



CONCLUSIONS

DE M. MERLIN, (*)

Procureur général impérial près la Cour de cassation,

Dans l'affaire des Légataires universels de
M^{me} de Chazerat, contre le S^r Mazuel,
demandeur en cassation,

LE 26 messidor an 9, Marie-Gilberte Rollet, épouse du sieur de Chazerat, domiciliée à Riom, fait un testament olographe, par lequel, après plusieurs legs particuliers, et une disposition qui assure à son mari l'usufruit de tous ses biens, elle s'explique ainsi :

« Quant à la propriété de mes biens, mon intention étant, autant qu'il dépend de moi, de les faire retourner

(*) Telles qu'il les a publiées dans son recueil des questions de droit.

à ceux de mes parens qui descendent des estocs desquels ils me sont parvenus, je donne et lègue tout ce dont il m'est permis de disposer suivant la loi du 4 germinal an 8, à tous ceux de mes parens de la branche de mes aïeul et aïeule paternels, et de celle de mon aïeule maternelle, qui seroient en ordre de me succéder, *suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne*, pour être partagé entre les trois branches, au marc la livre de ce qui m'est parvenu de chacune desdites branches, et être ensuite subdivisé dans chacune d'elles, suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini. »

Le 14 messidor, la dame de Chazerat fait un codicille, dans lequel se trouve une disposition ainsi conçue :

« La nouvelle loi m'ayant accordé la faculté de disposer de la totalité de mes biens, je veux et entends que le legs universel que j'avois fait par le susdit testament, en faveur de mes parens de l'estoc de mes aïeul et aïeule paternels, et de ceux de l'estoc de mon aïeule maternelle, de tout ce dont il m'étoit permis de disposer par la loi du 4 germinal an 8, ait son effet pour la totalité de mes biens, sauf les divisions et subdivisions à faire entre mesdits héritiers, de la manière expliquée audit testament; sauf aussi mes legs particuliers, et les dispositions par moi faites en faveur de mon mari; à tout quoi il n'est dérogé par le présent codicille. »

Le 3 vendémiaire an 14, décès de la dame de Chazerat.

Le 29 du même mois, son testament et son codi-

cille sont déposés, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de Riom, entre les mains d'un notaire de la même ville.

Le 15 janvier 1807, deux des légataires particuliers forment, contre les légataires universels, une demande en délivrance de leurs legs.

Les assignés se présentent au nombre de trente-sept.

Le 11 juin suivant, d'autres parens de la testatrice, se prétendant appelés au legs universel, interviennent dans l'instance.

Tous, en se réunissant pour répondre aux deux légataires particuliers, demandent, respectivement les uns contre les autres, le partage de la succession de la dame de Chazerat, et concluent à toutes les opérations nécessaires pour y parvenir.

Le 28 janvier 1808, le sieur Mirlavaud, cousin-germain de la défunte, et son plus proche héritier maternel, présente une requête en intervention, et demande, 1°. que le legs universel porté aux testament et codicille de la dame de Chazerat, soit déclaré nul, attendu que, par sa relation à la ci-devant coutume d'Auvergne, il est en opposition avec les art. 6 et 1390 du Code Napoléon, et avec l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12; 2°. que la succession *ab intestat* soit partagée en deux moitiés, dont l'une pour la ligne paternelle, et l'autre pour la ligne maternelle.

Le 18 mai suivant, le sieur Mirlavaud fait donation entre-vifs au sieur Mazuel, son neveu, de la moitié de tous les droits qui lui appartiennent dans la succession de la dame de Chazerat, sous la réserve de

l'usufruit, et de la faculté de poursuivre lui-même, jusqu'à arrêt définitif, sa demande en nullité du legs universel, sauf au sieur Mazuel à y intervenir, s'il le juge à propos.

Le 22 juin de la même année, jugement du tribunal civil de Riom, ainsi conçu :

« La dame de Chazerat a-t-elle pu ordonner, par la disposition générale, que ses biens retourneroient aux estocs dont ils étoient provenus ; qu'ils seroient partagés entre les trois branches de sa famille qu'elle dénomme, suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, et ensuite subdivisés dans chacune d'elles, suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini ?

» En exprimant ainsi sa volonté, la dame de Chazerat a-t-elle remis en vigueur, en termes généraux, une coutume abolie ? A-t-elle subordonné sa disposition aux règles de cette coutume ? et enfin sa volonté ainsi exprimée doit-elle être réputée non écrite, comme contraire aux lois d'ordre public ?

» Attendu la maxime constante, base de toute législation, et consacrée par l'article 6 du Code Napoléon, que nul ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, puisque ce qui a été établi pour le bien de tous, ne doit pas être interverti par la volonté changeante des individus ; qu'il faut reconnoître incontestablement pour lois d'ordre public celles qui ont un rapport direct et spécial à la société en corps, dont les conséquences réfléchissent éminemment sur l'ensemble des citoyens ; que si, à quelques égards, on peut regarder toutes les lois comme ayant pour objet une certaine utilité publique, dans les unes cependant cette utilité se borne à ne régler que des intérêts privés, *pluribus ut singulis* ; dans les autres au contraire cette utilité embrasse la société entière, elle se lie à tous les intérêts, *pluribus ut universis* ; qu'ainsi lorsque le testateur fait la distribution de ses biens, il use d'une faculté qui est toute relative à lui seul et dans son intérêt privé ; mais le mode dont il se sert, l'ordre qu'il doit observer dans cette répartition est du domaine public, qui est pour lui-même une barrière insurmontable.

» Attendu que parmi ces lois inviolables, l'art. 1390 a placé la prohibition faite aux époux de stipuler entre eux d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes qui régissoient ci-devant les diverses parties de la France, qui sont abolies ; qu'en effet l'abrogation de tous ces statuts

locaux, jugés nuisibles tant par leur multitude que par la bizarrerie de grand nombre de leurs dispositions, que l'avantage d'une loi uniforme, long-temps désiré et profondément senti, entrent évidemment dans l'intérêt commun de la société; que c'est s'élever contre cet intérêt de tous établi au Code pour loi, que de faire renaître ces lois anéanties, et les tirer de l'oubli auquel le corps social les a condamnées en grande connoissance de cause.

» Attendu que les testamens, ainsi que tous autres actes ou contrats, sont indistinctement soumis à ces principes sacrés; que la faction du testament, comme disent les lois romaines, est incontestablement d'ordre public; que le premier devoir du testateur est de le reconnoître et de le respecter; que de plus les grands motifs qui ont dicté cet art. 1390, relativement aux contrats de mariage, s'appliquent naturellement aux testamens; que l'avantage du public, ainsi que la tranquillité des familles, ne sont pas moins compromis en rappelant, en termes généraux, dans une disposition testamentaire, une coutume abolie, qu'en la reconnoissant dans un contrat de mariage; que dans l'un comme dans l'autre cas l'intérêt public est violé, puisque la dame de Chazerat s'est constituée au-dessus de la volonté générale, soit par son mépris étudié de la précieuse uniformité de nos lois, soit en reproduisant cette multitude infinie de coutumes, et avec elles les contestations interminables, que la sagesse du législateur a voulu écarter.

» Attendu que la loi, en laissant au testateur la plus grande latitude dans la disposition de ses biens, en l'établissant l'arbitre et le souverain de ses dernières volontés, lui a cependant donné pour bornes toutes les règles qui concernent l'ordre public, les bonnes mœurs et les formalités des actes; que c'est sous ces conditions qu'il a reçu de la loi un pouvoir si étendu; qu'il perd ce pouvoir, ou du moins que ce pouvoir est rendu sans effet, dès qu'il oublie les conditions sous lesquelles il l'a reçu.

» Attendu que la dame de Chazerat a méconnu ou méprisé ces principes, lorsque dans son testament et dans son troisième codicille, au mépris de la volonté et des intérêts de la société, elle a remis en vigueur, en termes généraux, une coutume abolie, en ordonnant que ses biens retourneroient aux estocs desquels ils étoient provenus; qu'ils seroient partagés entre les trois branches de sa famille qu'elle dénomme, suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, et ensuite subdivisés dans chacune d'elles suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini.

» Attendu que ce rappel en termes généraux à la coutume d'Auvergne, renferme une résistance réfléchie à la volonté et à l'utilité publique, sous deux rapports frappans : l'un en obligeant ses héritiers de faire la recherche de la

nature et de l'origine des biens dans chaque estoc, suivant la coutume d'Auvergne, contre la prohibition précise du Code ; et l'autre en astreignant ses héritiers à faire entre eux les divisions et sous-divisions, suivant la représentation à l'infini, dans les principes de la même coutume d'Auvergne. Or, la coutume d'Auvergne avoit, sous ces deux rapports, des maximes spéciales et particulières à elle seule, et qui s'éloignoient de toutes les autres coutumes qui avoient admis la fameuse règle *paterna paternis, materna maternis* ; et que les principes de la coutume ont été reproduits par la dame de Chazerat dans sa famille et dans sa succession, comme un brandon de discorde et de contestations.

