

graves ; il y a cependant des personnes qui se font une gloire de s'en moquer. Quand on ne veut pas se singulariser, on recueille, en faisant son testament, ses réflexions les plus religieuses et les plus méditées. Mais quand on vise à l'originalité, on se fait un jeu de ce rôle solennel de législateur domestique. La mort rend tous les hommes égaux ; mais son approche ne fait pas que le sage meure comme le fanfaron. Thérémène, condamné par les trente tyrans, montre sa constance, par un bon mot en face de son heure suprême (1) ; c'était la grandeur d'âme du sage, plein de l'espoir d'une autre vie. Mais quand le laquais dont parle La Rochefoucault se mit à danser sur l'échafaud où il allait être roué (2), ce n'était que la caricature du courage et la bravade d'un homme de rien. L'humanité est pleine de ces exagérations qui visent à l'effet et offrent la ridicule grimace d'un bon sentiment. A part de rares et mémorables exceptions, je suis de l'avis de La Bruyère : « Toute plaisanterie dans un homme » mourant, est hors de sa place (3). » Pourtant, beaucoup d'hommes ont voulu être plaisants dans ce moment suprême, et les païens surtout aspiraient à ce genre de mérite. Ne disons pas qu'ils étaient insensés. Ils ont été ridicules ou vains, quand ils n'ont pas été sublimes. Chacun a sa manière de traduire ses impressions. Celui-ci fera à son héritier une mauvaise plaisanterie, comme on joue avec un enfant à qui l'on donne une friandise. Celui-là fera la plaisanterie sur lui-même. L'un se livrera à des combinaisons bizarres ; l'autre à des conceptions cyniques. Tous ont eu la prétention d'être esprits forts et de montrer qu'ils méprisaient la mort, ne sachant pas qu'il faut se borner à ne pas la crain-

(1) Cicéron dit de lui : « *Lusit vir egregius extremo spiritu.* » *Tuscul.*, 4, 49.

(2) *Pensées*, 504, *in fine*, ou 528, suivant d'autres éditions.

(3) Chap. 46.

dre. Voilà ce qui explique beaucoup de conditions testamentaires empreintes d'une singularité extrême, dont les lois romaines ont donné des exemples, et qui sont beaucoup plus rares dans nos mœurs. En pareil cas, qu'a fait la sagesse des jurisconsultes ? Elle a rejeté ces conditions, parce que bien qu'inexécutables, elles n'excluent pas en général la volonté de donner qui soutient la disposition.

Pomponius a cité un exemple célèbre : J'institue Titius pour mon héritier, s'il touche le ciel avec la main (1). Je ne sais si cette hypothèse est imaginaire, ou si Pomponius l'avait rencontrée dans ses études. Quoi qu'il en soit, il faut dire que si le testateur n'était pas atteint de folie, sa disposition est celle d'un homme qui a voulu faire une plaisanterie à son héritier, ou donner à sa pensée une forme bizarre. Regardez-y de près ; c'est comme s'il avait dit : J'institue Titius pour mon héritier pur et simple. Car toucher le ciel avec la main est chose impossible ; et comme on n'entreprend pas l'impossible, et qu'à l'impossible nul n'est tenu, Titius n'aura rien à faire pour être mon héritier.

217. A cela on ne saurait opposer avec solidité l'exemple des contrats. Quand on contracte, et que l'on met à son engagement une condition absurde et impossible, il est clair qu'on n'a pris cette tournure, que parce qu'on ne voulait pas s'engager. Vous me demandez de m'acheter ma terre ; je vous répons par un refus. Vous insistez ; alors, pour en finir, je vous écris : « Vous aurez ma terre quand vous aurez bu toute l'eau de la mer. » C'est répondre par une plaisanterie à une proposition qui n'a pas paru sérieuse.

