

EL PRIMER CODIGO CIVIL EN LA HISTORIA

Rodolfo Batiza.

Introducción

A esta breve Introducción sigue el texto que hemos traducido y sus notas del que, sin duda, fue el primer Código Civil elaborado en la historia de la codificación del derecho privado, o sea, el que redactó el jurista francés Gabriel François d'Olivier, intitulado “*Code civil de tous les peuples, ou Loix dictées par la Nature et par la Raison*”, y que hizo del conocimiento público en 1786¹.

Con anterioridad nos habíamos referido a ese Código designándolo como “Primer Proyecto d’Olivier” en dos distintas ocasiones,² pero reiteraremos aquí algo de lo que ya indicamos sobre él, a fin de ahorrar al lector interesado la necesidad de tener que consultar nuestros estudios previos. Además, agregaremos algunos detalles inéditos que esperamos sean de interés.

Nuestra convicción de que el Código redactado por d’Olivier fue el primero en la historia, se basa no sólo en el hecho negativo de que las búsquedas que hemos realizado en diversos archivos y bibliotecas no han producido un código que lo preceda, sino en consideraciones históricas y en afirmaciones terminantes del propio d’Olivier, quien como participante activo y observador atento de su época estaba en las mejores condiciones para saber de la existencia o probabilidad de proyectos semejantes al suyo.

Por razones obvias, era en Europa donde tenía que haber sido redactado el primer código civil. Por una parte, la tradición del derecho romano que, a pesar de los siglos transcurridos, se mantenía viva en las Universidades y en algunos tribunales, a la que se agregaba el generalizado conocimiento del latín entre la gente culta y de especial interés para los estudiosos del derecho; por otra parte, la corriente jusnaturalista, con raíces en la Antigüedad clásica, cuyos numerosos seguidores compartían la creencia firme en un derecho universal e inmutable.

(1) Incluido en su libro “*De la réforme des Loix civiles*”, París, 1786, 1a. Pte., Cap. II, pp. 273-301.

(2) En nuestro libro “Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, pp. 49 y s.; y en nuestro artículo “El derecho romano en el Código Civil francés y en los Códigos Civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928”. Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho, Universidad Iberoamericana, No. 20, 1990-1991, pp. 457 y s.

A esos factores hay que agregar las condiciones caóticas que prevalecían en el orden jurídico. A ellas se refirió d'Olivier, lo mismo que a dos de sus fuentes generales de inspiración, cuando expresaba: "Esta confusión, esta complicación de las leyes actualmente en vigor en Europa, hacen más que nunca necesaria la redacción de un nuevo código. El ejemplo de un Príncipe filósofo y el de una Emperatriz que son la admiración de sus súbditos y de todos los políticos de Europa, acaba de confirmar esta verdad"³.

Con la misma probidad intelectual, en una época en que el plagio se practicaba sin mayores escrúpulos, debido en parte a la falta de protección legal del derecho de autor, d'Olivier reconoció además inspiraciones más concretas. Por ejemplo, la que recibió de un jurista del siglo XVI, Raoul Spifame, autor de una colección de proyectos en forma de sentencias, intitulada "*Diarchia Henrici Regis Christianissi progymnasmata*", que lo había animado en su esfuerzo, y ello, a pesar de que notaba "cierta extravagancia" en su obra⁴. Se refirió igualmente d'Olivier a la inspiración parcial de las Sentencias (*Arrêtés*) de Lamoignon, que podrían servir para elaborar un nuevo código⁵. Por último, d'Olivier reconoció las importantes influencias de Domat y Pothier, "que ofrecían el mejor correctivo posible al desorden de las leyes amontonadas en forma absurda por Triboniano"⁶.

Por otra parte, d'Olivier podía mostrar también su actitud independiente, incluso frente a autores de la talla de Montesquieu, cuando indicaba: "Es muy lamentable que en un libro tan bello como 'El Espíritu de las Leyes' se haya sostenido que no hay necesidad de cambiar una jurisprudencia defectuosa ni conciliar las diversas costumbres de Francia"⁷.

Por cuanto a la elaboración de un código civil nuevo, d'Olivier estaba plenamente consciente de que su esfuerzo era el primero que se emprendía, al observar: "Algunos hombres de letras se han propuesto redactar un código universal, pero ninguno ha intentado hacerlo. Bacon no hizo más que ofrecer un plan general de todos los códigos"⁸.

(3) Ob. cit., p. 230. En una nota al pie de la página, d'OLIVIER indicaba: "Véase el Código de Federico y el Código ruso". Los contados Códigos promulgados en Europa durante el siglo XVIII, algunos influidos considerablemente por la doctrina del derecho natural, no representan una codificación moderna del derecho civil; en primer lugar, por comprender materias de derecho público, y luego por ser codificaciones de regímenes absolutistas que reflejaban principios y reglas del feudalismo. Véase, p. ej., "*The Frederician Code; or a Body of Law for the Dominions of the King of Prussia Founded on Reason and the Constitution of the Country*", Translated from the French, en dos tomos, Edinburgh, MDCCXI.

(4) Ob. cit., Ia. Pte., p. 248 y nota i.

(5) *Ibid.*, pp. 206 y s. Asimismo indicó d'OLIVIER que sin las *Leyes Civiles* de DOMAT y las *Pandectas* de POTHIER no hubiera podido preparar su libro de principios del Derecho Romano publicado en 1776, y que si no hubiera tenido a la vista el sistema resumido de esos principios, no hubiera podido redactar su breve código de razón, que había aparecido en 1786. Véase d'OLIVIER, Gabriel François: "*Essai sur la conciliation des Coutumes françaises*", Amsterdam, MDCCCLXXXVII, p. 20.

(7) *Ibid.*, p. 148.

(8) *Ibid.*, p. 248.

Pasemos ahora al Código de d'Olivier, aunque nos limitaremos tan sólo a formular unas cuantas observaciones, pues no necesita de ningunos comentarios para hacer resaltar sus cualidades, que resultan del texto mismo. El Código comienza con un Artículo Preliminar que refleja su inspiración jusnaturalista, y se divide en cuatro Secciones: I. De las Personas; II. De las Cosas; III. De las Sucesiones; y IV. De las Obligaciones. Cada Sección está subdividida en cuatro Artículos, o sea, dieciséis, integrados por varios párrafos separados, con un total de noventa y cuatro, que representan otras tantas disposiciones. Por su estructura y distribución de materias (salvo por la omisión de las Acciones, como los demás proyectos y códigos civiles posteriores), el Código sigue fielmente a las Instituciones de Gayo y Justiniano.

Podría afirmarse que el Código de d'Olivier es un código civil en miniatura que, no obstante, comprende todas las materias esenciales de un código auténtico; pero también podría decirse que viene más bien a ser el equivalente de una Ley de Bases que, desarrollada en mayor detalle, alcanzaría las dimensiones necesarias de un verdadero código. De todas maneras, es de observarse que un número considerable de sus preceptos que, como d'Olivier lo indica, en su mayoría fueron tomados del Digesto, perduran no solamente en los Proyectos posteriores de la Revolución: los tres de Cambacérès de 1793, 1794 y 1796, el de Jacqueminot de 1799, y el del Gobierno de 1800, sino también en el Código Civil de 1804 y en los numerosos Códigos que éste inspiró en todo el mundo, incluso el nuestro para el Distrito Federal actualmente en vigor, de 1928.

Esa notable supervivencia, que en algunos casos se produjo a través del segundo Proyecto d'Olivier de 1789,⁹ hubo de realizarse en el curso de un largo recorrido que, en el caso de nuestro Código de 28, estuvo representado por el Proyecto español de García Goyena de 1851, el Proyecto Sierra de 1860, el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, el Código Civil portugués de 1867, el Código Civil de 1870, y el Código Civil de 1884. Unos cuantos ejemplos, tomados salvo una excepción de la materia de Obligaciones y Contratos, demostrarán la verdad de lo que afirmamos:

Código Civil de d'Olivier de 1786:

Es necesario, además, que el objeto de la convención sea lícito y honesto, pues de otro modo es nula. (Sec. IV, Art. I, pár. marcado con el no. 62). Hace falta asimismo que la ejecución de la obligación sea posible. (Sec. IV, Art. I, pár. marcado con el no. 63).

Código Civil de 1928:

Art. 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:
 I. Posible:
 II. Lícito.

(9) Véase la primera obra citada en la nota 1, p. 49; y segunda, p. 458. Este segundo Código contiene el notable rasgo de conciliar los principios del derecho romano y la Costumbre de París, que más adelante serviría a los redactores del Proyecto del año VIII (1800) para su "transacción" entre los derechos escrito del sur de Francia y consuetudinario, que prevalecía en el norte del país. Ese Código también contenía la disposición abrogatoria del derecho romano y del consuetudinario, que igualmente aprovecharían los legisladores de 1800 y 1804.

La buena fe exige que se restituya todo lo que se ha hecho por error; por ejemplo, una suma pagada por error debe ser devuelta. (Sec. IV, Art. IV, seg. párrafo no numerado).

La misma buena fe exige que se anule todo lo que ha sido hecho por fraude o violencia. (Sec. IV, Art. IV, pár. marcado con el no. 76).

Todos los bienes de un deudor u obligado responden del pago de la deuda o de la ejecución de la obligación. (Sec. IV, Art. IV, pár. marcado con el no. 77).

Nadie puede ser obligado a recibir un beneficio, pero no se puede aceptar un legado en parte y repudiarlo en otra. (Sec. IV, Art. IV, pár. marcado con el no. 83).

A pesar del mérito singular de d'Olivier como iniciador de la codificación moderna del derecho civil y de las excelencias del Código que redactó, ninguno de los tratados de Derecho Civil en Francia hace referencia al autor o a su obra; apenas si dos o tres estudios monográficos los mencionan¹⁰. Y no sólo eso. Tanto d'Olivier como su Código han sido menospreciados y ridiculizados. Un autor le caracterizó de esta manera: "Muy ciertamente, el 'doctor en derecho' Gabriel-Raimond-Jean-de-Dieu-François Olivier, no estaba provisto del sólido saber necesario para emprender la obra. Olivier es el tipo ordinario del idealista mediocre, casi trivial del siglo XVIII. Hombre de bien, filósofo lastimoso, carente de conocimientos jurídicos sólidos (aunque doctor en derecho), tenía él, también, la crítica fácil y la reforma pronta"¹¹. En cuanto al Código, el mismo autor expresó: "Olivier no se limita a la crítica del estado de cosas existente. Él va más lejos, y en 1786 se atreve a bosquejar un proyecto de código civil: 87 pobres artículos precedidos de un artículo preliminar. Sólo una confianza absoluta e infantil en la 'razón natural' podía contentarse con semejante

Art. 1883.- Cuando se reciba alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada, se tiene obligación de restituirla. (Prim. pár.).

Art. 1818.- Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato.

Art. 2964.- El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables.

Art. 1397.- Un legatario no puede aceptar una parte del legado y repudiar otra.

(10) Véase SAGNAC, Philippe: "*La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*", Paris, 1898; CAUVIÈRE, Henry: "*L'idée de codification en France avant la rédaction du Code civil*", Arthur Rousseau, Editeur, París, 1910; ARNAUD, André-Jean: "*Les origines doctrinaires du Code civil français*", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1969.

(11) Véase VAN KAN, J.: "*Les efforts de codification en France. Étude historique et psychologique*", Rousseau et Cie., París, 1929, p. 155. De esa crítica se dijo que era "un poco severa". Véase ARNAUD, ob. cit., p. 117.

código sucinto que, en realidad, no era más que un código de principios. Porque había pretendido ‘conciliar en su conjunto todas las diferentes costumbres’, no hacia él, en realidad, más que deducir de la ‘razón natural’ y de las ‘principales máximas de la jurisprudencia romana’ comprendidas en el mismo espíritu ‘un código universal de razón’ o ‘un código de leyes naturales’, y tal tentativa estaba fatalmente condenada al fracaso. El esfuerzo era casi pueril”¹².

Las desdeñosas e injustas críticas anteriores, no dejan de causar extrañeza. Ellas podrían esperarse de algún contemporáneo envidioso, pero viniendo de alguien que escribía más de un siglo después, resultan desconcertantes. Aunque es verdad que d’Olivier no parece haber figurado entre los juristas más destacados de su tiempo y que su arraigada fe en el derecho natural pudiera considerarse en la actualidad un tanto ingenua, sus principios de Derecho Romano y su obra codificadora del derecho civil moderno revelan un espíritu perspicaz y una excelente formación jurídica.

El lector imparcial podrá juzgar, con base en las páginas que siguen, si nuestros elogios a d’Olivier y a su Código son inmerecidos.

CODIGO CIVIL DE TODOS LOS PUEBLOS O LEYES DICTADAS POR LA NATURALEZA Y LA RAZON*



(12) Ob. cit., pp. 156 y s. La falta de interés y atención al enjuiciar ese Código por parte de VAN KAN se refleja en su descuido al referirse a 87 artículos, número que corresponde al de llamadas para las citas y comentarios de d’OLIVIER; los párrafos o disposiciones no fueron numerados y, como lo indicamos en el texto, son 94.

* El capítulo siguiente contiene las notas o citas que indican los números correspondientes. Para todo aquello en que la legislación romana no se cite, el texto podrá encontrarse en mi obra intitulada “*Principes du Droit civil romain*”.

ARTICULO PRELIMINAR

La naturaleza y la razón inspiran todos los deberes impuestos a cada individuo de la especie humana. Ese código no escrito está grabado en todos los corazones por la divinidad. ¡Ay del que desconozca sus leyes! Si escapa a la justicia humana, el Dios a quien ofende será el vengador al que debe temer. De ese código divino se ofrecen aquí por escrito sólo las leyes que es indispensable seguir en los Estados civilizados a causa de la corrupción de las costumbres. Cada uno encontrará en su conciencia, en su propia inteligencia, el desarrollo del sentido de esas leyes en los casos no expresados.

