

ferme une volonté positive d'appeler l'héritier du légataire à la place du légataire même (1).

286. Lorsque le legs est de deux choses alternatives, dont l'une est léguée sous condition, l'autre purement et simplement, la condition suspend la disposition pour le tout, même en ce qu'elle a de pur et simple. En effet, le legs alternatif ne constitue pas deux legs différents, mais un seul et même legs; et comme ce legs ne peut être en même temps pur et simple et conditionnel, il suit que la condition doit produire son effet.

Par exemple: « Je lègue à Titius un usufruit, ou bien, si un vaisseau arrive des Indes, une somme de 10,000 fr. » Titius ne pourra demander la délivrance du legs qu'autant que le vaisseau sera arrivé des Indes. Rien ne l'autorisera à demander, avant l'échéance de cette condition, l'usufruit; car le legs est alternatif, et l'on sent qu'il n'y aurait pas encore d'alternative, si la condition échue n'avait donné naissance à la dette de la chose qui forme cette alternative. C'est ce que décident Julien, Papinien et Ulpien (2).

Ces principes sur le legs alternatif conduisent à cette conséquence, que pareil legs ne passe pas à l'héritier du légataire, si ce légataire vient à mourir avant l'échéance de la condition (3).

287. L'effet suspensif qui résulte de la condition n'empêche pas le légataire de faire tous les actes conservatoires de ses droits, et d'intenter les actions nécessaires pour la con-

(1) Favre, *De error. pragmat.*, decad. 31, error. 3 et 4. Furgole, VII, 4, 29.

(2) L. 25, D., *Quando dies legat. ced.* Voy. *Pand.* de Pothier, t. II, p. 390, n^{os} 26 et 27.

(3) Voët, 36, 2, 5. Furgole, VII, 4, 39.

servation de son legs, s'il voyait que l'héritier détériorât la chose léguée, et agit à son préjudice (1).

Nous pensons même avec Furgole (2) que l'héritier pourrait, dans des cas de crainte grave et fondée, être tenu de donner caution. Rien n'est plus sacré que les dernières volontés; il faut empêcher l'héritier de les rendre inexécutables par sa mauvaise gestion (3).

288. Le légataire pourrait même traiter sur son legs (4), le vendre comme on vend un coup de filet, et même stipuler avec l'héritier qu'il y renonce.

Mais si le légataire s'était borné à faire sa renonciation au greffe, et qu'elle n'eût pas été acceptée, il ne serait pas lié, et pourrait demander la délivrance du legs après l'échéance de la condition (5). La raison en est qu'on ne peut renoncer par un acte définitif à un droit non ouvert, quand cet acte est unilatéral et ne vous engage envers personne.

Mais il n'en est pas de même lorsque c'est par une cession, un échange ou un contrat, que le légataire a renoncé à ses droits. La bonne foi, qui est la base des conventions, s'oppose à ce qu'il demande une chose qu'en vue d'un certain avantage, il a déterminément promis de ne pas réclamer. On sait d'ailleurs qu'on peut contracter sur les choses à venir, sur les espérances et les incertitudes. Le légataire n'a pas fait autre chose.

289. Tels sont les effets de la condition suspensive, en ce qui concernent l'époque où elle est encore pendante. En résumé,

(1) Ricard, *Dispos. cond.*, 485.

(2) VII, 4, 49.

(3) V. le titre du Dig. *Ut legat. seu fideic. servand. causa.*

(4) L. 7, § 48, D., *De pactis.*

(5) Pomponius, l. 45, § 2, D., *De legat.*, 2^o. Ulpian, l. 13, D., *De acq. hered.* Art. 784 et 790, Code Nap. Ricard, *Disposit. condit.*, no 486. Furgole, VII, 4, 47 et 38.

le légataire n'a pas encore de droit; il n'a que des espérances à un droit; il ne peut pas demander la délivrance du legs; l'exécution en est suspendue jusqu'au moment de l'accomplissement de la condition; il ne peut faire que des actes de conservation.

Remarquons, toutefois, que la faveur des dernières volontés a fait introduire une exception à cette règle pour les conditions négatives qui consistent *in non faciendo*, et à l'égard desquelles la mort seule du légataire peut établir la preuve qu'il n'y sera pas contrevenu.

