

débat vers ce point capital, dont jusqu'alors l'importance n'avait pas été suffisamment sentie. J'ai conservé mes notes sur cette affaire; voici le sommaire des idées que j'exposai en chambre du conseil dans le délibéré :

139. Il s'agit d'un legs de libération, d'un de ces legs d'une espèce particulière dont le Digeste a traité dans le titre *De liberatione legata* (1).

Le legs de libération peut se faire de plusieurs manières (2) : comme quand on lègue la libération en propres termes (3), ou bien quand on lègue au débiteur ce qu'il doit (4), ou bien quand on défend à son héritier d'exiger la chose due (5). Ces différents modes sont égaux; ils ont la même valeur; ils ont le même effet. M. de Custine, en léguant aux représentants de la maison Pouilly les 61,000 fr. à lui dus par cette maison, a donc fait un don de libération d'après la seconde formule, et puisque toutes ces formules sont égales, c'est comme si M. de Custine avait défendu à son héritier d'exiger la somme due par la maison de Pouilly.

140. Ceci posé, quels sont les effets d'un legs de libération ?

Supposons que le legs fût pur et simple. Au décès de M. de Custine, les débiteurs eussent été libérés de plein droit. Denizart établit très-bien « qu'un legs de libération

(1) V. *infra*, n° 4974. Voët sur ce titre. Pothier dans ses *Pand.* Denizart, v° *Legs*, n° 25. Despeisses, t. I, p. 450, n° 71. M. Merlin, *Répert.*, v° *Légitime*, § 4, n° 9. M. Dalloz, v° *Disposit. condit.*, p. 443. M. Delvincourt, t. II, p. 578. M. Ducaurroy, *Instit.*, t. II, p. 486, § 43.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 422, n° 4. Godefroy sur le titre du Dig., *De liberat. legata*. M. Ducaurroy, *loc. cit.* *Infra*, 4974 et suiv.

(3) L. 3, D., *De liberat. legata*.

(4) L. 4, D., *De lib. legata*.

(5) Godefroy, *loc. cit.*

» n'aboutit pas à quelque chose de réel, qui puisse être dé-  
» livré, et qu'il opère seulement l'extinction d'un droit.»

Mais le legs n'est pas pur et simple; il est soumis à la condition, si Mme d'Absac meurt sans enfants. Or, on sait que, pendant la condition, le légataire n'est pas propriétaire de la chose léguée, il n'a qu'une espérance (1). Il faut attendre l'événement de la condition pour que la chose lui soit acquise (2). Voyons donc quels sont les effets du legs de libération *pendente conditione*.

141. Et d'abord recherchons-les à l'égard de Mme d'Absac.

Il est certain, en premier lieu, qu'elle n'était pas propriétaire de la somme de 61,000 fr.; elle n'était propriétaire que de la créance. La somme même de 61,000 fr. prêtée à la maison de Pouilly par M. de Custine était devenue, par l'effet du prêt, la propriété des emprunteurs, sauf la charge de la restituer (3). C'est le cas de dire avec la loi romaine : *Minus est habere actionem quam rem* (4); ou avec Loisel : *Il vaut mieux tenir que courir*. Mme d'Absac n'avait pas les 61,000 fr.; elle n'avait qu'un droit, une action; elle ne tenait pas, il fallait courir avant de tenir.

142. Il y a plus; c'est que cette créance de 61,000 fr., elle ne pouvait la faire valoir de son vivant, si ce n'est, tout au plus, pour les intérêts. Il est vrai que les lois romaines paraissent contenir des solutions contraires sur la question de savoir si, *pendente conditione*, l'héritier peut exiger la somme dont la libération a été léguée conditionnellement. Les lois 5 D., *De doli et metus except.*, et 7, § 7, D., *De liberat. legata* décident que le débiteur peut être contraint à payer lorsque la condition est encore pendante; car il est

(1) L. 32, § 4, *De legat.*, 2°. Ricard, *Disp. condit.*, n° 482.

