



PRÉCIS EN RÉPONSE,

COUR ROYALE
DE RIOM.

2^e CHAMBRE.

POUR MARIE-FRANÇOISE-MÉLANIE DE BAILLE,
et HIPPOLYTE DE LAGREVOL, Procureur du Roi
à Yssingeaux, son mari, *intimés*;

CONTRE CLAUDE et MATHIEU MIJOLLAS, frères,
appelans ;

EN PRÉSENCE

De JEAN, JEAN-PIERRE CHAMBOUVET, et JEAN
ROMEYER, tuteur de ses enfans mineurs, d'avec
Jeanne Chambouvet, aussi *intimés*.

*après deux
partages, arrêt
du Ch. de Riom,
1^{er} juin 1821,
j'ai du rendre
p. 384.*

LES lois romaines avaient prévu le cas où l'on serait
embarrassé de décider si une disposition de dernière
volonté devait être considérée comme testament ou
comme codicille. Cette distinction était de la plus

grande importance; car il était de principe que lorsque le testateur avait annoncé l'intention de faire un testament, l'acte devait être parfait comme testament, et que, quoiqu'il eût des solennités suffisantes pour valoir comme codicille, il demeurerait néanmoins sans effet, s'il n'était accompagné de toutes celles requises au testament, à moins qu'il ne contînt la clause codicillaire (1). S'il arrivait, d'ailleurs, qu'une personne laissât à sa mort deux dispositions, il était bien important de décider si c'étaient deux testaments; car alors le premier était révoqué de plein droit, même sans clause révocatoire contenue dans le second; si, au contraire, ces dispositions étaient des codicilles, ou s'il y avait un testament et un codicille, le dernier acte ne révoquait pas le premier.

On trouve dans ces lois non-seulement des règles générales pour discerner ces sortes d'actes, mais elles fournissent encore des solutions pour des espèces particulières. Ce sera à l'aide de ces principes, que nous chercherons à déterminer la nature et les caractères de l'acte qui sert de titre aux appelans. Nous verrons ensuite quelles sont les modifications qu'y ont apportées les lois qui ont précédé le Code civil; enfin nous examinerons si cet acte pourrait être validé, même en le considérant comme codicille. Telle est la tâche que nous avons à remplir.

(1) L. 29, au D., *qui test. fac. poss.*; 41, *de vulg. et pupil. subst.*; L. 1^{re}, *de jure codicil.*; et 8, au C. *de codicillis*.

FAITS.

Antoine-Marin de Baille avait passé une grande partie de sa vie dans la compagnie de Jean-Antoine de Baille, sieur des Crozes, son frère : ils avaient vécu dans la meilleure union. Le dernier, héritier, par testament, d'Antoine de Baille, seigneur de Malmont, son oncle, avait laissé jouir Antoine-Marin de cette succession. Il mourut en l'an 8, laissant une fille unique, à peine âgée de deux mois. Cette mort fut pour Antoine-Marin le commencement de grands malheurs. Arrivé à l'âge de soixante-seize ans, des personnes trop avides captivèrent sa confiance, aux dépens de sa nièce qu'il chérissait, mais qui était trop faible pour pouvoir rien opposer aux pièges qui lui étaient dressés. Il fut victime de cette facilité déplorable; il périt, en 1805, d'une manière tragique, âgé de près de quatre-vingt-deux ans.

La providence veillait aux intérêts de Mélanie de Baille, alors âgée de cinq ans. Les dispositions que font valoir aujourd'hui les appelans leur parurent sans doute irrégulières, puisqu'ils ne se présentèrent point au partage judiciaire de la succession, qui eut lieu entre Mélanie de Baille et les frères et sœur Chambouvet. On doit croire que c'est par erreur qu'ils disent avoir ignoré les dispositions du sieur de Baille(1).

(1) Pages 4 et 5 du Mémoire des appelans.

292 1p2

(4)

On leur prouverait que l'un d'eux, Claude Mijollas, était présent à la confection du testament, reçu Pouzol, notaire.

Ils gardèrent le silence pendant plusieurs années. Ce ne fut que le 18 décembre 1812, plus de sept ans après le décès, qu'ils firent connaître, pour la première fois, leur droit à la succession, en déclarant, par leur exploit de demande, qu'ils étaient *co-héritiers de feu Antoine de Baille-Marin, suivant son testament, reçu Rocher, notaire public, le 17 frimaire an 11*, et en demandant, en cette qualité, le partage de ses biens.

L'acte du 17 frimaire est ainsi conçu. Il importe de le faire connaître en entier.

L'an onze de la république française, et le dix-sept frimaire avant midi, par-devant nous, notaire public patenté, et présents les témoins soussignés, fut présent citoyen Antoine de Baille-Marin, du lieu de Chevalier, commune d'Araules, habitant à présent au chef-lieu dudit Araules, maison de feu son frère des Crozes, de son gré et volonté, a donné et donne, *par donation à cause de mort, à titre d'institution et 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 acquittement de messes par les citoyens prêtres qui desservent l'église de Notre-Dame du Puy ; plus, le quart de ses entiers biens présents et à venir, aux citoyens Chambouvet de Monistrol, à se partager entr'eux, au nombre de trois petits-neveux et nièces ; plus, autre quart aux citoyens Claude Mijollas, du lieu de l'Ollier, commune de Saint-Hostien ; Mathieu Mijollas, son frère, et Catherine Fau, leur mère ; ledit Mathieu du lieu de Toureille, commune de Glavenas, à se partager ensemble par égales portions. Ce qui a été fait et récité audit lieu d'Araules, maison dudit feu des Crozes, à lui lu en entier au-devant du lit où il est couché, en présence des citoyens Jacques Joubert, Louis

Chevalier, Louis Rechatin; cultivateurs dudit lieu, signés, de ce enquis; Joseph Joubert-Cougnac et Claude Descours, aussi cultivateurs dudit lieu d'Araules, qui ont déclaré ne savoir signer, de ce enquis. Le disposant de Baille a déclaré ne pouvoir signer, à cause de son indisposition, de ce enquis.

La qualification que les appelans eux-mêmes ont donnée à cet acte dément l'assurance avec laquelle ils soutiennent aujourd'hui qu'il porte la physionomie d'un codicille; qu'on a évité à dessein le mot *testament*; que les mots à *titre d'institution* y sont indifférens. Ils ont répété trop souvent cette qualification de *testament* dans leur procédure, pour qu'on puisse croire que c'est légèrement et par inattention, qu'ils ont ainsi considéré l'acte.

