

Oeuvres complètes de Pothier , nouvelle édition...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Pothier, Robert Joseph (1699-1772). Oeuvres complètes de Pothier , nouvelle édition.... 1821-1824.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.





OEUVRES
COMPLÈTES
DE POTHIER.

~~~~~  
**TOME VINGTIÈME.**

4.1944



DE L'IMPRIMERIE DE P. DIDOT, L'AINÉ.  
CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE SAINT-MICHEL,  
IMPRIMEUR DU ROI.

OEUVRES  
COMPLÈTES  
DE POTHIER.

NOUVELLE ÉDITION.

---

TRAITÉS

DES CENS, DES CHAMPARTS, DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE,  
DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES, DE L'HYPOTHÈQUE, ET DES  
SUBSTITUTIONS.



A PARIS,

CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,

RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N<sup>o</sup> 59.

M. DCCCXXI.



# TRAITÉ DES CENS.

---

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

LE 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 reconnitive 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 reconnaîtive 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, article 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 dus, 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 dus en cas de vente; le dépri auquel est obligé l'acquéreur d'un héritage censuel, et l'amende faite de dépri; la reconnaissance 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 faite 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 de censive, 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 propor-



tionnée 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 souffriroit 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 étant une redevance seigneuriale, est imprescriptible : 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, parceque 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 sols de cens pour un héritage qui avoit été donné pour quatre sols de cens, le censitaire aura acquis la libération de deux sols, parceque cette quotité ne touche point à la seigneurie directe, qui est aussi bien reconnue par une prestation de deux sols 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 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 reconnoissance de la seigneurie directe qui se fait par ce paiement; et comme cette reconnoissance 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, article 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 vraiment les dix écus qui me sont dus, 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 interturbarentur*.

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, parceque 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 cet 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 paie pour le cens, et qui est quelque chose d'utile, et qui en conséquence pourroit 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 de payer le cens, lorsque le seigneur lui rapportera mainlevée 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, reconnitive 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 sols 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 sols 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 sols ; 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 certains 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 paie 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 le 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 deux, 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 sols parisis, qui valent six sols trois deniers de la monnoie ordinaire, le sol parisis valant un quart en sus du sol 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 sols tournois* (qui sont les sols 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 sols, qui est l'amende coutumière, serait 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 sols, 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 la censive pour la réception des cens; si, depuis la dite 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 reconnoissance 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 percus. 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 emphythéotique, 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, 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, parceque 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 coseigneurs?

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 les-

aits cens aux jour et lieu nommés? Il sembleroit que 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 procéderaient 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 que 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 coseigneurs 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 coseigneur 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., ff. 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, parcequ'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 d'un 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 sols 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 sols qui est due par tous.

Lorsqu'il y a plusieurs coseigneurs, 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 coseigneurs; c'est pourquoi elle fait encourir au

censitaire l'amende entière s'il ne paie 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 sols.

C'est une seconde amende qu'encourt le censitaire faute du paiement du cens, car il en avoit déjà encouru 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 parceque 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 recelées.*

## ARTICLE PREMIER.

*Des 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 dus selon la disposition des coutumes, et les parties sont censées en être tacitement convenues par le bail à cens, selon cette règle, *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis.*

Ces profits censuels s'appellent profits de vente, parceque 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*, parceque, pour chaque franc, c'est-à-dire pour chaque vingt sols 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 gands, et dans d'autres une jallaye de vin qui contient seize peintes. 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 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 Beaugenci, 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 sols. 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 sols ; de chaque poule ou de chaque fromage à dix sols.

Les praticiens ignorants s'imaginent que, par cet article, la coutume estime un chapon quinze sols, une poule dix sols, 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, parceque 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 bailliage en 1660, pour un bail de vingt-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 deniers ; 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'art. 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 recelées.

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 déprié, 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 recelées.

§. I. Comment se fait le déprié ; dans quel temps doit-il être fait, et quelle est l'amende encourue faute de déprié.

Le déprié 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 sols parisis. Dans notre coutume d'Orléans, elle est d'un écu, ou soixante sols 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 sols; 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 recelées, 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 recelées.

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 annulé, et soit regardé comme non venu, l'amende encourue pour vente recelée 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; parceque 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 laudimiis, nec amplius ab illis dependet; sed fundatur in culpâ vel negligentia semel commissâ*, etc., et au num. suiv.,

*Et sic est casus in quo debetur mulcta, sed non laudimia.*

Si le contrat avoit été annulé 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<sup>o</sup> qu'il y eût un profit de vente dû; 2<sup>o</sup> 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, ff. glos., n. 41, décide qu'elle ne l'est que pour la partie du profit dû que l'acquéreur 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'acquéreur, 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'acquéreur 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 bonne foi, par rapport à ce profit, est, suivant la doctrine de Dumoulin lui-même, en son *Traité de indivib.*, une obligation indivisible. L'acquéreur, 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 bonne foi à laquelle on ne peut contrevenir 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 interevnante, 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, glos. 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, ff. gl., n. 10 et seq., décide qu'il encourt

l'amende ; parceque 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 pas la 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 d'amende faute de dépri, à moins que l'affiche n'indiquât le seigneur de qui l'héritage relève. La raison en 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 déprimer, 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 déprime 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, *eod. 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-délit. Or, toute obligation qui naît *ex delicto*, *aut quasidelicto plurium personarum*, est solidaire.

Si le dépri avoit été fait par un seul d'entre 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, ff. *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. 73 de la coutume de Paris, il est dit : « Il  
« est loisible à un seigneur foncier ou censier de pour-  
« suivre l'acquéreur nouvel détempteur d'aucun héri-  
« tage 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 disposi-  
tion; elle porte : « Est tenu le preneur ou acheteur  
« d'exhiber les lettres de la prise ou achapt au sei-  
« gneur 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 leurs 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 dus, sans être obligés d'avoir recours

à la voie de la 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 dus, il sembleroit qu'elle ne devroit 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,

parceque 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 régulière-

ment 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? Putà, 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 arré-

rages 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'article 82 de la coutume de Paris, *ne prend saisine qui ne veut*.

Mais les nouveaux acquéreurs ont intérêt de prendre cette saisine, parceque, 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 dus 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'héri-

tage; 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 dus du chef de leursdits prédécesseurs, parceque 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'empêcher 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 coseigneurs, 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 dus, mais pareillement pour les profits censuels et amendes, et généralement pour tous les droits qui lui sont dus. La coutume s'exprime ainsi, art. 103 : *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 reconnoissance 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 de 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 guères dans l'usage, que le sergent qui fait l'obstacle ou saisie censuelle, mette effectivement des barreaux aux portes. On ne met plus guères 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

où 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 écheoir, 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, ou obstacle des maisons et héritages de sa censive; mais depuis on a jugé qu'il étoit plus convenable qu'elle se fît 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 105 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 attenancés 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 sols tournois.

Toutefois, ajoute-t-elle, art. 103, si le seigneur est justicier, ou procède avec autorité de justice, il y a soixante sols 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 sols, 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 sols; 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, parcequ'il prétend que l'héritage ne relève point à cens du seigneur qui a fait la saisie; ou, parcequ'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 saisi 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 paie promptement ce qu'il doit en principal et frais.

Cette mainlevée accordée au censitaire, en consignat 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 mainlevée; 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 mainlevée, 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 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 Beaugenci.

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 vente, 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 reconnoissance, 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 reconnoissances, dont les unes marquassent que le fur est à relevoisons à plaisir, les autres marquassent un autre fur, ces reconnoissances se détruiraient en ce cas les unes les autres : il devroit y avoir lieu à la présomption de la coutume, à moins que les reconnoissances 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> A l'égard de celles dont le cens est requérable, elles sont présumées être à quelque 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*, art. 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; art. 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; art. 123.

## TROISIÈME ESPÈCE.

Il y a quelques censives aux environs de Meung et de Beaugenci, 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 sols; article 135.

Les héritages de la campagne tenus à droit de cham-

part (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; art. 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 de censive à qui la relevoison à plaisir est due ne peut non plus que le seigneur du fief déloger le proprié-

taire 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 en doit 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 dis-

poser 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 Saint-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 Saint-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 Saint-Jean en Saint-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 Saint-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 Saint-Jean pour le terme de Saint-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 do-



micile; elle peut se faire, soit au vrai domicile du seigneur, soit au lieu où se paie 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'art. 128, de bailler ou faire bailler les clés au seigneur dans le premier jour du terme, c'est-à-dire le jour de Saint-Jean, si c'est pour le terme de Saint-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 Saint-Pierre inclusivement, pour remettre les clés. 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 clés qu'à la Saint-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 clés, pour, par le seigneur, en partager la jouissance avec les propriétaires des autres portions, ou liciter entre 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 coseigneurs, 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 vacante, 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; ff. 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 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; article 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 paie le cens.*

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

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 paie 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 paie 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 appartenait, 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 paie 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

la dite relevoison, qui consiste dans le revenu entier de la maison.

*Vice versá.* Lorsque le cens se paie 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'arrérages 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, arrière-foncières, ou 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 *arrière-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'art. 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; parcequ'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, parceque 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,

parcequ'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 paie 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 versâ*, 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 paie 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 art. 130, 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, parcequ'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 donneroient lieu à des profits auxquels les rentes par eux retenues seroient sujettes.