Par exemple : « Je lègue 100 f. à Titius, s'il ne monte pas au Capitole. » Il est clair qu'une telle disposition ne peut se vérifier absolument que par la mort de Titius; car tant qu'il vit, il sera incertain s'il montera ou s'il ne montera pas au Capitole (1).

Les jurisconsultes romains ont fait sur de semblables dispositions un raisonnement qui montre leur esprit d'observa-

(1) Sciendum est conditiones quæ legatis adscribuntur alias *in faciendo* consistere, alias *in non faciendo*. Conditiones quæ in faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem differunt; conditiones quæ in non faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem non differunt. Nam si cui ita legetur, *si Capitolium non ascenderit*, ei hæres statim legatum solvere debet, si modo caverit se non facturum quod in conditione prohibetur... Hæc cautio appellatur *cautio Muciana* ab inventore Q. Mucio Scævola jurisconsulto... Cautioni Mucianæ locum non esse *in donationibus inter vivos*, atque etiam in stipulationibus quæ restrictius accipiuntur, satis constat. Et ratio differentiæ hæc est quod legatum nominatim non contulerit in ultimum momentum vitæ legatarii his verbis, *cum morieris*; sed si ita scripsit, *si Titius in Capitolium non ascenderit*, modum potius quam conditionem fecisse videtur, nisi aliam fecisse ejus mentem hæres probaverit... Ac postremum non cautioni Mucianæ locus, in his conditionibus, quæ, vivo legatario, alterius morte vel alio modo expleri possunt, ut in hoc casu, *si a marito non diverterit*. An capiet statim legatum, oblata cautione? Minime, quia conditio, viva ea expleri potest præmortuo marito, vel divortio facto culpa mariti... (Cujas, *Quæst. Papin.*, l. 18, ad legem 72, D., *De cond. et demonstr.* — Junge Voët, *ad Pand.*, l. 28, t. VII, n° 6.)

tion et la justesse de leurs idées. Si la condition dont il vient d'être question produit un effet suspensif (ainsi que les paroles semblent l'indiquer), qu'en résultera-t-il? c'est que le legs ne se trouvant purifié que par la mort du légataire, ne sera délivrable qu'à la mort de ce même légataire. Or, est-il présumable qu'un testateur ait, d'un côté choisi un légataire pour lui donner partie de ses biens, et que de l'autre, il ait ordonné qu'il n'en jouirait en aucune manière de son vivant? Cela serait absurde; cela serait contraire à la véritable intention du disposant. Il faudrait supposer qu'il a voulu gratifier, non le légataire, mais seulement ses héritiers, qui sont pour lui des personnes, pour la plupart du temps, incertaines et inconnues. On doit donc décider, en se fondant sur l'intention probable du testateur, que la condition, *s'il ne monte pas au Capitole*, est plutôt une charge, *pro modo*, qu'une condition (1); en conséquence, la délivrance du legs ne se trouvera suspendue par rien, et le légataire pourra exiger du jour de la mort du testateur, sauf à donner caution, qu'il ne fera pas la chose défendue, et qu'au cas où il y contreviendrait, il rendra l'objet légué avec fruits. Cette caution s'appelait *cautio mucienne*, du nom du jurisconsulte *Mucius Scævola*, qui en fut l'auteur (2).

290. Mais remarquez que cette exception n'avait lieu que pour les conditions qui, consistant *in non faciendo*, ne peuvent se purifier que par la mort du légataire. Car si la condition négative pouvait se purifier durant la vie du légataire (ce qui arriverait si elle était casuelle ou mixte), l'exception cessait et les principes reprenaient toute leur force.

(1) *Infra*, n° 353.

(2) L. 7, § 1, D., *De cond. et demonstr.* L. 18 et 79, § 2, D., 49, *eod. titulo*. Furgole, VII, 4, 5 et suiv. Ricard, *Disp. cond.*, n° 301. M. Toullier, t. VI, p. 565 et suiv. Pothier, *Pand.*, t. I, p. XIII, et t. II, p. 477, n° 433. Heineccius, *Hist. juris*, § 445.

Par exemple : « Je vous institue, si vous ne vous mariez pas avec Mævia. » Comme la disposition peut se purifier par votre mariage avec toute autre femme, ou même par la mort de Mævia, il s'ensuit que les raisons qui avaient décidé les jurisconsultes romains ne trouvent pas leur application, et que la disposition demeure subordonnée à une condition suspensive qui empêche que le légataire ne profite de l'institution avant la purgation de la condition (1).