Les héritiers du sang en ont demandé la nullité, comme contenant une double contravention à l'art. 5 de l'ordonnance de 1735, par le défaut d'un nombre suffisant de témoins, et par le défaut de prononciation des dispositions par le testateur; ce qui, aux termes de l'article 47 de la même ordonnance, devait entraîner la nullité. Les premiers juges l'ont prononcée par les motifs suivans :

Attendu que les donations, à cause de mort, ne pouvaient avoir aucun effet, même dans les pays où elles étaient expressément autorisées avant le Code civil, que quand elles avaient été faites dans les mêmes formes que les testamens et les codicilles; qu'en fixant ces formalités, le législateur en a ordonné l'exécution, à peine de nullité;

Attendu qu'en appliquant ces principes à la prétendue donation dont il s'agit, on n'y trouve pas qu'elle ait été dictée ou prononcée, ou enfin d'autres termes équipollens, d'où l'on puisse induire que Marin de Baille ait prononcé ses volontés au notaire recevant; qu'on en peut conclure

au contraire que c'est le notaire qui parle, et non le donateur; qu'ainsi elle se trouve en contravention à l'ordonnance de 1735;

Attendu qu'en appréciant cet acte d'après les termes dans lesquels il est conçu, on ne peut douter que l'intention du sieur Marin 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 également partagée par les demandeurs qui agissent dans la demande introductive d'instance, en qualité d'héritiers du sieur Marin de Baille; que, dans ce cas, cette disposition se trouve en opposition avec l'article 5 de l'ordonnance de 1735, qui veut impérieusement qu'elle soit dictée par le testateur, en présence de sept témoins, y compris le notaire, tandis que, dans cet acte, il ne s'en trouve que six;

Attendu que, si on considérait cet acte comme codicille, il serait également contraire à l'article cité, pour ne pas y rencontrer l'expression non équivoque de la dictée de ses volontés au notaire, et n'être pas revêtu de la clause codicillaire, qui ne peut être supplée, conformément à la loi 11, au Code *De Testamentaria manumissione*.

D'APRÈS CES MOTIFS, le tribunal jugeant en premier ressort, etc., déclare l'acte dont il s'agit nul et de nul effet, et renvoie, etc.

Le dernier motif, comme on le voit, rentre dans les deux premiers, c'est-à-dire que, quand même on considérerait l'acte comme codicille, il serait nul, pour ne pas contenir l'expression non équivoque de la dictée des volontés au notaire; mais que, d'ailleurs, il ne peut valoir comme codicille, puisqu'il ne contient pas la clause codicillaire, qu'on ne peut suppléer. Voilà évidemment ce qu'ont voulu dire les premiers juges, et ce qu'ont bien compris les appelans, quoiqu'ils le déclarent inintelligible.

Quant aux deux autres motifs, nous examinerons, en premier lieu, celui tiré du défaut de prononciation,

parce qu'il s'applique aussi bien à l'acte considéré comme codicille que comme testament.

On ne contestera pas, sans doute, que la prononciation ne soit une formalité commune aux testamens et aux codicilles. C'est, comme dit Furgole, *l'unique voie certaine pour connaître surement la volonté de celui qui dispose, et obvier aux captations et suggestions*. Voyez chapitre 12, n^{os} 11, 12 et 15.

La définition que les lois romaines avaient donnée du *testament* prouve évidemment qu'on regardait cet acte comme une loi qui ne devait pas être moins solennelle que celles qui concernaient l'intérêt public. *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vult*. Loi 1^{re}, au D., *qui test. fac. poss.* (1). Il fallait donc que celui qui la dictait s'exprimât de la même manière que le législateur qui proposait une loi à tout le peuple romain.

L'ordonnance de 1735 établit la nécessité de la prononciation de la manière la plus formelle; à la vérité, et c'est le grand argument des appelans, elle n'exigea pas qu'il fût fait mention de cette formalité; mais la nécessité de rencontrer dans un testament la preuve que le défunt avait manifesté sa volonté par des expressions dispositives sorties de sa bouche, tenait trop à la substance même du testament, pour avoir

(1) Godefroi ajoute sur cette loi : *Quatenus dicitur sententia testamentum, habere vim legis dici potest,*

besoin d'être prescrite par la loi. Ricard avait déjà démontré cette nécessité au chapitre 5, partie 1^{re}, section 3 : « *Je passe encore plus avant, et crois que* »
 « quand la coutume ne requerrait pas précisément »
 « qu'il fût fait mention, par le testament, des sol- »
 « lennités qu'elle désire être gardées, comme il a été »
 « dicté, nommé, lu et relu, etc., que les légataires »
 « seraient non recevables à les vouloir vérifier par »
 « témoins, *et qu'il y aurait toujours nécessité que* »
 « *la preuve s'en rencontrât dans le testament même,* »
 « parce que la coutume désirant, pour la validité d'un »
 « testament, que ces solennités y interviennent, il »
 « n'est point parfait, *à moins qu'il ne se reconnaisse,* »
 « *par l'acte même, qu'il est revêtu des formes pres-* »
 « *crites par la loi qui lui donne son effet.* »

Il s'exprime de même au même chapitre, sect. 6 :
 « Comme il est de principe et de doctrine indubi- »
 « table que c'est à celui qui veut tirer avantage d'un »
 « acte, de faire apparoir qu'il est revêtu de tout ce »
 « qui est nécessaire pour le faire subsister, ceux qui »
 « prétendent se prévaloir d'un testament, dont une »
 « formalité essentielle n'est pas constatée par l'acte »
 « même, ne pouvant établir, par des moyens extrin- »
 « sèques, l'existence de cette formalité, il s'ensuit que »
 « le testament doit demeurer sans effet. »

L'ordonnance de 1735 n'était pas entièrement muette à cet égard. D'abord l'article 23 déclare que les mots dicté, nommé, etc., ne sont point sacramentels, mais il suppose évidemment que l'on doit

trouver dans l'acte la preuve que cette formalité a été remplie. L'article 48 prononce la peine de mort contre les notaires et témoins qui auraient signé les testaments, codicilles, ou autres actes de dernière volonté, sans avoir vu le testateur, et *sans l'avoir entendu prononcer ses dispositions*. Pour appliquer cette peine, il fallait bien s'inscrire en faux contre le notaire et les témoins; et, pour qu'il y eût lieu à l'inscription de faux, il fallait bien que l'acte énonçât, d'une manière quelconque, une fausseté; sans cela, aurait-on osé appliquer la peine de mort? Le notaire et les témoins ne se seraient-ils pas excusés sur leur bonne foi, en prétendant qu'ils avaient connu, d'une manière certaine, la volonté du défunt, quoique non manifestée de sa propre bouche? Les dispositions de la loi auraient donc été violées impunément? et qu'on ne s'imagine pas que ce danger ne fût que chimérique. Il a existé des notaires assez ignorans ou d'assez mauvaise foi, pour rédiger des actes de dernière volonté, dont les dispositions n'avaient été exprimées, par les mourans, que par signes ou par monosyllabes.

Il n'y a donc pas de formalité plus essentielle dans le testament nuncupatif, que la dictée ou la prononciation; sans elle, il n'y a point de testament; et si elle ne résulte pas des termes de l'acte, il n'y a point de preuve légale de l'accomplissement de cette formalité, et par conséquent de la volonté du testateur.

Aussi Furgole, chap. 2, sect. 1^{re}, n^o 4, dit « qu'il faut qu'il paraisse que le testateur en a dicté le

« *contenu*, ou du moins il est nécessaire qu'il n'y ait
 « point de preuve ni de circonstance qui puisse faire
 « présumer que le testateur n'a pas dicté sa volonté à
 « l'écrivain; car ce serait alors, non la volonté du
 « testateur, de laquelle dépend la force et l'efficace
 « du testament, mais celle de l'écrivain; et ce serait
 « en quelque façon tester par procureur, ce que les
 « lois ne permettent pas, puisqu'elles n'ont aucun
 « égard aux dispositions de la volonté d'autrui ». Voir
 le même chap. 2, sect. 3, n° 8.

