

sée répétée dans la substitution, bien que quant au legs le substitué en demeure grevé (1).

426. Nous ne pouvons mieux finir tout ceci que par ces sages réflexions empruntées à Cujas.

« *Non passim et temere nobis licet tacitas conditiones comminisci et inducere, nisi ex re ipsa aut verbis quibusdam manifestum sit contrahentes conditionem facere voluisse, vel nisi quæ jure publico recepta et probata tacita conditio sit... lege opus est quæ introducat et probet tacitam conditionem, vel re ipsa et evidentissima voluntate contrahentium, quæ eam inducat. Alioquin si interpretationibus nostris passim licet eam inducere, multa hominum negotia, multaque jura subverterentur (2). »*

(1) L. 73, D., *De hæred. instit.*

(2) *Observat.*, 25, 18.

CHAPITRE II.

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT.

SOMMAIRE.

427. Observations préliminaires. — Motifs qui ont fait introduire certaines exceptions à la faculté de donner et de recevoir.
428. Les auteurs ont distingué deux sortes de capacité : la capacité active et la capacité passive.
429. Il y a encore la capacité absolue et la capacité relative.
430. Époques à considérer pour la capacité. — De la capacité du testateur. — Époque de la confection du testament et époque de la mort du testateur.
431. *Quid* de l'époque intermédiaire?
432. Le genre de capacité que doit avoir le testateur aux deux époques indiquées n'est pas la même.
433. Pourquoi la capacité naturelle n'est-elle requise qu'à l'époque de la confection du testament, tandis que la capacité civile est exigée aux deux époques? — Arrêt de la cour d'Agen.
434. La règle catonienne subsiste aujourd'hui encore dans toute sa force à l'égard du testateur.
435. Époques à considérer pour la capacité des héritiers institués et des légataires. — Trois époques étaient requises dans le droit romain pour la capacité des héritiers. — Explication historique de la règle catonienne qui exigeait la capacité de l'héritier au moment de la confection du testament.
436. Nombreuses exceptions à cette règle même en droit romain.
437. La règle catonienne était repoussée par les pays coutumiers. — Les pays de droit écrit l'avaient adoptée; mais ils n'exigeaient pas la capacité à l'époque de l'adition.

438. Sans l'avoir déclaré expressément, le Code a adopté à cet égard le système des pays coutumiers.
439. Dans les dispositions conditionnelles, le droit romain n'appliquait pas la règle catonienne. A plus forte raison en doit-il être de même aujourd'hui.
440. Époque de la capacité des parties dans les donations entre-vifs. — De la capacité du donateur au moment de la donation et au moment de l'acceptation.
441. Quant au donataire, il suffit qu'il soit capable au moment de l'acceptation.
442. Application de ce principe dans le cas où la donation est faite à un enfant à naître.
443. Énumération des incapacités actives.
444. Énumération des incapacités passives.

COMMENTAIRE.

427. Une des choses les plus essentielles pour la validité d'une libéralité, c'est la capacité de donner et de recevoir dans la personne du disposant et du gratifié. On en sent facilement la raison. Ces sortes d'actes étant fondés sur la volonté de l'homme, il ne faut admettre à y participer que ceux qui sont capables d'avoir et d'exprimer une volonté nette, formelle et spontanée, ou qui, par leur qualité, ne sont pas à même d'exercer une influence funeste à la liberté de l'une des parties. D'un autre côté, la loi, qui veille avec diligence sur les intérêts des particuliers, a dû priver du droit de donner ou de recevoir certaines personnes dont elle pouvait craindre les prodigalités, ou celles que leur caractère, leur état social et le bien de l'État en rendaient indignes ou incapables. De là, certaines prohibitions introduites, non pas contre les règles du droit naturel, mais bien plutôt en vertu du droit naturel, c'est-à-dire en vertu

de la raison, de la nature des choses et d'une équité bien entendue.

