lui permettre d'enlever et d'emporter ce qui peut s'enlever *sine rei detrimento*, et en rétablissant les choses en l'état qu'elles étoient lorsque l'héritage a été donné.

On ne doit point non plus lui faire raison de toutes les impenses usufructières et d'entretien, car *sunt onera fructuum*; ce sont des charges de la jouissance qui lui a appartenu.

L'enfant n'a que la voie de rétention pour les impenses dont la succession doit lui faire raison; c'est pourquoi notre coutume dit que, *si lesdits cohéritiers ne veulent pas rembourser, est tenu rapporter seulement l'estimation desdits héritages, eu égard au temps que division et partage sont faits entre eux, déduction faite desdites impenses.*

2° Lorsque l'héritage sujet à rapport a été diminué, ou déprécié sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, il suf-

fit, comme nous l'avons dit, de le rapporter tel qu'il est; la succession doit supporter ces pertes, de même qu'elle profite des augmentations. Par exemple, si la rivière a emporté des terres, si les inondations les ont ensablées, si les arbres ont été abattus par les grands vents, il suffira de rapporter l'héritage tel qu'il se trouve. Pareillement, si une maison a été incendiée, il suffira de rapporter la place et les matériaux échappés aux flammes; si c'est par la faute des locataires que l'incendie est arrivé, l'enfant doit encore rapporter les actions qu'il peut avoir contre les locataires, pour les dommages et intérêts résultants de l'incendie, et ce qu'il peut avoir reçu d'eux en conséquence de ses actions, etc.

Que si c'étoit par la faute du donataire sujet au rapport, que l'héritage fût détérioré, comme si une maison tomboit en ruine, faute par lui de l'avoir entretenue; si des vignes étoient en basses façons, faute par lui de les avoir fumées, provignées, encharnellées, il seroit tenu de faire raison à la succession, de ces dégradations, suivant le dire d'experts.

3° Si l'héritage sujet à rapport est entièrement péri sans sa faute, comme si la rivière l'a emporté, il est entièrement libéré du rapport. Que si la chose a péri par sa faute, comme s'il a laissé prescrire les rentes qui lui ont été données, il est tenu de faire raison à la succession, de cette perte, et d'en rapporter l'estimation.

4° Si la chose sujette à rapport a été plutôt convertie en une autre chose, qu'elle n'a été totalement perdue; si cette conversion s'est faite sans le fait ni la faute de l'enfant donataire, son obligation de rapporter en essence et espèce la chose qui lui a été donnée, se convertit en celle de rapporter la chose en laquelle celle qui lui a été donnée, a été convertie. Par exemple, si le débiteur de la rente foncière qui lui avoit été donnée, a déguerpi l'héritage sujet à la rente, si les rentes qui lui avoient été données lui ont été remboursées, son obligation de rapporter ces rentes, se convertit en celle de rapporter l'héritage qui lui a été déguerpi pour la rente, ou les deniers du rachat de celles qui ont été amorties.

L'enfant qui souhaiteroit retenir l'héritage qui lui a été déguerpi, lequel seroit augmenté de bonté depuis le déguerpiement qui lui en a été fait, pourroit-il le retenir, en offrant de continuer à la succession une rente foncière

sur cet héritage, telle que celle qui lui avoit été donnée ? Non, étant devenu une fois débiteur de l'héritage à la place de la rente, par la conversion qui s'est faite de la rente en l'héritage, il ne doit pas être en son pouvoir de changer son obligation; les augmentations qui sont survenues en l'héritage déguerpi dont le rapport est dû à la succession, doivent être au profit de la succession, de même que s'il étoit diminué et déperri, elle en auroit souffert la perte; le rapport doit remettre les choses en l'état qu'elles seroient, si la rente n'avoit pas été donnée: or, si elle ne l'avoit pas été, le déguerpissement auroit été fait au donateur; et l'héritage déguerpi se trouveroit en sa succession; il y doit donc être rapporté.

Que si cette conversion s'étoit faite par son fait ou sa faute; comme s'il avoit accepté le rachat d'une rente qui n'étoit point rachetable, ou le déguerpissement de la part d'un débiteur qui n'avoit pas la faculté de déguerpir, il ne se feroit point de conversion de cette obligation, il demeureroit toujours obligé au rapport en essence et espèce de la chose qui lui a été donnée; et, faute de le pouvoir faire, la chose n'existant plus, il devoit rapporter l'estimation de ce que cette chose vaudroit au temps du partage, si elle subsistoit encore.

5° Lorsque l'enfant donataire a aliéné l'héritage qui lui a été donné, si cette aliénation a été nécessaire, comme s'il a été obligé par un arrêt du conseil, de vendre pour la construction d'une place publique, la maison qui lui a été donnée; ou si on lui avoit donné une portion d'un héritage indivis avec un tiers qui, par la licitation, auroit été adjugé en entier à ce copropriétaire: en ces cas et autres semblables, son obligation de rapporter la chose en essence et espèce, se convertiroit en celle de rapporter les sommes de deniers qu'il a reçues à la place.

Que si l'aliénation qu'il a faite de la chose qui lui a été donnée, a été volontaire, comme il ne doit pas dépendre de lui de changer l'objet de son obligation, il demeure, notwithstanding cette aliénation, débiteur du rapport de l'héritage en essence et espèce; et, faute par lui de pouvoir le rapporter, ne l'ayant plus, il doit rapporter l'estimation de ce qu'il vaut en l'état qu'il se trouve au temps du partage, sauf que si c'étoit par sa faute ou celle de ses successeurs à qui il l'a aliéné, qu'il fût détérioré, on devoit ajouter à l'estimation

de l'héritage, celle des dommages et intérêts résultants desdites dégradations dont il seroit pareillement tenu de faire raison à la succession. *Contra vice versa*, on doit, sur l'estimation de l'héritage, lui faire déduction des impenses nécessaires et utiles, suivant que nous l'avons expliqué ci-dessus, soit qu'elles aient été faites par lui, soit qu'elles aient été faites par ses successeurs.

Suivant ces principes, de même que si l'héritage sujet à rapport que l'enfant donataire a volontairement aliéné, se trouvoit au temps du partage, de plus grande valeur que le prix pour lequel il l'a vendu, soit parce que les biens-fonds seroient augmentés de prix, soit par des augmentations naturelles et intrinsèques survenues dans cet héritage, il ne suffiroit pas à l'enfant d'offrir le rapport du prix pour lequel il l'a vendu; de même *vice versa*, si cet héritage se trouve de moindre valeur au temps du partage, que le prix pour lequel il a été vendu, soit parce que les biens-fonds seroient diminués de prix, soit par les détériorations et diminutions survenues dans cet héritage, par cas fortuit, comme par incendie, inondation, etc., les cohéritiers de l'enfant obligé au rapport seront tenus de se contenter du rapport de la somme que se trouve valoir l'héritage en l'état qu'il est au temps du partage, et ne pourront pas exiger le rapport de toute la somme pour laquelle l'enfant donataire l'a vendu.

Par la même raison, si l'héritage sujet à rapport étoit entièrement péri par cas fortuit, quoique depuis la vente que l'enfant en a faite, comme si c'est un pré que la rivière a emporté, cet enfant sera entièrement déchargé de l'obligation du rapport, et profitera du prix qu'il l'a vendu, sans être obligé d'en rien rapporter. Il n'est point extraordinaire en droit, que le débiteur d'un corps certain profite ainsi de la perte totale de la chose par lui due.

Il reste une question de savoir, si les cohéritiers à qui le rapport d'un héritage donné à leur cohéritier est dû en *essence et espèce*, peuvent évincer un tiers acquéreur à qui il l'auroit vendu? La raison de douter est, que l'enfant donataire n'ayant la propriété de l'héritage, qu'à la charge du rapport, il semble qu'il n'a pu le transférer à ce tiers acquéreur, qu'à la même charge. Il faut néanmoins décider que les cohéritiers n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs; ces cohéritiers qui viennent à la succession d'un père commun, d'une mère commune, doivent se contenter

de précompter à leur héritier la valeur de l'héritage qu'il a aliéné, plutôt que de l'exposer à des recours de garantie, en agissant contre l'acquéreur qui a acquis de lui : *Res non sunt amarè tractandæ inter personas conjunctas.*

Tout ce que nous avons établi jusqu'à présent sur le rapport des héritages donnés à l'un des enfants, a lieu dans les coutumes de Paris et d'Orléans, et dans celles qui n'ont point de dispositions contraires; il y a des coutumes qui disposent autrement, et qui permettent au donataire de rapporter le prix pour lequel l'héritage lui a été donné lorsque l'estimation en a été faite sans fraude, où le prix qu'il valoit lors de la donation. *Cout. de Sens, Auxerre.*

On suit, pour le rapport des offices et des meubles, des principes tout différents de ceux que nous venons d'établir pour le rapport des héritages et rentes. L'enfant donataire d'un office ou d'un meuble, n'est point obligé à rapporter en essence et espèce les choses qui lui ont été données, mais seulement à rapporter la somme qu'elles valoient lorsqu'elles lui ont été données, et la somme qui lui a été donnée pour s'y faire recevoir; la raison de différence par rapport aux offices, est tirée de l'indécence qu'il y auroit à déposséder un officier, s'il étoit obligé au rapport de son office en essence et espèce. A l'égard des meubles, ces choses étant de nature à se consommer, au moins à se déprécier par le temps, il n'est pas convenable que le rapport en soit dû en essence et espèce.

Le donataire d'un office ou de choses mobilières, n'étant point débiteur du rapport des choses même qui lui ont été données, mais seulement du prix qu'elles valoient lorsqu'elles lui ont été données, il suit de là que ces choses sont à ses risques, et non point aux risques de la succession; et que quand même elles périroient, quand même l'office seroit supprimé, l'enfant ne devoit pas moins rapporter le prix qu'elles valoient lorsqu'elles lui ont été données.

Il suit de là pareillement que le donataire ne pourroit éviter le rapport de ce prix, en offrant le rapport de ces choses en essence.

De ce que l'office est aux risques de l'enfant auquel on l'a donné, il suit aussi qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Observez que, s'il étoit justifié qu'un père ou une mère

avoit porté les meubles qu'il donnoit à l'un de ses enfants, au-dessous de leur juste valeur, les cohéritiers pourroient l'obliger à rapporter non-seulement la somme portée au contrat, mais la juste valeur; il est néanmoins permis à un père de donner son office à son fils, pour le prix qu'il lui a coûté, quoiqu'il ait augmenté de valeur, et qu'il se trouve d'un plus grand prix lorsqu'il en fait la donation; on tolère ces petits avantages, pour donner lieu aux pères de maintenir le nom de leur famille: c'est ce qui a été jugé par l'arrêt de Tambonneau, rapporté par Lebrun.

Il suit de la raison que nous venons de rapporter, que cette décision ne doit avoir lieu que pour les charges de judicature propres à conserver l'honneur du nom du défunt; un père ne pourroit donc pas donner de même à son fils un office de procureur ou de receveur des tailles, pour le prix qu'il lui auroit coûté, s'il valoit davantage au temps de la donation. Lebrun, *ibid.*

Par la même raison, si le fils, à qui le père a donné un office augmenté de prix, pour le prix qu'il lui a coûté, ne s'y fait pas recevoir, et le revend incontinent, il doit rapporter le prix qu'il valoit lors de la donation, et pour lequel il l'a revendu.

Il nous reste à parler des offices de la maison du roi, gouvernements et autres semblables offices. Lorsqu'un père, revêtu d'un pareil office, le résigne, sous le bon plaisir du roi, à un de ses enfants, cet enfant ne doit aucun rapport ni de l'office ni d'aucune estimation de l'office; la raison est, que ces offices sont de simples commissions révocables à la volonté du roi, qui ne sont point censés *in commercio*, *in bonis* des particuliers; le père, en faisant passer un pareil office à son fils, ne lui a rien fait passer de ses biens, et par conséquent il ne peut y avoir lieu au rapport; d'ailleurs, ces offices étant *res extra bona*, *res extra commercium* par leur nature, ils ne peuvent être compris dans la masse des biens de la succession: ils ne sont donc pas rapportables, ni en essence, ni le prix à leur place; car, n'étant pas *in commercio*, ils n'ont pas proprement de prix.

Que si le père n'avoit pas l'office, et qu'il eût déboursé quelque somme de deniers, pour le faire avoir à son fils, c'est une donation qu'il a faite à son fils, de cette somme de deniers, laquelle est sujette à rapport.

## §. VIII. De l'effet du rapport, et de l'alternative de moins prendre.

Lorsque l'héritage donné à l'un des enfants est par lui rapporté réellement, et tombe au lot de quelqu'un de ses cohéritiers, l'effet du rapport est que le droit que le donataire avoit en l'héritage qu'il a rapporté, se résout; qu'il est censé être de la succession du donateur, comme s'il n'avoit point été donné; que le cohéritier au lot duquel il tombe, est censé succéder à cet héritage au défunt, comme s'il n'avoit jamais appartenu à son frère qui l'a rapporté, et par conséquent sans aucune charge des hypothèques et droits réels que le donataire qui l'a rapporté y auroit pu imposer.

Ces droits réels et hypothèques se résolvent, en ce cas, de la même manière que se résout le droit du donataire qui les a imposés, suivant la règle *soluto jure dantis solvitur jus accipientis*.

Cette décision a lieu, quand même les partages n'auroient été faits que par acte sous seing-privé. *Lebrun, Traité des successions, Tit. de rapp., sect. 4.*

Le rapport des héritages ne se fait pas toujours réellement; la coutume donne à l'enfant donataire l'alternative de moins prendre en héritages de pareille valeur et bonté. Lorsque le donataire veut jouir de cette alternative, le rapport ne se fait que par fiction; c'est-à-dire, qu'on ajoute seulement à la masse des biens de la succession, l'héritage qui est sujet au rapport, pour le prix qu'il vaut au temps du partage, afin de fixer le montant de toute la masse, et de régler à quoi doivent monter les parts que chacun des cohéritiers doit y avoir: ce rapport fictif étant fait, le donataire retient sur la part qu'il doit avoir dans ladite masse, l'héritage sujet à rapport, sur le prix qu'il est estimé, et prend d'autant moins dans les biens de la succession. Par exemple, s'il y a quatre héritiers, que la masse des biens, y compris l'héritage qu'il y a rapporté par fiction et distraction faite du préciput de l'aîné, monte à 400,000 liv.; que l'héritage sujet à rapport ait été estimé 80,000 liv.; en retenant cet héritage pour ladite somme de 80,000 liv., il ne lui restera plus à prendre dans les biens délaissés par le défunt, que la somme de 20,000 liv., pour achever les 100,000 liv., à laquelle somme monte la part de chacun des héritiers; il y prendra donc 80,000 liv. de moins que chacun de ses cohé-

ritiers, étant rempli de cette somme de 80,000 liv., par l'héritage sujet à rapport qu'il retient.

Il n'est pas toujours au pouvoir de l'enfant donataire, de retenir l'héritage qui lui a été donné, en moins prenant dans le surplus des biens de la succession; il faut, pour qu'il puisse jouir de cette alternative, qu'il y ait dans la succession, des héritages à peu près égaux en bonté à celui qu'il doit rapporter, et en quantité suffisante pour que chacun de ses cohéritiers puisse à peu près s'égaliser à lui; c'est ce que signifie la coutume, par ces termes, *ou moins prendre en héritages de pareille valeur et bonté*; sans cela, il ne peut pas jouir de l'alternative de moins prendre, et il ne peut se dispenser de rapporter réellement; car, lorsqu'il n'y a pas assez d'héritages égaux en bonté au sien, pour égaler à peu près ses cohéritiers, il est évident que l'égalité seroit blessée, s'il étoit dispensé de rapporter réellement, et qu'il lui fût permis de conserver ce qu'il y a de meilleur, pendant que ses cohéritiers auroient de mauvais biens.

## ARTICLE III.

Du rapport en succession collatérale, et de l'incompatibilité des qualités d'héritier et légataire.

§. I. Variétés des coutumes sur ce rapport, et auxquelles on doit s'arrêter.

Les coutumes sont différentes, sur le rapport en succession collatérale. Il y a quelques coutumes qui désirent la même égalité entre les héritiers collatéraux qu'entre les enfants, et en conséquence obligent les héritiers collatéraux, de même que les enfants, à rapporter les donations entre vifs qui leur auroient été faites: telle est la coutume de Blois; telles sont les coutumes d'Anjou et du Maine, qui y obligent les collatéraux héritiers présomptifs, comme les enfants même dans le cas auquel ils renonceroient à la succession.

Les coutumes de Paris, d'Orléans, et la plupart des autres coutumes, n'obligent point les héritiers collatéraux, au rapport des donations entre vifs qui lui auroient été faites par le défunt; mais elles ne permettent pas qu'on soit en même temps héritier et légataire.

Il y en a qui permettent expressément d'être héritier et légataire.

Il y en a qui ne s'en expliquent pas.

C'est une question à l'égard de celles-ci, si on doit y adopter la disposition de la coutume de Paris et des autres qui la défendent ? Il a été jugé pour la coutume de Vermandois, qu'on ne devoit pas les y étendre : *Arrêt rapporté par Lebrun*, ce qui me paroît bien jugé ; car ces coutumes, comme nous le verrons ci-après, n'étant fondées que sur des raisons arbitraires qui ne sont point prises dans la nature des choses ni dans aucune équité naturelle, ne doivent point être étendues hors de leur territoire, ni restreindre dans les provinces qui n'y sont pas soumises, la liberté naturelle que chacun a de disposer comme bon lui semble de ses biens. D'ailleurs, n'y ayant pas d'uniformité sur ce point, dans les différentes coutumes, il n'y a pas de raison de suivre plutôt celle de Paris qu'une autre ; et on ne peut pas dire que sa disposition générale contienne le droit général du pays coutumier, qu'il faille suivre dans les coutumes qui ne s'en sont point expliquées.

