

aussi fondé en raison : comme le dit très-bien Ricard, le testateur, dans l'espèce, était, à la vérité, en pleine liberté lorsqu'il a testé, mais il faut qu'il conserve sa liberté au temps de son décès, parce qu'il doit mourir dans une pleine liberté de pouvoir révoquer son testament. Telle était aussi l'opinion de Pothier (1).

Il y a cependant une grave objection. L'incapacité du malade a le même caractère que celle du mineur ; néanmoins on décide, et nous avons enseigné, que la disposition faite par le malade au profit de son médecin est valable, quand elle est antérieure à sa dernière maladie (n° 342). D'après les principes, la disposition devrait être nulle, parce que le testateur, quoique capable lors du testament, était incapable lors de son décès. Comment expliquer cette contradiction ? Elle résulte du texte de l'article 909, et elle ne s'explique que par la tradition. Dans l'ancien droit, l'incapacité du malade n'était pas prononcée par la loi, comme celle du mineur ; elle était de fait plutôt que de droit. C'est la jurisprudence qui l'avait consacrée, en présumant la captation du légataire. On pouvait donc dire que le testateur, capable lors du testament, était frappé ensuite d'une incapacité de fait, laquelle ne nuit point. Mais aujourd'hui, l'incapacité du malade est devenue une incapacité de droit ; l'incapacité ayant changé de nature, le législateur aurait dû changer de principe ; il a maintenu la conséquence dérivant de l'ancienne doctrine, tout en modifiant la doctrine : c'est une inconséquence que l'interprète doit accepter, parce qu'elle est consacrée par la loi (2).

**387.** Les mêmes principes reçoivent leur application lorsque le mineur, devenu majeur, teste au profit de son tuteur avant l'apurement du compte et qu'il décède quand le compte est apuré. Il s'agit d'une incapacité de disposer ; or, il faut que le testateur soit capable lors du testament et lors de son décès ; l'incapacité, à l'une de ces

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 634, note d. Demolombe, t. XVIII, p. 737, n° 726, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Demante, t. IV, p. 841, n° 39 bis 1.

(2) Comparez Demolombe, t. XVIII, p. 739 n° 727.

époques, vicie le testament. On objecte que l'article 907 établit une incapacité de recevoir. Nous avons d'avance répondu à l'objection (n° 360). La cour de cassation s'est placée sur ce terrain dans l'arrêt qui a ressuscité la règle catonienne, à la grande surprise des interprètes. Il est certain que l'incapacité de disposer entraîne une incapacité de recevoir ; puisqu'il y a une double incapacité, il faut s'attacher à celle que le législateur a eue principalement en vue. Or, dans l'espèce, cela n'est guère douteux : la loi présume que la volonté du mineur n'est point libre, par suite de l'influence que le légataire a exercée sur son esprit ; voilà bien une incapacité de donner. Lorsqu'il y a captation, on dit que le legs est nul, parce que le testateur n'était pas sain d'esprit, on ne dit pas que le légataire est incapable. Eh bien, l'incapacité de l'article 907 n'est autre chose que l'incapacité de l'article 901 ; seulement l'incapacité de fait est devenue une présomption légale, donc une incapacité de droit. Ainsi la cour de cassation n'avait pas besoin d'invoquer la règle catonienne, en ce qui concerne le légataire ; elle devait décider la difficulté en s'attachant à l'incapacité du testateur ; et sur ce terrain, il était inutile de recourir à la règle catonienne, puisque la définition du testament suffit pour juger la question (1).

#### SECTION IV. — Sanction des incapacités.

**388.** Quand le législateur établit des incapacités, il doit s'attendre à ce que les parties intéressées cherchent à éluder ses prohibitions. Cela est vrai surtout des incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit ; la passion aveugle des uns, l'intérêt des autres les pousse à frauder la loi, et l'expérience atteste, malheureusement, que les fraudes sont fréquentes et que les cas dans lesquels on peut les déjouer sont rares : ce sont les paroles du

(1) Rejet du 27 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 225). En sens contraire, Demolombe, t. XVIII, p. 735, n° 725. C'est l'opinion généralement suivie (Aubry et Rau, t. V, p. 455, § 650).

