



M É M O I R E

POUR Demoiselle Jeanne
DARROS, Veuve du sieur
JEAN BONS, Appel-
lante.

CONTRE Pierre & Marie Bons,
frere & sœur, Intimés.

LA femme qui convole à des secondes nûces, sans avoir fait pourvoir de Tuteur à ses enfans pupilles, ne conserve-t-elle pas le droit d'élire ? C'est la principale question que ce Procès présente ; question sur laquelle la Jurisprudence de la Cour, est depuis long temps fixée, d'après le bons principes ; & qui est d'ailleurs subordonnée à une fin de non-recevoir, prise de la prescription, qui suffiroit seule pour faire échouer les vaines tentatives que font les Adversaires, pour rendre inutile & sans effet la dernière volonté de leur ayeul.

F A I T :

Le 6 Avril 1709, André Bons, habitant de Montgaillard en Bigorre, fit son Testament, qui fut retenu par Me. Vergés,

A



Prêtre & Vicaire de Montgaillard : le Testateur n'ayant pu, est-il dit dans cet acte, avoir la présence du Notaire, qui s'étoit trouvé absent, étant allé à Bagnères.

André Bons déclara qu'il avoit cinq enfans, savoir, Jean, Hilaire, Pierre, Marguerite & Françoise, auxquels il laissa la légitime telle que de droit, sans les instituer nommément ses héritiers.

Il institua d'ailleurs pour son héritière générale & universelle, Marie Deffis sa femme, à la charge par elle de remettre son héritage à celui de ses enfans qu'elle jugeroit à propos & d'acquiescer sa dernière volonté.

André Bons décéda bientôt après dans ces dispositions.

Marie Deffis sa femme se remaria le 12 Août 1717, sans avoir rendu son compte tutélaire, & sans avoir fait pourvoir de Tuteur à Françoise Bons sa fille, qui étoit encore pupille; elle continua néanmoins de jouir de l'héritage de son premier mari, comme elle en avoit joui depuis son décès.

Cela dura jusqu'au 2 Mai 1730, temps auquel Marie Deffis remit le fidéicommissaire à Jean Bons, son fils aîné, en exécution du Testament d'André Bons.

Jean Bons se mit en conséquence en possession des biens dépendans de la succession de son père : il en jouit pendant plusieurs années, & jusqu'au 19 Septembre 1754, qu'il les vendit aux sieurs Crabere, Villon & Abadie, au prix de 4530 liv.

Ces acquéreurs jouirent à leur tour, & sans aucun trouble, des biens acquis jusqu'au 18 Juin 1758; mais à cette époque Pierre & Marie Bons, Adversaires, enfans & héritiers de Pierre Bons, celui-ci fils d'André, les assignèrent devant le Sénéchal de Bigorre, en délaissement de ces mêmes biens, avec restitution des fruits.

Sur cette assignation l'Exposante prit le fait & cause des acquéreurs, & demanda leur relaxe : ses moyens pour l'obtenir étoient fondés sur la possession paisible & non interrompue de près de cinquante années, & sur le Testament d'André Bons, en exécution duquel Jean Bons son mari à qui elle a succédé, avoit été nommé pour recueillir le fidéicommissaire.

Le 30 Juin 1761, les Adversaires réunirent leurs conclusions dans une Requête, dans laquelle considérant André Bons, comme s'il étoit décédé *intestat*, ils demandèrent 1°. le délaissement de la cinquième portion des biens d'André Bons, comme représentant Pierre Bons leur père. 2°. Le délaissement de la quatrième partie de la portion compétant à Hilaire Bons, autre fils d'André, pour en jouir par voye d'administration, avec offre de donner caution, en cas de retour d'Hilaire Bons qui étoit absent. 3°. La portion des mêmes biens les concernant du chef de Marguerite Bons décédée *intestat*, & la portion qui devoit leur revenir à ce sujet du chef d'Hilaire

Bons, le tout avec restitution des fruits, depuis l'indue occupation; les Adversaires conclurent enfin, que sans avoir égard à l'élection faite par Marie Delfis, en faveur de Jean Bons, & la déclarant nulle & sans effet, il fût ordonné qu'il seroit procédé vis-à-vis l'Exposante, à la division & partage des biens ayant appartenu à André Bons en la forme ci-dessus.

Sur quoi le Sénéchal de Bigorre rendit, le 8 Janvier 1762, une Sentence, par laquelle "sans s'arrêter à l'institution héréditaire contenue dans le Testament d'André Bons du 6 Avril 1709, laquelle est déclarée nulle & de nul effet, non plus qu'à l'acte du 2 Mai 1730, contenant élection & restitution, du fideicommiss de l'hérédité d'André Bons. Les Adversaires sont maintenus au cinquieme de la succession d'André Bons comme représentant Pierre Bons leur pere: ce faisant & sans avoir égard aux fins de non-recevoir, opposées par l'Exposante & l'en déboutant, il est ordonné que par Experts, convenus ou pris d'office, il sera procédé à la division & partage des biens délaissés par André Bons, en cinq portions égales, eu égard à la valeur des biens & au nombre de ses enfans, au temps de son décès, & en conséquence les sieurs Crabere, Villon & Abadie sont condamnés à délaissier aux Adversaires 1°. La cinquieme portion des biens par eux acquis, suivant l'acte du 19 Septembre 1754. 3°. La quatrieme partie de la portion échue tant à Margueritte Bons décédée *intestat*, qu'à Hilaire Bons absent depuis plus de 10 ans, & finalement le tiers de la portion échue au même Hilaire Bons du chef de Margueritte sa sœur, pour en jouir par voye d'administration & à charge de donner à ce sujet bonne & suffisante Caution; l'Exposante & les acquéreurs sont condamnés à la restitution des fruits, chacun comme les concerne; l'Exposante est encore condamnée à donner un état du surplus des biens ayant appartenu à André Bons, si point y en a, pour être procédé à semblable partage; & à l'égard de la garantie demandée par les sieurs Villon, Crabere & Abadie, l'Exposante est requise à prendre leur fait & cause, & condamnée à la pleine garantie à leur égard, & aux dépens envers toutes Parties.

L'Exposante a relevé appel en la Cour de cette Sentence; & la clauson prise, elle a donné une Requête tendante, à ce qu'en disant droit sur son appel, cassant ou reformant la Sentence du Sénéchal, demeurant la somption de cause par elle faite pour les sieurs Crabere, Villon & Abadie, ils soient relaxés de même qu'elle des fins & conclusions prises par les Adversaires par fins de non-valoir, de non-recevoir & par toutes autres voies & moyens de droit, avec dépens.

C'est l'état du Procès.

Pour reduire la discussion ⁴ à des objets simples , on établira : *en premier Lieu* , que la prescription forme un obstacle insurmontable au succès des demandes des Adversaires ; *en second Lieu* ; on fera voir que le Testament d'André Bons , doit être maintenu ainsi que l'Acte d'élection fait en conséquence par Marie Deffis.

Ces propositions ont déjà été établies avec avantage dans un précédent Ecrit , quoique dans un ordre différent ; mais les Adversaires ont tant fait d'efforts dans leur Instruction pour embrouiller la matiere qu'on a cru qu'il étoit nécessaire de les ramener aux vrais principes , & de réfuter les moyens dont ils ont fait usage pour soutenir la Sentence du Sénéchal.