Dans la variété des coutumes, pour décider si l'héritier peut prendre dans la succession le prélegs qui lui est fait, doit-on suivre la coutume du lieu où le testateur avoit son domicile, ou celle du lieu où l'héritage légué est situé ? Cette question dépend de celle de savoir, si la coutume qui défend d'être héritier et légataire, est un statut personnel, ou un statut réel ; c'est un principe constant dans notre jurisprudence, que nous ne regardons comme statuts personnels, que ceux qui ont pour objet l'état des personnes, comme ceux qui règlent la tutelle des mineurs, la majorité, l'âge et la capacité de tester et autres semblables ; les autres statuts qui ont pour objet les choses, la manière d'y succéder, leur disponibilité, etc., sont statuts réels : telle est la loi qui ne permet pas d'être héritier et légataire ; elle a pour objet les choses dont elle ordonne un partage égal entre les héritiers qui y succèdent, sans qu'il soit permis au défunt d'en avantager l'un plus que l'autre par testament : or, c'est un autre principe également constant, que les statuts réels exercent leur empire sur toutes les choses situées dans leur territoire indifféremment, à l'égard de toutes sortes de personnes. C'est donc la coutume du lieu où l'héritage légué est situé, qui doit décider, et non celle du lieu où le testateur avoit son domicile. C'est pourquoi, si un testateur demeurant dans la coutume de Reims, qui permet les prélegs faits aux héritiers, lègue à un de ses

héritiers un héritage situé dans le territoire de la coutume de Paris, ce legs ne sera pas valable, parce que la coutume de Paris, qui défend ces prélegs, exerce son empire sur tous les héritages situés en son territoire indifféremment à l'égard de toutes sortes de personnes, et par conséquent, même à l'égard de ce Rémois; au contraire, un Parisien peut faire un prélegs d'un héritage situé à Reims, parce que la coutume de Paris, qui défend les prélegs, ne peut avoir d'empire que sur les héritages situés dans son territoire, et ne peut empêcher le prélegs d'un héritage situé dans une coutume qui le permet.

Si ce legs étoit de choses mobilières ou autres qui n'ont point de situation, et suivent la personne à qui elles appartiennent, en ce cas, ce seroit la coutume à laquelle la personne du testateur est soumise, c'est-à-dire, celle du domicile que le testateur avoit lors de son décès, qui décidera la validité ou l'invalidité du legs.

§. II. De la disposition des coutumes de Paris et d'Orléans, sur l'incompatibilité des qualités d'héritier et de légataire, et en quel cas elle peut avoir lieu.

La coutume de Paris, art. 500, s'explique ainsi : *Aucun ne peut être héritier et légataire d'un défunt ensemble, et l'art. 501, peut toutefois entre vifs être donataire et héritier en ligne collatérale.*

Notre coutume d'Orléans, art. 288, s'explique à peu près de même.

Ces dispositions ne sont fondées sur aucune incompatibilité naturelle qu'il y ait entre les qualités d'héritier et de légataire; il y en a bien une entre ces deux qualités, pour la portion à laquelle on succède comme héritier; on ne peut pas être légataire d'une chose, pour la portion à laquelle on y succède en qualité d'héritier; car, ayant acquis cette portion en qualité d'héritier, je ne peux pas l'acquérir une seconde fois en qualité de légataire, *quod meum est, meum amplius fieri non potest*; je ne peux pas être créancier comme légataire de la chose qui m'est léguée, pour la portion dont j'en serois, comme héritier, le débiteur, ces deux qualités de créancier et de débiteur, se détruisant dans une même personne; mais si le legs fait à un héritier, ne peut pas, par la nature des choses, valoir pour la part qu'il a lui-même dans la chose léguée; si ces deux qualités sont incompati-

bles pour cette portion, la nature des choses n'empêche nullement que le legs fait à l'héritier ne soit valable pour les portions de ses cohéritiers, dans la chose léguée : *Legari à semetipso non potest, à cohærede potest.*

La disposition de nos coutumes sur ce point n'est donc pas fondée dans la nature même des choses; elle n'est pas fondée non plus sur aucune raison d'équité naturelle; car ce n'est point une chose contraire à l'équité naturelle, que, lorsqu'un de nos héritiers présomptifs nous a été plus attaché que les autres, nous a rendu plus de service, nous puissions lui témoigner l'affection particulière que nous avons pour lui, par quelque présent qu'il puisse prendre, malgré sa part dans notre succession.

Cette disposition a pour seul fondement, l'inclination de notre droit françois, à conserver l'égalité entre les héritiers, comme un moyen de conserver la paix et la concorde dans les familles, et d'en exclure les jalousies auxquelles donneroient lieu les avantages que l'on feroit à l'un des héritiers par-dessus les autres. Il étoit d'autant plus important de maintenir cette égalité à l'égard d'hommes guerriers et féroces, tels qu'étoient nos ancêtres, plus susceptibles que d'autres de jalousie, et toujours prêts à en venir aux mains et aux meurtres, pour les moindres sujets.

Les coutumes d'égalité qui ne permettent pas à l'un des héritiers présomptifs de conserver l'avantage qui lui est fait, même en renonçant à la succession du défunt qui le lui a fait, sont celles qui paroissent avoir le mieux conservé l'esprit de notre ancien droit sur ce point.

Nos coutumes, en permettant à l'héritier présomptif, de conserver les avantages qui lui sont faits, en renonçant à la succession, paroissent avoir abandonné en cela l'esprit de notre droit ancien, et en avoir seulement retenu la lettre par cette subtilité, que la loi défendant les avantages aux héritiers, celui qui renonçoit à la succession, n'étant point héritier au moyen de sa renonciation, ne se trouvoit plus compris dans la prohibition de la loi.

Nous ne donnons pas pour cela la préférence aux coutumes d'égalité sur les nôtres; si les nôtres se sont écartées de l'esprit de notre ancien droit, dont l'observance n'étoit plus nécessaire depuis que nos mœurs se sont adoucies, elles se sont rapprochées de la liberté du droit naturel, qui nous permet de disposer de nos biens à notre volonté, et de témoi-

gner une affection particulière à ceux de nos parents qui ont mieux mérité de nous; nos coutumes, en se rapprochant en cela du droit naturel, n'ont pas néanmoins voulu, par respect pour les anciens usages, paroître abandonner l'ancien droit françois; c'est pourquoi elles en ont conservé la lettre, en défendant les avantages entre héritiers qui viendroient ensemble à la succession de celui qui les a faits.

Il résulte de tout ceci, que nos coutumes, lorsqu'elles disent qu'*aucun ne peut être héritier et légataire*, n'entendent autre chose qu'ordonner l'égalité entre les héritiers qui viennent ensemble à la succession des biens d'un défunt, en leur ordonnant de conférer et laisser à la masse des biens qu'ils ont à partager, tous les legs qui auroient été faits à quelqu'un d'eux.

Elles n'exigent pas néanmoins une égalité si parfaite entre les collatéraux qu'entre les enfants; car elles obligent les enfants à conférer à la masse commune, non-seulement ce qui auroit été légué à quelqu'un d'eux, mais même ce qui lui auroit été donné entre vifs directement ou indirectement, au lieu qu'elles n'obligent les héritiers collatéraux, qu'à laisser à la masse commune ce qui a été légué à quelqu'un d'eux, et non point ce qui auroit été donné entre vifs à quelqu'un d'eux; se contentant qu'il y ait égalité entre eux dans les biens de la succession qu'ils ont à partager, et ne faisant point d'attention à ceux qui, ayant été donnés entre vifs, ne font plus partie de cette succession.

Au surplus, c'est une espèce de rapport que nos coutumes ordonnent entre les héritiers ascendants ou collatéraux, comme entre les enfants, sinon que celui ordonné pour les enfants héritiers s'étend à plus de choses, s'étendant même à ce qui leur a été donné entre vifs.

La vraie interprétation de ces termes, *aucun ne peut être héritier et légataire*, est donc celle-ci: *Aucun ne peut prétendre, à titre de legs, aucune chose des biens auxquels il a part comme héritier; mais il doit laisser les choses qui lui sont léguées, et les conférer à la masse commune qu'il a à partager avec ses cohéritiers.*

La disposition de cette coutume établissant un rapport qu'un héritier est obligé de faire à ses cohéritiers, des choses qui lui sont léguées, il suit de là que, pour qu'elle ait lieu, il faut être héritier de l'espèce de biens dont on est légataire,

et avoir des cohéritiers dans cette espèce de biens, auxquels on puisse être obligé de conférer ce qui en a été légué.

De là il suit que celui qui est héritier de biens d'un défunt, situés dans une coutume, et qui n'est point appelé à la succession des biens de la même personne, situés dans une autre coutume, peut être légataire de ces biens, comme le pourroit être un étranger; car, n'étant point appelé par la coutume du lieu, à la succession de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens. Par exemple, si une personne qui a laissé des frères et un neveu, avoit des biens situés à Orléans, où la représentation a lieu; et à Blois, où elle n'a pas lieu, ce neveu, qui est héritier avec les frères du défunt, aux biens situés à Orléans, pourra être légataire des biens situés à Blois, parce que la coutume n'admettant point la représentation, il n'est point héritier de ces biens. Cela a été ainsi jugé par les arrêts.

Il y a quelques auteurs qui ont prétendu que le neveu au moins ne pouvoit être légataire d'une plus grande portion dans les biens situés à Blois, que celle à laquelle il auroit succédé, s'il eût été appelé à la succession de ces biens, avec les frères du défunt; mais cette opinion n'est fondée sur rien, et il faut décider qu'il peut être légataire de ces biens, de la même manière que le pourroit être un étranger; et, par conséquent, si ces biens situés à Blois sont des acquêts, il peut être légataire du total, comme le pourroit être un étranger; la raison en est évidente: il ne peut être obligé à conférer ces biens qui lui sont légués, ni par la coutume de Blois, ni par celle d'Orléans; la coutume de Blois ne l'y oblige pas, puisqu'elle n'oblige à ce rapport que les héritiers; elle n'interdit la qualité de légataire qu'à des héritiers, et elle ne le reconnoît pas pour héritier. Il n'y peut être non plus obligé par la coutume d'Orléans, qui ne peut ordonner un rapport des biens situés hors de son territoire, et sur lesquels elle n'a aucun empire.

Suivant le même principe, un frère consanguin ou utérin qui succède avec les frères germains du défunt, aux biens situés dans la coutume de Paris, qui ne donne aucune prérogative au double lien, peut être légataire des acquêts situés dans la coutume d'Orléans, desquels il n'est point héritier.

Si l'héritier étoit appelé à la succession, par l'une et l'autre coutume, pourroit-il, en acceptant la succession

des biens qui lui sont déferés par l'une de ces coutumes, répudier la succession des biens qui lui est déferée par l'autre coutume, dans laquelle sont situées les choses qui lui sont léguées, afin de pouvoir en être légataire ? Les avis des commentateurs sont partagés sur cette question ; elle dépend de celle que nous avons agitée ailleurs, si on peut accepter la succession d'un défunt, pour les biens qui sont déferés par une coutume, et la répudier pour ceux déferés par une autre coutume. J'y renvoie.

Du principe que nous avons établi, qu'il faut, pour que la disposition de nos coutumes ait lieu, être héritier de l'espèce de biens dont on est légataire, il suit que celui qui est héritier aux seuls propres d'une ligne, *putà*, aux propres paternels, peut être légataire des meubles et acquêts ; car, n'étant point héritier de ces biens, il est étranger par rapport à ces biens, et par conséquent rien ne l'empêche d'en être légataire. D'ailleurs, les héritiers aux meubles et acquêts n'étant point ses cohéritiers, ne peuvent lui demander qu'il fasse le rapport de son legs, qu'il le laisse en masse commune, puisque ces héritiers ne sont point les cohéritiers de ce légataire, et n'ont aucune masse commune à partager avec lui ; ses cohéritiers aux propres paternels ne peuvent l'exclure de sa part en la succession des propres paternels, en lui opposant sa qualité de légataire, puisqu'ils n'y ont aucun intérêt ; et que, s'il est légataire, il ne l'est pas à leurs dépens, étant légataire de biens auxquels il n'a pas droit de succéder. *Vice versa*, les héritiers aux meubles et acquêts ne peuvent pas, pour l'exclure du legs, lui opposer la qualité d'héritier aux propres paternels, n'ayant aucun intérêt à cette qualité qui leur doit être étrangère, puisque, quand le légataire renonceroit à cette qualité, ils n'en profiteroient pas.

Par les mêmes raisons, on doit décider qu'un héritier aux meubles et acquêts, et propres maternels, peut être légataire du quint des propres paternels.

Quoique ces raisons soient très-décisives, il faut néanmoins convenir que la jurisprudence n'est pas bien constante sur ces questions, qu'elles ont été diversement jugées par les arrêts, et qu'il y en a même quelque moderne qui a jugé contre notre sentiment ; mais je ne pense pas qu'il doive être suivi.

Un frère consanguin qui succède avec les frères germains

du défunt, à ses propres paternels, peut-il être légataire des meubles et acquêts ? Les raisons sur lesquelles nous nous sommes fondés, pour décider la question précédente, ne se rencontrent pas toutes ici ; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espèce, que ceux à qui il demande la délivrance de son legs, ne soient pas ses cohéritiers, puisqu'il succède avec eux aux propres paternels ; on ne peut pas dire, comme dans l'autre espèce, qu'ils n'ont aucun intérêt qu'il soit héritier ou non, puisque, s'il ne l'étoit pas, sa part dans les propres paternels leur accroîtroit. Nonobstant cela, il y a une raison suffisante pour décider, comme dans la question précédente, que cet héritier peut être légataire ; cette raison est, qu'il n'est point héritier à l'espèce de biens dont il est légataire : or, suivant le principe que nous avons établi ci-dessus, il faut, pour que la disposition de nos coutumes ait lieu, être héritier de la même espèce de biens dont on est légataire ; car, sans cela, les qualités d'héritier et de légataire ne se trouvent pas concourir.

La coutume n'empêche quelqu'un d'être légataire, que dans les biens dans lesquels il prend part en qualité d'héritier ; c'est ce que signifie cette ancienne règle, *aucun ne peut être aumônier*, c'est-à-dire, légataire, et *parsonnier*, c'est-à-dire, et avoir part en qualité d'héritier ; la coutume, en prononçant qu'aucun ne peut être légataire et héritier, ne veut autre chose qu'obliger les héritiers à rapporter, conférer, laisser en masse commune les choses qui leur sont léguées ; elle suppose donc que les choses léguées font partie d'une masse à laquelle ils ont droit de prendre part en qualité d'héritiers ; donc celui qui n'a aucun droit d'y prendre part, en qualité d'héritier, qui n'en est point héritier, en peut être légataire, quoiqu'il soit héritier d'une autre espèce de biens.

Nous avons déjà observé une première différence entre le rapport qui a lieu entre les héritiers de la ligne directe, et ceux de la collatérale, qui est que celui qui a lieu dans la ligne collatérale, ne s'étend, par nos coutumes, qu'aux legs faits à quelqu'un d'eux, au lieu que celui qui a lieu dans la ligne directe, s'étend même aux avantages faits par donations entre vifs.

Il y a une seconde différence qui est qu'entre enfants, un enfant est tenu, non-seulement de rapporter ce qui est donné ou légué à lui-même, mais même ce qui est donné

ou légué à ses enfants, ce qui est donné à sa femme, à son mari, lorsqu'il profite de la donation, etc. ; au contraire, entre héritiers collatéraux, chacun n'est obligé de rapporter et conférer que ce qui lui a été légué à lui-même ; le legs fait à l'un des héritiers n'est pas valable, mais celui fait à quelqu'un des enfants de l'un des héritiers, est valable. *Arrêt de Louet, let. D. n. 17.* Celui fait à sa femme, est valable, quoiqu'il en profite, et qu'il tombe en sa communauté.

La raison de ces différences est, que les biens d'une personne n'étant pas dus à ses héritiers collatéraux, comme ils le sont à ses enfants, on n'a pas jugé à propos d'observer l'égalité entre les héritiers collatéraux avec le même scrupule qu'entre les enfants.

Il y a néanmoins quelques coutumes qui ne permettent pas de léguer aux enfants de l'héritier collatéral, comme Touraine, *art. 301*, et les coutumes d'égalité.

Par la même raison, dans ces coutumes, les legs faits à la femme de l'héritier, et généralement tous ceux dont l'héritier profiteroit indirectement, doivent être rapportés.

## ARTICLE IV.

De la manière dont on procède au partage, et des licitations.

Les partages se font à l'amiable, par acte par-devant notaire, ou même souvent par acte sous seing privé, ou bien ils se font par le juge, ce qui s'observe assez souvent lorsque quelqu'un des copartageants est mineur.

Lorsque les parties sont majeures, et qu'elles ne peuvent néanmoins s'accorder sur le partage, le juge, sur la demande de l'une d'entre elles, les renvoie par-devant quelqu'un de leurs parents ou amis communs, sur la liste qu'ils en donnent, pour, par lesdits parents ou amis communs, faire le partage, et régler leurs contestations.

Quoique quelqu'une des parties soit mineure, on ne laisse pas néanmoins assez souvent de renvoyer devant les parents et amis communs, pour éviter les frais d'un partage en justice.

Chacun des cohéritiers peut demander à avoir sa part en espèces, des meubles de la succession, aussi bien que des immeubles ; pour cela, les cohéritiers font entre eux des lots de ces meubles, ou, lorsqu'ils ne peuvent s'accorder sur la manière de les composer, ils les font faire par quelque

expert convenu entre elles, telles que sont nos revendeuses publiques, ou qu'ils font nommer par le juge, lorsqu'ils n'en peuvent convenir.

On fait autant de lots qu'il y a de copartageants; s'ils ne conviennent pas entre eux sur le choix des lots, ils les tirent au sort.

S'il y avoit des dettes et autres charges de la succession, pour l'acquittement desquelles la vente des meubles fût nécessaire, aucun des héritiers ne seroit recevable à en empêcher la vente et à en demander le partage, qu'il n'offrit deniers suffisants pour la part dont il est tenu desdites dettes et charges.

S'il n'étoit pas nécessaire de vendre tout pour l'acquittement desdites charges et dettes, un des héritiers seroit bien fondé à demander qu'il n'en fût vendu que jusqu'à concurrence nécessaire, et qu'on commençât par la vente des effets périssables, et de ceux qui sont les moins précieux.

C'est encore une opération des partages, que le compte mobilier. On appelle compte mobilier, le compte des sommes dont chacun des cohéritiers est obligé de faire raison à ses cohéritiers, et de celles dont il lui doit être fait raison. Nous avons expliqué en quoi elles consistoient ci-dessus.

Après le compte mobilier, on dresse une masse de tous les héritages et autres immeubles dont la succession est composée, et on les y couche pour une certaine somme à laquelle on les a estimés.

Cette estimation peut se faire à l'amiable, lorsque tous les copartageants sont majeurs, et qu'ils en conviennent; quand ils ne conviennent pas de l'estimation, ils la font faire par un ou plusieurs experts dont ils conviennent, ou qu'ils font nommer par le juge, lorsqu'ils ne conviennent pas.

Lorsque quelqu'un des copartageants est mineur, l'expert doit être nommé devant le juge.

On ajoute à cette masse les héritages et autres choses sujettes à rapport, lorsqu'il y en a; et ces héritages sujets à rapport, doivent être estimés de la même manière que ceux laissés par le défunt en sa succession.