» Attendu qu'on objecte vainement que la coutume d'Auvergne n'est rappelée dans le testament que comme une démonstration, un point comparatif, et non comme loi impérieuse : raisonner ainsi, c'est jouer sur les mots et abuser des termes ; car, comment la coutume d'Auvergne ne seroit-elle dans le testament que comme mode d'indication, lorsque la dame de Chazerat veut disertement, et en termes géminés, que cette coutume soit la règle du partage de ses biens ; lorsque presque tous les appelés par elle ont donné à leurs conclusions la forme d'une demande en partage, d'après les maximes de la coutume d'Auvergne ; lorsque dans le fait et dans la réalité il seroit impossible à ces héritiers de faire ce partage tel qu'il est prescrit, sans être guidés par la coutume d'Auvergne ? Ainsi c'est la coutume d'Auvergne à la main, qu'ils seroient obligés de rechercher quels sont les biens qui sont provenus de chacune des lignes favorisées ; qu'ils seroient obligés de faire une recherche semblable pour attribuer à chaque branche, par la subdivision, les biens qui y ont aussi été rapportés ; qu'il faudroit distinguer les dots pécuniaires ou mobilières qui auront fait souche par double confusion ; qu'il faudroit également dans le cas de la représentation, savoir si l'oncle et le neveu étant en ligne égale doivent concourir ensemble ; si au préjudice d'une renonciation, on peut venir par représentation de son auteur qui a renoncé ; si par l'effet de la représentation, le partage doit se faire par souches ou bien par têtes ; et une multitude d'autres difficultés semblables : ainsi s'ouvreroit pour ses héritiers une ample carrière de débats, aux juges une multitude de questions épineuses, pour la décision desquelles la coutume d'Auvergne seroit la seule régulatrice.

» Attendu qu'on ne peut pas dire que la coutume sera prise ici comme autorité seulement, et non comme loi nécessaire, puisque cette coutume, ses usages, sa jurisprudence, seroient la seule règle par laquelle on devroit se diriger pour suivre la volonté et les vues rétrogrades de la testatrice ; que la coutume ne seroit pas simple renseignement, puisque sans elle, sans s'y renfermer, on ne pourroit opérer la distinction des biens, éclaircir leur origine, les appliquer à diverses lignes, aux différentes branches, découvrir les indi-

vidus appelés par la représentation, et parvenir enfin à débrouiller les obscurités de ce partage laborieux. La coutume ne seroit pas un simple mode, une condition, puisqu'en général les modes et les conditions peuvent se concevoir et s'isoler des conditions auxquelles ils sont apposés ; mais ici le mode, la condition, prescrits par la dame de Chazerat, sont inséparables : car enfin, si la testatrice a institué légataires universels les trois lignes qu'elle a affectonnées, c'est principalement pour prendre les biens provenant de chacune d'elles, suivant la coutume d'Auvergne ; c'est pour les subdiviser ensuite d'après les mêmes principes, d'après la même origine et nature de biens ; ses vrais héritiers seront ceux qui lui seront donnés par la représentation de la coutume d'Auvergne : ainsi, et forcément, la coutume d'Auvergne se lie et s'incorpore à tout le partage, et commandera à ses opérations.

» Attendu qu'on oppose encore sans fondement que la dame de Chazerat n'a pas généralisé son rappel de la coutume d'Auvergne, puisqu'elle l'a restreint à une seule de ses dispositions. C'est une erreur : car la soumission à une coutume prend évidemment la forme de disposition générale, lorsqu'elle porte sur un objet de disposition générale ; or, c'est pour la nomination de ses héritiers universels, que la dame de Chazerat invoque la coutume d'Auvergne ; c'est cette coutume en général qui régleroit leurs qualités et leurs avantages ; cette disposition prend nécessairement un caractère de généralité dans ce partage. Sans doute la dame de Chazerat eût pu aisément spécialiser sa disposition ; elle eût pu légitimement faire entre ses héritiers l'application de tels ou tels de ses biens, suivant sa volonté ; elle eût pu, par cette voie spéciale, faire rentrer dans chaque ligne, dans chaque branche, la portion de fortune qu'elle en avoit reçue ; rien ne la gênoit dans cette manière de disposer ; par là, elle eût rempli ses intentions, respecté l'ordre public, et étouffé le germe de mille contestations dans sa famille : mais au lieu de faire ce qui lui étoit permis, elle a préféré de faire ce qui lui étoit défendu. De telles dispositions ne peuvent être protégées par la loi qu'elles offensent.

» Attendu qu'en vain on prétend excuser la dame de Chazerat, en alléguant qu'on ne peut lui faire un reproche d'avoir établi le partage de ses biens sur la représentation à l'infini, puisque cette représentation étoit admise par la loi du 17 nivôse an 2. Cette justification ne peut être admise, 1.^o parce qu'au décès de la dame de Chazerat, ce n'étoit pas la loi du 17 nivôse qui devoit régler soit la forme, soit le mérite de ses dernières dispositions ; c'étoit le code civil, sous l'empire duquel elle est décédée, et que son testament olographe a reçu une date ; 2.^o la testatrice est loin d'avoir puisé dans la loi du 17 nivôse la représentation qu'elle ordonne ; cette loi, dans toutes les branches, sous tous les points de vue, établit la représentation

sous le rapport de la proximité du sang ; au contraire , la coutume d'Auvergne attachoit la représentation à l'origine et à la nature des biens ; il falloit avoir pour auteur celui duquel les biens provenoient : la loi du 17 nivôse avoit à cet égard puisé sa représentation dans l'affection naturelle , l'avoit liée aux personnes ; la coutume d'Auvergne l'avoit fait dépendre des usages féodaux , l'avoit attachée à la glèbe plutôt qu'aux liens du sang : on ne peut donc trouver aucune analogie entre ces deux représentations , dont la source , comme les effets , étoient si différens.

» Attendu qu'on oppose encore , sans raison , qu'on ne peut demander la nullité de la clause dont il s'agit , puisqu'elle n'est pas prononcée par la loi. C'est encore une illusion. Il y a nullité absolue dans toute disposition de la loi négative prohibitive. En prononçant *on ne peut* , la loi use de toute sa puissance , elle impose un devoir indispensable , elle écarte tout prétexte : *excludit potentiam juris et facti*. Or , l'art. 6 du Code , dispose qu'on ne peut déroger , par des conventions particulières , aux lois qui intéressent l'ordre public. L'article 1590 statue de même que les époux ne peuvent stipuler , d'une manière générale , que leurs conventions seront réglées par l'une des coutumes abolies ; et ces termes impérieux , *on ne peut* et *ne peuvent* , renferment sans doute une prohibition énergique , une impossibilité de faire de semblables dispositions ; ils prononcent implicitement une nullité insurmontable.

» Attendu que cette nullité ne peut être écartée par la disposition de l'article 967 , sur lequel on veut encore s'appuyer. Cet article permet , à la vérité , au testateur de manifester sa volonté sous toute espèce de titres et de dénominations ; de sorte que , soit que le testateur dispose à titre de legs , de donation , d'institution d'héritier , ou sous toute autre qualification , peu importe , sa volonté connue , si elle est conforme à la loi , *quæ legitima est* , reçoit toujours son exécution. Mais disposer sous toute dénomination , n'est pas faire toute espèce de dispositions. En permettant au testateur de se servir de toutes expressions pour dicter ses intentions , la loi ne l'a pas autorisé à disposer sous un mode et dans une latitude indéfinis ; les mœurs , l'utilité publique , les formalités des actes , et tout ce qui intéresse l'ordre social , sont toujours pour lui une barrière invincible. C'est d'après ce principe tutélaire que l'article 900 a voulu que dans toutes dispositions entre-vifs ou testamentaires , les conditions contraires aux lois ou aux mœurs soient réputées non-écrites ; c'est ce que la dame de Chazerat a méconnu et méprisé , en faisant l'institution d'héritier universel dont il s'agit. Elle a violé l'ordre public , en subordonnant sa disposition aux règles d'une coutume anéantie ; elle l'a violé , en rejetant avec affectation le bienfait de la loi nouvelle ; elle l'a violé , en prescrivant une forme de partage qui
seroit

seroit une source féconde de contestations. La justice, comme la loi, ne peuvent accueillir une telle disposition; il faut donc la regarder comme non-écrite dans le testament de la dame de Chazerat...

» En ce qui touche le partage, attendu que la succession de la dame de Chazerat s'est ouverte sous l'empire du Code, qu'ainsi c'est par les principes de cette loi que le partage doit en être terminé.

» Par ces motifs, le tribunal, par jugement en premier ressort, reçoit le sieur Mirlavaud partie intervenante dans la contestation pendante entre les sieurs Farradesche de Gromond, fils aîné, et le sieur Sablon-Ducorail, d'une part; et les héritiers et prétendans droit à la succession de la dame de Chazerat, d'autre part; et faisant droit sur ladite intervention, ainsi que sur la demande en nullité du legs universel en propriété, fait par la dame de Chazerat; sans s'arrêter, ni avoir égard audit legs universel fait au profit des trois branches d'héritiers y dénommés, et compris au testament olographe de la dame de Chazerat, du 26 messidor an 9, et codicille du 14 messidor an 11, légalement déposés, enregistrés les 25 et 29 vendémiaire an 14, lequel legs universel est déclaré nul et de nul effet, et comme non-écrit dans ledit testament; ordonne que, dans la huitaine de la signification du présent jugement, il sera procédé au partage de la propriété seulement de tous les biens, meubles et immeubles, provenus de la dame Marie-Gilberte Rollet, femme de Chazerat, pour en être délaissé moitié aux parens de la ligne paternelle, et l'autre moitié aux parens de la ligne maternelle, conformément à l'article 733 du Code Napoléon, sauf les sous-divisions entr'elles, s'il y a lieu, conformément à l'article 734 du même Code; auquel partage tous intéressés feront tous rapports et prélèvemens que de droit, à la charge, par les héritiers des deux lignes ci-dessus, de souffrir, sur la totalité desdits biens, meubles et immeubles, l'usufruit universel au profit du sieur de Chazerat, époux de ladite dame Marie-Gilberte Rollet..... »

Les légataires universels interjettent appel de ce jugement, et font assigner le sieur Mazuel, donataire de la moitié des droits du sieur Mirlavaud, en déclaration d'arrêt commun.