Mais si faisant un acte spontané, comme l'est un testament, je dis : « J'institue Titius s'il boit toute l'eau de la mer, » le résultat sera tout autre. Je ne suis pas provoqué

(1) L. 46, D., *De injusto et rupto testamento.*

à faire une libéralité; je n'ai pas eu de motif d'aversion. Si j'avais été sous le coup de la contrainte, la même puissance qui m'ôtait ma liberté, m'aurait empêché d'ajouter à mon bienfait une condition impossible; j'ai agi librement; j'ai voulu donner. Seulement, « la singularité m'a plu dans une » matière si sérieuse et si profonde (1). » J'ai voulu rire dans un acte que d'autres n'abordent qu'avec effroi. Mais cette condition, appelée dérisoire par Marcianus, ne compte pas (2); c'est une formule étrange qui exclut tout acte à faire de la part de l'héritier, puisque tout acte tenté par lui se heurterait contre l'impossible.

218. Prenons un autre cas, où la suppression de la condition se légitime par des considérations d'un autre ordre. Je fais Titius mon héritier, s'il jette mes restes dans la mer: *sireliquias meas in mare abjiciat* (3). On pourra très-sérieusement examiner, avant tout, si le testateur a été sain d'esprit: « *Sed hoc prius inspiciendum est, ne homo, qui talem conditionem posuit, neque compos mentis esset* (4). » Car le bon sens humain croit aux honneurs de la sépulture. Cependant, il est des hommes qui les méprisent par irrégion; d'autres, par la religion de l'immortalité de l'âme. Socrate ne montra nul souci de ses funérailles (5). Diogène voulut être jeté au milieu des champs, demandant plaisamment un bâton pour chasser les vautours (6). On peut donc n'être pas fou, on peut même tenir un haut rang parmi les philosophes, et avoir en pitié la sépulture corporelle. Si donc le testateur était de ces hommes qui ont voulu montrer ou

(1) La Bruyère, *loc. cit.*

(2) L. 44, D., *De cond. instit.*

(3) Modestinus, l. 27, D., *De cond. instit.*

(4) *Ibid.*; *infra*, n° 475.

(5) Cicéron, *Tuscul.*, 1, 43.

(6) *Ibid.*

leur impiété, ou leur foi dans une autre vie, on ne déclarerait pas son testament nul. Mais on dispenserait l'héritier d'exécuter la condition. Quel mal résulterait pour le testateur et pour sa mémoire, des derniers honneurs rendus à sa cendre? La condition impossible disparaît donc ici, à cause du défaut d'intérêt. C'est ce que Marcien et Papinien appellent une chose vide d'utilité, *supervacua* (1). A quoi j'ajouterai, comme nouvel exemple de condition sans intérêt, celle de jeter une somme d'argent à la mer. Javolenus a beau être un des oracles du Digeste; je le récuse quand il s'imagine qu'une telle condition est sérieuse (2); il est clair comme le jour qu'elle ne l'est pas. Elle l'est aussi peu que celle qui fut imposée par une méchante vieille de Thèbes à son héritier, de porter sur ses épaules nues, son cadavre frotté d'huile (3). C'est bien le cas de dire :

Hé! qu'importe au défunt descendu dans la tombe!

219. Cependant, de même que nous disions tout à l'heure que la disposition doit s'écrouler si le testateur n'est pas *mentis compos*, de même, nous devons reconnaître aussi que, s'il résultait des circonstances que le testateur n'a pas voulu donner, la disposition tombera également. C'est encore ce que les lois romaines nous apprennent expressément. C'est même ce que le jurisconsulte Paul enseigne (ce qui est remarquable), dans un commentaire sur Sabinus, le père de la règle écrite dans l'art. 900: « Si un testateur, dit-il, » donne la liberté à son esclave, pour un temps où cet es-

(1) L. 443, § 5, D., *De legat.*, 1°.

(2) L. 55, D., *De cond. et demonstr.*; *infra*, n° 304.