On doit distinguer et estimer séparément dans cette masse, les biens nobles, lorsque c'est une succession directe, et qu'il y a un aîné qui y a une portion avantagée, ou lorsque c'est une succession collatérale, et qu'il y a des mâles qui excluent les filles dans ces biens.

Il ne faut point comprendre dans cette masse, le manoir et le vol de chapon que l'aîné a choisi, car on ne comprend dans la masse, que ce qui est à partager.

Lorsqu'il y a différentes espèces de biens auxquels différents héritiers succèdent, on en doit faire autant de masses et de partages séparés.

Lorsque la masse des biens qui sont à partager, est composée et fixée, on voit ce qui revient à chacun des copartageants dans cette masse, qu'on distribue, s'il est possible, en autant de lots qu'il y a de copartageants, et on assigne à chacun un lot.

Il n'est guère possible que les effets du lot assigné à chacun des copartageants, monte précisément à la somme qui lui revient dans la masse; lorsqu'il monte à une somme plus forte, on le charge d'un retour envers quelqu'un de ceux des copartageants dont le lot se trouve plus foible que la somme qui leur revient dans la masse : *vice versâ*, si les effets dont le lot assigné à l'un des copartageants est composé, monte à une somme moindre que la somme qui lui revient dans la masse, on l'en récompense par un retour dont on charge envers lui le lot le plus fort.

Le commissaire aux partages, qui compose ces lots, doit observer de morceler le moins qu'il peut les héritages de la succession, et de composer les lots d'héritages de proche en proche.

Il assigne à chacun le lot qui lui est le plus convenable : souvent on les fait tirer au sort.

Il y a des coutumes où c'est l'aîné qui fait les lots, et le plus jeune qui choisit. Telle est celle d'Anjou, *art. 279*.

Lorsqu'il n'y a à partager qu'un seul corps d'héritage qui ne peut commodément se partager en autant de portions qu'il y a de copartageants, ou même lorsqu'il y en a plusieurs, mais qu'il n'y en a pas assez pour composer des lots, eu égard au grand nombre de copartageants, les parties ont coutume de convenir de la licitation, ou la font ordonner par le juge, lorsque quelqu'une des parties n'y consent pas, ou est mineure.

On appelle licitation, l'adjudication qui se fait d'un héritage à celui des cohéritiers qui l'a porté au plus haut prix qu'il est condamné de payer à chacun de ses cohéritiers, pour la portion qu'ils ont chacun dans l'héritage sa portion confuse.

Lorsque les parties sont majeures, cette licitation se fait chez un notaire; elle se fait entre les seuls copartageants; on n'admet point de personnes étrangères à enchérir.

Néanmoins si quelqu'un des cohéritiers remontre qu'il n'a pas le moyen d'enchérir, et requiert en conséquence que les enchères des étrangers soient admises, ses cohéritiers doivent y consentir; et, s'ils n'y consentent pas, il peut le faire ordonner par le juge.

Lorsqu'on est convenu de cette licitation, ou que le juge l'a ordonnée, on expose des affiches qui annoncent le jour, et le notaire chez qui se fera la licitation, l'héritage qui est à liciter, ses charges, les conditions sous lesquelles se fera la licitation, afin que chacun puisse porter son enchère.

Lorsque quelqu'un des copartageants est mineur, la licitation doit être ordonnée par le juge, et elle ne le peut qu'il ne soit constant par un rapport d'experts, ou par la nature même de la chose, que l'héritage ne se peut partager.

La licitation ne se fait pas en ce cas chez un notaire, mais à l'audience du juge, et l'adjudication pure et simple ne se fait qu'après trois remises.

Il est aussi de nécessité d'y admettre les enchères des étrangers.

#### ARTICLE V.

De l'effet des partages et licitations, et des actions de garantie qui en naissent.

##### §. I. De l'effet des partages.

Le principal effet du partage, est de déterminer la portion de chacun des cohéritiers, et de la restreindre aux seuls effets qui lui sont assignés pour son lot, de manière que chaque cohéritier soit censé avoir seul succédé immédiatement au défunt, à tous les effets compris en son lot, n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans les lots de ses cohéritiers. Le partage n'est donc pas considéré comme un titre d'acquisition par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avoient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot, mais c'est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des

cohéritiers, qui n'étoit qu'héritier en partie, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assigneroit un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeoit.

Chaque héritier n'acquiert donc rien par le partage de ses cohéritiers; il tient tout du défunt immédiatement.

De là il suit, 1° que les partages ne donnent aucune ouverture aux profits féodaux ni censuels, suivant que nous l'avons vu en notre Traité des fiefs.

De là il suit, 2° que les hypothèques des créanciers de chacun des cohéritiers, se restreignent aux seules choses qui étoient dans le lot de leur débiteur, et qui sont susceptibles d'hypothèques, et qu'elles s'évanouissent et s'éteignent entièrement lorsqu'il n'est échu au lot de leur débiteur, que des choses mobilières et non susceptibles d'hypothèques, et qu'en conséquence, chacun des cohéritiers n'est aucunement tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

De tout ceci, il suit aussi que chacun des cohéritiers n'a pu hypothéquer à ses créanciers, le droit qu'il avoit dans la succession qui lui est échue, que tel qu'il l'avoit : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* : l. 54, ff. de R. J. Or, chacun des cohéritiers n'avoit, avant le partage, qu'un droit indéterminé dans les biens de la succession, qui devoit se restreindre et se déterminer aux effets qui lui échoient par le partage pour son lot; les hypothèques de ses créanciers doivent donc pareillement se restreindre et se déterminer aux seuls effets compris en son lot, qui sont susceptibles d'hypothèque, et s'évanouir entièrement, s'il ne lui échoit en son lot aucunes choses qui en soient susceptibles; le cohéritier, n'étant censé avoir succédé qu'à ce qui échoit en son lot, n'a pu hypothéquer à ses créanciers que les effets qui lui échoient dans son lot; et rien, s'il ne lui échoit dans son lot aucune chose susceptible d'hypothèque. D'ailleurs, comme nous l'avons observé, chaque cohéritier étant censé tenir du défunt tout ce qui est échu en son lot, et ne tenir rien de ses cohéritiers, il suit de là qu'il ne peut être tenu des hypothèques des créanciers de ses cohéritiers.

Il faut néanmoins convenir que notre jurisprudence est, en ce point, contraire au droit romain; la chose qui échoit au lot d'un cohéritier ou autre copropriétaire, demeure

chargée des hypothèques que l'autre cohéritier ou copropriétaire avoit imposées sur la portion indivise qu'il y avoit avant le partage : *l. 6, §. 8, ff. commun. divid.* La raison de cette différence vient de la différente manière de considérer le partage. Dans le droit romain, on le considéroit comme une acquisition respective que chaque copartageant fait des portions que ses copartageants avoient avant le partage dans les effets qui échoient en son lot ; au contraire, par notre jurisprudence, le partage n'est point considéré comme une acquisition, mais de la manière que nous l'avons dit. Notre jurisprudence est beaucoup plus commode que le droit romain ; les hypothèques étant extrêmement multipliées parmi nous, on n'auroit pu faire aucun partage sûrement, si on ne se fût écarté du droit romain.

Il résulte de ceci, que les créanciers d'un cohéritier ayant un très-grand intérêt au partage de la succession échue à leur débiteur, peuvent y intervenir, et empêcher qu'on ne fasse tomber dans le lot de leur débiteur, rien que des choses mobilières non susceptibles d'hypothèque.

#### §. II. Des différentes espèces de retour de partage.

Nous avons vu, dans l'article précédent, que lorsqu'un lot étoit trop fort, on le chargeoit d'un retour envers quelqu'un des cohéritiers dont le lot étoit trop foible.

Ce retour consiste, ou dans une rente dont on charge le lot trop fort, ou dans une somme d'argent, suivant que les copartageants en conviennent.

Lorsque ce retour consiste dans une rente ; par exemple, lorsqu'il est dit par le partage, que sur un tel lot il retournera à l'autre 20 livres de rente, cette rente est une vraie rente foncière dont tous les héritages compris en ce lot sont chargés, à moins qu'on ne soit convenu de n'en charger qu'un des héritages de ce lot.

Le cohéritier envers qui le lot est chargé de ce retour de rente, a donc sur les héritages du lot, qui en sont chargés, tous les privilèges du seigneur de rente foncière, que nous expliquerons en parlant du contrat de bail à rente.

Cette rente n'est pas rachetable, à moins qu'on ait stipulé, par une clause de partage, qu'elle le pourroit être.

En ce cas, comme la faculté de rachat ne vient point de la nature de la rente qui, nonobstant cette clause, a toujours la nature de rente foncière, mais uniquement de la

convention, il suit de là que le droit de la racheter est sujet à la prescription de trente ans, et que si le cohéritier débiteur de cette rente n'use pas du droit de la racheter pendant ledit temps de trente ans, il ne peut être recevable au rachat.

La rente dont un lot est chargé par le partage, étant une rente foncière, il suit de là que ce n'est pas tant le cohéritier à qui le lot chargé de cette rente est échu, qui en est le débiteur, que ce sont les héritages de ce lot, qui en sont chargés. Le cohéritier ne doit donc cette rente, que comme détenteur des héritages de ce lot; il peut donc s'en libérer en offrant de les déguerpir, à moins qu'il n'y eût clause par le partage par laquelle il se seroit obligé à fournir et faire valoir cette rente, car cette clause exclut le déguerpissement, et oblige personnellement celui qui a subi cette obligation, suivant que nous le verrons au Traité du déguerpissement.

Par la même raison, si le cohéritier à qui est échu le lot chargé de cette rente, a aliéné tous les héritages de ce lot, et n'en possède plus rien, il cesse d'être tenu de cette rente; si néanmoins le partage contenoit la clause de fournir et faire valoir la rente, il y demeureroit subsidiairement obligé, au cas que le créancier ne pût s'en faire payer sur les héritages qui en sont tenus.

Lorsque le lot trop fort a été chargé de retourner une somme d'argent à quelqu'un des cohéritiers dont le lot étoit trop foible, ce retour est une dette personnelle du cohéritier à qui le lot chargé de ce retour est échu; il contracte, par le partage, cette dette envers son cohéritier envers qui il en est chargé.

Cette dette doit se payer dans les termes portés par le partage; et, s'il n'est fait mention d'aucun terme, elle est exigible incontinent.

Le cohéritier à qui ce retour est dû, a une hypothèque privilégiée sur tous les effets du lot qui en est chargé; cette créance, quoique mobilière et exigible, lui produit des intérêts qui courent du jour du partage, quand même ils n'auroient point été stipulés.

Le cohéritier qui en est débiteur, ayant dès ce jour la jouissance de tous les héritages compris en son lot, doit payer dès ce jour les intérêts de cette somme, qui est le prix de ce qu'il a d'héritages de plus qu'il ne lui revenoit dans la masse; car tout débiteur d'une somme qui est le

prix d'héritages dont il jouit, en doit, *ex natura rei*, les intérêts du jour qu'a commencé sa jouissance, n'étant pas juste qu'il jouisse tout à la fois et de l'héritage et du prix; c'est ce que nous avons établi en notre Traité du contrat de vente, et cela ne souffre aucune difficulté.

Lorsque le lot trop fort est chargé envers un autre cohéritier, de lui retourner une somme, et que tout de suite par le partage on lui constitue une rente pour le prix de cette somme; par exemple, s'il est dit que celui à qui un tel lot écherra, retournera à un tel autre lot la somme de 400 liv., pour le prix de laquelle somme il lui fera 20 liv. de rente, cette rente n'est point une rente foncière; car, dans cette espèce, le retour consistoit en une somme de deniers; les héritages compris dans le lot chargé de retour, n'ont point été chargés du retour d'une rente; c'est le cohéritier chargé du retour de la somme de deniers, qui, pour le prix de cette somme qu'on n'a point exigée de lui, en a constitué une rente envers le cohéritier envers qui il étoit chargé de ce retour.

Cette créance est donc une rente constituée, une rente personnelle; le créancier à qui elle est due n'a point pour cette rente les privilèges attribués aux seigneurs de rente foncière; cette rente est toujours rachetable, l'étant par sa nature; mais, d'un autre côté, le cohéritier qui en est le débiteur, ne cesse point d'en être principalement tenu, quoiqu'il ait aliéné les héritages compris dans son lot; car c'est lui qui en est personnellement et principalement débiteur, les héritages n'y sont qu'hypothéqués par privilège; par la même raison, il est évident qu'il ne pourroit s'en libérer, en offrant le déguerpissement des héritages de son lot.

#### §. III. De la garantie de partage.

De l'égalité qui doit être entre les héritiers qui partagent une même succession et un même patrimoine, naît l'obligation qu'ils contractent réciproquement les uns envers les autres, de se garantir la libre possession des effets qui étoient dans le lot de chacun; car il est évident que cette égalité seroit blessée, si l'un des cohéritiers souffroit l'éviction d'effets échus en son lot, et qu'il ne fût pas récompensé de cette perte par ses cohéritiers; puisqu'il se trouveroit avoir une portion dans la succession, moindre que la leur.

Cette obligation de garantie est établie par la *loi 14, cod. fam. erisc.* Quelques coutumes en ont des dispositions; et il n'est pas douteux qu'elle a lieu dans celles qui ne s'en expliquent pas, étant fondée sur une équité naturelle.

Elle a lieu de quelque manière que le partage ait été fait, à l'amiable, ou par le juge, ou même lorsque le défunt a fait lui-même le partage de ses biens entre ses enfants, même dans les provinces où les prélegs sont permis; car la présomption est que le père, en faisant ce partage entre ses enfants, a voulu l'égalité entre eux.

Pour que l'éviction soufferte par un cohéritier, donne lieu à cette garantie, il faut, 1° qu'elle procède d'une cause ancienne et qui existât au temps du partage, et non d'une cause survenue depuis; 2° qu'elle ne procède point de la nature de la chose donnée par le partage, pour être de telle nature; 3° que le cohéritier ne l'ait pas souffert par sa faute; 4° que ce ne soit pas une espèce d'éviction qui ait été exceptée de l'obligation de la garantie, par une clause particulière du partage.

Nous disons, 1° que l'éviction doit procéder d'une cause ancienne, et qui existât au temps du partage. Par exemple, s'il est échu dans le lot d'un cohéritier, un héritage qui fût hypothéqué à un créancier de celui qui l'avoit rendu au défunt, et que cet héritier ait souffert l'éviction de cet héritage sur l'action hypothécaire de ce créancier, cette éviction donnera lieu certainement à la garantie de partage; car elle procède de l'hypothèque que ce créancier avoit dès le temps du partage sur cet héritage, et par conséquent d'une cause qui existoit au temps du partage.

Au contraire, si j'ai souffert l'éviction d'une pièce de terre échue à mon lot, qu'on m'a prise pour y faire un grand chemin, il n'y a pas lieu à la garantie de partage, quoique je n'aie pu obtenir du prince aucun dédommagement; car cette éviction procède d'une cause nouvelle et survenue depuis le partage, dont, par conséquent, mes cohéritiers ne me sont point garants; les héritages qui me sont échus par mon lot de partage, devant être à mes risques depuis le partage. Cette pièce de terre dont j'ai souffert l'éviction pour une cause survenue depuis le partage, m'étoit, lors du partage, aussi avantageuse que les effets échus dans le lot de mes cohéritiers, qui n'ont souffert aucune éviction, et par conséquent le partage ne contient aucune inégalité pour la-

quelle il puisse m'être dû aucune récompense; mais l'héritage qui, dès le temps du partage, étoit hypothéqué à un créancier, et par conséquent sujet à l'éviction, étoit, dès ce temps, un effet qui ne m'étoit pas si bon que les effets échus dans les lots de mes cohéritiers, qui n'étoient sujets à aucune éviction; dès ce temps, mon lot n'étoit pas si bon que les leurs : il y avoit, dès ce temps, inégalité qui donne lieu à la garantie, pour que j'en sois récompensé.

Nous avons dit, 2° que pour qu'il y ait lieu à la garantie de partage, il falloit que l'éviction ne procédât pas de la nature même de la chose donnée par le partage, pour être de telle nature. Par exemple, s'il m'est échu dans mon lot la seigneurie utile d'une maison, pour le temps de quinze ans qui en restoit à expirer, et qu'elle ait été déclarée telle par le partage, l'éviction que je souffre de cette maison, par l'expiration des quinze années qui en restoit à expirer, ne donne lieu à aucune garantie de partage; car c'est une éviction qui procède de la nature même de la chose qui a été donnée pour telle par le partage, y ayant été déclarée réversible au bout de quinze ans.

Cette éviction ne donne aucune atteinte à l'égalité qui doit être entre les lots, car elle est entrée en considération, et la chose sujette à cette éviction en a été estimée d'autant moins.

Que si elle n'avoit pas été déclarée réversible par le partage, ou qu'elle eût été déclarée réversible après un temps plus long que celui après lequel elle l'étoit effectivement, il n'est pas douteux qu'en ce cas il y auroit lieu à la garantie.

Nous avons dit, en troisième lieu, qu'il falloit que l'éviction ne fût pas arrivée par sa faute; car, en ce cas, il doit s'imputer à lui-même la perte qu'il souffre; il est juste que ce soit lui qui souffre de sa propre faute, et non ses cohéritiers. C'est pourquoi si un cohéritier, après avoir été mis en possession d'une pièce de terre, par le partage, en laisse usurper la possession par son voisin, et qu'après la possession acquise au voisin, par an et jour, il donne la demande en revendication contre ce voisin, dans laquelle il succombe, faute de justifier qu'elle lui appartint, il n'y a pas lieu à la garantie contre ses cohéritiers; car c'est par sa faute qu'il souffre l'éviction de cette pièce de terre, il auroit pu la conserver, s'il n'en avoit pas laissé usurper la possession.

Un autre exemple d'éviction soufferte par la faute du cohéritier, c'est lorsqu'il a omis d'opposer une prescription qui lui étoit acquise contre la demande sur laquelle il a été évincé. Mais, s'il a eu soin, comme il le doit, d'appeler en garantie ses cohéritiers lorsqu'il a été assigné, ses cohéritiers ne pourront pas lui opposer cette faute; car, étant appelés en garantie, ils étoient tenus de le défendre, et, par conséquent, d'opposer toutes les prescriptions qui pouvoient être opposées contre la demande, et, par conséquent, ils ne sont pas recevables à opposer au cohéritier qui a souffert l'éviction, qu'il n'a pas opposé cette prescription; car, étant tenus eux-mêmes de l'opposer, ils ne peuvent être recevables à lui opposer une faute qui leur est commune avec lui.