L'annotateur de Ricard ne s'exprime pas d'une manière moins positive, sur le chap. 5, addition 3, note 1^{re}. Il dit « *qu'il a vu attaquer avec succès un*
 « *testament, par lequel le notaire avait dit que,*
 « *s'étant transporté auprès d'un testateur, et ayant*
 « *été par lui requis de recevoir son testament, il*
 « *l'avait rédigé ainsi qu'il suit : Il veut, etc.* ». Ces expressions, *nous l'avons rédigé, il veut*, dans la bouche du notaire, parurent prouver que les dispositions n'avaient pas été prononcées par le testateur et sous sa dictée, mais que la rédaction était l'ouvrage du notaire.

Aussi le tribunal d'appel de Montpellier, par jugement du 9 fructidor an 9, rapporté dans les *Annales du Droit français*, de Guyot, de l'an 11, a-t-il annulé une donation à cause de mort, parce qu'elle n'avait pas été dictée ou prononcée; et, plus récemment, la Cour royale de Riom, par arrêt rendu, le 10 juillet 1820, à la première chambre, a annulé la

donation, à cause de mort, d'Antoine Varinier, par acte reçu Joucerand, notaire, le 10 nivôse an 10, faite dans la forme de testament, en adoptant les motifs des premiers juges. Cette donation à cause de mort commençait ainsi : « Est comparu Antoine
 « Varinier....., lequel, étant malade, a donné
 « et donne, à titre de donation à cause de mort, à
 « Marie-Thérèse Barrol, sa femme, etc. »

L'acte se terminait ainsi : « C'est la dernière do-
 « nation à cause de mort et disposition de dernière
 « volonté dudit Antoine Varinier, et, comme telle,
 « veut que vaille ou par testament, codicille, ou par
 « toute autre meilleure forme que de droit pourra
 « valoir, cassant et révoquant, ledit Varinier, toutes
 « autres donations et dispositions qu'il pouvait avoir
 « ci-devant faites, voulant au contraire que la pré-
 « sente, dont..... sorte à effet et soit seule exé-
 « cutée, suivant sa forme et teneur, en faveur de
 « ladite Marie-Thérèse Barrol, sa femme, et de la-
 « dite Marie Varinier, sa sœur, les *instituant.....*
 « *pour ses héritiers particuliers*. Et ainsi voulu.....
 « Et de nouveau lecture lui a été faite en entier, par
 « nous, dit notaire, de sa présente donation, à la-
 « quelle il a persisté en présence de, etc. »

Les motifs des premiers juges, qui ont été adoptés par la Cour pour la nullité de cet acte, sont : « *Qu'il*
 « *résulte de la donation à cause de mort, du 10*
 « *nivôse an 10, que le donateur n'en a point pro-*
 « *noncé les dispositions, puisqu'au commencement*

« dudit acte, c'est le notaire seul qui déclare que
« Varinier, de gré et volontairement, a donné et
« donne, à titre de donation, à cause de mort, et
« qu'en se contentant d'employer ces expressions, qui
« étaient usitées chez les notaires pour toutes les
« autres espèces de donations, Joucerand, notaire,
« ministre de l'acte, n'a point rempli le vœu de la
« loi; qu'en vain on remarque dans le corps de l'acte
« ces mots : *C'est la dernière*, etc.; bien loin d'y
« reconnaître la volonté dictée par le donateur, on
« n'y découvre que le langage du notaire.....; que
« les autres clauses de cette donation à cause de mort
« annoncent clairement que le donateur n'a rien dicté
« ni prononcé, et que ses intentions ont pu être
« connues du notaire par toute autre voie que celle
« exprimée par sa bouche, etc. »

Examinant l'acte du 17 frimaire an 11, d'après les dispositions de la loi, la doctrine des auteurs et la jurisprudence, on ne voit rien qui justifie que le notaire ait écrit les volontés du testateur sous sa dictée; on voit, au contraire, que c'est le notaire seul qui parle, en disant *que Marin de Baille a donné et donne*; il n'y a pas un seul mot qui annonce qu'il ait déclaré lui-même sa volonté, pas un seul mot qui apprenne de quelle manière il a fait connaître qu'il voulait disposer de ses biens. Lorsqu'on arrive ensuite à la mention de la lecture, il semble que le testateur a été étranger aux dispositions qu'on lui attribue; il ne déclare point qu'il y persiste, ni rien

qui annonce une approbation de sa part. On ne voit la preuve de sa volonté ni dans sa signature, ni dans aucune déclaration sortie de sa bouche.

Les mots *fait et récité* désignent des opérations du notaire, et non du disposant. On ne récite que ce que l'on a étudié et appris de mémoire, ou ce que l'on lit sans l'avoir étudié; on ne peut pas dire qu'un disposant *récite* ses dispositions : il les prononce à mesure qu'elles se forment dans son entendement. L'opération de la prononciation, telle qu'elle est décrite par la loi (ordonnance de 1735, article 5), et qui consiste, de la part du disposant, à *exprimer intelligiblement ses dispositions en présence des témoins et du notaire, qui les écrit à mesure que le disposant les exprime*, ne saurait être décrite par les mots *fait et récité*, d'autant plus que, dans leur style ordinaire, les notaires les employaient jadis (ainsi qu'on peut le prouver) pour tous les actes, même pour les simples contrats où la loi n'exigeait aucune prononciation.

Ainsi les premiers juges n'ont pas créé une nullité arbitraire, en déclarant l'acte nul parce qu'il ne paraît point être l'ouvrage du disposant; ils ont, au contraire, fait une juste application des articles 5, 23 et 47 de l'ordonnance. Ils n'ont pas exigé une mention que la loi ne prescrit pas; mais ils ont reconnu, avec raison, que la contexture de l'acte faisait présumer qu'une formalité, aussi essentielle que la dictée ou la prononciation, n'avait pas été remplie; et

certes, ce n'est pas là l'effet d'une distraction; ce n'est pas le Code civil qui leur a donné l'idée de cette nullité (1), pas plus qu'en l'an 9 il en avait donné l'idée à la Cour de Montpellier.

Ce moyen nous paraît victorieux.

Mais allons plus loin, et prouvons aux appelans que ce n'est pas nous qui faisons la guerre aux volontés du sieur de Baille (2), mais qu'eux-mêmes, en voulant faire passer pour codicille un acte qu'il a entendu faire comme testament, contrarient ses intentions; car s'il est vrai qu'il ait voulu faire un testament, il est plus prudent de rendre sa disposition sans effet, que de lui en faire produire une qui ne serait pas dans sa volonté. *Est magis tolerabile, reddi inutilem testatoris dispositionem, quam aliquid admitti ut valeat contra ejus voluntatem.* Mantica, lib. 2, tit. 3, *de conject. ult. volunt.*

Nous serions inépuisables, si nous voulions rapporter tous les textes des lois romaines qui établissent qu'un testament imparfait ne peut pas, sans le secours de la clause codicillaire, être converti en codicille, bien qu'il contienne toutes les formalités prescrites pour le codicille; qu'il nous suffise d'observer que dans la loi 11, au C. *de testamentaria manumissione*, il est dit que le legs même de la liberté à un esclave

(1) Voyez le Mémoire des appelans, page 10.

