

fasse exception; or, il n'y a pas d'exception pour les donations déguisées ni pour les dons manuels.

Qu'est-ce que l'autorisation, et dans quelles formes est-elle donnée? Le code renvoie au titre du *Mariage*; c'est là que se trouve le siège de la matière; nous l'avons expliquée. L'article 905 contient une application de ce principe; il exige l'assistance ou le consentement spécial du mari; l'assistance est l'autorisation tacite, le consentement spécial est l'autorisation expresse. Celle-ci doit se donner par écrit. Faut-il un écrit authentique à raison de la solennité de l'acte? Nous avons examiné la question au titre du *Mariage* (1).

Reste à savoir ce que la femme peut donner. La solution de la question dépend des divers régimes sous lesquels la femme peut être mariée. Nous renvoyons cette matière au titre du *Contrat de mariage*.

§ IV. Des autres incapacités.

154. Les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens à compter du jour de l'ouverture de la faillite (Code de com., art. 442); à partir de ce jour, ils ne peuvent plus faire de donation. Ils peuvent tester; le testament ne cause aucun préjudice aux créanciers, puisqu'ils sont payés avant les légataires. Quant aux donations faites avant l'ouverture de la faillite, nous renvoyons au code de commerce (art. 444 et 447).

155. Le décret du 18 février 1809 porte que les religieuses hospitalières ne peuvent, par actes entre-vifs, ni renoncer à leurs biens au profit de leur famille, ni en disposer, soit au profit de la congrégation, soit au profit de qui que ce soit (art. 10). Si elles pouvaient disposer, elles disposeraient régulièrement au profit du couvent; et comme la loi ne reconnaît plus de vœux perpétuels, elles se verraient dépouillées de leurs biens, au cas où elles rentreraient dans le monde. Ce motif ne s'applique pas au

(1) Voyez le tome III de mes *Principes*, p. 155, n° 119.

testament: les hospitalières restent à cet égard sous l'empire du droit commun (art. 9).

156. Il y a des incapacités consacrées par le code civil qui ont été abolies par des lois postérieures. La mort civile n'existe plus, ni en France, ni en Belgique. Il en est de même de l'interdiction légale, d'après notre nouveau code pénal (1).

L'incapacité qui frappait les étrangers, en ce qui concerne la faculté de donner et de recevoir par testament, a été également abrogée en France et en Belgique. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions* (2).

SECTION II. — Des personnes incapables de recevoir.

§ I^{er}. De ceux qui n'existent pas.

N° 1. DES ENFANTS NON CONÇUS.

157. L'article 906 porte: « Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. » Il suffit d'être conçu, dit la loi, parce que l'enfant conçu est censé né, quand il s'agit de ses intérêts. Le principe formulé implicitement par l'article 906 est donc qu'il faut exister pour être capable de recevoir. Il est si évident que le néant ne peut pas recevoir une libéralité, qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire dans une loi, si ce n'étaient les conséquences qui en résultent; nous dirons plus loin que ce qui est si évident pour les légistes est presque une hérésie pour les gens d'Eglise. Pour les enfants non conçus, il n'y a jamais eu de doute. Il y a cependant des exceptions: les donations de biens à venir faites par contrat de mariage aux époux sont présumées faites au profit des enfants et descendants à naître du mariage (art. 1082): les substitutions fidéicommissaires permises par le code sont

(1) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 509, nos 403 et 404.

(2) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 552 et suiv., p. 654.

faites au profit des enfants nés et à naître des institués (art. 1082 et suiv.). Remarquons que, dans ces deux cas, la libéralité n'est pas faite directement au profit des enfants à naître : juridiquement on ne comprend pas que le néant soit gratifié. L'institution contractuelle et la substitution fidéicommissaire sont faites avant tout au profit des époux ou des institués, donc au profit de personnes existantes (1).