Par arrêt du 14 août 1809, la cour de Riom prononça en ces termes sur cet appel :

« La dame de Chazerat pouvant disposer de l'universalité de ses biens,

a-t-elle suffisamment exprimé son choix , en désignant les légataires collectivement par l'indication certaine de leur origine ?

» Le testament de la dame de Chazerat est-il parfait dans la volonté qu'elle a exprimée ? l'est-il dans la volonté de la loi ? est-il contraire à l'ordre public , aux lois politiques , et au droit naturel et civil de morale ?

» A-t-elle soumis sa propre volonté à la volonté générale de la ci-devant coutume d'Auvergne , abrogée par les lois nouvelles ?

» Etoit-ce le cas d'appliquer à son testament l'art. 1390 du code Napoléon ?

» S'il étoit vrai que des termes de la représentation à l'infini , exprimés dans le testament , il dût résulter , comme le prétend le sieur Mirlavaud , que des filles forcloses , ou les descendants d'elles , dussent être exclus du partage , cette question peut-elle le concerner ? n'en demeure-t-il pas moins exclu lui-même de la succession par le testament ? n'excipe-t-il pas du droit d'autrui en agitant cette question ?

» Attendu , dans le droit , que la testatrice a pu disposer à volonté de l'universalité de ses biens ; qu'elle a pu choisir des légataires entre toutes personnes capables , et les désigner collectivement ou individuellement , soit par leurs noms ou états distinctifs , soit par des indications certaines d'origine , de famille ou de parenté , également propres à les faire connoître.

» Attendu , dans le fait , qu'on ne conteste ni sa capacité personnelle , ni celle de ses légataires , ni la disponibilité de tous ses biens , ni la faculté d'en disposer à tels titres , et de les distribuer selon telles mesures qu'elle a jugé à propos , ni la forme extrinsèque de ses testament et codicille.

» Attendu qu'il y a certitude dans sa disposition , puisqu'on convient qu'elle est de l'universalité des biens ; qu'il y a certitude égale dans le nombre et les personnes des légataires , en ce qu'ils sont désignés par leur qualité spécifique de descendants des trois estocs indiqués , en quelque nombre qu'ils soient , et que sous ce rapport , leur existence individuelle n'est susceptible d'aucun doute.

» Attendu qu'un testament qui réunit tous ces caractères , est nécessairement parfait dans la volonté exprimée du testateur , puisqu'elle étoit libre ; et qu'il est aussi nécessairement parfait dans la volonté de la loi , puisqu'il est fait sous son autorité , et qu'elle n'exige rien au delà de ce qui a été observé ;

» Attendu que celui de Marie-Gilberte Rollet de Chazerat , étant ainsi conforme , sous tous les rapports , à toutes les règles prescrites , il est impossible qu'il ne soit pas aussi conforme à l'ordre public , puisqu'il est vrai que l'ordre est toujours le résultat de l'observation de la règle ;

» Attendu que dès lors sa disposition universelle ne devoit recevoir aucune atteinte des motifs par lesquels on l'a attaquée , et qui ont cependant décidé

les premiers juges à la déclarer nulle ; que c'est en vain , et contre l'évidence du fait, qu'on lui reproche d'avoir soumis sa volonté propre à la volonté générale de la ci-devant coutume d'Auvergne , puisque , d'une part , elle a clairement et très-expressément déclaré sa volonté , dont aucune loi ne lui défendoit de prendre l'exemple dans une coutume abrogée ; que de l'autre , loin de disposer généralement , selon le vœu de la coutume , elle s'est au contraire mise en opposition presque entière avec elle , soit dans sa disposition , en ce qu'elle est universelle , soit dans le choix de ses légataires , en ce qu'elle a donné à son mari , soit en faisant estoquer les dots au delà de la personne des enfans , soit en ne réservant pas ses meubles et acquêts aux seuls parens paternels , soit en les confondant avec les propres de ces trois estoës , pour n'en faire qu'une seule masse divisible indistinctement entre tous , dans la proportion des apports , soit enfin en ce qu'elle a laissé une succession toute testamentaire , comme elle en avoit le droit , au lieu de laisser une succession *ab intestat* , comme le vouloit la coutume ; que c'est par suite de cette illusion , qu'on a appliqué à son testament l'art. 1390 du code Napoléon , qui défend aux époux de stipuler d'une manière générale , que leur association sera réglée par une des coutumes qui sont abrogées ; que la première erreur qui se remarque dans cette assertion , c'est que l'article cité n'a rapport qu'aux contrats de mariage , et que les prohibitions ne s'étendent pas des actes exprimés à ceux qui ne le sont pas ; que celle-ci s'étend si peu aux testamens , qu'indépendamment de ce que l'article même prouve le contraire par son énonciation et par la rubrique sous laquelle il est placé , on le voit encore plus clairement par la comparaison des art. 911 et 1172 , dont l'un , relatif aux testamens , dit que les conditions prohibées par les lois , sont seulement réputées non écrites ; et l'autre , relatif aux contrats , veut qu'elles rendent la disposition nulle ; qu'une erreur plus étonnante que la première , vient de ce qu'on ne s'est arrêté ni au sens de l'article , ni à la signification grammaticale des deux mots qui y sont employés , *manière générale*.

» Que cependant on devoit savoir que ce qui est général comprend indéfiniment toutes les espèces sans en marquer aucune ; car si les espèces étoient expliquées , la manière cesseroit d'être générale , n'y ayant rien de si opposé à la généralité que la spécialité. Qu'ainsi , un pacte d'association contractuelle soumis d'une manière générale au régime de telle coutume , seroit évidemment exclusif de toute volonté propre des contractans , et ne pourroit recevoir son effet que des termes de la coutume indiquée , comme un mandat général reçoit toute son exécution de la volonté de celui qui le remplit , par suite de la soumission entière de celui qui l'a donné ; qu'alors on conçoit comment et pourquoi la loi résiste à ce que les citoyens qu'elle régit,

osent s'arroger la puissance de rétablir l'autorité d'une coutume qui est abolie, et prétendre faire produire un effet à une cause qui n'existe plus. Mais que de près ni de loin on ne sauroit rien remarquer dans le testament de Marie Gilberte Rollet, qui ressemble à ce cas, puisqu'au contraire tout y est énoncé et spécifié; qu'il n'y a pas une seule disposition qui ne puisse être exécutée, indépendamment de toute coutume quelconque, par le seul fait de la volonté certaine et connue de la testatrice, par la seule autorité du Code Napoléon, et en opposition totale à celle de la coutume d'Auvergne, qu'on a si singulièrement imaginé avoir été prise, d'une manière générale, pour règle de ce testament. Qu'à la vérité, on y parle d'estoc et de représentation à l'infini pour désigner les légataires; mais que cela même prouve la sagesse de la testatrice, qui, par l'expression la plus brève, fait connoître ses légataires de la manière la plus parfaite, sous une désignation qui a deux termes manifestement certains, l'un, les auteurs indiqués, l'autre celui où cesse leur descendance; que lorsque, pour plus grande intelligence des règles de cette représentation qu'elle ordonne de suivre, elle a ajouté ces mots, *selon qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne*, on doit reconnoître d'abord, qu'au moins dans le seul endroit où elle parle de cette coutume, elle a spécialisé la règle qu'elle en empruntoit, et que ce n'est plus, comme on l'a dit, une manière générale de s'y référer; que dans la réalité, non-seulement elle n'a rien dit que le Code réprovoque, mais qu'elle l'a dit surabondamment, en ce sens, que la représentation à l'infini s'entend assez d'elle-même pour n'avoir pas besoin d'être expliquée par un exemple; qu'ainsi, en regardant cette citation de la coutume comme vaine, en la supposant même condamnable, il en résulteroit seulement, qu'aux termes du Code Napoléon, il faudroit la considérer comme non-écrite, et qu'alors la volonté de la testatrice n'en demeureroit pas moins entendue; on ne pourroit l'anéantir sans violer ouvertement la loi, qui en protège l'exécution. Que c'est une erreur manifeste de penser qu'il soit défendu, en exprimant sa volonté dans un testament, de rappeler pour modèle une loi abolie, lorsque d'ailleurs on ne veut rien que la loi nouvelle ne permette; et tandis qu'on ne sauroit nier, qu'on ne nie pas en effet que la testatrice a pu se choisir des héritiers de l'espèce et de la qualité de ceux qu'elle a désignés; qu'il suffit de lire la phrase pour être convaincu qu'elle n'a rappelé les règles de la coutume d'Auvergne, quant à la représentation à l'infini, que pour qu'on ne se trompât pas dans l'exécution de sa volonté, ou plutôt, pour mieux indiquer tous ses héritiers; si bien, que quand elle n'en auroit pas dit un mot, sa disposition n'en seroit ni moins certaine quant à ses biens, ni moins expliquée quant à ses héritiers, puisque la représentation à l'infini, à quoi elle auroit pu se borner, n'auroit été ni la représenta-