Ces idées et ces distinctions sont si raisonnables qu'elles faisaient autorité dans l'ancien droit, en matière de testament : elles sont encore aujourd'hui la raison écrite. Seulement la caution mucienne, dont le Code ne parle pas, est abrogée, et les juges ne devraient pas nécessairement ordonner qu'elle fût fournie (2), à moins, toutefois, que des motifs sérieux ne fissent redouter le dilapidation du légataire. Mais alors la caution serait prescrite, non comme caution mucienne, mais à cause du cas particulier et du caractère de la personne.

291. Passons à l'époque où arrive l'événement prévu dans la condition (*conditioe existente*).

L'événement de la condition produit deux effets principaux : le premier de purifier la disposition : *existentia conditionis*, dit Mantica, *deducit rem in esse perfectionis* (3); le second de remonter au moment de la mort du testateur, et d'avoir par conséquent un effet rétroactif.

Lors donc que la condition est arrivée, la disposition est comme si elle avait été pure et simple. *Dies cedit*, disent les lois romaines, c'est-à-dire que le legs est dû, et que l'héri-

(1) L. 106, D., *De cond. et demonstr.* Cujas, *loc. cit.* Voët, *loc. cit.* Furgole, *loc. cit.*

(2) Toullier, t. VI, p. 567 et suiv. M. Merlin, *Répert.*, v° *Legs*.

(3) *De conj. ult. vol.*, XI, 16, 2.

tier ou le légataire conditionnel transmettent leurs droits à leurs héritiers (4).

Richard a soutenu que dans les legs l'événement de la condition ne produisait pas d'effet rétroactif (2). La même pensée est exprimée par Pothier (3), d'après Cujas (4). Furgole soutient, au contraire, que l'événement de la condition produit un effet rétroactif (5).

Mais ces deux avis peuvent se concilier. Pour cela, il suffit de s'entendre.

Si, en effet, on considère la personne du légataire, sa capacité, son droit pour transmettre à son héritier, ce n'est pas le temps du testament qu'il faut regarder, mais le temps où la condition est arrivée : « *In legatis spectatur tempus quo conditio existit; in stipulationibus tempus contractus.* » Ce sont les paroles de Cujas (6), et Furgole n'a garde d'être d'un autre avis (7).

Ainsi, il n'est pas nécessaire que le légataire conditionnel soit capable de recevoir au moment du testament, pourvu qu'il le soit au moment de l'accomplissement de la condition. La condition n'a donc pas à cet égard d'effet rétroactif.

Dans les contrats il n'en est pas de même, comme vient de le dire Cujas : ce n'est pas le temps de la condition, mais le temps du contrat que l'on considère pour juger de la capacité des contractants, et du droit de transmission à leurs successions.

Donc, en ce qui concerne les personnes grevées de con-

(1) L. 5, D., *Quando dies legat. ced.*

(2) *Disp. condit.*, n° 203.

(3) *Obligations*, n° 220.

(4) Sur la loi 78, D., *De verb. obligat.*

(5) VII, 4, 144.

(6) *Loc. cit.*

(7) VII, 4, 145.

dition, il existe une grande différence entre les contrats et les legs. Ici, point d'effet rétroactif; là, au contraire, effet pleinement rétroactif. Nul doute n'existe à cet égard, et tout le monde est d'accord (1).

Mais si l'on vient à considérer le droit de l'héritier de disposer de la chose à l'égard des tiers, la condition produit un effet rétroactif aussi bien dans les testaments que dans les contrats. C'est pourquoi si l'héritier, quoique propriétaire de la chose léguée, pendant la condition, l'aliène, l'hypothèque ou lui impose des servitudes, l'accomplissement de la condition fait évanouir tout ce qu'il a fait, et la chose doit se trouver aussi libre qu'elle l'était au jour du décès du testateur par le principe : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. La condition remonte donc ici au jour du décès du testateur (2).

Il est vrai que l'héritier ne doit pas la restitution des fruits perçus pendant la suspension de la condition, et que le légataire n'a aucun droit pour les réclamer; mais cette circonstance, mal à propos relevée par Ricard comme preuve de la non-rétroactivité, ne porte pas atteinte à l'effet rétroactif dont nous parlons. Le droit de l'héritier sur les fruits, *pendente conditione*, tient à un autre principe : c'est que pour faire les fruits siens, il suffit d'avoir bonne foi et titre. « *Si quis a non domino quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave qualibet justa causa æquè bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura.* » Ainsi parlent les Institutes (3). Or, l'héritier est certainement un possesseur légitime et de bonne foi, en attendant

(1) Mon comm. de la Vente, t. I, n° 56.