Au reste on peut convenir par 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, article 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'acquittement 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 relevoi-

sons 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'attention 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'art. 138, 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 paie 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, quoique 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 l'art. 138 de la nouvelle : cet article porte qu'à l'égard de ces maisons dont le cens se paie 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 dus, 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 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<sup>o</sup> Par rapport au temps dans lequel l'obstacle peut être fait; car, au lieu que, dans les censives ordinaires à droits 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 dépayer; 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 Saint-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 obstacker, 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 *dé-faut* pour le défaut de paiement de cens aux jour et lieu nommés; et elle est la même que dans les censives ordinaires. Il n'y point d'amende faute 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.

FIN DU TRAITÉ DES CENS.





# TRAITÉ

## DES CHAMPARTS.

---

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Le 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.*

#### §. 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 recognitif 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 reconnaîtif 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 reconnaîtive 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 ac-

quérir 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, quoique 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.

3° 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 Saint-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; *Berry*, 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 la-

quelle 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 justifie que lesdites terres relèvent d'un autre seigneur, ou qu'elles sont en fief. C'est une suite des 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 champart.*

§. 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 sols tournois; *Orléans*, article 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 Berry, 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 enlevait 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 Berry , 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 , parcequ'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 et 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 cet estimation; et le redevable sera condamné aux frais de cette estimation auxquels il a donné lieu, en n'appelant pas les 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 contre 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 des gens à lui affidés, pourroit paroître suspect.

§. II. De l'obligation en laquelle sont les possesseurs des terres à champarts 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, parceque 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 ; Berry, 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, article 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'Introduction 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 du 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.

Quoique 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 complainte; car c'est une jurisprudence reçue qui ne fait plus aujourd'hui de difficulté qu'on peut former la complainte 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 reconnaissances

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.

FIN DU TRAITÉ DES CHAMPARTS.



# TRAITÉ

## DE LA GARDE-NOBLE

### ET BOURGEOISE.

---

#### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Le droit de garde-noble a lieu dans presque toutes les coutumes.

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

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

On ne peut guères définir le droit de garde-noble d'une manière qui convienne à toutes les coutumes, parcequ'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 cou-



tumes; 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<sup>o</sup> en accordant ce droit, non seulement au survivant des deux conjoints nobles, mais aussi à son défaut ou refus, aux aïeux et aïeules des mineurs, et même aux autres ascendants. D'autres même l'étendent jusqu'à leurs collatéraux.

D'autres encore étendent, 2<sup>o</sup> 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*, quoique 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 tutèle 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 mineurs 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 rendît pour elles; c'est ce qui s'ap-

peloit *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 convînt 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 prédécédoit.

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 tutèle

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 eus 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<sup>o</sup> de l'ouverture et de l'acceptation de ce droit; 3<sup>o</sup> de ce en quoi il consiste, des émoluments de ce droit, des obligations du gardien et des charges de la garde; 4<sup>o</sup> des manières dont la garde finit; 5<sup>o</sup> 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 défèrent-elles le droit de garde-noble.

Les coutumes varient beaucoup sur les personnes auxquelles elles défèrent la garde-noble. Il y en a qui ne la défèrent qu'à celui des deux conjoints par mariage, qui a survécu à l'autre, c'est-à-dire au père ou à la mère seulement, et ne la défèrent 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 défèrent 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, art. 265.

Dans ces coutumes, si, au défaut ou refus du survivant, il ne se trouve aucun aïeul ni aïeule, mais un autre ascendant 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 ascendants 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 déférée 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'elles ne la donnent point, à son défaut ou refus, à l'aïeul ni aux autres ascendants; 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 descendants, qui fait présumer qu'il ne négligera rien pour leur éducation. Cette raison se trouve également militer à l'égard des autres ascendants; les ascendants d'un degré plus éloigné ayant la même affection pour leurs descendants 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 ascendants 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 parcequ'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, décident 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. 330, 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, telle 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 aïeuls 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 aïeuls et aïeules lorsqu'il s'en trouve de différents côtés et de différents sexes, la garde-noble leur doit être déférée



concurrentement; de même que, selon le droit romain, la loi des Douze Tables ayant appelé à la tutèle 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 défèrent 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 de non nobles qu'en l'art. 32, il est dit: *Gardiens sont, père et mère, ayeul ou ayeule, 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'aïeuls 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, ayeul ou ayeule, ou autres ascendants;* mais cet art. 26 doit s'interpréter par l'article 23, qui est celui par lequel la coutume dispose de ceux auxquels elle entend déférer la garde-noble. Dans cet article 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, aïeul ou aïeule, et autres ascendants, et qu'on appelle d'un autre nom, savoir du nom de baillistre, l'homme à qui la mère ou l'aïeule 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 tutèle 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 dé-

suétude ce bail des collatéraux, ceux-ci se soucient 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'aïeul ou même l'aïeule au bisaïeul; mais s'ils se trouvent en degré égal, comme deux bisaïeuls, 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 bisaïeul 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 Berry. 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 anoblis, soit pour services rendus à l'état, soit par des charges de secrétaire 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 infames 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 elles confient cette éducation sous le nom de garde-noble; car ce droit est un droit de même nature que les droits de succession et autres, dont l'infamie ne prive point.

A l'égard de ceux qui sont interdits, non seulement pour démence, mais pour quelque 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 exclue de la garde, même dans les coutumes où la tutèle 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 celle où la garde est séparée de la tutèle, comme à Paris.

Les commentateurs attestent que l'usage en est con-

stant; 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, telles que celle d'Orléans, qui unissent la tutèle 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, telles 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 défèrent la garde-noble qu'aux nobles: elles ne la défèrent 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, parceque 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, parceque 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, parceque 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 vétérance, 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, ayeuls ou ayeules 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, Lemaître, 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 con-

forme 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 déférée 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 à la 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 tutèle 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 noble, 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 devroit 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, ayeul ou ayeule 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, parceque 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 déférée à ceux qui y sont subordonnément 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 déférée 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, déférée à l'aïeul.

Dans les coutumes, telles que celle de Paris, où la garde doit être acceptée, si le survivant, à qui elle étoit

déférée, 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 déférée au survivant, ou à quelqu'un des autres auxquels elle est déférée 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 déférée que par la mort du père ou de la mère des mineurs, puisqu'elle n'est pas déférée à d'autres qu'au survivant d'iceux.

Dans notre coutume, quoiqu'en s'attachant scrupuleusement aux termes des articles 132 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 dût pareillement se déférer que cette fois, néanmoins comme cette garde qui n'attribue aucun émolument au gardien, qui n'est autre chose qu'une tutèle 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 30 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'art. 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 Lemaître, qui rejette indistinctement l'effet rétroactif.

Les arrêts ont jugé que le survivant qui avoit accepté la tutèle 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 tutèle, comme le déclare la coutume de Paris en termes formels, art. 271, de ce que le survivant a accepté la tutèle, 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, Re-nussons 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'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, parcequ'il n'en est pas capable, ni celui de garde-bourgeoise, parcequ'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 bourgeoisie 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 bourgeoisie, au survivant ou aux autres personnes auxquelles elles la défèrent, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Le survivant et les autres à qui la garde est déférée 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 déférée, 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, parceque son fils a un préciput d'aînesse 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 Lemaître 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, parceque 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 tutèle; 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 inten-

ter les actions où il est question de la propriété des biens des mineurs, et à y défendre.

Cette tutèle 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 tutèle 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 tutèle 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 tutèle 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 lorsqu'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, parceque 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 tutèle 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'article 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, parceque 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, parcequ'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 Pa-

ris et autres semblables, que l'administration des meubles des mineurs, il doit en faire un inventaire et une prisee. 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 prisee 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 colloque 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, puisque 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, parceque 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 le 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 tous ces cas le gardien sera tenu des dommages et 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 usufru.*

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 appartiendrait 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 dus, *quum 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, parceque elle a été due dès que la récolte s'est faite, et par conséquent avant la garde.

*Vice versâ.* 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 offreroient 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 déshérence, 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, parceque, 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, parcequ'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 com-

prend 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 remploi 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 tirées 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 défau-  
droit.

## 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, où, 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 du procès pour la conservation des biens sujets à la garde. Quelques coutumes en ont des dispositions, et on le doit 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'acquittement 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'acquittement de ces charges étant une charge naturelle de sa jouissance.

Il doit acquitter 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'acquitter, comme nous l'allons voir ci-dessus.

Il doit pareillement acquitter 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 acquitter les arrérages des rentes constituées dues par la succession du prédécédé, tant ceux courus du vivant du prédécédé, parceque ces arrérages échus sont dettes mobilières de sa succession, que ceux courus durant la garde, parceque, 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 prédé-

céde; 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'acquitter les dettes mobilières des mineurs; la coutume de Paris, art. 267, l'en charge expressément.

Néanmoins cette obligation d'acquitter 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 acquitter 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 de-

voir 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, parcequ'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, parceque 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, parceque 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, parceque 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 tutèle 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, parceque, dit-il, ces récompenses ne sont pas tant des dettes de la suc-

cession du prédécédé, que le droit qu'a le survivant de s'égalér 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 coassociés, 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 certain, 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 renonçât; 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, parceque 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, parcequ'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, parceque 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, parceque cette dette, quoique mobilière, a pour cause le prix d'immeubles.

Toutes ces décisions paroissent hasardées, et souffrent grande difficulté. Lemaître 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 transmises dans sa succession, mais aussi les frais funéraires du prédécédé, lesquels 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 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 char-

gent 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 autre 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.

§. 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 celles 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 suc-

cession 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, parceque 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, §. 3, 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, *vitric* 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 *baillistre*.