§. P R E M I E R.

Si l'Exposant peut invoquer une possession utile de trente années ; il est évident qu'elle a prescrit contre les Adversaires , la priété des biens dépendans de l'hérédité d'André Bons , & puisqu'ils sont non-recevables à demander la division & partage de cette hérédité. C'est surquoi il n'est pas possible de former le moindre doute.

Les Adversaires sont encore forcés de convenir que la prescription a couru utilement contre eux depuis le 2 Mai 1730 ; époque à laquelle Marie Deffis restitua le fidéicommiss au mari de l'Exposante , jusqu'au 18 Juin 1758 , date de l'Exploit introductif d'instance ; ce qui comprend un espace de plus de 28 années , mais ils prétendent que l'Exposante ne peut pas s'aider de la possession antérieure de Marie Deffis ; en premier lieu , parce que Marie Deffis n'a pas entendu prescrire l'hérédité de son mari ; en second lieu , parce qu'elle n'a pas pu prescrire quand elle l'auroit voulu , & en troisieme lieu , parce que Marie Deffis eût-elle entendu & pu prescrire ; l'Exposante ou son mari n'auroient pas pu s'aider de sa possession pour la joindre à la leur.

Il est facile de détruire ces objections.

Et d'abord c'est une ridiculité de prétendre que la possession de Marie Deffis ne doit être comptée pour rien , sous prétexte qu'elle n'a pas entendu prescrire l'hérédité de son mari qu'elle étoit chargée de rendre , & qu'elle a en effet rendue.

Il est vrai , que suivant Dunod dans son Traité des prescriptions , page 16 , pour pouvoir prescrire il faut posséder , *cum affectione domini* ; mais la seule conséquence que l'Adversaire auroit dû tirer de ce principe avec l'Auteur , c'est que les Fermiers , les dépositaires , les usufructiers & les autres qui reconnoissent un propriétaire ne possèdent pas de maniere à pouvoir prescrire , *parce qu'ils n'ont qu'une simple détention de fait*

fait, sans aucun mélange de propriété⁵; mais comment seroit-il possible de considérer Marie Deffis sous le même point de vue?

Marie Deffis avoit été instituée héritière générale & universelle par son mari à charge de rendre son hérité à celui de ses enfans qu'elle jugeroit à propos; Marie Deffis étoit donc véritablement héritière grevée, & non pas simplement héritière fiduciaire, comme les Adversaires paroissent avoir voulu le donner à entendre, quoique sans aucune utilité pour leur système. Or, il n'est ignoré de personne que la propriété de l'hérité & celle de toutes les actions qui en dépendent, réside sur la tête de l'héritier grevé, jusqu'à la restitution du fidéicommis, ce qui est si vrai, que suivant M. de Catellan, liv. 7, ch. 7, l'héritier chargé de rendre, a le droit de retenir les dettes passives prescrites pendant sa jouissance, & qu'il prescrit même à son profit les legs que le Testateur a fait à ses enfans; c'est encore la Doctrine de Maynard, liv. 4, ch. 24, & liv. 5, ch. 56; de Ferrière sur la quest. 313, de Guipape & de Duperier, liv. 3, quest. 20.

Il est donc incontestable que la possession de l'héritier grevé a tous les caractères que les Loix exigent pour opérer la prescription; de-là vient que la prescription commencée sur la tête de l'auteur de la substitution, se continue sur la sienne, suivant les Auteurs qu'on vient de citer; de-là vient encore, que Dunod partie 3, ch. 4, enseigne lui-même, que quoique les Loix déclarent nulle l'aliénation faite par l'héritier grevé; il n'est pas juste que le cours de la prescription soit interrompu pendant sa jouissance.

La jouissance de Marie Deffis ne peut donc être considérée que comme une possession réelle & véritable, & c'est une idée si bizarre de prétendre qu'elle n'a pas entendu prescrire, parce qu'elle a restitué le fidéicommis, qu'il seroit inutile de s'y arrêter davantage.

D'autre part les Adversaires n'ont pas mieux réussi à prouver que Marie Deffis n'auroit pas pu prescrire quand elle l'auroit entendu; car tout ce qu'ils ont dit à cet égard se réduit à quelques généralités prises au hasard, dans Dunod & qui sont sans application.

Qu'importe d'observer, que personne ne peut prescrire contre son titre, qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'avoir un titre vicieux, que la possession doit être référée au titre? Cela peut bien servir à prouver que Marie Deffis est censée avoir entendu posséder l'hérité de son mari, en vertu de son Testament & comme héritière grevée; mais c'est précisément d'où l'Exposante conclut qu'elle a donc possédé valablement, & que cette possession jointe à la sienne doit opérer la prescription.

En envisageant même le Testament d'André Bons, comme vicieux & nul, en supposant avec les Adversaires que Marie

Deffis ne pouvoit pas se dire héritière de son mari, parce qu'elle n'avoit aucune espece de titre, & que si elle en avoit eu, elle auroit perdu sa qualité d'héritière, IPSO FACTO, par son convol; sa possession seroit encore, s'il est permis de s'exprimer ainsi, plus réelle & plus véritable, & par conséquent plus à l'abri de toute critique; que Marie Deffis ait donc possédé en exécution de l'institution héréditaire contenue en sa faveur dans le Testament de son mari, ou qu'elle ait joui indépendamment de cette institution, & comme tout autre auroit pu faire, dans tous les cas, la fin de non-recevoir, prise de la prescription est invincible.

Sans que l'on puisse opposer, que suivant un Arrêt du 2 Mai 1738, rapporté par Serres dans ses Institutes, page 376, l'héritier grevé ne peut pas prescrire au préjudice des substitués; car indépendamment de ce que l'Arrêt cité par Serres & qui se trouve rapporté au Tome 6, pages 139 & 140, du nouveau Journal du Palais, ne jugea autre chose si-non que l'Election au fidéicommiss doit être gratuite, d'ailleurs il ne s'agit pas de savoir si Marie Deffis a pu prescrire au préjudice des substitués, puisque la prescription ^{est} opposée du chef de Pierre Bons, héritier fidéicommissaire; mais il est seulement question de décider si la prescription a pu commencer de courir contre les Adversaires sur la tête de Marie *Deffis*.

Or, c'est ce qui ne sauroit être contesté à partir même des principes qui furent établis lors de l'Arrêt du 2 Mai 1738, cité par les Adversaires: le Journaliste observe en effet à propos de cet Arrêt, que la prescription court contre les éligibles au fidéicommiss, lorsqu'ils négligent de se pourvoir dans le temps convenable contre l'Election, nulle & vicieuse faite par l'héritier grevé, ce qui fournit à l'Exposante un argument de plus; car si les Eligibles perdent par la prescription le droit d'attaquer une Election nulle; comment les Adversaires qui ne veulent pas reconnoître la disposition de leur grand-pere, pourroient-ils se faire un rempart de cette même disposition contre la prescription qui a couru contre eux? N'ont-ils pas été les maîtres d'attaquer plutôt le Testament d'André Bons? Pourquoi ont-ils souffert que Marie Deffis jouit de son hérédité, dès qu'elle n'avoit suivant eux aucun droit pour cela, vu qu'elle l'avoit perdu par son convol?