Observaciones preliminares sobre las notas

La redacción de un código de todos los pueblos que he ensayado puede considerarse, en gran parte, que contiene un compendio de moral práctica. Un código de esta especie no debiera acompañarse de ninguna nota si él recibiera la sanción del Soberano. Por mi parte, he censurado los comentarios, y por esa razón no tendría que agregar aquí nada que se les pareciera. Sin embargo, hay que distinguir entre un código sancionado por la autoridad real del que ha sido diseñado por un autor y que tiene únicamente la razón como fundamento. En éste, hay que hacer sentir hasta la evidencia que ha sido dictado por la recta razón. Por otra parte, debe advertirse que mis notas contienen observaciones más que interpretaciones. Las dirijo principalmente a los juristas que podrán juzgar mejor la redacción de este código. Las someto igualmente a todas las personas de recto sentido que ciertamente tienen grabados en su alma los principios de la jurisprudencia natural. Este Código Civil y sus notas son una fotocopia del original que aparece en el libro de d'Olivier citado en la nota No. 1 de la *Introducción*, y que forma parte de la Colección de Libros Raros de la Facultad de Derecho de la Universidad de Tulane, Nueva Orleans, Luisiana. Existe otro ejemplar en la Biblioteca Nacional en París, y los contados ejemplares que se encuentran en Estados Unidos están listados en el Catálogo publicado por la Biblioteca del Congreso, Washington, D.C., en que se identifica a las Universidades que los tienen.

SECCION I

De las Personas

ARTICULO PRIMERO

De los Menores y Enajenados

La voluntad y los actos de aquellos cuya razón no se ha formado, o que la han perdido, no produce efecto válido alguno y no podrán ser castigados¹.

Los impúberes² quedan excluidos de todo acto civil³.

El menor de padre desconocido queda a cargo de la madre; pero si la madre es casada quedará a cargo del marido, a menos que en caso de divorcio o de separación de cuerpos, el juez decrete otra cosa por razones especiales y justificadas, generalmente relativas a las facultades de los esposos y al mayor beneficio del menor.

ARTICULO II

De la Patria Potestad

El padre, y subsidiariamente la madre, tienen la administración de las personas y los bienes de sus hijos⁴. Estos, por su parte, se encuentran restringidos por la patria potestad, al grado de que sus actos civiles no autorizados por ella, son nulos⁵.

El padre y la madre están obligados a dar alimentos a sus hijos; éstos, a su vez, aparte de los demás deberes impuestos por la piedad filial⁶ están obligados a alimentar al padre y a la madre indigentes, lo cual se regulará conforme a sus facultades.

-
- (1) Los juristas admiten en algunos casos el axioma *malitia supplet aetatem*, que con frecuencia es importante aceptar en materia penal. Empero, aunque sea verdad que hay espíritus precoces, es necesario que el Legislador fije para los actos civiles la edad antes de la cual ninguno tiene capacidad para intervenir en ellos.
- (2) La época de la pubertad parece ser la indicada por la naturaleza para fijar la edad en que se es capaz de celebrar todo acto civil.
- (3) *l.L.2,ff de regul.jur.*
- (4) Corresponde al derecho positivo asignar los límites a la patria potestad, determinar hasta qué punto la madre puede participar en ella, o decidir si debe ser excluida. Creo que puede uno apartarse de las leyes romanas que, a falta del padre, privaban por completo a la madre de cualquier especie de potestad sobre sus hijos. Me parece perfectamente natural colocar a los hijos menores bajo la potestad materna. ¿Sería posible encontrar un cuidado más solícito para ellos?
- (5) Corresponde igualmente al derecho positivo fijar la edad según la cual los que se encuentran bajo la patria potestad son capaces de ciertos actos civiles, y cuáles actos civiles no pueden ser impedidos por ella. Hay aquí también mucho que criticar acerca de la legislación romana, al menos por lo que se refiere a la observancia de ella por parte de ciertos gobiernos actuales.
- (6) Los deberes que la naturaleza dicta al padre y a la madre y, reciprocamente, a los hijos, no tienen necesidad de ser explicados con todo detalle en un código.

ARTICULO III

De los Tutores y Curadores

A la muerte del padre⁷, los hijos, los enajenados mentales y quienes no han alcanzado la edad suficiente para administrar sus asuntos por sí mismos, y que se designan como menores,⁸ deben ser provistos de tutores y curadores⁹.

La razón y la equidad natural¹⁰ imponen a tutores y curadores deberes estrictos, exacta vigilancia en beneficio de quienes se les confian y, para evitar que su conducta se deprave,¹¹ los hace responsables de todo acto de marcada negligencia o de mala fe, les otorga esa autoridad que nace de la naturaleza de su cargo y que, en consecuencia, restringe a quienes están sujetos a dicha autoridad¹². Así, los contratos y convenciones de los pupilos y menores son nulos si se celebran sin el auxilio de sus tutores o curadores, a menos que esos contratos les resulten provechosos.

La misma razón y equidad natural imponen a tutores y curadores la obligación de formar inventario de los bienes que deben administrar, la de prestar caución para responder de ellos si los que tienen en propiedad son insuficientes, la de rendir cuenta fiel de su administración al terminar sus funciones, y la de restituir lo que adeuden, quedando autorizados para reclamar sus gastos o anticipos legítimos. Los tutores y curadores serán removidos de su cargo cuando abusen de sus facultades o, desde el principio, cuando hay motivos suficientes de sospecha.

Son motivos suficientes para remover a alguno de la tutela o curatela:¹³ el fraude, la negligencia, la depravación de las costumbres,¹⁴ la grande enemistad que

- (7) Los pupilos o menores no deben tener tutores o curadores sino a falta de la madre en los países en que la mujer no está excluida por el derecho positivo del cuidado de los hijos y de la administración de sus bienes, ya que el derecho natural no las excluye.
- (8) El derecho romano fija el límite de la minoridad a los veinticinco años; pero esa fijación es puramente de derecho positivo, que puede ser cambiada.
- (9) Se denominan curadores a quienes se confía el cuidado de un enajenado, pero como tienen no solamente la administración de los bienes sino además el cuidado de la persona que se les ha confiado, podrían ser denominados tutores, así como los que están a cargo de los menores.
- (10) Se pueden dictar otras leyes positivas especiales para ciertos países con respecto a tutelas y curatelas.
- (11) Siguiendo el sistema que he adoptado, el Gobierno debe vigilar las costumbres de los ciudadanos; mejor dicho, ello está dictado por la razón y no es una cuestión sólo de sistema. Sin embargo, el derecho romano atribuye al tutor la facultad de velar por las costumbres del pupilo. *L. 12.§3. ff. de admin. & peric. tutor.* (Esta facultad no se atribuye al curador. Un joven de quince o dieciséis años puede, pues, entregarse libremente a toda clase de excesos. Al reducir a veinte años la edad de la minoridad, quisiera yo que el curador tuviera la misma vigilancia que el tutor, con ciertas restricciones, para impedir que aquél abuse de su poder sobre la persona del menor. En consecuencia, creo que debiera abolirse la ley *Invito curator, non datur*.
- (12) Como consecuencia de las restricciones a que se encuentran sujetos los que están bajo tutela o curatela, los actos de los pupilos son nulos y lo mismo los de los menores, hasta cierto punto. He aquí como se expresa en cuanto a los pupilos la ley 59 *ff. de oblig. & act. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nequidem juri naturali obligatur.* Esta ley sería injusta si no estuviera modificada por la excepción de *in rem verso*.
- (13) Los motivos de sospecha que justifican la remoción de la tutela y de curatela de que se hace mención en el derecho romano deben ser admitidos en todos los países.
- (14) La necesidad que hay para remover de la tutela o curatela a quienes son de costumbres depravadas, es consecuencia de la necesidad que existe de regular las costumbres de los pupilos y de los menores.

exista contra el padre del incapacitado, los intereses contrarios a los de éste, el no formar inventario auténtico de los bienes por administrar, la imposibilidad de prestar caución para responder de los bienes que se le encomiendan.

Son motivos legítimos de excusa para aceptar la tutela o curatela:¹⁵ el desempeño de cargos públicos, la edad avanzada o enfermedad grave, un estado de pobreza tal que obligue a atender sólo los asuntos propios,¹⁶ o la situación de un padre de familia a cargo de un cierto número de hijos¹⁷.

ARTICULO IV

De las Mujeres y del Matrimonio

Las mujeres no se consideran aptas¹⁸ para las funciones de la magistratura¹⁹. Conviene, igualmente, que no se les admita como testigos para autenticar los actos cuyas formalidades son establecidas por las leyes civiles, pero su testimonio debe ser recibido en justicia para la prueba de un hecho, de un delito, o de una convención²⁰.

(15) Corresponde al derecho positivo acordar ciertos privilegios o dispensas especiales de la tutela siguiendo las razones políticas de cada Estado; pero las excusas legítimas de que hago aquí mención deben ser admitidas en todas partes.

(16) Advierto de nuevo que omito aquí, como en algunos otros lugares, citar las leyes romanas que adoptan esos principios de equidad natural, en razón de que he suministrado esas citas en otra parte.

(17) Toca a las leyes positivas fijar el número de hijos que dispensa de aceptar una tutela o curatela.

(18) *L. 2 ff. de regul. jur.*

(19) La mujer parece destinada por la naturaleza a los cuidados domésticos. Ello no obsta a que pueda considerarse apta para llevar las riendas del gobierno. Nuestro siglo, y la historia de los siglos pasados, nos ofrecen ejemplos de gobiernos felices a cargo de mujeres, aunque también es verdad que la historia ofrece un buen número de ejemplos contrarios. Sin embargo, entre los hombres que han regido imperios ¿no ha habido buenos, lo mismo que perversos? Justo Lipse ha hecho una compilación de tendencias históricas a favor y en contra del dominio de las mujeres sobre los pueblos. Es muy interesante, en relación con una nueva jurisprudencia, examinar lo que se debe conservar o suprimir en cuanto a las distinciones que el derecho civil establece entre los dos sexos. Mr. Thomas, en su *Ensayo sobre el carácter, las costumbres y el espíritu de las mujeres*, ha demostrado que corresponde al filósofo examinar lo que es apropiado para este sexo y cuál debe ser la relación de las leyes con la debilidad, las costumbres actuales y las cualidades de las mujeres. Empero, no ha logrado su objeto. Observa él solamente que entre los griegos, *las leyes e instituciones públicas, al autorizar el apartamiento de las mujeres, ponía un elevado precio a la santidad de los matrimonios*; observa él, además, que la subordinación de las mujeres entre los romanos mantenía las costumbres y la constitución del Estado. No se puede soñar entre nosotros en condenar a las mujeres al apartamiento en que vivían conforme al sistema de los antiguos griegos, ni a subyugarlas como en la antigua Roma. Tratar de inspirar en ellas el gusto por los cuidados domésticos, la satisfacción en las virtudes propias de su sexo, he aquí tal vez el objetivo más grande que el Legislador pueda proponerse, que debe ser auxiliado por los escritos de los filósofos y la autoridad de la religión, más poderosa que todos los argumentos de los autores profanos; mas, en tanto los filósofos, las leyes y la religión no estén de acuerdo, apenas habrá buenas costumbres.

(20) Siguiendo a Josefo, libr. IV, *antiquit.*, cap. 5, el testimonio de las mujeres estaba excluido por las leyes de Moisés; y Platón, en el libro primero de *legib.*, cap. II, sólo admitía el testimonio de las mujeres que tenían cuarenta años. Véase Aurel. *Januario feriae autumnales*.

En lo que no se les confiera conforme al uso de la autoridad civil,²¹ las mujeres gozan de los mismos derechos de los hombres. Su debilidad exige que se les auxilie, muy particularmente, contra las injusticias y lesiones²².

El libre consentimiento, y no el concubinato, forma el verdadero vínculo del matrimonio²³.

El matrimonio²⁴ se permite a toda persona púber que no esté ligada por otro compromiso incompatible²⁵. El matrimonio es repugnante entre ascendientes y descendientes, es contra la honestidad entre hermanos y hermanas,²⁶ y debe ser ilícito entre colaterales hasta el segundo grado, entre el suegro y la nuera, el nuero y la suegra²⁷.

La violación de la fidelidad prometida por el contrato de matrimonio debe autorizar, si no el divorcio, al menos la separación.

-
- (21) Se entiende tratarse de las tutelas y curatelas que no son concedidas a las mujeres, si no son las madres. No considero la autoridad de que gozaría una madre sobre sus hijos a falta del padre, sea supliendo a la patria potestad o como tutora; no estimo esa autoridad como puramente civil, pues tiene algo de derecho natural. Mas todo esto queda subordinado al derecho positivo que el Legislador deseé establecer por lo que respecta a la potestad civil de la madre, en que él debe tener cuidado únicamente de seguir, en cuanto sea posible, las indicaciones de la naturaleza.
- (22) Esto se relaciona con los privilegios que el Legislador pueda conceder para la conversación de la dote y para anular las obligaciones de las mujeres.
- (23) Dejando a la religión y al derecho político de cada nación la tarea de establecer las reglas especiales relativas al matrimonio y al divorcio, no haré más que indicar las que deben ser recibidas universalmente.
- (24) El hombre está hecho para el matrimonio. Es el voto de la humanidad, el vínculo principal de la sociedad civil, una obligación propia de un ser razonable y que lo distingue de los otros animales. En cuanto a éstos, la naturaleza sólo ha debido subvenir a la conservación de la especie.
- (25) Es muy conveniente en los Estados monárquicos poner ciertas restricciones a la completa libertad de contraer matrimonio. Tal es, en Francia, la finalidad de la ordenanza que exige el consentimiento de padres y madres y contribuye así a impedir los matrimonios mal avenidos de una juventud imprudente. Se desea en las monarquías el lustre de las familias, pero se podría hacer una pregunta a este respecto, o sea, si el pueblo bajo no debería ser dispensado de todo lo que restringe la libertad del matrimonio. Si se responde esta pregunta en forma negativa, yo preguntaría por qué se concede una amplitud tan grande a la patria potestad cuando ella, que había sido privilegiada excesivamente conforme al derecho romano, no había sido apta para limitar la población y la libertad de los matrimonios. Me parece que, conservando el uso de requerir el consentimiento de los padres, debería permitirse su dispensa una vez que se llegue a la edad de veinticinco años para los ciudadanos de rango secundario y a la de veinte para los de una clase inferior.
- La libertad en cuanto a las segundas nupcias está en el orden de la naturaleza después de la disolución de las primeras, pero las leyes positivas deben cuidar de que un segundo matrimonio no perjudique los derechos de los hijos habidos en el primero.
- (26) El ejemplo de los antiguos egipcios o de cualquier otro pueblo primitivo, no puede servir para establecer una regla contraria, como tampoco para hacerla dudosa. Los matrimonios incestuosos de los egipcios lo eran a imitación de Isis y de Osiris, sus pretendidas divinidades, y casi no hay costumbre criminal que no haya sido autorizada en parte por el culto religioso. Los matrimonios deben estar prohibidos entre hermanos y hermanas en toda clase de religión, así sea sólo para conservar las buenas costumbres; de otro modo, la licencia concedida por la religión sería mal entendida.
- (27) Esas reglas civiles de derecho romano deben ser universalmente adoptadas por los mismos motivos referentes a la conservación de las buenas costumbres. Se puede así prohibir el matrimonio entre el cuñado y la cuñada por igual razón. Sin embargo, si en lugar de prohibir este matrimonio se le ordenara como entre los antiguos hebreos ¿no se seguiría de ahí un gran bien, el de salvar a los hijos del primer matrimonio de una madrastra terrible? No me refiero a las leyes canónicas, que extienden las prohibiciones del matrimonio.