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 sa 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 nonobstant que l'aïeul prenne la garde à sa place, elle demeure toujours obligée envers ses mineurs à l'acquiescement 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, parcequ'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 malversations, 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 14 ans, et pour les filles à 12 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 tutèle légitime, elle finit comme la tutèle, lorsque le mineur a 25 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 32). 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, a 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 leurs 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 déferée 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 delà 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

Lyonnois 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, Lyonnois, 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 aviæ*, qui est une loi de Lyon, pays de droit écrit, défère bien aux mères la tutèle légitime de leurs enfants; mais ce droit de tutèle 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 déferée 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, parceque 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 versá.* 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 20 ans; à Tours seulement jusqu'à 18. Le gardien-noble d'un mineur, Tourangeau, jouira-t-il des héritages de Paris après que son mineur aura accompli 18 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 versá.* Un gardien-noble de mineurs, Orléanois, jouira-t-il jusqu'à 20 ans des héritages situés en Tou-

raîne? 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 18 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 versa.* 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, parceque la coutume de Paris, de qui il tient le droit de garde, ne le 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, Lyonnois, 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 noble-  
« ment, va de vie à trépas; il est en la faculté du sur-  
« vivant de prendre et accepter les meubles étant hors  
« la ville et fauxbourgs de Paris, sans fraude: auquel  
« cas il est tenu payer les dettes mobilières, et les ob-  
« sèques et funérailles d'icelui trépassé, pourvu qu'il  
« n'y ait enfants, et s'il y a enfants, partissent par moi-  
« tié. »

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.

*Contrà 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 conjoint. La coutume de Paris ajoute, *et vivant 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 vivant communément, 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 germanici communione 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, parceque 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 parturont*, suppose une communauté.

Lorsque les héritiers de la femme renoucent à la communauté, il est évident que ce préciput devient inutile au mari, puisque, par cette renouciation, 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, compense, aussi bien que la part qu'elle aurait 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 précédent n'ait point laissé d'enfants; c'est ce qui résulte de ces termes: *pourvu qu'il n'y ait d'enfants*.

Quoique la coutume 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 unus 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 fauxbourgs 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 fauxbourgs 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 Lemaître. 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, legatis accedunt, etiam ea quæ tunc non sunt, si esse solent nec quæ casu ibi fuerunt legata existimantur; l. 78, §. 7, ff. de leg. 30.*

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 viennent à mourir pendant ce temps, ces meubles transportés de Paris n'entreront point dans le préciput du survivant, parcequ'ils étoient destinés à être ramenés à Paris.

*Contrà 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 devrait entrer dans le préciput, quoique trouvé à Paris, parceque 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 pas le 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 emploient seulement ces termes *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 interpretes 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'acquiescement 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'ex-

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

Quelques coutumes ne restreignent pas la charge des legs aux *pieux*; 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 fait 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 testaments*.

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'acquitte-

ment des dettes, et non des frais funéraires; celle de Charny même l'en décharge en termes exprès.

D'autres coutumes, comme celle de Berry, 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, parceque *ubi lex non distinguit nec nos debemus distinguere*. C'est l'avis de Lebrun et de Duplessis. Lemaître 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 Lemaître, 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 emplois 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 même 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 emolumentum*, des charges du préciput lorsqu'elle l'a une fois acceptée. 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, parcequ'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.

FIN DU TRAITÉ DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

# 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, parceque 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 parcequ'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<sup>o</sup> de ses effets, et des actions qu'elle produit; 3<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 préteur à s'écarter des principes rigoureux du droit civil.

Nous n'avons suivi ni le droit du préteur, 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 du sceau de l'autorité pu-

blique, 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 l'auroit souscrit.

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.

§. 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 par-tout 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 va-

l'idité 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 huissiers, greffiers, et même les juges sont incompétents 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 clers. 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. Édit 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 reconnoissance qu'en dresse le notaire; car, quoique ces actes sous signature privée ne soient par eux-mêmes munis d'aucune autorité publique qui puisse prouver l'hypothèque, ils le deviennent par l'acte de reconnoissance 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 reconnoissance; et conséquemment ils perdent 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 reconnoissance en soit prononcée, l'hypothèque a lieu, non pas seulement du jour du jugement, mais du jour de la dénégation. Ordonnance de 1529, article 93.

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 juges-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 établissemens.

A l'égard des jugements rendus en pays étrangers par de 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 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 sen-

tence 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 esté 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 interjeté, en suspendant son ef-

fet, 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'hypothèque doit avoir lieu du jour de la signification de la première sentence rendue par défaut, de même que si on n'y avait 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*, parceque la loi seule la produit sans aucun titre.

Telle est 1<sup>o</sup> 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 tutèle, sur les biens de leur tuteur, du jour qu'a commencé la tutèle.

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 communauté, 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 tutèle 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 protuteurs des mineurs, curateurs d'interdits, fabriciers, administrateurs d'hôpitaux, syndics de communauté, 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 contre 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, de ff. jur. fisci. *Certum est ejus qui*

*cum fisco contrahit bona obligari quamvis id non exprimatur; 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, *putà* 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. *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 sol la livre de leurs créances.

Dans quelques autres, telles 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 coutumes, 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 par-tout susceptibles d'une véritable hypothèque, qui peut être poursuivie en quelque 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 personne 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 fideicommissi*; 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 *eminententer*, c'est-à-dire *non quidem jure hypothecæ, sed jure dominii*, 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 dominii et in re propria*, mais *jure hypothecæ et in re alienâ*.

Pour pouvoir hypothéquer une chose, il ne suffit pas d'en 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; parceque, 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 devoit 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 de-



vant 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 communauté 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 du 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 : *Rati habitio 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 parcequ'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 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 leurs contrats; 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 hypothé-

quer 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, parceque 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, parceque 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, parcequ'il ne résulte de ces contrats aucun engagement valable, aucune dette, et qu'il en faut une qui puisse leur servir de fondement, 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 velléien, telle hypothèque est nulle, parceque 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 naissoient des simples conventions *ex nudis pactis*, qui n'étoient point revêtues de la forme de la stipulation qui, selon les principes du droit romain que nous ne suivons point, étoit nécessaire pour donner le droit d'action et de demande en justice. Ces obligations étoient appelées purement naturelles, parcequ'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 suâ obligatione, sive pro alienâ* ; 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* ; ff. 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 défaillir, 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* ; ff. 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, parceque, 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 hypothéqué, 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, parcequ'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'hy-

pothèque, 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 délais fait, le créancier la saisira sur un curateur qu'il fera établir au délais.

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, parceque l'usufruitier a un droit dans la chose, en quoi il est différent du simple fermier.

Loyseau néanmoins, liv. 3, chap. 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'emphytéose 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, parcequ'on ne peut donner d'action contre une femme seule, lorsqu'elle est en puissance de mari, ni contre le mari seul, parceque 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, liv. 3, chap. 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, ch. 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 dé-*

*tenteurs 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 parceque 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 doivent être sujets à la discussion. Cet avis de Laurière n'est pas suivi, et est contredit par tous les commentateurs, Duplessis, Lemaître, 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 meubles, 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 du 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 devoit être 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 détenteur 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 im-

penses 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 le 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 saisies 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 délais, 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 se 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, parceque, 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, multò 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 exclu 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 délais 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 co-héritiers, pour chacun leur part, de ce qu'il souffre d'être exclu 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 envers 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 dus, résultants de l'éviction qu'il a soufferte.

§. VI. De l'exception *cedendarum 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 paieroit le total de la dette à ce premier cessionnaire 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 *prorata* 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, parceque, 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, Marc, Luc, et Jean, qui ont chacun un de ces héritages dans leur lot de

partage, chacun de ces 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, *cùm 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; parcequ'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*, parcequ'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 délais, 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 délais, 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 délais 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 délais, doit non seulement offrir de payer tous les arrérages qui en sont dus, et les frais qui peuvent être dus 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 délais, 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, parcequ'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 délais, 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 cette même 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 délais 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 délais, 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 délais : 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 délais 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 délais.

Le tiers-détenteur ne peut être condamné à autre chose qu'au délais 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 appartenait, et le dégrader.

Cette décisoin 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 doit 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, chapitre 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 connois-

sance 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 délaisser 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, quoique avec connoissance 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 délaisse, 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 délaisser 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 délais il ait passé titre nouvel, et que par la suite, *melius consultus*, il veuille délaisser, 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 délais pour hypothèque est moins rigoureux que le déguerpissement 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 délaissier, 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 délaissier; 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 adjudgé, à rentrer dans l'héritage, mais en payant tous les frais faits sur le délais et la sai-

saie, sans aucun recours contre le garant, faute de l'avoir sommé. Et si l'héritage est déjà adjudgé, 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 délais que fait le détenteur n'est que le délais 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 délais, 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 délais.

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 délais; 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 délaissé 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, en égard à la modicité de la valeur de l'héritage, peut en pour-

suivre 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,

parceque, 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, parceque 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 distingueroit-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, parcequ'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'auroit 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 hypothéqués 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 délais 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<sup>o</sup> qu'il ne peut y avoir d'exception de discussion à opposer contre cette action; 2<sup>o</sup> 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 reconnaissance 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 reste 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 oppo-

sés, 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. (Édit 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. (Édit 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 tient 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'auroit 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 piété 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 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 bâtimens 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 bâtimens n'a proprement privilège que sur le prix de la superficie qu'il a con-

servé, et non sur le prix du sol ou terrain, pourquoi il y a lieu à la ventilation. (Arrêt du 14 juin 1721, tome 7 du *Journal des Audiences*.)