Et qu'ils ne se flattent pas d'accréditer cette troisième erreur, qui consiste à dire que la possession de Marie Deffis, en la supposant bonne & valable, ne pourroit pas être jointe à celle de l'Exposante & de son mari: inutilement, ont-ils copié ce que dit Dunod page 20, où il parle des caracteres que doit avoir la possession qu'on veut joindre à la sienne pour former la prescription; l'Exposante n'a besoin que des principes de ce même Auteur, pour faire voir qu'elle est in-

contestablement fondée à s'aider⁷ de la possession de Marie Deffis.

Dunod enseigne, il est vrai, que la possession qu'on veut ajouter à la sienne ne doit pas être viciée ; mais n'a-t-on pas prouvé jusqu'à l'évidence que celle de Marie Deffis ne l'étoit pas ? Cet Auteur ajoute qu'il faut que les deux possesseurs aient possédé comme maîtres ; or, c'est ce que Marie Deffis a fait puisqu'elle étoit grevée ; la possession de l'Exposante & de Marie Deffis sont d'ailleurs uniformes. Marie Deffis n'étant pas simplement usufruitière, comme les Adversaires voudroient le faire entendre, mais au contraire vraie propriétaire des biens de l'hérédité de son mari, jusqu'à la restitution du fidéicommiss, au point que les Adversaires ont eux-même déclaré dans leur Instruction qu'elle auroit eu la propriété incommutable, si tous ses enfans étoient morts avant l'Élection ; c'est enfin de Marie Deffis & d'André Bons, cumulativement que l'Exposante tient sa possession, & par conséquent, tout comme suivant ce que dit Dunod, *loco citato*, le légataire peut se prévaloir de la jouissance de l'héritier qui n'a pas d'abord délivré le legs, de même & à plus forte raison, l'Exposante peut-elle s'aider de la possession de Marie Deffis héritière grevée ?

Par la restitution du fidéicommiss, le mari de l'Exposante fut mis au lieu & place de Marie Deffis, dont tous les droits passèrent sur sa tête, comme s'il avoit été lui-même institué héritier par son pere, car tel est l'effet de la restitution du fidéicommiss, que le substitué est censé recevoir les biens plutôt de l'auteur de la substitution que de l'héritier grevé, *magis à gravante, quam à gravato* ; les droits de l'Exposante sont donc à tous égards les mêmes que si Jean Bons son mari avoit succédé à son pere immédiatement après son décès.

La prescription a donc couru utilement contre les Adversaires, non-seulement depuis l'Acte d'élection fait en faveur du mari de l'Exposante en 1730, mais encore pendant la jouissance de Marie Deffis qui a duré depuis 1709, de manière que les Adversaires entreprennent de faire revivre des prétendus droits qui seroient éteints par une possession de 49 ou 50 années, s'ils avoient jamais existé.

C'est pour faire échouer des entreprises aussi contraires à la tranquillité des familles, qu'on est favorable à invoquer la prescription ; c'est alors qu'on peut à bon droit l'appeler la patronne du genre humain, *patrona generis humani* ; quel citoyen seroit à l'abri d'inquiétude sur ses propriétés, s'il étoit exposé à être recherché après un aussi long espace de temps ?

L'Exposante est donc aussi favorable que bien fondée à opposer aux Adversaires une fin de non-recevoir, prise du laps du temps & de la prescription. Cette exception fait au surplus évanouir généralement toutes leurs demandes ; c'est à-dire tant

celles qui ont été formées de leur chef propre, que de celui d'Hilaire Bons, absent, & de Marguerite Bons décédée intestat.

§. II.

Quand les Adversaires ne seroient pas non-recevables dans leurs prétentions, ils y seroient mal fondés, parce que le Testament d'André Bons du 6 Avril 1709, devoit être maintenu ainsi que l'Acte d'élection fait en conséquence.

1°. Les Adversaires ont proposé une foule de moyens de nullité, tous également frivoles contre le Testament d'André Bons; l'Exposante pourroit se dispenser d'y répondre, puisque le Sénéchal n'a rien prononcé à cet égard; mais on va les parcourir pour faire raison aux Adversaires sur tout.

Le premier moyen de nullité a été pris de ce que Me. Vergés, Prêtre, qui retint ce Testament n'étoit pas Vicaire du Lieu de Montgaillard, & encore de ce que Me. Vergés ne remit pas le Testament dont il s'agit à un Notaire d'abord après qu'il l'eût retenu.

Ce moyen manque d'un côté dans le fait, & de l'autre il est improposable dans le droit.

Dans le fait, Me. Vergés étoit Vicaire du Lieu de Montgaillard, cela résulte du Procès-verbal de remise du Testament, & si ce Procès-verbal ne suffisoit pas pour le prouver, l'Exposante ne seroit pas embarrassée de rapporter d'autres preuves.

Dans le droit il n'y a ni Loi ni Ordonnance qui fixe le temps dans lequel les Curés & Vicaires sont obligés de remettre les Testamens qu'ils retiennent devers les Notaires. Eh! comment la validité d'un Testament pourroit-elle dépendre de la négligence du Curé ou du Vicaire qui l'auroit retenu? Ce moyen est donc improposable.

Le second moyen de nullité a été pris de ce que Me. Vergés étoit légataire dans le Testament d'André Bons, & par conséquent prohibé de le retenir, suivant l'article 27 de l'Ordonnance d'Orléans & l'article 63 de l'Ordonnance de Blois.

Ce moyen est aussi frivole que les précédens. Il est vrai qu'André Bons légua dans son Testament au Curé & aux Vicaires de Montgaillard, à chacun six livres pour lui en dire des Messes, il est encore vrai que les Ordonnances citées par les Adversaires, prohibent aux Curés & Vicaires des Paroisses, de retenir les Testamens où il leur seroit fait, ou à leurs pères des libéralités même à titre legs pies; mais quand on suppose qu'un legs aussi modique que celui qui fut fait à Me. Vergés pour en dire des Messes, devoit l'empêcher de recevoir le Testament d'André Bons; ce Testament seroit-il moins valable?

lable ? Me. Ricard , tom. 1 , part. 1 , ch. 5 , sect. 3 , n^o. 1355 , répond que non , & que suivant une foule de textes du droit qu'il cite , *si celui qui a écrit le Testament y a écrit quelque chose en sa faveur , cette disposition demeure sans effet en particulier sans donner atteinte au surplus du Testament.*

Les Adversaires prétendent , en troisieme lieu , que le Testament dont il s'agit est nul , par le défaut de signature du Testateur & de plusieurs témoins , sans qu'ils aient été requis de signer.