(2) Voyez page 38 du Mémoire des appelans.

demeurerait nul, si la nullité du testament n'était réparée par la clause codicillaire; et cependant on sait combien, chez les Romains, les lois favorisaient la liberté des esclaves. *Si jure non subsistit testamentum, in hoc nec libertates (cùm non fuisse adjectum, ut pro codicillis scriptum valeret, proponas), rectè datas constabit.* La raison qu'en donnent les interprètes, c'est que lorsqu'on a négligé les formes de l'acte qu'on a en vue, on est censé n'avoir voulu faire aucune disposition. La loi présume alors qu'on a rédigé à dessein un acte défectueux, pour se dérober à des suggestions importunes, en paraissant y céder. *Testator, qui omittit debitas solemnitates, præsumitur suæ voluntatis pœnituisse, et elusorium actum conficere voluisse.* Mantica, *loc. cit.*

Voyons donc si l'acte du 17 frimaire an 11 peut être considéré autrement que comme un testament. Nous ne suivrons pas les appelans dans leur savante dissertation sur l'origine et les progrès des différentes dispositions de dernière volonté, qui furent admises en pays de droit écrit. Il nous suffit de savoir, pour la cause qui nous occupe, que, depuis l'ordonnance de 1731, les donations à cause de mort ne furent plus que des testamens ou des codicilles; elles cessèrent d'être une manière particulière de disposer de ses biens, excepté pour les fils de famille, qui, comme on sait, en pays de droit écrit, ne pouvaient pas faire de *testamens* ni de *codicilles*, mais qui pouvaient faire des *donations à cause de mort*, du consentement de

fol.

leur père. *Ce fut donc pour leur laisser cette ressource*, dit M. Grenier, *Traité des Donations*, discours historique, page 69, *que la loi n'établit que l'identité des formes de la donation à cause de mort, avec celles du testament ou du codicille, mais qu'elle n'alla pas jusqu'à l'abolir.*

Aussi, depuis cette ordonnance, on qualifia indistinctement *de donations à cause de mort*, des actes qui ne renfermaient que des legs, d'autres qui contenaient des institutions d'héritier, des substitutions, et, en général, les actes dont les dispositions ne devaient avoir leur effet qu'au décès du disposant. Il arrivait même que les notaires ne qualifiaient pas la disposition, et se bornaient à dire que le défunt avait déclaré disposer de telle et telle manière, etc. Il fallait alors recourir à la nature de la disposition, - pour savoir quelle était la forme qu'on avait dû employer. Il est évident que si l'acte n'avait point de dénomination, ou s'il était qualifié de donation à cause de mort, et qu'il ne contint que des legs ou des dispositions particulières sans institution, il pouvait valoir dans la forme du codicille; mais que si, au contraire, on trouvait dans cet acte une institution d'héritier, une substitution, une exhérédation, ou, en général, ce qui ne pouvait convenir qu'au testament, l'acte, de quelque manière qu'il fût qualifié, ou n'eût-il pas même de dénomination, devait être considéré comme testament, et devait en avoir les formes.

Ceci nous conduit à examiner quels étaient, d'après les lois romaines et d'après l'ordonnance de 1735, les caractères du testament, et si ces caractères peuvent et doivent convenir à l'acte qui fait l'objet du procès. Il était de principe qu'on ne pouvait faire d'institution d'héritier que par un testament : cette institution était la base et le fondement du testament ; *son véritable caractère était l'institution formelle d'héritier, qui, de sa nature, était universelle ; et, par codicille comme par donation à cause de mort, on entendait tous actes de dernière volonté, par lesquels il n'y avait pas d'héritiers de nommés, mais seulement des legs limités aux objets dont on disposait.* Traité des Donations, *loc. cit.*, page 61.

L'institution d'héritier produisait deux effets bien importans : le premier était de saisir l'institué de l'hérédité, du moment du décès, d'après la maxime générale du royaume, *le mort saisit le vif*, qui, en pays de droit écrit, s'appliquait aux héritiers testamentaires, de même qu'en pays de coutume, on l'appliquait aux héritiers du sang. En conséquence, les institués n'avaient besoin, après l'ouverture du testament, ni de permission de justice, ni de demander la délivrance des biens de l'hérédité ; ils étaient les - successeurs immédiats du défunt, et avaient droit aux fruits des biens compris en l'institution, du jour du décès du testateur.

Le second effet que produisait l'institution se trouve établi en la loi 1^{re}, §. *de heredibus instit.* et sui-

vantes. Il consistait en ce que si, dans le testament, il n'y avait qu'un seul héritier institué pour une partie de l'hérédité, les autres portions lui accroissaient et lui appartenaient, à l'exclusion des successeurs *ab intestat*, d'après la règle qui voulait qu'on ne pût décéder *partim testatus, partim intestatus*. C'était par suite de ce même principe, que lorsqu'on n'avait institué un héritier qu'en une certaine chose, et qu'on ne lui avait pas donné d'autre cohéritier, on lui adjugeait cependant l'entière hérédité, et la succession ne se partageait pas entre lui et les successeurs *ab intestat*.

Voilà quels étaient les effets de l'institution, et ces effets ne pouvaient être produits que par le testament. C'était l'institution d'héritier qui distinguait essentiellement le testament du codicille. Le codicille, étant assujetti à des formes bien moins rigoureuses, ne pouvait être employé ni pour faire un héritier, ni pour déshériter, ni pour substituer. On permit cependant de laisser l'hérédité par codicille, en employant la voie du fidéicommiss, c'est-à-dire en priant son héritier légitime de faire la restitution de son hérédité à la personne qu'on lui marquait, lorsqu'on n'avait pas fait de testament; et en adressant la même prière à l'héritier testamentaire, lorsqu'on avait testé. C'est la seule interprétation qu'on puisse donner de ce passage des *Institutes*, dont les appelans veulent tirer parti : *Nam per fideicommissum hæreditas codicillis rectè relinquitur.*

Il suffit d'ouvrir tous les auteurs pour se convaincre qu'il fallait que l'institution fût conçue en termes obliques, ou de prière; et ce qui confirme la règle générale qu'on ne pouvait instituer par codicille, c'est qu'on accordait au soldat, comme un privilège extraordinaire, la faculté de disposer de son hérité par codicille.