Enfin, nous avons dit, 4° qu'il falloit que ce ne fût pas une espèce d'éviction qui ait été exceptée de la garantie, par une clause particulière du partage, comme par exemple, si une métairie est assignée dans un lot avec cette clause; que de cette métairie dépend un minot de terre située en tel endroit, pour raison duquel il y a contestation avec le voisin, dont celui à qui le lot écherra se défendra comme il pourra. On peut imaginer mille autres exemples.

Lorsque les conditions que nous avons requises concourent, il y a lieu à la garantie, et il n'importe quelle espèce d'éviction le cohéritier ait soufferte.

Il n'importe que ce soit ou sur une action de revendication de la part du vrai propriétaire de l'héritage qui lui a été donné en son lot, comme appartenant à la succession, quoiqu'il ne lui appartint pas, ou sur une action *ex testamento* de la part d'une personne qui y avoit droit en vertu d'une substitution ouverte à son profit, par la mort du défunt, ou sur quelqu'autre action que ce soit.

Pareillement, il y a lieu à la garantie, soit que le cohéritier ait souffert l'éviction entière de l'héritage, soit qu'il ait été obligé de se soumettre à quelque charge réelle, ou à quelque servitude dont il étoit chargé, sans que cette charge ou servitude ait été déclarée par le partage; car c'est une espèce d'éviction qu'il souffre; puisqu'il ne peut avoir une possession aussi pleine et aussi libre de l'héritage, qu'elle lui avoit été donnée par le partage.

Il faut excepter de cette décision, les charges seigneuriales dont les héritages sont chargés par la coutume des lieux, et

les servitudes visibles. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient déclarées par le partage, pour exclure l'action de garantie, parce que le cohéritier a dû les prévoir.

*Vice versa*, si quelqu'héritage a été donné par partage à un cohéritier, comme ayant quelques droits de servitude sur des héritages voisins, et qu'il soit jugé que cet héritage n'avoit point ces droits, c'est une éviction qu'il souffre, qui donne lieu à la garantie.

En bref, toutes les fois que les choses échues en mon lot ne sont pas telles qu'elles ont été déclarées être par le partage, et que j'ai intérêt qu'elles le soient, il y a lieu à la garantie de partage, quand même je ne souffrirois pas d'éviction, comme si l'héritage qui est échu dans mon lot est d'une moindre continence que celle déclarée par le partage.

On demande si la connoissance que l'héritier auroit eue, lors du partage de la cause de l'éviction qui est survenue depuis, doit l'exclure de la garantie ? Il faut dire que non, si cette éviction à laquelle l'héritage étoit sujet n'est point entrée en considération dans le partage, et qu'il ait été estimé comme s'il n'y étoit pas sujet; car ce qui donne lieu à la garantie de partage, est l'inégalité que l'éviction cause, laquelle se rencontrant également dans le cas où le cohéritier qui a souffert l'éviction a eu connoissance de la cause de l'éviction, comme dans le cas auquel il n'en a pas eu connoissance, il doit y avoir également lieu à la garantie en l'un et l'autre cas.

Que s'il paroisoit que le cohéritier, au lot duquel l'héritage est tombé, eût été par le partage chargé des risques de l'éviction, que pour cet effet on lui eût donné l'héritage pour beaucoup au-dessous de sa valeur, en ce cas il n'est pas douteux qu'il n'y auroit pas lieu à la garantie.

Aussitôt qu'un héritier est assigné sur quelque demande tendante à éviction, il lui est important d'appeler incontinent en garantie ses cohéritiers : 1° parce qu'ils ne sont tenus de l'acquitter des frais pour la part dont ils sont héritiers, que du jour qu'ils sont appelés en cause, il n'a aucun recours contre eux pour tous ceux qui se font dans le temps intermédiaire; 2° s'il s'étoit laissé condamner sans avoir fait statuer en même temps sur la garantie, il pourroit arriver qu'il n'eût aucun recours contre eux; car, pour qu'il l'eût, il faudroit qu'il leur justifiât qu'il a été justement condamné,

sans quoi ses cohéritiers se défendroient valablement, en lui disant que s'ils avoient été appelés, ils auroient pu se défendre mieux que lui, et empêcher la condamnation intervenue contre lui; que d'ailleurs l'éviction qu'il souffre *per injuriam judicis*, est une éviction qui ne procède pas d'une cause existante au temps du contrat, mais d'une autre cause nouvelle, et qui ne peut par conséquent donner lieu à la garantie.

L'obligation de la garantie consiste en ce que chacun des cohéritiers est obligé, pour la portion dont il est héritier, d'indemniser son cohéritier, de la perte que lui a causé l'éviction. Par ce moyen, l'inégalité que l'éviction causoit dans les lots, est réparée. *Finge*: un homme laisse 12,000 liv. de biens qui sont partagés entre six cohéritiers qui ont chacun un lot de 2,000 liv.; l'un d'eux souffre une éviction de 600 liv. qui réduit son lot à 1,400 liv., chacun de ses cohéritiers est obligé de l'indemniser de cette perte, pour la portion dont il est héritier, c'est-à-dire, une sixième portion qui se monte à 100 liv.; il recevra donc 500 liv. de ses cinq cohéritiers, et il ne manquera plus sur son lot de 2,000 liv. que la somme de 100 liv.; et il manquera aussi sur le lot de 2,000 liv. de chacun de ses cohéritiers, la somme de 100 liv. qu'ils ont été obligés de lui donner, et, par ce moyen, l'égalité sera parfaitement rétablie entre eux.

Si quelqu'un des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction, a un recours de garantie, étoit insolvable, cette insolvabilité seroit une nouvelle perte qu'il souffriroit dans son lot, laquelle devoit pareillement être répartie entre lui et ses cohéritiers solvables. *Finge*: en retenant la même espèce que ci-dessus, que trois des cohéritiers contre qui celui qui a souffert l'éviction a recours, sont entièrement insolubles, cette insolvabilité lui cause une perte de 300 liv. qu'ils lui devoient pour leurs trois portions dont ils étoient tenus de la garantie; cette perte de 300 livres doit être partagée entre lui et les deux autres cohéritiers solvables, qui doivent en porter chacun 100 liv.

On suit d'autres principes à l'égard de la garantie des offices; car, comme l'office est aux risques de l'enfant à qui on l'a donné, il suit de là qu'il ne peut pas demander que ses cohéritiers lui fassent raison des taxes qu'il a été obligé de payer pour cet office.

Il en est encore autrement de la garantie des rentes, car

il y a lieu à cette garantie, lorsque la rente devient caduque par l'insolvabilité des débiteurs, quand même la caducité n'arriveroit que plus de cent ans après le partage; et cette caducité s'établit par la discussion des débiteurs et des biens sujets à la garantie.

Quelle est la raison sur laquelle peut être fondée cette garantie? Toutes les autres choses commencent, dès l'instant du partage, à être aux risques du cohéritier au lot duquel elles sont échues, si elles viennent à périr depuis le partage; comme, par exemple, si une maison brûle ou tombe de vétusté, ses cohéritiers ne lui en sont point garants, il en souffre la perte sans aucun recours. Pourquoi, de même, une rente qui lui sera échue depuis le partage, n'est-elle pas à ses risques? Pourquoi les cohéritiers lui sont-ils garants de sa caducité? La raison est, qu'une rente est un être successif, composé de parties qui doivent se succéder les unes aux autres, jusqu'au rachat qui s'en peut faire, et qui, de sa nature, doit durer jusqu'au rachat. Le cohéritier à qui elle est échue par le partage, ne l'a donc point entière, lorsqu'elle cesse d'être payable; il faut donc que ses cohéritiers la lui fournissent, en la lui continuant jusqu'au rachat. Il n'en est pas de même d'une maison ou autre chose, ces êtres ne consistent point dans une succession de parties: dès le premier instant que j'ai une maison, j'ai tout son être; si elle vient à périr par quelque cas fortuit, c'est une suite de sa nature. Les maisons, au contraire, comme tous les autres ouvrages des hommes, ne sont pas de nature à toujours durer.

Pour qu'il y ait lieu à cette garantie, il faut que ce ne soit pas la faute de l'héritier à qui la rente est échue, qu'elle soit devenue caduque, comme s'il avoit laissé prescrire les hypothèques qu'il auroit pour cette rente, s'il les a laissés éteindre en manquant de s'opposer au décret pour les conserver.

Cette garantie consiste en ce que chaque cohéritier est tenu de continuer la rente, pour la portion dont il est héritier, à celui à qui elle étoit échue, et de lui en payer, pour ladite portion, les arrérages anciens dont il n'a pu être payé.

Si quelqu'un des cohéritiers tenus de cette garantie étoit insolvable, l'insolvabilité devoit se répartir entre ceux qui sont solvables et celui à qui la garantie est due, suivant que nous l'avons dit ci-dessus.

Cette garantie de la caducité des rentes est quelquefois restreinte à un certain temps, ou même excluse par une clause du partage. Par exemple, on convient quelquefois que les copartageants ne seront point garants de la caducité des rentes qui arriveront dix ans après le partage, ou même absolument qu'ils n'en seront point garants.

Il y a aussi une garantie de fait pour les créances exigibles qui étoient par partage, à quelqu'un des héritiers; si, après avoir fait des diligences dans un temps convenable, il ne peut être payé, il a un recours de garantie contre ses cohéritiers, pour qu'ils l'indemnisent chacun pour leur portion héréditaire. Mais, s'il a manqué de se faire payer dans un certain temps suffisant, il n'a aucun recours, parce que c'est en ce cas sa faute de ne s'être pas fait payer, pendant que les débiteurs étoient peut-être en état.

L'action de garantie, comme toutes les autres actions, se prescrit par trente ans, qui ne commencent à courir que du jour qu'elle est ouverte, c'est-à-dire, du jour de l'éviction; et, à l'égard de la garantie de fait des rentes et autres créances, du jour que la caducité en a été constatée par la discussion des débiteurs.

§. IV. De l'hypothèque privilégiée pour les obligations résultantes du partage.

C'est encore un des effets du partage, que les biens échus au lot de chaque cohéritier soient hypothéqués par hypothèque privilégiée à toutes les obligations résultantes du partage, tels que sont, 1° le retour en deniers ou rentes dont ce lot seroit chargé; 2° l'obligation de garantie envers les cohéritiers auxquels sont échus les autres lots; 3° les rapports des sommes données ou prêtées à quelqu'un des cohéritiers; 4° enfin, toutes les prestations personnelles dont un héritier peut être tenu envers ses cohéritiers.

Le cohéritier créancier de ces choses a une hypothèque privilégiée sur tous les biens compris au lot de ses cohéritiers qui en sont débiteurs.

Cette hypothèque privilégiée a lieu, quand même le partage auroit été fait sous seing privé, car elle naît de la nature même de l'acte de partage; chaque cohéritier ne succède au défunt, aux biens échus à son lot, qu'à la charge de ces obligations; les biens y sont par conséquent affectés: il ne peut ni les aliéner ni les obliger à d'autres, que sous la même

charge sous laquelle il les a lui-même : *Cum nemo plus juris ad alium transferre possit quam ipse habet.*

Les tiers détenteurs, qui ont acquis d'un héritier les biens échus en son lot, peuvent prescrire contre cette charge, par la prescription de dix ans entre présents, et vingt ans entre absents, du jour de cette acquisition, si ces biens sont situés dans des provinces où cette prescription a lieu, ou par celle de trente ans, dans celle qui, comme la nôtre, n'en admet point d'autres.

Les cohéritiers qui ont ces hypothèques, doivent, pour interrompre cette prescription, donner l'action en interruption contre ces tiers détenteurs, pour faire déclarer les héritages par eux acquis et hypothéqués à toutes les obligations résultantes du partage, quand même les actions résultantes de ces obligations ne seroient pas encore ouvertes.

A l'égard de l'action hypothécaire aux fins de délaisser ou de payer, il est évident qu'elle ne peut être intentée contre ces tiers détenteurs, par les cohéritiers qui ont ces hypothèques, que du jour que les actions qu'ils ont sont ouvertes.

Les tiers détenteurs ne peuvent opposer la discussion contre cette action hypothécaire ; car l'hypothèque qu'ont les cohéritiers, pour les actions qu'ils ont résultantes du partage, n'est pas une simple hypothèque, mais une qualité de ces actions qui sont personnelles-réelles, *personales in rem scriptæ*, et ont lieu contre les détenteurs des biens affectés aux obligations du partage.

#### ARTICLE VI.

##### De la rescision des partages.

Les partages peuvent être rescindés pour les mêmes causes pour lesquelles se rescindent les autres actes, comme pour cause de violence, de surprise, d'erreur de fait.

Les mineurs qui sont lésés dans un partage, sont aussi restituables contre ce partage, comme ils le sont dans les autres actes dans lesquels ils sont lésés.

A l'égard des majeurs, la seule cause de lésion ne leur donne point le droit d'être restitués contre le partage, à moins qu'elle ne soit considérable. Il n'est pas nécessaire, néanmoins, qu'elle soit d'outre moitié, comme dans les autres contrats de commerce ; c'est une très-ancienne juris-

prudence, que la lésion du tiers au quart (c'est-à-dire, qui passe le quart) suffit pour restituer un majeur contre un partage. Car, quoique l'égalité doive être l'âme de tous les contrats de commerce, elle est encore requise avec plus d'exactitude dans les partages : tout notre droit français ne tend qu'à cette égalité.

Les partages peuvent être rescindés pour cause de cette lésion. 1° Quand même ils auroient été faits en justice.

2° Quoique les lots aient été tirés au sort; car l'intention des parties a été que les lots fussent égaux, et n'a pas été de faire un contrat aléatoire.

3° Quand même le partage auroit été qualifié par le notaire, de transaction. Il est vrai que, selon l'édit des transactions, on ne peut être restitué contre une transaction, pour quelque lésion que ce soit; mais cet édit ne s'étend pas à des actes qui n'ont de la transaction, que le nom, et qui au fond ne contiennent qu'un partage.

4° La vente qu'un des cohéritiers fait à l'autre, de sa part dans les immeubles de la succession, tenant lieu de partage, doit être aussi sujette à restitution, pour la seule lésion d'outre le quart. Que s'il vendoit ses droits successifs à son cohéritier, quoique cette vente tienne aussi lieu de partage, elle n'est guère sujette à rescision; car l'*incertum veris alieni* dont l'acheteur se charge, empêche qu'on ne puisse dire qu'il y a lésion, et met cet acte au rang des contrats aléatoires contre lesquels la restitution pour cause de lésion n'est pas admise.

Cette décision n'a lieu que lorsque les deux contractants n'étoient pas plus instruits l'un que l'autre, des droits de la succession.

La restitution contre les partages doit être demandée par les majeurs, dans les dix ans, de même que contre les autres actes.

L'effet de cette restitution est qu'on ordonne un nouveau partage; on pourroit quelquefois éviter, selon les circonstances, le nouveau partage, en faisant donner un supplément en argent ou héritage, à la partie lésée.

## CHAPITRE V.

## Des dettes et autres charges des successions.

## ARTICLE PREMIER.

Quelles sont les dettes et autres charges des successions?

1° Toutes les dettes du défunt résultantes des obligations qu'il avoit contractées, sont dettes de la succession.

Il faut distinguer entre ces dettes, les dettes d'une somme de deniers, les dettes d'une chose indéterminée : *putà*, si le défunt s'étoit obligé de donner à quelqu'un un cheval de 50 pistoles; et les dettes d'un corps certain et déterminé : *putà*, si le défunt s'est obligé envers quelqu'un de lui donner un tel cheval.

Il faut aussi distinguer les dettes mobilières de sommes exigibles, et les rentes dues par le défunt.

Il y a des dettes de la succession du défunt, qui n'ont jamais été dues par le défunt, parce qu'elles ne naissent qu'à sa mort, et qui ne laissent pas d'être dettes de la succession, parce que c'est le défunt qui les a contractées; tel est le douaire d'une certaine somme de deniers ou d'une rente viagère qu'il a constituée à sa femme; tel est le fidéicommiss de sommes ou de choses qu'il a été chargé de restituer après sa mort, etc.

2° Les frais funéraires du défunt sont charges de sa succession.

3° Les frais d'inventaire et tous ceux faits pour parvenir à la liquidation et partage des biens.

4° Les legs faits par le défunt sont aussi charges de la succession.

Il faut pareillement, à l'égard des legs, distinguer, comme nous avons fait à l'égard des dettes, les legs d'une somme de deniers, d'une chose indéterminée, et les legs d'un corps certain : nous verrons par la suite l'usage de cette distinction.

A l'égard des rentes foncières et autres redevances dont les héritages de la succession sont chargés, ce sont des charges particulières des héritages qui en sont chargés, plutôt que des charges de la succession, si ce n'est à l'égard des arrérages qui en ont couru jusqu'à la mort du défunt, lesquels sont dettes de la succession.

Il en est de même des profits et droits de centième denier. Ce sont charges particulières des héritages pour lesquels ces profits et droits son dus, dont sont tenus seulement ceux qui y succèdent. Que s'il en étoit dus d'anciens, ils seroient dettes de la succession.

## ARTICLE II.

De ceux qui sont tenus des dettes et charges des successions.

Les personnes qui sont tenues des dettes et charges d'une succession, et qui y contribuent, sont les héritiers, tous ceux qui sont à leurs droits, les donataires universels, les légataires universels, et tous successeurs universels tels qu'ils soient.

## §. I. Des héritiers.

Les héritiers, par leur qualité d'héritiers, succèdent à tous les droits tant actifs que passifs du défunt, et par conséquent, à toutes les obligations du défunt, à toutes les dettes.

Lorsqu'un défunt laisse différents héritiers à différentes espèces de biens, comme tous succèdent à la personne du défunt, et la représentent, ils succèdent tous aux dettes et obligations personnelles du défunt, telles qu'elles soient.

A l'exception de quelques coutumes, telles que celle d'Auvergne, on ne considère ni la cause, ni l'origine des dettes; on considère bien dans l'actif d'une succession, l'origine d'où les biens immeubles procèdent, mais on ne considère point ni la cause, ni l'origine du passif des successions; de ce principe naît la décision des questions suivantes :

Une personne a laissé dans sa succession un héritage qu'il a acheté, et dont il doit le prix, et il laisse un héritier aux meubles et acquêts, et un autre héritier aux propres; celui-ci sera-t-il tenu pour sa part héréditaire de la somme qui est due pour le prix de l'acquêt auquel il ne succède point, ou de la rente constituée pour ce prix? Sans doute; car, suivant notre principe, on ne considère point quelle est la cause des dettes; il suffit que le défunt ait laissé cette dette dans sa succession, pour que tous ses héritiers en soient tenus.