Mais c'est encore une très-mauvaise critique ; pour en faire voir le vuide & la frivolité , il suffit de rapporter la Doctrine de M. de Cambolas , liv. 2 , ch. 44 , & de M. Dolive , liv. 5 , ch. 5 , qui enseignent ,, que l'Ordonnance de Blois qui fait ,, une Loi aux Notaires & autres personnes publiques de faire ,, signer les Testamens par les Testateurs qui savent signer & ,, par les témoins , ou de faire mention de la cause pour la ,, quelle ils ne l'auroient pas fait , n'est pas observée en la ,, Cour ; cette Ordonnance , dit M. Dolive , n'est pas en usage dans nos jugemens qui , par le mouvement de l'utilité publique qui s'intéresse dans la substance des dernières volontés des mourans , se portent plus volontiers à suivre une des nouvelles constitutions de l'Empereur Léon , qui veut que le nombre suffisant des témoins fasse valoir un testament quoique destitué des feings des sceaux & des suscriptions du Testament & des témoins. M. Dolive & M. de Cambolas rapportent d'ailleurs plusieurs Arrêts lors desquels on n'eût aucun égard au moyen de nullité que les Adversaires proposent ; dans l'espece de ces Arrêts , le Notaire avoit omis de déclarer , comme l'a fait Me. Vergés , la cause pour laquelle les Testateurs avoit omis de signer.

Le Testament nuncupatif étoit donc valable avant l'Ordonnance de 1735 , & suivant la Jurisprudence de la Cour , quoique non signé par le Testateur & par les témoins , pourvu que les témoins fussent d'ailleurs en nombre suffisant. Le Testament dont il s'agit ne peut pas être querellé sur le fondement du défaut de signature du Testateur & des témoins , ou de réquisition à eux faite de signer : il ne peut pas l'être non plus par défaut de témoins en assez grand nombre , car on en compte dix qui assisterent au Testament & huit qui le signerent. La volonté d'André Bons étant donc aussi assurée & aussi clairement constatée qu'elle peut l'être , c'est évidemment le cas de s'en tenir à la Doctrine de M. Dolive , de M. de Cambolas & à la Jurisprudence constante de la Cour.

D'autant mieux qu'il s'agit ici d'un Testament entre enfans , puisque les enfans d'André Bons devoient seuls recueillir le fruit de sa disposition ; or , il n'est ignoré de personne , que ces Testamens ont toujours joui d'une faveur singulière , au point que suivant Henris , tom. 2 , liv. 5 , quest. 40 , le Testament

entre enfans étoit valable avant l'Ordonnance de 1735, quoique le Notaire ne l'eût pas signé, & l'Article 15, de cette Ordonnance veut même que des pareils Testamens puissent être reçus par deux Notaires sans témoins, ou par un Notaire avec deux témoins seulement.

Enfin les Adversaires ont fait les plus grands efforts pour prouver que le Testament d'André Bons est nul par prétérition, André Bons ayant omis d'instituer ses enfans héritiers en leur légitime.

Pour faire voir avec évidence que leur système est insoutenable, il faut commencer par se bien fixer sur la question que ce prétendu moyen de nullité présente; elle consiste à savoir si par le défaut d'institution des enfans d'André Bons, son Testament est nul, non-seulement quant à l'institution faite en faveur de sa femme; mais encore à l'égard de toutes les dispositions qu'il renferme; de sorte qu'il n'ait pu produire aucun effet, ni par conséquent autoriser Marie Deffis à élire le mari de l'Exposante pour recueillir le fidéicomis.

L'Exposante soutient que ce Testament, quoique nul, quant à l'institution de Marie Deffis, doit être confirmé pour ce qui concerne les enfans du Testateur, & elle se fonde d'abord sur ce qu'avant l'Ordonnance de 1735, concernant les Testamens, il se jugeoit constamment au Parlement de Toulouse, que quoique suivant la Nouvelle 115, la légitime dût être laissée à chacun des enfans à titre d'institution, la formalité de l'institution des enfans n'étoit pourtant absolument nécessaire; que dans les Testamens où un étranger étoit institué héritier au préjudice des enfans, au lieu que ce défaut de formalité n'étoit d'aucune considération, lors qu'un des enfans étoit institué héritier: c'est ce qui résulte des Arrêts & de la Doctrine de M. de Cartelan liv. 2 ch. 34, de Ferrière sur Guypape quest. 456, de M. d'Olive liv. 5 ch. 12, de Boutaric dans ses Institutes p. 308, & plus expressement encore de la Réponse 19 du Parlement de Toulouse aux questions proposées par M. le Chancelier, sur la matiere des Testamens. On ne comprend pas comment les Adversaires sont assez aveuglés pour ne pas y voir leur condamnation.

„ Nous distinguons, dit le Parlement dans cette Réponse,
 „ si l'héritier est fils ou descendant du Testateur, remplissant
 „ le premier degré; ou bien s'il est étranger: s'il est fils ou
 „ descendant du Testateur, remplissant le premier degré, Nous
 „ n'exigeons pas que la légitime soit laissée aux autres enfans
 „ à titre d'institution, soit à cause de la clause codicillaire,
 „ qui est, comme nous avons dit toujours, sous entendue dans
 „ les Testamens entre les enfans & descendants; soit à cause de
 „ l'attention que nous avons de conserver la dernière volonté
 „ des peres & meres que nous avons affranchis à l'égard des

„ enfans , par notre Jurisprudence , de toutes les formalités
 „ requises par le droit , pour la validité des dernières volon-
 „ tés ; en sorte qu'il nous suffit de la connoître pour la con-
 „ server.

„ Par toutes ces raisons , ajoute-t-on encore , nous jugeons
 „ que si l'héritier est fils ou descendant du Testateur , remplis-
 „ sant le premier degré , il n'est pas nécessaire que la légitime
 „ soit laissée aux enfans à titre d'institution ; si l'héritier est
 „ étranger , nous jugeons qu'elle doit leur être laissée à titre
 „ d'institution.

La Jurisprudence de la Cour ainsi fixée , la question se re-
 duit à savoir , s'il en doit être du Testament dans lequel la
 femme est instituée héritière , à charge de rendre à un des en-
 fans du Testateur , comme du Testament dans lequel ce Testa-
 teur institue lui-même purement & simplement un de ses
 enfans.

Or , il est vrai que la femme ne peut pas jouir de l'effet de
 l'institution faite en sa faveur , & c'est par cette raison que le
 Testament doit être déclaré nul quant à l'institution ; mais la
 nullité de l'institution ne peut pas annuler le Testament , pour
 ce qui concerne les enfans vis-à-vis de qui le défaut d'institu-
 tion n'est compté pour rien ; le seul effet que cette nullité peut
 produire , c'est de convertir la Substitution faite au profit des
 enfans en institution directe , de manière que le Testament com-
 mence alors au second degré *incipit à secundo gradu* , & doit
 être exécuté comme si le Testateur avoit lui-même institué héri-
 tier le substitué ou fideicommissaire.

André Bons ayant donc institué Marie Deffis sa femme , à
 charge de remettre son hérité à celui de ses enfans qu'elle
 jugeroit à propos ; c'est comme s'il avoit institué de sa propre
 bouche , celui de ses enfans que Marie Deffis a élu en exéc-
 ution de son mandat , & tout comme dans le cas de l'institution
 faite par André Bons au profit d'un de ses enfans ; la préte-
 rition ou le défaut d'institution des autres ne pourroit pas an-
 nuler le Testament , il en doit être de même dans l'espèce
 présente , *substitutio enim est secunda institutio*.