(2) L. 41, D., *De condit. et demonstr.*

(3) Art. 1893, C. Nap. L. 2, § 2, D., *De rebus creditis*.

(4) L. 204, D., *De reg. juris*.

possible que cette condition vienne à manquer; la loi 5 ajoute pourtant que pour sauvegarder les intérêts du débiteur, l'héritier doit donner caution; sinon le débiteur, à qui il importe de rester saisi de la somme à lui léguée conditionnellement, le fera repousser par l'exception de dol (1).

Mais, d'un autre côté, la loi 36 *Pecuniam*, D., *De rebus creditis*, porte que, tant que la condition est en suspens, le créancier ne peut rien exiger.

143. Cette contrariété de décisions a frappé les interprètes, et Cujas, après Accurse et Bartole, a cherché à sauver l'antinomie (2). Pour y parvenir, il se fonde sur des raisons subtiles propres au droit romain; il remarque que la loi 36, D., *De rebus creditis*, parle d'une remise conditionnelle faite par testament. Or, suivant son appréciation du système des lois romaines, le droit conféré au débiteur par le testament qui lui fait un legs de libération n'est pas, *pendente conditione*, aussi étroit, aussi précis que le droit qui est conféré au débiteur par un contrat dont le but est de le gratifier d'une libération conditionnelle. La loi 36 a donc raison dans son cas particulier, de même que la loi 5 dans le sien.

Dieu me préserve de contester la légitimité de cette conciliation; je m'en rapporte là-dessus à la grande pénétration et à l'immense savoir de Cujas. Mais ce que j'affirme, c'est que la simplicité de notre droit français répugne à ces distinctions; c'est qu'il n'y a pas de différence, chez nous, entre le legs et le contrat au point de vue qui nous occupe; c'est que le débiteur légataire a autant de droit que le débiteur donataire. Je prends donc ma raison de décider dans la loi 36, D., *De reb. creditis*, et je m'y arrête d'autant plus volontiers que le bon sens l'exige ainsi. Car un legs de li-

(1) M. Merlin, Répert., v<sup>o</sup> *Legs de libération*.

(2) Sur la loi 5, D., *De doli et met. except.* (lib. 71, *Pauli ad edictum*).

bération suppose une dette, et si la dette est éteinte par un paiement anticipé, sera-ce une libération qui aura été léguée? Où seront donc ces deux effets du legs de libération, qui sont, ou de produire une exception contre la demande, ou une action pour se faire donner décharge (1)? Supposez que la condition se vérifie: le débiteur sera-t-il dans le cas de l'exception? sera-t-il dans le cas de la décharge? Non, évidemment non!

144. Je conçois cependant que si le débiteur *vergit ad inopiam*, on puisse prendre contre lui des mesures conservatoires. Mais en thèse ordinaire, le légataire ne peut être contraint à payer; car ce serait aller contre la nature d'un legs de libération. Nous avons même vu tout à l'heure qu'une des formules du legs de libération était, chez les Romains: Je défends à mon héritier de réclamer la somme de \*\* à moi due par un tel.

145. Je dis donc que, *pendente conditione*, le légataire ne doit pas être contraint pour le capital. Il n'est débiteur que des intérêts, et encore pourrait-on se prévaloir de quelques autorités pour soutenir qu'il n'en doit point; car les dispositions testamentaires s'interprètent largement, et le testateur, en accordant un terme à son débiteur, peut être facilement supposé avoir voulu faire remise des intérêts. C'est ce qu'enseigne expressément Pothier (2). Mais je n'insiste pas sur ce détail; je ne veux que maintenir le point de droit renfermé dans la loi *Pecuniam*.