*Vice versa*, un homme, lors de sa mort, devoit à son vigneron le prix des façons faites de son vivant, à une maison de vignes, qui étoit un propre paternel; il laisse un héritier

au mobilier, et un héritier à ce propre paternel : ce dernier sera-t-il tenu seul de la somme due pour le prix des façons faites du vivant de celui auquel il succède ? La raison de douter est, que cet héritier aux propres paternels profite seul des fruits pour lesquels ces façons ont été faites ; que celui qui a les fruits en doit seul porter les charges, et par conséquent, le prix des façons, qui sont une charge des fruits, suivant ce principe du droit romain, *impensæ sunt onera fructuum*. La raison de décider, au contraire, qu'il n'en est pas seul tenu, et que l'autre héritier doit contribuer à cette dette, se tire de notre principe, qu'on ne considère point la cause ni l'origine des dettes ; qu'il suffit que le défunt ait laissé dans sa succession cette dette qu'il a contractée envers son vigneron, pour que tous ses héritiers qui lui succèdent à toutes ses obligations, en soient tenus. A l'égard de l'objection qu'on fait que l'héritier paternel qui recueille les fruits, doit payer les façons, qui sont une charge des fruits, la réponse est, que cette règle n'a d'application que lorsque les impenses ont été faites par une personne différente de celle qui recueille les fruits ; alors, suivant cette règle, celui qui recueille les fruits doit rembourser les façons, qui en sont une charge, à celui qui les a faites, lequel, en faisant ces façons, a fait l'affaire de celui qui a recueilli les fruits, *ejus negotium gessit non suum* ; mais, dans notre espèce, c'est la même personne qui a recueilli les fruits, et qui en a fait faire les façons ; car l'héritier qui les a recueillis est censé la même personne que le défunt qui les a fait faire ; il succède à l'héritage en l'état de façons qu'il se trouve lors de la mort du défunt ; il en doit profiter, et la règle que les impenses sont une charge des fruits, ne peut ici recevoir aucune application.

Un homme qui, lors de son mariage, n'avoit que des propres paternels, a constitué un douaire préfix à sa femme, d'une somme d'argent ou d'une rente viagère, les héritiers aux propres paternels en seront-ils seuls tenus ? La raison de douter est, que le douaire préfix tient lieu du coutumier dont ils auroient été seuls chargés. Il faut néanmoins décider, au contraire, que les héritiers aux meubles et acquêts y contribueront ; la raison est qu'on ne considère point la cause des dettes.

*Quid ?* si la femme, par le contrat de mariage, avoit le choix du préfix ou du coutumier ? Il dépendra de son choix que les héritiers aux meubles et acquêts en soient tenus ou

non ; car, si elle choisit le préfix, ils y contribueront ; si elle choisit le coutumier, comme il consiste dans un usufruit, qui est une charge réelle des propres qui y sont sujets, et que le mari avoit lors de son mariage, il n'est pas douteux que ceux qui succéderont à ces propres en seront seuls chargés.

Jacques, après avoir recueilli la succession aux propres de Pierre, son parent paternel, meurt, et laisse lui-même un héritier aux meubles et acquêts et propres maternels, et un autre aux propres paternels, l'héritier paternel, qui profite seul dans la succession de Jacques, de tout ce que Jacques a eu en actif de la succession de Pierre, doit-il être tenu seul des dettes passives de la succession de Pierre, qui se trouvent encore dues ? Non ; l'héritier maternel de Jacques, quoiqu'il ne profite en rien de la succession de Pierre, doit porter sa part des dettes de Pierre ; la raison en est, que les dettes du défunt deviennent les dettes de son héritier, qui a accepté sa succession ; les dettes de Pierre étant donc devenues les dettes de Jacques, l'héritier maternel de Jacques en doit sa part, et il n'importe que les dettes proviennent d'une succession échue à Jacques, dont un autre héritier que lui a tout le profit ; car, selon notre principe, on ne considère point dans les successions l'origine des dettes passives.

Cette décision devoit-elle être suivie, si Jacques avoit été seulement héritier bénéficiaire de Pierre ? La raison de douter est, que le bénéfice d'inventaire empêche la confusion des patrimoines du défunt et de son héritier bénéficiaire ; d'où il semble suivre que les dettes de la succession de Pierre ne sont point dettes de la succession de Jacques, son héritier bénéficiaire ; que, de même que Jacques n'auroit pu être poursuivi sur ses propres biens, pour les dettes de Pierre, de même l'héritier maternel de Jacques, qui ne succède qu'aux propres biens de Jacques, et qui ne succède à aucuns biens provenus de celle de Pierre, ne peut être tenu des dettes de Pierre ; que c'est l'héritier paternel de Jacques, qui trouve dans la succession de Jacques, tous les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, qui en doit seul être tenu. Néanmoins Auzanet, suivi par Lemaitre, décide que l'héritier maternel de Jacques doit contribuer aux dettes de Pierre. Sa raison est, que la séparation des patrimoines qu'est censé opérer le bénéfice d'inventaire, est

une fiction qui n'a lieu que vis-à-vis des créanciers de la succession bénéficiaire, pour les obliger à se venger sur les biens de la succession bénéficiaire, pour leurs créances, plutôt que sur ceux de l'héritier ; mais cela n'empêche pas que l'héritier bénéficiaire étant vraiment héritier du défunt, dont il est héritier bénéficiaire, ne soit vraiment débiteur de ce dont le défunt étoit débiteur, puisqu'il est de l'essence et de la qualité de l'héritier, de succéder à tous les droits actifs et passifs du défunt. Les dettes de la succession bénéficiaire sont donc vraiment devenues les dettes de l'héritier bénéficiaire, quoiqu'il ait le privilège de s'en libérer en abandonnant les biens de la succession bénéficiaire, et de renvoyer les créanciers à se venger sur ces biens. Que, si les dettes de la succession bénéficiaire de Pierre sont devenues vraiment les dettes de Jacques, tous les héritiers de Jacques en doivent être tenus : les créanciers de la succession bénéficiaire ne pourront, à la vérité, se venger sur les biens particuliers de Jacques ; mais l'héritier paternel de Jacques, qui possède les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, lorsqu'il aura payé lesdits créanciers, aura recours contre l'héritier maternel de Jacques, *judicio familiaris eriscundæ*, comme ayant payé une dette devenue de Jacques, et à laquelle l'héritier maternel de Jacques doit par conséquent contribuer.

On peut apporter un tempérament à la décision d'Auzanet, qu'on doit entrer dans la discussion du *quid utilius* de la succession générale de Jacques, s'il est de l'avantage de cette succession de retenir les biens de la succession bénéficiaire de Pierre, en payant les dettes de Pierre, ou s'il est au contraire de son avantage de les abandonner, pour s'en libérer ; et, en ce dernier cas, l'héritier maternel de Jacques ne sera point tenu de contribuer aux dettes de la succession bénéficiaire de Pierre, l'héritier paternel n'ayant pas dû, en ce cas, acquitter lesdites dettes, mais plutôt abandonner les biens.

*Quid ?* si Jacques étoit mort, à la vérité, après que la succession de Pierre lui est échue, mais avant que de s'être expliqué sur l'acceptation de cette succession, l'héritier maternel de Jacques pourroit-il se dispenser de contribuer aux dettes de la succession de Pierre, en disant qu'il n'entend point accepter du chef de Jacques, la succession de Pierre ? Cela ne dépendra pas de lui ; il faudra entrer dans

à la discussion de savoir si effectivement la succession de Pierre étoit avantageuse à Jacques ; et, s'il se trouve qu'elle l'étoit, l'héritier paternel de Jacques obligera l'héritier maternel à contribuer aux dettes de la succession de Pierre, devenues dettes de Jacques, qui sera réputé avoir été héritier de Pierre, dont la succession aura été trouvée lui être avantageuse.

Suivant le même principe, il faut décider que les héritiers aux meubles et acquêts de la femme, quoiqu'ils succèdent seuls pour l'actif, à la part de la femme en la communauté avec son mari, ne sont pas néanmoins seuls tenus de la moitié des dettes de cette communauté que doit porter la succession de la femme ; les héritiers aux propres de la femme, quoiqu'ils ne succèdent à rien des biens de la communauté, doivent porter leur part de ces dettes de la communauté, pour la moitié dont la succession de la femme est tenue, parce qu'on ne considère point l'origine des dettes, et qu'il suffit que ces dettes soient dettes de la femme, pour cette moitié, pour que tous ses héritiers en soient tenus.

Les reprises que le survivant a droit d'exercer sur la communauté, déduction faite de ce qu'il peut devoir à cette même communauté, sont-elles, pour la moitié dont le prédécédé qui n'en a pas de pareilles à exercer en est tenu, une dette de sa succession à laquelle son héritier aux propres, qui n'a rien à prétendre dans les biens de la communauté, doit contribuer ? Il semble que, suivant notre principe, il y doit contribuer ; car cette dette des reprises du survivant est une vraie dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement ; *actione pro socio*, pour la part qu'il a en la communauté ; c'est pourquoi, selon notre principe, ses héritiers qui sont *juris successores*, qui succèdent à toutes ses obligations, y doivent tous contribuer. Cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté par Brodeau, *lett. P, n. 13*, et c'est l'avis de Lebrun et de Renusson. Néanmoins plusieurs pensent aujourd'hui que l'héritier aux propres n'en doit pas être tenu ; ces reprises que le survivant a droit d'exercer leur paroissent devoir être regardées moins comme une créance, que comme donnant à celui qui les a, un droit plus fort dans la communauté qu'à le conjoint qui a ces reprises à exercer, lequel diminue d'autant celui de l'autre conjoint, qui n'en a pas de pareilles à exercer ; et qu'en conséquence, la succession du prédécédé ne doit pas être regardée comme

débitrice des reprises du survivant, mais plutôt comme n'ayant jamais été propriétaire d'autres choses dans les biens de la communauté, que de celles qui lui sont échues en son lot, après les prélèvements faits au profit du survivant; le surplus des biens de la communauté étant censé avoir toujours appartenu au survivant, qui avoit des reprises à exercer; que c'est une suite de l'effet déclaratif et rétroactif que notre jurisprudence donne aux partages.

Quand même cette opinion moderne seroit suivie, si les biens de la communauté se trouvoient n'avoir pas été suffisants pour acquitter les reprises de la femme, il n'est pas douteux que ce qui en manqueroit seroit une vraie dette de la succession du mari, à laquelle tous ses héritiers doivent contribuer.

Il paroît aussi qu'en cas de renonciation de la femme à la communauté, on ne peut, se dispenser de regarder les reprises de la femme en entier, comme une dette de la succession du mari, à laquelle doivent contribuer tous ses héritiers, à proportion de ce qu'ils amendent, et non pas seulement l'héritier aux meubles et acquêts qui succède aux biens de la communauté.

Le préciput de la femme, qui consiste en une somme de deniers, et stipulé à son profit, même en cas de renonciation, est pareillement une dette de la succession du mari, à laquelle tous les héritiers doivent contribuer lorsque la femme renonce à la communauté; que si elle l'accepte, il faut décider la même chose qu'à l'égard de ses reprises.

Quoique les rentes foncières ne soient pas dettes de la succession, comme nous l'avons observé en l'article précédent, mais charges particulières des héritages qui en sont chargés, néanmoins les arrérages qui en ont couru jusqu'au jour du décès du défunt, et qui étoient dus lors de son décès, sont dettes de la succession, et doivent être payés par tous les héritiers.

Cette décision a lieu, non-seulement pour les arrérages dont les termes étoient échus lors du décès, mais même pour ceux du terme courant, dont le terme n'est échu que depuis la mort; car, quoiqu'ils ne fussent pas encore exigibles lors du décès, le terme du paiement n'étant pas encore expiré, ils ne laissoient pas d'être dus, ces arrérages se comptent de jour à jour, et sont dus chaque jour: *Dies cedit, quavis dies solutionis nondum venerit.*

L'obligation de fournir et faire valoir la rente foncière que le défunt a contractée par la clause du bail qui lui a été fait de l'héritage, est une obligation personnelle du défunt, dont par conséquent tous ses héritiers sont tenus; mais, comme cette obligation n'est qu'accessoire et subsidiaire à la charge de l'héritage, au cas qu'il ne fût pas suffisant pour la prestation de la rente, les héritiers qui ne succèdent pas à l'héritage ne sont tenus que de cette manière; c'est pourquoi le créancier de la rente peut les assigner, non pour s'obliger directement à la continuation de la rente, mais pour reconnoître qu'ils y sont obligés subsidiairement, au cas que l'héritage qui en est chargé ne fût pas suffisant.

De là il suit que si l'héritier qui a succédé à cet héritage trouve qu'il ne vaut pas la rente, il peut, sur le refus que le créancier fera d'accepter le déguerpissement qu'il offrira faire de cet héritage, assigner les autres héritiers, pour qu'ils soient tenus de continuer avec lui la rente pour les portions qu'ils ont dans la succession, aux offres qu'il fera de leur déguerpir l'héritage pour lesdites portions.

Il faut bien prendre garde de confondre avec les rentes foncières, les rentes qui sont à prendre par assignat spécial sur un certain héritage; ces rentes sont dues principalement par la personne; l'obligation du fonds sur lequel elle est assignée n'est qu'accessoire à l'obligation personnelle pour la commodité de la perception de la rente; et, par conséquent, ce sont tous les héritiers qui en sont tenus chacun pour la portion qu'ils ont en la succession, et non pas seulement celui qui succède à l'héritage sur lequel est l'assignat.

La règle que nous avons établie, que tous les héritiers du défunt succèdent à toutes les dettes telles qu'elles soient, reçoit deux limitations.

La première est, que la dette d'un corps certain que le défunt a laissé, n'est due que par ceux qui y succèdent, et non par les héritiers qui succèdent à d'autres espèces de biens. La raison est, que de même que le défunt auroit cessé d'être tenu de la dette de ce corps certain, s'il eût cessé, sans son fait et sans sa faute, de le posséder, de même ceux de ses héritiers qui ne le possèdent point, qui n'y ont point succédé, ne peuvent être tenus de cette obligation. Il ne peut y avoir que ceux qui ont succédé qui en puissent être tenus.

De ce principe naît la décision de la question suivante : Une personne a vendu pour 10,000 liv. , à un marchand de bois , la coupe d'une futaie sur un de ses propres paternels , et est mort avant que le bois ait été coupé , et le prix payé , laissant un héritier au mobilier , et un héritier aux propres paternels , lequel de ces deux héritiers est-il tenu de l'obligation de livrer la futaie que le défunt a vendue , et auquel des deux héritiers la somme de 10,000 liv. , convenue pour le prix , est-elle due ? Il faut décider que c'est l'héritier aux propres qui est seul tenu de l'obligation de livrer la futaie , et de la laisser couper par le marchand , puisque c'est lui seul qui a succédé à cette futaie qui est encore sur pied sur l'héritage propre auquel il a succédé ; à l'égard des 10,000 liv. dues pour le prix convenu du marché de la futaie , elles ne sont pas dues à l'héritier aux propres qui est tenu de livrer la futaie , mais à l'héritier au mobilier ; car ces 10,000 livres ont commencé d'être dues au défunt , dès que le marché a été conclu , quoique la futaie vendue ne fût pas encore livrée.

Que si le défunt étoit débiteur d'un corps certain qu'il n'eût pas laissé dans sa succession , parce qu'il se seroit témérairement engagé à livrer ce corps certain qui ne lui appartenoit point et qu'il ne possédoit point , soit parce qu'il auroit cessé de le posséder par son fait , en l'aliénant ou en le laissant périr par sa faute ; en ce cas , il n'est pas douteux que tous ses différents héritiers aux différentes espèces de biens , succédroient à cette obligation du défunt.

La seconde limitation est , que dans plusieurs coutumes , telles que celle de Blois , de Tours , celui qui succède au mobilier est seul chargé des dettes mobilières ; c'est une suite de l'ancien esprit de notre droit coutumier ; cet esprit étant de conserver , autant qu'il étoit possible , les héritages dans les familles , on ne permettoit pas d'entamer les héritages pour les dettes , tant qu'il y avoit du mobilier pour les acquitter : c'est pourquoi , avant l'ordonnance de 1539 , les créanciers ne pouvoient saisir les héritages , pour être payés de leurs créances , avant la discussion des meubles. Pareillement , ceux qui succédoient aux héritages n'étoient point tenus des dettes , tant qu'il y avoit du mobilier pour les acquitter ; le genre de bien mobilier , peu considéré dans notre ancien droit , étant destiné pour les acquitter.

Il paroît même que c'est à l'acquittement de quelque

dette que ce fût, que ce mobilier étoit destiné. Depuis, cet ancien droit de faire porter au mobilier les dettes du défunt, a été restreint aux dettes mobilières; on n'en connoissoit guère autrefois d'autres, les rentes constituées étant, comme tout le monde sait, d'invention moderne, et ayant été regardées lors de leur commencement, comme des héritages sur lesquels elles étoient assignées.

Il résulte que ces coutumes sont conformes au plus ancien droit qui s'observoit dans le pays coutumier, et ce peut être une raison de douter si leur disposition ne devoit pas être suivie dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées sur la manière dont les différents héritiers doivent contribuer aux dettes. Nonobstant cela, il faut décider que, dans ces coutumes qui ne se sont pas expliquées sur cela, on doit plutôt suivre la disposition des coutumes qui, comme celle de Paris et d'Orléans, et plusieurs autres, font contribuer tous les différents héritiers à proportion du profit qu'ils ont dans la succession, à toutes les dettes mobilières et autres; la raison est, que cette disposition est beaucoup plus conforme que l'autre, aux principes de droit; tous les héritiers représentent la personne du défunt, succèdent à sa personne, *sunt juris successores*, et par conséquent ils doivent succéder à toutes ses obligations personnelles, pour leur part en la succession: cela a été ainsi jugé par arrêt rapporté par Brodeau sur Louet.

Un Blaisois, dont la coutume charge l'héritier au mobilier, de toutes les dettes mobilières, laisse en sa succession des propres situés à Blois, et d'autres situés dans l'Orléanois, dont la coutume fait porter toutes les dettes par tous les différents héritiers; et il laisse un héritier au mobilier, et un autre héritier aux propres situés tant dans le Blaisois que dans l'Orléanois: comment seront portées les dettes mobilières? Il faut que l'une et l'autre coutume ait son exécution: pour cela, l'héritier aux propres, conformément à la coutume d'Orléans, qui lui défère la succession des héritages situés dans son territoire, à la charge de porter sa part de toutes les dettes de la succession même mobilière, portera une part dans lesdites dettes, eu égard à la valeur des héritages situés à Orléans, par rapport à celle de toute la succession, et, par ce moyen, la coutume d'Orléans sera exécutée. Celle de Blois le sera aussi, en ce que cet héritier aux propres ne payera sa part des dettes mobilières, que

pour raison des propres situés à Orléans, et qu'il n'en payera aucune part pour raison de ceux qui sont situés à Blois; l'héritier au mobilier l'en acquittera, et payera seul toute la portion des dettes mobilières dont sont tenus tous les biens du défunt déferés par la coutume de Blois; par ce moyen, la coutume de Blois aura pareillement son exécution.