La prestación de alimentos, los cuidados y socorros recíprocos, una autoridad razonable del marido sobre la esposa, son asimismo de derecho univeral²⁸.

Conviene igualmente que el cónyuge que sobrevive reciba con cargo a los bienes del fallecido lo necesario para subsistir²⁹.

SECCION II

De los Bienes, de su Uso y de los Medios de Adquirir

ARTICULO I

Del Derecho de Propiedad

En un Estado civilizado todos los bienes pueden estar sujetos a un derecho exclusivo de propiedad, a excepción de aquellos que estén consagrados al culto religioso, aquellos que sean comunes a todos los hombres, como³⁰ el agua para beber o para abrevar el ganado que se encuentre en los lugares de libre acceso, o el agua de los mares, ríos o arroyos. Deben exceptuarse también los bienes comunes a todos los hombres de un país, como los caminos y lugares públicos, y también los bienes apropiados por el Gobierno. Así, la caza y la pesca son libres si no están prohibidas por el poder público, y si no causan algún detrimiento a los bienes de otro.

ARTICULO II

De los Medios de Adquirir

La propiedad de una cosa no puede ser transmitida a otro si no es por acto de aquel a quien pertenece,³¹ y no se puede transmitir a otro más de los derechos que uno tenga.

(28) No es éste el lugar para disertar acerca de los fundamentos de la autoridad marital.

(29) En cuanto a las preferencias que se deben acordar a la dote, ellas dependen de la actitud del Legislador. La disposición de la jurisprudencia romana que concede un año de plazo para la restitución de la dote a los herederos de la esposa, es un privilegio concedido a favor del matrimonio, que una novela de Justiniana había de confirmar.

(30) Es inútil agregar, como se hizo en las leyes romanas, que el aire es común a todo el mundo puesto que habría que matar a un hombre para impedirle respirar el aire de que se encuentra rodeado. Ciertamente, los redactores del derecho justiniano, al declarar libre el uso del aire, no pensaban en favorecer los viajes de Montgolfiers. Pensaban, a lo sumo, en permitir a los propietarios de un predio elevar ahí un edificio hasta las nubes.

(31) *L. 11 ff. de regul. jur.*

Se adquiere todo lo que se obtiene por el trabajo o por una industria lícita. Se adquiere por sucesión,³² o por donación hecha libremente por personas facultadas para ello³³. Se adquiere por una posesión legítima³⁴. En fin, se adquieren por el cultivo los frutos de la tierra que se ha laborado, o bien se adquieren esos frutos, lo mismo que otros derechos, como una consecuencia o como un accesorio del derecho de propiedad. Así, el acrecentamiento o el aluvión de un terreno beneficia a su dueño.

El derecho de propiedad se pierde por la donación que de él se hace, por la prescripción, o por una convención.

La pérdida de una cosa o los daños sobrevenidos por caso fortuito son a cargo del propietario.

ARTICULO III

Del Usufructo, del Uso y de la Habitación³⁵

Los derechos de uso, usufructo y habitación, se adquieren de la misma manera en que se adquiere el derecho de propiedad.

El usufructo puede disponer de todos los frutos que se le han dejado; el usuario sólo tiene un goce conveniente o proporcionado a sus necesidades.

El usufructuario debe hacer todas las reparaciones al fundo en que tiene el usufructo; el usuario sólo está obligado, conjuntamente con el propietario del fundo, en razón y proporción al beneficio que recibe, de su derecho de uso. El usufructuario y el usuario deben ser privados de sus derechos si intencionalmente causan daños considerables a la propiedad de que disfrutan.

El usufructuario de una sucesión, antes de entrar en su goce, debe formar inventario de los bienes, a menos que se trate del padre, a quien el derecho positivo concede el usufructo de los bienes cuya propiedad corresponde a los hijos.

El derecho de usufructo puede cederse, venderse o arrendarse, mas no así el derecho de uso. Sin embargo quien tiene el derecho de habitación de una casa puede al-

(32) Véase, más adelante, las Secciones III y IV.

(33) La insinuación de las donaciones, sin la cual no producen efecto, es puramente de derecho positivo. Esa insinuación es muy útil al impedir el fraude. Conforme a las leyes romanas, la donación hecha por un padre a su hijo mientras que éste se encuentra bajo la patria potestad es nula, en razón de que padre e hijo son una misma persona y no se puede donar a uno mismo. En verdad, es necesaria una especie de fe ciega para aceptar esas ideas metafísicas del derecho romano. ¡Cuántos padres e hijos sienten y deben sentir que hay entre ellos una distinción de personas! Puede verse así que esas leyes romanas son puramente arbitrarias y derivan de las ideas de los antiguos, que no eran como las nuestras, sobre la patria potestad.

(34) Véase el Art. IV de esta Sección.

(35) Todos los principios incluidos en este artículo, que están tomados del derecho romano, son conformes con la definición exacta de los términos *uso* y *usufructo*, o bien se basan en la intención que es de suponerse debe haber existido en las personas que han concedido los derechos de uso, usufructo y habitación. En consecuencia, todos esos principios son dictados por la razón y pertenecen a la jurisprudencia de todos los países.

quilarla. Se le permite, incluso, gozar de ese derecho de habitación con toda su familia.

ARTICULO IV

De las Servidumbres y de las Posesiones y Prescripciones

Los derechos de servidumbre se adquieren por sucesión, convención, donación, o posesión. Son también como una consecuencia del derecho de propiedad.

Todas las reparaciones necesarias para el uso del derecho de servidumbre son a cargo de quien se beneficia de ella.

Como los actos facultativos no entrañan la prescripción, ellos no pueden servir para establecer una servidumbre.

La fijación del tiempo necesario para la prescripción de las servidumbres, así como para las otras clases de servidumbres, depende del Legislador³⁶ o de los estatutos particulares; pero es razonable admitir la prescripción de treinta años³⁷ para adquirir toda clase de derechos o para extinguirlos.

La posesión necesaria para prescribir debe haber comenzado de buena fe, con intención de poseer,³⁸ y continuar en esa forma, sin lo cual la prescripción no opera; pero debe suponerse como tal. La posesión no tiene efecto contra las personas que están bajo la potestad de otra y que no pueden cuidar de sus asuntos por sí mismas.

La condición de quien posee es la mejor;³⁹ así, en la duda, hay que resolver a favor del poseedor⁴⁰.

La prescripción se interrumpe por la demanda en justicia⁴¹.

(36) Corresponde a las leyes positivas regular los plazos de las diferentes especies de prescripciones; en cuanto a las servidumbres, la prescripción debe ser regulada más bien por las leyes de cada localidad.

(37) El periodo de treinta años es lo bastante considerable para oponerse a una posesión injusta. Este período es poco más o menos el de la duración de la vida activa del hombre, es decir, aquél durante el cual el espíritu y el juicio están en su mayor vigor, a contar del momento en que se sale de la minoridad. Además, es necesario que exista un término fijo pasado el cual ya no sea permitido turbar al poseedor de un bien, pues de otro modo los procedimientos judiciales se multiplicarían en exceso.

(38) *L. 1, § ult. ff. de acquir. possess.*

(39) *L. 4 ff. de in rem verso.*

(40) *L. 125 ff. de reg. jur.*

(41) *L. 10 cod. de acquir. & ret. possess.*

SECCION III

De las Sucesiones

ARTICULO I

De los Herederos en General

El que acepta una herencia pura y simplemente representa al fallecido a quien sucede, incluyendo la obligación del pago de los adeudos que excedan el valor de la herencia⁴². La manifestación legal de una intención contraria, por parte de quien acepta una herencia, destruye esta obligación en cuanto a las deudas excedentes⁴³.

Toda persona es apta para suceder, a menos que sea excluida por las leyes de la religión recibida o por alguna incapacidad declarada por las leyes positivas; pero la equidad natural excluye de la herencia a los que sean declarados indignos por haber atentado contra la vida de la persona cuyos bienes esperan recibir, a los que difamen la memoria del fallecido, o a los que sean culpables de marcada ingratitud.

Los herederos tienen derecho a ejercitar todas las acciones que competían a quien suceden, a excepción de las relativas a la persona del difunto y que no son transmisibles⁴⁴. Las acciones penales no se transmiten, a menos que el fallecido hubiera empezado a intentarlas. En ningún caso puede seguirse acción penal contra el heredero con base en delitos cometidos por el fallecido, pero puede ser demandado civilmente por la restitución de lo que éste hubiera adquirido por medios ilícitos.

En cuanto al derecho de heredar, es natural considerar que se adquiere por parte del heredero desde el momento de la muerte de aquel a quien sucede⁴⁵.

ARTICULO II

De los Herederos Legítimos

La sucesión legítima⁴⁶ pertenece en primer lugar a los hijos por partes iguales, con exclusión de todos los demás parientes; y, a falta de ellos, a los descendientes más próximos en línea directa que vienen en representación de su padre o madre.

- (42) La representación completa del difunto, incluso por las deudas que excedan del valor de la herencia, se establece por el derecho positivo; pero como éste se basa en la intención probable del que acepta una herencia pura y simplemente, creo que debe adoptarse en un código de razón.
- (43) El heredero que quiera evitar el pago de las deudas de que aquí se trata, debe manifestar su intención en la forma y dentro del plazo señalados por las leyes positivas.
- (44) *L. 177 & 196 ff. de reg. jur.*
- (45) La regla *le mort saisit le vif* evita controversias y sigue el orden de la naturaleza, es decir, las fechas sucesivas de los decesos.
- (46) Las reglas contenidas en este artículo, en su mayor parte, parecen pertenecer al derecho positivo. No obstante, son ellas tan conformes con el orden establecido por la naturaleza, que deben encontrar un lugar en este código. Dichas reglas presuponen que se siente mayor afecto por los parientes más próximos, lo que también es conforme con la razón.

A falta de descendientes, suceden los ascendentes más próximos, es decir, los padres y madres y, a falta de éstos, los demás ascendentes.

A falta de descendientes y ascendentes, los hermanos y hermanas suceden por cabeza y, a falta de ellos, los colaterales más próximos,⁴⁷ o sus representantes, suceden por estirpes si representan a sus hermanos o hermanas, o por cabeza si representan a los colaterales más remotos.

Los hermanos de padre y madre son preferidos a los consanguíneos o a los uterinos.

Concurriendo ascendentes y hermanos o hermanas, todos suceden por partes iguales.

Concurriendo colaterales ascendentes y colaterales descendentes, éstos son preferidos; así, el sobrino del fallecido le sucede con exclusión del tío.

Es de justicia que los ascendentes por la línea paterna recobren los bienes provenientes de esa línea, de la misma manera que los ascendentes por la línea materna deben recobrar los bienes provenientes de la suya⁴⁸.

ARTICULO III

De las Disposiciones de Ultima Voluntad

Las disposiciones de última voluntad⁴⁹ son permitidas como una consecuencia del derecho de propiedad, y por la misma razón que las donaciones entre vivos.

(47) Corresponde a las leyes positivas fijar hasta qué grado los colaterales son llamados a una sucesión *Ab intestato*. Las leyes romanas lo fijaron con mucha prudencia hasta el décimo; a falta de esos colaterales asignaban la herencia al cónyuge sobreviviente y, a su falta, al Fisco. Pienso, sin embargo, que convendría restringir más los derechos de los colaterales para favorecer tan sólo al cónyuge que sobrevive. Podría establecerse que el marido o la esposa sobrevivientes sucedería *ab intestato* de preferencia a los colaterales que vengan después del quinto grado. El motivo de ese cambio en la disposición de las leyes es que las ideas aceptadas entre nosotros no son las mismas que las de los antiguos romanos. En su sistema, el Legislador tenía en consideración sobre todo lo que constitúa cada familia. Prueba de ello se encuentra en la diferencia que existía entre los agnados y los cognados, así como en muchas otras disposiciones del derecho romano que he examinado en otro lugar. *Vid. Civilis doctrinae analys. philosoph.* Las consideraciones debidas al vínculo del matrimonio cedían ante lo que se demonizaba *familia*. Estoy bien lejos de querer menospreciar lo que tiende a conservar una familia y a favorecer al parentesco; pero el vínculo del matrimonio, indisoluble por su institución misma, que constituye una de las primeras salvaguardias de las costumbres, supone un afecto más íntimo del que existe normalmente hacia los colaterales más lejanos. Ese vínculo debe ser el objeto de una legislación más favorable a quienes el matrimonio une y confunde en una unidad. Se me diría que los mismos motivos a favor del matrimonio prevalecían en tiempos de Justiniano; yo convendría en ello, pero agregaría que la mayor parte de los juristas o filósofos cuyas opiniones fueron compiladas en la redacción de Triboniano habían adoptado el sistema a que me refiero, que no era demasiado favorable a los esposos.

(48) Esta regla *paterna paternis*, que no estaba claramente establecida en el derecho romano, parece estar dictada por la razón.

(49) De cualquier manera que se designe a las disposiciones de última voluntad, ya sea testamento, codicilo o donación por causa de muerte, toca al derecho positivo regular las formas que las hacen auténticas.

Dichas disposiciones pueden ser cambiadas o revocadas hasta el último momento de la vida.

El testimonio es válido siempre que la persona que lo haga tenga la capacidad suficiente y razón madura,⁵⁰ y siempre que sea hecho libremente; además, de cualquier manera en que se disponga de los bienes por causa de muerte, la intención del testador es la única y suprema ley que conviene seguir para decidir todas las dudas que puedan surgir en materia testamentaria.