Peu importe qu'André Bons n'ait pas dit précisément qu'il
 instituait héritier celui de ses enfans qui seroit nommé par sa
 femme & qu'il ait voulu que sa femme rendît son hérité en
 qualité d'héritière grevée ; tout ce qu'on peut en conclure , c'est
 que le Testateur a voulu deux choses ; savoir , que sa femme
 fût la première héritière , & qu'après elle un de ses enfans à
 son choix recueillît son hérité ; il est arrivé par événement
 que le premier degré d'institution est nul , & qu'il faut par
 conséquent que ce premier degré soit rempli par ceux qui n'a-
 voient été institués qu'en sous ordre ; mais il faut que cela se
 fasse en conservant la volonté du Testateur qui a voulu que

son entière hérédité fût déferée à l'un de ses enfans au choix de sa femme.

Il est décidé par la Loi 43, ff. de vulg. & pupill. subst. que lorsque le premier degré d'institution est nul, la substitution se convertit en institution directe; tout de même que si les substitués avoient été directement institués héritiers, quoiqu'il n'eût pas été du tout parlé du premier institué. *Lucius Titius*, dit la Loi, *cum haberet filios in potestate uxorem hæredem scripsit & ei substituit filios quæsitum est an institutio uxoris nullius momenti sit eo quod eo gradu filii essent exhæredati*. Le Jurisconsulte répond, *eum gradum à quo filii præteriti sunt nullius esse momenti & ideo cum iidem substituti proponantur ex testamento videri eos hæres extitisse*.

Dans ce cas on rejette le premier degré d'institution comme non-avenue, suivant la disposition du paragraphe *ex imperfectio* de la Loi 21, Cod. de Testamentis, pour faire commencer le Testament par le second degré, en convertissant la substitution en institution directe, *primò gradu viciato incipit Testamentum à secundo*, comme dit Godefroi sur la Loi 34 de vulgari subst. ce qui est conforme à la décision de plusieurs autres Loix, & notamment de la Loi 3 in fine de injusto, de la Loi 35 de hæred. inst. & de la Loi 3, s. ult. de liber. & post.

Les Adversaires opposeroient au surplus vainement, que toutes ces Loix sont dans le cas de la Substitution vulgaire, & qu'il s'agit ici d'un fideicommiss : car la Jurisprudence a toujours confondu sur ce point la Substitution vulgaire avec la fidéicommissaire; enforte que la caducité de l'institution n'empêchoit pas que le fidéicommissaire ne recueillît l'hérédité du Testateur. C'est ainsi que le Parlement l'a attesté dans sa réponse aux questions proposées par M. le Chancelier d'Aguesseau, au sujet des Substitutions, question 12, en ces termes : „on a cru enfin qu'il étoit de l'équité de confondre la Substitution fidéicommissaire avec la vulgaire : or comme la caducité de l'institution n'emporte pas la caducité de la Substitution vulgaire, elle ne doit pas emporter la Substitution fidéicommissaire.

Cette Jurisprudence est d'ailleurs conforme à la doctrine de Fernand, sur la Loi in quartam præf. 2 cap. 3. n°. 7, de Ferriere sur la quest. 456 de Guip. qu'on a déjà cité, & de Duperier liv. 1. quest. 24 : ces Auteurs enseignent unanimement, que si l'héritier institué est chargé d'un fideicommiss universel en faveur des enfans du Testateur, l'omission d'instituer les enfans est réparée par le fideicommiss.

Il est vrai qu'au préjudice de ces principes, il est intervenu quelques Arrêts qui ont cassé des Testamens, dans lesquels les enfans n'avoient pas été institués héritiers dans leur légitime, quoique la mere eût été chargée du fideicommiss en

leur

leur faveur. Tel est le fameux Arrêt de Brandelac, que les Adversaires ont cité avec tant d'emphase, & tel est encore quelqu'autre Arrêt dont parle Serres dans ses Institutions, page 300.

Mais il y a long-temps qu'on est revenu aux bons principes ; & puisque les Adversaires ont défié l'Exposante de citer des Arrêts qui aient jugé que le défaut d'institution est réparé par le fidéicommiss universel, il faut bien leur donner satisfaction.

La Dame de Brunet de Panat, non émancipée, avoit institué héritier Jacques de Volonsac son mari, à charge de rendre son hérédité à un de ses enfans ; Jacques de Volonsac élut François pour recueillir le fidéicommiss : après sa mort, l'Abbé de Volonsac, autre fils de la Dame de Brunet, prétendit que l'institution contenue au Testament de sa mère étoit nulle, pour avoir été faite par une fille de famille au profit d'un étranger, & que la nullité de cette institution entraînoit celle de la faculté d'élire & du fidéicommiss ; mais l'Arrêt rendu le premier Septembre 1742. en la Grand Chambre, au rapport de M. de Vic, décida le contraire en ces termes, *ayant égard au Testament d'Elizabeth de Brunet de Panat, pour ce qui concerne la faculté d'élire & l'élection faite par Jacques de Volonsac : Notredite Cour a maintenu & maintient &c.*

Par un autre Arrêt rendu le 9 Août 1752, au rapport de M. de Joffe, la Cour maintint le sieur de Gineftet dans l'hérédité de son pere, en vertu de l'élection qui avoit été faite de sa personne, par la femme & par le pere du Testateur, institués héritiers par lui, à charge de rendre l'hérédité à l'un de ses enfans, quoique le Testateur fût fils de famille & non émancipé.

Autre Arrêt le 4 Juin 1756, au rapport de M. de Pibrac, lors duquel il s'agissoit du Testament de Me. Pons Bru, qui avoit institué la Demoiselle la Cavalerie son épouse, à la charge de rendre son hérédité à un de ses enfans à son choix ; la Cour cassa l'institution de la femme & maintint l'élection d'un des enfans & l'élu dans l'hérédité.

Autre Arrêt conforme rendu en 1752, entre Jacques Larivet & Jean Charlas.

Autre Arrêt le 10 Septembre 1749, au rapport de M. Boyer-Drudas qui confirma l'élection faite d'un des enfans de Jean Partrouci par François Souilhac sa femme, qu'il avoit institué héritière, quoique cette institution fût nulle par préterition.

Autre Arrêt semblable le 24 Mars 1760, au rapport de M. de Miramont, au sujet du Testament du sieur Doucet.

Autre Arrêt le 24 Mars 1766, au rapport de M. Baron de Monbel, pour le Testament de Marguerite Delmas femme du nommé Mazart.

Enfin huitieme Arrêt au rapport de M. de Firmy, entre le sieur Louvier pere & fils & la Demoiselle Barthe, le premier Septembre 1767.

Il ne fut donc jamais de Jurisprudence plus constante ni mieux affermie que celle-là ; & puisque le Testament d'André Bons doit être jugé suivant cette Jurisprudence, en conformité de l'article 80 de l'Ordonnance de 1735, il est évident que le défaut d'institution des enfans du Testateur, n'a pas porté atteinte au fidéicomis, ni à la faculté d'élire donnée par le Testateur à sa femme, quoiqu'elle ait vicié l'institution héréditaire faite en sa faveur : concluons donc que le quatrieme moyen de nullité pris de la prétention, vaut aussi peu que les autres pour ce qui concerne l'intérêt de l'Exposante.