Et comme la faculté d'acquérir et de se dépouiller tient au droit de propriété, lequel est de droit naturel au plus haut degré, la loi, tout en réservant certaines exceptions nécessaires, reconnaît que la faculté de donner et de recevoir forme le droit commun et appartient à tout individu, si ce n'est à ceux qui en sont déclarés spécialement incapables (1).

428. La capacité de donner et celle de recevoir doivent toujours concourir ensemble, sans cela la libéralité pécherait par un de ses côtés. Le donateur et le testateur ont beau avoir en eux la capacité entière, et, si je puis parler ainsi, *optimo jure*, ils n'ont pas la puissance de donner à une personne incapable ; sous ce rapport ils sont incapables eux-mêmes. C'est pourquoi les juriconsultes ont distingué, d'après Pomponius (2), deux sortes de capacités : l'une active, qui est celle de celui qui dispose ; l'autre passive, qui est celle de celui qui reçoit (3). Tel qui a la capacité passive, n'a pas la capacité active. On peut être capable de recevoir et n'être pas capable de donner ou de tester (4). L'insensé peut être fait légataire, il ne peut pas faire de testament.

429. Il y a aussi deux sortes d'incapacités, l'une absolue, l'autre relative.

L'incapacité absolue empêche de donner ou de recevoir indéfiniment à l'égard de toutes personnes.

L'incapacité relative empêche de donner à certaines personnes seulement ou de recevoir d'elles. Le mort civil est

(1) Art. 902 du C. Napoléon.

(2) L. 16, D., *Qui test. facere possunt*.

(3) Furgole, ch. 4, no 4.

4) Pomponius, *loc. cit.*

incapable d'une manière absolue. Mais c'est une incapacité relative que celle du tuteur à l'égard de son pupille, du médecin à l'égard du malade dont il a soigné la dernière maladie.

430. C'était une partie fort embrouillée de l'ancienne législation que la division des époques auxquelles il fallait être capable pour donner et pour recevoir. Le Code n'est pas entré à cet égard dans des détails complets. Essayons de combler la lacune et de présenter quelques résultats nets et précis. Voyons d'abord quelles époques sont à considérer pour la capacité du testateur.

Tous les auteurs sans exception s'accordent à dire que pour que le testament soit valable, il faut que le testateur soit capable à deux époques : 1° celle de la confection du testament; 2° celle de sa mort (1). Il doit être capable au moment de la confection du testament, parce que c'est à ce moment que sa volonté est érigée en loi domestique. Si donc il n'avait pas le pouvoir et la capacité de porter cette loi dans sa famille et sur ses biens, si sa volonté était viciée par la démence, la minorité ou la fraude, etc., etc..., son acte serait nul dès l'origine; il n'aurait jamais eu un moment d'existence.

Il faut encore qu'il soit capable à l'époque de son décès, parce que ce n'est qu'alors que son testament reçoit son exécution. Il y a donc nécessité qu'il soit environné, dans le moment suprême, des qualités auxquelles est attaché le pouvoir de transmettre ses biens.

On doit remarquer de plus que le testament n'emprunte pas sa date à la mort du testateur; il doit avoir par lui-même une date fixe et invariable. Or, puisqu'il y a dans le testament deux temps bien distincts, savoir : la rédaction de la

(1) Furgole, ch. 4, nos 9 et suiv.

volonté et l'exécution donnée à cette volonté, il faut qu'il y ait aussi capacité dans ces deux opérations substantielles.

431. Quant au temps intermédiaire, c'est-à-dire à celui qui s'écoule entre l'époque du testament et le décès du testateur, si pendant cette époque ce dernier avait perdu momentanément une capacité qu'il aurait ensuite recouvrée, ce temps ne nuit pas. C'est ainsi qu'Ulpien s'en exprime (1) : » *Solemus dicere, media tempora non nocere.* »

432. Mais quel est le genre de capacité que doit avoir le testateur aux deux époques indiquées?

Il faut faire ici, avec Doneau, Furgole et Pothier, une importante distinction entre le temps de la confection du testament et le temps de la mort du testateur.

