



MÉMOIRE

POUR

COUR ROYALE

DE RIOM. °

CLAUDE et MATTHIEU MIJOLAS frères, appelans de jugement rendu par le tribunal civil d'Issengeaux, le 20 avril 1819;

2^e, Chambre.

CONTRE

Dame MARIE-FRANÇOISE-MÉLANIE DE BAILLE et sieur HYPOLITE DE LAGREVOL, procureur du Roi à Issengeaux, son mari, intimés;

Et contre JEAN et JEAN-PIERRE CHAMBOUVET, et JEAN ROMEYER, en qualité de tuteur de ses enfans mineurs d'avec JEANNE CHAMBOUVET, aussi intimés.

UNE question qu'on avoit cru simple a° cependant présenté des difficultés assez sérieuses pour partager le

sentiment des magistrats auxquels elle étoit soumise. La partie doit donc y apporter plus d'attention et le défenseur ne doit plus s'abandonner à sa propre confiance en des moyens qui lui avoient parus décisifs. Dès qu'un point de droit fait des doutes, il faut le discuter sérieusement, partir des principes, en développer l'application et en démontrer les conséquences.

Un acte qualifié *donation à cause de mort*, où on semble avoir évité à dessein le mot *testament*, réduit à de simples legs, revêtu, d'ailleurs, de toutes les formalités nécessaires à un codicille, en pays de droit écrit, est attaqué de nullité. On y lit ces mots placés indifféremment : *A titre d'institution*. Ils y étoient sans objet ; ils y sont sans effet ; et cependant ils servent de prétexte à une demande en nullité, parce que, dit-on, ils démontrent que le défunt vouloit faire un testament et non un simple codicille, et que l'acte n'est pas fait en présence d'un nombre de témoins suffisant pour valider un testament.

Nous avons donc à examiner quel effet peuvent produire contre un acte ces mots à *titre d'institution*, qui n'eussent servi à rien pour le faire valoir. Nous le verrons avec les principes du droit et la doctrine des auteurs sagement entendue. Nous verrons encore si on peut tirer parti des subtilités du droit Romain ; si des termes qui pouvoient y être en quelque sorte sacramentels, sont de quelque conséquence depuis la loi du 17 nivôse, dans un temps où les testamens, comme les codicilles, étoient absolument indépendans de toute institution d'héritier.

C'est toute la difficulté de cette cause.

FAITS.

Antoine-Marin de Baille , célibataire, avoit pour héritiers présomptifs des neveux qui sont les intimes. Les Mijolas , appellans , étoient ses neveux à la mode de Bretagne , enfans de Catherine Fau , sa cousine germaine. L'un d'eux, Claude , avoit demeuré plusieurs années dans la maison du sieur de Baille ; il en avoit reçu quelques services ; il lui avoit rendu avec beaucoup de reconnoissance tous ceux qui étoient en son pouvoir ; il l'avoit soigné dans plusieurs maladies avec beaucoup d'affection , et lui avoit été fréquemment utile dans la gestion de ses affaires.

Après la mort de Jean-Antoine de Baille , son frère , Antoine-Marin n'avoit pas vécu en bonne intelligence avec sa belle-sœur ; celle-ci n'avoit pas effacé , bien au contraire , les sentimens d'affection qu'il avoit pour les Mijolas ; maître de sa fortune , pouvant disposer de la moitié de ses biens , ayant , d'ailleurs , par devers lui d'autres motifs personnels de faire du bien aux Mijolas , il fit , le 17 frimaire an 11 , un acte où on lit la disposition suivante :

« De son gré et volonté , a donné et donne *par donation à cause de mort* , à titre d'institution , en œuvres pies , savoir , aux pauvres de Dieu , la somme de cinq cents francs à eux payable et distribuable après son décès ; plus , la somme de soixante francs en acquits de messes par les citoyens prêtres qui desservent l'église de Notre-Dame du Puy ; plus , le quart de ses entiers biens présens et à venir aux citoyens Chambouvet de Mo-

« nistrol, à se partager entr'eux, au nombre de trois
 « petits-neveux ou nièces; plus, autre quart aux ci-
 « toyens Claude Mijolas, Matthieu Mijolas, son frère,
 « et Catherine Fau, leur mère, à se partager ensemble
 « par égales portions, du lieu de Lolier, commune de
 « Saint-Hostien, et ledit Matthieu, du lieu de la Tou-
 « reille, commune de Glavenon, ce qui a été fait et ré-
 « cité, etc. »

Il est inutile de rapporter la formule, puisqu'elle n'est pas critiquée; seulement observons que cet acte est reçu par M^e. Rocher qui étoit le notaire ordinaire du sieur de Baille, et qu'on n'y trouve que cinq témoins au lieu de six qui eussent été nécessaires pour un testament solennel.

Comme on le voit, le sieur de Baille dispoit seulement de la moitié de ses biens; le surplus demuroit dans la succession, *ab intestat*, pour appartenir à ses héritiers de droit. La loi qui leur en faisoit réserve et qui ne permettoit d'instituer personne à leur préjudice, les instituait héritiers par cela seul; nulle part le sieur de Baille ne dit qu'il veut faire *un testament* plutôt qu'un simple codicille; il déclare même ne vouloir faire *qu'une donation à cause de mort*, qui s'entendoit ordinairement du codicille, et qui étoit valable en cette forme; enfin, il ne cherche pas à remplir les formalités des testaments, parce qu'il ne fait que de simples legs.

Le sieur de Baille survécut assez long-temps à cet acte. Le Code civil fut promulgué et lui rendit la faculté de disposer de la totalité de ses biens; il paroît qu'il en profita. Un acte dont les appelans ne peuvent

pas user en ce moment, faute de l'avoir connu assez tôt, et qu'ils n'ont pas même encore en forme probante, en seroit une preuve sans réplique. Revêtu de toute sa capacité, le sieur de Baille ne voulut plus disposer d'une partie, mais de tout; il ne voulut plus faire un codicille, mais un testament; le Code réduisoit, d'ailleurs, à cette forme unique tous les actes à cause de mort, et celui-ci fut fait seulement le 18 nivôse an 12; aussi le notaire ne manqua-t-il pas de déclarer en commençant que le sieur de Baille « l'a requis en vertu des précédentes lois, et notamment de celle du 13 floréal dernier, « de recevoir *son testament nuncupatif écrit*, et disposition de dernière volonté.

« Il lègue 500 francs aux pauvres, puis à chacun de « ses parens et prétendans droit la somme de 25 cent., « et pour *ses héritiers particuliers et universels*, en « tous et chacun, ses biens meubles et immeubles. . . « Il nomme et institue de sa propre bouche, « savoir, pour un tiers, Françoise-Mélanie de Baille, sa « nièce; pour un autre tiers, Claude Mijolas, *son parent*, fils à Joseph; et pour un autre tiers les trois « enfans Chambouvet, enfans de feu Marie-Anne Aulanier, ses petits-neveux et nièces. auxquels « susnommés veut les susdits biens appartenir à raison « d'un tiers comme dessus à *chaque branche susnommée*, à la charge par eux de payer et satisfaire les « *susdits légats*; » il casse et annule tous autres testamens ou donation à cause de mort qu'il pourroit avoir faits ci-devant; ensuite, il déclare que si le présent ne pouvoit valoir *comme testament*, il veut qu'il vaille

210.

par donation à cause de mort; et enfin, par toute autre meilleure forme que de droit il pourra valoir. Le notaire Pouzol qui recevoit l'acte, le termine par cette formule du droit écrit: *Priant les témoins ici présents d'être mémoratifs de sa présente disposition.*