(3) Horace, *Satir.*, 2, 5 :

Anus improba Thebis

Ex testamento sic est elata; cadaver

Unctum oleo largo nudis humeris tulit hæres.

» clave ne sera plus vivant, on ne saurait voir rien d'utile
 » dans une telle disposition; le testateur n'a pas voulu don-
 » ner la liberté (1). » Cela, en effet, n'est pas sérieux; le
 testateur a voulu se jouer et faire, contre les vraisemblances
 ordinaires, un acte sans valeur (2).

On pourrait rendre la même décision si le testateur avait
 dit : J'institue Joseph mon héritier, si les hommes, cessant
 de marcher sur leurs pieds, marchent sur leur tête. On com-
 prend qu'il peut y avoir telle circonstance donnée où l'em-
 ploi de cette formule soit une manière évidente de déshéri-
 ter un héritier, ou de déclarer à un hérédipète importun
 qu'on se moque de lui.

220. Ces exemples ne sont pas les seuls. En voici un autre
 tiré de la perplexité de la disposition : « Si Titius est mon
 héritier, je veux que Seius soit mon héritier. » Il y a une
 perplexité par suite de laquelle la condition oppose une im-
 possibilité à la disposition, et la disposition à la condition.
 Marcianus décide donc que cette institution est inutile (3).
 Et comment pourrait-on, en effet, donner quelque valeur à
 une disposition si bien combinée pour n'avoir aucun sens,
 et ne produire aucun résultat?...

221. Nous faisons donc deux exceptions à l'art. 900. La
 première a lieu si le testateur est atteint de démence; la se-
 conde, s'il a voulu ne pas donner dans un acte fait ordinairement
 pour donner. Mais nous disons que, hors ces deux
 exceptions, qu'on n'admettra jamais, notez ceci, sans preu-
 ves déterminantes, l'art. 900 est une règle très-sage, très-
 prudente et qu'il ne faut pas critiquer légèrement.

Comment se fait-il donc que Caius ait avancé qu'il n'y a

(1) L. 4, § 1, D., *De statuliberis*.

(2) V. un exemple de legs ridicule et nul, *infra*, n° 280.

(3) *Infra*, n° 279.

aucune raison plausible pour faire une distinction entre les
 conditions impossibles écrites dans les contrats, et les con-
 ditions impossibles écrites dans les testaments? Nous disons
 au contraire qu'il y en a de très-grandes. Dans un contrat,
 chacun dispute son terrain, se crée des défenses, et stipule
 une loi précise qui est la règle des deux parties. Tout doit y
 être interprété *quantum verba sonant*. Nous disons tout à
 l'heure que les conditions les plus impossibles y ont une
 place dictée par la raison, témoin la réponse des habitants
 de Lemnos; à plus forte raison doit-on tenir un compte ri-
 goureux de toutes les autres impossibilités. On n'y suppose
 rien d'inutile, rien qui ne soit dicté par un intérêt, rien qui
 n'ait sa raison d'être et son motif obligatoire.

Dans le testament, au contraire, acte unilatéral, acte d'ou
 le légataire est absent, et où une discussion préparatoire n'a
 pas fixé la part étroite de responsabilité de chacun, l'intérêt
 que le testateur peut avoir eu à l'exécution de la condition,
 n'a pas la même urgence et la même précision. Cela est si
 vrai que nous verrons bientôt que lorsqu'il ne tient pas au
 légataire d'accomplir la condition potestative, elle est censée
 accomplie, bien qu'en fait elle ne le soit pas (1). C'est que
 l'esprit de libéralité qui préside au testament n'est pas aussi
 exigeant que l'esprit commutatif qui préside à un contrat;
 c'est qu'à cause de sa générosité, cet esprit conduit à beau-
 coup de facilité et de largeur dans l'interprétation, et qu'il
 est exclusif des rigueurs inflexibles. « Je vous lègue 10,000
 » fr. si vous portez telle missive dans une ville assiégée. »
 Il est évident que cette disposition sera plus bénignement
 interprétée que cette clause d'un contrat de louage de servi-
 ces : « Je vous payerai 500 fr. si vous portez telle dépêche
 » dans la ville assiégée. » Dans la première hypothèse, j'ai