En effet, si les lois eussent permis d'instituer par un codicille de la même manière que par un testament, il eût été dérisoire d'avoir prescrit des formalités aussi rigoureuses pour les testaments, puisqu'on aurait toujours été maître de s'en affranchir, en donnant à l'acte la dénomination de codicille, ce qui aurait produit les mêmes effets. Mais la loi avait prévu cet inconvénient, et y avait porté remède; elle n'avait pas voulu qu'avec les formes du codicille on pût faire une véritable institution d'héritier, un véritable testament. C'est ce qu'on voit par la loi 7, au C. *de codicillis*. *Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quæ vis ac potestas una sociasset? Igitur specialiter codicillis instituendi ac substituendi potestas juris auctoritate data non est.*

La loi voulait aussi que, pour reconnaître l'acte et déterminer les formalités qu'on avait dû y employer, on s'attachât plutôt à la substance, qu'à la dénomination qu'on aurait affecté de lui donner. Tel est le vœu manifestement exprimé dans la loi 13, *De jure codicil.*, § 1^{er}. « On agite quelquefois la question de savoir ce

« qu'on devrait décider, dans le cas où un homme
 « qui n'aurait pas fait de testament, déclarerait ainsi
 « sa volonté dans un *codicille* : *Je veux que Titius*
 « *soit mon héritier.* »

On voit d'abord que, dans l'espèce, l'acte est qualifié de *codicille* : *Codicillis ità scripsit*. (C'est donc bien mal à propos que les appelans soutiennent que Furgole, qui rapporte cette loi, y ajoute : « *En supposant que l'acte est qualifié de codicille, ce que la loi ne dit pas, suivant eux* » (1). On voit en outre que le disposant s'est servi de termes obliques, qui semblent annoncer l'intention de faire un fidéicommiss : *Titium hæredem esse volo*. Il est évident que les termes seuls annoncent l'intention de faire une institution indirecte. On peut s'en convaincre par le mémoire même des appelans, page 12, où on lit : « Il fallait qu'il (le testament) fût conçu en termes impératifs, parce qu'on le considérerait comme une loi particulière : *Titius hæres esto*. C'est ce qu'on appela par la suite une institution en termes directs, bien différente en ses effets avec celle qui n'était conçue qu'en termes obliques : *Titium hæredem esse volo.* »

On voit, d'ailleurs, aux Institutes, liv. 1, tit. 4, *De sing. reb. per fideic. rel.* 1, quelles étaient les expressions dont on avait coutume de se servir pour faire un fidéicommiss : *Verba autem fideicommissorum*

(1) Voyez page 27 du Mémoire des appelans.

hæc maxime in usu habentur, peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo.

Il y aurait donc dans l'espèce double motif de considérer l'acte comme codicille; d'abord la dénomination qui lui a été donnée, et la formule de l'institution, qui dénote un fidéicommiss. Cependant le législateur se demande ce qu'on doit penser de cet acte; puis il ajoute : « Il faut bien distinguer s'il a entendu
« faire un codicille, et charger son héritier légitime
« de rendre la succession à Titius, par forme de fidéi-
« commis, ou s'il a cru faire un testament; car dans
« ce dernier cas, Titius ne pourrait rien demander à
« l'héritier légitime.

« On pourra trouver, continue le législateur, dans
« l'écrit même, les moyens de juger quelle a été la
« volonté de celui qui a fait cette disposition. En
« effet, s'il a chargé ce Titius de payer quelques legs;
« s'il lui a nommé un substitué, dans le cas où il ne
« recueillerait pas la succession, on verra qu'il a
« entendu faire un testament, et non un codicille. »

Les conséquences de cette loi sont faciles à tirer. On voit d'abord que si l'institution était conçue en termes directs, le législateur n'hésiterait pas à regarder l'acte comme testament, quoique qualifié de codicille, et à en prononcer la nullité : *Hoc casu nihil à legitimo peti poterit.* (Car on voit évidemment qu'il suppose que l'acte n'est pas revêtu de toutes les formalités du testament; dans le cas contraire, la distinction serait

bien superflue, puisque l'acte pourrait valoir, de quelque manière qu'on l'envisageât).

On voit que, quoique la disposition soit faite en termes de *fidéicommiss*, qui sont propres au codicille, le législateur déclare qu'il faut néanmoins rechercher quelle a été l'intention du disposant. A-t-il réellement voulu transmettre à Titius sa succession par voie de fidéicommiss? a-t-il, au contraire, fait des dispositions qui ne peuvent convenir qu'au testament? Peu importe la qualification donnée à l'acte, la tournure des expressions; il faut s'attacher à la réalité. Si l'acte contient des legs à la charge de l'héritier; si on lui a nommé un substitué, dans le cas où il ne recueillerait pas la succession, alors l'acte ne peut être considéré que comme testament.

Tel est le véritable sens de la loi 13, *De jure codicil*. Pour échapper à son application, les appelans ont imaginé une distinction qui n'est pas dans la loi. Ils ont prétendu (1) qu'il fallait examiner si l'institution était faite en termes *directs* ou en termes *ordinaires*, tandis que les lois ne reconnaissent que les termes *directs* et les termes *indirects*. Ils ont supposé que dans la loi 13, l'institution était faite en termes ordinaires, tandis que, d'après le passage des Institutes, que nous avons cité, il est évident que cette institution est faite en termes indirects. Ainsi tombe la

(1) Voyez page 23 du Mémoire des appelans, *in fine*.

conséquence que les appelans se sont efforcés de tirer de cette loi, que l'institution, contenue dans un codicille, valait par droit de fidéicommiss. Cette loi confirme, au contraire, ce que nous avons dit plus haut, qu'on ne pouvait laisser son hérité par codicille qu'en termes de prière, c'est-à-dire, en chargeant son héritier d'en faire la remise à celui qui était désigné dans le codicille.

Cette loi nous offre des points de ressemblance avec l'acte du 17 frimaire; mais avant de les faire ressortir, ajoutons aux idées générales que nous avons données sur l'institution d'héritier, quelques observations sur la manière dont on devait s'exprimer pour annoncer qu'on voulait faire un héritier.

La loi 1, au D., § 5, *De hæredibus inst.*, nous apprend qu'on n'était point rigoureux sur les termes qu'on avait employés; qu'on suppléait facilement à l'omission de quelque mot en l'institution, pourvu qu'il apparût de la volonté du testateur : *Credimus plus nuncupatum, minus scriptum*. C'est ainsi que l'institution paraissait constante et suffisamment exprimée par ces mots : *Lucius hæres*, et même par ceux-ci : *Lucius esto, illa uxor mea esto*; etc., etc. Les pays de droit écrit n'étaient pas plus rigoureux; et l'on tenait pour maxime constante que, de quelque manière qu'il fût évident que le testateur avait voulu faire une institution d'héritier, on devait suivre sa volonté; l'erreur ou l'insuffisance dans les termes ne pouvait en détruire l'effet.