Cuando el que ha hecho un testamento viene a sufrir cualquier incapacidad para testar,⁵¹ su testamento se vuelve nulo y no produce ningún efecto si muere incapacitado⁵².

La superveniente de hijos del testador, sea durante su vida o después de muerto, anula el testamento que hubiere sido hecho antes de que los hijos nacieran, a menos que su nacimiento haya sido previsto o que se haya hecho mención de ellos en el testamento; pero si los hijos que hubieran nacido después de hecho el testamento durante la vida del testador murieran antes que él, el testamento recobra su validez y debe ser ejecutado⁵³.

El testador que no ha hecho mención de alguno de sus hijos, o lo priva completamente de sus derechos sin motivo suficiente, debe atenerse a la nulidad de la disposición⁵⁴.

Las donaciones que deben ser nulas entre marido y mujer, cuando no han sido hechas en el contrato de matrimonio o con anterioridad,⁵⁵ no habiendo sido revocadas durante la vida del donante, surten efecto como donaciones por causa de muerte⁵⁶.

(50) Corresponde también a las leyes positivas determinar si una persona que ha pasado la edad de la minoridad y se encuentra bajo la patria potestad, no puede, de propia autoridad, disponer de sus bienes por causa de muerte; ésto, que era algo duro en el derecho romano, al menos en cuanto a los hijos que, a su vez, los tenían.

(51) La incapacidad de testar es natural en los que caen en estado de demencia; ella es civil para los que son culpables de algún delito, y a quienes está vedada la administración de sus bienes.

(52) La validez de este testamento se basa en la suposición de que el testador, habiendo vuelto a ser capaz de disponer de sus bienes, ha persistido en las intenciones expresadas en su testamento anterior. N. del T. Es evidente que este comentario de d'Olivier se refiere a la situación inversa a la contemplada en la disposición relativa, sólo implícita en ella.

(53) Estas reglas, tomadas del derecho romano, han sido dictadas más bien por la razón que por los edictos arbitrarios del Legislador.

(54) Es igualmente conforme con la razón que el testador que ha cometido un agravio tan humillante contra cualquiera de sus hijos sin justo motivo, y que ha vulnerado por así decirlo los derechos de la humanidad, debe esperar la nulidad de sus disposiciones.

(55) La nulidad de las donaciones entre marido y mujer se basa en la falta de libertad verdadera por parte del donante. La seducción, la violencia, y tantos otros medios favorecen de tal manera una especie de persecución entre los esposos, que sería peligroso considerar esas donaciones del mismo modo que las otras.

(56) Al acercarse la muerte, todos los motivos que han restringido la voluntad de los esposos durante su vida parecen cesar, excepto en circunstancias especiales. Es por ello que debe establecerse en general que las donaciones entre esposos quedan confirmadas por la última voluntad presunta del moribundo.

ARTICULO IV

De la Legítima

Las disposiciones de última voluntad que privan a los herederos legítimos o *ab intestato* de la sucesión, deben ser restringidas o modificadas de manera que, al menos, los descendientes más próximos y, a falta de ellos, los ascendientes más próximos, reciban un derecho de legítima,⁵⁷ a pesar de la voluntad del testador⁵⁸.

La legítima debe ser concedida libre de toda carga; no depende de ninguna condición, y su pago no debe aplazarse para cierta época. La legítima se toma de la masa de bienes que componen la herencia, hecha deducción de todas las deudas del difunto.

Los que reclaman la legítima están obligados a colacionar todo lo que hayan recibido del difunto por concepto de donación entre vivos pura y simple, por donación antenupcial, o por cualquier disposición de última voluntad.

SECCION IV

De las Obligaciones

ARTICULO I

De las Obligaciones en General

Además de las obligaciones que la naturaleza y los preceptos de la razón nos imponen y la de obedecer las leyes positivas en vigor en el Gobierno al cual estamos sujetos, igualmente dictadas por la razón, existen las obligaciones que resultan de las convenciones⁵⁹.

(57) Las leyes positivas deben fijar la proporción de la legítima y hasta qué grado de parentesco se debe. Sin embargo, me parecería justo establecer algo que no se hizo por el derecho romano, o sea, que cuando un legítimo no tiene bienes suficientes para su sustento se le debe asignar de los bienes del testador, si no el capital cuyas rentas le suministren alimentos, al menos una pensión alimenticia para su sostenimiento decoroso, según el estado y condición del testador. La equidad de una ley semejante se pone de manifiesto a través de un ejemplo. Ticio tiene veinte mil libras de capital o cien doblones de renta; deja al morir dos hijos a quienes prima de su herencia, y que, siguiendo al derecho romano, sólo pueden reclamar su legítima, es decir, la décima parte de la herencia. Cada uno de ellos queda así reducido a la renta de 166 libras, 13 céntimos y 4 denarios, faltándoles lo necesario para subsistir, lo que es indignante; mientras que conforme a la ley que sugiero esos dos hijos deberían absorber por entero una herencia parecida y no deberían ser privados en favor de un extraño a quien verían devorar sus medios de subsistencia.

(58) Resulta inútil reconocer distinciones entre las disposiciones inoficiosas y las disposiciones nulas.

(59) La observancia de las convenciones es un efecto de la buena fe que debe privar entre los hombres. He aquí cómo se expresan al respecto las leyes romanas: “*Quida tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare*”. *Leg. 1. ff. de pactis.* “*Grave est fidem fallere*”. *Leg. 1. ff. de constit. pecun.*

Todas las convenciones y obligaciones son válidas y exigibles si se han celebrado libremente entre personas que pueden obligarse,⁶⁰ si no han sido viciadas de lesión⁶¹ tan considerable que haga suponer fraude o falta de verdadero consentimiento de una de las partes, o error de ambas; en suma, si no se reconoce la falta de esa unión sincera de consentimientos que produce la obligación.

Es necesario, además, que el objeto de la convención sea lícito y honesto, pues de otro modo es nula⁶².

Hace falta asimismo que la ejecución de la obligación sea posible⁶³.

Las obligaciones sólo afectan a aquellos entre los cuales se han celebrado y no a aquellos que no han intervenido, salvo que hayan sido celebradas en su nombre por quienes tenían poder al efecto.

Los garantes o fiadores no pueden ser constreñidos a cumplir las obligaciones de que responden sino cuando el obligado principal no ha podido cumplirlas.

La razón dicta la manera de interpretar las obligaciones dudosas, o de entender su sentido, según los casos y circunstancias y la naturaleza de la obligación⁶⁴.

Las obligaciones se extinguén por su cumplimiento o por un equivalente de él. También se extinguén por la remisión de la deuda, o por el mismo consentimiento que las ha creado.

(60) Es justo que las leyes positivas provean a la restitución por entero de quienes, a causa de la debilidad de sus años, no han podido velar por sus propios intereses, y que sus tutores han descuidado.

(61) Corresponde al derecho positivo fijar si la lesión del tercio o de más de la mitad basta para anular los contratos de los mayores de edad. El derecho romano sólo admitía esta última, lo cual es prudente, y anulaba los contratos de los menores por toda clase de lesión. Sin embargo, la ley 24. *ff. de minorib.* declaraba que no era necesario en todos los casos rescindir los actos celebrados con menores por toda clase de lesión, sino sólo modificar sus efectos de manera que no sufrieran injusticia alguna. Esta disposición del derecho romano parece equitativa y, por tanto, contraria a otras disposiciones de ese derecho.

(62) En toda jurisprudencia se debe tener en cuenta la conservación de las costumbres.

(63) Parecería inútil mencionar lo que disponían las leyes 135. *ff. de regul. jur.*, 104 § 1. *ff. de leg.* 1, & 27 § 4. *ff. de pactis*, pues no se puede nunca forzar a nadie a hacer lo que es imposible. Pero, como de las promesas que no se cumplen resulta en general la obligación de indemnizar a la persona en favor de la cual se han hecho, relativamente al beneficio que pudiera obtener de su ejecución, se ha estimado que debe explicarse la disposición del derecho que declara nulas las promesas cuyo incumplimiento es imposible. Además, puesto que esas promesas no tienen efecto alguno, el que ha pagado cierta suma en vista de una obligación correlativa, puede recuperar lo que ha pagado.

(64) Véase el último artículo de esta Sección y, más adelante, el cap. IV, sec. 3, *De la instrucción de los jueces*.

ARTICULO II

De las Principales Especies de Contratos u Obligaciones⁶⁵

Las transacciones deben anularse con mayor dificultad que los otros actos, en razón de las profundas enemistades resultantes de los procesos y a causa de los gastos judiciales, y de los inconvenientes que las transacciones eliminan.

El fraude debe ser proscrito de toda especie de contrato; una venta es nula cuando se descubren vicios considerables de la cosa vendida que no fueron declarados por el vendedor⁶⁶.

El mandatario no debe exceder los límites del mandato que ha aceptado⁶⁷.

El préstamo de consumo obliga a devolver una cosa del mismo género.

Las condiciones del préstamo de uso, así como las de todos los demás contratos, deben ser observadas, y el deudor debe responder de la reparación de los daños causados por su culpa a la cosa prestada.

Si ocurre que en un incendio el que ha recibido alguna cosa en préstamo, no pudiendo salvar más que un cierto número de cosas, ha salvado aquellas que le pertenecen con preferencia a la cosa prestada, está obligado a resarcir la pérdida.

Cuando el deudor está en mora de devolver la cosa prestada después de haber sido interpelado, está obligado a reparar los daños causados a consecuencia del caso fortuito sobrevenido después de que se encontraba en mora, a menos de resultar evidente que la cosa prestada hubiera perecido igualmente en manos del acreedor si le hubiera sido devuelta.

El prestatario tiene derecho a exigir el reembolso de los gastos que ha hecho de buena fe para la conservación de la cosa prestada, lo que se extiende a los gastos extraordinarios.

El depósito es sagrado. Si el depositario es acreedor del depositante, no puede pagarse a sí mismo con cargo a la cosa depositada y retenerla en compensación.

Si hay un concurso de acreedores con respecto a los bienes del depositario, el acreedor por causa de depósito tiene preferencia sobre la cosa depositada en relación con los demás acreedores del depositario, incluso los privilegiados, en caso de que se

(65) Es inútil mencionar la diferencia entre los contratos nominados e *innominados*; basta decir que se permite toda clase de contratos, salvo aquellos que se han exceptuado. Es igualmente inútil, en un código hecho para el pueblo, establecer las reglas relativas a las acciones que se pueden promover en justicia. Como supongo que la jurisprudencia está simplificada, lo mismo que los procedimientos, debo omitir aquí el aparato del derecho pretorio de los romanos. Es suficiente advertir que las acciones que se autoriza promover no son más que un accesorio de los derechos de cada uno. La razón dicta que quien no tiene ningún derecho que ejercitar, no puede estar en justicia por sí mismo ni promover acción alguna.

(66) Dejo a las leyes positivas fijar el período durante el cual se pueden ejercitar las acciones denominadas redhibitorias.

(67) Leg. 46. *ff. mandati*.

encuentre aún entre los bienes del depositario; y, en caso de que ya no se encuentre, el depositante será reconocido por el valor de la cosa inmediatamente después de los acreedores privilegiados y de preferencia a los demás acreedores⁶⁸.

ARTICULO III

De las Pruebas y Presunciones

La prueba de una convención, de una donación,⁶⁹ de un hecho que se alega, o de un delito, exige el testimonio de dos personas fidedignas⁷⁰.

Al actor corresponde probar⁷¹. No puede exigirse prueba de parte de quien niega; la prueba debe suministrarse por quien afirme algo en forma positiva.

Las escrituras sirven para facilitar la prueba de lo que ha sido hecho o convenido, pero no son necesarias para hacer que el acto o la convención sean válidos, si la prueba puede obtenerse de otra manera⁷².

La razón natural basta para indicar las presunciones que, por sí solas o unidas a otras, equivalen a prueba.

Cuando durante tres años consecutivos se ha hecho pago de una pensión anual, acreditado con recibos, los atrasos de los años anteriores se presumen haber sido cubiertos; asimismo, cuando el acreedor ha devuelto al deudor el documento en que consta su obligación, la deuda se presume pagada⁷³.

-
- (68) Las disposiciones de las leyes favorables al depósito parecen pertenecer al derecho positivo; no obstante, ellas se basan en la razón y en la consideración debida a la confianza del depositante, que hace al depósito respectable.
- (69) La donación por causa de muerte, así como las demás disposiciones de ultima voluntad, deben merecer más confianza que los actos ordinarios porque hay que tranquilizar a los herederos legítimos en cuanto a que el acto que les causa perjuicio no es resultado de la sorpresa, de la seducción, o de la violencia. Por ello el derecho positivo exige las mejores pruebas para esta clase de donaciones y señala el número de testigos que deben comparecer a ellas.
- (70) He aquí la forma en que Ulpiano razona, *L. 12. ff. de testibus*: “Hacen falta varios testigos para la prueba de un hecho; es por ello que dos bastan puesto que éste es un número plural”. Este razonamiento no es tanto el de un filósofo como el de un gramático puntilloso. ¿No se encontrarían mejores razones para mostrar que se debe confiar en justicia en el testimonio de dos personas que no inspiran sospecha, a menos que la perfidia y el perjurio estén de tal manera generalizados en un país corrupto en extremo, en que debe exigirse un número mayor de testigos para la prueba judicial?
- (71) *L. 21. ff. de probat.*
- (72) *L. 4. ff. de fide instrument.*
- (73) Se dirá que estas presunciones de la ley son puramente de derecho positivo, pero hay que tener cuidado de que ellas se apoyen en la probabilidad de los hechos.

Se presume que quien hizo una donación entre vivos no la hubiera hecho de haber previsto que iba a tener hijos más adelante. Es por ello que la superveniente de hijos del donante anula la donación precedente⁷⁴.

Se presume que el arrendador ha prorrogado el arrendamiento cuando, vencido el plazo señalado, ha permitido que el arrendamiento continúe en su goce. En tal caso, se estima que él también ha consentido en la prórroga.

El que no impide que se actúe en su nombre, cuando pudo haberlo hecho, se presume haber otorgado un mandato tácito; del mismo modo, quien aprueba lo que se ha hecho en su nombre, está obligado como si hubiera otorgado un mandato⁷⁵.