Si les créanciers qui ont conservé le gage doivent être préférés aux autres, parcequ'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'entre 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 causâ*. 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 livres, n'auroit été porté qu'à 8,000 livres, sans les améliorations qui y ont été faites par ces créanciers, ils n'auront de privilège que sur ce qui restera des 2,000 livres, prix de la plus value, dé-

duction 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 mélioré 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, parceque 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, parceque 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 créan-



ciers, 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 dus.

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 donnée à l'héritage la libération de ce droit.

Après les créanciers privilégiés acquittés, on doit colloquer avant tous les créanciers du dernier proprié-

taire 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 (édit 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, sect. 2, §. 2; parceque 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 livres, pour rembourser à Pierre, créancier de 1740, pareille somme de 1,000 livres, faisant partie de 3,000 livres, qui étoient dues à Pierre; qu'en 1761, Jean ait prêté une autre somme de 1,000 livres, aux mêmes fins; et qu'en 1762, Jude ait prêté pareillement 1,000 livres pour rembourser à Pierre les 1,000 livres 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, parcequ'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 livres, 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 emploi 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 conventions 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, parceque 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 exclu 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, parceque 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 épousoit, s'est obligé, du jour de son contrat de mariage, sous l'hypothèque de ses biens, à lui restituer les biens qui lui avien droient 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 tutèle, à conserver et à restituer à ses mineurs tous les biens qui leur avien dront durant la tutèle, 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 doit être préférée pour les arrérages qui lui en étoient dus, 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 naîtroient 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 emploi du prix des propres de la femme aux aliénations volontaires desquels 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 adjudés 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 entre eux au sol 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 quelque immeuble, sur l'acheteur qui ne l'a point fait décréter; quoique cette somme soit un effet mobilier, néanmoins elle se distribue entre 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 délaisser 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 (édit 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 (édit de 1659).

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 appartenait 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 la 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 simple 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. *Cum non potest materia ad pristinam formam reverti*. *Par exemple*, si un marchand de laine a vendu de la laine à un fabricant qui l'a 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 versâ*; mais bien lorsque de la laine on en faisoit un habit. *Lanâ legatâ vestem quæ ex eâ facta sit non deberi placet*; l. 88, §. 1, ff. de leg. 30. *Si arcæ legatæ domus imposita sit deberi*; l. 44, §. 4, ff. de leg. 30.

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 aboutissans, 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 che-

min, 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 opère 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 parceque 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 parceque 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, *limitatâ 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 survenance 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, parceque 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-

ti-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 quàm ipse habet*; 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 quelque 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 pré-

sumé 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 déguerpit ensuite, le déguerpissement 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 ch. 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 quelque'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 versâ*, 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 con-

extinction des hypothèques, parceque 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, parcequ'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 codébiteurs 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 décisoire 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 fausse-

ment 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 devoit 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 ne lui donnant que le droit d'administrer les biens de son mineur, et non pas d'en disposer à son gré. Or, toute aliénation gra-

uite 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 sa 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, parceque 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. sol.* 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 obligéât 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 obligéât 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, quum 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 venderit, quum ideò passus est venire, quod sciebat pignus sibi durare; ff. 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 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 Seïo, interfuisse et subscripsisse: quo caverat Seïus feudum nulli alii obligatum... Modestinus respondit pignus, cui is de quo quæritur 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 inhærenti 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 contînt 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. sol.* 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 certaine condition, 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 emploieroit 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, repellatur creditor, nisi si quis dicat, ideò concessisse donari quod amicus erat creditori is cui donabatur; ff. 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.*; ff. 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; ff. l. 8, §. 16.

Mais le consentement du créancier n'auroit aucun effet, si c'étoit un tiers qui vendît; ff. 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 y 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'Église, 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 du propriétaire, 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, parceque 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 action 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'o-

bligation 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 des contrats par-devant notaires, doit aussi se proroger jusqu'à quarante ans, et que la loi de Justin doit 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 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 contractantes 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 demeureroit 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 or-

donner par le juge que, conformément à la clause, il demeurera propriétaire pour l'estimation, et qu'il le fasse consentir par le débiteur. Jusques-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 écheoir, 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 intérêt.

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 co-héritiers; 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 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 pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nulla conventionem nascitur pignoratitia actio, et generaliter dicendum quoties recedere voluit creditor à pignore, videri ei satisfactum; si, ut ipse voluit, sibi cavit, 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 culpâ; 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 suffit 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 impenses 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 loi du nantissement, a prêté son ar-



gent, 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 attequée 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; ff. 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, ff. *de pig. et hyp. Si antichresis facta sit et in fundum aut in ædes aliquis inducatur, eò usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit 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 de 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 antehrisis facta sit*, dit la loi 11, *et in fundum aut in ædes aliquis induatur*. 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 équivalent 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'héri-

tage 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 ces 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 emolumenti propter incertum fructum 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, parcequ'en ce cas il est plutôt censé tenir la maison à loyer pour un vil prix, que retirer un intérêt excessif. *Non illicitum fœnus 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*, parceque, 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 de 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 convention d'antichrèse comme réprouvée 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 intérêt, 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 29 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 of-

frant 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 Loysau regarde la convention d'antichrèse comme réprouvée 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'appelloit *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 appariant 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. Loysau 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 décompter en ligne directe en descendant seulement.*

## ARTICLE II.

## 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 16, porte: « Que les engagistes des seigneuries des do-  
« maines du roi ne peuvent recevoir les foi et hom-  
« mage des vassaux desdites seigneuries, et ne peu-  
« vent nommer aux offices et bénéfices qui en dépen-

«dent.» 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, Loysau, 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.

FIN DU TRAITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.



# 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 légué 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, parceque 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 font 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 lorsque, 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, personne ne pouvant stipuler 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, pourquoi l'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 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 sembloit 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 défaite 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 révo-  
 « quées, ni les clauses d'icelle changées, augmentées  
 « ni diminuées par aucune convention ou disposition  
 « postérieure, même du consentement du donataire. »

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 contiendrait aucune autre disposition. Il faut décider que cette substitution est une disposition testamentaire; car, suivant le principe établi par l'ordonnance de 1731, 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 faudrait 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 acceptation 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 1731 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; art. 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; art. 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 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 donateur, 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 devroient 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 ces publication et 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 dépend 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; art. 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, parceque 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 tenant, 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 tes-

tamentaire; 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 publication et insinuation, 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 acquerroient depuis du grevé les biens substitués, ou qui contracteroient 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, appartenoit 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. 33. 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, parceque 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. 34, 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. 32, décide que ce défaut peut être opposé contre les substitués, quels qu'ils soient, même contre les mineurs, les pupiles, 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, parceque 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 livres, 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 sub-

situés, 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 défaut 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 grevé ses enfants envers Pierre lorsque sa postérité viendra à défaillir.

## ARTICLE II.

Quand doit-on supposer une substitution ou fidéicommissaire 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 semblable, 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 1731, 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 recueilleront 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 fidei-

*commiss. 2. Fratres 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 étant 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 com-

posent, 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 légué 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 onerari 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<sup>o</sup> il faut que ce soit le survivant seul qui ait été chargé de restituer au tiers ; 2<sup>o</sup> 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 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 one-*

*rari possit, in plus quàm 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 abrégér, 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 Sect. 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 pas 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 mouroit.

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 entre 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'étoit 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 tel plan.* Si Pierre et Paul ne sont pas héritiers l'un de l'autre, Ricard pense qu'on ne peut guères 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 entre 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, parcequ'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 supposer 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 hæred. 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*, parcequ'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 déroger 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 circonstances 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 , parceque 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 paroisoit 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 déduction de la quarte trébellianique; la défense de la déduction 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 2 du *Journal des Audiences*, si le même cas se rencontre.

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 devoit 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, parceque 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, mais 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 quàm 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 que 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 le quel 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 personnellement : *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, parcequ'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 quoiqu'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'a-

voit pu les transmettre à ses 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 tēstateur 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 , parcequ'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. 7 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 celle 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 exhéredé; 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 res-



treignant 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 exhé-  
 rédés, 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. *Cùm erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere: conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi: nec quæritur an hæredes 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, lorsque après sa mort on lui en a tiré un par l'opération césarienne. *Etiam ea mulier, quùm moreretur, creditur filium ha-*

*berè, 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? *Cùm autem quis antè, et quis postea decesserit, non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est; ff. l. 17, ff. §. 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; parceque, *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 *fils*. 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 fils. Ricard pense que le terme de *fils* 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 fils? 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 fils, 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 leur sens propre 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 Soëfye, 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 exclu 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, sur-tout 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, parceque 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 la 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 extinderit; 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'article 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 ils les excluroient 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. Quelque 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 proximité, 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 déferée dans l'ordre des successions *ab intestat*. Elle l'a décidé expressément, article 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 seroit déferée 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'aînesse ; 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, parcequ'il y a même raison de décider pour ces cas que 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'il vouloit 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 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 recte mulierem electuram, propter gradus fideicommissi præscriptos; deficiente verò gradu nepotum, ex cognatis, quam velit, personam eligi posse; l. 57, §. 2, ff. ad sect. 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 de 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 necessariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium est: quid est enim quod de suo videatur 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 qu'il 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 fa-

mille, 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 cæteros habiturus est, remota matris electione.*

Un mineur à qui on a substitué celui de la 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 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. 2: *Electionem non esse pœná peremptam placuit.*

Lorsque celui qui étoit grevé d'une substitution, après son décès, envers celui de la famille qu'il choi-

siroît 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<sup>o</sup> quelles défenses

d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes ;

2° Quelles espèces de substitutions renferme 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.