158. Aux termes de l'article 906, il faut être conçu au moment de la *donation* pour être capable de recevoir. Que faut-il entendre par là ? Est-ce le moment où l'acte de donation est passé par le notaire ? ou est-ce le moment de l'acceptation ? La question est très-controversée. Il nous semble que le texte du code la décide. Le moment de la *donation* est celui où la donation se fait. Autre est le moment de l'acceptation. Puisque les deux époques diffèrent, il faut s'en tenir à celle que le code exige. D'autant plus que le texte est en harmonie avec les principes. Qu'est-ce qu'une donation faite à un enfant non conçu ? C'est une offre. Or, conçoit-on que l'on fasse une offre au néant ? On objecte que le legs est valable, bien que le légataire ne soit pas conçu lors du testament, il suffit qu'il le soit à l'époque du décès du testateur. Si l'on peut *léguer* à un enfant non conçu, dit-on, pourquoi ne pourrait-on pas *donner* à un enfant non conçu ? Nous répondons que la différence est grande. Le testament n'est qu'un simple projet, ce n'est pas une offre ; le projet du testateur ne se rapporte pas au moment où il teste ; il se rapporte à l'époque de sa mort. Cela décide la question. Vainement dit-on que l'offre du donateur se perpétue jusqu'au moment de l'acceptation, puisqu'elle subsiste tant qu'elle n'est pas révoquée ; pour que l'offre puisse se perpétuer, il faut qu'elle existe ; or, nous nions précisément qu'elle existe, parce qu'on ne peut pas déclarer que l'on se dessaisit actuellement au profit du néant (2).

(1) Coin-Delisle, p. 96, n° 1 de l'article 906.

(2) Coin-Delisle, p. 96, n° 2 de l'article 906; Aubry et Rau, t. V, p. 429, note 1 du § 649; Demolombe t. XVIII, p. 604, n° 579. L'opinion contraire est plus généralement suivie ; voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 487.

159. Quand il s'agit d'un legs, il suffit, dit l'article 906, d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Que faut-il décider si le legs est conditionnel ? La question est douteuse. Si la loi exige la conception lors du décès du testateur, c'est parce que le droit du légataire s'ouvre à cette époque ; or, quand le legs est conditionnel, il ne s'ouvre que lorsque la condition s'accomplit ; n'en faut-il pas conclure qu'il suffit d'être conçu à ce moment ? Toutefois l'opinion contraire est généralement suivie, et il faut l'admettre par une raison historique. L'article 906 n'a fait que généraliser la disposition de l'ordonnance de 1735, qui défend d'instituer l'enfant non conçu (art. 49). D'Aguesseau explique le motif pour lequel l'ordonnance s'est écartée de la doctrine que la jurisprudence avait consacrée. La première des capacités, dit-il, et le fondement de toutes les autres, c'est l'existence. On objectait que dans les legs conditionnels la condition accomplie a un effet rétroactif, d'où suit que l'héritier institué est censé capable dès le temps de la mort du testateur. D'Aguesseau répond que la fiction est impuissante dans l'espèce : peut-on feindre qu'un enfant non conçu soit conçu ? L'ordonnance ne s'appliquait qu'à l'institution d'héritier, et ainsi limitée, la disposition s'explique : il faut que lors du décès du testateur, l'hérédité repose sur quelqu'un, elle ne peut pas appartenir au néant. Mais ce motif ne s'applique pas aux legs particuliers ; l'héritier *ab intestat* ou testamentaire en est saisi ; dès lors on aurait pu maintenir le principe que la capacité ne doit exister que lorsque le droit s'ouvre. Le code permet-il de distinguer entre l'institution d'héritier et les legs particuliers ? Non, puisqu'il ne fait que reproduire l'article 49 de l'ordonnance en le généralisant (1).

160. L'article 906 ajoute : « Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. » Il va sans dire que l'enfant doit naître vivant. L'article 906 ne fait qu'appliquer aux dispositions testamentaires ce que l'article 725 dit de la succession

(1) D'Aguesseau, lettre du 23 novembre 1737 au Parlement de Provence (Œuvres, t. IX, p. 457). Troplong, t. II, n° 607 (t. I de l'édition belge, p. 209). Aubry et Rau, t. V, p. 430, note 2 du § 649.

ab intestat. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au titre des *Successions* (1).