J'ajoute qu'en me reportant aux termes du testament, je vois la preuve que M. de Custine n'entendait pas que Mme d'Absac pût inquiéter la maison de Pouilly *pendente conditione*. Il dit en effet: *il m'est dû*, etc., etc. Ainsi, ce

(1) L. 3, § 3, D., *De lib. leg.*, et l. 17, C., *De fideic.*

(2) *Vente*, n<sup>o</sup> 289.

qu'il donne, ce ne sont pas 61,000 fr. en général; ce sont les 61,000 fr. *qui lui sont dus*. Il faut donc que les 61,000 fr. soient dus à l'époque à laquelle le legs viendra à échoir. Sans cela, ce serait autre chose que ce qui a été légué; ce ne seraient pas les 61,000 fr. dus. Ce seraient 61,000 fr. en général. Ajoutons que la maison de Pouilly était affligée des malheurs de l'émigration, et que le testateur, qui lui portait un vif intérêt, était bien éloigné de sous-entendre qu'au milieu de ses infortunes, elle pourrait être poussée à bout par Mme d'Absac.

146. Voilà donc la situation de l'héritier nettement définie. Voyons maintenant celle du légataire. Elle se dessine sans effort d'après ce qui vient d'être dit.

Les représentants de la maison de Pouilly étaient dûment propriétaires de la somme de 61,000 fr. à eux prêtée à charge de la rendre à M. de Custine (art. 1895). Mais le testament dispense de la rendre, si M<sup>me</sup> d'Absac meurt sans enfants. Il résulte de là que le testateur a donné un terme aux représentants de Pouilly. La dette, de pure et simple qu'elle était, est devenue non exigible pendant la vie de M<sup>me</sup> d'Absac. Les représentants de Pouilly devaient 61,000 fr., mais ils étaient dispensés de les rembourser à M<sup>me</sup> d'Absac; ils ne devaient ce remboursement qu'aux enfants de M<sup>me</sup> d'Absac si elle en avait. Le réel, l'effectif du legs est donc une dispense de rendre si la condition se vérifie. En même temps que M<sup>me</sup> d'Absac est grevée de l'obligation de ne pas demander la somme, M<sup>me</sup> de Pouilly jouit du bénéfice de la garder. Il y a simultanéité dans les deux effets. Ceci est important quant à l'*ordine successivo* du fidéicommiss.

147. Maintenant arrive le décès de M<sup>me</sup> d'Absac sans enfants. C'est la vérification de la condition. La libération a lieu de plein droit (art. 1500 C. Nap.). M<sup>me</sup> de Pouilly est censée avoir été libérée dès le jour du décès,

parce que la condition échue produit un effet rétroactif.

148. Ceci posé, est-il possible de trouver dans ces clauses réunies une substitution prohibée? Y a-t-il charge de conserver? Y a-t-il charge de rendre?

Et d'abord charge de conserver quoi? Ce n'est pas la somme; M<sup>me</sup> d'Absac ne l'a pas. — Ce n'est pas le titre; peu importe à M<sup>me</sup> de Pouilly qui n'en a pas besoin. — Est-ce le droit, le *nomen*, la créance exigible? Mais qui l'empêche de l'aliéner telle qu'elle l'a, comme un usufruitier ou un possesseur viager pourrait le faire?

149. Y a-t-il charge de rendre? Au moment où la condition se réalise, la créance disparaît; elle s'efface de plein droit (1). Or, la charge de rendre suppose une délivrance: « Le fidéicommissaire même à titre universel, dit l'ordonnance de 1747 (2), ne sera pas saisi de plein droit, mais il sera tenu d'obtenir la délivrance ou remise du fidéicommissis, etc., etc. » Comment la délivrance sera-t-elle possible? Rappelons-nous ce que disait Denizart: « Qu'un legs de libération n'aboutit à rien de réel qui puisse être délivré. » Que rendrait-on? La somme? M<sup>me</sup> d'Absac ne l'a pas. C'est la maison de Pouilly qui en est propriétaire. Le titre? M<sup>me</sup> de Pouilly n'en a pas besoin; d'ailleurs il n'est qu'un moyen de preuve. Le droit incorporel? Il est éteint *ipso jure* par le décès sans enfants de M<sup>me</sup> d'Absac.