(1) *Infra*, n° 328.

voulu vous faire une libéralité, et si vous faites vos efforts pour arriver dans la ville sans le pouvoir ; la libéralité vous sera due. Mais le salaire ne sera dû, dans la seconde, qu'autant que la dépêche aura été portée, car c'est la loi du contrat, loi à laquelle vous vous êtes précisément soumis après délibéré, discussion, mûres réflexions. Dans le premier cas, le doute, s'il y en a, s'interprète en faveur du bénéficiaire ; dans le second, il s'interprète contre le créancier.

222. Pour mieux prouver combien ces distinctions sont satisfaisantes pour la raison, prenons quelques exemples d'impossibilité donnés par les lois romaines. On verra que, loin de répugner aux principes généraux, elles les consacrent ; et par là nous fortifierons les observations que nous avons présentées par avance aux n^{os} 217 et 218.

Titius vous donne sa succession si vous vous promenez dans les rues en habit d'Arménien (1). Il est évident que l'accomplissement d'une telle condition ne vous est pas possible, à vous qui n'avez pas les mœurs cyniques d'un J.-J. Rousseau. Mais, en bonne foi, quel est l'intérêt que la mémoire de Titius peut avoir à l'accomplissement de cette condition ? Quel est l'intérêt de ses successeurs légitimes ? Il n'y en a pas ; et, comme l'intérêt est la mesure des actions, les représentants de Titius ne seront pas fondés à exiger de vous que vous vous habilliez en Arménien. Donc la condition doit être considérée comme superflue et non écrite (2), donc le legs devra être délivré purement et simplement, et les héritiers légitimes à qui Titius vous a hautement préféré, n'auront à se plaindre sous aucun rapport (3).

Autre exemple :

(1) Paul dit : *Barbaro habitu*, sent. 3, 4, 2, § 2.

(2) *Supervacua*, l. 443, D., *De legat.*, 4^o.

(3) L. 37, D., *De cond. instit.*

Titius m'a institué son héritier si je lui élève un monument dans trois jours, et il se trouve qu'il est matériellement impossible d'exécuter dans un si court intervalle un travail de ce genre (1). Quoi ! vous voudriez que le juge annule cette disposition à cause de cette circonstance secondaire, sans importance et qui n'a pu tenir dans la pensée du testateur une place considérable ? Évidemment non, et l'héritier ne sera pas lié par ce délai de trois jours qui peut-être n'est qu'une erreur de plume, et auquel, dans tous les cas, il n'y a d'intérêt pour personne ; il aura le temps raisonnable pour exécuter le monument.

Voici un autre cas non moins évident :

Titius m'a institué héritier si j'épouse sa fille, et il se trouve que sa fille était morte, à son insu, au moment du testament (2) ; il a cependant laissé subsister son testament sans y rien changer, après avoir appris la triste nouvelle de ce décès. Pourquoi le juge serait-il plus sévère que lui ? Pourquoi voudrait-on charger ce juge de faire ce que le testateur n'a pas fait ? Comment pourrait-il, en conscience, décider que Titius a entendu que son testament resterait sans effet ? Est-ce qu'il n'est pas clair que la question est décidée par Titius lui-même dans un sens qui retranche la condition (3) ?

223. Supposons maintenant que le testateur ait prescrit quelques conditions contraires aux bonnes mœurs. Est-ce que le légataire n'est pas dispensé d'y satisfaire ? *Testatoris voluntati*, dit Cujas, *parendum non esse si quid jubeat fieri contra leges, contra edicta, contra bonos mores* (4). Il est dispensé d'y satisfaire, parce que sa bonne volonté est

(1) L. 6, D., *De cond. instit.*

(2) L. 6, § 4, D., *De cond. et demonstr.*

(3) Voët, 28, 7, 20, 21.