(2) L. 3, § 3, D., *Comm. legat.* L. 69, § 4, D., *De legat.*, 4°. L. 405, D., *De cond. et demonstr.*

(3) *De rerum d.*

l'accomplissement de la condition; donc il doit avoir le gain des fruits (1).

292. Arrivons à la défaillance de la condition (*deficiente*) et à ses effets. Comme le dit Furgole (2), tout ce qu'on peut dire à cet égard est renfermé dans cette maxime des docteurs, tirée de la loi, D., *De pericul. et comm. rei vendit.*: « *Actus conditionalis, defecta conditione, nihil est.* » La disposition tombe donc pour le tout, et le légataire perd tous ses droits sans espérance de les recouvrer; car c'est une autre maxime des docteurs que, *conditio semel defecta non restauratur* (3).

A ce sujet, il faut remarquer que le légataire qui a déclaré contradictoirement ne pas vouloir accomplir la condition qu'il connaissait, ne peut être admis à la remplir ensuite : « *Quod enim semel repudiatum, redintegrari minime concedimus* (4). » En effet, comme le remarque Cujas, c'est là une véritable répudiation (5), et l'on doit appliquer l'art. 790 du Code Napoléon (6).

293. Jusqu'à présent, c'est particulièrement aux conditions suspensives que nous avons appliqué les notions dont nous disions ci-dessus que Cujas a fait un si parfait résumé (7). Voyons comment elles s'appliquent aux conditions résolutoires.

On sait que la condition résolutoire a pour effet, non pas de suspendre la disposition, mais de la résoudre. Dans une

(1) Furgole, *loc. cit.*, n° 447. Toullier, t. VI, p. 573.

(2) VII, 4, 450.

(3) Furgole, *loc. cit.*, n° 460. L. 41, § 42, D., *De fideicom. lib.* Mantica XI, 46, 2.

(4) L. ultim., C., *De cond. insert.*

(5) Sur la l. 474, D., *De reg. juris.*

(6) *Supra*, n° 283.

(7) N° 282.

donation ou un legs soumis à une telle condition, la libéralité est pure et simple dans son principe, et doit recevoir immédiatement son exécution; la résolution seule se trouve suspendue.

Il y a donc aussi un effet suspensif dans la condition résolutoire; seulement cet effet ne touche pas à l'origine de la disposition; il n'a trait qu'à sa résolution. Ainsi tout ce que nous avons dit ci-devant sur la suspension de la disposition, doit s'appliquer ici à sa résolution.

Lorsque la condition résolutoire arrive, la disposition se trouve résolue de plein droit, et les choses sont remises au même état que s'il n'y avait pas eu de disposition. La résolution se fait *ex causa primæva et antiqua* (1); les aliénations ou hypothèques consenties par le donataire ou le légataire sont également résolues par la règle si souvent citée: *Resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis* (2).

Par exemple, Titius lègue la moitié de ses biens à sa femme sous la condition résolutoire qu'elle ne se remariera pas; en cas de second mariage, la libéralité échappe à la femme sans autre examen et *ipso jure*.

294. Dans les contrats, la condition résolutoire opère-t-elle de plein droit?

J'ai exposé, dans mon commentaire de la *Vente*, l'état de l'ancienne et de la nouvelle jurisprudence sur cette question (3); il faut y recourir. En en faisant ici une application sommaire pour la donation entre-vifs, nous dirons: la condition résolutoire est-elle casuelle, comme par exemple: « Je vous donne ma forêt de Haremborg; et cette donation sera résolue, si mon cousin, dont je n'ai pas de nouvelles,

(1) Mon comment. de la *Vente*, n° 59.

(2) L. 31, D., *De pignorib.* Furgole, VII, 4, 153.

(3) N° 64.

arrive des armées, » la résolution aura lieu de plein droit à l'arrivée du cousin. L'art. 960 du Code Napoléon offre à cet égard un argument irrésistible.

Ou bien la condition est-elle potestative; par exemple: « Je vous donne ma terre des Sablons; mais cette libéralité sera résolue si vous épousez Mævia. » Aussitôt que vous aurez contracté mariage avec Mævia, la donation cessera et la résolution s'opérera *ipso jure* comme dans le cas précédent (1).