. On voit que par cet acte le sieur de Baille conserve les mêmes affections ; qu'il dirige ses dispositions en faveur des mêmes personnes ; que seulement il les agrandit, parce qu'il peut disposer de tout ; qu'il reconnoît Mijolas pour *son parent*, et l'appelle à sa succession au même rang que ses neveux et petits-neveux, quoique plus éloigné ; que voulant faire un testament, il le dit expressément ; qu'il en emploie toutes les formes ; qu'il institue des héritiers universels, les charge de certains legs et ajoute la clause codicillaire ; qu'enfin, le notaire s'assujétit à toutes les formules du droit romain, si vaines et si inutiles sous le Code, mais qui, autrefois, étoient caractéristiques du testament et le distinguoient du simple codicille ; et il est fort remarquable que le notaire établit lui-même une différence essentielle entre le *testament* et la simple *donation à cause de mort* ; en effet, on considéroit habituellement cette dernière espèce de disposition comme différente du testament, comme un simple codicille, et les notaires ne manquoient jamais à qualifier un testament du nom qui lui étoit propre, et à l'entourer de toutes ces formules qu'ils apprennoient avant tout et qu'ils regardoient comme sacramentelles.

Le 18 décembre 1812, les Mijolas ont réclamé le quart de la succession, en vertu du premier acte ; comme

le legs fait en leur faveur étoit un legs de quote ; que conséquemment ils ne pouvoient l'obtenir qu'en demandant un partage et en se soumettant, à toutes les charges, comme les héritiers ; ils ont pris cette qualité d'héritiers pour un quart, et ils ont demandé le partage en vertu *du testament* du sieur de Baille, du 17 frimaire an 11, ne mettant aucune importance à la qualification de l'acte, dès qu'il n'y en avoit aucune dans les résultats, et dès que la qualité de légataire ou d'héritier devenoit indifférente, par cela seul que la succession étoit ouverte sous le Code civil.

Les intimés demandèrent la nullité de ce testament.

Et cette nullité a été prononcée par les premiers juges, par trois motifs.

L'un qu'on ne trouve pas dans *la prétendue donation* dont il s'agit, *que Marin de Baille ait prononcé ses dernières volontés au testateur.*

Le second, qu'en prenant cet acte *dans les termes où il est conçu*, on ne peut douter que *l'intention* du sieur de Baille a été de faire *un testament nuncupatif*, puisqu'il donne *à titre d'institution*, à ceux qui sont appelés à son hérité, la part qui se trouve à sa disposition ; que *cette intention* a été partagée par les demandeurs qui agissent dans la demande introductive d'instance, *en qualité d'héritiers* ; qu'enfin, cette disposition est contraire à l'article 5 de l'ordonnance de 1735, qui veut que le testament soit dicté par le testateur, en présence de sept témoins, y compris le notaire, tandis que dans cet acte on n'en trouve que six.

Le troisième motif porte, qu'en *considérant l'acte*

comme codicille, il seroit encore nul pour ne pas contenir l'expression non équivoque de la dictée, *et n'être pas revêtu de la clause codicillaire*.

Sur l'appel de ce jugement est intervenu un arrêt de partage.

MOYENS.

A ne considérer que les motifs du jugement dont est appel *dans les termes où ils sont conçus*, on s'étonneroit d'en voir résulter une question sérieuse.

Les premiers juges auroient pu d'abord nous faire grâce du dernier qui est absolument inintelligible; *en considérant l'acte comme un codicille*, il seroit nul, dit-on, *pour ne pas contenir la clause codicillaire*; comme si on ne savoit pas que la clause codicillaire n'étoit qu'une formule pour faire valoir comme un simple codicille l'acte qui n'étoit pas valable comme testament; et qu'insérer cette clause dans un codicille, c'eût été une évidente absurdité.

Quant aux autres, nous examinerons avant tout, la prétendue nullité tirée du défaut de mention de la dictée, pour n'avoir à entremêler d'aucune autre la difficulté principale, celle relative à la qualité de l'acte.

L'article 5 de l'ordonnance de 1735, prescrit les formalités nécessaires pour faire valoir un testament nuncupatif; il porte que le testament *sera prononcé* par le testateur, en présence de sept témoins, y compris le notaire; que le notaire *écrivra les dispositions* à mesure qu'elles seront prononcées par le testateur; *après quoi*

il sera fait lecture du testament entier audit testateur, DE LAQUELLE LECTURE *il sera fait mention* par le notaire, etc.

Rien de plus clair que cette disposition de l'ordonnance; elle indique certaines formalités comme essentielles: le testateur dictera, le notaire écrira, le notaire fera la lecture. Parmi ces trois formalités nécessaires, l'ordonnance en distingue une qui lui paroît, sans doute, plus essentielle encore que les autres, et croit devoir l'assujétir elle-même à une formalité pour constater son observation; elle oublie les deux premières qu'il lui a suffi de prescrire, mais elle veut que la troisième soit établie d'une manière plus solennelle; *de laquelle lecture il sera fait mention.*

Ici, deux mots suffisent pour détruire l'argument des premiers juges.

D'une part, il étoit vrai alors, comme aujourd'hui sous l'ordonnance comme sous les Codes, que les juges ne peuvent prononcer de nullités ni exiger de formalités que celles qui sont prescrites par la loi; il suffit donc que l'article ait gardé le silence sur la mention de la dictée, et que, ne la prescrivant pas, il ne prononce pas de nullité lorsqu'elle est omise, pour que le juge ne puisse ni la créer ni la prononcer de sa propre autorité.

En second lieu, la séparation que fait l'ordonnance entre les diverses formalités qu'elle exige, suffit pour démontrer qu'elle n'a pas voulu la mention de la dictée; l'article en est exclusif, bien loin de la commander.

Aussi, seroit-on en peine de citer un seul arrêt qui

Lsh

ait annulé un testament ou un codicille pour cette cause, un seul auteur qui ait adopté cette nullité comme point de doctrine. Elle n'a paru quelque chose aux premiers juges que par l'idée que peut en avoir donné le Code civil qui, en effet, exige la mention de la dictée et prononce la nullité de l'acte où elle est omise; mais le Code a créé cette nullité comme celle résultante du défaut de mention que le notaire a écrit le testament, et jusqu'à présent personne n'avoit pensé à attaquer un testament antérieur au Code, pour ne pas contenir la mention qu'il fût écrit de la main du notaire.

Cette pensée n'est donc que l'effet d'une distraction.

Ce moyen écarté, il nous reste à examiner la disposition sous son point de vue principal. L'acte est-il un testament ou un codicille? pouvoit-il et devoit-il, sous les lois nouvelles, être autre chose que ce qu'il est? les deux mots, à *titre d'institution*, qu'on y lit au milieu d'une phrase où ils ne sont même pas bien placés, grammaticalement parlant, y eussent été de quelqu'effet si le sieur de Baille eût fait un acte valable en la forme, comme testament? peuvent-ils le vicier si l'acte n'est pas fait devant un nombre suffisant de témoins pour un testament solennel? Voilà les questions auxquelles nous sommes réduits, et qu'il suffit d'examiner pour la décision de cette cause.