(4) Recit. sol. sur la loi 443, § 3, D., *De legat.*, 4^o.

paralysée par le respect des mœurs et des lois, et qu'il ne dépend pas de lui de montrer son respect pour l'ordre du défunt. Quand y a-t-il intérêt public ou privé à ce que le légataire obéisse à la volonté du testateur? Quand cette volonté n'est pas en hostilité avec les lois et les mœurs. Mais quand elle se met en révolte contre ce qu'il faut respecter, elle n'a pas droit à l'obéissance. *Toties secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quoties contra legem nihil sit futurum* (1). Alors la loi fait remise au légataire d'une condition qui la brave. Je dis : lui fait remise, parce que telle est la très-juste expression de Pomponius : *Remitti eis conditionem* (2). Personne ne peut s'en plaindre. Le légataire aurait certainement obéi à la condition si elle eût été possible. Puisqu'elle est impossible, il faut la lui remettre par respect pour ce que le testateur n'a pas assez respecté; il faut n'avoir égard qu'à la libéralité dont la pensée domine la disposition (3). Qui donc aurait action et intérêt pour demander l'exécution de la condition?

Il est vrai que dans les contrats, la disposition même est viciée. Mais la raison en est évidente, parce que les deux parties sont complices de l'outrage fait à la morale et aux lois. Il n'en est pas de même d'un simple légataire qui est irréprochable et veut rester tel. La loi ne peut lui enlever son legs, parce qu'il entend rester fidèle à ses prescriptions. Quelle justice que celle qui le dépouillerait parce qu'il obéirait à la justice (4)! C'est ce que dit Modestin dans un cas où le testateur aurait institué son héritier à condition qu'il jetterait ses restes dans la mer : *Laudandus est magis*

(1) Paul, l. 37, D., *De cond. et demonstr.*

(2) L. 7, D., *De cond. instit.* C'est dans un commentaire sur Sabinus qu'il dit cela. *Junge Marcellus*, l. 29, § 2, D., *De test. milit.*

(3) L. 37, D., *De cond. instit.*

(4) *Mantica*, *De conjecturis*, III, 3, 46.

quam accusandus hæres, qui reliquias testatoris non in mare, secundum ipsius voluntatem, abjecit, sed memoria humanæ conditionis sepulturæ tradidit (1). Paroles excellentes qui seront la conclusion de notre discussion (2).

224. Je termine en faisant remarquer que la plupart des codes modernes sont conformes à l'art. 900. On peut citer les Codes du canton de Vaud, des Deux-Siciles, de Sardaigne, etc. Le Code autrichien a cependant adopté le système des Proculéiens (3).

Quelques jurisconsultes auraient voulu, du reste, que l'art. 900 n'eût appliqué sa règle qu'aux testaments, et qu'il eût laissé les donations sous l'empire des principes relatifs aux contrats. Le Code sarde, en effet, a limité aux testaments la disposition de l'art. 900. Mais, quoi qu'on en dise, l'esprit de libéralité des donations exige d'autres règles d'interprétation que les contrats.

225. Arrêtons-nous maintenant pour préciser le caractère des conditions impossibles (4).

Une chose est impossible non-seulement lorsqu'il s'y rencontre une impossibilité de nature, mais encore lorsqu'il y a impossibilité de droit et de fait.

1° Toucher le ciel avec le doigt, ou *quand les cerfs paîtront dans l'air* (5), c'est là une impossibilité de nature qui

(1) L. 27, D., *De cond. instit.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 454, n° 27.

(2) Je recommande au lecteur studieux une dissertation de Joseph Averani, qui est écrite avec vigueur et élégance et qui soutient notre thèse : *Interpr. juris*, lib. II, cap. 211.