Dans les coutumes qui chargent l'héritier au mobilier, de toutes les dettes mobilières, en est-il tenu au-delà des forces du mobilier, lorsque le défunt a laissé des propres plus que suffisants pour les payer, auxquels un autre héritier succède? Il y en a qui pensent qu'il en est tenu, *ultra vires*, sans aucun recours contre l'héritier aux propres, et on prétend qu'il y a quelque arrêt qui l'a ainsi jugé. J'aurois de la peine à être de ce sentiment qui me paroît contraire aux premières notions naturelles; suivant ces notions, *les biens*, de quelque espèce qu'ils soient, *les biens propres* comme *les biens meubles*, doivent être tenus des dettes: *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*. Ils en doivent être tenus au moins subsidiairement les uns aux autres; il ne peut donc y avoir d'autre différence entre les coutumes qui chargent l'héritier au mobilier des dettes mobilières, et les nôtres, sinon que, dans nos coutumes, les biens propres sont tenus des dettes mobilières aussi directement qu'en sont tenus les biens mobiliers, au lieu que, dans ces coutumes, les biens meubles en sont tenus en premier lieu, et les biens propres en sont tenus subsidiairement; il seroit absurde qu'ils n'en fussent pas au moins tenus de cette manière, et que les dettes d'un défunt fussent payées en partie sur le propre bien d'un de ses héritiers, pendant qu'il y auroit dans les biens de sa succession de quoi les payer.

Quoique dans ces coutumes l'héritier au mobilier soit seul tenu des dettes mobilières, il ne laisse pas d'être tenu des rentes dues par la succession, à proportion de ce qu'il amende en la succession, c'est-à-dire, de ce qui lui reste de mobilier, déduction faite des dettes mobilières et de tout ce qui doit s'acquitter sur le mobilier.

Tous les héritiers sont aussi tenus de toutes les charges de la succession, tels que sont les frais funéraires, les frais d'inventaire, les legs; car il est naturel que tous ceux qui prennent part à la succession, prennent part à ses charges.

Il faut excepter de cette règle la plupart des coutumes qui chargent le mobilier de l'acquittement des dettes mobilières; car ces mêmes coutumes le chargent aussi des frais funéraires, quelques-unes même le chargent aussi de l'exécution du testament du défunt; ce qui ne doit s'entendre que de l'acquittement des legs de sommes modiques, et à une fois payer.

La règle que tous les héritiers sont tenus des legs, souffre encore exception, à l'égard des legs d'un corps certain, que le défunt a laissé en sa succession; car ces legs d'un corps certain, comme il a été observé ci-dessus, ne sont dus que par ceux qui succèdent à ce corps certain.

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, et qu'il a chargé de la prestation de quelques legs les héritiers à une certaine espèce de biens nommément, les héritiers aux autres espèces de biens ne seront point tenus desdits legs.

Que s'il avoit chargé l'un de ses héritiers à une espèce de biens, de la prestation de quelques legs, quand même il auroit ordonné expressément qu'il ne vouloit point que les autres en fussent tenus, les autres devroient y contribuer pour leurs portions héréditaires dans les coutumes qui, comme celles de Paris et d'Orléans, ne permettent pas qu'un des héritiers soit plus avantage que les autres dans les biens d'une succession qu'ils partagent ensemble; car ce seroit un vrai avantage que ceux qui ne seroient pas chargés du legs, auroient au-dessus de celui qui en seroit chargé, s'ils n'étoient point obligés d'y contribuer avec lui.

Lorsqu'il y a différents héritiers à différentes espèces de biens, les différents partages de ces différentes espèces de biens, et les procédures qui y tendent, telles que celles des estimations, etc., sont des charges particulières de la succession particulière de chacune de ces espèces de biens, plutôt que des charges générales de la succession; c'est pourquoi ils ne doivent être portés que par ceux qui succèdent à cette espèce particulière de biens.

A l'égard des frais d'inventaire, ils doivent être partagés par tous les héritiers, parce qu'ils servent à régler la contribution aux dettes, qui est à faire entre tous les héritiers.

## §. II. De ceux qui sont aux droits des héritiers.

Il n'est pas douteux que tous ceux qui sont aux droits d'héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, de la même manière que cet héritier aux droits duquel ils sont.

Par exemple, l'héritier de l'héritier d'un défunt est tenu de toutes les dettes et charges de la succession du premier décédé, de la même manière qu'en étoit tenu l'héritier à qui il a succédé; car, par l'acceptation que l'héritier à qui il a succédé a faite de la succession du premier décédé, toutes les dettes et charges de la succession de ce premier décédé sont devenues les propres dettes de l'héritier qui lui a succédé; et, par conséquent, l'héritier de cet héritier en doit être tenu comme de toutes ses autres dettes.

Pareillement, le cessionnaire de droits successifs, soit que la cession ait été faite à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe, est tenu des dettes et autres charges de la succession, de la même manière que l'héritier qui lui a fait cession de ses droits; car il est de la nature de cette cession, que le cessionnaire acquitte l'héritier son cédant, de toutes les dettes et charges de la succession; le cessionnaire prend à ses risques les droits successifs qui lui sont cédés; et, comme ils sont composés d'actif et de passif, de même qu'il a tout l'actif, il doit supporter aussi tout le passif.

Le cessionnaire des droits successifs est tenu non-seulement des dettes et charges de la succession qui restoient à acquitter au temps de la cession qui lui a été faite, mais même de toutes celles qui avoient été acquittées auparavant; car, de même que le cédant lui fait raison de tout ce qu'il a touché de la succession, de même il doit acquitter son cédant, de tout ce qu'il lui en a coûté pour la succession. *Passim, tit. ff. de hæred. et act. vend.*

Par la même raison, le cessionnaire des droits successifs est tenu même de ce que le défunt devoit à son cédant, et dont son cédant a fait confusion en devenant héritier; car il doit acquitter son cédant, de tout ce qu'il en a coûté à son cédant pour être héritier; or, il lui en a coûté sa créance dont il a fait confusion: son cessionnaire doit donc l'en acquitter. *V. L. 2, §. 18, ff. de tit.*

Le mari, dans la communauté duquel tombent les droits

successifs des successions échues à sa femme, est, à cet égard, comme un cessionnaire de droits successifs, et, en cette qualité, tenu des dettes desdites successions; s'il a autorisé sa femme pour les accepter, il en est tenu indéfiniment; que si la femme s'est fait autoriser par justice sur son refus, il n'est tenu des dettes desdites successions, que jusqu'à concurrence de l'actif qui est tombé en sa communauté, sa femme ne pouvant pas s'obliger sans son consentement, au delà de ce qu'il profite.

Par la même raison, la femme qui accepte la communauté dans laquelle sont tombées les successions de son mari, est, à cet égard, comme cessionnaire des droits successifs desdites successions, pour la moitié qu'elle a dans la communauté, et en conséquence elle est tenue, pour sa moitié des dettes desdites successions, de la même manière qu'elle est tenue de toutes les autres dettes de la communauté, les dettes desdites successions étant devenues dettes de la communauté en laquelle elles sont entrées.

Si tous les biens de la succession échue à l'un des conjoints, ne sont pas tombés dans la communauté, comme si cette succession étoit composée de mobilier qui est tombé dans la communauté, et d'héritages qui sont restés propres au conjoint à qui la succession est échue, ce conjoint portera seul une portion dans les dettes de la succession répondante aux héritages de la succession qui lui sont demeurés propres, et la communauté portera seulement l'autre portion répondante au mobilier qui y est entré. *Voyez cette question agitée au long dans le Traité de la communauté.*

§. III. Des donataires et légataires universels et autres successeurs universels.

Les donataires et légataires universels sont ceux qui sont donataires ou légataires, non de choses particulières, mais de l'universalité des biens d'une personne, soit du total, soit d'une quotité, comme de la moitié, du tiers, du quart, du dixième des biens, etc.

Quelque petite que soit la quotité dont une personne est donataire ou légataire, fût-ce de la vingtième ou trentième partie, dès que le don ou legs n'est point de choses particulières, mais d'une quotité, comme lorsqu'on a donné ou légué en ces termes, *la vingtième partie, la trentième partie de mes biens*, un tel donataire ou légataire est donataire uni-

versel; légataire universel. Au contraire, le donataire ou légataire de certaines choses, comme d'une telle terre, d'une telle maison, n'est qu'un donataire ou légataire particulier, quand même ces choses composeroient plus des trois quarts du patrimoine du donateur ou testateur.

Non-seulement les donataires ou légataires de l'universalité générale des biens, ou d'une quotité de cette universalité générale, sont donataires ou légataires universels, on répute aussi pour tels les donataires ou légataires d'une espèce particulière de biens, ou d'une quotité de ces biens; par exemple, le donataire ou légataire des meubles ou du tiers, du quart ou d'une autre portion des meubles, le donataire ou légataire des acquêts, le donataire ou légataire de la moitié ou du quint des propres d'une telle ligne, sont des donataires ou légataires universels.

Mais si je donnois ou léguois à quelqu'un tous mes bois ou tous mes prés, ou toutes mes maisons de ville, tel donataire ou légataire ne seroit pas un donataire ou légataire universel; les prés, les bois, les maisons de ville, sont des espèces d'héritages, non pas des espèces et genres de biens; car on divise les biens en biens meubles et immeubles, en acquêts et propres, en propres de telle ou telle ligne, mais jamais on ne s'est avisé de penser que les biens se divisent en prés, en bois, en vignes, en maisons, etc.

Observez aussi que si le testateur a légué un certain héritage à une personne, quoique cet héritage soit l'unique immeuble qu'il ait, ou le seul propre, le legs n'est pas néanmoins un legs universel, comme il le seroit s'il avoit été fait *per modum universalitatis*, comme s'il avoit dit, je lègue mes biens immeubles, je lègue mes propres.

Les donataires ou légataires universels d'une personne, sont tenus de ses dettes; la raison en est évidente: ces donataires et légataires sont donataires ou légataires des biens ou d'une quotité des biens; or, selon les notions communes, les biens renferment la charge des dettes: *Bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno*.

Par conséquent, on ne peut être donataire ou légataire universel de quelqu'un, qu'on ne soit tenu de ses dettes.

Le donataire universel des biens présents d'une personne, est tenu des dettes qui étoient déjà contractées lors de la donation, et non de celles que le donateur auroit contractées depuis; car les *biens présents* ne renferment que la

charge des dettes présentes, et il ne doit pas être au pouvoir du donateur de diminuer l'effet de sa donation, en contractant depuis des dettes; ce seroit donner atteinte à l'irrévocabilité, qui fait le caractère des donations entre vifs.

Le donataire des biens présents ne doit pas non plus être tenu des frais funéraires du donateur, s'il a laissé d'autres biens sur lesquels ils puissent se prendre; car ils doivent plutôt se prendre sur ces biens qui appartenoient au défunt, et sont de la succession, que sur ceux qui ont cessé de lui appartenir par la donation qu'il en a faite.

Que si le donateur n'avoit point laissé d'autres biens que ceux qu'il a donnés, l'humanité et la reconnaissance que doit le donataire au donateur, exigent que ces frais se prennent sur les biens qu'il a donnés.

Le donataire des biens que le donateur laissera lors de son décès, ou d'une quotité de ces biens, est tenu, pour la part dont il est donataire, de toutes les dettes qui se trouvent lors du décès du donateur, et des frais funéraires; car *les biens qu'il laissera lors de son décès*, renferment la charge de toutes ses dettes et des frais funéraires.

Mais il ne sera pas tenu des legs; car il ne doit pas être au pouvoir du donateur, de diminuer l'effet de sa donation, par des legs.

Les légataires universels sont tenus, pour la part dont ils sont légataires, tant des legs que des dettes et autres charges de la succession; ils ne sont légataires que de ce qui reste après toutes les charges acquittées.

A l'égard des légataires de choses particulières, quand même les choses qui leur seroient léguées feroient les trois quarts et demi de son patrimoine, ils ne sont tenus en rien des dettes du défunt, ni des autres charges de sa succession; car ces choses particulières ne renferment point la charge des dettes: *Onus æris alieni non singularum rerum, sed universi patrimonii onus est.*

Ils peuvent néanmoins quelquefois en être indirectement tenus, en ce que si le défunt a légué plus qu'il ne lui restoit de biens disponibles après les dettes acquittées, on peut répéter contre les légataires ce qu'ils ont reçu de plus qu'il n'étoit permis au testateur de léguer; et, à cet effet, tous les legs particuliers doivent souffrir une diminution au sou la livre.

Suivant le même principe, que *les biens renferment la charge des dettes*, tous ceux qui succèdent, à quelque titre que ce soit, aux biens d'une personne, comme à des biens vacants, tels que le roi, ou les seigneurs qui succèdent aux biens d'un défunt, par droit de confiscation, bâtardise, déshérence, aubaine, sont tenus de la succession de ce défunt, et de toutes les autres charges de ses biens.

Il en est de même d'un abbé ou monastère qui succède au pécule de son religieux.

Pour que les légataires et donataires universels, les successeurs à titre de déshérence, et autres qui succèdent aux biens plutôt qu'à la personne, ne soient tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils ont succédé, il faut qu'ils en aient fait constater la quantité, par un inventaire, ou quelque autre acte équivalent; s'ils s'en sont mis en possession sans cela, et qu'ils aient disposé des biens, ils seront tenus indéfiniment des dettes, et ils ne seront pas reçus, pour s'en décharger, à offrir d'abandonner et de tenir compte des biens, s'étant mis par leur faute hors d'état d'en pouvoir constater la quantité, c'est le sentiment commun, duquel s'écarte Ricard, qui prétend que même en ce cas, ils doivent être reçus à l'abandon, et à justifier par enquêtes de commune renommée, la quantité des biens : ce sentiment ne doit pas être facilement suivi.

#### ARTICLE III.

Comment et pour quelle part ceux qui sont tenus des charges d'une succession en sont-ils tenus?

§. I. Les héritiers sont tenus des dettes d'un défunt, pour la part dont ils sont héritiers, même au delà des forces de la succession.

Ce principe se tire de la définition même de l'héritier. L'héritier est celui qui succède à tous les droits actifs et passifs du défunt, par conséquent à toutes ses obligations, à toutes ses dettes; il n'est pas tenu des dettes, comme d'une charge des biens auxquels il succède, mais il en est tenu comme successeur, non pas seulement des biens, mais de la personne même du défunt, c'est-à-dire, de tous ses droits personnels actifs et passifs, et par conséquent, de toutes ses dettes, même au delà de la valeur de ses biens.

Cette règle a lieu à l'égard des héritiers pour partie, comme à l'égard d'un unique héritier. La seule différence qu'il y a entre eux, est que les héritiers pour partie ne sont tenus des dettes que pour la même partie dont ils sont héritiers, au lieu que l'unique héritier est tenu du total des dettes; mais ils conviennent en ce point que l'héritier pour partie, par exemple, l'héritier du quart est tenu du quart des dettes au delà de la valeur du quart des biens auxquels il succède, de la même manière que l'héritier unique est tenu du total des dettes au delà de la valeur du total des biens.

Notre règle ne souffre d'exception qu'à l'égard des héritiers sous bénéfice d'inventaire, comme nous l'avons vu au chap. 3, sect. 2, art. 1.

L'héritier qui a cédé les droits successifs, ne laisse pas de continuer d'être tenu des dettes de la succession, sauf son recours contre son cessionnaire, qui doit l'en acquitter; car la cession qu'il a faite ne le fait pas cesser d'être héritier, et ne peut pas le libérer des obligations qu'il a contractées envers les créanciers de la succession, par l'acceptation qu'il en a faite.

Pareillement, quoiqu'il y ait des donataires universels ou des légataires universels, l'héritier ne laisse pas d'être tenu des dettes pour le total, s'il est héritier unique, ou pour la portion dont il est héritier pour partie, sauf son recours contre les donataires et légataires universels pour ce qu'ils en doivent porter.

Il n'en est pas de même des legs que des dettes; l'héritier n'en est pas tenu *ultra vires*, mais seulement jusqu'à concurrence des biens, et non pas même jusqu'à concurrence de tous les biens, mais seulement jusqu'à concurrence des biens disponibles, c'est-à-dire, des meubles et acquêts de la portion des propres dont les coutumes permettent de disposer par testament; l'héritier ne peut être tenu des legs au delà; c'est pourquoi il peut s'en libérer en abandonnant à tous les légataires tous les biens disponibles, et retenant la portion des propres que les coutumes réservent à l'héritier, qui est dans les coutumes de Paris et d'Orléans les quatre cinquièmes.

En faisant cet abandon, il demeure quitte des legs envers eux, et la charge des dettes doit être partagée entre les légataires, pour raison des biens disponibles qui leur sont

abandonnés, et entre l'héritier, pour raison de ceux par lui retenus.

La raison de la différence à cet égard entre les legs et les dettes, est sensible; les coutumes ne donnent au testateur le pouvoir de faire des legs, que jusqu'à concurrence des biens disponibles; par conséquent ils ne sont pas valables au delà, mais il a été au pouvoir du défunt de contracter autant de dettes qu'il a voulu.

Ceux qui sont aux droits des héritiers, sont aussi tenus des dettes *ultra vires*, puisqu'ils en sont tenus de la même manière que les héritiers, comme il a été dit en l'article précédent.

A l'égard des donataires et légataires universels, du roi, et des seigneurs qui succèdent par aubaine, confiscation, droit de bâtardise, droit de déshérence; de l'abbé ou du monastère qui succède au pécule de son religieux, toutes ces personnes ne sont tenues des dettes, que jusqu'à concurrence des biens auxquels ils succèdent: ils peuvent, en les abandonnant, se décharger des dettes. La raison est, que toutes ces personnes ne succèdent point à la personne du défunt, mais seulement à ses biens; ils ne sont tenus des dettes, que parce qu'ils sont une charge des biens; ils n'en sont point débiteurs personnels: or, c'est un principe que, lorsqu'on n'est tenu de quelque dette qu'à raison d'une chose qu'on possède, on peut s'en décharger en abandonnant la chose.

§. II. Pour quelle portion les héritiers sont-ils tenus des dettes?