tion de telle coutume, ni celle de telle autre, mais telle que le mot seul le signifioit, c'est-à-dire, les descendants, tant qu'il y en auroit, des estocs indiqués. Et que si ces mots, telle qu'elle avoit lieu, ajoutent quelque chose réellement à l'expression de sa pensée, du moins il est évident que ce qu'ils y ajoutent n'est qu'une explication de plus, et que par cela même ils témoignent plus fortement qu'elle a eu une volonté propre, déterminée et éclairée, bien loin qu'elle se soit référée d'une manière générale à l'autorité d'une coutume abrogée. Qu'il n'est pas permis de voir des fautes là où la loi n'en voit pas; et que devant la loi, comme aux yeux de la raison, il n'y en pas plus à citer une coutume abrogée pour exemple, qu'à rappeler qu'elle a existé, ou à rappeler ce que portoit tel autre de ses statuts. Que s'il étoit vrai que des termes de la représentation à l'infini, il dût résulter, comme l'objecte la partie de Bayle, que des filles forcloses, ou les descendants d'elles, dussent être exclus du partage, cette question ne sauroit le concerner, puisqu'il n'en demeureroit pas moins exclu lui-même, par le testament, de la succession; qu'ainsi, il ne fait qu'exciper vainement du droit d'autrui, en agitant une question qui n'intéresseroit que les héritiers testamentaires, et qu'ils n'élèvent pas. Que si pour régler les proportions des partages entre ces héritiers, il est nécessaire de remonter à l'origine des biens, et d'en connoître la nature, quoique la loi ne considère ni l'un ni l'autre dans les successions *ab intestat*, il n'en résulte autre chose que ce qui résulte de la loi elle-même, c'est-à-dire, qu'il peut y avoir, selon la loi, deux espèces de successions très-différentes, l'une *ab intestat*, que la loi a réglée comme il lui a plu; l'autre testamentaire, qu'elle a abandonnée à la volonté de ceux qu'elle a autorisés à en disposer; qu'ici, il s'agit de cette dernière espèce de succession, et que la volonté de l'homme y fait taire légalement celle de la loi.

» Attendu que si la testatrice a été libre, comme on en convient, de distribuer ses biens selon sa fantaisie, elle a pu aussi, et à plus forte raison, les partager, par des motifs qui lui ont paru de justice, entre tous les descendants de ceux dont ils lui étoient provenus; et qu'aucune loi politique, ni d'ordre public ou de droit naturel ou civil, pas plus qu'aucune loi morale, ne lui interdisent de se déterminer par ce louable motif; que c'est même un des bienfaits particuliers de la faculté de tester, et qui n'a point échappé aux conseils du législateur; que par là on peut réparer, en certains cas, les injustices résultant d'une loi trop générale, ou d'une affection faussement présumée.

» Attendu enfin, que Marie-Gilberte Rollet ne pouvoit pas se montrer moins attachée à la loi ancienne, qu'elle l'a fait, en la contrariant presque en tout; ni mieux marquer son respect pour les lois nouvelles, qu'en usant des facultés qu'elles lui accorderoient, en déclarant qu'elle ne vouloit le retour de ses biens

à leur source qu'autant que cela dépendoit d'elle, comme cela en dépendoit en effet; en ne disposant que de ce que la loi lui permettoit de donner à l'époque de son testament, et du reste seulement, quand une loi nouvelle le lui a permis; en ne donnant rien à des personnes prohibées, et n'attachant à ses libéralités aucune condition défendue; que toutes ses dispositions sont légitimes, puisque la loi les autorise; et que son testament est légal, puisqu'on n'en contredit pas la forme.

» La cour dit qu'il a été mal jugé par le jugement dont est appel, bien appelé; émendant, déboute la partie de Bayle (le sieur Mirlavaud) de ses demandes; ordonne que le testament sera exécuté suivant sa forme et teneur; faisant droit sur la demande en assistance de cause formée contre Mazuel, partie de Vazeille, attendu qu'il est donataire de Mirlavaud, intéressé par conséquent à la cause, et qu'il n'a pas plus de droit que son donateur, déclare l'arrêt commun avec lui..... »

Les sieurs Mirlavaud et Mazuel se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

Trois moyens de cassation (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 19 juillet 1810), vous sont proposés dans cette affaire. Violation de l'article 1390 du Code Napoléon, portant que les époux ne peuvent plus stipuler, d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissoient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogées par le présent code. Violation des articles 392, 895 et 965 du même code, qui, en exigeant que le testateur fasse personnellement ses dispositions de dernière volonté, annoncent clairement l'intention de maintenir les lois romaines, qui déclarent nulle toute disposition par laquelle un testateur confie à un tiers le choix de ses héritiers. Violation de l'article 7 de la loi du 30 ventôse an 12, qui abroge les lois romaines, les ordonnances et les cou-

tumes générales ou locales, dans les matières qui sont l'objet des lois composant le Code Napoléon.

Sur ces trois moyens, il s'élève une question préalable qui leur est commune, et dont nous devons dire un mot; c'est de savoir s'ils ne doivent pas être écartés tous trois, par la circonstance qu'il s'agit ici d'un testament d'une date antérieure au Code Napoléon.

L'affirmative seroit incontestable, si ce testament n'étoit attaqué que dans sa forme extrinsèque; car il est de principe que la forme extrinsèque d'un testament ne dépend que de la loi du temps, comme de la loi du lieu où il a été fait, et vous l'avez ainsi jugé le premier brumaire an 13, au rapport de M. Sieyes, et sur nos conclusions, en maintenant un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, qui avoit déclaré valable un testament fait dans l'ancienne forme, le 28 nivôse an 9, par un particulier mort le 19 prairial an 11, après la publication des articles du Code Napoléon, relatifs aux formalités des dispositions à cause de mort.

Mais ce n'est point dans sa forme extrinsèque; ce n'est point par un défaut de solennité qu'est attaqué le testament de la dame de Chazerat: il n'est attaqué que dans le fond de ses dispositions; et tout le monde sait qu'en ce qui concerne le fond des dispositions d'un testament, on ne doit s'attacher qu'à la loi du temps où le testateur est décédé. C'est ainsi que le 18 janvier 1808, la section civile a jugé, en rejetant le recours de Jean-Pierre Rayet, contre un arrêt de la cour d'appel d'Agen, du 30 avril 1806, qu'un testament fait en 1787, étoit nul, par cela seul qu'il renfermoit une clause de substitution

fidéicommissaire, prohibée par l'article 896 du Code Napoléon, à la publication duquel son auteur avoit survécu.

On ne peut donc pas douter que le Code Napoléon ne doive être pris pour la règle du fond des dispositions de la dame de Chazerat; et par conséquent que si le code Napoléon condamne la manière dont la dame de Chazerat a nommé ses légataires universels, les dispositions de la dame de Chazerat ne soient nulles à cet égard.

Cela posé, entrons dans l'examen des trois moyens de cassation que les demandeurs vous proposent.

Et d'abord, en jugeant que la dame de Chazerat avoit pu nommer ses légataires universels, par la seule vocation de ceux de ses parens, du côté de ses aïeul et aïeule paternels, et de son aïeule maternelle, qui seroient en ordre de lui succéder, suivant les règles de la représentation à l'infini, telle qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne, la cour d'appel de Riom a-t-elle violé l'art. 1390 du Code?

Elle l'auroit certainement violé, si cet article étoit applicable au testament de la dame de Chazerat; mais elle a jugé qu'il ne l'étoit point, et elle s'est fondée sur trois motifs :

Le premier, que l'article 1390 du code n'est relatif qu'aux contrats de mariage, et que les prohibitions ne s'étendent pas des articles exprimés à ceux qui ne le sont pas.

Le second, que cet article, fût-il commun aux testaments, ne seroit pas applicable à celui de la dame de Chazerat, parce que ce n'est pas d'une manière générale,
mais

mais seulement pour la détermination des règles de la représentation à l'infini, que la dame de Chazerat y a déclaré s'en rapporter à la ci-devant coutume d'Auvergne.

Le troisième, que les termes par lesquels la dame de Chazerat s'en est rapportée à la ci-devant coutume d'Auvergne, ne forment dans son testament qu'une clause surabondante.

De ces motifs, le troisième s'applique également à tous les moyens de cassation des demandeurs; et nous croyons devoir, par cette raison, en renvoyer la discussion à la suite de celle du dernier de ces moyens.

Quant aux deux autres, il en est un, et c'est le second, qui nous paroît dénué de tout fondement.