Pour discuter avec clarté, nous commencerons par l'examen de la difficulté dans le sens où l'ont présentée les intimés, et telle qu'elle a été examinée par les premiers juges, c'est-à-dire, en considérant l'acte comme

s'il eût été fait pendant que les anciennes lois étoient intégralement en vigueur, lorsque des institutions étoient non-seulement admises, mais encore essentielles dans un testament; nous aurons à voir ensuite comment cette partie de l'ancienne législation pourroit se concilier avec nos lois nouvelles, et s'il est possible de supposer que depuis les lois des 7 mars 1793, 5 brumaire et 17 nivôse an 2, une institution d'héritier défendue ou inutile, a pu produire quelqu'effet dans un testament; mais, avant tout, posons quelques principes; ils nous seront nécessaires pour bien distinguer sous quel rapport et par quelle cause, en pays de droit écrit, l'institution d'héritier étoit nécessaire.

Le droit naturel appelle les parens les plus proches à succéder aux défunts. Le droit romain déféroit la succession aux agnats; en permettant d'y déroger, les législateurs du monde entourèrent l'exercice de cette faculté de certaines formalités tendantes à prouver authentiquement que le testateur avoit agi avec liberté et circonspection, et que sa volonté, devenue certaine autant qu'elle étoit absolue, avoit été ratifiée publiquement; et comme dans les temps de la république romaine la loi étoit l'expression de la volonté générale, on voulut que personne ne pût disposer de ses biens qu'en faisant sanctionner ses dispositions par l'universalité des citoyens. Voilà pourquoi le testateur prononçoit ses dispositions devant le peuple assemblé, et le suffrage des citoyens produisoit une loi qui étoit alors substituée à la loi fondamentale.

Celle des douze tables changea cet ordre de choses

et ne soumit plus le testament qu'à être l'effet de la seule volonté du testateur. Sans nous arrêter ici à des recherches plus curieuses qu'utiles sur les diverses espèces de testamens successivement admises, et sur les nuances diverses de la législation romaine, il nous suffit d'indiquer immédiatement de quelle manière y furent admis les testamens nuncupatifs qui furent usités dans notre droit jusqu'à la publication du Code.

Ce testament ne devoit pas d'abord être écrit, mais le testateur devoit en prononcer les dispositions en présence de sept témoins qui alloient en faire la déclaration chez le juge, après le décès du testateur; on sent combien un semblable mode, si susceptible d'inconvéniens, devoit être entouré de précautions, puisqu'il s'agissoit de faire passer *l'hérédité* du défunt à d'autres personnes qu'à celles appelées par la loi générale pour laquelle on avoit un si grand respect. Aussi, on vouloit que les témoins ne se trouvassent pas là fortuitement, et qu'ils fussent priés par le testateur d'entendre ses dispositions et d'en porter témoignage. Peu à peu on dut prendre l'habitude d'écrire ce testament; car si la loi ne l'ordonnoit pas, elle le défendoit encore moins, et toutes les formules dont on usoit jusqu'alors furent employées par le testament écrit; il falloit qu'il fût conçu *en termes impératifs*, parce qu'on le considéroit comme une loi particulière, *Titius hæres esto*; c'est ce qu'on appela par la suite une institution en termes directs, bien différente dans ses effets avec celle qui n'étoit conçue qu'en termes obliques, *Titium hæredem esse volo*.

Mais il faut bien se fixer sur cette vérité principale,

que le testament ne fut admis que pour transmettre l'hérédité; aussi, l'institution d'héritier y étoit essentielle; elle en étoit le fondement. Il faut observer aussi que l'institution devoit être universelle, et que le testament ne pouvoit valoir que pour toute l'hérédité: en telle sorte, qu'il attribuoit la totalité de la succession, quoique le testateur n'eût donné qu'une partie; car ne pouvant pas mourir *partim testatus, partim intestatus*, la seule circonstance, qu'il avoit institué un héritier, quoique pour une partie, suffisoit pour attribuer la succession entière à cet héritier. Cette remarque est fort essentielle, car nous aurons à voir si, en supposant l'acte de l'an 11 valable comme testament, les mots à titre d'institution qui s'y trouvent, auroient eu la force d'attribuer toute la succession aux Mijolas. Mais continuons l'examen de la législation.

La loi appelant de droit les enfans à la succession de leur auteur, ne vouloit pas qu'ils fussent privés de la succession entière, et, hors le cas d'exhérédation, elle réservoir leur légitime. En ce cas, elle vouloit, à peine de nullité, que les testateurs les appellassent par le testament, et que ce qui leur étoit réservé leur fût donné à titre d'institution; tant étoit grand le respect qu'on portoit aux principes sur la transmission de l'hérédité.

Dans les premiers temps, on ne connoissoit pas l'usage des simples legs; il falloit tester et instituer des héritiers; celui qui vouloit imposer quelque charge à son héritier le faisoit par de simples lettres ou par des moyens semblables, toujours imparfaits, puisqu'ils n'étoient pas obligatoires.

Bientôt, on reconnut les inconvéniens qu'il y avoit à exiger pour tous les cas possibles l'exécution de toutes ces formalités ; on sentit combien cela étoit désavantageux pour ceux qui voudroient modifier leurs dispositions par des legs ou des conditions, et aussi pour ceux qui, se trouvant en voyage ou dans des circonstances particulières, ne pouvoient pas s'assujétir à toutes les formes du testament solennel.

Alors s'introduisit l'usage des codicilles, pour lesquels il ne falloit que cinq témoins ; où le style impératif n'étoit plus nécessaire, et qui, en un mot, n'exigeoit pas des formalités aussi minutieuses. On permit d'employer cette forme beaucoup plus simple, pour ajouter à un testament ou pour le modifier ; on le permit également pour ceux qui n'avoient pas encore testé ; mais de même qu'un testament ne pouvoit valoir que par une institution d'héritier, de même on voulut que l'institution d'héritier ne pût valoir que par testament ; et il ne fut permis, par le codicille, ni d'instituer un héritier, ni prononcer une exhérédation ; il ne valoit que pour de simples legs qui étoient, en ce cas, transmis au légataire par voie de fidéicommis dont on chargeoit l'héritier institué.

Nous ne devons pas omettre de parler ici d'une troisième espèce d'acte qui fut admis dans le droit Romain ; nous voulons parler de la donation à cause de mort, qui fut introduite pour donner à chacun la faculté de disposer directement d'un objet particulier, sans employer la voie du fidéicommis, ni se dépouiller de son vivant. Dans le principe, elle avoit à peu près la même

forme que la donation entre-vifs , puisqu'elle avoit pour objet d'investir le donataire , pour le cas où le donateur succomberoit à un évènement prévu , et qu'elle exigeoit l'acceptation du donataire ; mais étant faite *in contemplatione mortis* , elle pouvoit être révoquée , et le donateur , échappé au danger qu'il avoit craint , pouvoit reprendre ou réclamer l'objet de la donation qui demeureroit alors sans effet.

Dans la suite , elle devint d'un usage plus général ; elle fut employée pour faire un don *cogitatione mortis* , sans la prévoyance d'aucun danger ou d'aucun cas particulier ; aussi Justinien la compare-t-il aux dispositions de dernière volonté , et l'auteur du dernier traité des donations nous dit , page 67 : « *On pouvoit la comparer* »
« *au codicille ; dans l'un et l'autre cas , il ne falloit* »
« *pas d'institution d'héritier , qui ne pouvoit être faite* »
« *que par testament ; aussi , comme pour le codicille ,* »
« *il ne falloit que cinq témoins , nombre qui ne suffisoit* »
« *pas pour le testament.* »

Ces principes sont incontestables ; on les puise dans les sources les plus pures du droit : ils furent admis dans la législation française , et furent généralement observés dans tous les pays qui avoient adopté le droit écrit , jusqu'à la publication des ordonnances de 1731 et 1735. Les notaires étoient familiarisés avec les formules du droit romain , ils les employoient avec ce rigorisme attaché à l'habitude , et il étoit facile à leurs expressions , à la simple plisionomie de l'acte , au préambule seul , de distinguer du premier coup d'œil si on avoit voulu faire un testament ou un codicille ou une donation à cause de mort ;

il n'y avoit jamais de louche qu'entre ces deux dernières espèces d'actes, parce qu'ils avoient entr'eux des ressemblances telles, qu'il pouvoit être quelquefois difficile de les distinguer l'un de l'autre.