Le présid. Favre est aussi de cet avis, quoiqu'il ne soit pas accoutumé à jurer sur la parole du maître (*Conject.*, VI, 42, 1).

(3) § 698.

(4) Montaigne a fait là-dessus de bonnes réflexions morales (*Essais*, liv. I, ch. 26).

(5) Virgile, *Eglog.* 4.

frappe tous les esprits raisonnables et dont personne ne saurait douter.

2° Tuer un homme sur la place publique, c'est une impossibilité de droit, puisque la loi en fait défense. Il faut avoir l'esprit méchant et perversi pour attacher à une telle condition l'idée qu'elle est possible. Papinien a dit admirablement et dans un langage que Cujas appelle presque chrétien : « *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut ita dicam contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (1).* »

3° Aller de Paris à Berlin en deux heures, c'est là une impossibilité de fait. Une chose est impossible de fait, lorsqu'étant possible de nature, elle ne peut être exécutée à cause du temps, du mode ou du lieu prescrit.

La loi 6, D., *De cond. instit.* contient l'exemple d'une condition impossible de fait et réputée non écrite. C'est Ulpien qui parle : « Si quis ita institutus sit, si monumentum, post mortem testatoris, in triduo proximo mortis ejus, fecisset; cum monumentum in triduo perfici non possit, dicendum erit conditionem evanescere quasi impossibilem (2). »

226. Remarquez que pour être réputée non écrite il faut que l'impossibilité soit absolue, c'est-à-dire qu'il ne soit au pouvoir de personne d'accomplir la condition. Car ce qui est impossible pour quelques-uns, mais possible pour quelques autres, est censé possible pour tous : « Si ab eo stipulatus sit qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit (3). »

227. Il y a des conditions fausses que Papinien, dans la loi 72, § 7, Dig., *De condition. et demonstr.*, appelle impos-

(1) L. 45, Dig., *De cond. instit.* Cujas sur cette loi, lib. XVI, *Quæst. Papin.*

(2) Pothier, *Pandect.*, t. II, p. 453, n° 24. Furgole, VII, 2, 26.

(3) L. 237, § 5, Dig., *De verb. obligat.*

sibles, parce qu'elles ne peuvent se réaliser par suite de quelques faits faux qui s'y trouvent mêlés, comme de payer une chose qu'on ne doit pas (1). Ces conditions ne sont impossibles que par accident. Pour se faire une idée juste de leur influence sur la disposition, elles doivent être considérées dans trois temps : avant la confection du testament, après la confection du testament, après le décès du testateur. Lorsqu'elles ne deviennent impossibles qu'après le testament ou le décès du testateur, ce n'est plus de leur inutilité qu'il s'agit, mais de la question de leur accomplissement.

228. Un testateur avait institué Lucius Titius héritier, sous cette condition : *se filia mea vivet*. Or ce testateur n'avait jamais eu d'enfants ; mais probablement qu'il avait songé à une adoption, et qu'il ne l'avait pas réalisée. Le jurisconsulte Alfenus, en rapportant l'opinion de Servius, répond que Titius doit être héritier ; car c'est là une de ces conditions que leur fausseté rend impossibles et qui ne peuvent avoir aucune force (2).

Il en est de même des conditions qui, sans avoir été toujours fausses et impossibles, le sont devenues avant la confection du testament. C'est ce que porte la loi 6, § 1, Dig., *De condit. et demonstr.* Une fille que le testateur supposait vivante, était morte avant le testament. Pomponius, embrassant l'avis de Sabinus et de Cassius, décide que de pareilles conditions doivent être effacées.

229. Mais avant d'aller plus loin, il faut parler d'une opinion fort accréditée parmi les interprètes du droit romain. Elle consiste à dire que les conditions que le testateur ignorait être fausses ou impossibles ne doivent pas être réputées non écrites, mais qu'elles vicient la disposition ; car,

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 253, n° 24.