150. Ce n'est donc que par des fictions ou des suppositions qu'on pourrait apercevoir la charge de rendre. Il faudrait mettre les 61,000 fr. à la place de la créance et de l'obligation, les faire voyager de M. de Custine à M<sup>me</sup> d'Absac, de M<sup>me</sup> d'Absac à la maison de Pouilly. Il faudrait dire que M<sup>me</sup> d'Absac a pu exiger les 61,000 fr., et que, se les étant

(1) Pothier, *Oblig.*, n° 574.

(2) T. 1, art. 40.

fait payer, elle les a conservés pour les rendre, à son décès sans enfants, aux représentants de Pouilly. Mais c'est là mentir au fait et au droit; c'est se complaire dans des circuits fallacieux. Or Tiraqueau a bien dit : « *Vitandos esse circuitus* (1)... *Circuitus quem solet suprema curia vitare* (2). » En réalité le legs n'aboutit qu'à quelque chose de négatif, qui est incompatible avec l'idée d'une charge de rendre : c'est un legs d'extinction. Au contraire, le propre des substitutions est que la chose due se continue, se prolonge et passe d'une main dans une autre.

151. Enfin, dans une substitution, l'objet possédé par le grevé à titre d'institution, doit être le même absolument que celui que doit posséder le fidéicommissaire.

Ici quelle différence ! L'émolument que M<sup>me</sup> d'Absac retire de l'institution, c'est une créance de 61,000 fr., productive d'intérêts, mais non exigible pour le capital. L'émolument que retire la maison de Pouilly est une dispense de rendre les 61,000 fr. Y a-t-il identité ?

M<sup>me</sup> d'Absac est grevée de l'obligation de ne pas exiger les 61,000 fr. en capital. M<sup>me</sup> de Pouilly est gratifiée du droit de ne pas les rendre. Ce sont là deux corrélatifs; ce ne sont pas deux identités. Je vois respectivement deux négations simultanées, tandis que dans une substitution il faut deux faits affirmatifs et successifs.

152. Sur ces raisons, l'arrêt de la cour de Nancy, rendu à la date du 18 mars 1833, repousse le système de la substitution. Il est ainsi conçu :

« Considérant qu'en envisageant la disposition sous le point de vue d'un legs de libération, il faut avant tout examiner si les légataires étaient vraiment débiteurs de la

(1) *De retractu convent.*, p. 762, n° 25.

(2) *Ibid.*, p. 771, n° 60.

somme de 61,000 livres de France due au comte de Custine par la maison de Pouilly;

» Que la baronne de Pouilly s'était engagée conjointement avec son mari et solidairement pour partie envers le comte de Custine; que, de plus, les enfants de la baronne de Pouilly, contre lesquels on poursuit aujourd'hui le remboursement de ladite somme de 61,000 livres, étaient, comme représentants de leur père, débiteurs principaux de cette somme;

» Que le comte de Custine, en appelant la baronne de Pouilly et ses enfants à recueillir le legs, a donc gratifié de la remise de la dette ceux-là seuls qui exclusivement et pour le tout en étaient débiteurs; que c'est en vain au surplus qu'on voudrait soutenir que le testateur a entendu créer un ordre successif entre la baronne de Pouilly et ses enfants, et instituer celle-là en premier ordre;

» Que, d'après la fameuse constitution de Justinien qui forme la loi 4 au Code *De verborum et rerum significatione*, la disjonctive OU doit être prise dans le sens de la copulative ET, puisqu'elle s'applique aux personnes et non à la chose; qu'ainsi, il ne faut pas hésiter à regarder la baronne de Pouilly et ses enfants comme simultanément gratifiés;