ARTICULO IV

De algunas Reglas Generales relativas a las Obligaciones

La intención probable de las partes equivale a veces a un acto expreso; por ejemplo, el acto de sociedad implica la obligación de repartir por partes iguales las ganancias y las pérdidas.

La buena fe exige que se restituya todo lo que se ha hecho por error; por ejemplo, una suma pagada por error debe ser devuelta.

La misma buena fe exige que se anule todo lo que ha sido hecho por fraude o violencia⁷⁶.

Se responde sólo del hecho propio, pero no del hecho de otro.

No se permite enriquecerse u obtener ventaja en perjuicio de un tercero sin el acto o consentimiento de éste. Así, el que ha hecho gastos útiles para la conservación de la cosa de otro, puede exigir su reembolso.

El que ha causado cualquier daño a otro debe repararlo, aunque no haya obtenido ningún beneficio de ello.

(74) Era de lamentarse desde un principio que, en ciertos aspectos, podría considerarse más bien como una ley arbitraria que como una ley apoyada únicamente en la razón. En efecto, un hombre casado debe saber que puede tener hijos y prever esa situación para hacer condicional la donación que acuerde. Es casi inútil que el Legislador supla esta previsión por él. Un hombre que no se ha casado sabe también que puede hacerlo más adelante y tener hijos. Si esta ley romana ha sido establecida para favorecer los matrimonios y promover la población, se le puede considerar como de derecho político y positivo. Sin embargo, he decidido adoptar esta ley en un código de razón para no menospreciar la elección que he hecho de las leyes romanas de lo que me parece estar a favor de la humanidad. Nada es más humano que restituir fácilmente a un padre la facultad de transmitir bienes a sus hijos. Si una donación hecha por un hombre soltero supone que había renunciado en su ánimo al vínculo conyugal, esta renuncia, que puede ser contra las buenas costumbres, no debe ser admitida. Ello es tanto como renunciar a la libertad o, al menos, a una parte de ella; es como renunciar a algo muy esencial en todos respectos.

(75) *L. 60. ff. de regul. jur.*

(76) "Fides —dice Cicerón— *justitiae fundamentum est*".

Todos los bienes de un deudor u obligado responden del pago de la deuda o de la ejecución de la obligación⁷⁷.

Es natural que quien recibe un beneficio o placer de una cosa soporte las incomodidades o desventajas que la misma cosa ocasione⁷⁸.

Aquellos a quien se demanda en justicia la ejecución de un contrato que la beneficencia ha dictado, sólo pueden ser condenados con la salvedad de lo que necesiten para vivir⁷⁹.

No se es responsable de las consecuencias de un consejo dado de buena fe, pero se es del mal consejo dado con dolo⁸⁰.

Todo lo que se hace en favor de cualquiera por un sentimiento de beneficencia o por liberalidad, puede ser descontinuado y no importa obligación alguna⁸¹.

Nadie puede ser obligado a recibir un beneficio, pero no se puede aceptar un legado en parte y repudiarlo en otra⁸².

En los contratos en que hay error no existe un verdadero consentimiento⁸⁴.

El que obtiene alguna ventaja del trabajo de una persona responde de los daños que ella haya causado a otra por lo que le haya ordenado hacer o por el provecho que reciba⁸⁵.

Las obligaciones contra las buenas costumbres son nulas⁸⁶.

Se excusa la ignorancia de los hechos, pero no la del derecho⁸⁷.

(77) Esto se entiende de los bienes que todavía pertenecen al deudor al tiempo de la demanda en justicia. Las acciones hipotecarias son un efecto de las convenciones o de la naturaleza de la obligación. En cuanto a las hipotecas legales, ellas dependen de las leyes positivas.

(78) *L. 10. ff. de regul. jur.*

(79) *L. 28. ff. eod. tit.*

(80) *L. 47. ff. eod.* Esta ley romana apenas si se hace efectiva por parte de quienes se han guiado por un mal consejo dado con malicia; sin embargo, importará seguirla en todo su rigor para proscribir de la sociedad toda clase de mala fe.

(81) *L. 2. 2. § ff. de precario.*

(82) *L. 69. ff. de regul. jur.*

(83) *L. 1. ff. de legat. 2.*

(84) *L. 116. f. de regul. jur.*

(85) *L. 149. ff. eod.*

(86) *L. 27. § 4. ff. de pactis.* Se considera a las obligaciones contra las buenas costumbres como de cumplimiento imposible. Esta manera de considerarlas conviene a una jurisprudencia dictada por la filosofía.

(87) *L. 20. ff. de his qui not. infam.* Esta ley es injusta en la jurisprudencia romana porque ella exige estudios muy dilatados para instruirse. Ella es justa con respecto a las leyes naturales y de razón porque se estima que todo hombre conoce esas leyes sin otro auxilio que el de su propia inteligencia. Sin embargo, ello sería destruir al derecho positivo que no admite semejante ley, pues ésta, difícil de saberse por todo el mundo, es necesariamente, en sí misma, una horrible injusticia.

CHAPITRE II

Effai d'un Code universel de raifon^(q)

On peut intituler ainsi ce code:

**CODE CIVIL
DE TOUS LES PEUPLES,
ou
LOIX DICTÉES
PAR LA NATURE ET PAR LA RAISON.**

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

La nature & la raifon infpirent tous les devoir qui font imposés à chaque individu de l'efpece humaine. Ce code non écrit, est gravé dans tous les coeurs par la divinité. Malheur à quiconque en méconnoît les loix. S'il échappe à la juftice humaine, le Dieu qu'il offense fera le vengeur qu'il doit redouter. De ce code divin, on ne met ici par écrit les principales loix qu'il est indifpenfable de fuivre dans les États civilifés, qu'à caufe de la corruption des moeurs. Chacun trouvera dans fa conſcience, dans fa propre intelligence, le développement du fens de ces loix dans les cas non exprimés.

SECTION I

Des Perfonnes

ARTICLE PREMIER.

Des Enfans & des Infenfés.

La volonté & les actes de ceux dont la raifon n'est point formée ou est aliénée, n'ont aucun effet valable, & ne doivent point être punis (1).

(q) *Le Chapitre suivant ne contiendra que les notes ou citations que les numéros placés dans celui-ci indiquent. Par tout où la loi romaine ne sera point citée, on pourra trouver cette loi dans mon ouvrage qui a pour titre: Principes du Droit civil romain.*

Les impubères (2) font exclus de otus actes civils (3).

L'enfant dont le père n'est point connu est à la charge de la mère; mais si la mère est mariée, il est à la charge du mari, à moins que dans le cas d'un divorce ou d'un séparation de corps, le Juge en ordonne autrement par des raisons particulières & suffisantes, qui font ordinairement relatives aux facultés des époux, & au plus grand avantage de l'enfant.

ARTICLE II.

De la Puissance paternelle.

Les pères & subfidairement les mères ont l'administration des personnes & biens de leurs enfans (4). Les enfans à leur tour font gênés par la puissance paternelle au point que leurs actes civils, auxquels cette puissance ne les autorise pas, font nuls (5). Ce qui a lieu du moins jusqu'à un certain âge des enfans.

Les pères & mères font tenus de fournir des alimens à leurs enfans; & ceux-ci à leur tour, outre les autres devoirs que la piété filiale impose (6), font obligés de nourrir leurs pères & mères qui font pauvres; & cela se règle selon leurs facultés.

ARTICLE III.

Des Tuteurs & Curateurs.

Après la mort du père (7), les enfans, les personnes dont la raison est aliénée, les jeunes gens qui ne font point d'un âge suffisant pour gérer eux-mêmes leurs affaires, & qu'on appelle mineurs (8), doivent être pourvus de tuteurs ou curateurs (9).

La raison & l'équité naturelle (10) prescrivent aux tuteurs & curateurs des soins affidus, une exacte vigilance pour faire l'avantage de ceux qui leur font confiés, & pour que leurs mœurs ne se dépravent point (11), les rendent resconfables de toute faute d'une négligence marquée ou de mauvaise foi, leur attribuent cette autorité qui naît de la nature de leur emploi, & gênent conféquemment ceux qui font fous cette autorité (12). Ainsi les contrats ou conventions des pupilles & des mineurs font nuls, s'ils font pâffes fans l'affistance de leurs tuteurs ou curateurs, à moins que ces contrats leur aient été profitables.

La même raison & la même équité naturelle imposent aux tuteurs & aux curateurs l'obligation de faire inventaire des biens qu'ils doivent administrer, de donner caution pour répondre de ces biens, s'ils n'ont déjà affez de biens eux-mêmes pour en répondre; les obligent à rendre un compte fidèle de leur administration, lorsque le terme de leurs fonctions est arrivé, & à restituer ce dont ils se trouvent redevables; les autorisent à répéter leurs frais ou avances légitimes; enfin les font priver de leur administration, lorsque'ils abusent de leurs pouvoirs, ou les en éloignent même dans le principe, lorsque'il y a des motifs suffisants de suspicion.

Les motifs suffisants pour éloigner quelqu'un d'une tutelle ou curatelle (13) font la fraude, la négligence, la dépravation des mœurs (14), une grande inimitié qu'on a eue contre le père de la personne qui est en tutelle ou curatelle, des intérêts contraires à ceux de cette même personne, le défaut de confection d'inventaire authentique des biens qu'on doit gérer, l'impossibilité de donner caution pour répondre des biens dont on se charge.

Les motifs légitimes, pour fe dispenser d'accepter une tutelle ou curatelle (15), font des occupations pour les affaires publiques, un âge avancé ou une grande infirmité, un état de pauvreté qui oblige d'être tout entier à fes propres affaires (16), ou bien la situation d'un père de famille chargé d'un certain nombre d'enfans (17).

ARTICLE IV.

Des Femmes § du Mariage.

Les femmes ne font point réputées propres (18) aux fonctions de Magistrature (19). Il eft même convenable de ne pas les admettre comme témoins pour rendre authentiques les actes dont les loix civiles fixent les formalités: mais leur témoignage doit être reçu en juftice pour la preuve d'un fait, d'un délit, d'une convention (20). En tout ce qui ne leur attribue pas l'ufage d'une autorité civile (21), elles jouiffent des mêmes droits que les hommes. Leur foibleffe exige qu'on les fecoure plus particulièrement contre les injuftices & les léfions (22).

Le libre consentement, & non le concubinage, forme la véritable lien du mariage (23).

Le mariage (24) eft permis à toute perfonne pubère qui n'eft point déjà liée par quelque engagement contraire (25). Il eft révoltant entre aſcendans & descendans. Il eft contre l'honnêteté entre frères & foeurs (26), & doit être illicite entre colatéraux au fecond degré, entre le beaufpere & la bru, le gendre & la bellemere (27).

La violation de la foi reçue par le contrat de mariage doit autorifer par tout, finon de divorce, du moins la séparation.

La preſtation d'alimens, les foins & les fecours réciproques entre époux, une autorité raifonnnable du mari fur la femme font aussi du droit univerfel (28).

Il eft également convenable que le furvivant des époux obtienne fur les biens du précédent de quoi ſubſifter (29).

SECTION II

Des chofes, de leur uſage, § des moyens de les acquérir.

ARTICLE I.

Du Droit de propriété.

Dans un État civilisé toutes les chofes peuvent être ſujettes à un droit exclusif de propriété, à l'exception de celles qui font confacrées au culte religieux, ou de celles qui font communes à tous les hommes, comme (30) l'eau pour boire ou pour abreuver les bestiaux qui fe trouve dans les endroits dont l'accès eft libre, ou l'eau des mers, des fleuves & des rivières. Il faut excepter encore les chofes qui font communes aux hommes d'un pays, comme les chemins & les endroits publics. On excepte enfin les chofes que le Gouvernement s'eft appropriées. Ainfî la chaffe & la pêche font libres par tout où elles ne font pas prohibées par la puissance régnante, & là où l'on ne porte aucun préjudice aux biens d'autrui.

ARTICLE II.

Des moyens d'acquérir.

La propriété d'une chose ne peut être transférée à autrui, si ce n'est par le fait de celui auquel elle appartient (31), & on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a lui-même.

On acquiert tout ce qu'on gagne par son travail, ou par une honnête industrie. On acquiert par succession, ou par l'effet d'une convention (32), ou par une donation faite librement par des personnes qui en ont le pouvoir (33). On acquiert par une possession légitime (34). Enfin on acquiert par la culture, les fruits de la terre qu'on a cultivée pour soi; ou bien on acquiert ces fruits, de même que d'autres droits, par une fuite & comme un accessoire du droit de propriété. Ainsi les crèmes ou alluvions d'un terrain font à l'avantage du propriétaire de ce terrain.

On perd le droit de propriété par la donation qu'on en fait, ou par la prescription, ou par convention.

La perte d'une chose, ou les préjudices arrivés par des cas fortuits, font à la charge du propriétaire.

ARTICLE III.

De l'ufufruit, de l'usage, § de l'habitation (35).

On acquiert les droits d'usage, d'ufufruit, ou d'habitation, de la même manière dont on acquiert les droits de propriété.

L'ufufruitier peut disposer de tous les fruits, qui lui ont été laissés; l'ufager n'en a qu'une jouissance convenable ou proportionnée à ses besoins.

L'ufufruitier doit faire toutes les réparations nécessaires au fonds dont il a l'ufufruit; l'ufager n'y est tenu que conjointement avec le propriétaire du fonds à raison & à proportion du bénéfice qu'il retire de son droit d'usage. Ils méritent d'être privés l'un & l'autre de leurs droits, s'ils causent volontairement des dommages considérables à la propriété dont ils jouissent.

L'ufufruitier d'une succession, avant d'entrer en jouissance, doit faire inventaire des biens, à moins qu'il ne s'agisse d'un père auquel le droit positif accorde l'ufufruit des biens dont la propriété appartient à ses enfants.

Le droit d'ufufruit peut être cédé, vendu, ou donné à bail, mais non le droit d'usage. Cependant celui qui a le droit d'habitation d'une maison peut la louer. Il lui est encore permis de jouir de ce droit d'habitation avec toute sa famille.

ARTICLE IV.

Des servitudes § des possessions ou prescriptions.

Les droits de servitude s'acquièrent par succession, par convention, par donation ou par la possession. Ils font aussi comme une fuite du droit de propriété.