En effet, l'art. 1390 du Code n'est pas seulement applicable à la clause d'un contrat de mariage par laquelle les futurs époux déclareroient adopter telle coutume pour règle de leurs droits respectifs : il l'est aussi à la clause par laquelle ils déclareroient adopter telle coutume pour règle de tel droit matrimonial spécialement désigné; par exemple, de la communauté ou du douaire : car, dans un cas comme dans l'autre, les futurs époux ne spécialiseroient pas eux-mêmes leurs conventions; ils les laisseroient dans un vague qui ne pourroit être fixé que par la coutume à laquelle ils se soumettroient; et par conséquent il y auroit, dans un cas comme dans l'autre, soumission d'une manière générale à la coutume.

Si donc l'art. 1390 ne doit pas être restreint aux contrats de mariage, s'il est commun aux testamens,

nul doute qu'il ne soit violé par une disposition testamentaire qui, pour la détermination de l'ordre dans lequel doivent venir, et des parts que doivent prendre les légataires universels, renvoie à telle coutume, comme il le seroit par une disposition par laquelle le testateur s'en rapporteroit à cette coutume pour le règlement universel de sa succession; nul doute par conséquent que, dans cette hypothèse, la cour d'appel de Riom n'ait erré dans son second motif.

Mais cette hypothèse est-elle exacte, ou, en d'autres termes, l'art. 1390 est-il véritablement commun aux testamens, ou, en d'autres termes encore, la cour d'appel de Riom a-t-elle erré dans son premier motif, comme dans le deuxième ?

» Sur cette question, il y a deux choses à considérer; l'esprit dans lequel a été rédigé l'art. 1390, et l'objet auquel sa rédaction s'applique.

L'esprit de cet article paroît manifesté par le procès verbal du conseil d'état :

« La section de législation, disoit M. Tronchet, a voulu, en proposant cet article, empêcher les notaires de continuer à insérer dans leurs actes une clause usitée dans les contrats de mariage, lorsque les parties vouloient établir leur communauté sur d'autres principes que sur ceux de la coutume de leur domicile : on exprimoit alors qu'elles se marioient suivant telle ou telle coutume. Cette clause seroit nulle après la confection du Code civil; puisqu'il abroge toutes les coutumes, il n'est plus possible de les reconnoître; ou, si on leur conservoit une sorte d'existence, le système bien-

faisant de l'uniformité des lois seroit dérangé. — La proposition qu'on discute, ajoutoit M. Berlier, n'implique nulle contradiction avec la faculté laissée aux époux de régler leurs conventions comme ils le veulent : cette faculté n'est pas ici blessée, quant à la matière ; elle n'est restreinte que quant à la forme. Les époux stipuleront en détail toutes les conditions de leur union ; mais ils ne pourront, en termes généraux, se référer à telle ancienne loi ou à telle ancienne coutume. Voilà ce que dit l'article, et ce qu'il devoit dire par respect pour le nouveau Code, et pour atteindre les bienfaits qu'il permet. Ne seroit-ce pas en effet perpétuer l'existence de quatre cents et quelques lois ou coutumes qui régissoient la France, que de permettre de s'y référer pour les conventions à venir ? Qui veut la fin, veut les moyens ; or, plus d'uniformité, plus de Code civil, proprement dit, si l'on permet cette bizarre alliance. — Le droit seroit hérissé (continuoit M. Réal), d'autant plus de difficultés, qu'il faudroit étudier à la fois et le droit qui a existé et le droit qui existe.... — En employant ces clauses générales, disoit également M. Treilhard, les notaires peu instruits ignorent le sens de ce qu'ils écrivent dans leurs actes ; ils ne peuvent en conséquence l'expliquer aux parties. Il est bon cependant que chacun sache positivement ce qu'il stipule. On doit craindre, d'un autre côté, que dans certains pays la routine ne fasse durer encore long-temps l'empire des coutumes. Il ne s'agit, au surplus, que d'empêcher les citoyens de les rappeler ; ce qui ne gêne la liberté de personne, puisque chacun conserve la faculté de

faire passer dans son contrat de mariage les dispositions de la coutume , pourvu qu'il les énonce.... »

M. Berlier répétoit la même chose dans son discours au corps législatif : « Le projet ne permet pas aux époux de stipuler désormais, d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux, qui régissoient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qu'il abroge ; c'eût été les rejeter dans le dédale d'où il s'agit de les retirer, et élargir le gouffre que le code civil doit fermer. »

Voilà des motifs qui, assurément, s'adaptent tout aussi bien aux testamens qu'aux contrats de mariage.

Mais le texte de loi que ces motifs paroissent avoir dicté, comprend-il ceux-là comme ceux-ci dans sa disposition ?

Nullement : ce texte est restreint aux contrats de mariage, et il y est restreint non seulement par ses propres termes, mais encore dans la rubrique sous laquelle il est placé. De là comment pourriez-vous annuler, comme violant ce texte, un arrêt qui a refusé de l'étendre aux testamens ? L'article 66 de la constitution du 22 frimaire an 8, ne vous autorise à casser les jugemens en dernier ressort, que pour contravention expresse aux lois ; et certes, il ne peut pas y avoir contravention expresse à l'article 1390 du Code Napoléon, là où on ne peut apercevoir qu'un refus de donner à cet article une latitude qu'il n'a pas lui-même.

Admettons que la cour d'appel de Riom eût pu, en s'étayant sur l'identité de raisons, étendre cet article aux testamens ; admettons même qu'elle eût pu justifier

cette extension , en invoquant , non comme disposition législative , mais comme raison écrite , les lois 12 et 13, *D. de legibus* , *Non possunt omnes* , etc.

Eh bien ! dans cette hypothèse , l'arrêt qui vous est dénoncé , pourra-t-il être annulé sur l'unique fondement qu'il n'a pas fait une extension qu'il eût pu faire ?

Une question semblable a été agitée tout récemment à l'audience de la section civile. — Les sieurs Pastoris demandoient la cassation d'un arrêt de la cour d'appel de Turin , du 11 juin 1808 , qui avoit déclaré légitime , à raison de la bonne foi de son père et de sa mère , l'enfant né à l'ombre d'un second mariage que Thérèse Bellone avoit contracté dans la Ligurie en 1799 , du vivant de son premier mari , avec Henri Pastoris. Pour établir que ni Henri Pastoris , ni Thérèse Bellone , ne pouvoient être censés avoir contracté de mariage de bonne foi , ils alléguoient , et le fait n'étoit point dénié , ou plutôt il étoit avoué dans les termes les plus formels , que ce mariage n'avoit pas été précédé des bans prescrits par les lois ecclésiastiques ; ils citoient la décrétale *Cum inhibito* , qui en effet décidoit que les enfans nés d'un mariage contracté sans publications préalables , entre un homme et une femme parens au degré prohibé , ne devoient pas jouir des prérogatives de légitimité , parce que le défaut de bans ne permettoit pas de présumer que leurs père et mère eussent ignoré l'empêchement qui s'opposoit à leur union ; et ils ne manquoient pas d'observer que quoique cette décrétale , qui , en 1799 , faisoit loi en Ligurie comme en Piémont , ne parlât que de l'empêchement de parenté , elle n'en devoit

pas moins être étendue, par identité de raisons, à tous les autres empêchemens, notamment à celui qui résultoit de la non-dissolution d'un mariage précédemment contracté par l'une des parties ; ils prouvoient même que telle étoit l'opinion d'une foule de canonistes. — En portant la parole sur cette affaire, nous avons dit que sans doute la cour d'appel de Turin eût pu donner à la décrétale *Cum inhibito* l'extension que les sieurs Pastoris l'accusoient de ne lui avoir pas donnée ; qu'elle n'eût même fait par là que se conformer à la jurisprudence du sénat de Chambéry, attestée par le président Favre ; mais que ne pas étendre une loi au-delà de ses termes précis, ce n'étoit pas la violer, et qu'en conséquence, il y avoit lieu de rejeter le pourvoi des sieurs Pastoris. — Par arrêt du 21 mai dernier, au rapport de M. Carnot, « attendu que les conciles n'ont pas prononcé la nullité des mariages pour simple défaut de publication de bans ; que l'on peut seulement en induire, suivant les cas, qu'ils ont été clandestinement contractés ; mais que dans l'espèce, le vice de clandestinité ne pouvant être reproché au mariage dont il s'agit, il en résulte que le seul défaut de publication de bans n'a pu constituer Thérèse Bellone et Henri Pastoris en mauvaise foi ; que si la décrétale *Cum inhibito* a été plus loin sur ce point, que les décrets des conciles, ce n'a été que par voie d'exception, et pour le seul cas où les époux auroient été parens au degré prohibé ; et que la cour d'appel, en s'en tenant à la lettre de cette loi d'exception, sans l'étendre par induction au cas d'existence du premier époux réputé mort, n'en a pu violer

ouvertement les dispositions

La cour rejette. »

Dans cette espèce cependant, les sieurs Pastoris avoient deux avantages qui manquent ici aux demandeurs.

D'une part, les textes du droit romain qui autorisent les juges à étendre les lois à des cas non compris dans leurs dispositions, mais auxquels leurs motifs s'adaptent parfaitement, avoient, pour la cour d'appel de Turin, toute l'autorité des lois proprement dites, puisque le droit romain étoit la loi supplémentaire du Piémont et de la Ligurie, à l'époque de la célébration du mariage dont il étoit question.

Ici, au contraire, ces textes n'avoient pour la cour d'appel de Riom que l'autorité de la raison écrite.