Il s'agit donc uniquement de savoir si Marie Deffis avoit perdu le droit d'élire par son convol : auquel cas les Adversaires auroient raison de dire qu'elle n'a pas pu l'exercer valablement au profit du mari de l'Exposante ; le Sénéchal a cru que Marie Deffis avoit perdu le droit d'élire en se remarquant, & il a considéré ce droit comme une suite de l'institution héréditaire, c'est pour cela qu'il a déclaré nulle & de nul effet, tant cette institution que l'élection faite par Marie Deffis du mari de l'Exposante pour recueillir le fidéicomis.

L'Exposante doit donc établir pour achever de manifester l'injustice de la Sentence de ce Siege, que la femme qui se remarie, *non petitis tutoribus*, ne perd pas le droit d'élire & que ce droit n'est pas tellement attaché à l'institution héréditaire qu'il ne puisse subsister, lorsque l'institution héréditaire est nulle.

En premier Lieu, l'Exposante soutient que la femme qui se remarie, *non petitis tutoribus*, ne perd pas par son convol la faculté d'élire l'un de ses enfans.

Pour prouver le contraire, les Adversaires opposent que suivant l'authentique *eisdem panis*, *cod. de secun. nupt.* la femme qui se remarie, *non petitis tutoribus*, est sujette aux mêmes peines que celle qui se remarie *intra annum luctus* ; ils ajoutent que suivant Maynard, liv. 3, ch. 100 ; Catellan, liv. 4, ch. 14, la femme qui se remarie dans l'an du deuil perd le droit d'élire ; ils disent d'ailleurs que l'état de la Jurisprudence de la Cour est tel, que la femme qui convole *non petitis tutoribus*, perd en effet le droit d'élire, & ils citent encore sur ce point le nouveau Journal du Palais, tom. 6, pag. 213, Albert, Fromental, *verbo election.* pag. 283, & Furgole, dans son traité des Testamens, tom. 4, pag. 424, qui cite les mêmes Arrêts avec un autre rendu au Parlement d'Aix en 1743.

Mais rien de si facile que de faire voir que la question doit être jugée au profit de l'Exposante, soit qu'on se fixe sur les principes du Droit, soit qu'on se fixe sur la Jurisprudence.

Et d'abord c'est un principe universellement reconnu & adopté, que les peines doivent être plutôt restraintes qu'élargies, *odia restringenda favores ampliandi*; les peines ne sont pas arbitraires, il faut nécessairement qu'elles soient prononcées par la Loi, pour qu'on puisse être censé les avoir encourues, & cela doit sur-tout avoir lieu parmi nous, à l'égard des peines des secondes nœces, parce qu'il s'en faut bien que nous attachions aux secondes nœces l'espece d'infamie que les Romains y attachoient.

Ainsi en supposant, avec les Adversaires, que la femme qui convole, *non petites tutoribus*, doit être assujettie aux mêmes peines, que celle qui se remarie dans l'an du deuil, c'est à eux à établir que celle-ci perd aux termes de quelque Loi le droit d'élire; car si la privation de ce droit ne se trouve pas comprise dans le nombre des peines des secondes nœces, *intra annum luctus*; il faudra nécessairement en conclure qu'elle n'est pas de ce nombre.

Or, ni M. Maynard, ni M. de Catellan aux endroits cités par les Adversaires, n'indiquent aucune Loi qui ait prononcé contre la femme qui se remarie dans l'an du deuil, la déchéance du droit d'élire. M. Maynard ne donne même, comme l'a observé Henris, tom. 1, liv. 5, ch. 3, quest. 17, aucune résolution certaine sur cette question, sur laquelle il déclare de cent façons, qu'il n'a trouvé ni Arrêt, ni autorités positives.

L'authentique *eisdem pœnis*, ne permet pas de prononcer contre les femmes d'autres peines que celles qui sont prononcées par la Loi première, Cod. de secund. nupt. qui la précède; or, cette Loi ne prive point la femme qui s'est remariée dans l'an du deuil du droit d'élire; elle la prive seulement de l'effet de toutes les conventions nuptiales & de toutes les libéralités qui pourroient lui avoir été faites par son mari. *Omnium hæreditatum, legatorum, fideicommissorum supremâ voluntate relictorum mortis causa donationum sit expers.*

C'est donc très-mal à propos que les Adversaires ont voulu fonder leur système touchant la privation du droit d'élire sur l'authentique *eisdem pœnis*, & sur la Loi qui la précède; car le droit d'élire ne peut être regardé ni comme un avantage, ni comme une libéralité. Voici comme s'en explique Ricard dont les Adversaires ont emprunté une partie des autorités dont ils ont fait usage; c'est au tome premier de son Traité des Donations, part. 3, ch. 9, gloss. 6, n°. 1906, *les peines prononcées par les Loix, dit cet Auteur, ne doivent pas s'étendre d'un cas à l'autre, de façon que le droit d'élire ne se trouvant pas compris entre celles des secondes nœces, ce seroit sans fondement que les Particuliers voudroient entreprendre de les multiplier pour leur donner lieu en ce cas, qui ne se trouve pas écrit dans les Loix, & à l'égard duquel même*

il y a une notable raison de différence avec les especes qui s'y trouvent déclarées.

Cette raison de différence, dont parle l'Auteur, est au surplus bien facile à saisir; elle est prise de ce que le droit d'élire n'est pas un avantage pour la femme qui n'en retire aucune utilité. *Facultas necessaria electionis non est propria liberalitatis beneficium*, dit la Loi 67, ff. de leg. 2, *quid est enim, que de suo videatur relequisse qui quod reliquit omnino reddere debuit*; l'élection nécessaire, dit Henris, ne peut passer pour une libéralité, d'autant qu'il n'en doit revenir aucun avantage à la femme qui ne fait que prêter son ministère sans participer en aucune sorte au profit de l'élection; Maynard à l'endroit cité par les Adversaires, Albert, lettre V, ch. 7, & tous les Auteurs s'en expliquent dans les mêmes termes.

Comment, peut-on ajouter d'après Ricard, n°. 1407, la femme qui se remarie dans l'an du deuil, seroit-elle de pire condition dans les principes des Loix Romaines que les malfaiteurs qui étoient condamnés à la déportation? Cependant suivant la Loi 77, ff. de leg. 2, le droit d'élection ne se perd pas par la déportation de celui qui le doit exercer, quoique cette condamnation emporte mort civile, *hereditatem filius cum moreretur filiis suis vel cui ex his voluisset restituere fuerat rogatus, quo interea in insulam deportato eligendi facultatem non esse pœnâ peremptam placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filii hæredis existere*.

Henris, qui traite la question avec son érudition ordinaire, & la décide en faveur de l'Expoante au tom. 3, question 17, de la nouvelle Edition, ajoute, en parlant de cette Loi, qu'elle fournit un fort argument „ pour conclure que la peine des secondes nœces qui n'est pas plus considérable que celle d'une mort civile, ne doit pas s'étendre au simple ministre qu'on „ laisse pour le choix d'un héritier; qu'ainsi *il tient* que le mari „ ni la femme ne sont pas privés du droit d'élire pour s'être „ remariés dans l'an du deuil.