Il n'en fut pas de même dans les pays coutumiers ; chacun adopta des règles particulières ; quelques-uns, comme l'Auvergne, ne permirent par testament que des dispositions particulières, et n'y autorisèrent pas l'institution ; aussi disoit-on que dans ses coutumes, il n'étoit pas permis de tester, et que les actes qualifiés testament n'étoient, par le fait, que de véritables codicilles. Ces distinctions, toutes de principe, nous démontrent qu'on ne considéra comme testament que ceux qui contenoient institution *d'héritier* et transmission de l'hérédité, et comme simple codicille, tout acte à cause de mort qui ne faisoit que des legs.

L'ordonnance de 1731 apporta un changement à cet état de choses ; elle supprima par son article 3, *la forme* des donations à cause de mort, ne les autorisant plus qu'en contrat de mariage ; elle ne permit que deux formes de disposer, celle des donations entre-vifs, et celle *des testamens ou codicilles*. Dans les pays de droit écrit on continua de faire *par codicille* des donations à cause de mort, qui, en effet, furent valables sous cette forme.

L'ordonnance de 1735 vint compléter la législation ; elle adopta, pour les pays de droit écrit, les principes du droit romain, les testamens nuncupatifs écrits et le codicille ; elle en régla toutes les formes extérieures ; elle exigea

exigea pour le premier sept témoins y compris le notaire, et pour le second cinq seulement; et quant à la forme ou la nature des dispositions, elle se borna à ne point déroger aux lois et usages préexistans; c'est ce qu'on voit dans l'article 50, où elle dit que « *dans les pays* » « *ou l'institution d'héritier est nécessaire* pour la vali- » « dité du testament, ceux qui ont droit de légitime » « seront institués héritiers, au moins en ce que le testa- » « teur leur donnera, etc. »

Après cette ordonnance, les notaires des pays de droit écrit continuèrent à employer les formules auxquelles ils s'attachoient toujours minutieusement. Jamais, dans un testament, ils ne manquoient à dire qu'ils faisoient *un testament nuncupatif*; à insérer une institution, parce que, disoient-ils, *elle est le fondement de tout testament valable*; à y donner cinq sous à titre d'institution à tous les prétendant droit, pour éviter la prétérition; ils en avoient tellement l'habitude qu'on les voyoit souvent insérer toutes ces clauses qui, alors, n'étoient plus que de vaines formules, dans les dispositions d'individus qui ne devoient de légitime à personne; souvent ils ajoutoient la clause codicillaire, et quoique la forme des donations à cause de mort fût abrogée, ils ne disoient pas moins que si l'acte ne valoit pas comme testament, le testateur vouloit qu'il valût *comme codicille, comme donation à cause de mort, ou sous toute autre forme sous laquelle il pourroit être valable*. Tout cela démontre combien les notaires mettoient de soin à entourer *le testament* de toutes les formules usitées; et combien

il falloit se garder de reconnoître l'intention de faire un testament nuncupatif, à une expression *isolée*, détachée de toutes ces formules, produite par la routine, et employée à contre sens par un notaire peu instruit, dans un acte où elle étoit inutile et déplacée.

Les lois nouvelles apportèrent d'autres modifications à cet état de choses, sans rien changer à la forme extérieure des actes de dernière volonté. L'ordonnance de 1735 continua de la régler dans les pays de droit écrit, mais le fond des dispositions cessa de pouvoir être le même, puisqu'une loi qui exigeoit dans le testament *la transmission de l'hérédité, et du titre d'héritier*, fut remplacée par une autre dont le principal objet fut de la défendre.

La loi du 7 mars 1793 avoit interdit toutes dispositions en ligne directe. Celle du 17 nivôse an 2 alla plus loin; et sans parler ici de son effet rétroactif, il nous suffit de remarquer que la nullité prononcée de toutes dispositions gratuites, continua de subsister pour le temps à venir, sous la seule faculté laissée par l'article 16 de disposer du dixième de son bien en ligne directe et du sixième en ligne collatérale, au profit d'autres que des héritiers; nous devons dire aussi qu'après avoir, par son article 61, renversé tout le système de la transmission des biens *par succession ou donation*, en abrogeant toutes lois, coutumes ou statuts, elle régla, par ses articles 62 et suivans, le partage des successions à venir, y appela elle-même ceux qui devoient les recueillir dans chaque cas; ensorte qu'elle opéra une saisine directe et immédiate en faveur des hé-

ritiers du sang. Il falloit bien, en effet, que la saisine légale succedât immédiatement à celle qui résulloit auparavant de l'institution d'héritier.

La loi du 4 germinal an 8 ne changea rien à ces principes; seulement elle apporta plus de latitude à la faculté de disposer : « Toutes libéralités, dit-elle, qui seront faites « soit par actes entre-vifs, soit par actes de dernière vo- « lonté, dans les formes légales, *seront valables lors- « qu'elles n'excéderont pas* le quart des biens du dis- « posant, s'il laisse à son décès moins de quatre enfans.

.....
« La moitié, s'il laisse . . . soit des frères ou sœurs, soit « des enfans ou petits-enfans des frères ou des sœurs. »

En se fixant sur ces lois, sous l'empire desquelles a été faite la disposition dont il s'agit, on ne peut se dissimuler que non-seulement la transmission de l'hérédité, du titre universel d'héritier n'étoit plus nécessaire, mais qu'il n'étoit plus autorisé par la loi; la saisine des héritiers naturels résulloit de la réserve faite à leur profit; et quoiqu'il ait été reconnu en jurisprudence que les dispositions universelles pouvoient être valables, sauf réduction, il n'en est pas moins vrai qu'elles n'étoient ni essentielles ni nécessaires à la validité d'un acte quelconque; elles ne pouvoient l'être dans le testament, surtout lorsqu'il existoit des héritiers à réserve, puisqu'alors il eût été permis de dire qu'elles n'étoient point valables, ce qui résulloit assez des expressions de la loi: *seront valables lorsqu'elles n'excéderont pas*; et qu'au moins il est certain qu'elles n'étoient pas valables pour la quotité réservée dont l'héritier du sang étoit saisi

par la loi, comme celui qui, de droit, héritoit du défunt.

Avec ces explications, nous éviterons les subtilités, les arguties, et nous saisirons bien mieux quel doit être le sens, l'effet des deux mots à *titre d'institution*, ajoutés, dans l'acte dont il s'agit, à une disposition de quote qui reconnoissoit et respectoit le droit des héritiers naturels.

Examinons-le dans toute la rigueur des principes du droit écrit, comme si la disposition eût été faite sous l'empire des anciennes lois; nous verrons ensuite ce que devient cette difficulté coordonnée avec les lois nouvelles.