Faisons maintenant l'application des principes des lois romaines, et des ordonnances de 1731 et 1735, à l'acte du 17 frimaire. Nous voyons que si cet acte est qualifié de *donation à cause de mort*, on y trouve en même tems la formule *à titre d'institution* : c'est donc une donation à cause de mort, contenant une institution d'héritier; et, de même que, si elle n'eût contenu que des legs ou des dispositions particulières sans institution, elle eût pu valoir dans la forme du codicille, de même aussi, par cela qu'elle contient une institution, elle a dû être faite dans la forme du testament. Il suffit, pour s'en convaincre, de lire la loi 7, au C. *de testamentis. Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, institutio et exhereditatio probant evidenter.*

Quels eussent été les effets, en pays de droit écrit, de cette formule, *à titre d'institution*? Les appelans affectent de les méconnaître. Cependant on n'en employait pas d'autres pour faire un *héritier* dans un testament. En donnant tous ses biens, ou une partie, *à titre d'institution*, on ne s'était jamais avisé de contester le titre d'*héritiers* à ceux au profit desquels on disposait ainsi. Cette formule fut même consacrée par l'ordonnance de 1735, pour exprimer qu'on faisait des *héritiers*, comme on peut le voir par les articles 52, 70, etc. Il suffisait même de donner *cinq sous* à ses légitimaires, *à titre d'institution*, pour qu'ils dussent se considérer comme ayant été institués héritiers, et ne pussent opposer le vice de la préterition;

et l'on voudrait qu'en donnant, au même titre, la moitié de ses biens, la seule portion dont la loi permit au sieur de Baille de disposer, il n'ait pas eu l'intention de se choisir des héritiers! N'en doutons pas; si la succession se fût ouverte avant le Code civil, et que l'acte eût été régulier, comme testament, les appelans auraient mis autant de zèle à réclamer l'honneur et le profit de cette institution, qu'ils font aujourd'hui d'efforts pour faire perdre à l'acte son caractère essentiel, et pour faire méconnaître les intentions du sieur de Baille : ils l'ont trop bien prouvé par leur demande et leurs autres écrits signifiés. Si même, lorsque la succession s'est ouverte sous le Code civil, ils ont reconnu que l'acte leur attribuait la qualité d'héritiers, que n'auraient-ils pas fait sous une législation qui ne les eût pas obligés à demander la délivrance?

On ne peut croire que ce soit sérieusement que les appelans ont avancé que les mots *à titre d'institution* n'avaient aucune signification réelle (1). Ils en avaient une bien réelle, puisqu'ils étaient synonymes des mots *à titre d'héritiers*; puisque cette formule les appelait directement à la succession du défunt, les saisissait de son hérédité, et leur donnait droit aux fruits depuis le moment du décès.

Mais il est certain aussi qu'ils ne pouvaient obtenir ce titre honorable d'héritiers, que par un testament. *Si idem codicilli, quod testamenta possent, etc.*,

(1) Voir pages 30, 31 et 32 du Mémoire des appelans.

loi 7, au C. *de codicillis*; donc il est évident que le sieur de Baille a voulu faire un testament.

« Mais, disent les appelans, et c'est pour eux un
 « rempart qu'ils croient inexpugnable, « les lois ro-
 « maines sont sans application dans l'espèce présente,
 « parce qu'à l'époque où l'acte a été fait, on ne pou-
 « vait point faire d'institution d'héritiers : la loi elle-
 « même appelait les parens à l'hérédité; celles des
 « 17 nivôse an 2 et 4 germinal an 8 ne permirent
 « plus la transmission de l'hérédité; les libéralités
 « qui furent autorisées ne furent plus que de simples
 « legs, qui étaient une charge imposée à l'héritier du
 « sang. Ces lois opérèrent en sa faveur une saisine
 « directe et immédiate; dès-lors l'institution cessa
 « d'être une marque distinctive du testament : ce ne
 « fut plus qu'un vain mot, une expression inutile;
 « on ne put pas tirer avantage de celle qui était con-
 « tenue dans un acte : elle n'y produisait pas plus
 « d'effet, qu'autrefois, dans les pays de coutume, où
 « les testamens n'étaient que de véritables codicilles. »

Telle est l'objection des appelans.

Pour y répondre, examinons rapidement le système de la législation qui a précédé le Code civil, et voyons si les conséquences qu'on en tire sont fondées. D'abord la loi du 7 mars 1793 ne peut pas être invoquée, puisqu'elle se borna à abolir la faculté de disposer en ligne directe.

Celles des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 eurent pour objet d'empêcher de dépouiller les héritiers du

sang par des dispositions trop considérables en faveur d'étrangers; d'établir entre les successibles la plus parfaite égalité dans les partages; elles laissèrent aux époux la liberté de se faire réciproquement des dispositions illimitées, lorsqu'ils n'avaient point d'enfans, et sauf réduction à un usufruit, lorsqu'ils en avaient.

Résulta-t-il de ces lois l'abolition générale de tous les effets de l'institution d'héritier? Non : l'ensemble de la loi du 17 nivôse démontre le contraire; d'abord l'institution d'héritier, entre époux sans enfans, produisait les mêmes effets qu'anciennement; ainsi cette institution saisissait de plein droit l'époux institué, lui donnait droit aux fruits, du jour du décès; et, en cas qu'il n'eût été institué qu'en une partie, il aurait eu la totalité, en vertu de l'institution. L'article 14 de la loi du 17 nivôse ne laisse aucun doute à cet égard.

De même, celui qui n'avait pas de parens était maître de disposer de la totalité de sa fortune, et de la même manière qu'anciennement, par institution d'héritier ou autrement.

Les limites apposées par ces lois à la faculté de disposer n'ayant eu pour objet que l'intérêt des successibles, dont elles déterminèrent la réserve, les institutions d'héritiers ne furent abolies qu'autant qu'elles pouvaient porter atteinte à cette réserve. Mais il fut toujours loisible, en pays de droit écrit, de donner la portion disponible, soit *à titre d'institution*, soit à titre de legs.

216 1.8

Les héritiers du sang n'étaient saisis légalement que de leur réserve, et la saisine de la portion disponible continua d'appartenir à ceux qu'on avait honorés du titre d'*héritiers*. On ne trouve dans ces lois aucune dérogation, ni expresse, ni tacite, au droit ancien en cette matière; il n'était, comme nous l'avons observé, dans l'esprit de ces lois que d'établir l'égalité entre les héritiers, et de leur assurer d'une manière certaine la portion indisponible. Ainsi, pourvu que les limites qu'elles avaient tracées fussent respectées, elles ne s'occupèrent point de la manière dont on disposerait de ce qui n'était point compris dans sa prohibition; et il y eut toujours cette différence entre les dispositions à *titre d'institution* et celles faites à titre de *legs*, que, par les premières, on était saisi de l'objet de l'institution de la même manière que l'héritier appelé par la loi, au lieu que, par les secondes, on était obligé de demander la délivrance.

La loi du 17 nivôse avait embrassé, dans sa sollicitude, les parens à un degré quelconque; elle avait établi en leur faveur une réserve, toutefois plus ou moins considérable, selon que les parens étaient des descendans ou des collatéraux. Celle du 4 germinal an 8 n'établit des réserves qu'au profit des parens qui n'étaient pas à un degré plus éloigné que celui de cousin issu de germain : tous ceux dont les parens étaient au-delà de ce degré rentrèrent dans la plénitude de leurs droits; leurs libéralités purent avoir la même étendue et les mêmes caractères que celles des

époux sans enfans, au profit l'un de l'autre, sous la loi du 17 nivôse, et que celles d'un homme qui, sous cette même loi, n'avait point de parens. Ainsi ils purent *instituer*, ou en la totalité de leurs biens, ou en une partie; et lorsqu'ils n'avaient fait qu'une institution particulière, elle devenait universelle, parce que, dans ce cas, il ne pouvait y avoir des héritiers *ab intestat* et des héritiers testamentaires. De même, ceux qui avaient des héritiers à réserve purent instituer par testament, pour la portion disponible; et si, par l'événement du décès du testateur, il n'existait pas d'héritiers auxquels la loi l'obligeât de laisser une partie de sa succession, l'héritier de quote, qu'il avait fait, la recueillait toute entière.