§. 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 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 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.

S'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, substituer 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 l'a voulu faire: comme dans l'espèce de la loi 74, ff. ad sect. 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 sa fille n'auroit point d'enfants, et par conséquent pour le cas auquel les collatéraux de sa fille auroient intérêt que cette fille ne fît 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 : *Ità 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 l'a renfermeroit si elle étoit portée par un testament? Ricard, après Barthele, 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, renferment une substitution faite au profit de la famille, sous la condition que l'héritier à qui la défense est faite, aliéneroit 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 fideicommissis*.

Il en seroit autrement s'il y avoit une substitution expresse au profit de la famille, quoique 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 aliéneroit hors la famille. Cette différence est remarquée en la loi 67, §. 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 aliéne 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. Fratres hærede instituto petit ne domus alienaretur, sed in familiâ relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienaverit, vel intereâ 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 ex 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 que *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* ff. l. 38, ff. *cod.*

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 a 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 relinquantur*.

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'opi-



nion 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 proches 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; ff. §. 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. *Contrà*, 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, parcequ'il n'est pas capable de recevoir par testament; mais il peut être appelé par une substitution portée par une donation entre-vifs, parcequ'il n'est pas incapable d'être donataire entre-vifs.

*Contrà*, 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'é-

gard 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 cæteros*.

*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 déférée 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'héritier: 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 , puisque 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 desirent 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 substitution; 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 leur 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'aie 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 hæreditatem, 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 con-

tractuelle, 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, article 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 du 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, article 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 conséquence 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; art. 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; art. 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 jusque 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, parcequ'il doit cette jouissance plutôt à la négligence du substitué qu'à l'auteur de la substitution : *Negligentiâ petentis, non iudicio 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 trebellianique, 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 quints des propres. L'héritier, grevé de substitution, peut, dans notre coutume, retenir ces quatre quints, 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 greève 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 des choses particulières.

### §. 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, parceque, 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, parceque 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 possédoit, 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, parceque 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 proprié-

taire 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<sup>o</sup> 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 sont 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<sup>o</sup> 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 publi-



que, 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 com-

prise 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; quoique ce fief 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, parceque 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 sect. 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 justice, 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 substitu-

tion ; parceque 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 succession ; 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 elles appartiennent incontestablement à l'héritier grevé, 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 leg. 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 desdites créances, et non pas seulement la somme qu'il auroit payée.

2° On doit aussi tenir compte au grevé de tout ce qu'il a payé pour les charges de la succession, telles que sont :

1° Les frais funéraires du défunt;

2° L'acquiescement des legs particuliers;

3° Les frais d'inventaire, de scellé, de vente;

4° Le contrôle du testament;

5° 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'autant plus acquitter les profits de rachat, qu'ils sont dus principalement 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° 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 batiments, 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 futura 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 le 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 occasionées, 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 consulter, 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<sup>o</sup> que ce procès ait 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<sup>o</sup> 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 hæreditate 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 hæreditate superfuisset, Mævio restituere. Quod medio tempore alienatum vel diminutum est, ità quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratiã tale aliquid factum probetur; verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat; l. 54, princ., ff. ad trebell.*

C'est pourquoi, si le grevé d'une substitution a fait

des donations considérables des biens de la succession, les choses ainsi données ne seront pas soustraites de la succession; 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 gratiâ*.

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; *Argum.*, d. l. 54, ff. *ad sect. 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 res-

tera 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 dus. 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 d'avantage la substitution: car, quoique l'héritier grevé ait fait des acquisitions du privé des biens de la succession qu'il a vendus, ou qu'il en ait méliore ses propres biens, ou payé ses dettes, le substitué ne peut pour cela prétendre aucun rem-



placement 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 différerait 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 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 ven-

pus, et qu'il sera fait emploi du prix, même avec la clause qu'ils seront conservés en nature; art. 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'é-

chéance de la condition qui doit donner ouverture à la substitution.

3<sup>o</sup> 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 competunt*.

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 sect. treb.* le décide: *si temporalis actio in hæreditate relicta fuerit, tempus quo hæres experiri 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 sect. 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 quelque 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 alium 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 de la substitution.

La jurisprudence, confirmée par la nouvelle ordonnance des substitutions, a apporté une exception à cette règle. Elle permet au grevé de substitution, lors-



qu'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 guères 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 défaut 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 53, 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 devoit 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, parceque 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, surtout 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 nocés.

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 épouserait. 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 contracteroient 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 dus, 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 réservé 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 réservé propre, et dont elle s'est réservé la reprise en cas de renonciation à la communauté;

3° Les dommages et intérêts dus à la femme pour la détérioration des héritages, les pertes et les prescriptions des droits dépendants de ses biens, arrivées par la négligence de son mari;

4° Le emploi du prix des rentes de la femme, qui ont été remboursées au mari, et de celui de toutes les aliénations forcées de ses héritages.

A l'égard des emplois dus 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 absorberoient 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 dus.

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'excédant; 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 noces.

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 deuil; 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 de son 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 parcequ'on la 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, la 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 mourroit avant l'ouverture de la substitution, il la trans-

mettroit 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 prédécéderoit ; c'est pourquoi ces enfants viendront, 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 clause.

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 méusoit des héritages substitués, et les détérioroit, pour lui faire des défenses, et si après ces défenses il continuoit à méuser 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 suivans, 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 prisee des meubles, même dans les pays où cette prisee 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 délais, 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 prise, 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 paragraphe précédent; art. 18 de l'ordonnance. 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 prisée, 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 condi-

tion, 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 demont.* 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*; 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 per-

met 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: *Fidei-commissi conditionem, conjecturâ pietatis, respondi defecisse, quod minus scriptum, quàm dictum fuerat, inveniretur.*

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, qu'ayant pensé à mes enfants, et ayant effectivement voulu les préférer, on a oublié de l'écrire; *minus scriptum quàm 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 équipollente 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<sup>o</sup> 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 hé-

ritages 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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<sup>o</sup> 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 prédécédés. C'est la décision de la loi 41, § 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 prédécédoit, à Valérianus, 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 Valérianus, 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 Seio 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 *collectivè* 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, *sinè 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 de-

mande 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 versá*, 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, puis-

que 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.

*Contra vice versa*, 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, 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 dus 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<sup>o</sup> 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 dus au substitué, pour les détériorations que le grevé auroit pu causer par sa faute ou négligence, aux biens substitués.

2<sup>o</sup> 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, lorsqu'il y a manqué, comme nous l'avons observé en son lieu, ce que ne peuvent les héritiers.

3<sup>o</sup> 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 admi-

nistration. 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<sup>o</sup> 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.

A 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 le 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

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<sup>o</sup> à l'égard des testaments militaires, lesquels n'étant pas assujettis aux règles du droit civil, peuvent valoir sans héritier.

2<sup>o</sup> A 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, parceque, 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 substi-

tution fidéicommissaire universelle dont il est grevé, parceque, 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 codiciles *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 6 du *Journal*; arrêt du 9 février 1718, au tome 7 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 dé-

cès 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 quel qu'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, parceque 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, telles 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 résulteroit 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 excep-

tion 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 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 substitu-

tion 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 par 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 défaillit 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 défaillassent, 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, parcequ'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 collatérale, 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 contienne 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 appliquée 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 appartien-droit 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 succéderaient 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 pareillement succédé par une espèce du second degré de substitution, cette seigneurie utile et temporelle sera dorénavant possédée librement, et ne passera plus que *jure hæreditario*, 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 succédé 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. 33 et 34, 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 prédécédé avant l'ouverture, soit parcequ'elle a répudié la substitution depuis qu'elle a été ouverte à son profit, soit même parcequ'étant morte depuis l'ouverture, sans déclarer si elle acceptoit ou non la substitution, les biens sont passés au degré suivant.

*Par exemple*, si un testateur a ordonné que ses biens appartiendroient, 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, *juxta ordinem scriptum*, sera compté pour le premier degré, parceque 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 quelque 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'aliéne 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, parcequ'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 décidoit 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 quelque 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 quelque 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,  
ET DU 20<sup>e</sup> VOLUME.

---

# TABLE

DES CHAPITRES, SECTIONS, ARTICLES, ET PARAGRAPHES  
CONTENUS DANS CE VOLUME.