Il en sera de même si la condition est potestative négative, comme: « Je vous donne ma forêt de Haremborg; mais cette donation sera résolue, si, quand vous aurez vingt-cinq ans, vous ne quittez pas le service militaire pour venir habiter avec moi. » Dans ce cas, comme dans les précédents, l'événement de la condition résolutoire opérera *ipso jure* (2).

Mais si la condition résolutoire est tacite, comme dans le cas de l'art. 956 (3), alors la résolution n'opère pas *ipso jure*; il faut une mise en demeure. « *Aliud juris est, si quid tacite continetur, aliud si verbis exprimat* (4).

295. Quand la condition résolutoire est arrivée, et que la donation est résolue, cette résolution entraîne-t-elle la restitution des fruits perçus, soit de la part du donataire, soit de la part du légataire?

Examinons d'abord la question à l'égard du légataire: une distinction doit être faite entre les conditions casuelles et les conditions potestatives.

(1) Arg. de l'art. 1183, C. Nap., et de ces mots: « *Lorsqu'elle s'accomplit.* »

(2) Arg. du même art. 1183.

(3) *Infra*, n° 1419.

(4) *Junge*, art. 1184 et 1655 C. Nap. Cassat., 2 décembre 1811 (Devill., 3, 1, 431).

Si la condition est casuelle, comme : « Je vous lègue 100,000 fr. à condition que le legs sera résolu si mon cousin, dont je n'ai pas de nouvelles, arrive de l'armée, » il est évident que le légataire ne devra pas la restitution des fruits ; il a été de bonne foi et on appliquera la doctrine exposée au n° 288.

Mais si la condition est potestative, il n'en saurait être de même, à cause de la contravention du légataire à la loi imposée par le testateur. Prenons pour exemple une condition potestative qui consiste *in non faciendo* : « Titius lègue à sa femme la moitié de ses biens, à condition que la libéralité sera résolue si elle contracte un second mariage. » En cas que l'épouse se remarie, elle sera comptable de tous les fruits perçus, parce qu'en enfreignant volontairement la condition, elle s'est rendue indigne de la libéralité (1). C'est ce que les lois romaines décident expressément (2). Justinien le déclare même en termes formels pour le cas spécial qui nous sert d'exemple : « *Reddat quod datum est. . . et quos accepit in medio fructus* (3). »

Si maintenant nous passons au donataire, nous trouvons des principes analogues (4).

Pierre donne 50,000 fr. à Titia, sa filleule, à condition que cette somme lui fera retour si elle précède sans enfants. Si la condition vient à se vérifier, le capital, seul, rentrera dans les mains de Pierre, sans les intérêts. Titia a joui de la chose avec titre et bonne foi. C'est un événement purement casuel qui a résolu la donation.

(1) Furgole, VII, 4, 156 et 10.

(2) Papin., l. 76, § 7, D., *De legat.*, 2^o (Resp. 7), et l. 79, § 2, D., *De cond. et demonstr.* (définit. 1).

(3) Nouvelle 22, C. 44, § 2. *Junge* § 4.

(4) Furgole, VII, 4, 126 et 127.

Mais supposons que la condition résolutoire, au lieu d'être casuelle, soit potestative.

« Je vous donne le fonds Cornélien, à condition que vous vous marierez avec Titia ; et si vous ne vous mariez pas avec elle, la donation sera résolue. » Julianus décide que, dans le cas où, contre la condition, vous vous serez marié avec Sempronia et non avec Titia, le fonds Cornélien sera rendu avec les fruits (1).

Le président Favre estime cependant qu'il est plus vrai et plus humain (*verior et humanior est*) de laisser les fruits au donataire jusqu'au jour de la demande ; car avant la révocation, le donataire était propriétaire ; et, de plus, il n'était pas constitué en mauvaise foi (2). Il s'appuie sur une décision du sénat de Chambéry et sur l'autorité de Boerius.

Mais nous ne saurions donner notre assentiment à cette opinion. C'est une règle générale dans les contrats, que lorsque la convention est résolue par inexécution des conditions, celui qui est l'auteur de la contravention doit rendre les fruits. Voyez en matière de vente : si l'acheteur manque à la condition résolutoire de payer le prix, la résolution du contrat entraîne la restitution des fruits ; car cette résolution est radicale ; elle opère rétroactivement, et rien ne doit rester entre les mains de l'acheteur qui a manqué à ses promesses. « *Nihil penes eum residere oportere ex re, in qua fi-dem fefellisset* (3).