D'un autre côté, nulle différence quant au motif qui avoit déterminé la disposition de la décrétale *Cum inhibito*, entre les cas où les époux étoient parens au degré prohibé, et le cas où l'un d'eux étoit engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous. Il y avoit même, pour appliquer cette disposition au second cas, une raison bien plus puissante que celle qui l'avoit provoquée pour le premier; car il importe bien plus à l'ordre public de prévenir les bigamies, que les mariages entre les parens à certain degré. On pouvoit donc argumenter *à fortiori* du cas sur lequel portoit la décrétale *Cum inhibito*, à celui qui étoit l'objet de l'arrêt dont il s'agit.

Ici, au contraire, bien qu'on puisse dire des testamens comme des contrats de mariage, que si l'on y toléroit l'usage de ne disposer ou de ne traiter que par des renvois à telles coutumes abrogées par le Code Napo-

l'éon , ces coutumes survivroient en quelque sorte à leur abrogation ; et que les citoyens , les jurisconsultes , les magistrats seroient obligés de les étudier encore , comme si elles avoient conservé toute leur autorité ; il n'en est pas moins vrai que , relativement aux motifs de la disposition de l'article 1390 , il existe entre les contrats de mariage et les testamens deux différences très-sensibles.

D'abord , avant le Code Napoléon , il étoit extrêmement rare que des testateurs se référassent , pour le choix de leurs héritiers ou légataires universels , à des coutumes qui , ou étoient abrogées , ou leur étoient étrangères. Il faut même sortir de l'ancien territoire français pour en trouver des exemples autres que celui de la dame de Chazerat ; car les seuls , absolument les seuls auteurs qui en parlent , sont Grotius et Voët , tous deux Hollandais ; le premier dans sa *Manuductio ad jurisprudentiam Hollandiæ* , liv. 2. chap. 29 ; le second , sur le digeste , tit. *de hæredibus instituendis* , n. 15. Et au contraire , rien n'étoit alors plus fréquent que de voir des époux adopter , pour règle de leur association , des coutumes qui n'étoient ni celles de leur domicile , ni celles de la situation de leurs biens.

Est-il étonnant , d'après cela , que le législateur ait restreint aux contrats de mariage la disposition de l'article 1390 du Code ? Il l'a restreinte à ces contrats , parce que ces contrats étoient les seuls actes où il étoit à craindre que ce genre d'adoption se perpétuât. Il ne l'a pas rendue commune aux testamens , parce qu'il n'y a pas vu le même sujet de crainte ; parce qu'il a pensé que , si quelque testateur venoit un jour à se singulariser , en adoptant ,

adoptant, pour le choix de ses légataires universels, une des coutumes abrogées du territoire français, ce seroit une bizarrerie sans conséquence, un phénomène qui ne mériterait pas qu'une loi expresse lui fit l'honneur de le proscrire par anticipation; en un mot, parce qu'il a dit avec les lois 4 et 6, *D. de legibus : Ex his quæ fortè aliquo uno casu accidere possunt, jura non constituuntur.....*

Ensuite, le motif énoncé dans le procès verbal du conseil d'état, par ceux qui ont parlé sur l'art. 1390, est-il bien le seul qui ait déterminé, soit la majorité du conseil, soit la majorité du tribunat, soit la majorité du corps législatif, à voter pour cet article ?

Nous pouvons en douter d'autant plus raisonnablement, qu'il se présentait pour réunir tous les suffrages en faveur de cet article, une raison bien plus grave, bien plus décisive, que le motif mis en avant dans le procès verbal du conseil-d'état.

En effet, il est de la plus haute importance que les conventions matrimoniales soient rédigées de manière que tous ceux avec qui l'un ou l'autre des époux peut être dans le cas de traiter, connoissent d'une manière certaine et positive les modifications qu'elles ont faites à la loi, qui, à défaut de stipulations particulières, règle l'association conjugale. Et comment auroient-ils pu acquérir cette connoissance ? Comment sur tout auroient-ils pu être assurés de l'avoir acquise, s'ils n'avoient pu la puiser que dans les coutumes, dans les statuts locaux abrogés, et par conséquent tombés dans l'oubli ? Qui d'eux n'auroit tremblé de voir un jour sortir de ces

statuts, de ces coutumes, des prohibitions, des incapacités, des empêchemens qui eussent vicié ou neutralisé les contrats qu'ils auroient pu faire avec l'un des époux? Et n'est-il pas évident que par là on eût exposé chacun des époux au danger de ne trouver personne qui eût voulu contracter avec lui? Le même inconvénient n'étoit point à craindre dans les dispositions testamentaires; car de deux choses l'une: ou la coutume à laquelle un testament se réfère, est parfaitement connue, ou elle ne l'est pas. Au premier cas, sa disposition sera exécutée; au second, elle sera sans effet, d'après cette maxime du droit romain, ou plutôt de la raison universelle: *Quæ in testamento scripta essent neque intelligerentur quid significarent, ea perinde sunt atque si scripta non essent. L. 2. D. De his quæ pro non scriptis habentur.*

Que devient après cela le grand argument sur lequel les demandeurs fondent principalement leur système d'extension de l'art. 1390 aux testamens? Les contrats de mariage, disent-ils, sont par leur nature susceptibles de toutes les clauses qui ne blessent ni les lois prohibitives ni les mœurs. Ils sont par conséquent bien plus favorables que les dispositions testamentaires. Si donc on ne peut pas, dans un contrat de mariage, se référer à une coutume abrogée, combien moins le peut-on dans un testament? Si donc la loi l'a prohibé pour l'un, à combien plus forte raison est-elle censée l'avoir prohibé pour l'autre?

Trois vices essentiels dans cet argument:

1°. Il n'est pas vrai que les époux aient plus de liberté

dans les contrats de mariage , que les testateurs n'en ont dans leurs dispositions à cause de mort. Si les époux peuvent , par les uns , faire toutes les stipulations qui ne contrarient pas les lois prohibitives, ni ne blessent les mœurs , les testateurs peuvent également , par les autres , faire toutes les dispositions qui n'offensent pas les mœurs et ne heurtent pas des lois prohibitives. Les contrats de mariage et les testamens sont donc , quant à la liberté des parties qui y figurent , des actes absolument parallèles. On ne peut donc pas argumenter à *fortiori* des contrats de mariage aux testamens.

2°. L'argument à *fortiori* n'est qu'un sophisme , toutes les fois qu'entre les deux objets qu'il tend à faire juger d'après la même règle , il se trouve une différence quelconque ; et nous venons de voir qu'entre les contrats et les testamens , il existe , relativement à la question qui nous occupe , deux différences très-frappantes.

3°. Ce n'est point par des argumens à *fortiori* que l'on peut faire trouver dans un arrêt une contravention à une loi qui ne prévoit pas précisément le cas sur lequel il statue ; et c'est une vérité dont l'arrêt de la section civile , du 21 mai dernier , nous fournit à la fois la preuve et l'exemple , en rejetant les moyens de cassation que les sieurs Pastoris cherchoient à tirer de la décrétale *Cum inhibito*.

Enfin , Messieurs , il est une grande maxime qui doit ici écarter toute idée d'extension de l'art. 1390 du Code Napoléon aux testamens , c'est que les lois qui disposent en sens contraire aux principes du droit , ne peuvent jamais être tirées à conséquence , ni étendues hors de leurs

termes précis : *Quod verò contrà rationem juris , etc.*
L. 13. D. *de legibus*.

On ne peut douter, en effet, que la disposition de l'art. 1390 ne soit contraire aux principes du droit, et qu'en la décrétant, le législateur n'ait sacrifié les principes du droit à des considérations purement politiques. Il est difficile, disoit M. l'Archichancelier¹, dans la discussion de cet article au conseil d'état, de concilier cette disposition avec celle qui précède, et qui laisse aux parties une liberté indéfinie dans leurs conventions matrimoniales, pourvu qu'elles ne blessent pas les mœurs... Il ne doit y avoir de stipulations nulles que celles qui blessent les principes du Code civil.

Ces observations, il est vrai, n'ont pas empêché l'adoption de l'article qu'elles combattoient ; mais elles n'en forment pas moins une preuve irrésistible, que cet article, quelque sage qu'il soit, n'est pas en harmonie, même avec les principes généraux de la matière des contrats de mariage, et que par une suite nécessaire, il ne peut pas être étendu au delà de son objet.

Le premier moyen de cassation des demandeurs ne peut donc, sous aucun rapport, être accueilli.

Le deuxième est-il mieux fondé ?

Sans doute il n'est pas plus permis à un testateur sous le Code Napoléon, qu'il ne l'étoit sous l'empire des lois romaines, de confier à un tiers la désignation de ses héritiers ou légataires universels ; et il faut sous le Code Napoléon, comme il le falloit sous l'empire des lois romaines, que le testateur fasse lui-même cette désignation.