Lorsque le testateur fait son testament, il faut qu'il réunisse toutes les conditions requises pour élever la capacité à son plus haut degré de plénitude, et dont nous parlerons plus bas, c'est-à-dire droit de cité, âge, intégrité d'esprit. Si l'une de ces qualités lui manquait, son testament serait nul; il ne serait pas convalidé par l'acquisition qu'il aurait postérieurement faite de la capacité légale (2). Par exemple, le testateur n'a que seize ans quand il fait son testament. Quand bien même il vivrait au delà de la majorité, son testament ne vaudrait que ce que vaut le testament d'un mineur de cet âge (3).

Mais on est moins rigoureux à l'époque du décès. Si le testateur avait alors perdu quelques-unes des qualités nécessaires pour manifester une volonté libre ou raisonnée, comme s'il fût devenu insensé ou furieux, le testament qu'il

(1) L. 6, § 2, D., *De hæred. inst.*, et surtout L. 6, § 12, D., *De injust. rupt. test.* — Junge Justinien, *Inst. Quib. mod. test. inf.* Doneau, VI, 5, 43 et 44. Furgole, ch. 4, n° 9.

(2) L. 8, § 4, D. *Qui test. facere possunt.*

(3) Voy. *infra* sur l'art. 904.

aurait fait avant cette aliénation mentale, serait valable; car cette incapacité n'est relative qu'à la volonté; elle ne peut avoir d'effet rétroactif sur une volonté régulièrement manifestée auparavant et qui donne une entière certitude des dispositions contenues dans le testament (1).

Que si au temps de sa mort le testateur avait éprouvé un de ces changements d'état qui privent de la faculté de transmettre ses biens par testament, comme s'il eût été condamné à une peine afflictive perpétuelle, son testament antérieur ne pourrait pas produire d'effet. Ainsi l'enseigne Ulpien dans ce texte précis : « *Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit: puta si civitatem amittat, per subitam servitutem. — Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia poena quæ vitam adimit, testamentum ejus fiet irritum* (2). »

Cette distinction est capitale; elle aplanit beaucoup de difficultés (3). Un arrêt de la cour d'Agen du 25 juin 1824, la consacre en déclarant nul un testament fait par un individu qui, depuis, avait été condamné aux travaux forcés à perpétuité et était mort dans cet état d'incapacité (4): c'est, du reste, ce qui résultait de l'art. 25 du Code Napoléon, et ce qui résulte aujourd'hui de l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854.

455. Ainsi donc il y a une différence à faire entre la capacité naturelle et la capacité civile. La seconde est requise

(1) Ulpien, l. 20, § 4, D., *Qui test. facere poss.*, et aussi l. 2, § 9, D., *De bon. poss. secund. tab.*

(2) L. 6, § 5 et 6, D., *De injusto, rupto, irrito fact. test.*

(3) Doneau, VI, 6, 45. Ricard, partie 4, n° 197. Furgole, ch. 4, n° 9 et 10. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 472, n° 5, 6 et 7; p. 474, n° 18. Toullier, t. V, n° 86, 87. Merlin, *Répert.*, t. XVII, p. 645, n° 2. Grenier, t. I, p. 626 et suiv., avec les notes de M. Bayle-Mouillard.

(4) Dalloz, 25, 2, 9.

aux deux époques; la première n'est exigée qu'à l'époque de la confection du testament.

Cette différence s'explique par de bonnes raisons.

Si la capacité civile, c'est-à-dire celle qui donne le pouvoir légal de transmettre ses biens, est perdue au moment du décès, si le testateur en a été privé par la peine dont il a été atteint, ce serait se révolter contre l'œuvre de la justice que de lui faire produire des effets civils. Le testament doit donc s'écrouler par la puissance de la peine qui, en atteignant la personne, paralyse l'exercice de ses droits.