Ceux qui ont prétendu que la loi du 17 nivôse an 2 avait assimilé les pays de droit écrit aux pays coutumiers; que les testamens n'y furent plus que de véritables codicilles; que l'institution d'héritier n'y produisait que l'effet d'un legs, ont commis une grande erreur. Ils auraient dû nous donner les preuves de cette innovation, qui nous paraît autant en opposition avec l'esprit de la loi, que contraire à ses termes, et contraire à la manière dont elle a été interprétée en pays de droit écrit. On ne citerait pas un seul notaire de ces pays qui n'ait fait et n'ait cru pouvoir faire, sous l'empire des lois des 17 nivôse et 4 germinal, des actes contenant institution d'héritier, de véritables testamens; et, sans doute, on ne prétendra pas qu'en faisant de pareilles dispositions, ils fussent persuadés

qu'elles n'avaient rien de réel; que les termes dont ils se servaient étaient inutiles, déplacés, et même ridicules.

Comment cette loi aurait-elle pu abolir, par l'article 61, tous les principes qui étaient suivis en pays de droit écrit, et notamment ceux qui étaient relatifs à la saisine des institués, lorsque cette loi ne régla rien sur cette matière, non plus qu'en bien d'autres? Ne sait-on pas, au contraire, que, dans ces pays, on appliquait le droit romain pour tout ce à quoi il n'avait pas été dérogé par les lois nouvelles, et que jamais on ne donnait une trop grande extension aux dispositions contraires aux anciens principes.

Il est évident que l'abolition portée par l'article 61, ne doit s'entendre que des lois, coutumes, etc., qui concernaient la fixation de la quotité disponible, suivant l'état de la famille du disposant, sa capacité de donner, la capacité de recevoir de la part du donataire, l'ordre des parens qui étaient appelés à succéder, etc. Mais la loi n'ayant pas réglé de quelle manière on pouvait donner la portion disponible, ni les effets que pouvait produire le genre de disposition, il fallut s'en référer aux anciens principes. Dès-lors on put donner par *testament* ou par *codicille*, à *titre d'institution*, ou à *titre de legs*; et la différence qui existait entre ces manières de disposer fut maintenue, ou plutôt ne fut pas abrogée. Ainsi l'institution ne put avoir lieu, comme auparavant, que par testament; et il fut toujours vrai de dire que lorsqu'elle avait lieu dans un

acte qui n'avait pas de dénomination, ou qui en avait une douteuse, elle annonçait que l'acte était un testament.

S'il pouvait rester le moindre doute à cet égard, il suffit de lire le passage suivant de l'Instruction de M. Bergier, sur la loi du 4 germinal an 8, sect. 6, distinct. 1, n° 196 :

« Ce titre d'héritier peut être, ou déferé à un seul
« institué, ou attribué conjointement à plusieurs,
« pour en partager l'utilité également ou inégalement;
« enfin, l'institution peut être accompagnée de legs
« dont les héritiers testamentaires sont chargés; mais
« elle ne peut pas être limitée à certaines parties de
« la succession seulement, sans disposer du surplus ».
« De sorte que personne ne peut laisser, en droit
« écrit, deux classes d'héritiers *de ses biens disponibles*,
« les uns testamentaires, les autres *ab intestat*; et que
« les héritiers testamentaires, quand ils ne seraient
« institués que pour une faible portion, ne prennent
« pas moins, par accroissement, *tout ce qui est dispo-*
« *nible de l'hérédité.* »

Cet auteur établit jusqu'à l'évidence qu'on pouvait instituer *pour les biens disponibles*, et que l'accroissement avait lieu pour *tout ce qui était disponible*, et n'avait pas été compris dans l'institution.

Au n° 198 de la même section, il établit que les héritiers testamentaires, en droit écrit, sont saisis, par la loi, *des biens disponibles* de la succession, aussitôt qu'elle s'ouvre.

Après avoir démontré que, sous les lois en vigueur à l'époque où la disposition d'Antoine-Marin de Baille a été faite, les effets de l'institution n'étaient pas abolis, nous pouvons invoquer avec plus de confiance les principes des lois romaines, et la doctrine des auteurs.

L'application que reçoit à notre espèce la loi 13, au D. *De jure codicillorum*, dont nous avons rapporté le texte, est remarquable. Il s'agit, dans l'acte du 17 frimaire, comme dans celui de la loi romaine, d'en déterminer la nature, par l'intention qu'a eue le disposant, et par les dispositions qu'il a faites..... Le jurisconsulte romain décide que, si l'acte contient une *substitution, des legs à la charge de l'héritier institué*, c'est un testament qu'on a entendu faire, et non un codicille. Dans notre espèce, le sieur de Baille a fait une institution, et des legs pies qui sont nécessairement à la charge des héritiers institués, puisqu'il ne pouvait pas porter atteinte à la réserve de la moitié de ses biens, établie en faveur de ses successeurs *ab intestat*. Il y a donc la même raison de décider que c'est un testament qu'on a entendu faire; et notre espèce est encore plus favorable, en ce que l'acte n'a pas été qualifié de codicille, comme dans la loi romaine; il a été qualifié de donation à cause de mort, qui pouvait être aussi bien un testament qu'un codicille.

On a prétendu que nous avons *très-mal interprété* l'opinion de Furgole, sur la manière dont on doit

reconnaitre un testament d'avec un codicille. Pour éviter un semblable reproche, nous nous abstenons de toute interprétation; nous nous bornerons à rapporter les passages suivans, quoique ses savantes dissertations; contenues aux chap. 2, sect. 7, et chap. 12, aient besoin d'être méditées dans leur ensemble.

Chapitre 2, section 7, n° 2. « Au contraire, il
 « faudrait regarder la disposition comme un testament
 « et non comme un codicille, si elle contenait une
 « *institution*, des *substitutions directes*, ou une *exhé-*
 « *rédation*, quand même on n'aurait appelé que cinq
 « témoins, par la raison que nous avons touchée, que
 « le contenu en la disposition doit en déterminer la
 « nature, plutôt que la formalité extérieure. Loi 14,
 « au Code *De Testam.* Dans ce cas, la disposition
 « serait nulle, suivant la loi 13, *De jure codicill. D.*

Chapitre 12, n° 35. « Que si l'acte n'est qualifié
 « ni de testament ni de codicille, il faut juger de sa
 « nature par les dispositions qu'il contient. Si, par
 « exemple, l'acte contient des institutions universelles
 « et des exhérédations qui ne peuvent pas convenir à
 « un codicille, il faut considérer la disposition comme
 « un testament. Loi 14, au C. *non codicillum, sed*
 « *testamentum*, etc. »

Même chapitre, n° 37. « Il faut néanmoins prendre
 « garde que, quoique la disposition soit nommément
 « qualifiée de codicille dans l'acte même, néanmoins
 « une telle qualification ne doit pas prévaloir sur la