(2) L. 45, Dig., *De hæred. inst.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 453, n° 23.

suyant eux, les conditions que la loi déclare non écrites sont celles qui, au premier abord, sont jugées telles par tout le monde, et dont le testateur a pu connaître la nature. Mais il n'en saurait être ainsi, suivant ces interprètes, de celles dont l'exécution lui a semblé possible, et dont l'impossibilité lui était inconnue. Ils se fondent sur ce que le testateur, ayant eu une juste cause de croire à la possibilité de la condition, et ayant voulu par conséquent qu'elle fût accomplie, il ne faut pas scinder sa volonté; il faut au contraire que, la condition manquant, la disposition tombe pour le tout. Ils appuient cette opinion sur la loi 58, Dig., *De condict. indebit.*, dans laquelle on voit un testateur laisser un legs de cent écus d'or à son esclave s'il recevait la liberté *ex testamento*. Or, qu'arriva-t-il? C'est que cet esclave, après avoir reçu le legs, fit déclarer par sentence du juge, qu'il n'avait jamais été esclave, et qu'il était ingénu de naissance. Alors, l'héritier le poursuivit en répétition, et Papinien prononça que le légataire devait rendre ce qu'il avait reçu. La condition de recevoir la liberté *ex testamento* a toujours été impossible, disent les interprètes, puisqu'un ingénu ne peut venir à la liberté, et cependant elle n'est pas déclarée non écrite; elle vicie le legs, d'après la réponse de Papinien. Telle est l'opinion presque généralement accréditée parmi les auteurs de l'ancienne école. Doneau l'enseigne comme non douteuse (1). Mantica la suit sans hésiter sur la foi des anciens commentateurs (2), et Ricard se range à l'avis commun (3). Enfin le judicieux Pothier l'adopte dans ses *Pandectes* (4), mais avec une distinction. Si la condition impossible par accident consiste dans un fait laissé à

(1) *Comm.*, 8, 32, 7.

(2) *De conject.*, III, 40, 7.

(3) *Disp. condict.*, n° 226.

(4) T. II, p. 452, n° 22.

la charge du légataire, il faut la considérer comme non écrite, soit que le testateur ait ou non connu l'impossibilité de ce fait; car on ne peut supposer qu'il ait voulu imposer à celui qu'il gratifiait une condition impossible. (L. 26, § 1, D., *De statuliberis*; l. 41, § 16, D., *De fideic. libert.*) Dans tous les autres cas, on peut mettre dans la condition un fait impossible en soi, mais tel que le testateur pouvait ignorer si ce fait était possible ou non.

230. Le jurisconsulte Averani (1) a combattu avec force cette opinion qu'il appelle « *falsissima et nulla lege suffulta.* » « *Perterruit*, dit ce savant auteur, *perterruit omnes interpretes veteres hujus argumenti vis* (l'argument tiré de la loi 58); atque ut eam eluderent novo commento, totam rationem detrahendi conditiones impossibiles pervertunt. Invaluit itaque *opinio falsissima et nulla lege suffulta*, conditiones, quas testator falsas esse ignorabat, non detrahi, sed vitiare ultimas voluntates, cum tamen hæc tanto magis detrahendæ sint quanto certius est eas incauto testatori excidisse. »

Averani ajoute qu'on a mal entendu la loi 58; que la raison pour laquelle la répétition du legs est accordée, est que le legs est fondé sur une fausse cause, sur une hypothèse qui n'était pas la vraie; que l'esclave qui se prétend ingénu de naissance, ou qui a été affranchi avec des avantages que lui a faits son maître, doit perdre les libéralités dont la cause est dans la fausse opinion que le bienfaiteur était un maître et que c'était à un esclave que la libéralité s'adressait; que c'est même ce que le sénat a décidé, et ce que les prudents ont érigé en règle générale, ainsi qu'on peut le voir par la loi 1, C., *De ingenuis manumissis*; qu'ainsi, si Papinien décide que le legs s'évanouit, ce n'est pas à cause de l'im-

(1) Il écrivait en 1738.

possibilité de la condition jointe à l'ignorance du testateur, mais à cause du § 6 et d'un principe général admis en jurisprudence (1).