---

---

## TRAITÉ DES CENS.

---

|                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                              |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| CHAPITRE PRÉLIMINAIRE, p. 1                                                                                                                                                                                     | §. II. Du cens portable, 13                                                                                                                                                                                                                  |
| SECT. I. Du cens et du défaut<br>de paiement du cens, 4                                                                                                                                                         | §. III. Du cens requérable, 14                                                                                                                                                                                                               |
| ART. I. De la nature du cens,<br><i>ibid.</i>                                                                                                                                                                   | ART. III. Du défaut, <i>ibid.</i>                                                                                                                                                                                                            |
| §. I. De la foncialité du cens,<br>et si les possesseurs en sont<br>tenus personnellement, <i>ib.</i>                                                                                                           | §. I. En quoi consiste l'amende,<br><i>ibid.</i>                                                                                                                                                                                             |
| §. II. Si le cens est indivisible<br>ou divisible, 5                                                                                                                                                            | §. II. Quand le défaut est-il<br>encouru, 15                                                                                                                                                                                                 |
| §. III. De l'imprescriptibilité<br>du cens, 7                                                                                                                                                                   | §. III. Est-il dû plusieurs ou<br>une seule amende lorsqu'il<br>y a plusieurs héritages pos-<br>sédés par une même per-<br>sonne, ou lorsque le cens<br>est dû par plusieurs pos-<br>sesseurs, par indivis ou à<br>plusieurs coseigneurs, 19 |
| §. IV. Si le cens est sujet à<br>compensation, 8                                                                                                                                                                | §. IV. Quand l'amende encourue<br>par défaut est-elle cen-<br>sée remise, 21                                                                                                                                                                 |
| §. V. Si la saisie-arrêt, faite<br>par les créanciers du sei-<br>gneur de censive sur les<br>censitaires, de ce qu'ils doi-<br>vent et devront à leur sei-<br>gneur, les dispense d'aller<br>porter le cens, 11 | §. V. Du défaut dans les cen-<br>sives requérables, 22                                                                                                                                                                                       |
| ART. II. Des différentes espè-<br>ces de cens, 12                                                                                                                                                               | SECT. II. Des profits censuels<br>et de l'amende pour ventes<br>recélées, 24                                                                                                                                                                 |
| §. I. Différentes divisions,<br><i>ibid.</i>                                                                                                                                                                    | ART. I. Des profits censuels,<br><i>ibid.</i>                                                                                                                                                                                                |

- §. I. De la nature des profits censuels, et en quoi ils consistent, 24
- §. II. En quel cas y a-t-il lieu au profit de vente, 26
- ART. II. De l'amende pour ventes recélées, 30
- §. 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, 32
- §. III. Contre quelles personnes cette amende peut-elle être demandée, et quand est-elle censée remise, 36
- SECT. III. De l'action afin d'exhiber les titres, la reconnaissance censuelle, et de la saisie, 38
- §. I. De l'action du seigneur de censive, afin d'exhibition des titres, *ibid.*
- §. II. Contre quels acquéreurs a-t-elle lieu, 39
- §. III. En quoi consiste l'obligation d'exhiber, 41
- §. IV. De la reconnaissance censuelle, 42
- §. V. De la saisine ou ensaisinement, 43
- SECT. IV. Des actions qu'a le seigneur pour être payé de ses cens et droits censuels, et de la saisie censuelle, 44
- §. I. Quelles actions a le seigneur, *ibid.*
- §. II. Ce que c'est que la saisie censuelle, et de sa nature, 45
- §. III. Pour quelles choses la saisie censuelle peut-elle être faite, 47
- §. IV. Quelles personnes peuvent saisir censuellement, *ibid.*
- §. V. De la forme de la saisie censuelle, 48
- §. VI. De l'infraction de la saisie censuelle, 50
- §. VII. De l'opposition à la saisie censuelle, 52
- SECT. V. De quelques espèces particulières de censives dans la coutume d'Orléans, 55
- 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, 58
- Quatrième espèce, *ibid.*
- ART. II. En quoi consiste le profit de relevoisons à plaisir, et de la faculté de guesver, 59
- ART. III. En quels cas sont dues les relevoisons, du chef de qui, et par qui, 65
- §. I. En quels cas, *ibid.*
- §. II. Du chef de qui les relevoisons sont-elles dues, 67
- §. III. Exceptions portées par l'art. 138 de la coutume au principe établi au paragraphe précédent, 73
- 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, 75

---



---

## TRAITÉ DES CHAMPARTS.

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 79</p> <p>ART. I. De la nature du droit de champart, et sur quelles terres il se perçoit, <i>ibid.</i></p> <p>§. I. De la nature du droit de champart, <i>ibid.</i></p> <p>§. II. Sur quelles terres se perçoit le champart, 82</p> <p>ART. II. Des obligations des détenteurs et propriétaires des terres sujettes à champart, et des actions et droits des seigneurs de champart, 84</p> | <p>§. I. De l'obligation des détenteurs des terres sujettes à champart, par rapport à la perception de ce droit, 84</p> <p>§. II. De l'obligation en laquelle sont les possesseurs des terres à champarts de les cultiver, et s'ils peuvent en changer la forme, 87</p> <p>§. III. Des actions qu'a le seigneur de champart, 89</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

---



---

## TRAITÉ DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE.

---

|                                                                                                                 |                                                                                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 93</p> <p>§. I. Définition de la garde-noble, et ses différents noms, <i>ibid.</i></p> | <p>§. II. De l'origine de la garde-noble, 95</p> <p>§. III. De la garde-bourgeoise, 96</p> |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------|

|                                                                                                              |                                                                                                                                                      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| SECT. I. Des personnes qui peuvent avoir, et de celles sur qui on peut avoir le droit de garde-noble, 98     | §. II. Du droit qu'a le gardien-noble de jouir des immeubles de la succession du prédécédé, 125                                                      |
| §. I. A quelles personnes les coutumes déferent-elles le droit de garde-noble, <i>ibid.</i>                  | §. III. Du gain des meubles, que quelques coutumes attribuent en propriété au gardien-noble. 129                                                     |
| §. II. Des qualités que doivent avoir ceux à qui la garde-noble est déférée, 104                             | ART. II. Des obligations et des charges de la garde-noble, 132                                                                                       |
| §. III. Sur quelles personnes la garde-noble a-t-elle lieu, 107                                              | §. I. De l'inventaire, <i>ibid.</i>                                                                                                                  |
| §. IV. Des personnes auxquelles est déférée la garde-bourgeoise, et des qualités qu'elles doivent avoir, 110 | §. II. De la caution, 134                                                                                                                            |
| SECT. II. Quand et comment la garde-noble se défère; de son acceptation et de sa répudiation, 112            | §. III. Des aliments et de l'éducation des mineurs, <i>ib.</i>                                                                                       |
| §. I. Quand se défère la garde-noble, <i>ibid.</i>                                                           | §. IV. De l'entretien des biens des mineurs, 135                                                                                                     |
| §. II. Quand se défère la garde-bourgeoise, 114                                                              | §. V. De l'acquiescement des dettes, 137                                                                                                             |
| §. III. De l'acceptation de la garde, tant noble que bourgeoise, 115                                         | §. VI. Des autres charges que le gardien est tenu d'acquiescer, 144                                                                                  |
| SECT. III. En quoi consiste le droit de garde, 120                                                           | §. 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, 146 |
| ART. I. Des différents droits par rapport aux biens sujets à la garde, 121                                   | SECT. IV. Des manières dont la garde finit, 148                                                                                                      |
| §. I. Des biens sujets à la garde, et des différents droits du gardien par rapport à ces biens, <i>ibid.</i> | §. I. Quand finit la garde-noble, <i>ibid.</i>                                                                                                       |
|                                                                                                              | §. II. Quand finit la garde-bourgeoise, 151                                                                                                          |
|                                                                                                              | SECT. V. Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels, 152                                              |

---

## TRAITÉ

### DU PRÉCIPUT LÉGAL DES NOBLES.

---

|                                                                                                                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                                                        |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 159</p> <p>ART. I. Quand y a-t-il ouverture au préciput légal des nobles, à quelles personnes les coutumes l'accordent elles, et en quel</p> <p>ART. II. Quelles choses comprend ce préciput, 166</p> <p>cas, 160</p> | <p>ART. III. Des charges du préciput légal, 169</p> <p>§. I. Des dispositions des différentes coutumes sur les charges du préciput légal, <i>ibid.</i></p> <p>§. II. Des charges du préciput légal, selon la coutume de Paris, 171</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

---

## TRAITÉ

### DE L'HYPOTHÈQUE.

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>ARTICLE PRÉLIMINAIRE. Ce que c'est que l'hypothèque, et ses différentes espèces, 177</p> <p>CHAPITRE PREMIER.</p> <p>De ce qui concerne la création de l'hypothèque, 179</p> <p>SECT. I. Quelles sont les causes qui produisent l'hypothèque, 180</p> <p>ART. I. De l'hypothèque qui</p> | <p>naît des actes devant notaires, 180</p> <p>§. I. Observations générales, <i>ibid.</i></p> <p>§. II. Quels notaires sont compétents, pour que leurs actes puissent produire hypothèque, 181</p> <p>§. III. Des formes dont doivent être revêtus les actes des notaires, pour produire hypothèque, 184</p> |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

- §. IV. Des actes sous signature privée, reconnus par-devant notaires, et en justice, 186
- ART. II. De l'hypothèque des jugements, *ibid.*
- ART. III. De l'hypothèque que produit la loi seule, 189
- SECT. II. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque, par qui peuvent-elles être hypothéquées, et pour quelles dettes, 193
- §. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque, *ib.*
- §. II. Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées, 195
- §. III. Pour quelles dettes peut-on hypothéquer, 202

## CHAPITRE II.

Des effets de l'hypothèque et des actions qui en naissent, 206

SECT. I. De l'action hypothécaire simplement dite, 208

ART. I. De la nature de l'action hypothécaire simplement dite; par qui et contre qui s'intente-t-elle, *ibid.*

ART. II. De l'exception de discussion et des autres qui peuvent être opposées contre l'action hypothécaire, 211

§. I. De la nature de cette exception, et en quel temps peut-elle être opposée, *ibid.*

§. II. Par qui et à l'égard de quelles créances cette exception peut-elle être opposée, 212

§. III. Quels biens le créancier

est-il obligé de discuter, et aux frais de qui, 215

§. IV. De l'exception qui peut être opposée contre l'action hypothécaire, pour raison des impenses faites à l'héritage, 217

§. V. De l'exception qui résulte de la garantie, 220

§. VI. De l'exception *cedendarum actionum*, 223

ART. III. De l'effet de l'action hypothécaire, 226

SECT. II. Des autres actions qui naissent de l'hypothèque, 234

§. I. De l'action personnelle hypothécaire, *ibid.*

§. II. De l'action d'interruption, 238

SECT. III. De l'exécution des hypothèques, de leur subrogation d'une créance à une autre, et de l'ordre entre les créanciers hypothécaires, 239

APPENDICE. De ce qu'il y a de particulier touchant l'ordre et le rang des hypothèques sur les offices, 258