« volonté qui paraît clairement par les dispositions
 « qui y sont contenues, parce que la difficulté qui
 « consiste à déterminer la nature d'un acte, est une
 « question de volonté qui peut être expliquée par la
 « qualité des dispositions. Voilà pourquoi, si l'acte
 « contient une institution d'héritier, une substitution
 « directe, et des legs, dont le testateur a chargé son
 « héritier dans l'acte qualifié de codicille, il faudra
 « le considérer, non comme un codicille, mais comme
 « un testament, et déterminer par-là sa validité ou
 « sa nullité, selon que les formalités requises au tes-
 « tament ont été observées ou négligées. L. 13, de
 « *jure codicill.* »

Voilà donc à quoi se réduit cette affaire, que par tant d'efforts on a cherché à rendre douteuse, afin d'en tirer la conséquence que, *dans le doute, il fallait entendre et expliquer l'acte dans le sens qui peut le faire valoir.* Il faudrait, pour qu'il y eût du doute, que l'institution d'héritier ne fût pas la plus forte de toutes les preuves de l'intention qu'on a eue de faire un testament, plus forte même que celle qui se tire de la dénomination donnée à l'acte, et de la solennité qu'on y a observée. Ce ne sont pas seulement les lois romaines, dont nous avons rapporté le texte, et Furgole qui nous l'apprennent, mais tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière : *Nam adhuc ob illam hæredis institutionem, testamentum conficere voluisse præsumitur. Hujus traditionis ea est ratio, quia actus non judicatur à nudâ denominatione, sed*

ab effectu..... Menochius, De præsumptionibus, lib. 4, præsumptio 3.

Mantica répond ainsi à l'objection tirée de la manière dont on doit interpréter l'acte en cas de doute : *Nec officit, quod in dubio sit capienda illa conjectura, quæ facit actum valere, quia romanus respondet in D. § Tractari in fine : hoc verum esse quandò facit actum valere, eo modo quo fuit actum; sed ex hæredis institutione colligitur evidenter, quod quis voluerit facere testamentum. Igitur contrà voluntatem defuncti non debet id sustineri jure codicillorum, est magis tolerabile, reddi inutilem testatoris dispositionem, quam aliquid admitti ut valeat contrà ejus voluntatem. Lib. 2, tit. 3.*

On voit par là que la maxime, *in dubio*, est vraie à l'égard de toute disposition qui, portant à l'extérieur un caractère particulier, ne présente des doutes que sur le fond des choses qui en sont l'objet; mais qu'elle cesse d'être applicable, lorsque, la disposition étant conçue dans des termes qui annoncent un genre de disposition, on voudrait, pour lui conserver son effet, la transformer en disposition d'un autre genre : *Quandò fit digressio de unâ specie in alteram speciem diversam, sicuti cum digreditur de testamento ad codicillos..... Nam in casu..... substantia testamenti omninò repugnat substantiæ codicillorum, cum in codicillis, directè quis hæres institui non possit, et tamen potest in testamento..... Meuoeh. De præsump, præsumpt. 2, n° 20.*

Il est à remarquer que les auteurs n'hésitent pas à regarder comme testament l'acte qui contient une institution, quand même il serait qualifié de codicille, et quand même il ne serait fait qu'en présence de cinq témoins. Ne doit-on pas, à plus forte raison, le décider ainsi pour un acte qui a une qualification commune au testament et au codicille, et qui est fait en présence de six témoins, y compris le notaire, dans une campagne où le nombre des personnes capables d'être témoins était rare, et lorsque, pour un codicille, il suffisait d'y en employer cinq? (Ordonnance de 1735, art. 14).

Que sert, après cela, de dire *qu'on semble avoir évité à dessein le mot testament* (1), lorsqu'il est certain qu'on pouvait faire une donation à cause de mort par testament, et qu'en y faisant une institution d'héritier, on faisait un véritable testament? Fût-il vrai, d'ailleurs, qu'on eût évité ce mot à dessein, la loi n'y verrait pas un motif pour le faire valoir comme codicille. Elle y verrait plutôt un moyen détourné pour faire un héritier, sans employer les formalités rigoureuses prescrites pour les testamens.

Quelques explications que les appelans s'efforcent de donner aujourd'hui sur la qualité de cet acte du 17 frimaire an 11, qu'ils avaient si long-tems eux-mêmes qualifié de *testamens* dans tous leurs actes de procédure, leurs propres aveux prouveront toujours la

(1) Voyez page 2 du Mémoire des appelans.

certitude où ils étaient, que M. de Baille avait voulu les gratifier par un *testament*, et il devra paraître extraordinaire qu'ils aient cru pouvoir faire, à volonté, de sa disposition, un testament ou un codicille.

Nous ne pouvons passer sous silence la défaveur qu'ils ont cherché à jeter sur la mère de Mélanie de Baille, en supposant qu'elle n'avait pas vécu en bonne intelligence avec le testateur (1). Que ne peut-elle faire entendre, elle-même sa voix, et apprendre à la justice les manœuvres qu'on mit peut-être en usage pour chercher à les désunir ! Les papiers de la succession nous apprennent, toutefois, qu'Antoine Marin était détenteur de la succession d'Antoine de Baille de Malmont ; que cette succession appartenait au père de Mélanie ; que même ce dernier n'avait touché qu'une faible partie de ses droits légitimaires : il ne réclama rien de son vivant ; et son désintéressement fut imité par sa veuve. Sont-ce là de mauvais procédés, des preuves de mésintelligence ?

On ne sait non plus sur quel fondement les adversaires ont parlé de *soupçons mystérieusement répandus*, d'*imputations publiques* ou *secrettes*. Forts de notre conscience, nous leur faisons le défi de prouver que nous ayons dit, soit en public, soit en particulier, autre chose que ce que nous leur avons dit à eux-mêmes. Nous nous sommes plaint avec raison de ce qu'ils n'avaient produit leur titre que plus de

(1) Page 3 de leur Mémoire.

926929

sept ans après le décès du sieur de Baille, et de ce qu'ils ne s'étaient pas présentés pour concourir au partage judiciaire.

Quant à leur parenté, nous ne l'avons jamais contestée; mais nous n'avons trouvé, dans la succession, aucun acte qui en établit le degré; au reste, cette parenté ne saurait, aux yeux de la Cour, donner effet à un acte nul.

Ne serait-ce pas aussi pour inspirer quelque intérêt de plus, que nos adversaires ont cru devoir parler *de leur vêtement commun*? comme s'ils ignoraient que si la justice ne fit jamais acception des personnes, elle ne se laissa aussi jamais surprendre par ces petits moyens.

Quant à nous, investis de la succession de notre oncle, par la voie de la nature et l'autorité de la loi, que produit-on pour nous dépouiller? un acte, qui, sous quelque aspect qu'on l'envisage, ne peut soutenir les regards de la justice, et sur la validité duquel les appelans eux-mêmes ont peu compté. Nous devons donc attendre avec autant de calme que de respect la décision de la Cour.

DE LAGREVOL.

M^e LAFONT, *Avoué-licencié*.