» Considérant que ceci étant admis, il reste à examiner si ce legs de libération contient une substitution prohibée par la loi d'octobre 1792;

» Que le testateur, voulant décharger conditionnellement la baronne de Pouilly et ses enfants de l'obligation de lui rendre la somme de 61,000 livres, n'avait pas besoin de les substituer à la créance de cette somme qu'il laissait à son décès dans sa succession recueillie par sa fille, la comtesse d'Absac; qu'entre les moyens d'éteindre cette obligation dont parle l'art. 1234 du C. Nap., en tout conforme à l'ancien droit, rien ne l'obligeait à choisir de préférence la con-

fusion et à faire passer sa créance sur la tête de ses débiteurs afin de cumuler dans leur personne la qualité de créanciers et d'obligés; qu'il lui suffisait de se renfermer dans une simple remise de dette, moyen différent de la confusion, mais non moins énergique; que c'est aussi ce qu'il a fait par la disposition attaquée, laquelle sainement interprétée du point de vue de l'art. 1893 du Code Napoléon et dépouillée des expressions inexactes qu'on y trouve, ne présente rien autre chose qu'une dispense de rendre la somme due; qu'ainsi la créance de 61,000 livres sur la maison de Pouilly n'est pas passée au delà de la succession légitime du comte de Custine; qu'elle s'est éteinte avec la comtesse d'Absac, et qu'elle n'est pas venue trouver les légataires et se fixer dans leurs mains;

» Qu'il résulte de ceci, deux conséquences remarquables qui enlèvent au legs de libération dont il s'agit le caractère de substitution que les intimés voudraient lui attribuer;

» Qu'en premier lieu, en effet, le droit recueilli par la comtesse d'Absac et celui dont les légataires ont profité n'ont pas entre eux cette identité de nature qui caractérise la substitution; que le premier était une créance de 61,000 livres, le second la destruction radicale de cette créance; celui-là renfermait quelque chose d'actif, celui-ci quelque chose de négatif; l'un engendrait une action, l'autre une simple exception péremptoire;

» Qu'en second lieu, on est surtout frappé de l'impossibilité de trouver dans le legs en question la charge de rendre qui constitue l'un des éléments de la substitution et qui, suivant l'ordonnance de 1747 (art. 40, t. 1), ne pouvait jamais avoir lieu de plein droit, mais devait se réaliser par des moyens extérieurs et plus ou moins solennels; que la comtesse d'Absac n'était pas chargée de rendre aux légataires la somme même de 61,000 livres, puisque, d'après

l'intention du testateur, cette somme devait être due par eux au moment de l'échéance de la condition et n'a jamais été dans la succession; qu'elle n'était pas chargée de leur rendre un titre, puisque les légataires n'en avaient pas besoin et trouvaient le leur dans le testament; qu'enfin elle n'était pas chargée de les investir de la créance, puisqu'au moyen de la remise contenue dans le legs, cette créance était anéantie de plein droit au moment de l'échéance de la condition; qu'il n'y avait donc rien à rendre et que l'émolument du legs arrivait à la baronne de Pouilly et à ses enfants, non par le fait intermédiaire de l'homme, toujours requis en matière de substitution, non par une tradition réelle ou feinte, puisqu'il n'y avait rien à délivrer, mais par un fait d'extinction opéré *ipso jure*, en vertu de la seule énergie que la loi attache à une remise de dette;

» Que dans l'interprétation des lois prohibitives des substitutions, tout est de rigueur et de droit étroit; que là où l'on ne rencontre pas d'une manière précise et spécifique les conditions et les formes d'un fidéicommiss défendu, il n'y a pas lieu de prononcer la nullité de la disposition, soit sous prétexte d'équipollents, soit en mettant à la place des faits de la cause des circuits d'actions que la loi repousse;