N° 2. DES ASSOCIATIONS QUI NE JOUISSENT PAS DE LA PERSONNIFICATION CIVILE.

I. *Le droit.*

161. Il y a des établissements et des corporations auxquels la loi donne le droit de recevoir à titre gratuit, sous les conditions qu'elle détermine (art. 910). La doctrine leur donne le nom de personnes civiles pour marquer qu'elles jouissent, dans de certaines limites, des droits que les hommes ont dans la société civile. Quant aux communautés qui ne sont pas reconnues par la loi à titre de personnes, elles sont par cela même incapables d'exercer aucun droit. Elles n'ont d'existence fictive qu'en vertu de la loi; donc quand la loi ne leur a pas donné cette existence, on doit les assimiler aux enfants non conçus, c'est un non-être; et peut-il être question d'un droit exercé par le néant? Pothier exprime la même idée en disant que « les communautés, corps, confréries, etc., qui ne sont point autorisés dans le royaume, n'ont aucun état civil, aucune existence civile, et par conséquent sont incapables d'aucune disposition testamentaire (2), » c'est-à-dire qu'ils ne peuvent recevoir à titre gratuit.

162. Il importe donc beaucoup de savoir quels sont les êtres fictifs que la loi investit de certains droits, et notamment de celui de recevoir à titre gratuit. Nous l'avons dit ailleurs, en renvoyant au titre des *Donations et Testaments* la question de savoir si les associations religieuses formées en vertu de la liberté d'association ont capacité de recevoir (3). A vrai dire, la question n'en est pas une pour ceux qui connaissent les principes les plus élémentaires du droit; mais comme elle est si souvent agitée devant les tribunaux, il faut bien que nous la trai-

(1) Voyez le tome VIII de mes *Principes*, nos 535-548, p. 641 et suiv.

(2) Pothier, *Traité des donations testamentaires*, chap. III, sect. II, art. 1.

(3) Voyez le tome I^{er} de mes *Principes*, p. 369, nos 288-298.

tions. Nous commencerons par exposer sommairement la législation française qui a été longtemps la nôtre, et que l'on invoque encore dans ce débat, en l'interprétant à faux, comme on le fait de notre constitution.

Un décret du 2 novembre 1789 déclara que tous les biens ecclésiastiques étaient à la disposition de la nation, à charge par elle de pourvoir aux frais du culte et à l'entretien de ses ministres. C'était enlever aux corporations religieuses ce qu'on appelle la personnification; l'Eglise et ses établissements cessaient d'être des personnes civiles; les ministres du culte figuraient désormais au budget comme fonctionnaires, au même titre que tous ceux qui remplissent une fonction sociale. Le décret prononçait d'avance la mort des ordres religieux, car les moines ne sont pas ministres du culte; ils n'avaient donc pas droit de figurer au budget comme tels; dépouillés de leurs biens et sans fonction sociale, ils n'avaient plus de raison d'être. Un décret du 13 février 1790 disposa que la constitution ne reconnaissait plus de vœux monastiques solennels, qu'en conséquence les congrégations dans lesquelles on faisait de pareils vœux étaient supprimées en France, sans qu'il pût en être établi de nouvelles à l'avenir. Il était permis aux religieux et aux religieuses de quitter leurs couvents; quant à ceux qui ne voudraient pas abandonner le cloître, ils étaient tenus de se retirer dans les maisons qui leur seraient indiquées. Voilà le décret de mort; il n'a jamais été rapporté. Bientôt il fut dépassé.

Le décret de février, tout en rompant le lien qui, dans l'ancien régime, existait entre la loi et les ordres monastiques, semblait respecter l'existence religieuse des moines. Mais les monastères étaient trop antipathiques à la révolution pour qu'ils pussent conserver une existence quelconque. L'assemblée législative, plus révolutionnaire que la constituante, supprima complètement les corporations religieuses d'hommes et de femmes, « de quelque nature qu'elles fussent, même celles qui, vouées à l'enseignement public ou au service des hôpitaux, avaient bien mérité de la patrie, attendu qu'un Etat vraiment libre