Toutes les réparations nécessaires pour l'usage du droit de servitude font à la charge de celui qui profite de cette servitude.

Comme les actes facultatifs n'emportent point de prescription, ils ne peuvent servir à établir une servitude.

La fixation du temps nécessaire pour les prescriptions des servitudes, ainsi que pour les autres espèces de prescriptions, dépend du Légiflateur (36) ou des statuts particuliers. Mais il est raisonnable d'admettre la prescription trentenaire (37), pour établir toutes sortes de droits ou pour les détruire.

La possession qui fert à préfigurer doit avoir été commencée de bonne foi, avec intention de posséder (38) & continuer de même, sans quoi elle n'opère point de prescription; mais on doit la supposer telle. Elle n'a point d'effet non plus contre les personnes qui sont sous la puissance d'autrui, & quiescent ne peuvent veiller par elles-mêmes à leurs affaires.

La condition de celui qui possède est la meilleure (39); ainsi dans le doute il faut juger pour le possesseur (40).

La prescription est interrompue par la demande en justice (41).

SECTION III

Des Successions.

ARTICLE I.

Des Héritiers en général.

Celui qui accepte purement & simplement une hérédité représente le défunt auquel il succède, même pour l'obligation au paiement des dettes qui excèdent la valeur de l'hérédité (42). La manifestation légale d'une intention contraire de celui qui accepte l'hérédité détruit cette obligation pour les dettes excédantes (43).

Toute personne est propre à succéder, à moins qu'elle n'en soit exclue par les loix de la religion reçue, ou par quelque incapacité déclarée par les loix positives; mais l'équité naturelle écarte d'une hérédité ceux qui s'en sont rendus indignes, en attendant à la vie de la personne dont ils espéraient de recueillir les biens, ou en offrant ternir la mémoire du défunt, ou en se rendant coupable de quelque trait d'ingratitude marquée.

Les héritiers ont le droit d'exercer toutes les actions qui compétoient à ceux auxquels ils ont succédé, excepté les actions qui ne regardoient que la personne du défunt & qui n'étoient point transmissibles (44). Les actions criminelles ne se transmettent point, à moins que le défunt n'eût commencé de les intenter. En aucun cas l'héritier ne peut être actionné criminellement pour les délits du défunt; mais il peut être actionné civilement pour la restitution de ce que le défunt avoit acquis par des voies illicites.

Quant au droit d'hérédité, il est naturel de le supposer acquis à l'héritier dès l'instant de la mort de celui auquel il succède (45).

ARTICLE II.

Des Héritiers légitimes.

La succession légitime (46) appartient en premier lieu aux enfants par égale part, à l'exclusion de tous autres parents; & à leur défaut; elle appartient aux autres plus près descendants en ligne directe qui viennent par droit de représentation de leurs père ou mère.

A défaut de descendants, les plus près ascendants, c'est-à-dire, les pères & mères succèdent, & à leur défaut, les autres ascendants.

A défaut de descendants & d'ascendants les frères & frères succèdent par tête, & à leur défaut, ce sont les autres plus proches collatéraux (47) ou leurs représentants qui succèdent par souche s'ils représentent ces frères ou frères, ou par tête, s'ils représentent des collatéraux plus éloignés.

Les frères germains font préférés à ceux qui ne sont que confanguins ou utérins.

Dans la concurrence des ascendants & des frères ou frères, ils succèdent par égale part.

Dans la concurrence des collatéraux ascendants & des collatéraux descendants, ceux-ci font préférés; ainsi le neveu du défunt lui succède à l'exclusion de l'oncle du même défunt.

Il est juste que les ascendants paternels recourent les biens qui sont venus du côté paternel, de même que les ascendants maternels doivent recouvrir les biens venus de leur côté (48).

ARTICLE III.

Des dispositions de dernière volonté.

Les dispositions de dernière volonté (49) sont permises par une fuite du droit de propriété, & par la même raison que les donations entre vifs. Elles peuvent être changées ou révoquées jusqu'au dernier moment de la vie.

Les testaments sont valables, pourvu que la personne qui les fait puisse être supposée d'un âge suffisant & d'une raison mûre (50), & pourvu qu'ils soient faits librement; d'ailleurs de quelque manière qu'on dispose de ses biens à cause de mort, l'intention du testateur est l'unique & suprême loi qu'il convient de suivre pour décider tous les doutes qui peuvent se rencontrer dans les matières testamentaires.

Lorsque celui qui a fait un testament tombe dans quelque incapacité de tester (51), son testament devient nul & ne produit aucun effet, si toutefois il meurt dans cette incapacité (52).

La survenance d'enfants du testateur, soit durant sa vie soit après sa mort, annule un testament qui a été fait avant que ces enfants soient nés, à moins que leur naissance n'ait été prévue, & qu'il n'ait été fait mention d'eux dans le testament; mais si les enfants qui sont nés après le testament pendant la vie du testateur sont ensuite morts avant lui, le testament reprend sa validité & droit d'avoir son exécution (53).

Un testateur qui ne fait point mention de quelqu'un de ses enfants, ou le prive entièrement de ses droits, sans quelque motif suffisant, doit s'attendre à la nullité de sa disposition (54).

Les donations qui doivent être nulles entre mari & femme, lorsqu'elles n'ont point été faites en contrat de mariage ou avant (55), n'ayant point été révoquées pendant la vie du donneur, acquièrent la force de donation à cause de mort (56).

ARTICLE IV.

De la légitime.

Les dispositions de dernière volonté qui privent les héritiers légitimes ou *ab intestat* de la succession, doivent être restreintes ou modifiées de telle sorte qu'au moins les plus près descendants, & à leur défaut, les plus près ascendants obtiennent un droit de légitime (57), malgré la volonté du testateur (58).

Le légitime doit être accordée franche de toutes charges; elle ne doit dépendre d'aucune condition, & le paiement ne doit pas en être renvoyé à un certain temps. Elle se prend sur la masse des biens qui composent l'héritage, déduction faite de toutes les dettes du défunt.

Ceux qui demandent la légitime sont tenus d'imputer sur ce droit tout ce qu'ils ont déjà reçu du défunt par donation entre vifs pure & simple, par donation à cause de mariage, ou par quelque disposition de dernière volonté.

SECTION IV

Des Obligations.

ARTICLE I.

Des Obligations en général.

Outre les obligations que la nature & les préceptes de la raison nous imposent, outre celle d'obéir aux lois positives qui sont en vigueur dans le Gouvernement auquel nous sommes soumis, qui est également dictée par la raison, il y a celles qui résultent des conventions (59).

Toutes les conventions & obligations sont valables & exécutoires, si elles ont été passées librement entre personnes qui pouvoient s'obliger (60), si elles ne sont pas infectées d'une lésion (61) assez considérable pour supposer la fraude ou le défaut de véritable consentement de la part d'une des parties, ou l'erreur de toutes les deux; en un mot, si l'on n'y reconnaît point le défaut de cette union sincère de consentement qui produit l'obligation.

Il faut encore que l'objet de la convention soit licite & honnête; autrement elle est nulle (62).

Il faut de plus que l'exécution de l'obligation soit possible (63).

Les obligations n'affectent que ceux entre lesquels elles ont été passées, ou bien n'affectent ceux qui n'y sont point intervenus que lorsqu'elles ont été passées en leur nom par des personnes qui en avaient le pouvoir.

Les cautionnements ou fidéjoueurs ne doivent être forcés à remplir les obligations dont ils ont répondu, que lorsque le principal obligé n'a pu les remplir lui-même.

La raison dicte la manière d'interpréter les obligations douteuses, ou d'en étendre le sens, suivant les cas & les circonstances, & suivant la nature de l'obligation (64).

Les obligations s'éteignent par leur accomplissement, ou par un équivalent de cet accomplissement. Elles s'éteignent par la remise de la dette, ou par de même consentement qui les a établies.

ARTICLE II.

Des principales espèces de Contrats ou Obligations (65).

Les transactions doivent être plus difficilement annulées que les autres actes, à cause des haines que les procès occasionnent, & à cause des frais judiciaires & des embarras que ces transactions épargnent.

La fraude devant être proscrite de toute espèce de contrat, une vente devient nulle lorsqu'on découvre des vices considérables de la chose vendue qui n'avoient pas été déclarés par le vendeur (66).

Un mandataire ne doit point excéder les bornes du mandat qu'il a reçu (67).

Le prêt de consommation oblige à rendre une chose du même genre.

Les conditions du prêt à usage, ainsi que de tous les autres contrats, doivent être observées, & l'emprunteur est tenu à la réparation de tous les dommages causés par sa faute à la chose empruntée.

S'il arrive dans un incendie que celui qui a reçu quelque chose en prêt, ne pouvant sauver qu'un certain nombre de choses, a sauvé celles qui lui appartenient préféablement à la chose prêtée, il est tenu d'en réparer la perte.

Lorsque l'emprunteur est en demeure de rendre la chose prêtée après en avoir été interpellé, il est tenu des dommages causés par les cas fortuits arrivés depuis qu'il est en demeure, à moins qu'il ne soit évident que la chose prêtée auroit également péri entre les mains du prêteur, si elle lui avoit été rendue.

L'emprunteur est en droit d'exiger le remboursement des dépenses qu'il a faites de bonne foi pour la conservation de la chose prêtée; ce qui s'entend des dépenses extraordinaires.

Le dépôt doit être facté. Si le dépositaire est créancier du déposant, il ne peut se payer de lui-même sur la chose déposée & la retenir en compensation.

S'il y a un concours de créanciers sur les biens du dépositaire, le créancier, pour cause de dépôt, a la préférence sur la chose déposée contre tous autres créanciers du dépositaire même privilégiés, au cas qu'elle se trouve encore dans les biens du dépositaire; & au cas qu'elle ne s'y trouve plus, il est placé pour la valeur de cette chose, immédiatement après les créanciers privilégiés, & de préférence aux autres créanciers (68).

ARTICLE III.

Des preuves § présomptions.

La preuve d'une convention, ou d'une donation (69), ou d'un fait allégué, ou d'un délit, exige au moins le témoignage de deux personnes non suspectes (70).

C'est au demandeur à faire les preuves (71). On ne peut exiger aucune preuve de la part de celui qui nie; elle doit être fournie par celui qui affirme quelque chose de positif.

Les écritures ne sont que pour rendre plus facile la preuve de ce qui a été fait ou convenu; mais elles ne sont point nécessaires pour rendre l'acte ou la convention valable, si l'on peut s'en procurer la preuve d'ailleurs (72).

La raison naturelle suffit pour indiquer les présumptions qui, seules ou réunies en certain nombre, sont équivalentes à des preuves.

Lorsqu'on a payé pendant trois années consécutives une pension annuelle, en recevant acquit pour ces années, les arriérages des années précédentes sont présumés avoir été payés; de même lorsque le créancier a rendu au débiteur son billet d'obligation, la dette est présumée payée (73).

On présume que quelqu'un qui fait une donation entre vifs, ne la fera point s'il prévoyait qu'il aura dans la suite des enfants. C'est pourquoi la survenance d'enfants du donateur annule la donation précédente (74).

Le bailleur est présumé avoir renouvelé le louage ou bail à ferme, lorsque après le temps du premier bail, il a laissé continuer la jouissance qu'avait le locataire ou conducteur. Dans ce même cas, celui-ci paraît avoir consenti au renouvellement du bail.

Celui qui n'empêche point qu'on agisse en son nom, lorsque il peur l'empêcher, est censé donner un mandat tacite; de même celui qui approuve ce qui a été fait en son nom, est obligé tout comme s'il avait donné un mandat (75).

ARTICLE IV.

De quelques règles générales relatives aux obligations.

L'intention vraisemblable des parties vaut quelquefois un acte exprès; par exemple: l'acte de société emporte l'obligation de partager également les profits & les pertes.

La bonne foi exige qu'on revienne contre tout ce qui s'est fait par erreur; par exemple: une somme payée par erreur doit être rendue.

La même bonne foi exige qu'on annule tout ce qui a été fait par fraude ou par violence (76).

On ne répond que de son propre fait, mais non du fait d'autrui.

Il n'est point permis de s'enrichir ou de tirer avantage du préjudice d'un tiers, sans le fait ou le consentement de ce tiers. Ainsi celui qui a fait des dépenses utiles à la chose d'autrui, peut en demander le remboursement.

Celui qui a porté quelque préjudice à autrui doit le réparer, quoiqu'il n'en ait lui-même retiré aucun profit.

Tous les biens d'un débiteur on obligé répondent du paiement de la dette ou de l'exécution de l'obligation (77).

Il est naturel que celui qui reçoit quelque profit ou agrément d'une chose, supporte les inconvénients ou les désavantages que cette même chose procure (78).

Ceux qu'on appelle en justice pour l'exécution d'un contrat que la bienfaisance leur a dicté, ne peuvent être condamnés que sous la réserve de ce qui leur est nécessaire pour vivre (79).

On n'est point responsable des fuites d'un conseil donné de bonne foi; mais ou l'est d'un mauvais conseil donné par malice (80).

Tout ce qu'on fait en faveur de quelqu'un, par un sentiment de bienfaisance ou par libéralité, peut être discontinué & ne prescrit aucune obligation (81).

Personne n'est forcée à recevoir un bienfait (82); mais on ne peut accepter un legs pour une partie & le répudier pour l'autre (83).

Dans les contrats où il y a erreur, il n'y a point de vrai confentement (84).

Celui qui tire avantage du travail d'une personne, doit répondre des dommages caufés à autrui par cette même personne, en ce qu'il lui a ordonné de faire, ou en ce dont il retire le profit (85).

Les obligations contre les bonnes moeurs font nulles (86).

On excuse l'ignorance des faits, mais non celle du droit (87).

CHAPITRE III.

Contenant les notes qui correspondent au Chapitre précédent.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES

Touchant les notes contenues dans ce Chapitre.