Il en est de même quand, au lieu d'une vente, c'est une donation et que le donataire fait résoudre cette donation par son fait. On ne voit pas de raison sérieuse pour arriver à un autre résultat. Par là, d'ailleurs, il y a égalité et harmonie

(1) L. 77, § 24, D., *De condict. causâ dat. non. secutâ.*

(2) Cod. *De revoc. donat.*, 8, 28, def. 16.

(3) L. 5, D., *De lege commiss.* Mon comm. de la Vente, t. II, n° 652.

entre le droit sur la résolution des legs et la résolution des donations.

A la vérité, lorsque la donation est révoquée pour cause d'ingratitude, les fruits perçus ne doivent pas être rendus. Mais ce n'est pas là une objection, et il est étonnant que le président Favre ait confondu ce dernier cas avec celui qui nous occupe. Ainsi que nous le verrons plus bas, l'ingratitude ne fait pas révoquer la donation, *ex causa primæva et antiqua*; elle n'opère aucun effet rétroactif. Tout ce qui a été fait *medio tempore* subsiste (1), parce que l'ingratitude est un fait imprévu, improbable, et dont les parties repoussent l'augure en contractant. Mais il en est tout autrement lorsqu'il s'agit d'un cas de résolution attachée à la libéralité, et expressément stipulée dès l'origine.

296. Reste à voir le cas où manque la condition résolutoire. Mais un mot suffit pour définir la situation : la disposition n'a plus rien à craindre du cas prévu ; elle devient ferme, stable et définitive.

297. Maintenant, pour compléter les notions nécessaires sur l'effet des conditions, il convient de dire un mot d'une question très-célèbre autrefois, et qui, bien que moins usuelle aujourd'hui, a cependant encore son importance ; elle consiste à savoir si les paroles contenues dans la condition peuvent avoir une vertu dispositive.

Nous avons vu que le seul effet de la condition est de faire dépendre la disposition de l'événement ou de l'exécution de la condition, pour rendre parfaite, anéantir, ou résoudre la disposition conditionnelle (2). En un mot, comme le dit Grivel (3), après le président Favre (4) : *Conditio nihil est,*

(1) Art. 958, C. Nap.

(2) *Supra*, n° 282.

(3) Décis. du parlement de Dôle, *décis.* 120.

(4) *De errorib. pragmatic.*, decad. 26, error 2, n° 16.

» *aut saltem non est quid positivum, sed tantum privatio puritatis* (1); » ou bien, pour me servir des paroles de Mantica : « *Conditio ipsa nihil ponit in esse, nisi fuerit purificata* (2). »

Si tel est le caractère unique de la condition, il s'ensuit que les paroles qui forment la condition ne peuvent pas disposer, et que par conséquent celui qui est dans la condition n'est pas pour cela dans la disposition. Par exemple, le testateur fait une disposition ainsi conçue : « Si Scïus n'est pas mon héritier, je veux que Caius le soit. » Il semble au premier coup d'œil que ces paroles : « Si Scïus n'est pas mon héritier » supposent une institution faite en faveur de Scïus, et qu'elles lui donnent la possibilité d'exclure Caius et d'appréhender l'hérédité. Cependant la loi 19, D., *De hæred. inst.*, décide nettement le contraire, aussi bien que la loi 82 du même titre, et l'on peut dire qu'il n'y a pas de maxime plus constante que celle enseignée par Cujas sur la loi dernière que nous venons de citer : « *Nec vocari videtur qui in conditione ponitur* (3). »

Plusieurs jurisconsultes faisaient néanmoins une exception à cette règle en faveur des enfants du testateur, et ils décidaient que les enfants compris dans la condition étaient censés dispositivement appelés. Ainsi, dans l'exemple suivant : « J'institue Pierre mon héritier, et en cas qu'il vienne à décéder sans enfants, je lui substitue Jean, » ils soutenaient que l'on devait considérer les enfants comme étant substitués à leur père, et, par conséquent, appelés d'une manière dispositive,

(1) *Junge* Bartole sur la loi *Si cum dotem*, D., *Sol. mat.*, n° 9.