On a très-mal interprété l'opinion de Furgole sur la manière dont on doit reconnoître un testament d'avec un codicille; on a donné de cet avis une explication aussi fautive respectivement aux principes que contraire à ce qu'a dit et voulu dire Furgole lui-même. Pour s'en convaincre, il suffit de se fixer sur le chapitre 25 des instituts de codicillis, la loi 13 ff *de jure codicillorum*, la glose sur ces deux lois, les docteurs du droit et Furgole lui-même. Là, nous verrons que tout ce qu'a dit Furgole tient à la qualité des mots qui établissoient dans le droit romain des différences essentielles pour l'interprétation des actes.

Dans le droit, l'institution ne pouvoit être valable que par testament, et n'étoit pas bonne dans le codicille.

Mais comme alors, par des fictions ou par l'emploi d'une simple formule, on faisoit valoir par une voie une disposition qui n'auroit pas pû valoir sous une autre mode, les législateurs romains distinguèrent deux cas; d'abord, celui où l'institution seroit faite en termes directs

et accompagnée de caractères qui lui seroient propres, et qui ne pourroient être appropriés à une autre espèce d'acte; par exemple, lorsque le testateur auroit institué un héritier en ces termes: *Titius heres esto*, et l'auroit chargé de legs ou d'une substitution vulgaire; en ce cas, il fut reconnu que l'institution étant directe avec charge de fidéicommiss envers des tiers, elle ne pouvoit être valable que dans un testament, et qu'alors, faute d'avoir les solennités exigées pour un testament, l'acte étoit nécessairement nul.

Mais le deuxième cas admis par les romains étoit bien différent; imbus de cette pensée digne des législateurs du monde, qu'un acte doit toujours être validé dans la forme où il peut valoir lorsque les dispositions qu'il renferme ne sont pas absolument inconciliables avec cette forme, ils déclarèrent que lorsqu'un acte qui pouvoit valoir comme codicille, renfermeroit seulement une institution en termes ordinaires, *verbis communibus*, et qu'elle ne seroit accompagnée ni de substitution ni de legs à la charge de l'institué, l'institution pourroit valoir comme fidéicommiss, et qu'alors l'acte vaudroit comme codicille, et nonobstant le mot *institution* qui seroit considéré comme inutile.

Voilà cette distinction solide et non subtile que faisoient avec raison les législateurs romains; elle nous est absolument nécessaire pour rassurer le cœur et reposer l'esprit; car, sans cela, il nous seroit difficile de comprendre comment un acte, d'ailleurs valable et régulier sous une forme, peut être déclaré nul pour un seul

L66 r. 12

mot qui ne change rien à ses caractères ni au fond des dispositions, tandis qu'il est bien plus juste, bien plus naturel, si ce mot peut être considéré comme inutile, et si la disposition est valable pour la chose qu'elle contient, de maintenir l'acte sous la forme où il peut être bon, sans s'arrêter au sens étroit de l'expression, par suite de cette maxime *utile per inutile non vitiatur*.

Voyons donc la loi et les docteurs.

D'abord la loi 13 ff. *de jure codicillorum*; elle s'explique sans équivoque.

Le législateur se demande ce que l'on doit penser de celui qui, n'ayant pas fait de testament, a écrit dans son codicille, *je veux que Titius soit mon héritier*; et, nonobstant cette expression très-positive, il dit qu'il faut rechercher s'il a néanmoins eu pour objet de faire passer la succession à *Titius* par voie de fidéicommiss, qui est bonne dans un codicille, ou s'il a eu la volonté formelle de faire un testament; car, en ce dernier cas, l'héritier ne pourra rien demander.

« *Tractari solet de eo, qui cum tabulas testamenti*
« *non fecisset, codicillis scripsit, Titium hæredem esse*
« *volo; sed multum interest, utrum fideicommissariam*
« *hæreditatem à legitimo per hanc scripturam quam*
« *codicillorum instar habere voluit, reliquerit; an vero*
« *testamentum facere se existimaverit; nam, hoc casu,*
« *nil à legitimo peti poterit. (in hoc proximo casu.)*
dit Barthole pour qu'il n'y ait pas d'incertitude.

Ainsi, quoique le testateur ait institué un héritier en termes exprès, il faut encore rechercher si la disposition

peut valoir comme fidéicommiss dont on charge l'héritier *ab intestat* ; car il faut bien observer que cette loi est dans le cas où il n'existe pas de testament, mais seulement un acte isolé, dont on recherche le caractère pour savoir s'il est un simple codicille ou un véritable testament ; et on n'a pas perdu de vue que ce cas est précisément le nôtre.

Après avoir posé cette règle, le législateur indique à quels signes on reconnoîtra que l'acte est un testament ou un simple codicille. Vous le reconnoîtrez, dit-il, par l'ensemble de l'acte : si Titius a été chargé de quelques legs, si on lui a donné par l'acte un substitué dans le cas où il ne pourroit pas être héritier, il n'est pas douteux qu'on a voulu faire un testament et non un codicille.

« *Voluntatis autem quæstio ex (eo) scripto plerumque declarabitur; nam si fortè à Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, hæres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligetur.* »

Godefroi expliquant, d'après Barthole, ces termes qui sont d'ailleurs assez clairs, nous dit qu'on doit rechercher par l'ensemble de l'acte si le testateur a voulu faire une institution directe ou non, car il met comme le législateur lui-même beaucoup de prix à savoir si l'institution est faite en termes *directs* ou en termes ordinaires ; et c'est, suivant lui comme suivant eux, de cela seul que dépend la décision. *Ex presumptione colligitur utrum testator voluerit instituere directo vel non.*

La loi nous dit assez, d'ailleurs, par ses propres expressions ce qu'elle entend par l'institution *en termes directs* qui ne peut être faite que par testament, et celles en termes ordinaires qui ne peut valoir dans le codicille.

Avant de faire ressortir l'application que cette loi reçoit à notre espèce, voyons le chapitre 25 aux instituts *de codicillis*, il est plus formel encore, s'il est possible.

Après avoir dit qu'on peut faire un codicille sans faire de testament, l'empereur ajoute qu'on ne peut ni donner ni ôter *directement* l'hérédité par un codicille, car *l'hérédité donnée par cette voie se transmet par voie de fideicommissis ; et voilà pourquoi on ne peut pas par le codicille imposer des conditions à l'héritier qu'on institue, ni lui substituer un autre directement*. Termes précieux qui ne nous laissent pas même à conclure, mais qui nous disent ouvertement que l'institution faite par codicille n'est pas valable directement, mais qu'elle vaut obliquement comme fideicommissis, et que seulement elle est nulle entièrement, lorsque les conditions qui y sont ajoutées lui donnent irrévocablement le caractère d'institution directe, et ne permettent plus de le faire valoir obliquement et comme fideicommissis.

« *Codicillis autem hæreditas neque dari, neque*
 « *adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et*
 « *codicillorum: et ideò nec exhæredatio scribi. Directo*
 « *autem hæreditas codicillis neque dari, neque adimi*
 « *potest: nam, per fideicommissum, hæreditas codicillis*
 « *jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto*
 « *codicillis*

« *codicillis adicere, neque substituere directo (quis)
« potest. »*

Cela est-il clair ? Il n'y a pas de doute, ce semble.