Il est donc vrai qu'à s'en tenir à la décision de la Loi premierere, *Cod. de secund. nupt.* & de l'authentique *eisdem pœnis*, & à la Doctrine des Auteurs qui ont le mieux pénétré l'esprit des Loix Romaines, il n'est aucune Loi qui prononce contre la femme qui se remarie dans l'an du deuil, la privation du droit d'élire.

C'est aussi très-inutilement que les Adversaires se sont retranchés sur la Nouvelle 2, ch. 1, qui paroît au premier coup d'œil favorable à leur système. S'ils avoient voulu lire Ricard qui parle de cette Nouvelle au n°. 1405, ils y auroient vu la solution de la difficulté qu'ils proposent sur le fondement de cette Nouvelle; car après avoir dit sur le nombre précédent que la Nouvelle veut que les biens réservés en faveur des en-

fans

fans du premier lit , soient partagés également entr'eux & qu'il ne reste aucune liberté au pere ou à la mere , de favoriser les uns au préjudice des autres. Ricard ajoute , qu'il n'en est pas de même , lorsque le pere a seulement laissé à la femme le droit d'élire tel de leurs enfans que bon lui semblera pour profiter de la donation , d'autant que les Loix n'ont compris entre les biens sujets à reserve , que les liberalités exercées entre conjoints , ce qui ne peut pas s'appliquer à une élection nécessaire , & qui ne consiste qu'à choisir celui des enfans qui aura le plus de mérite pour posséder les biens donnés.

La femme qui se remarie dans l'an du deuil , n'est donc pas , encore une fois , sujette à la privation du droit d'élire aux termes des Loix.

A l'égard de la Jurisprudence , on a déjà observé que M. Maynard, liv. 3 ch. 100 , ne donne pas une résolution certaine , & s'il se décida contre la femme , c'est en convenant *qu'il ne connoissoit pas d'oracle de Justice qui eût décidé la question* ; & pour ce qui concerne l'Arrêt rapporté par M. de Catelan , liv. 4 ch. 14 , il ne peut être d'aucune considération ; parce qu'il convient que la regle générale est telle , que la femme ne perd pas le droit d'élire par le second mariage , & parce qu'il avoue encore que cet Arrêt fut rendu *par le considération des circonstances* : un Arrêt solitaire & rendu après partage devroit-il d'ailleurs l'emporter sur le texte des Loix & sur l'opinion des Auteurs les plus graves ?

Concluons donc que quand Marie Deffis se seroit remariée dans l'an du deuil , elle n'auroit pas perdu par-là le droit d'élire , d'où l'Exposante est fondée à conclure , qu'à plus forte raison elle n'a pas perdu ce droit faute d'avoir fait pourvoir de Tuteur à un de ses enfans pupilles avant de se remarier.

Les Adversaires ont en effet beau dire sur le fondement de l'authentique *eisdem pænis* , que la femme remariée *non petitis tutoribus* , encourt toutes les peines prononcées contre la femme remariée dans l'an du deuil : il ne fera pas moins certain qu'il y a entre l'une & l'autre des différences très-notables & très-essentiellles , & qui sont toutes à l'avantage de la femme qui se remarie sans avoir fait pourvoir de Tuteur à ses enfans pupilles.

Suivant M. Dolive , liv. 3 ch. 6 , le Parlement de Toulouse a fixé les peines encourues par les femmes qui se remarient *non petitis tutoribus* , à trois , qui sont *la privation de la succession des enfans décédés en pupillarité , la privation des fruits & des intérêts des choses léguées par le mari , & la déchéance des intérêts de l'augment* , suivant , ajoute-t-il , *les Arrêts en dernier lieu donnés*.

Au lieu que les femmes qui se remarient *intra annum luctus* , subissent non-seulement ces trois peines , mais encore elles sont

reputées infâmes, & comme telles, privées de toutes successions étrangères, même de ceux de leurs parens qui ne sont pas dans le troisième degré.

Indépendamment de cette première différence; les veuves remariées *intra annum luctus*, ne peuvent jamais être relevées sous prétexte de minorité; au lieu que cette restitution est toujours accordée à la veuve qui se remarie après l'an du deuil, sans avoir fait pourvoir de Curateur aux enfans du premier lit. On peut voir toutes ces différences dans M. Maynard, liv. 3 ch. 91. Dolive liv. 3 ch. 31. Cambolas dans son traité des secondes noces, n°. 26 & 27; & Catelan liv. 4, ch. 21, elles sont d'ailleurs fondées sur ce que la première a délinqué *in committendo*, au lieu que l'autre a failli seulement *in omittendo*; en sorte que quand on pourroit supposer contre toute sorte de principes, que la mere remariée *intra annum luctus*, perd le droit d'élire, cette privation ne devrait pas être étendue à la mere qui a convolé à des secondes noces *non petitis tutoribus*.

Et cela est conforme à la doctrine de M. Dupin au titre 2, ch. 11, n°. 2, de l'excellent traité qu'il a fait sur les peines des secondes noces, où il enseigne, que presque tous les Auteurs sont du sentiment " que les peines de l'an du deuil n'ont pas „ lieu en France, contre la femme qui se remarie après l'an „ sans avoir fait pourvoir de Tuteur à ses enfans ", & il ajoute qu'il seroit inutile de reciter toute cette foule d'Auteurs. C'est encore l'opinion d'Automne sur la Loi *omnem Cod. ad sen. cons. tertill.*

Vent-on savoir la raison pour laquelle l'authentique *eisdem panis*, est à cet égard abrogée dans nos mœurs? On la trouvera dans la Loi 2, *Cod. quando mulier tut. off. fung. potest*: qui assujettissoit la veuve au serment solennel *de non nubendo*, avant de pouvoir prendre la tutelle. De maniere qu'en se remariant *non petitis tutoribus*, elle se rendoit coupable de parjure: c'est pour punir ce parjure que l'Empereur l'assujettit dans l'authentique *eisdem panis*, aux mêmes peines encourues par la femme qui se remarie *intra annum luctus*: le motif de la Loi est marqué dans la Loi elle-même *ea quæ suscepta liberorum tutela CONTRA SACRAMENTUM secundo nubit &c.* La Novelle 22 s'exprime également à ce sujet de la maniere la plus énergique. *Nos autem miramur*, dit Justinien dans cette Novelle, *quod mulierem sic impiam constitutam ut etiam hoc JUSJURANDUM negligeret & sic ad immaturas nuptias deveniret: ideoque sancimus eas quæ sic PEJERARE de cætero presumunt mulieres super dudum præcedentes pœnas & hac sustinere omnes quas primitus diximus super his mulieribus quæ ante lugubre tempus nubunt.*

Le serment *de non nubendo* étant donc abrogé parmi nous il étoit juste d'abolir aussi la peine de l'infraction de ce serment; & voilà pourquoi les Tribunaux se sont depuis long-temps re-

lâchés de cette sévérité outrée, dont on se faisoit autrefois un mérite, parce qu'on n'avoit pas assez réfléchi sur l'esprit & les motifs des Loix qui ont introduit les peines des secondes nœces.