» Qu'il importe peu que l'intérêt matériel, retiré par les légataires, soit à peu près le même que s'il y avait eu substitution d'une somme de 61,000 livres; qu'il suffit de considérer que les légataires étaient en même temps débiteurs de cette somme, laquelle n'est jamais entrée dans la succession du comte de Custine; que la comtesse d'Absac n'avait contre eux qu'une créance et une action, et que, pour les en libérer, le testateur a trouvé dans un legs de libération des moyens simples et directs qui n'ont rien de commun avec les ressorts et les détours que la substitution met en jeu;

» Qu'on oppose vainement à ce système que la comtesse d'Absac aurait pu, pendant que la condition était encore en suspens, exiger le remboursement de la somme de 61,000 livres, et qu'alors la disposition eût contenu avec évidence une charge de conserver, accompagnée d'une charge de rendre;

» Qu'il n'est pas exact de dire que la somme aurait dû être payée *pendente conditione*; qu'en se plaçant en dehors des lois romaines, dont la contrariété se manifeste dans les lois 5, au Dig., *De doli et metus exceptione*, et 46, au Dig., *De rebus creditis*, et en interrogeant la volonté du testateur, on voit que le comte de Custine entendait que la somme de 61,000 livres fût encore en crédit au moment de l'échéance de la condition, et qu'il n'en libérait la baronne de Pouilly et ses enfants, que parce qu'il supposait qu'elle serait due au décès de sa fille; que l'affection qu'il portait aux légataires ne permet pas d'admettre que dans la position critique où ils se trouvaient placés par l'émigration, il ait autorisé sa fille à les forcer à un paiement provisoire et conditionnel; que celle-ci devait se contenter des intérêts, et qu'il lui était nécessairement interdit de changer l'état des choses réglé par le testateur dont la prévoyance avait cherché à concilier les droits de la comtesse d'Absac avec son amitié pour la maison de Pouilly, en différant le paiement de la somme due jusqu'au moment où la condition viendrait à manquer;

» Considérant qu'en admettant qu'il y aurait doute sur la question de savoir si la disposition dont il s'agit renferme nécessairement une substitution prohibée, ce doute doit se résoudre en faveur de la disposition, d'après la maxime des lois romaines spécialement introduite pour les testaments, *in ambiguis decidi oportet ut magis valeat quam pereat dispositio* (l. 12, Dig., *De rebus dubiis*); qu'il suffit donc que la clause du testament concernant le legs fait à la baronne de

Pouilly puisse être raisonnablement interprétée dans un sens qui ne présenterait pas de substitution prohibée, comme on vient de le faire avec les auteurs et la jurisprudence, pour que la disposition soit déclarée valable, d'autant que le testateur n'est jamais censé avoir voulu faire ce que la loi défend, et ce qui entraînerait l'anéantissement de sa volonté;

» Attendu que, la cause au fond ainsi jugée, il devient inutile d'examiner le mérite de l'exception de prescription proposée;

» En ce qui touche les dépens;

» Considérant que c'est à la partie qui succombe à les supporter,

» Par ces motifs,

» La Cour, statuant sur l'appel du jugement rendu par le tribunal de première instance de Montinédy, le 24 mai 1852, met l'appellation et ce dont est appel au néant, émandant, décharge les appelants des condamnations prononcées contre eux; au principal, ordonne que l'état de collocation de distribution de la rente dont s'agit, dressé par M. le président du tribunal de Montmédy, juge-commissaire nommé à cet effet, sera réformé, en ce que les intimés ont été colloqués pour la somme de soixante et un mille francs, dit et ordonne qu'ils seront rejetés de ladite distribution. Condamne les intimés aux dépens des causes principale et d'appel, ordonne la restitution de l'amende consignée; donne défaut second contre M<sup>e</sup> Guiot, en sa qualité et pour le profit, déclare le présent arrêt commun avec lui.

Un pourvoi en cassation fut dirigé contre cet arrêt. Mais il a été rejeté par la chambre des requêtes (1).