Mais est-ce à dire pour cela que le testateur est

obligé de désigner ses héritiers ou légataires par leurs noms individuels ? A cette question écoutons la réponse des lois romaines : *Si quis nomen hæredis quidem non dixerit , sed indubitabili signo eum demonstraverit , quod penè nihil à nomine distat... valet institutio*. Loi 9, § 9, D. *de hæredibus instituendis*. L. 34, D. *de conditionibus et demonstrationibus*. Et pourquoi cela ? c'est, dit la loi 6, D. *de rebus creditis*, parce que la désignation certaine et l'expression du nom sont tellement identiques dans le droit, qu'elles peuvent s'employer indifféremment l'une pour l'autre ; *Nihil refert proprio, etc....*

Or, n'est-ce pas désigner clairement ses héritiers ou légataires universels, que de déférer sa succession à ceux qui devoient la recueillir *ab intestat* d'après telle loi, telle coutume, tel statut ? Nous avons déjà dit que Voët et Grotius regardent l'affirmative comme une vérité irréfragable ; et, en effet, voici les termes du premier : *Sed nec dubium quin testator rectè testamento hæredes instituat per relationem ad certum statutum , veluti instituendo eos quos jus scabinicum vel quos jus æs domicum , aut loci alterius lex definit ab intestato successores , ut id colligi potest ex his quæ habet Hugo Grotius in manuductione ad jurisprudentiam Hollandiæ*. Lib. 2, cap. 26.

Mais, disent les demandeurs, et c'est leur troisième moyen, la coutume d'Auvergne à laquelle la dame de Chazerat s'est référée, dans le legs universel que contient son testament, est abrogée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an 12. La dame de Chazerat s'est donc

mise, par la manière dont elle a exprimé son legs universel, en rebellion contre cet article. La Cour d'appel de Riom a donc violé cet article, en déclarant valable le legs universel de la dame de Chazerat.

Quoi donc ! la dame de Chazerat n'auroit-elle pas pu, nonobstant l'abrogation de la coutume d'Auvergne, s'en approprier littéralement les dispositions, les transcrire dans son testament, les adapter, et à ceux de ses parens qu'elle vouloit gratifier, et aux biens dont elle vouloit disposer en leur faveur ? Les défendeurs sont forcés de convenir qu'elle en avoit le pouvoir ; et si elle l'eût fait, ajoutent-ils, nous respecterions sa volonté. Mais quelle différence y a-t-il entre ce qu'elle eût pu dans cette hypothèse, et ce qu'elle a fait réellement ? Il n'y en a que dans l'expression : la dame de Chazerat a dit, en termes très-brefs, ce qu'elle eût pu délayer dans plusieurs phrases ; et assurément une disposition qui, développée dans un long assemblage de mots, seroit valable, ne peut pas être nulle parce que la testatrice l'a exprimée avec le plus de concision qu'il lui a été possible ; assurément la loi du 30 ventôse an 12, que cette disposition n'offenseroit en aucune manière dans le premier cas, ne peut pas en être blessée dans le second.

En effet, dans un cas comme dans l'autre, ce n'est point la coutume d'Auvergne qui régit la succession de la dame de Chazerat ; dans un cas comme dans l'autre, cette succession n'est régie que par la volonté de la dame de Chazerat elle-même ; dans un cas comme dans l'autre, la coutume d'Auvergne ne fait rien, c'est la volonté de la dame de Chazerat qui fait tout.

Si la dame de Chazerat eût été et fût morte dans un temps où la coutume d'Auvergne étoit encore dans toute sa vigueur, et que dans son testament elle eût déclaré instituer légataires universels ceux de ses parens à qui cette coutume déféroit la succession, à quel titre ses parens ainsi appelés auroient-ils recueilli ses biens ? comme héritiers *ab intestat*, comme saisis par la coutume ? Non, ils les auroient recueillis comme légataires universels, comme appelés par la testatrice. *Tales instituti* (dit Voët à l'endroit déjà cité N. 18, en parlant du cas où le testateur institue pour héritiers ceux qui doivent lui succéder *ab intestat*); *Tales instituti, non ex vi legis, sed ex testatoris voluntate succedunt.*

Et l'on voudroit qu'il en fût autrement dans notre espèce ! On voudroit que la coutume abrogée d'Auvergne régît une succession que ne régiroit pas la coutume d'Auvergne encore subsistante ! On voudroit que, d'après les dispositions de la dame de Chazerat, les légataires universels de la dame de Chazerat succédassent en vertu de la coutume abrogée d'Auvergne, tandis que si cette coutume n'étoit pas abrogée, ils ne pourroient, d'après ces mêmes dispositions, succéder qu'en vertu de la volonté de la dame de Chazerat ! C'est une véritable dérision.

Est-ce plus sérieusement que les demandeurs opposent à l'arrêt de la cour d'appel le principe écrit dans l'article 6 du code, qu'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ? Est-ce plus sérieusement que l'on vient vous dire que les successions tiennent à

l'ordre public ; et que c'est attenter à l'ordre public , que de créer un ordre de succession contraire à la loi ?

Autant vaudroit-il dire qu'il y a attentat à l'ordre public , toutes les fois qu'un testateur , usant du pouvoir que lui en donne la loi , dispose de ses biens en faveur d'autres personnes que celles qui y seroient appelées par la loi elle-même , à défaut de testament.

Car , encore une fois , ce n'est point de la coutume abrogée d'Auvergne , que les légataires universels de la dame de Chazerat tiennent leur vocation ; ils ne la tiennent que de la volonté de la testatrice ; et la testatrice , en se référant en peu de mots à la coutume d'Auvergne , ne l'a pas plus remise en vigueur comme loi , qu'elle ne l'eût fait en calquant , comme elle en avoit incontestablement la faculté , ses dispositions personnelles sur les anciennes dispositions de cette coutume.

Avant l'abrogation des coutumes , un testateur pouvoit-il instituer légataires universels de ses meubles , ceux de ses parens qui auroient dû y succéder d'après une coutume autre que celle de son domicile ? pouvoit-il instituer légataires de ses immeubles disponibles , ceux de ses parens qui auroient dû y succéder d'après une coutume autre que celle de leur situation ? Oui , sans doute , il le pouvoit : Voët et Grotius nous en donnent l'assurance , et les demandeurs eux-mêmes n'en disconviennent pas.

Cependant on eût pu dire alors , comme le disent aujourd'hui les demandeurs , qu'en disposant ainsi , le testateur créoit un ordre de succéder contraire à la loi qui devoit régir sa succession ; qu'ériger une coutume étrangère à sa personne et à ses biens , en loi régula-

trice

latrice de sa succession , c'étoit faire ce qui n'appartenoit qu'au législateur ; qu'il n'appartenoit qu'au législateur d'étendre les limites d'une coutume au - delà de son territoire. Mais ces objections auroient disparu devant le principe , que ce n'étoit pas comme loi , que c'étoit uniquement comme disposition de l'homme , que la coutume étrangère à la personne et aux biens du testateur auroit régi sa succession.

Eh bien ! la dame de Chazerat a-t-elle fait autre chose ? Si ce n'est pas usurper le pouvoir du législateur , que de se référer à une loi existante, mais étrangère, comment pourroit-on être censé l'usurper en se référant à une loi abrogée ? une loi existante, mais étrangère, n'a pas plus de force par elle-même, que n'en a une loi qui n'existe pas ; et de même qu'il n'est permis qu'au législateur de rappeler à la vie une loi qui n'existe plus , de même aussi au législateur seul est réservé le droit de rendre obligatoire dans un pays, une loi qui n'a été faite que pour un autre pays.

La dame de Chazerat n'a donc pas plus violé , soit l'art. 6 du code Napoléon , soit l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 , en disposant par relation à la ci-devant coutume d'Auvergne, qu'un testateur mort il y a dix ans, n'eût violé, en disposant par relation à une coutume étrangère à son domicile et à ses biens , la maxime de droit public qui restreignoit l'autorité de chaque coutume aux personnes domiciliées et aux biens situés dans son arrondissement.

Et comment ne sent-on pas que si l'art. 6 du code Napoléon , si la seule abrogation des coutumes avoit

suffi pour empêcher que l'homme ne se référât , dans ses dispositions , à des coutumes abrogées , il eût été inutile que l'article 1390 le défendît spécialement aux futurs époux ? Comment ne sent-on pas que de là naît , par la règle , *inclusio unius est exclusio alterius* , la conséquence que la chose est permise dans les testamens ?

Écartons donc tous ces grands mots d'attentat à l'ordre public , de blasphème contre les lois nouvelles , que les demandeurs font sonner si haut et si mal à propos ; et disons que , quand même la clause par laquelle la dame de Chazerat renvoie à la ci-devant coutume d'Auvergne le règlement de sa succession , seroit absolument nécessaire pour l'exécution de sa volonté , cette clause n'offriroit rien d'illégal , rien qui ne fût une conséquence directe de la pleine liberté que le Code Napoléon accorde à tous les testateurs auxquels il ne survit ni enfans ni ascendans.

Mais il y a plus , et ici se présente une considération qui doit faire rentrer dans le néant , non-seulement le troisième moyen de cassation des demandeurs , mais encore le premier et le second : la cour d'appel a jugé que cette clause ne forme , dans le testament de la dame de Chazerat , qu'une disposition surabondante ; qu'elle y est inutile pour l'exécution de la volonté de la dame de Chazerat ; que par conséquent elle ne peut pas nuire à l'exécution de cette volonté : que c'est le cas de la maxime , *utile non viciatur per inutile*.