Au reste, la glose répète la loi presque mot à mot et avec des explications plus étendues ; elle ne laisse pas plus que la loi la moindre obscurité sur le sens qu'on doit donner à ces expressions d'ailleurs si claires, si formelles, si impérieuses ; quoique l'institution ne vaille pas directement dans le codicille, dit-elle ; elle vaut néanmoins *par droit* de fidéicommiss ; *sed licet in codicillis hæreditas directo dari non possit, in illis tamen fideicommissis jure relinqui potest.*

Il ne faut donc plus dire que lorsqu'on aura institué un héritier dans un acte qualifié codicille, ou même non qualifié, il faudra y reconnoître un testament, et déclarer l'acte et les dispositions nulles, si l'acte n'est pas revêtu des formalités du testament. Il faut dire, au contraire, il faut avouer que la disposition qui ne pourra pas valoir comme institution dans un acte qui n'a reçu que la forme du codicille, vaudra néanmoins par droit de fidéicommiss, à moins que le testateur n'ait ajouté à l'institution des dispositions qui obligent à la prendre directement et s'opposent à ce qu'on puisse la recevoir par voie de fidéicommiss ; et cela est conforme à cette maxime générale de tous les temps, que toutes les fois qu'un acte peut valoir tel qu'il est, sous une forme quelconque, on doit plutôt le faire valoir que l'anéantir, et que (comme dit le Code civil, art. 1157), on doit plutôt lui donner le sens dans lequel il peut produire effet, que celui dans lequel il n'en produiroit aucun.

Avec cette connoissance précise et exacte de la loi, on ne se méprendra pas sur l'avis de Furgole. Ne séparons pas ce qu'il a dit au chapitre 2 et au chapitre 12.

Au chapitre 2, il établit quatre règles; partout il pose en principe que si l'acte porte institution d'héritier, il doit être considéré comme testament; mais il apporte à ce principe des explications précieuses.

D'abord, en disant, n^o. 6, *que dans le doute il faut entendre et expliquer l'acte dans le sens capable de le faire valoir.*

En second lieu, en ajoutant que l'institution dont il parle est celle qui ne peut être apposée qu'au testament, c'est-à-dire, cette institution directe et universelle sans laquelle un testament ne peut pas valoir, et qui elle-même ne peut pas valoir ailleurs: aussi ne sépare-t-il jamais ces expressions *institution* et *exhérédation*, qui conviennent si bien au sens de la loi; *hæreditas neque dari neque adimi potest*, et qui signifient seulement en ce cas une disposition *qui nomme un héritier direct* ou *qui le deshérite directement*. Aussi, après avoir dit sur chaque cas comment l'acte pourroit être considéré comme codicille, il ajoute: « Mais s'il y avoit des institutions, « des substitutions directes, ou une exhérédation, il « faudroit le considérer comme un testament, *parce* « *que tout cela ne peut exister au codicille.* »

Furgole est donc fort clair; il ne s'arrête pas au mot institution, mais à la chose même, aux caractères de l'institution, et si on en doute, qu'on le lise au nombre 10, chap. 2, section 7.

Il pose le cas où, par des termes qui paroissent presque

directs, le testateur aura dit : *Je veux que Titius soit mon héritier* (ce sont ceux de la loi même); et il dit que *s'il n'y a pas d'autre circonstance qui puisse déterminer au contraire*, il faudra regarder la disposition comme un codicille, *et la faire valoir jure fideicommissi*; il ajoute qu'en ce cas l'institution se trouvant faite *verbis communibus*, *peut être tournée* dans le sens d'un fidéicommiss; il cite ensuite les circonstances qui peuvent déterminer au contraire, et indique l'institution *en termes directs*, la nomination d'un substitué vulgaire, la charge de legs qui ne peuvent subsister qu'au testament; il ne fait que traduire la loi: il y ajoute cependant, car il suppose pour cela que l'acte est qualifié codicille, ce que la loi ne dit pas; mais ici nous verrons que l'acte annonce suffisamment l'intention de faire un simple codicille ou donation à cause de mort, et non un véritable testament.

Tout ce qu'a dit Furgole au chapitre 2, est encore plus clairement établi au chapitre 12 où il dit positivement, n°. 35, qu'en parlant d'institution, il n'a entendu parler que de ces institutions universelles et des exhérédations qui ne peuvent pas convenir au codicille, et où il *fini par dire* au n°. 37, *il est remarquable qu'il faut toujours, autant que les circonstances le comportent, déterminer la nature de l'acte dans le sens qui peut le faire valoir sans donner atteinte aux règles*. Or, il peut valoir sans porter atteinte aux règles, lorsque l'institution n'étant faite qu'en termes ordinaires, peut, suivant son expression, *être tournée en fidéicommiss*, c'est-à-dire, lorsqu'elle n'a pas les caractères d'institution

universelle, avec substitution vulgaire, charge de legs, etc.

C'est par suite de ces principes certains, que M. Grenier, tom. 1^{er}., page 61, nous dit que si on employoit dans un testament fait en pays coutumier, le mot d'institution d'héritier, *cette institution n'étoit considérée que comme un legs,* parce que ces testamens n'étoient que de véritables codicilles.

Appliquant ces principes à l'acte, nous voyons, 1^o. que le sieur de Baille a déclaré ne vouloir faire qu'une simple donation à cause de mort; 2^o. qu'il n'a pas fait d'institution directe ni universelle et n'a pas nommé d'héritier; 3^o. qu'il n'a pas employé les formalités nécessaires au testament; trois circonstances qui démontrent une volonté contraire à celle de faire un testament, et que Furgole a suffisamment déclarées être suffisantes pour établir l'existence d'un codicille et non d'un testament. Et certes, si l'institution d'héritier, même universelle, étoit valable au codicille lorsqu'elle étoit faite *verbis communibus*, à plus forte raison un simple legs de quote, qui réserve le droit de l'héritier, et qui n'est lui-même qu'une charge imposée à l'héritier, ne peut-il donner à un codicille le caractère du testament.

En vain diroit-on que les mots *donation à cause de mort* sont insignifiants; le notaire Rocher n'est pas le seul qui, depuis l'ordonnance de 1735, ait confondu la donation à cause de mort et le codicille; presque tous le faisoient ainsi: on le voit dans la cause même, puisque le notaire Pouzol, recevant en 1811 le testament du sieur de Baille, ajoutoit que s'il ne valoit pas comme testament, il vaudroit comme codicille *ou donation à*

cause de mort, et en 1812, M. Grenier a dit, au même endroit : « Le véritable caractère du testament, « étoit l'institution d'héritier, qui, de sa nature, étoit « universelle, et par codicille comme par donation « à cause de mort, on entendoit tous actes de dernière « volonté, par lesquels il n'y avoit pas d'héritiers de « nommés, mais seulement *des legs limités aux objets « dont on disposoit.* »

Au reste, remarquons bien que la loi et les auteurs, en examinant si l'institution est directe ou oblique, ne s'occupent que du seul cas où il y a eu un héritier nommé; qu'ils ne reconnoissent de testament que là où on a donné *jus et nomen hæredis*, et que, dans aucun cas, cette distinction ne peut être nécessaire dans une disposition qui ne contient que de simples legs, et où le testateur n'a transmis ni voulu transmettre l'hérédité.