231. Cette interprétation me paraît d'autant plus satisfaisante que je la trouve à peu de chose près dans Cujas (2), lequel traite assez lestement Accurse pour avoir cru que l'impossibilité de la condition était ici pour quelque chose. Furgole (3) est aussi du même avis.

Ceci posé, on voit clairement que l'opinion repoussée par Averani prend naissance dans l'imagination des interprètes pour le besoin de concilier la loi 58 avec le principe qui ne lui est nullement contraire, que les conditions impossibles sont considérées comme non écrites. Il faut donc la rejeter comme tendant à embrouiller des choses claires et à tourmenter la volonté des testateurs par des conjectures capricieuses, sources de nombreux procès. D'ailleurs la loi ne distingue pas : elle rejette en général les conditions impossibles. Suivons-la sans nous livrer à de vaines subtilités, à moins que la volonté du testateur ne conduise à un autre résultat, comme dans le cas prévu par Papinien (4).

232. Venons maintenant à l'époque où l'impossibilité survient après la confection du testament.

Il s'agit moins ici de savoir si la condition devenue impossible est réputée non écrite, que de savoir si elle a manqué ou non, s'il a tenu ou non au légataire de l'accomplir, si enfin n'étant pas accomplie, on peut cependant, par une fiction, la tenir pour accomplie. Nous nous occuperons de

(1) *Interpr. juris*, 2, 34, n^o 17, 18, 19.

(2) Lib. IX, *Resp. Papin.* sur la loi 58, *De cond. indebiti*.

(3) VII, 9, 129.

(4) V. *infra*, n^o 1290 et suiv.

ce cas, quand nous traiterons de l'accomplissement des conditions (1).

233. Quant à la troisième époque, si la condition devient impossible après la mort du testateur, il n'y a aucun doute qu'elle ne soit jamais considérée comme non écrite. Ou elle manque et elle entraîne avec elle l'anéantissement de la condition ; ou elle est tenue pour accomplie, et alors elle la soutient. Nous parlerons *infra* des cas où, ayant manqué, on la regarde cependant comme accomplie (2).

234. Il est maintenant à propos de passer en revue quelques conditions qui ont fixé l'attention des jurisconsultes, et qui ont été signalées comme non écrites parce qu'elles sont contraires aux lois et aux mœurs. D'après Cujas, on les juge non pas seulement au point de vue des bonnes mœurs civiles : « *Non tantum intelligimus contra naturales* » (*bonos mores*), *sed etiam contra civiles* (3). » En voici des exemples : contracter un mariage incestueux (4), porter un habit déshonnête ou même un habit étranger (5), un habit d'homme quand c'est à une femme que le legs s'adresse, ou un habit de femme quand c'est un homme qui est gratifié (6) ; ne pas racheter son père de la captivité (7), ou ne pas lui fournir des aliments (8) ; commettre un meurtre (9), tenir un lieu de débauche (10), et en général ce qui est contre la

(1) *Infra*, n^o 320 et 339.

(2) N^os 326, etc. V. Averani, 2, 34, 24 à 34.

(3) *Quest. Papin.*, lib. XVI, sur la loi 45, D., *De cond. instit.*

(4) Cujas, *loc. cit.* *Infra*, n^o 246.

(5) Paul, *Sentent.*, 3, 4, 2, § 2.

(6) Cujas, *loc. cit.*

(7) Paul, l. 9, D., *De cond. instit.*

(8) Id.

(9) Cujas, *loc. cit.*

(10) Cujas, *loc. cit.*