L'héritier unique est tenu du total des dettes, quand même il y auroit des donataires et légataires universels de portions de biens, sauf à lui son recours contre eux, pour la part qu'ils en doivent porter, suivant que nous l'avons déjà observé ci-dessus.

Lorsque le défunt a laissé plusieurs héritiers, il y a quelques coutumes assez déraisonnables pour les obliger tous solidairement aux dettes du défunt, comme si plusieurs pouvoient succéder *in solidum* aux droits d'une personne. Hors ces coutumes, chaque héritier est tenu des dettes, pour la part dont il est héritier.

Je dis pour la part dont il est héritier, et non pas seulement pour la part qu'il aura dans le partage des biens de la succession; car si, par exemple, une personne a laissé deux

héritiers de ses biens, et a fait un étranger légataire du tiers de ses biens, ses deux héritiers seront tenus des dettes de la succession, pour moitié, sauf leur recours contre le légataire universel, qui en doit porter un tiers. La raison est que, quoique chacun de ses héritiers ne doive avoir dans le partage des biens de la succession que le tiers, néanmoins ils sont héritiers chacun pour moitié; ils sont saisis, dès l'instant de la mort du défunt, chacun pour moitié, de tous les droits actifs et passifs du défunt. La délivrance qu'ils font au légataire, du tiers des biens, oblige bien ce légataire à porter à leur décharge le tiers des dettes, à les indemniser de ce tiers, mais ne les désoblige pas envers les créanciers de la succession.

Lorsque plusieurs enfants succèdent par représentation de leur père ou mère, ils ne sont héritiers chacun que pour la portion qu'ils ont dans la portion de la personne qu'ils représentent, c'est pourquoi ils ne sont chacun tenus des dettes, que pour leur portion dans cette portion.

*Exemple :* une personne laisse pour héritiers deux frères, et quatre neveux par représentation d'un troisième frère; chacun de ces neveux ne sera tenu des dettes, que pour son quart dans le tiers, c'est-à-dire, pour un douzième.

Lorsque tous les héritiers d'un défunt sont héritiers aux mêmes biens, la part que chacun a dans la succession est certaine, et, par conséquent, la part que chacun doit porter des dettes, l'est aussi.

Lorsque le défunt a laissé différents héritiers à différentes espèces de biens, par exemple, un héritier aux meubles, acquêts et propres maternels, et un autre héritier aux propres paternels, chaque héritier est censé succéder à une part proportionnée à ce qu'est la valeur en actif des biens auxquels il succède, à la valeur de toute la succession, et doit par conséquent porter la même part des dettes de la succession.

C'est pourquoi si les meubles, acquêts et propres maternels font les trois quarts de toute la succession, et les propres paternels le quart, l'héritier aux meubles et acquêts, et propres maternels, portera seul les trois quarts des dettes, et l'héritier aux propres paternels en portera seul le quart.

Cette part ne peut être constante que par une ventilation, qui ne se peut faire qu'après une estimation des différents

biens de la succession. L'opinion commune est qu'en attendant, ces différents héritiers sont tenus des dettes chacun pour leur portion virile, sauf à se faire raison du plus ou du moins, lorsque les portions ont été constatées par la ventilation.

Suivant les principes que nous avons établis, lorsque des mâles succèdent avec des filles, à un défunt qui a laissé des fiefs dans sa succession, les mâles ayant une plus grande part que les filles, doivent porter une plus grande part des dettes; par exemple, si le frère et la sœur d'une personne lui succèdent, et qu'il y ait dans la succession le quart en biens féodaux, et les trois quarts en biens ordinaires, le frère qui succède seul aux biens féodaux, et qui partage les autres avec sa sœur, portera le quart et la moitié des trois quarts des dettes, c'est-à-dire, cinq huitièmes.

Il n'est pas de même de l'ainé dans les successions de la ligne directe, comme nous l'allons voir.

### S. III. Pour quelle part l'ainé contribue-t-il aux dettes?

Quoique l'ainé ait dans les fiefs une portion plus considérable que celle de ses puînés, néanmoins il n'est tenu que de la même portion des dettes dont chacun des puînés est tenu; les coutumes de Paris, *art. 354*, et d'Orléans, *art. 360*, le décident formellement. La raison est, que les coutumes de Paris et d'Orléans, et autres semblables, donnent à l'ainé, par forme de prélegs et hors part, ce qu'elles lui accordent de plus qu'aux puînés dans les fiefs, et ne le réputent héritier que pour sa portion virile. Par exemple, si un père laisse quatre enfants, quoique l'ainé ait seul le manoir et la moitié des fiefs, néanmoins il n'est réputé héritier que pour son quart, étant censé avoir ce qu'il a de plus à titre de prélegs, et conséquemment il n'est tenu des dettes de la succession, que pour son quart.

Si le défunt devoit le prix entier d'une maison de ville que l'ainé a choisie pour son manoir, cet aîné, qui prend dans la succession ce manoir entier, ne devra-t-il que sa portion virile du prix qui en est dû? Sans doute. C'est une dette de la succession, dont tous les héritiers sont tenus chacun pour leur portion, comme de toutes les autres; car, suivant le principe que nous avons établi ailleurs, on ne considère point la cause ni l'origine des dettes.

Quoique des reutes constituées soient assignées par assi-

gnat sur des fiefs, l'aîné n'en doit que sa portion virile ; car cet assignat spécial n'empêche pas que ces rentes ne soient dettes personnelles du défunt, dont chacun des enfants est tenu par égales portions.

Cette décision a lieu, quand même l'héritage auroit été saisi réellement pour cette rente sur le défunt. Si ce défunt a laissé quatre enfants, l'aîné aura la moitié dans cet héritage féodal saisi réellement ; car la saisie réelle n'empêche pas qu'il ne soit de la succession, et néanmoins il ne devra que son quart de la rente pour laquelle il a été saisi ; c'est pourquoi, s'il est par la suite adjugé, *puta*, pour 10,000 liv. qui aient servi à payer le créancier de cette rente, l'aîné, à qui appartient moitié dans le prix, laquelle moitié est de 5,000 liv., et qui ne doit néanmoins que son quart dans les 10,000 liv. acquittées, lequel quart monte à 2,500 liv., se trouve avoir payé 2,500 liv. pour les puînés, dont il doit être récompensé par eux.

Il en est autrement des rentes foncières dont quelque héritage féodal seroit chargé ; ces rentes ne sont point des dettes de la succession, mais des charges de l'héritage dont par conséquent l'aîné doit être tenu, non pour la portion dont il est héritier, mais pour la portion qu'il a dans l'héritage.

Il faut dire la même chose des hypothèques dont un héritage féodal seroit chargé pour dettes dues par tiers, et non par le défunt.

Le principe que nous avons établi, que le préciput de l'aîné est franc des dettes de la succession, reçoit une exception dans le cas auquel les dettes absorberoient le surplus des biens : par exemple, si une personne a laissé pour 60,000 liv. de bien, outre le manoir de l'aîné, le tout en fief, pour 48,000 liv. de dettes, et six enfants ; chacun des puînés n'aura que son dixième, montant à 6,000 livres ; par conséquent l'aîné, qui a 50,000 liv. pour sa moitié dans les biens féodaux, outre le manoir, se trouve avoir de plus que chacun de ses frères, 24,000 liv., outre le manoir, par préciput. Il ne reste, après le prélèvement de ce préciput, que 36,000 liv. dans la succession, et il y a pour 48,000 livres de dettes ; ces dettes, par conséquent, excèdent de 12,000 liv. le surplus de la succession. Le préciput de l'aîné ne doit pas être, en ce cas, franc et quitte de dettes ; on doit en retrancher les 12,000 liv. qui manquent pour acquitter les dettes ;

car les coutumes, en accordant un prélegs à l'aîné, n'entendent pas le faire *ultra vires hæreditatis*; et, de même que les prélegs faits par le testateur en pays de droit écrit où les prélegs sont permis, souffriroient en ce cas ce retranchement, parce qu'il n'est pas permis de léguer au delà de son bien, de même, en ce cas, le prélegs légal de l'aîné doit souffrir ce retranchement, parce que la loi n'est pas présumée le faire *ultra vires hæreditatis*. Il seroit absurde que les puînés fussent obligés de payer une partie des dettes de la succession sur leur propre bien, tandis qu'il y auroit des biens de la succession plus que suffisants pour les acquitter, dont l'aîné jouiroit pour son préciput.

Lemaître va plus loin; il veut qu'on retranche, en ce cas, une légitime pour les puînés, et cette légitime doit être la moitié de ce qu'ils auroient, si les dettes étoient prélevées sur tous les biens de la succession; ainsi, dans cette espèce, les dettes qui sont pour 48,000 liv., étant prélevées sur toute la succession, qui est de 60,000 livres, outre le manoir, il resteroit 12,000 liv., outre le manoir dont les trois puînés auroient 6,000 liv., qui est pour chacun 1,200 liv.; la légitime de chacun doit être de 600 liv. pour les 53,000 livres qui doivent être déduites sur le préciput de l'aîné: ce sentiment de Lemaître est très-équitable, et doit être suivi; car le principe qui accorde à l'aîné un préciput franc de dettes, se croisant, dans cette espèce, avec le principe qui veut que chaque enfant ait une légitime dans les biens de son père, ce dernier, qui a son fondement dans le droit naturel, doit prévaloir, et faire céder l'autre, qui n'est que de droit arbitraire.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent, que l'aîné contribue aux dettes par égales portions avec ses puînés, n'a lieu que dans les coutumes telles que Paris et Orléans, qui lui accordent ce qu'il a de plus qu'eux, par forme de prélegs; il en est autrement dans celles où l'aîné est héritier d'une plus grande portion, ou même est unique héritier et saisi de toute la succession, à la charge d'en départir une certaine portion aux puînés; il n'est pas douteux, dans ces coutumes, que les puînés ne doivent contribuer aux dettes, que pour la portion qui leur est départie.

§. IV. Pour quelle part les donataires et légataires universels, et autres successeurs universels contribuent-ils aux dettes?

Les donataires et légataires universels d'une quotité de biens, comme de la moitié, du tiers, du quart, sont tenus des dettes, pour la même part.

Si la part dont ils sont donataires ou légataires étoit réduite à une moindre partie, la part qu'ils doivent porter des dettes seroit pareillement réduite à une semblable part.

Le donataire universel ou légataire universel indéfiniment, est bien tenu du total des dettes, lorsque tous les biens du donateur ou testateur sont disponibles, et que la donation ou legs ne souffre aucun retranchement; mais, s'il y a des biens non disponibles, si la donation ou legs universels souffrent quelque retranchement, soit pour la légitime des enfants, soit pour la légitime coutumière, c'est-à-dire, la portion que les coutumes réservent à l'héritier dans les propres, quelque indéfinie que soit la donation ou legs universel, le donataire ou légataire universel ne sera tenu des dettes, que pour une part proportionnée à ce qu'est la valeur des biens qui lui demeurent, à la valeur du total de tous les biens délaissés par le défunt; et le légitimaire ou l'héritier qui se tient aux réserves coutumières, sera tenu du surplus des dettes.

Lorsque plusieurs seigneurs succèdent à différents biens d'un condamné, ou d'un homme mort sans héritiers, qui sont situés dans les différents territoires de leurs justices, chacun porte une part dans les dettes, proportionnée à ce qu'est la valeur des biens auxquels ils succèdent au total des différents biens.

§. V. Des dettes indivisibles.

Ce que nous avons dit jusqu'à présent, que les héritiers et les successeurs universels sont tenus des dettes pour la portion dont ils sont héritiers, souffre une exception nécessaire à l'égard des dettes indivisibles; car ces dettes ne pouvant de leur nature se diviser, il est nécessaire que chaque héritier, chaque successeur universel, soit tenu pour le total de ces sortes de dettes. *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis hæredibus debentur*: l. 192, ff. de R. J.

On appelle dettes indivisibles, les dettes des choses qu'on

ne peut avoir pour partie, ni payer pour partie même indivisée, les choses qui ne sont susceptibles de parties ni réelles ni même intellectuelles; tel qu'est un droit de servitude; car on ne peut avoir pour partie un droit de servitude, tel qu'est un droit de vue, un droit de passage sur l'héritage d'autrui; on ne peut constituer pour partie un pareil droit: *Servitus pro parte constitui non potest.*

C'est pourquoi, si le défunt s'étoit obligé de constituer au propriétaire de l'héritage voisin du sien, un droit de passage sur son héritage, et qu'il laisse quatre héritiers qui succèdent chacun pour leur quart à cet héritage, chacun de ses héritiers sont tenus, non pas pour leur quart, mais solidairement de cette dette, parce qu'elle est indivisible; on ne peut constituer un droit de passage pour un quart; on ne peut laisser passer une personne pour un quart; le créancier pourra donc agir solidairement contre chacun des héritiers, pour qu'ils lui constituent la servitude, pour qu'ils le souffrent passer.

Que si la chose due n'est pas susceptible, à la vérité, d'une division réelle, mais qu'elle soit susceptible de parties au moins intellectuelles; si on peut la posséder, en être propriétaire par portions indivisées, la dette d'une telle chose n'est pas indivisible, et les héritiers n'en sont pas tenus solidairement, mais chacun pour leur portion. Par exemple, si le défunt m'a vendu son cheval qu'il ne m'a pas encore livré, et qu'il laisse quatre héritiers, chaque héritier n'est tenu de cette dette, que pour son quart; en me livrant le cheval pour le quart indivis qui lui en appartient, il est quitte de son obligation; car, quoique ce cheval ne soit pas susceptible d'une division réelle, il est susceptible de parties au moins intellectuelles, il peut être possédé par plusieurs pour chacun leur portion indivise; il peut appartenir à plusieurs pour chacun leur portion indivise, et par conséquent il peut être dû et payé par portion; l'obligation n'en est donc pas indivisible.

Il y a des obligations qui sont indivisibles dans leur principe, mais qui, par l'inexécution de l'engagement, se convertissent en une obligation de dommages et intérêts, laquelle est divisible, ayant pour objet la somme de deniers à laquelle seront estimés ces dommages et intérêts. Telles sont toutes les obligations de faire quelque chose, comme de bâtir une maison; telle est l'obligation que contracte un

vendeur, de garantir l'acheteur de tous troubles dans la possession de la chose vendue, ces obligations étant indivisibles dans leur objet : car, par exemple, on ne peut pas satisfaire pour partie à l'obligation de bâtir une maison, de garantir un acheteur, du trouble qu'on fait à sa possession ; chaque héritier de celui qui l'a contractée en est dans le principe tenu solidairement : on peut conclure contre chacun des héritiers, à ce qu'il soit tenu bâtir la maison, à ce qu'il soit tenu défendre le demandeur, du trouble qu'on fait à sa possession de la chose que le défunt lui a vendue ; mais, comme ces obligations, par leur inexécution, se convertissent en une obligation de dommages et intérêts qui est divisible, chacun de ces héritiers assigné solidairement pour remplir l'obligation du défunt, ne sera néanmoins, faute de la remplir, condamné aux dommages et intérêts, que pour la portion dont il est héritier : *l. 85, §. 5 ; l. 139, ff. de verb. oblig.*

§. VI. Pour quelle part les héritiers et successeurs universels sont-ils tenus des legs.

Régulièrement les héritiers et successeurs universels sont tenus des legs, pour la même part pour laquelle ils sont tenus des dettes, c'est-à-dire, pour la part dont ils sont héritiers, ou à laquelle ils succèdent.

Cette règle souffre difficulté en un cas ; savoir, lorsqu'il y a un héritier aux propres, et un héritier aux meubles et acquêts, l'héritier aux propres contribue aux dettes, à proportion de la valeur du total des propres ; doit-il pareillement contribuer aux legs, à proportion du total des propres, ou ne doit-il y contribuer qu'à proportion de la portion des propres, qui est disponible, et qui est le quint dans les coutumes de Paris et d'Orléans ? Plusieurs pensent que l'héritier aux propres a bien le droit de se décharger des legs entièrement, en se tenant à la portion que les coutumes lui accordent dans les propres, qui est dans celle de Paris et d'Orléans, les quatre quints, et abandonnant le surplus, mais que c'est le seul droit qu'il a ; que lorsqu'il ne juge pas à propos d'en user, et qu'il conserve tous les biens auxquels il a succédé, il doit contribuer aux legs, de même qu'aux dettes, à proportion de ce à quoi il succède. D'autres pensent que l'héritier aux propres ne doit contribuer aux legs qu'à proportion des seuls biens disponibles qu'il retient, et

qu'on ne doit point comprendre parmi les biens pour lesquels il doit contribuer aux legs, la portion des propres que les coutumes lui réservent, c'est-à-dire, dans celles de Paris et d'Orléans, les quatre quints. J'inclinerois assez à ce sentiment : la raison est, que les legs ne sont pas, comme les dettes, une charge de tous les biens ; mais ils sont une charge des biens disponibles seulement ; c'est ce que les coutumes de Paris, art. 292, et d'Orléans, art. 392, déclarent en disant que *toutes personnes peuvent tester de leurs biens meubles, acquêts, et de la cinquième partie de tous leurs propres, et non plus avant*, c'est-à-dire, bien formellement qu'il n'y a que les meubles, acquêts et le quint des propres, qui soient sujets aux legs, et que les legs ne sont une charge que de ces biens, et non pas du surplus des propres : or, chacun ne doit contribuer aux charges d'une chose, qu'à proportion de la part qu'il a dans la chose ; l'héritier aux propres ne doit donc contribuer aux legs, qu'à proportion de la part qu'il a dans les biens disponibles dont les legs sont une charge, et non point à raison des quatre cinquièmes des propres, qui sont des biens non disponibles, et non sujets à la charge des legs.

## ARTICLE IV.

Des actions des créanciers et légataires contre les héritiers et autres successeurs universels.

Les créanciers de la succession ont une action personnelle contre chacun des héritiers, pour la part dont ils sont héritiers, et contre chacun des successeurs universels, pour la part que chacun d'eux a dans les biens de la succession.

Si la part de chacun des héritiers n'étoit pas encore constatée et liquidée par une ventilation, nous avons déjà remarqué ci-dessus que les créanciers avoient action contre chacun des héritiers, pour une portion virile, c'est-à-dire, suivant le nombre qu'ils sont d'héritiers, sauf à se faire raison du plus ou du moins qu'ils devront porter de dettes, lorsque leur part sera constatée par la ventilation.

Les créanciers hypothécaires de la succession, outre l'action personnelle qu'ils ont contre chacun des héritiers ou successeurs universels, ont l'action hypothécaire contre chacun des héritiers ou successeurs qui possèdent quelque immeuble de la succession sujet à leur hypothèque ; ils l'ont aussi contre les tiers détenteurs.