## CHAPITRE III.

Des manières dont s'éteint l'hypothèque, 260

§. I. De l'extinction de la chose hypothéquée, *ibid.*

§. II. Du cas auquel le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, et de la confusion, 264

§. III. De l'extinction de l'hypothèque par la résolution et extinction du droit du

- propriétaire qui l'a constituée, 266
- §. IV. De l'extinction de l'hypothèque par l'extinction de la dette pour laquelle elle a été constituée, 269
- §. V. De l'extinction de l'hypothèque par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque, 272
- §. VI. De la prescription de l'hypothèque, et de quelques autres manières introduites par les lois pour purger les hypothèques, 280

## CHAPITRE IV.

- Du nantissement, 283
- 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 gage, et pour quelles dettes, 284
- ART. II. Des effets du nantissement, 286
- §. I. Du droit du créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement, *ibid.*
- §. II. De l'engagement du créancier envers le débiteur, produit par le contrat de nantissement, 290
- §. III. De l'obligation du débiteur qui a donné une chose en nantissement, envers le créancier à qui il l'a donnée, 293

## CHAPITRE V.

- De l'antichrèse et du contrat pignoratif, 295
- ART. I. De l'antichrèse, *ibid.*
- ART. II. Du contrat pignoratif, 301



---

## TRAITÉ

### DES SUBSTITUTIONS.

---

- ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 305
- SECT. I. 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, 308
- ART. I. Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires, *ibid.*
- ART. II. De la différente nature des substitutions, suivant les différents actes qui les contiennent, 310
- ART. III. Des formalités intrinsèques des substitutions, 313
- ART. IV. Des formalités extrinsèques des substitutions, 315
- §. I. De l'insinuation et de la publication des substitutions, *ibid.*
- §. II. Quelles substitutions sont sujettes aux formalités de l'insinuation et de la publication, 316
- §. III. Où l'insinuation et la publication des substitutions doivent-elles se faire, 318
- §. IV. Comment se font la publication et l'insinuation des substitutions, 321
- §. V. Dans quel temps doivent se faire la publication et l'insinuation des substitutions, *ibid.*
- §. VI. Par quelles personnes le défaut de publication ou d'insinuation peut-il être opposé, 322
- §. VII. Contre qui le défaut de publication et d'insinuation peut-il être opposé, 325
- SECT. 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, 326
- ART. I. Des termes qui expriment ou non les substitutions, *ibid.*
- ART. II. Quand doit-on supposer une substitution ou

- fidéicommiss tacite, 39
- 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, 331
- SECT. 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, 347
- 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, 355
- §. I. Des substitutions d'une famille, *ibid.*
- §. II. De la substitution de celui de la famille que le grevé a choisi, 359
- ART. III. De la substitution qui résulte de la défense d'aliéner, 364
- §. I. Quelles espèces de défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes, 365
- §. II. Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors la famille, 369
- §. III. Quelles aliénations donnent ouverture à cette substitution, 370
- §. IV. Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille, 374
- SECT. 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, 375
- 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, 376
- §. III. Des personnes qui peuvent être grevées de substitution, 378
- §. IV. En quel temps pouvons-nous grever quelqu'un de substitution, 380
- §. V. Jusqu'à quelle concurrence pouvons-nous grever quelqu'un de substitution, 384
- ART. II. Des choses dont les substitutions peuvent être l'objet, 386
- §. I. Des choses dont sont composées les substitutions universelles pures et simples, *ibid.*
- §. II. Des choses dont on doit faire déduction et tenir

- compte au grevé sur les biens substitués, dans les substitutions universelles, 396
- §. III. Des substitutions universelles faites sous certaines conditions, 401
- §. IV. Des choses qui peuvent être l'objet des substitutions particulières, 407
- SECT. V. De l'effet des substitutions avant leurs ouvertures et des obligations du grevé, 408
- ART. I. Premier principe et ses corollaires, 409
- ART. II. Second principe et ses corollaires, 412
- §. I. Motifs de cette hypothèque subsidiaire, et en quel cas a-t-elle lieu, 414
- §. II. A l'égard de quelles personnes, 416
- §. III. A-t-elle lieu dans tous les degrés, 418
- §. IV. A l'égard de quels mariages, 419
- §. V. Pour quelles causes, 421
- §. VI. Par qui peut-elle être exercée, et sur quels biens, 424
- §. VII. Si l'aliénation ou l'engagement des biens substitués pourroit être permis dans des cas très favorables, 425
- ART. III. Troisième principe et ses corollaires, *ibid.*
- ART. IV. Des obligations que l'ordonnance impose au grevé de substitution lorsqu'il recueille les biens substitués, 429
- §. I. De l'inventaire, *ibid.*
- §. II. De la publication, de l'insinuation, et de l'ordonnance pour se mettre en possession, 431
- §. III. De la vente des meubles et emploi des deniers, 432
- SECT. VI. De l'ouverture des substitutions; de l'effet de cette ouverture, et des actions qui en naissent, 433
- ART. I. De l'ouverture des substitutions, *ibid.*
- §. I. Ce que c'est, et quand elle est ouverte, *ibid.*
- §. II. La restitution anticipée des biens substitués équipolle-t-elle à une ouverture de substitution, 436
- ART. II. De l'effet de l'ouverture des substitutions, et des actions qui en naissent, 441
- §. I. Principes sur ces effets, *ibid.*
- §. II. Des actions et de l'hypothèque du substitué, 444
- SECT. VII. Comment s'éteignent les substitutions, 445
- 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 substitutions de la part de leur auteur, *ibid.*
- §. II. De l'extinction des substitutions de la part de l'héritier, 446
- ART. II. De l'extinction des substitutions de la part du substitué, 449
- §. I. Quand se fait la répudiation d'une substitution, 450

TABLE DES CHAPITRES. 481

|                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| §. I. Comment se fait la répudiation d'une substitution, 451                                                                                                                                                                                            | §. II. De l'extinction des substitutions par la défaillance des conditions, 458                                                                                                |
| . III. De l'effet de la répudiation, 453                                                                                                                                                                                                                | §. III. De l'extinction des substitutions dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé, 459                                                |
| ART. 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, 457 | ART. IV. D'une manière dont s'éteignent les substitutions, particulière aux substitutions graduelles, par l'accomplissement du nombre des degrés limités par l'ordonnance, 460 |
| §. I. De l'extinction des choses sujettes à la substitution, <i>ib.</i>                                                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                |



















## TRAITE DES CENS.

### CHAPITRE PRELIMINAIRE, p.

#### SECT. I. Du cens et du défaut de paiement du cens,

##### ART. I. De la nature du cens,

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

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

§. III. De l'imprescriptibilité du cens,

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

§. 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,

#### ART. II. Des différentes espèces de cens,

§. I. Différentes divisions,

§. II. Du cens portable,

§. III. Du cens requérable,

#### ART. III. Du défaut,

§. I. En quoi consiste l'amende,

§. II. Quand le défaut est-il encouru,

§. 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 coseigneurs,

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

§. V. Du défaut dans les censives requérables,

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

##### ART. I. Des profits censuels,

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

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

#### ART. II. De l'amende pour ventes recélées,

§. I. Comment se fait le dépri; dans quel temps doit-il être fait, et quelle est l'amende encourue faute de dépri,

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

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

#### SECT. 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,

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

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

§. IV. De la reconnaissance censuelle,

§. V. De la saisine ou ensaisinement,

#### SECT. 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,

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

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

§. IV. Quelles personnes peuvent saisir censuellement,

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

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

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

#### SECT. V. De quelques espèces particulières de censives dans la coutume d'Orléans,

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

Première espèce,

Seconde espèce,

Troisième espèce,

Quatrième espèce,

##### ART. II. En quoi consiste le profit de relevoisons à plaisir, et de la faculté de guesver,

##### ART. III. En quels cas sont dues les relevoisons, du chef de qui, et par qui,

§. I. En quels cas,

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

§. III. Exceptions portées par l'art. 138 de la coutume au principe établi au paragraphe précédent,

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,

## TRAITE DES CHAMPARTS.

### ARTICLE PRELIMINAIRE,

#### ART. I. De la nature du droit de champart, et sur quelles terres il se perçoit,

§. I. De la nature du droit de champart,

§. II. Sur quelles terres se perçoit le champart,

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

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

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

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