Et qu'oppose - t - on à cette partie des motifs de l'arrêt de la cour d'appel ? De grands détails , de longs raisonnemens , qui tendent à établir que la cour d'appel s'est

trompée , en interprétant ainsi le testament de la dame de Chazerat.

Supposons-le avec les demandeurs : en résultera-t-il que l'arrêt de la cour d'appel doit être cassé ?

Sur cette question , Messieurs , nous nous taisons pour laisser parler l'arrêt que vous avez rendu le 2 février 1808 , au rapport de M. Vergès , en sections réunies sous la présidence de M. le Grand - Juge , ministre de la justice : « Considérant que la cour dont l'arrêt est attaqué , en décidant que la société contractée le 24 octobre 1800 , entre Moke et Vankaneghem , étoit simplement en commandite , s'est déterminée d'après l'interprétation qu'elle a donnée aux clauses du contrat social et aux lettres circulaires écrites en exécution de ce contrat ; que par cette interprétation , qui étoit dans ses attributions , cette cour n'a violé aucune loi ; la cour rejette le pourvoi des frères Hubert et fils. »

Dans cette espèce , il étoit démontré , avec la plus grande évidence , que la cour de laquelle étoit émané l'arrêt dont il s'agissoit , s'étoit trompée dans l'interprétation qu'elle avoit donnée au contrat de société du 24 octobre 1800 , et que ce contrat marquoit dans tous ses articles l'intention des parties de former entre elles une société générale et un nom collectif ; mais il a suffi qu'en donnant à ce contrat une interprétation qui choquoit toutes les notions reçues en matière de société , elle n'eût violé aucune loi , pour vous déterminer à maintenir cet arrêt.

Et comment pourriez-vous aujourd'hui juger autrement ?

C'est, dit-on, parce que les magistrats de la cour d'appel de Riom, à qui le texte et l'esprit de leur ancienne coutume sont familiers, et qui en conséquence savent distinguer parmi les parens de la dame de Chazerat, ceux qui seroient en ordre de lui succéder d'après la coutume indiquée par elle, ont supposé qu'on ne peut pas se méprendre sur les héritiers qu'elle a voulu se donner, et que ces héritiers, ainsi que leurs droits respectifs, doivent être considérés comme suffisamment désignés dans son testament. En un mot, continue-t-on, c'est leur érudition particulière, et non pas les expressions de la dame de Chazerat, qui les a induits à dire que cette prétendue désignation se trouve dans sa disposition, et qu'elle s'y trouve même indépendamment de l'indication de la coutume d'Auvergne. Au surplus, ils ont tracé les élémens apparens de leur détermination à cet égard ; or, ces élémens se réfèrent non à des points de fait, mais à des points de droit ou de coutume, sur lesquels les juges ont faussement raisonné. « Et à l'appui de cette assertion, les demandeurs entrent dans de fort longs développemens pour prouver, 1.^o que si, de la disposition de la dame de Chazerat, on retranche la partie où elle indique la coutume d'Auvergne comme explication de sa volonté, on ne saura plus dans quelle acception elle aura employé le mot *estoc* ; on ne saura plus s'il faut en chercher la signification dans la classe des coutumes de tronc commun, ou dans celle des coutumes souchères, ou dans celle des coutumes de côté et ligne ; 2.^o que dans la même hypothèse on ne saura pas comment doit se régler la représentation à l'infini que

la dame de Chazerat a établie entre ses parens ; que le mode de la représentation à l'infini n'étoit pas uniforme dans les coutumes qui l'admettoient ; qu'ici , les descendans du testateur devoient être préférés à ceux qui n'étoient parens que de son côté et ligne , tandis que là il en étoit autrement ; qu'ici , la succession d'un défunt qui n'auroit laissé que des neveux , devoit se partager par souches , tandis que là elle devoit se partager par têtes ; qu'ici , la représentation à l'infini pouvoit se faire *per saltum* , en sorte que l'on pouvoit remonter à son aïeul , lors même que la personne avec qui l'on concouroit , n'avoit besoin que de la représentation de son père , tandis que là on jugeoit le contraire , etc.

Mais en admettant tout cela , quelle conséquence peut-on en tirer ? Il n'y en a qu'une seule de raisonnable : c'est que la cour d'appel de Riom a mal à propos considéré les mots *représentation à l'infini en ligne collatérale* , comme présentant par eux-mêmes un sens clair , absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne ; c'est-à-dire , que pour trouver à ces mots un sens clair , absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne , elle a mal à propos supposé que les ci - devant coutumes d'estoc et de représentation à l'infini étoient uniformes ; c'est , si l'on veut , qu'elle a jugé contre le texte de celles de ces coutumes qui , sur le sens du mot *estoc* et sur le mode de la représentation à l'infini , s'écartoient de la coutume d'Auvergne.

Or, casseriez-vous l'arrêt de la cour d'appel de Riom , pour avoir jugé contre le texte de coutumes qui sont

abrogées ? Proposer cette question , c'est la résoudre pour la négative. Les dispositions des coutumes abrogées ne forment plus des points de droit ; elles ne sont plus que des faits ; elles n'existent plus que comme monumens historiques de l'ancienne législation. Les cours supérieures peuvent donc les méconnoître , sans qu'on puisse pour cela les accuser d'avoir violé une loi quelconque ; et de même que vous ne pourriez pas casser un arrêt qui eût jugé que tel événement constaté par les chartes les plus authentiques , n'est jamais arrivé ; vous ne pouvez pas davantage casser un arrêt qui a jugé que toutes les coutumes d'estoc entendoient uniformément le mot *estoc* même , et que toutes les coutumes de représentation à l'infini étoient d'accord sur le mode d'exercice de ce droit.

- Par ces considérations , nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs , et de les condamner en l'amende de cent cinquante francs.

Arrêt de la Cour de cassation , du 19 juillet 1810 , au Rapport de M. Aumont.

« Attendu que l'art. 1390 du code Napoléon est au livre 3 , titre 5 , du contrat de mariage et des droits respectifs des époux ; que c'est l'association des époux que cet article défend de régler d'une *manière générale* , par l'une des coutumes , lois ou statuts locaux , qui régissoient ci-devant les diverses parties du territoire français , et qui sont abrogées ; que les dispositions du même code , relatives au testament , sont au livre 3 ,

tit. 2, chap. 5, art. 967 et suivans ; que la cour d'appel de Riom ne peut avoir violé l'article 1390 du Code Napoléon , en ne se croyant pas permis d'étendre aux testamens une disposition de ce Code , faite pour les contrats de mariage.

» Attendu que Marie-Gilberte Rollet , veuve de Chazerat , n'a pas confié à un tiers le soin de choisir ses légataires, et de régler la distribution de sa succession ; qu'elle les a désignés elle-même et d'une manière certaine ; qu'elle a déterminé de même la portion revenant à chacun d'eux dans ses biens , en appelant à les partager tous ceux de ses parens dans les trois branches de ses aïeul et aïeules paternels et de son aïeule maternelle , qui seroient en ordre de lui succéder suivant les règles de la représentation à l'infini , telle qu'elle avoit lieu dans la ci - devant coutume d'Auvergne , pour être divisés entre les trois branches au marc la livre de ce qui lui est parvenu de chacune desdites branches , et être subdivisés entre chacune d'elles suivant les mêmes règles de la représentation à l'infini ; qu'en confirmant un testament dont , ainsi que l'observe la cour d'appel , les dispositions témoignent fortement que la testatrice a eu une volonté propre , éclairée et déterminée , cette cour ne peut pas avoir violé les articles 392 , 895 et 965 du Code Napoléon.

» Attendu que le partage de la succession de Marie-Gilberte Rollet entre ses légataires , aura lieu suivant les principes de la coutume d'Auvergne , non par la force de cette coutume qui n'existe plus comme loi de l'Empire , mais par la volonté de ladite Rollet , qui , n'ayant ni ascendans ni descendans , maîtresse par con-

séquent de disposer à son gré de la totalité de ses biens, a pu les distribuer par testament entre ceux de ses parens qu'elle a jugé à propos de choisir; qu'ainsi l'arrêt attaqué ne fait pas revivre une coutume abrogée, et ne contrevient ni à l'article 6 du Code Napoléon, ni à l'art. 7 de la loi du 20 ventôse an 12.

» Attendu que la cour d'appel a jugé que la clause, *telle qu'elle avoit lieu dans la ci-devant coutume d'Auvergne*, n'étoit dans le testament contentieux qu'une clause surabondante; qu'il n'y avoit pas dans cet acte une seule disposition qui ne pût être exécutée indépendamment de toute coutume quelconque, et par le seul fait de la volonté certaine et connue de la testatrice; qu'on ne peut voir là autre chose qu'une interprétation du testament sur lequel cette cour étoit appelée à prononcer; que quand elle auroit mal à propos supposé à ces expressions, *les règles de la représentation à l'infini*, un sens clair, absolu et indépendant de la coutume d'Auvergne, cette erreur ne seroit la violation d'aucune loi.

» Attendu enfin qu'il seroit superflu d'examiner s'il y a dans l'arrêt de Riom fausse application de l'article 25, titre 12, de la ci-devant coutume d'Auvergne, puisque cette fausse application, fût-elle réelle, il ne peut résulter d'ouverture de cassation, ni de la violation, ni de la fausse application d'une coutume abrogée.

» Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi des demandeurs. »