Il n'en est pas de même de la capacité naturelle. Qu'importe qu'elle soit abolie par une cause naturelle, telle que la folie? La volonté de tester n'en a pas moins été exprimée dans un temps où le testateur jouissait de toutes ses facultés; le fait naturel ultérieur ne saurait rien enlever au fait naturel précédent qui se suffit à lui-même. Que la raison du testateur meure par son décès ou par sa vésanie, le résultat est le même, et le testament n'en éprouve pas d'atteinte.

454. Il résulte de tout ceci qu'un testateur ne peut faire un testament valable qu'autant qu'il a été pleinement capable au temps de la confection du testament, et que de plus il décède en état de capacité civile. Peu importerait, du reste, qu'il recouvrât plus tard une capacité dont il a été privé au temps de la rédaction de ce testament. Cette capacité tardive ne lui profiterait plus d'après la célèbre règle de Caton : « *Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (1). » Il n'y a donc pas de difficulté à dire que la règle catonienne subsiste dans toute sa force à l'égard du testateur. En ce sens, on peut répéter avec le juricon-

(1) Paul, l. 29, D., *De reg. juris*. Licinius Rufinus, l. 210, D., *cod. titulo*.

sulte Celsus : « *Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere* (1). »

455. Voyons à présent les époques à considérer pour la capacité des héritiers institués et des légataires.

Dans le droit romain, la règle générale était que l'héritier institué devait être capable dans trois temps, savoir : à l'époque du testament, lors du décès du testateur, lors de l'acceptation de l'hérédité.

La capacité, lors de l'adition de l'hérédité n'était requise que pour les héritiers étrangers, *extranei*, parce que, par le droit romain, l'adition seule pouvait leur faire acquérir l'hérédité et leur donner le droit de la transmettre à leurs héritiers. Mais, suivant la loi 1, C., *De his qui ante apert. tabul. hered.*, les enfants et autres descendants qui étaient héritiers siens, devenaient héritiers et transmettaient l'hérédité dès le temps de la mort sans l'avoir acceptée. Il n'y avait donc pas d'adition requise à leur égard (2).

Il fallait que l'héritier fût capable lors du décès, parce que c'était alors que son droit prenait naissance.

Il fallait qu'il fût capable au jour de la confection du testament d'après la règle de Caton, dont nous avons fait connaître ci-dessus la disposition (3).

Caton, qui, suivant Cicéron, fut le premier des jurisconsultes de son temps (4), faisait le raisonnement suivant, dans lequel se peint toute la précision du droit primitif de

(1) L. 1, D., *De regula catoniana*.

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 43.

(3) L. 1, D., *De reg. caton*.

(4) Cicéron, *De oratore*, 1, 37. V. l. 1. 4. § 38, D., *De origin. juris*. Junge Tite Live, XXXIV, 4 et seq., XXXIX, 42 et seq.

Rome (1) : « Si le testateur fût mort au moment même où il finissait son testament, l'incapacité de l'institué ou du légataire l'aurait rendu inutile; donc, d'après le principe qui veut que ce qui est nul dès l'origine ne puisse être validé par le laps de temps, la capacité survenue plus tard au légataire ne pourra pas lui profiter; donc il devait être capable au temps de la confection du testament (2). » Il ne faut pas croire que tout fût rigorisme et subtilité dans cette argumentation. Il y avait là autre chose qu'un abus de la logique. Il y avait une nécessité de cette antique législation d'après laquelle le testament se faisait *per aes et libram*, et où l'héritier institué achetant l'hérédité devait être capable au temps de cet achat, c'est-à-dire au temps du testament. Caton était donc dans le vrai, et sa règle était irréprochable.

Après la chute du testament par *aes et libram*, cette idée subsista dans la forme nouvelle qui en avait pris la place par imitation. Cependant, il eût été mieux de l'accommoder aux modifications subies par le testament (3); et je ne crois pas que dans les derniers temps du droit romain, on puisse dire avec Cujas qu'elle avait *rationem summam* (4).