155. M. Bayle-Mouillard a cependant pensé, dans ses no-

(1) Dalloz, 36, 1, 147.

tes sur M. Grenier, que ce rejet n'exclut pas un oubli des principes rigoureux du droit (1) méconnus à cause de la faveur de la libération. Il voit un indice de cette méconnaissance des principes dans l'embarras extrême avec lequel l'arrêt de rejet est motivé. J'aurais désiré que M. Bayle-Mouillard eût fait connaître quels sont les principes rigoureux du droit dont l'arrêt de Nancy présente la violation. Mais il ne s'est pas expliqué à cet égard, et peut-être lui eût-il été difficile de justifier sa proposition en présence de cet arrêt qu'il reconnaît avoir été rédigé avec beaucoup de soin. Quant à la brièveté de l'arrêt de la Cour de cassation, M. Bayle-Mouillard se trompe en y voyant une preuve d'embarras. M. Lebeau, rapporteur et rédacteur de cet arrêt, avait pour système d'adopter les formules les plus rapides et les plus courtes. Je puis en parler en connaissance de cause, moi qui ai été son collègue à la chambre des requêtes pendant de longues années. Tous ses arrêts sont rédigés dans cette forme ennemie des développements et des démonstrations. Ce n'était pas de sa part un signe d'impuissance ou d'embarras; c'était la tournure de son esprit prompt, agile et néanmoins très-sensé. Le caractère des hommes explique souvent bien des choses et rend inutiles bien des commentaires faits de loin.

154. Arrivons à un autre cas et parlons de la faculté d'élire dans ses analogies avec la substitution prohibée.

Elle se pratiquait de deux manières : tantôt le testateur instituait celui qu'un tiers était appelé à choisir entre plusieurs individus désignés ; tantôt, après avoir institué un héritier, on le chargeait de rendre la chose à celui qu'il choisirait entre plusieurs personnes indiquées. L'un et l'autre mode étaient fréquemment employés entre époux : c'était une force donnée à la puissance des parents. L'époux survivant, investi

(1) T. I, p. 233, note.

du droit d'élire entre les enfants, avait sur eux plus d'autorité.

La loi du 17 nivôse an II ne fut pas favorable à la faculté d'élire. Quelques auteurs ont même pensé que sous le Code Napoléon, elle ne doit pas être considérée comme autorisée (1) étant contraire à la pureté des principes (2) sur la certitude des personnes gratifiées. Il serait cependant singulier que nous fussions plus sévères à ce sujet que les Romains, si portés au formalisme en matière de testament. Quand on parle de la pureté des principes, on oublie qu'ils ne condamnent que les legs où le choix de la personne n'est limité par rien, et non pas ceux où ce choix est restreint dans une certaine classe d'individus appelés sous condition (3). Aussi pensons-nous que la faculté d'élire n'a rien en soi de contraire aux lois, et nous voyons dans le droit romain et dans l'ordonnance de 1735 la raison écrite, telle qu'elle s'est montrée aux Caius, aux Ulpian, aux Papinien, aux d'Aguesseau.

Seulement si la faculté d'élire est liée à une substitution prohibée, ainsi que cela peut arriver dans le second cas, elle tombera non pas comme faculté d'élire, mais comme substitution. Pour preuve de cette proposition, rappelons l'espèce que voici :

Mme de Trobiant avait fait un testament où on lisait la clause suivante :

« Je déclare léguer à mon mari la pleine propriété de tous  
» les biens meubles et immeubles à la charge de disposer et  
» de transmettre dans leur état les fermes de\*\* aux membres  
» de mon estoc qu'il voudra et lorsqu'il le voudra. »

(1) M. Grenier, *Discours historique*, n° 56, 57, 58.

(2) M. Merlin, *Rép.*, v° *Légataire*, § 2, n° 48 bis. M. Rolland de Villargues, *Subst. prohibées*, p. 396.

(3) V. *infra*, n° 544 et suiv., n° 548.