## TRAITE DE LA GARDE-NOBLE ET BOURGEOISE.

### ARTICLE PRELIMINAIRE,

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

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

§. III. De la garde-bourgeoise,

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

§. I. A quelles personnes les coutumes défèrent-elles le droit de garde-noble,

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

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

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

#### SECT. II. Quand et comment la garde-noble se défère; de son acceptation et de sa répudiation,

§. I. Quand se défère la garde-noble,

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

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

#### SECT. III. En quoi consiste le droit de garde,

##### ART. I. Des différents droits par rapport aux biens sujets à la garde,

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

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

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

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

§. I. De l'inventaire,

§. II. De la caution,

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

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

§. V. De l'acquiescement des dettes,

§. VI. Des autres charges que le gardien est tenu d'acquiescer,

§. 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,

#### SECT. IV. Des manières dont la garde finit,

§. I. Quand finit la garde-noble,

§. II. Quand finit la garde-bourgeoise,

SECT. V. Si les dispositions des coutumes touchant la garde-noble sont statuts personnels ou réels,

## TRAITE DU PRECIPUT LEGAL DES NOBLES.

### ARTICLE PRELIMINAIRE,

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

#### ART. II. Quelles choses comprend ce préciput,

#### ART. III. Des charges du préciput légal,

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

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

## TRAITE DE L'HYPOTHEQUE.

### ARTICLE PRELIMINAIRE. Ce que c'est que l'hypothèque, et ses différentes espèces,

#### CHAPITRE PREMIER.

De ce qui concerne la création de l'hypothèque,

SECT. I. Quelles sont les causes qui produisent l'hypothèque,

ART. I. De l'hypothèque qui naît des actes devant notaires,

§. I. Observations générales,

§. II. Quels notaires sont compétents, pour que leurs actes puissent produire hypothèque,

§. III. Des formes dont doivent être revêtus les actes des notaires, pour produire hypothèque,

§. IV. Des actes sous signature privée, reconnus par-devant notaires, et en justice,

ART. II. De l'hypothèque des jugements,

ART. III. De l'hypothèque que produit la loi seule,

SECT. II. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque, par qui peuvent-elles être hypothéquées, et pour quelles dettes,

§. I. Quelles choses sont susceptibles d'hypothèque,

§. II. Par qui les choses peuvent-elles être hypothéquées,

§. III. Pour quelles dettes peut-on hypothéquer,

#### CHAPITRE II.

Des effets de l'hypothèque et des actions qui en naissent,

SECT. I. De l'action hypothécaire simplement dite,

ART. I. De la nature de l'action hypothécaire simplement dite; par qui et contre qui s'intente-t-elle,

ART. II. De l'exception de discussion et des autres qui peuvent être opposées contre l'action hypothécaire,

§. I. De la nature de cette exception, et en quel temps peut-elle être opposée,

§. II. Par qui et à l'égard de quelles créances cette exception peut-elle être opposée,

§. III. Quels biens le créancier est-il obligé de discuter, et aux frais de qui,

§. IV. De l'exception qui peut être opposée contre l'action hypothécaire, pour raison des impenses faites à l'héritage,

§. V. De l'exception qui résulte de la garantie,

§. VI. De l'exception cedendarum actionum,

ART. III. De l'effet de l'action hypothécaire,

SECT. II. Des autres actions qui naissent de l'hypothèque,

§. I. De l'action personnelle hypothécaire,

§. II. De l'action d'interruption,

SECT. III. De l'exécution des hypothèques, de leur subrogation d'une créance à une autre, et de l'ordre entre les créanciers hypothécaires,

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

#### CHAPITRE III.

Des manières dont s'éteint l'hypothèque,

§. I. De l'extinction de la chose hypothéquée,

§. II. Du cas auquel le créancier hypothécaire acquiert la propriété de la chose hypothéquée, et de la confusion,

§. III. De l'extinction de l'hypothèque par la résolution et extinction du droit du propriétaire qui l'a constituée,

§. IV. De l'extinction de l'hypothèque par l'extinction de la dette pour laquelle elle a été constituée,

§. V. De l'extinction de l'hypothèque par la remise expresse ou tacite que fait le créancier de son droit d'hypothèque,

§. VI. De la prescription de l'hypothèque, et de quelques autres manières introduites par les lois pour purger les hypothèques,

#### CHAPITRE IV.

Du nantissement,

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,

§. I. De la substance, de la nature, et de la forme du nantissement,

§. II. Quelles choses sont susceptibles du nantissement; des personnes qui peuvent constituer cette espèce de gage, et pour quelles dettes,

ART. II. Des effets du nantissement,

§. I. Du droit du créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement,

§. II. De l'engagement du créancier envers le débiteur, produit par le contrat de nantissement,

§. III. De l'obligation du débiteur qui a donné une chose en nantissement, envers le créancier à qui il l'a donnée,

#### CHAPITRE V.

De l'antichrèse et du contrat pignoratif,

ART. I. De l'antichrèse,

ART. II. Du contrat pignoratif,

#### TRAITE DES SUBSTITUTIONS.

ARTICLE PRELIMINAIRE,

SECT. I. Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fideicommissaires, de leurs différentes natures, suivant les différents actes qui les contiennent, et de leurs formalités, tant intrinsèques qu'extrinsèques,

ART. I. Des actes par lesquels peuvent se faire les substitutions fidéicommissaires,

ART. II. De la différente nature des substitutions, suivant les différents actes qui les contiennent,

ART. III. Des formalités intrinsèques des substitutions,

ART. IV. Des formalités extrinsèques des substitutions,

§. I. De l'insinuation et de la publication des substitutions,

§. II. Quelles substitutions sont sujettes aux formalités de l'insinuation et de la publication,

§. III. Où l'insinuation et la publication des substitutions doivent-elles se faire,

§. IV. Comment se font la publication et l'insinuation des substitutions,

§. V. Dans quel temps doivent se faire la publication et l'insinuation des substitutions,

§. VI. Par quelles personnes le défaut de publication ou d'insinuation peut-il être opposé,

§. VII. Contre qui le défaut de publication et d'insinuation peut-il être opposé,

SECT. 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,

ART. I. Des termes qui expriment ou non les substitutions,

ART. II. Quand doit-on supposer une substitution ou fidéicommiss tacite,

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,

SECT. 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,

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

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,

§. I. Des substitutions d'une famille,

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

ART. III. De la substitution qui résulte de la défense d'aliéner,

§. I. Quelles espèces de défenses d'aliéner renferment une substitution, et dans quels actes,

§. II. Quelles espèces de substitutions renferme la défense d'aliéner hors la famille,

§. III. Quelles aliénations donnent ouverture à cette substitution,

§. IV. Quelles personnes sont appelées à la substitution résultante de la défense d'aliéner hors de la famille,

SECT. 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,

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,

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

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

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

§. IV. En quel temps pouvons-nous grever quelqu'un de substitution,

§. V. Jusqu'à quelle concurrence pouvons-nous grever quelqu'un de substitution,

ART. II. Des choses dont les substitutions peuvent être l'objet,

§. I. Des choses dont sont composées les substitutions universelles pures et simples,

§. II. Des choses dont on doit faire déduction et tenir compte au grevé sur les biens substitués, dans les substitutions universelles,

§. III. Des substitutions universelles faites sous certaines conditions,

§. IV. Des choses qui peuvent être l'objet des substitutions particulières,

SECT. V. De l'effet des substitutions avant leurs ouvertures et des obligations du grevé,

ART. I. Premier principe et ses corollaires,

ART. II. Second principe et ses corollaires,

§. I. Motifs de cette hypothèque subsidiaire, et en quel cas a-t-elle lieu,

§. II. A l'égard de quelles personnes,

§. III. A-t-elle lieu dans tous les degrés,

§. IV. A l'égard de quels mariages,

§. V. Pour quelles causes,

§. VI. Par qui peut-elle être exercée, et sur quels biens,

§. VII. Si l'aliénation ou l'engagement des biens substitués pourroit être permis dans des cas très favorables,  
ART. III. Troisième principe et ses corollaires,  
ART. IV. Des obligations que l'ordonnance impose au grevé de substitution lorsqu'il recueille les biens substitués,  
§. I. De l'inventaire,  
§. II. De la publication, de l'insinuation, et de l'ordonnance pour se mettre en possession,  
§. III. De la vente des meubles et emploi des deniers,  
SECT. VI. De l'ouverture des substitutions; de l'effet de cette ouverture, et des actions qui en naissent,  
ART. I. De l'ouverture des substitutions,  
§. I. Ce que c'est, et quand elle est ouverte,  
§. II. La restitution anticipée des biens substitués équipolle-t-elle à une ouverture de substitution,  
ART. II. De l'effet de l'ouverture des substitutions, et des actions qui en naissent,  
§. I. Principes sur ces effets,  
§. II. Des actions et de l'hypothèque du substitué,  
SECT. VII. Comment s'éteignent les substitutions,  
ART. I. 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,  
§. II. De l'extinction des substitutions de la part de l'héritier,  
ART. II. De l'extinction des substitutions de la part du substitué,  
§. I. Quand se fait la répudiation d'une substitution,  
§. I. Comment se fait la répudiation d'une substitution,  
III. De l'effet de la répudiation,  
ART. 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,  
§. II. De l'extinction des substitutions par la défaillance des conditions,  
§. III. De l'extinction des substitutions dans le cas auquel le substitué devient l'unique héritier pur et simple du grevé,  
ART. IV. D'une manière dont s'éteignent les substitutions, particulière aux substitutions graduelles, par l'accomplissement du nombre des degrés limités par l'ordonnance,  
FIN DE LA TABLE DU VINGTIEME VOLUME.