456. Les testaments, en effet, ne produisent d'effet pour le légataire ou l'héritier institué que par la mort du testateur. Qu'importe, à leur égard, le temps antérieur à ce décès, pourvu qu'ils soient capables au moment où ils acquièrent leurs droits. Dans toutes les affaires possibles, c'est l'époque de l'acquisition qui est influente et décisive. Par quelle rai-

(1) Voy. sur cette règle, Hotom., 2, obs. 3. — La loi 86, D., *De cond. et demonst.* l'appelle *sententia catoniana*. Voy. aussi Nouvelle, 26, et Theophile, *Instit.*, *De legat.*, § 32.

(2) Caius II, com. 244.

(3) Domat, part. 2, liv. 1, tit. 4, p. 359, édit de 1777. *Thémis*, t. VII, p. 140.

(4) Sur la loi 3, D., *De reg. caton*: (*Quæst Papin.*, lib. 45.)

son en serait-il autrement pour les testaments? Sans doute le testateur doit être capable au moment de la confection du testament. Mais c'est parce que cet acte émane de lui, et que, pour agir, il faut être *idoneus ad agendum*. Mais l'héritier institué ou le légataire n'ont pas même un rôle passif à jouer lors de la confection du testament. Ils y sont seulement nommés sans aucune participation de leur part; et si le testateur les a eus en vue, ce n'est pas pour leur donner des droits immédiats, ce n'est pas pour se dépouiller actuellement à leur profit, c'est seulement pour les gratifier après qu'il ne sera plus. Il suit de là que, dans la volonté même du testateur, tout se réfère à l'époque de sa mort; qu'il ne confère de droits que pour cette époque, et qu'il est inique d'exiger une capacité actuelle pour une acquisition qui ne se fait pas actuellement. D'ailleurs, comme le dit Domat, le testament est toujours fait avec cette condition tacite : « si le disposant persiste jusqu'à la mort. » C'est donc la réunion de la mort et de la persistance à vouloir gratifier, qui donne vie et effet au testament; sans le concours de ces deux circonstances, il est nul ou inefficace : nul, s'il y a changement d'intention, et inefficace, si celui qui l'a fait n'est pas décédé. Par une conséquence directe, il faut dire que la capacité du légataire est inutile avant le concours de ces deux circonstances; car l'acte qui le concerne n'est encore qu'une espèce de projet sans force et sans valeur. Enfin, les jurisconsultes romains ont reconnu eux-mêmes que leur règle catonienne était sujette à une foule d'exceptions. « *Quæ definitio in quibusdam falsa est,* » dit le jurisconsulte Celsus (1). En effet, elle était fautive pour le testament militaire, plus dégagé des entraves du droit strict (2), et pour

(1) L. 1, D., *De reg. caton.*

(2) L. 43, § 2, D., *De testam. milit.* Furgole, ch. 6, n° 24.

la donation à cause de mort (1); elle était fautive pour le fils de famille et les héritiers siens (2); elle était fautive dans le legs de liberté et dans plusieurs autres cas énumérés par Cujas avec une parfaite exactitude (3).

457. Les pays coutumiers la déclarèrent fautive pour le tout (4); car la raison la repoussait du système testamentaire adopté par les coutumes. Il suffisait que l'héritier et le légataire fussent capables à la mort du testateur.

La règle catonienne n'eut donc les honneurs de la survivance que dans les pays de droit écrit, qui adoptèrent si souvent par routine ce qu'ils auraient dû repousser par raison.

Disons cependant que la capacité de l'héritier ou du légataire n'était exigée dans les pays de droit écrit qu'à deux époques, au temps du testament et au temps du décès; quant au temps de l'adition, la maxime *le mort saisit le vif*, généralement adoptée en France, avait fait abroger la loi romaine en ce qui concernait la capacité pour cette époque. Il suffisait donc que l'institué ou le légataire fussent capables aux deux époques du testament et du décès; c'était déjà trop de moitié!

458. Tel était l'état des choses lors de la promulgation du Code Napoléon. Le législateur n'a pas cru nécessaire de déclarer expressément et d'une manière générale que le système qui est le sien est celui des pays coutumiers. Mais de puissantes inductions ne permettent pas de mettre en doute sa pensée (5). En effet, l'art. 906 porte :

(1) L. 2, D., *De mortis causa don.* Furgole, ch. 6, n° 50.