Vent-on se faire une idée nette sur l'acte de l'an 11 ? Qu'on se place dans la position où, tel qu'il est, et sans le changement d'un seul mot, il eût été fait en présence de sept témoins, et où la succession se fût ouverte sous l'empire des anciennes lois. En suivant le système des intimes, les légataires de moitié eussent pu demander la totalité de la succession, par cela seul qu'ils avoient reçu un legs de moitié, à titre d'institution; alors ils eussent dit, à bien plus forte raison qu'on ne fait aujourd'hui : ces deux mots dénotent un testament et non un simple codicille; cela seul suffit pour que le testateur n'ait pas pu mourir *partim intestatus*; le titre d'héritier nous est donc dévolu, et nous attribue la succession entière. Qu'auroit-on dit d'une semblable prétention ? auroit-on, pour la favo-

riser , forcé violemment le sens d'une expression d'ailleurs fort indifférente ? auroit-on cherché une institution d'héritier là où il n'y avoit qu'un simple legs ? enfin , auroit-on mis son esprit à la torture pour arracher aux héritiers naturels une moitié de la succession contre le vœu et l'intention du donateur ? ou bien , dédaignant une expression qui n'a pas de sens et qui ne pouvoit pas avoir d'objet dans l'acte où elle se trouve , auroit-on jugé de l'acte par son caractère ? de l'étendue de la disposition par l'expression de la volonté ? et auroit-on restreint le légataire à l'objet de son legs ? N'en doutons pas ; de quelque hardiesse d'esprit qu'on pût être doué , le magistrat toujours sage se fût gardé de prêter l'oreille à une argutie , pour attribuer aux Mijolas toute une succession qui ne leur étoit ni dévolue ni transmise. Les expressions de l'acte , l'ensemble des dispositions , tout l'eût convaincu que les volontés du testateur ne devoient pas être étendues ; il eût décidé que l'acte devoit être renfermé dans son objet ; que rien n'obligeant à le considérer comme testament , il falloit y voir un simple codicille , un legs de quotité qui pouvoit exister sans un testament solennel ; aucun doute ne se fût élevé dans son esprit pour repousser une prétention arbitraire , injuste ; et en ordonnant la délivrance du legs , il eût déféré aux héritiers du sang le titre d'héritier et le bénéfice de l'hérédité.

Mais si tout cela eût été inévitable , comme on ne peut en douter , comment cet acte auroit-il d'autres caractères , les termes inutiles une plus grande force , la disposition moins d'efficacité , la volonté moins d'évi-

dence? pourquoi, enfin, verroit-on l'acte avec d'autres yeux, parce qu'il s'agit de donner aux légataires ce qui leur est légué, d'exécuter littéralement et dans leur vrai sens les volontés du donateur, du testateur si l'on veut? pourquoi une expression inutile, ridicule, ne craignons pas de le dire, et qui n'auroit servi à rien pour faire considérer l'acte comme testament quand il devoit être valable, prendroit-elle un sens et feroit-elle un testament d'un codicille lorsqu'il faudroit l'annuler? Cependant la circonstance qu'il manque un témoin pour en faire un testament est une preuve de plus que le sieur de Baille n'a voulu faire qu'un simple codicille, et d'ailleurs, lorsqu'un acte, nul sous une forme, peut valoir sous un autre, on doit l'exécuter dans le sens où il est valable; c'est alors que le magistrat toujours digne de la justice, voit un acte dans son ensemble, le considère dans son objet, respecte l'intention de celui qui l'a consenti, et que bien loin de détruire l'intention, la volonté exprimée, par des termes inutiles et qui contrarient le surplus de l'acte, il les regarde d'un œil de mépris et leur applique noblement cette maxime du droit, tirée des premiers principes: *Vitiantur et non vitiant.*

Ainsi, et quand bien même nous aurions à appliquer le droit romain dans toute sa pureté, il n'y auroit de doute ni sur la nature de l'acte, ni sur l'intention de son auteur, ni sur la nécessité d'exécuter sa volonté telle qu'elle est écrite.

Mais est-ce là la position où se trouvent les appelans? s'agit-il bien ici de rechercher quel sens et quel effet pouvoient avoir, sous le droit romain, des formules qui

tenoient aux principes d'alors ? Non, certes. L'institution d'héritier fût-elle positive dans l'acte de l'an 11, elle ne pourroit ni le faire valoir ni l'annuler ; à plus forte raison , un seul mot, sans aucune signification réelle, ne peut y être d'aucun effet.

Si l'ordonnance de 1735 a dû continuer d'être exécutée depuis les lois nouvelles pour les formalités extérieures des testamens , il ne faut pas confondre ces formes avec l'institution qui tenoit moins à la forme qu'à la substance de l'acte.

Lorsque le testament étoit considéré comme une loi ; que cette loi devoit embrasser toute la succession, qu'enfin la loi de l'état faisoit de l'institution *d'héritier* une partie substantielle du testament , on conçoit qu'il pouvoit s'élever des difficultés sur la validité des actes, suivant qu'on pouvoit les considérer comme des testamens ou des codicilles.

Mais lorsque la loi défendit les institutions , que la faculté de disposer fut réduite à de simples legs , conçoit-on la possibilité de tirer le moindre avantage , pour ou contre , du mot *institution* , ou même d'une institution réelle placée dans un acte de dernière volonté ? Les magistrats n'eurent plus alors qu'une chose à considérer , savoir , si la personne étoit prohibée , ou si la disposition excédoit les bornes. Sous la loi du 17 nivôse elle-même , et avant celle du 4 germinal an 8 , un acte qualifié testament et entouré de toutes les formalités du testament solennel , n'en eût pas été moins valable s'il n'eût contenu qu'un simple legs du dixième ou du sixième , au profit d'un autre que l'héritier du sang ;

sang ; et l'institution d'un dixième ou du sixième eût été très-bonne par un simple codicille fait devant cinq témoins, quoique les dispositions universelles fussent défendues ; le mot ne fut plus rien dès que la nouvelle loi eut abrogé toutes lois ou coutumes relatives à la transmission des biens, qu'elle eut prononcé la saisine des héritiers du sang, et réduit à de simples legs la faculté de disposer.

Il en fut de même sous la loi de germinal an 8 ; elle conserve encore la saisine des héritiers, et dit que *les libéralités vaudront, lorsqu'elles n'excéderont pas* la quotité qui leur est réservée ; certes, en réservant ainsi aux successibles une quotité déterminée de la succession, elle leur donne aussi le titre d'héritiers ; les dispositions permises étoient en ce cas de simples legs *des choses dont on disposoit*.

A la vérité, et on n'entend pas le dissimuler ici, la loi permettant en certains cas d'épuiser la totalité des biens, il a été reconnu par la jurisprudence, que les dispositions universelles furent valables depuis sa publication, et qu'elles étoient seulement sujettes à réduction, jusqu'à concurrence de la portion réservée ; mais quest-ce que cela peut avoir de commun avec l'institution *d'héritier* qu'exigeoient les anciennes lois pour la validité du testament ? Si la loi du 4 germinal permettoit d'instituer, elle n'y obligeoit pas ; l'institution ne vicioit pas la disposition, mais la disposition valoit sans l'institution ; ce n'étoit donc plus qu'un vain mot, qu'une expression inutile, qui ne pouvoit ni soutenir ni vicier le testament ; Il n'y produisoit pas plus d'effet qu'autrefois dans les

pays de coutumes, et il est vrai de dire que, par l'effet de ces lois, les testamens ne furent plus que de véritables codicilles.

Et si nous plaçons sous les lois nouvelles l'argument que nous avons fait plus haut; si nous supposons que l'acte eût été fait en présence de sept témoins, et qu'il eût contenu une institution directe de moitié, et qu'il n'y eût pas eu d'héritier à réserve, concevrons-nous que les légataires eussent eu le ridicule de vouloir tirer des mots à *titre d'institution* un droit à l'autre moitié, et établir, pour y arriver, une différence entre les effets du testament et du codicille? on eût ri de pitié, comme du soin qu'auroit pris un notaire de dire, après les nouvelles lois, et même depuis le Code, qu'une institution est le *fondement de tout véritable testament*, de léguer cinq sous à tous prétendant droit, d'y ajouter la clause codicillaire et autres choses semblables, et c'est, en effet, ce qui est arrivé souvent par la force de l'habitude, et à quoi n'a pas manqué le notaire Pouzol, dans le testament du sieur de Baille, fait seulement depuis le Code; acte dans lequel il se croyoit sans doute, au temps où on faisoit les testamens par simples paroles, puisqu'il *prie les témoins d'en être mémoratifs*; acte cependant qui ne seroit pas moins valable, malgré ce ridicule échaffaudage de formules inutiles; car ce sont ces formules et non pas l'acte qui demeurent nulles et sans effet.