(2) *De conjecturis ultim.* vol., XI, 16, 2.

(3) V., là-dessus, Pothier, *Pand.*, t. II, p. 203, n° 39. Furgole, VII, 4, 65 et suiv. Ricard, *Disp. cond.*, n° 455. M. Merlin, *Répert.*, v° *Institution d'héritier*, p. 379, n° 7.

bien qu'ils ne se trouvaient placés dans la condition pour faire barrière à la substitution créée en faveur de Jean. Les auteurs italiens, qui s'aventurèrent avec tant de complaisance et d'imagination dans le champ des conjectures, avaient été les inventeurs de cette interprétation extensive; ils l'avaient fait admettre par beaucoup de tribunaux de leurs pays (1). La plupart avouaient cependant que cela était contraire aux principes du droit romain; et, en effet, les lois 17, § 5, D. *Ad. S. C. Trebell.*, et 16, § *ult.*, D., *De vulg. et pupill. subst.*, décidaient implicitement que les enfants placés dans la condition n'étaient pas censés appelés dans la disposition (2). Mais au moyen de présomptions plus ou moins ingénieuses, mais toujours forcées, ils tiraient des paroles du testateur un résultat que repoussaient les véritables règles du droit.

Les tribunaux français étaient restés plus attachés aux principes, et l'ordonnance sur les substitutions les sanctionna de la manière la plus formelle, repoussant comme des mensonges toutes les interprétations conjecturales des auteurs. *Mendacissima sunt omnia*, disait Cujas de ces inventions (3).

On admettait donc sans difficulté le brocard de droit : *Nec vocari videtur qui in conditione ponitur*; brocard fondé sur la raison. En effet, les dispositions de dernière volonté doivent se suffire par elles-mêmes, et ce n'est pas des conjectures toujours incertaines et très-souvent contraires à la volonté du testateur qu'on peut les induire et les étendre. Que de présomptions n'était-on pas obligé d'accumuler les unes

(1) Peregrinus, *De fidic.*, art. 28, nos 2, 3 et 4. Mantica, *De conjecturis*, *ult. vol.*, XI, 2 et 3, résume toutes les opinions et toutes les conjectures applicables à cette question.

(2) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 488, no 493, et p. 217, no 49 et la note.

(3) Sur la loi 64, D., *De legat.*, 2°. (*Quæst. Rapin.*, lib. X.)

sur les autres pour soutenir que les enfants contenus dans la condition étaient censés dispositivement appelés! présomptions, du reste, auxquelles on pouvait toujours opposer une présomption contraire. Dans l'exemple cité en commençant : « Si Seïus n'est pas mon héritier, je veux que Caius le soit, » quoique la vocation de Seïus ait plus d'apparence de probabilité que dans tout autre cas, ce n'est cependant que de conjectures extrêmement douteuses qu'on peut la faire résulter. Il faut pour cela supposer que le testateur a eu l'intention d'instituer cet individu, quoiqu'il ne l'ait dit nulle part; qu'il l'a préféré à Caius, en lui donnant le droit d'exclure ce dernier, et que par cela même qu'il a dit : *Si Titius n'est pas mon héritier*, il a réellement admis comme prémisse, que Titius l'était véritablement. Mais rien de tout cela n'a un caractère de probabilité irréfragable. Loin de voir dans la disposition une préférence de Seïus sur Caius, nous y voyons au contraire une préférence de Caius sur Seïus. Le testateur a bien pu songer à instituer éventuellement Seïus et par conséquent à exclure Caius; mais il n'en est pas moins vrai qu'au moment du testament, il ne l'a pas fait; loin de là, il a gratifié formellement Caius, sauf à voir ultérieurement s'il n'y aurait pas lieu à détruire cette disposition par la vocation de Seïus; et étant mort sans opérer cette vocation, il a persisté à préférer Caius à Seïus. Soutenir que les paroles formant la condition supposent et la volonté d'appeler Seïus et l'idée de son institution, c'est créer des dispositions et non pas interpréter celles qui existent. Nous voyons, au contraire, dans la clause telle qu'elle se présente, que le testateur a pensé gratifier Seïus plus tard, mais pas du tout dans le moment où il écrivait; car s'il l'avait voulu, il l'aurait fait; il n'aurait pas employé une forme de s'exprimer qui repousse bien plus qu'elle ne favorise les prétentions de Seïus. Caius pourra toujours dire victorieusement à son ad-