Cette action hypothécaire qu'ont les créanciers hypothécaires contre chacun des héritiers détenteurs d'immeubles, leur donne droit de conclure solidairement, contre chacun desdits héritiers, au paiement du total de leurs créances; car chaque immeuble de la succession de leur débiteur, et même la plus petite portion de chaque immeuble, est hypothéquée au total de leurs créances, suivant la nature de l'hypothèque, qui est indivisible; d'où il suit que chaque héritier détenteur de la moindre portion des immeubles de la succession, est tenu hypothécairement du total de leurs créances.

Il est d'usage que les créanciers hypothécaires de la succession, lorsqu'ils forment demande contre les héritiers, cumulent les deux actions qu'ils ont contre eux, la personnelle et l'hypothécaire; et, en conséquence, ils concluent contre chaque héritier, à ce qu'il soit condamné personnellement, pour la part dont il est héritier, et hypothécairement pour le total, leur payer la somme qui leur est due.

L'héritier peut être déchargé de la condamnation solidaire, en offrant d'abandonner tous les immeubles échus en son lot, si le partage est déjà fait; en la part indivisée qu'il a dans ceux de la succession, s'il n'est pas encore fait: car il est de la nature de l'action hypothécaire, que la condamnation qui intervient sur cette action contienne, sinon expressément, au moins tacitement, l'alternative de délaisser les héritages hypothéqués; l'hypothèque n'est autre chose que le droit qu'a un créancier de se faire délaisser certaines choses, et de les vendre pour le paiement de ses créances; l'action hypothécaire qui en résulte, n'a d'autre objet que ce délai; le détenteur contre qui cette action est donnée, n'est tenu qu'à ce délai; le paiement des causes de l'action hypothécaire n'est qu'*in facultate*, pour éviter le délai, plutôt qu'*in obligatione*; par conséquent, lorsqu'il est condamné hypothécairement à payer, le sens de cette condamnation ne peut être sinon qu'il sera tenu de payer, s'il veut conserver les biens hypothéqués qu'il possède, et s'il ne les délaisse pas. C'est le sens de ces mots *condamné hypothécairement*.

Observez que, quoiqu'il abandonne, sa condamnation personnelle, pour la part dont il est héritier, subsiste toujours contre lui; c'est pourquoi, dans les conclusions et dans la sentence, on distingue ces deux condamnations, on condamne l'héritier personnellement pour la part dont il est

héritier, et hypothécairement pour le total; ce qu'il seroit inutile de distinguer, si l'héritier, en abandonnant, ne pouvoit pas plus se décharger de la condamnation hypothécaire que de la personnelle.

Si l'héritier pour partie a cessé, sans fraude, de posséder les immeubles de la succession, continue-t-il d'être tenu solidairement envers les créanciers hypothécaires? Loyseau enseigne que c'étoit l'usage de son temps au Palais; il prétend que l'action personnelle et l'action hypothécaire ayant une fois concouru contre cet héritier, il s'est formé de ce concours une action personnelle hypothécaire pour le paiement du total de la créance, qui participe de la nature de l'une et de l'autre; de l'hypothécaire, à l'effet de la solidité de la condamnation, et de la personnelle, à l'effet qu'elle dure, même après que l'héritier auroit cessé de posséder: cette action personnelle hypothécaire *est merum sigmentum*. Il est bien plus raisonnable de distinguer toujours les deux actions, et de dire que, lorsque l'héritier a cessé de posséder les immeubles de la succession, il ne reste contre lui que l'action personnelle pour la part dont il est héritier; et que l'action hypothécaire cesse d'avoir lieu contre lui, étant de la nature de cette action, qui est réelle, et aux fins de délaissier les héritages hypothéqués, qu'elle ne puisse avoir lieu que contre ceux qui les possèdent et peuvent les délaissier.

Lorsque l'un des héritiers sur l'action hypothécaire donnée contre lui, a été obligé de payer la dette en entier, les coutumes de Paris, *art. 333*, et d'Orléans, *art. 358*, disent qu'il a en ce cas son recours contre ses cohéritiers.

Il peut l'exercer de deux manières, ou de son chef, *judicio familiæ eriscundæ*, suivant ce que nous avons vu au chapitre précédent, ou bien comme exerçant les droits du créancier auquel il peut se faire subroger, lorsqu'il le paye.

C'est une grande question, si l'héritier qui s'est fait subroger aux actions du créancier, les exercera solidairement contre chacun de ses cohéritiers, sa part confuse, ou si ces actions se doivent diviser. *Voyez cette question au Traité des subrogations.*

Les créanciers hypothécaires du défunt n'ont d'hypothèque que sur les biens de la succession; comme on ne peut hypothéquer que sa propre chose, et qu'on ne peut accorder de droit dans une chose dans laquelle on n'en a

point, ce défunt ne peut accorder d'hypothèque sur les biens de son héritier, qui ne sont pas à lui.

C'est pourquoi la clause qui seroit insérée dans un acte, que le débiteur hypothèque ses biens et ceux de ses héritiers, seroit de nul effet à l'égard des biens des héritiers.

Les créanciers hypothécaires du défunt ne peuvent donc acquérir d'hypothèque sur les biens des héritiers, que par un nouveau titre par lequel les héritiers s'obligeroient devant notaire, à la dette du défunt, ou par une sentence de condamnation que lesdits créanciers obtiendroient contre les héritiers.

Les créanciers ne peuvent non plus faire aucune exécution de biens sur l'héritier, jusqu'à ce qu'il soit obligé envers eux par un titre nouvel par-devant notaire, ou condamné par une sentence; car c'est une maxime du droit françois, consignée dans notre coutume, *art. 433*, que *toutes exécutions cessent par la mort de l'obligé*: la coutume de Paris, *art. 168*, a une même disposition.

Non-seulement le créancier ne peut, avant ce temps, exécuter les biens propres de l'héritier, il ne peut pas même exécuter ceux de la succession, mais il peut les saisir et arrêter après un commandement fait à l'héritier. Paris, *art. 169*. La coutume d'Orléans, *art. 441*, permet de saisir et arrêter les biens de la succession, lorsque l'héritier demeure hors le bailliage. En ce cas, il ne faut ni commandement ni permission du juge, pour cette saisie-arrêt, qui se fait en vertu de la coutume; hors ce cas, il faut ici une permission du juge.

Après avoir parlé des actions des créanciers, l'ordre seroit de parler de celles des légataires; mais, comme cette matière a son siège plus naturellement dans le *Traité des testaments*, j'y renvoie.

Il nous reste à parler du droit qu'ont les créanciers et légataires d'une succession, de demander contre les créanciers particuliers de l'héritier, la séparation des biens de la succession, d'avec ceux de l'héritier, pour être payés sur ceux de la succession préférablement aux créanciers de l'héritier.

Ce droit est tiré de l'édit du prêteur, et est fondé sur ce principe, pris dans la nature des choses, que des créanciers ne peuvent avoir plus de droit sur les biens de leur débiteur, que leur débiteur en a lui-même; d'où il suit que

l'héritier n'ayant les biens de la succession, qu'à la charge d'en acquitter les dettes, les legs et autres charges, les créanciers de cet héritier ne pouvant avoir plus de droit sur ces biens, que l'héritier leur débiteur, doivent souffrir que les dettes, les legs et autres charges de ces biens, soient acquittés sur ces biens, avant qu'ils puissent se venger dessus. C'est ce qu'opère la séparation des biens de la succession, d'avec ceux de l'héritier que les créanciers et légataires de la succession ont droit d'obtenir du juge.

Ce droit de séparation est inutile aux créanciers hypothécaires, dans les coutumes où les meubles sont susceptibles d'hypothèque, et dans nos coutumes, lorsque la succession n'est composée que d'immeubles; la raison est, que l'action hypothécaire qu'ils ont, leur suffit pour être payés sur ces biens, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, qui ne peuvent être mis en ordre d'hypothèque sur ces biens, qu'après tous les créanciers hypothécaires du défunt; car l'héritier leur débiteur, n'ayant leurs biens qu'à la charge des hypothèques des créanciers du défunt, n'a pu les hypothéquer à ses propres créanciers, que sous cette charge; il n'a pu leur donner d'hypothèque qu'après celle des créanciers du défunt.

Il faut dire la même chose des légataires. L'hypothèque que Justinien leur a accordée sur les biens de la succession, et que nous avons adoptée dans notre jurisprudence, est préférable à celle de tous les créanciers de l'héritier; d'où il suit qu'ils n'ont pas besoin de la séparation de biens, lorsque tous les biens du défunt sont de nature à être susceptibles d'hypothèque.

Au surplus, tous les créanciers du défunt, quels qu'ils soient, peuvent obtenir cette séparation; ceux mêmes dont la créance est encore suspendue par une condition dont elle dépend, et qui n'est point encore arrivée, peuvent la demander, au moins à l'effet que les créanciers de l'héritier ne puissent être payés sur les biens de la succession, qu'en leur donnant caution de rapporter à leur profit, si la condition de leur créance arrive.

Même l'héritier en partie du défunt peut demander la séparation de biens, pour ce qui lui étoit dû par le défunt, sous la déduction de la part dont il fait confusion comme héritier: *l. 7, cod. de bon. auth. jud. possess.*

Cette séparation a lieu contre tous les créanciers de l'hé-

ritier, quels qu'ils soient, même contre le fisc : *l. 1, §. 4, ff. de separat.*

Cette séparation ne peut être demandée par les créanciers du défunt, lorsqu'ils ont fait novation de la créance qu'ils avoient contre le défunt, en une créance contre son héritier, en le prenant pour leur propre débiteur à la place du défunt; car, par-là, ils cessent d'être créanciers du défunt, et deviennent plutôt créanciers de l'héritier : *l. 1, §. 10, 15, 16, ff. d. tit.*

Mais ils ne sont pas censés avoir fait cette novation, pour l'avoir assigné à l'effet de faire déclarer contre lui leurs titres exécutoires : *l. 7, ff. d. tit.*

Par le droit romain, cette séparation doit être demandée *rebus integris*, avant que les biens du défunt soient mêlés avec ceux de l'héritier, et tout au plus tard dans les cinq ans : *l. 1, §. 12 et 13*. Par notre droit, il n'y a aucun temps limité; on est toujours à temps, tant que les biens de la succession peuvent encore facilement se démêler d'avec ceux de l'héritier.

Les choses données entre vifs par le défunt, à l'héritier, quoique sujettes à rapport, ne sont pas comprises dans les biens dont les créanciers de la succession ont droit de demander la séparation; car ces choses ne sont réputées biens de la succession, que par fiction; et, vis-à-vis des cohéritiers du donataire qui leur en doit le rapport, les créanciers de la succession ne peuvent se prévaloir de cette fiction, qui n'a pas été faite pour eux.

L'effet de la séparation est que les créanciers et légataires soient payés sur les biens de la succession du défunt; elle n'exclut pas les créanciers de l'héritier, du droit de se venger sur ce qui resteroit de ces biens : *l. 5, ff. de separ.*

*Contra vice versa.* Les créanciers de la succession, qui ont obtenu la séparation de biens, et qui n'ont pu être payés entièrement sur ceux de la succession, pourront-ils être payés sur les biens propres de l'héritier, après que les créanciers particuliers de l'héritier auront été payés? Il paroît que cette question a été controversée entre les jurisconsultes romains. Paul et Ulpien pensoient que les créanciers et légataires du défunt, en obtenant la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier, s'étoient restreints aux biens de la succession du défunt, et ne pouvoient plus se venger sur les biens de l'héritier, qu'ils n'avoient pas voulu

reconnoître pour leur débiteur. *Recesserunt à personâ hæredis: l. 5; l. 1, §. 17, ff. dict. tit.* Papinien inclinoit à l'opinion contraire: *l. 3, §. 2, ff. eod.*; et c'est celle à laquelle nous devons nous tenir; car la séparation de biens introduite en leur faveur ne doit pas être rétorquée contre eux; en la demandant, ils n'ont pas eu intention de libérer l'héritier, de l'obligation qu'il a contractée envers eux, par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être préférés sur ces biens, aux créanciers de l'héritier.

Mais au moins ils ne doivent être payés sur les biens de l'héritier, qu'après les créanciers de l'héritier, quoiqu'ils pussent dire qu'étant aussi créanciers de l'héritier, ils doivent venir en concurrence sur les biens de l'héritier, avec les autres créanciers; car, puisqu'on leur sépare ceux de la succession dans lesquels les créanciers de l'héritier pourroient demander une concurrence avec eux, comme étant lesdits biens de la succession devenus les biens de l'héritier, par l'acceptation de la succession, il est équitable qu'en conséquence, les créanciers de la succession leur laissent les biens de l'héritier.

Les créanciers de la succession peuvent bien demander la séparation des biens de la succession, d'avec ceux de l'héritier; au contraire, les créanciers de l'héritier ne peuvent pas demander, contre ceux de la succession, qu'on leur sépare les propres biens de l'héritier. Ulpien en rapporte une raison bien décisive: *Nam, dit-il, licet alicui, adjiciendo creditorem, creditoris sui facere deteriores conditionem: l. 1, §. 2, ff. de separat.* Pourquoi un débiteur qui accepte une succession onéreuse, ne pourroit-il pas contracter, au préjudice de ses créanciers, la dette qu'il contracte envers les créanciers de la succession, par cette acceptation, de la même manière qu'il peut contracter, au préjudice de ses créanciers, toute autre dette, pour quelque cause que ce soit? Néanmoins plusieurs pensent que, selon notre jurisprudence, les propres créanciers de l'héritier peuvent aussi demander la séparation de biens, lorsque leur débiteur a accepté une succession onéreuse en faveur de leurs créances, et ils disent que cela a été jugé par un arrêt que rapporte Gougèt, au Traité des hypothèques, que Lebrun révoque en doute.

Si un débiteur insolvable acceptoit une succession notoirement mauvaise, de manière qu'il parût qu'il l'a fait en fraude de ses propres créanciers, je pense que ce seroit le

cas auquel les créanciers pourroient demander la séparation de ses propres biens, d'avec ceux de la succession, en faisant rescinder cette acceptation, et l'obligation contractée par leur débiteur en fraude de leurs créances envers les créanciers de cette succession; car tout ce qu'un débiteur fait en fraude de ses créanciers, peut être rescindé, même les obligations qu'il contracte. La loi 3, ff. *quæ in fraud.*, y est formelle. *Sive se obligavit fraudandorum creditorum causâ, vel quodcumque aliud fuit in fraudem creditorum: palàm est edictum locum habere.* C'est apparemment l'espèce de l'arrêt de Gouget; hors ce cas, je ne pense pas que les créanciers de l'héritier puissent demander la séparation.

## CHAPITRE VI.

### Des successions irrégulières.

On appelle succession irrégulière, celle qui est déferée au roi, ou aux seigneurs hauts justiciers en certains cas : on peut aussi appeler de ce nom *la cotte-morte*, ou droit de succéder au pécule délaissé par les religieux-curés.

Le roi seul a droit, à l'exclusion des seigneurs hauts justiciers, de succéder aux biens délaissés par des aubains qui n'ont point obtenu des lettres de naturalisation. Ce droit souffre plusieurs exceptions qui ont été rapportées au chapitre premier de ce Traité.

Le roi succède seul aussi aux biens des François bâtards qui meurent *intestat* et sans héritiers, à moins que les seigneurs hauts justiciers ne soient dans le cas de les recueillir. Or, le seigneur haut justicier ne peut y succéder, à moins que trois choses ne concourent; 1° que le bâtard soit né dans le territoire de sa justice; 2° qu'il y ait son domicile lors de son décès; 3° que ses biens y soient situés.

Le droit du roi ou du seigneur haut justicier cesse, si le bâtard françois a disposé de ses biens, par un testament valable, ou s'il a laissé des héritiers, par exemple, des enfants nés en légitime mariage, ou sa femme, suivant le titre *unde vir et uxor*.

Les seigneurs hauts justiciers ont aussi le droit de succéder par droit de déshérence, aux autres citoyens qui décèdent sans héritiers, et sans avoir disposé de leurs biens. Le

droit des seigneurs étant attaché à leur droit de justice, ils succèdent seulement aux immeubles qui sont situés dans leur territoire, et aux meubles qui s'y trouvent; il n'est pas nécessaire, pour l'exécution du droit de déshérence, que celui de la succession duquel il s'agit, soit né dans le territoire du seigneur, et qu'il y décède.

Si celui qui est décédé a laissé, dans sa succession, des propres d'une certaine ligne, et qu'il ne se trouve aucun parent de la ligne, mais qu'il se trouve cependant d'autres parents qui ne soient pas de la ligne, le droit de déshérence n'aura pas lieu, et les biens appartiendront au plus prochain habile à succéder. Coutume d'Orléans, art. 326. Paris, 330.

Lorsque quelqu'un est condamné à peine capitale, et que la sentence a été mise à exécution, ou que le temps de cinq ans accordé aux condamnés par contumace est expiré, sans qu'il se soit représenté, la confiscation a lieu au profit des seigneurs hauts justiciers, par rapport aux biens meubles ou immeubles qui se trouvent dans leur juridiction. Coutume d'Orléans, art. 331. Paris, 183.

A l'égard des dettes actives, elles ne peuvent appartenir, ainsi que dans le cas de la déshérence, qu'à celui des seigneurs dans la juridiction duquel celui dont il s'agit avoit son domicile.

Ces sortes de successions sont appelées irrégulières, parce que ceux qui succèdent de cette manière, ne succèdent pas à la personne, mais seulement aux biens; d'où il suit qu'ils sont tenus des dettes comme charges des biens, et jusqu'à concurrence de la valeur des biens; mais ils ne sont pas tenus comme les héritiers *ultra vires*, et par conséquent ils peuvent en être déchargés, en abandonnant les biens aux créanciers.

Il en est de même de la cote-morte ou pécule des religieux; soit que ce soit le monastère dont ce religieux étoit membre qui lui succède, soit que ce soit la fabrique de la paroisse dont il étoit curé à son décès, suivant la jurisprudence du parlement, établie par l'arrêt rendu le 11 mars 1710, pour la succession d'un prémontré, décédé curé de Saint-Léger, diocèse d'Amiens, ceux qui recueillent la succession ne succèdent qu'à la charge des dettes, mais ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence du pécule.

Les arrêts les plus récents rendus au grand-conseil, ont

adjudé la cote-morte des religieux décédés curés, aux religieux, à l'exclusion des abbés. *Arrêts* des 17 novembre 1718, et 27 mai 1724, rapportés par Richer, en son *Traité de la mort civile*. *Arrêts* des 7 janvier 1750, et 30 avril 1760, rapportés par Denizart.

FIN DE DOUZIÈME VOLUME.