Les Arrêts que les Adversaires ont cité, pour prouver que la Jurisprudence est contre la femme qui se remarie *non petitis tutoribus*, sont au nombre de trois : le premier est rapporté par Alhert in v⁸. Election ch. 6, cet Arrêt ne jugea pas que la Dame Delon avoit perdu le droit d'élire, pour s'être remariée sans avoir fait pourvoir de Tuteur à ses enfans pupilles ; mais cette Dame fut privée du droit d'élire, parce qu'elle avoit fait faire des informations contre le sieur Delon son pere ; l'avoit fait decreter de prise de corps, & ensuite crier à trois briefs jours. Il est si peu possible de s'équivoquer sur les motifs de cet Arrêt, qu'Albert a eu soin de remarquer au chapitre suivant, que les secondes nœces n'y avoient pas donné lieu : cet Arrêt est le même dont parlent Fromental & Furgole.

Le second est rapporté au tom. 6 du nouveau Journal du Palais, il ne faut que connoître les principales circonstances du Procès jugé par cet Arrêt, pour se convaincre qu'il est totalement étranger à la question. Marie Verot qui fut privée du droit d'élire, avoit d'abord fait une premiere-élection en faveur d'Anne Chefne sa propre fille, avec déclaration expresse, qu'elle en étoit chargée par son premier mari, cependant, & au préjudice de cette déclaration, elle fit postérieurement une seconde-élection en faveur de Catherine Chefne sa fillâtre, avec pareille déclaration, qu'elle en étoit chargée par son premier mari. En falloit-il d'avantage pour priver cette femme d'un droit dont elle abusoit ainsi ?

Le troisieme Arrêt cité par les Adversaires a été rendu au Parlement d'Aix, mais personne n'ignore au Palais, que cet Arrêt a été cassé au Conseil, précisément sur le motif qu'en privant la femme qui convole *non petitis tutoribus*, du droit d'élire : ce Parlement avoit prononcé une peine qui n'est fondée sur aucune Loi.

Il faut donc ne compter pour rien les Arrêts cités par les Adversaires ; il faut en revenir aux vrais principes & à la Jurisprudence attestée par M. Dolive, & avec d'autant plus de raison, que la privation du droit d'élire prononcée contre la femme, seroit contraire à la disposition, à la volonté & aux vues du Testateur, qui a voulu que son hérité passât sur la tête de ses enfans, & qu'elle ne fût pas divisée, comme s'il étoit mort *intestat*.

Le dessein du Testateur seroit trompé, si la femme étoit privée du droit d'élire, les dispositions d'un pere entre ses enfans sont cependant tellement favorables, qu'il suffit de les connoître clairement, pour en ordonner l'exécution. La volonté du pere qui veut que son hérité appartienne à un de

les enfans, doit donc être sacrée & ne doit pas dépendre de la négligence de sa veuve à faire pourvoir de Tuteur à ses enfans pupiles.

En second lieu. C'est une erreur de prétendre que le droit d'élire, donné à la femme héritière instituée, ne peut pas subsister, si l'institution est nulle, soit par préterition, soit par quelque autre cause.

Pour dissiper cette erreur & la distinction qu'ont fait les Adversaires, d'après Furgole, entre la femme chargée d'élire sans être instituée héritière, & celle qui est instituée héritière à charge d'élire, il suffit de se fixer sur l'authentique *ex causa, Cod. de lib. prater*, qui décide que quand l'institution héréditaire est nulle par préterition ou par défaut d'exhérédation, le Testament subsiste pour tout le surplus des dispositions qu'il renferme, *irritum fit Testamentum quantum ad institutionem cetera firma manent*.

Les Adversaires opposent que cela n'a lieu qu'à l'égard des Testamens nuls par préterition, & qu'il n'en est pas de même lorsque l'institution croule par quelque autre motif, tel que les secondes noces *non petitis tutoribus*; mais ce raisonnement porte d'abord à faux, puisque l'institution de Marie Deffis est nulle par préterition; d'ailleurs il n'est absolument fondé sur rien: car pourquoi la femme ne conserveroit-elle pas la faculté d'élire dans un cas comme dans l'autre? Seroit-ce parce la femme perdant par son convol la qualité d'héritière, ne peut pas faire l'élection qui en est une suite? Mais la nullité de l'institution qui est un avantage, ne peut pas porter sur le droit d'élire, qui n'en est pas un; suivant tous les Auteurs qu'on a déjà cités, l'institution de la femme étant nulle par préterition ou autrement: c'est comme si elle avoit été chargée d'élire sans avoir été instituée héritière; or puisque suivant Me. Furgole lui-même, la femme conserve dans ce dernier cas, le droit d'élire malgré son convol, ne pourroit-il pas subsister dans l'autre sans l'institution?

Le Testateur qui a institué sa femme héritière à charge de rendre à un de ses enfans, a voulu deux choses: la première que sa femme fût héritière, & la seconde qu'elle fit passer son hérité sur la tête d'un de ses enfans. Si la femme a mérité d'être privée de l'hérité par son convol; parce que c'est un avantage, une libéralité de son mari, faut-il en conclure qu'elle s'est en même-temps rendue incapable ou indigne d'exercer un simple ministère d'honneur que son mari lui a confié & dont elle ne peut retirer aucune utilité?

Il faut donc tenir pour constant, sur-tout d'après les Arrêts qu'on a cités, que le vice ou la nullité de l'institution de quelque cause qu'elle procède, ne fait pas perdre à la femme le droit d'élire: il y a en effet plusieurs de ces Arrêts qui ont été rendus dans des cas où l'institution n'étoit pas

nulle par préterition, mais par d'autres motifs; & cependant dans tous les cas on a laissé subsister toutes les autres dispositions du Testament & notamment l'élection & le droit d'élire: tel est entre autres l'Arrêt du 9 Août 1752, rendu au rapport de M. de Pibrac.

La distinction chimérique des Adversaires, est d'ailleurs condamnée par tous les bons Auteurs: tels que Duperier tom. 1, qu. 24. Ferr. sur Guip. qu. 456. Dolive liv. 5, ch. 12. Bout. dans ses Inst. page 308, qui enseignent que le fidéicommiss doit subsister nonobstant la nullité de l'institution héréditaire; d'où il suit que le droit d'élire doit subsister aussi, puisque autrement le fidéicommiss seroit inutile & sans effet.

Ainsi s'évanouissent les frivoles moyens que les Adversaires ont mis en usage pour soutenir la Sentence du Sénéchal. On a prouvé 1°. Que la prescription forme un obstacle insurmontable contre toutes leurs prétentions. 2°. Que le Testament d'André Bons doit être maintenu, ainsi que l'Acte d'élection fait par Marie Deffis en faveur du mari de l'Exposante; de-là il suit qu'il faut dire droit sur son appel & la relaxer, de même que les sieurs Crabere, Villon & Abadie, pour qui elle a pris fait & cause, des conclusions prises par les Adversaires.

Conclut aux fins de son Appel & Requête avec dépens.

Monsieur DE

Rapporteur.

Me. DOUYAU, Avocat

LAPEYRE, Procureur.

1840

Edw. 2. 1401

Ms. B. O. U. A. V.

12:47 P.M. Tuesday