procureur général à la cour de cassation, M. Dupin (1). Nous avons déjà rencontré et dévoilé le tissu de fraudes qui est devenu une condition de vie pour les congrégations religieuses (n<sup>os</sup> 165 et suiv.). Elles sont moins nombreuses lorsque l'intérêt privé est seul en cause, car si d'une part on s'ingénie à gratifier des incapables, d'autre part l'intérêt des héritiers est éveillé pour dénoncer la fraude et pour obtenir l'annulation des actes frauduleux. Toutefois les fraudes ne manquent point; elles se produisent sous les deux formes prévues par l'article 911. Les libéralités se font tantôt sous la forme d'un contrat onéreux, tantôt sous le nom de personnes interposées. Comme l'incapacité de disposer et de recevoir n'existe que pour les actes à titre gratuit, les incapables conservent la capacité de contracter à titre onéreux, ce qui leur donne une grande facilité pour déguiser des libéralités sous l'apparence d'une vente ou d'une obligation. D'un autre côté, la prohibition de donner peut être éludée en faisant une libéralité au profit d'un incapable, par l'intermédiaire d'une personne interposée chargée de transmettre les biens à celui qui est incapable de les recevoir. La fraude est encore facilitée par la liberté qui forme le droit commun. Il n'y a plus d'incapacités absolues; la prohibition de donner est limitée à certains cas; il est assez facile de trouver des personnes capables qui consentent à jouer le rôle de personnes interposées. Parfois, pour mieux cacher les vraies intentions des parties qui se proposent de frauder la loi, on fait une double fraude; on donne à une personne interposée sous la forme d'un contrat onéreux: c'est la fraude de prédilection des ordres religieux. Il va sans dire qu'une double fraude doit être réprimée aussi bien que la fraude simple (2); l'article 911 déclare nulles toute disposition au profit d'un incapable, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la

(1) Réquisitoire de Dupin, dans l'affaire de la congrégation enseignante des pères de Saint-Joseph (Daloz, 1861, 1, 220).

(2) Duranton, t. VIII, p. 292, n<sup>o</sup> 269. Grenier, t. I, p. 610, n<sup>o</sup> 135. Voyez un exemple de cette double fraude dans l'affaire de la communauté de la Sainte-Famille (Montpellier, 24 août 1854, Daloz, 1855, 2, 114).

fasse sous le nom de personnes interposées. La nullité est la sanction nécessaire des prohibitions, sanction trop souvent insuffisante, la fraude étant toujours plus ingénieuse que le législateur, et la difficulté de la preuve mettant le juge dans l'impossibilité de la frapper, alors même qu'il la soupçonne. Il y a un autre danger qui arrête le juge: l'acte qu'on lui dénonce comme frauduleux peut être véritable, malgré les probabilités de fraude. « C'est à la prudence des magistrats, dit Bigot de Préameneu, lorsque le voile qui cache la fraude est soulevé, à ne se déterminer que sur des preuves, ou au moins sur des présomptions assez fortes pour que les actes dont la fraude s'est enveloppée ne méritent plus aucune confiance (1). »

**389.** L'article 911 n'est pas le seul qui prévoit les fraudes faites à la loi; c'est la conséquence d'un principe général dont nous trouvons des applications dans d'autres dispositions du code civil (art. 1099, 1527, 1596). Dans tous les cas où le législateur rencontre un acte fait en fraude de ses prohibitions, il le frappe de nullité, mais ses dispositions ne sont pas toujours les mêmes; elles varient d'après la diversité des matières. De là la question de savoir si les articles qui prévoient des cas de fraude peuvent se compléter l'un par l'autre. Il faut décider que chaque article ayant été porté pour une matière spéciale doit être restreint à cette matière. Cela est vrai surtout des présomptions de fraude que le législateur établit, les présomptions étant toujours de rigoureuse interprétation (2).

#### § I<sup>er</sup>. Des donations déguisées.

**390.** Un acte a l'extérieur d'un contrat onéreux; on soutient qu'en réalité c'est une donation au profit d'un incapable. Ce débat soulève une première difficulté: la donation faite sous forme d'un contrat onéreux est-elle valable? On a soutenu qu'elle est nulle, abstraction faite de l'incapacité des parties contractantes. Nous reviendrons

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n<sup>o</sup> 9 (Loché, t. V, p. 315).

(2) Coin-Delisle, p. 111, n<sup>o</sup> 1 de l'article 911.