La rédaction d'un code de tous les peuples dont je viens de faire l'effai, peut être regardée, en grande partie, comme contenant un abrégé de morale-pratique. Un code de cette espèce ne devroit être accompagné d'aucunes notes, s'il recevoit la fonction du Souverain: j'ai blâmé les commentaires, § par cette raison je n'aurois rien dû ajouter ici qui y ressemblât. Mais il faut distinguer un code muni de l'autorité royale, d'avec celui qu'un écrivain a tracé, § qui n'a que la raison pour fondement. Il faut que dans celui-ci, on fasse par tout sentir jusqu'à l'évidence qu'il a été dicté par la droite raison. D'ailleurs qu'on prenne garde que mes notes contiennent plutôt des observations que des interprétations. Je les adresse surtout aux Juristes, qui pourront mieux juger de la rédaction de ce code. Je les soumets également à toutes les personnes d'un sens droit, qui ont toutes certainement les principes de la Jurisprudence naturelle gravés dans leurs ames.

NOTES ET CITATIONS

Sur la Section I.

ARTICLE I.

N°.1. Les Jurifconfultes admettent en plusieurs cas l'axiome, *malitia supplet statem*: axiome qu'il importe souvent d'admettre dans les matières criminelles. Mais quoiqu'il soit vrai qu'il y ait des esprits pré-coces, il faut que le Législateur fixe, pour les actes civils, l'âge avant lequel personne n'est supposé pouvoir y intervenir.

N°.2. Le temps de la puberté paroît indiqué par la nature pour servir de fixation au temps aucunel on est supposé capable de tous actes civils.

N°.3. *L. 2. ff. de regul. jur.*

ARTICLE II.

N°. 4. C'est au Droit positif à assigner les bornes de la puissance paternelle, à déterminer jusqu'à quel point les mères peuvent participer à cette puissance, ou décider si elles doivent en être exclues. Je crois

qu'on peut contredire les loix romaines, qui privoient entièrement les mères de toute espèce de puissance sur leurs enfans au défant du père. Il me semble bien naturel de laisser de jeunes enfans sous la puissance maternelle. Peut on en établir une qui soit plus douce pour eux.

Nº. 5. C'est encore au Droit positif à fixer l'âge auquel ceux qui sont sous la puissance paternelle sont capables de certains actes civils, & quels actes civils ne peuvent être empêchés par cette puissance paternelle. Il y a ici encore beaucoup à redire dans les loix positives des Romains, du moins quant à l'observation de ces loix dans les Gouvernemens actuels.

Nº. 6. Les devoirs que la nature dicte aux pères & aux mères, & réciproquement aux enfans, n'ont pas besoin d'être expliqués tout au long dans un code.

ART. III.

Nº. 7. Les pupilles ou mineurs ne doivent aussi avoir des tuteurs ou curateurs qu'au défaut de leurs mères, dans les pays où les femmes ne sont point exclues par le Droit positif du soin de leurs enfans, & de l'administration de leurs biens; car elles n'en sont point exclues par le Droit naturel.

Nº. 8. Le Droit romain fixe l'âge de minorité à vingt-cinq ans. Mais cette fixation est purement du Droit positif. Elle peut être changée.

Nº. 9. On appelle Curateurs ceux auxquels on confie le soin d'un infécond; mais comme ils ont onfeindent l'administration des biens, mais encore le soin de la personne qui leur est confiée, ils pourroient être appelés Tuteurs, ainsi que ceux qui ont soin des enfans.

Nº. 10. On peut établir d'autres loix positives particulières à certains pays touchant les tutelles & curatelles.

Nº. 11. Suivant le système que j'adopte, le Gouvernement doit surveiller les moeurs des citoyens. Pour dire mieux, cela est dicté par la raison, & n'est point une chose de système. Cependant le Droit romain n'attribue qu'au tuteur la faculté de veiller sur les moeurs du pupille. *L. 12. § 3. ff. de admin. peric. tutoi.* Pareille faculté n'est point attribuée au curateur. Un jeune homme de quinze ou seize ans peut donc librement se livrer à tous les excès. En réduisant à vingt ans l'âge de minorité, je voudrois que le curateur dût avoir la même vigilance que le tuteur, avec certaines restrictions, pour empêcher qu'un curateur n'abusât de son pouvoir sur la personne du mineur. Par conséquent je pense qu'il faudroit abolir la loi *In-vito curator, non datur.*

Nº. 12. Par une fuite de la contrainte où se trouvente ceux qui sont en tutelle ou curatelle, les actes des pupilles sont nuls, & même ceux des mineurs, au sujet des pupilles, la loi 59. *ff. de oblig. act. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, nequidem jure naturali obligatur.* Cette loi ferait injuste, si elle n'étoit modifiée par l'exception de in rem verba.

Nº. 13. Les motifs de suspicion qui ferment à éloigner de la tutelle, & dont il est fait mention dans le Droit romain, doivent être admis dans tous les pays.

Nº. 14. La nécessité qu'il y a d'éloigner d'une tutelle ou curatelle ceux dont les moeurs sont dépravées, est une conséquence de la nécessité qu'il y a de régler les moeurs des pupilles & des mineurs.

Nº. 15. C'est au Droit positif à accorder certains priviléges ou des dispenses particulières des tutelles, suivant les raisons politiques de chaque État; mais les excuses légitimes dont je fais ici mention doivent être reçues par tout.

Nº 16. J'avertis de nouveau que je néglige ici, comme en plusieurs autres endroits, de citer les loix romaines qui adoptent ces principes d'équité naturelle, parce que j'ai fourni ces citations ailleurs.

Nº. 17. C'est aux loix positives à fixer le nombre d'enfans qui dispensent d'accepter une tutelle ou curatelle.

ART. IV.

N°. 18. *L. 2. ff. de regul. jur.*

N°. 19. Les femmes semblent destinées par la nature aux soins domestiques. Cela n'empêche point qu'elles ne puissent être regardées comme étant propres à tenir les rênes du gouvernement. Notre sièles & l'histoire des fables nous fournissent des exemples du gouvernement heureux des femmes. Il est vrai que l'histoire fournit aussi beaucoup d'exemples contraires. Mais parmi les hommes qui ont commandé à des empires, n'y en a-t-il pas eu de bons & de méchants ? Juste Lippe a fait un recueil de traits historiques pour & contre l'empire des femmes sur les peuples. Il est très-intéressant, relativement à une nouvelle Jurisprudence, d'examiner en quoi l'on doit conserver ou supprimer les distinctions que le Droit civil affirme entre les deux sexes. Mr. Thomas, dans son essai sur le caractère, les mœurs & l'esprit des femmes, a prouvé qu'il n'appartient qu'au Philosophe de discuter ce qui est propre à ce sexe, & quel doit être le rapport des lois avec la foiblette, les mœurs actuelles & les qualités des femmes. Cependant il n'a point rempli cet objet: Il observe seulement que chez les Grecs, les loix & les institutions publiques, en autorisant la retraite des femmes, mettoient un grand prix à la sainteté des mariages; il observe encore que la subordination des femmes chez les Romains tenait aux mœurs & à la constitution de l'État. On ne peut songer parmi nous à condamner les femmes à la retraite comme vivaient les anciennes Grecques, ni à les subjuguer comme dans l'ancienne Rome. Chercher à leur inspirer le goût des soins domestiques, à cherir les vertus propres à leur sexe: voilà peut-être le plus grand objet que le Législateur puisse se proposer. Il doit être aidé par les écrits des Philosophes & par l'autorité de la religion, plus puissante que tous les arguments des écrivains profanes: mais tant que les Philosophes, les loix & la religion ne feront point d'accord, il n'y aura guère de bonnes mœurs.

N°. 20. Suivant Jofephé, liv. IV, antiquit, chap. 5, le témoignage des femmes étoit exclus par les loix de Moyse; & Platon dans son livre premier de legib, cap. II, n'admettoit que le témoignage des femmes de l'âge de quarante ans. Voyez Aurel. Januario ferie autumnales.

N°. 21. On comprend qu'il s'agit des tutelles & curatelles qui ne font point accordées aux femmes, si ce n'est aux mères. Je ne regarde point l'autorité dont jouiroit une mère sur ses enfants à défaut du père, soit comme suppléant à la puissance paternelle, soit comme tutrice; je ne regarde point, dis-je, cette autorité comme purement civile; elle tient un peu du Droit naturel. Mais tout ceci est subordonné au Droit positif que le Législateur veut établir touchant la puissance civile des mères. Il doit seulement prendre garde de suivre, autant qu'il est possible, les indications de la nature.

N°. 22. Ceci a rapport aux priviléges que le Législateur peut accorder pour la conservation des dots, & pour rendre nulles les obligations des femmes.

N°. 23. En laissant à la religion & au Droit politique de chaque nation le soin d'établir des règles particulières concernant le mariage & le divorce, je ne ferai qu'indiquer les règles qui doivent être universellement reçues.

N°. 24. L'homme est fait pour le mariage. C'est le voeu de l'humanité, le principal lien de la société civile, un engagement qui est propre à l'être raisonnable, & le distingue des autres animaux. Quant à ceux-ci, la nature n'a dû pourvoir qu'à la conservation de l'espèce.

N°. 25. Il convient affermer aux États monarchiques de mettre quelque restriction à cette liberté indéfinie de contracter un mariage. Tel est en France le but de l'ordonnance qui exige le consentement des pères & mères, & contribue ainsi à empêcher les mariages mal assortis d'une jeunesse imprudente. On veut dans les Monarchies conserver le lustre des familles. Mais on pourroit éléver sur cela une question; savoir, si le bas peuple ne devroit point être dispensé de tout ce qui gêne la liberté des mariages. Si on réfute cette question par la négative; je demanderai pourquoi on donne en cela une si grande extension à la puissance paternelle, tandis que cette puissance, qui étoit excessivement privilégiée suivant le Droit romain, n'a pas été rendue capable de gêner la population & la liberté naturelle des mariages. Il me semble qu'en conservant l'usage des sommations respectueuses, on devroit permettre de se dispenser du consentement des parents, une fois qu'on auroit atteint l'âge de vingt-cinq ans pour les citoyens du second rang, & à vingt ans pour les autres d'une classe inférieure.

La liberté des fecondes noces est dans l'ordre de la nature après la dissolution des premières; mais les loix positives doivent pourvoir à ce qu'un second mariage ne nuise pas trop à l'intérêt des enfants du premier lit.

Nº. 26. L'exemple des anciens Egyptiens, ou de quelque peuplade sauvage, ne peut servir à établir une règle contraire, ni même rendre celle-ci douteuse. Ces mariages incestueux des Egyptiens étoient à l'imitation d'Isis & d'Osiris leurs prétendues divinités, & l'on fait qu'il n'y a presque point de coutume criminelle qui n'ait été quelque part autorisée par le culte religieux. Les mariages doivent être prohibés entre frères & sœurs dans toute espèce de religion, ne fût-ce que pour la conservation des bonnes moeurs; autrement la licence que donneroit la religion feroit mal entendue.

Nº. 27. Ces règles civiles du Droit romain doivent être universellement adoptées par les mêmes motifs de la conservation des bonnes moeurs. On peut aussi prohiber le mariage entre le beau-frère & la belle-sœur par le même motif. Cependant si au lieu de prohiber ce mariage on l'ordonnoit, comme chez les Hébreux, ne s'en ensuivroit-il pas un grand bien, celui de sauver les enfants du premier lit des rigueurs d'une marâtre redoutable? Je ne parle point des lix canoniques, qui étendent les prohibitions du mariage.

Nº. 28. Ce n'est pas ici le lieu de différer sur les fondemens de l'autorité maritale.

Nº. 29. Quant aux faveurs qu'on doit accorder aux dots, elles dépendent des vues du Législateur. La disposition de la Jurisprudence romaine qui accorde une année de délai pour la restitution de la dot, aux héritiers de la femme, est un privilège accordé en faveur du mariage; privilège qu'une nouvelle Jurisprudence devroit confirmer.

NOTES

Sur la Section II.

ARTICLE I.

Nº. 30. Il est inutile d'ajouter, comme on a fait dans les loix romaines, que l'air est commun à tout le monde; car il faudroit tuer un homme pour l'empêcher de respirer l'air dont il se trouve environné. Certainement les Rédacteurs du Droit justinien, en déclarant libre l'usage de l'air, ne pensoient point à favoriser les voyages des Montgolfiers. Ils pensoient tout au plus à permettre aux propriétaires d'un local, d'y éléver un bâtiment jusqu'aux nues.

ART. II.

Nº. 31. *L. II. ff. de regul. jur.*

Nº. 32. *Voyez les Sections III. & IV. ci-après.*

No. 33. L'infinuation des donations, sans laquelle elles n'ont point d'effect, est purement du Droit positif. Cette infinuation est très-utile en ce qu'elle prévient la fraude. Suivant les loix romaines, une donation d'un père à son fils, tant que celui-ci est sous la puissance paternelle, est nulle, par la raison que le père à son fils, tant que celui-ci est sous la puissance paternelle, est nulle, par la raison que le père & le fils sont une même personne, & qu'on ne peut se donner à soi-même. En vérité, il faut une espèce de foi aveugle pour admettre ces idées métaphysiques du Droit romain. Combien de pères & combien d'enfants sentent & doivent sentir qu'il y a entre eux une distinction de personnes! On voit donc que ces loix romaines sont purement arbitraires, & dérivent des idées des anciens, qui n'étoient point les nôtres, sur le pouvoir paternel.

Nº. 34. *Voyez l'Art. IV. de cette Section.*

ART. III.

N°. 35. Tous les principes inférés dans cet article qui font extraits du Droit romain, font conformes à la juste définition des mots *usage & usufruit*, ou bien ils font fondés sur l'intention qu'on doit supposer avoir été celle des personnes qui ont donné les droits d'usage, d'usufruit ou d'habitation. Par conséquent ces principes font tous dictés par la raison, & appartiennent à la Jurisprudence de tous les pays.

ART. IV.

N°. 36. C'est aux loix positives à régler le temps des différentes espèces de prescriptions: quant aux servitudes, la prescription doit être plutôt réglée par les statuts de chaque Commune.

N°. 37. L'intervalle de trente ans est assez considérable pour qu'on puisse opposer à une possession injuste. Cet intervalle est à peu près celui de la durée de la vie active de l'homme, c'est-à-dire, celui pendant lequel l'esprit & le jugement sont dans leur plus grande vigueur, en comptant de l'instant où l'on fait de la minorité. D'ailleurs il faut qu'il y ait un terme fixe, passé lequel il ne soit plus permis de troubler le possesseur d'un bien; autrement les procès seraient trop multipliés.