Il en est de même dans notre espèce. Si le mot institution ne peut pas donner une plus grande valeur à l'acte testamentaire depuis l'abrogation des dispositions

universelles , pourquoi sa présence les vicieroit-elle ? une semblable proposition, présentée d'une manière générale , seroit-elle autre chose qu'une absurdité ? oseroit-on la mettre au jour sous le Code ? « On a cru , dit encore l'auteur du 2^e. traité des donations , tome 1^{er}, « page 397, devoir toujours permettre la disposition sous « le nom d'institution d'héritier , par égard pour les anciennes habitudes ; mais il est indifférent qu'on qualifie « celui à qui on fait des dispositions, d'héritier ou de légataire. En matière de testament, les mots *donner*, *insti-* « *tuer héritier*, *léguer*, deviennent par eux-mêmes sans « conséquence ; l'objet essentiel est que la disposition « soit claire et précise ; tel est le résultat de l'art. 967, etc. »

Or , si cela est vrai sous le Code qui a fort étendu la faculté de disposer , et qui avoit rendu au sieur de Baille la sienne toute entière ; la vérité n'étoit-elle pas plus certaine encore sous l'empire des lois précédentes qui ne donnoient qu'une faculté extrêmement limitée , et ne reconnoissoient d'autres héritiers que ceux qu'elles-mêmes prenoient soin d'appeler ?

Ne recherchons donc pas si le sieur de Baille a voulu faire autre chose que ce qu'il a fait ; voyons sa disposition telle qu'elle est , et demeurons convaincus que respectant la saisine des héritiers du sang , c'est avec intention qu'il ne s'est occupé ni d'eux ni de la moitié de ses biens qui leur étoit réservée ; que sachant bien qu'il ne pouvoit disposer que de moitié , c'est avec réflexion qu'il s'est borné à léguer un quart aux Chambouvet et un quart aux Mijolas ; qu'il a voulu le faire par simple *donation à cause de mort* ; que le notaire a banni de

son acte les termes de testament et de testateur que tous les notaires du droit écrit eussent plutôt répété dix fois que de les oublier une seule quand ils faisoient un testament ; et disons enfin que réduite ainsi à de simples legs de quotité, lorsque la qualité d'héritier étoit attribuée par la loi à des tiers, lorsque l'institution pouvoit valoir sans testament et que le testament valoit sans institution, la disposition a pu valoir sous la forme du codicille, et qu'elle doit être maintenue puisqu'elle est revêtue de cette forme.

Il ne nous reste qu'à repousser une objection des intimés et du jugement dont est appel : elle n'est pas redoutable.

Les demandeurs, dit le jugement, ont eux-mêmes considéré l'acte comme un testament, *puisque'ils agissent en qualité d'héritiers* ; et pour que l'argument soit plus vif, les intimés ajoutent que les Mijolas l'ont fait ainsi par une spéculation d'intérêt, car la qualité d'héritier les saisissoit de plein droit, tandis que celle de légataire les eût assujéti à demander la délivrance et leur eût fait perdre les fruits de plusieurs années, pendant lesquelles ils avoient suspendu leur action. Cette objection qui tend à favoriser le système général, qu'il y a une différence entre les effets de l'institution et celle de simple legs, n'a pas même le mérite de l'exactitude.

Les premiers juges, non plus que les intimés, n'ont pas fait attention que la succession étoit ouverte sous le Code ; que, par conséquent, la qualité d'héritier ou de légataire étoit absolument indifférente, comme le démontrent les articles 967 et 1002 ; que le testament étoit

fait sous les lois du 17 nivôse an 2 et 4 germinal an 8 ; qu'ainsi la disposition seule étoit à considérer, les termes ou la qualification n'y étant d'aucune conséquence ; que par suite de cela, il étoit fort indifférent qu'on eût donné par le testament où qu'on eût pris par la demande la qualité d'héritier. On n'a pas vu que par les résultats de l'article 1011, les Mijolas, légataires où héritiers, peu importe, étoient obligés de demander la délivrance aux héritiers du sang, puisque le legs n'étoit pas universel, et qu'ainsi ils n'avoient pas le moindre intérêt à prendre la qualité d'héritiers, puisqu'il n'en résultoit pour eux aucun bénéfice.

D'ailleurs, et quelque intérêt qu'on pût supposer aux appelans à prendre une qualité plutôt qu'une autre, cela changeoit-il les caractères et la nature de l'acte ? eussent-ils trouvé dans cette qualité le moyen de le rendre valable comme testament, s'il ne l'étoit pas ; d'obtenir toute la succession quand on ne leur léguoit que moitié ? et, par la même raison, peut-on y puiser contr'eux un moyen d'annuler l'acte, s'il est valable sous une forme quelconque ? On a droit de s'étonner lorsqu'on voit détruire des actes avec de semblables argumens.

Voilà cependant tout ce qu'on a pu imaginer pour échapper aux dispositions du sieur de Baille. On concevrait plus facilement cette résistance, si des héritiers directs, investis de la succession de leur auteur, se trouvoient en lutte avec des étrangers, et défendoient contre eux une portion de leur patrimoine ; mais le sieur de Baille au moment de son décès, ne devoit rien à ses

collatéraux, cependant il leur a réservé les trois quarts ou au moins les deux tiers de sa succession ; c'est sans doute par reconnaissance qu'on fait la guerre à ses volontés, à la réalité desquelles, cependant, l'esprit et le cœur sont obligés de croire; aussi, a-t-on essayé de répandre mystérieusement quelques soupçons, et refusé de reconnoître les Mijolas pour parens du sieur de Baille, quoique leur parenté soit assez proche pour que les intimés ne pussent pas l'ignorer. Les appelans ne s'occuperont pas de semblables moyens ; indépendamment de ce que toutes les circonstances les repoussent, ils savent combien peu ils doivent en redouter l'effet devant des magistrats qui commandent le respect par leur sagesse profonde autant que par la dignité dont ils sont revêtus. C'est sans doute avoir beaucoup trop disserté sur une question, qu'on persiste à trouver simple et dégagée de difficultés; mais, encore une fois, on a dû compte de ses moyens, dès qu'un arrêt de partage a démontré l'existence du doute. Il faut, en de semblables cas plus encore qu'en tout autre, se défier de ses propres lumières, appuyer les propositions sur les moyens de la loi, ne pas craindre de multiplier les preuves et les soumettre avec confiance à la sagesse des ministres de la justice ; c'est ce qu'ont dû faire les appelans ; ils ont rempli cette tâche. Plein de respect pour les magistrats auxquels la décision de leurs intérêts est confiée, ils livrent tous les moyens de la cause à leur méditation ; ils ne feront aucune imputation ni publique ni secrète à leurs adversaires, mais ils oseront dire qu'ils ne méritent ni ne craignent aucun reproche ; que sous leur vêtement commun, ils portent

une âme honnête et une conscience droite ; ils sauront garder ce qu'ils doivent à la justice et aux convenances, et attendre, avec autant de respect que de confiance, la décision de la Cour.

Me. DE VISSAC, *avocat.*

Me. BRESCHARD, *avoué-licencié.*