N°. 38. *L. I. § ult. ff. de acquir. posseff.*

N°. 39. *L. 4. ff. de in rem verso.*

N°. 40. *L. 125. ff. de reg. jur.*

N°. 41. *L. 10. cod. de acquir. & ret. posseff.*

NOTES

Sur la Section III.

ART. I.

N°. 42. L'entièrre représentation du défunt par son héritier, même pour les dettes qui excèdent la valeur de l'héritage, est établie par le Droit positif; mais comme cela est fondé sur l'intention vraisemblable de celui qui accepte purement & simplement une hérédité, j'ai cru devoir l'adopter dans un code de raison.

N°. 43. L'héritier qui veut éviter le paiement des dettes dont il s'agit ici, doit manifester son intention dans les formes, & dans le temps marqué par les loix positives.

N°. 44. *L. 177 & 196. ff. de reg. jur.*

N°. 45. La règle *le mort sait le vif*, évite bien des contestations. Elle suit l'ordre de la nature, c'est-à-dire, les dates successives des morts.

ART. II.

N°. 46. Les règles contenues dans cet article paraissent la plupart appartenir au Droit positif. Elles sont néanmoins si conformes à l'ordre établi par la nature, qu'elles ont dû trouver place dans ce code. Elles supposent qu'on a plus d'affection pour les parents les plus proches; ce qui est encore conforme à la raison.

N°. 47. C'est aux loix positives à fixer jusqu'à quel degré les collatéraux sont appelés à une succession *ab intestato*. Les loix romaines l'ont fixé assez largement jusqu'au dixième degré; au défaut de ces collaté-

raux elles ont accordé l'héritage à l'époux survivant, & à son défaut au Fief. Je pense néanmoins qu'il conviendrait de restreindre davantage les droits des collatéraux, pour favoriser seulement l'époux survivant. On pourrait établir que le mari ou la femme qui survit succéderait *ab intesti at* au préjudice des collatéraux, qui viennent après le cinquième degré. Le motif d'un tel changement de la disposition des loix ferait, que les idées reçues parmi nous ne font point les mêmes que celles des anciens Romains. Dans le système de ceux-ci le Législateur avait surtout en considération ce qui constituait chaque famille. On en trouve assez la preuve dans la différence qu'il y avait autrefois entre les Agnats & les Cognats, ainsi que dans beaucoup d'autres dispositions du Droit romain que j'ai examinées ailleurs. *Vid. Civilis doctrine analyt. philosoph.* Les égards dus au lien du mariage cédoient à ce qu'on appelle *familia*. Je suis bien loin de vouloir mépriser ce qui tend à conserver une famille & à favoriser la parenté; mais le lien du mariage indissoluble par son institution même, lien qui est une des premières sauvegardes des moeurs, suppose un attachement plus étroit que celui qui existe ordinairement entre collatéraux fort éloignés. Il doit être l'objet d'une législation plus favorable à ceux que le mariage unit & confond ensemble. Les mêmes motifs en faveur du mariage subsistent, me dira-t-on, du temps de Justinien. J'en conviendrai; mais j'ajouterais que la plupart des anciens Juristes ou Philosophes, dont les opinions ont été compilées dans la rédaction de Tribonien, avaient adopté le système dont je viens de parler, & que n'était point assez favorable aux époux.

N°. 48. Cette règle *paterna paternis*, qui n'est point clairement établie dans le Droit romain, paraît être dictée par la raison.

N°. 49. De quelque manière qu'on appelle les dispositions de dernière volonté, soit testament, soit codicille, soit donation à cause de mort, c'est au Droit positif à régler les formes qui les rendent authentiques.

N°. 50. C'est encore aux loix positives à déterminer si une personne qui a passé l'âge de minorité, & se trouve sous la puissance paternelle, ne peut de son chef disposer de ses biens à cause de mort; ce qui est un peu dur dans le Droit romain, du moins quant aux enfants qui ont eux mêmes des enfants.

N°. 51. L'incapacité de téter est naturelle dans ceux qui tombent en démence; elle est civile pour ceux qui sont coupables de quelque délit, & auxquels l'administration de leurs biens a été interdite.

N°. 52. La validité de ce testament est fondée sur la supposition que le testateur, étant redevenu capable de disposer de ses biens, a perfidie dans les intentions marquées dans son testament précédent.

N°. 53. Ces règles prises du Droit romain sont plutôt dictées par la raison, que par les édits arbitraires du Législateur.

N°. 54. Il est également conforme à la raison, qu'un testateur qui a fait un tort si humiliant à quelqu'un de ses enfants, sans juste motif, & qui a blessé, pour ainsi dire, les droits de l'humanité, doive s'attendre à la nullité de ses dispositions.

N°. 55. La nullité des donations entre mari & femme est fondée sur le défaut de véritable liberté de la part de ceux qui donnent. La séduction, les violences & tant d'autres moyens favorisent tellement une espèce de perfidie entre les époux, qu'il ferait dangereux de regarder ces donations du même œil que les autres.

N°. 56. Aux approches de la mort, tous les motifs qui ont gêné la volonté d'un époux durant sa vie, semblent céder, excepté dans des circonstances particulières. C'est pourquoi l'on doit fixer en général, que les donations entre époux paraîtront confirmées par une dernière volonté supposée dans la personne du mourant.

ART. IV.

N°. 57. Les loix positives doivent fixer la quotité de la légitime, & jusqu'à quel degré de parenté elle est due. Mais il me semblerait juste d'établir ce qui n'a point été établi par le Droit romain, savoir: que lorsqu'un légitimaire n'a point d'autre chose que des biens suffisants pour son entretien, on doit lui attribuer sur les biens du testateur, finon des fonds dont les revenus lui fournissent des alimens, du moins une pension ali-

mentaire pour s'entretenir convenablement suivant l'état & la condition du testateur. L'équité d'une pareille loi peut être rendue plus évidente par un exemple: Titius a vingt mille livres de fons ou cent pistoles de revenu. Il laisse en mourant deux enfans qu'il prive de son héritage. Ceuxci ne peuvent demander qu'une légitime, suivant le Droit romain; c'est-à-dire, chacun la sixième partie de l'héritage. Chacun de ces enfans est donc réduit au revenu de 166 liv. 13 sous 4 den. & il manque du nécessaire, ce qui est révoltant; au lieu que par la loi que je suppose, ces deux enfans devraient absorber entièrement un semblable héritage, & n'en feroient point privés en faveur d'un étranger par lequel ils verroient dévorer leur substance.

N°. 58. Il est inutile d'admettre des distinctions entre les dispositions inofficieuses & les dispositions nulles.

NOTES

Sur la Section IV.

ART. I.

N°. 59. L'observation des conventios est un effet de la bonne foi qui doit régner parmi les hommes. Voici comment les loix romaines s'expriment à ce sujet. «*Quid tam congruum fidei bu» mana, quam ea, que inter eas placuerunt, serva, » re. Leg. I. ff. de pactis. Grave est fidem fallere. Leg. I. ff. de confit, pecun.*

N°. 60. Il est juste que les loix positives pourvoient à la restitution en entier de ceux qui, à cause de la faiblesse de leur âge, n'ont pu veiller à leurs propres intérêts, que leurs pères ou leurs intérieurs ont négligés.

N°. 61. C'est au Droit positif à fixer si la léfond du tiers vo d'autre moitié, suffit pour rendre nuls les contrats des majeurs. Le Droit romain n'admet que la léfond d'autre moitié; ce qui est sage. Il annule les contrats des mineurs pour toute espèce de léfond. Cependant la loi 24 ff. de minorib, propone qu'il ne faut pas toujours rescinder les actes passés avec les mineurs, mais en modifier les effets de manière que les mineurs n'éprouvent aucune injustice. Cette disposition du Droit romain paraît équitable, & pourtant contraire à d'autres dispositions du même Droit.

N°. 62. Dans toute Jurisprudence on doit avoir en vue la conservation des moeurs.

N°. 63. Il semble inutile de faire mention de la disposition des loix 135. ff. de regul. jur., 104. §. 1. ff. de leg. I, & 27. §. 4. ff de pactis; car on ne peut jamais forcer quelqu'un à faire ce qui lui est impossible. Mais comme des promesses qu'on ne remplit point, il résulte en général l'obligation d'indemnifier celui en faveur duquel elles ont été faites, relativement à l'avantage qu'il eût retiré de leur exécution, j'ai jugé devoir exprimer la disposition du Droit qui déclare nulles les promesses dont l'accomplissement est impossible. D'ailleurs ces promesses étant de nul effet, celui qui a payé quelque somme en vue d'une pareille obligation, peut recouvrer ce qu'il a payé.

N°. 64. Voy. le dernier article de cette Section, & ci-après, chap. IV. sect. 3. de *L'Instruction des Ju- ges.*

ART. II.

No. 65. Il est inutile de faire mention de la différence des contrats nommés ou innommés. Il suffit de dire que toute sorte de contrats sont permis, hormis ceux que j'ai exceptés. Il est également inutile dans un code fait pour le peuple, d'établir des règles touchant les actions qu'on peut intenter en justice. Comme je suppose que la Jurisprudence est simplifiée, ainsi que les procédures, je dois oublier ici l'appareil de l'ancien Droit prétorien des Romains. On se contentera de savoir que les actions qu'on est autorisé à intenter ne sont qu'un accessoire des droits d'un chacun. La raison dicte assez que quiconque n'a aucun droit à exercer, ou ne peut fter par lui - même en jugement, ne peut intenter aucune action.

Nº. 66. Je laisse aux loix positives à fixer le temps pendant lequel on peut exercer les actions qu'on appelle redhibitoires.

Nº. 67. *Leg. 46. ff. mandati.*

Nº. 68. Les dispositions des loix favorables au dépôt, paroiffent appartenir au Droit positif; mais elles font néanmoins fondées sur la raison &, sur le égards dûs à la confiance du déposant qui rend le dépôt respectable.

ART. III.

Nº. 69. Les donations à caufe de mort, ainsi que toutes les autres dispositions de dernière volonté, doivent mériter plus de confiance que les actes ordinaires; car il faut rassurer les héritiers légitimes sur ce que l'acte qui leur porte préjudice n'est point l'effet d'une surprife ou de la séduction, ou de la violence. C'est pourquoi le Droit positif exigera des preuves plus grandes de ces sortes de donations, & fixera le nombre des témoins qui doivent y assister.

Nº. 70. Voici comment raisonne Ulprien, *L. 12. ff. de testibus*: «Il faut plusieurs témoins pour la preuve d'un fait; c'est pourquoi deux suffisent: car le nombre de deux est un nombre pluriel. «Ce raisonnement est peut-être moins d'un Philosophe que d'un Grammairien pointilleux. Ne trouveroit-on pas de meilleurs motifs pour montrer qu'on doit se confier en justice au témoignage de deux personnes non suspectes, à moins que la perfidie & le parjure ne soient tellement naturalisés dans un pays extrêmement corrompu, qu'on doive y exiger un plus grand nombre de témoins pour les preuves judiciaires?

Nº. 71. *L. 21. ff. de probat.*

Nº. 72. *L. 4. ff. de fide instrument.*

Nº. 73. On dira que ces préfomptions de la loi sont purement du Droit positif; mais qu'on fasse attention qu'elles sont appuyées sur la vraisemblance des faits.

Nº. 74. C'étoit d'abord à regret que je transcrivois cette disposition du Droit romain, qui, sans certains rapports, pourroit être plutôt regardée comme une loi arbitraire, que comme une loi uniquement fondée sur la raison. En effet, un homme qui est marié doit savoir qu'il peut avoir des enfans, & prévoit ce cas pour rendre conditionnelle la donation qu'il fait. Il est presque inutile que le Légiflateur aye cette prévoyance pour lui. Un homme qui n'est point marié fait aussi qu'il peut se marier dans la suite, & avoir des enfans. Si cette loi romaine n'a été établie que pour favoriser les mariages & exciter la population, on peut la regarder comme étant du Droit politique & positif. Cependant je me suis décidé à adopter cette loi dans un code de raison, pour ne rien dédaigner dans le choix que j'ai fait des loix romaines, de ce qui semble être en faveur de l'humanité. Rien n'est plus humain que de restituer facilement à un père la faculté de transmettre ses biens à ses enfans. Si une donation faite par un homme non marié, suppose qu'il ait renoncé dans son ame au lien conjugal, cette rénunciation, qui est peut-être contre les bonnes moeurs, ne doit point être admise. C'est renoncer à sa liberté, ou du moins à une portion de sa liberté; c'est y renoncer dans une chose trop essentielle à tous égards.

Nº. 75. *L. 60. ff. de regul. jur.*

ART. IV.

Nº. 76. «*Fides, dit Cicéron 2. de offic., cjuftitiae fundamentum est.*»

Nº. 77. Ceci s'entend des biens qui appartiennent encore au débiteur lors de la demande en justice. Les actions hypothécaires sont un effet des conventions ou de la natura de l'obligation. Quant aux hypothèques légales, elles dépendent des loix positives.

Nº. 78. *L. 10. ff. de regul. jur.*

Nº. 79. *L. 28. ff. cod. tit.*

Nº. 80. *L. 47. ff. cod.* Cette loi romaine n'est guère mise en vigueur de la part de ceux qui ont été conduits par un mauvais conseil donné par malice; cependant il importeroit de la suivre à la rigueur, pour proscrire de la société toute espèce de mauvaise foi.

Nº. 81. *L. 2. §. 2. ff. de precario.*

Nº. 82. *L. 69. ff. de regul. jur.*

Nº. 83. *L. 1. ff. de legar. 2.*

Nº. 84. *L. 116. ff. de regul. jur.*

Nº. 85. *L. 149. ff. cod.*

Nº. 86. *L. 27. §. 4. ff. de pactis.* On regarde les obligations contre les bonnes moeurs comme étant impossibles à remplir. Cette manière de les considérer convient à une Jurisprudence dictée par la philosophie.

Nº. 87. *L. 20. ff. de bis qui not. infam.* Cette loi est injuste dans la Jurisprudence romaine, parce que cette Jurisprudence exige de très - longues études pour s'en instruire. Elle est juste, relativement aux loix naturelles & de raison, parce que tout homme est capable de connaître ces loix, sans autre secours que celui de sa propre intelligence. Cependant ce ferait détruire le Droit positif, que de ne point admettre une telle loi. Donc le Droit positif, difficile à être su par tout le peuple, est nécessairement en lui-même une horrible injustice.