(2) L. 49, § 1, D., *De hered. instit.* L. 41, D., *De liberis et post.* L. 3, § 10, D., *De bon. poss. contra tab.*

(3) Dans les quest. papiniennes, lib. 45, sur la loi 3, D., *De regula caton.*, Paul avait écrit un livre sur la règle de Caton. L. *ultim.*, D., *De cast. pecul.*

(4) Furgole, ch. 6, n° 46.

(5) Toullier, t. V, n° 90. Grenier, t. I, p. 630, n° 440 (éd. Bayle-Mouillard). *Infra*, n° 712.

» Pour être capable de recevoir par testament, il suffit
 » d'être conçu à l'époque du décès du testateur. » Or,
 comme la plus grande incapacité est la non-existence, il s'en-
 suit, *a fortiori*, que dans tous les autres cas il suffit d'être
 capable à l'époque du décès du testateur.

459. A l'égard des dispositions conditionnelles, le droit
 romain n'appliquait pas la règle catonienne. « *Placet Cato-*
nis regulam ad conditionales institutiones non pertinere (1). »
 Il suffisait que l'héritier fût capable au temps de l'échéance
 de la condition. Le testateur, en soumettant sa volonté à une
 condition, était censé avoir prévu que cet héritier pourrait
 devenir capable avant l'événement de la condition (2). Aussi
 la loi 62, *De hæred. instituend.*, dit-elle que l'on peut insti-
 tuer une personne incapable, pour recueillir l'hérédité dans
 un temps auquel elle sera capable. Et remarquez que, même
 dans ce cas, il n'est pas nécessaire d'être capable au temps
 de la mort du testateur; il suffit de l'être au moment de la
 condition arrivée (3).

S'il en était ainsi dans le droit romain, malgré la règle
 de Caton, à plus forte raison cette jurisprudence doit-elle
 faire règle aujourd'hui (4).

(1) L. 4, D., *De reg. caton.* Pothier, *Pand.*, t. II, p. 439, n° 2.

(2) *Infra*, n° 644.

(3) Furgole, *loc. cit.* Toullier, t. V, n° 94.

(4) C'est en vain que dans une dissertation publiée dans la *Thémis* (t. I, p. 437), M. Demante prétend que la capacité de l'héritier institué sous condition était requise au temps de la confection du testament, et que la loi 62 n'est applicable qu'à ceux qui étaient frappés par les lois caducaires, tels que *cælibes et orbi*. Pour prouver sa proposition, M. Demante s'appuie sur le § 4, *Inst. De hæred., qualit. et diff.*; sur la loi 59, § 4, D., *De hæred. inst.* (*Pand.*, t. II, 199, n° 24.) Mais, comme l'a très-bien prouvé Furgole (chap. 6, n° 43, 44), ces textes n'ont rien de contraire à ce qui a été dit ci-dessus, et je ne crois pas qu'on puisse en tirer beaucoup d'avantage. Au reste, il nous suffira d'opposer à M. Demante un auteur pour lequel les rédacteurs de la *Thémis* professent un grand respect, Doneau (*Comment. juris. civ. lib.*

440. Jusqu'ici nous n'avons parlé que de la capacité, ac-
 tive et passive dans le testament; il faut voir les principes

VI, cap. 27, n° 30. Voy. aussi lib. VIII, cap. 43, n° 6). La citation que nous
 allons faire prouvera si la loi 62 doit être seulement entendue du cas où il
 s'agit d'individus frappés par la loi *Papia*, ou de tout autre incapable : « *Quæ*
tamen de his, qui hæredes institui non possunt, huc usque diximus, omnia
sic accipienda sunt, ut frustra sit institutio, si hi instituti sint pure et sim-
pliciter. Quod si instituantur sub conditione, si capere poterunt, vel cum
capere poterunt, benigne receptum est, valere institutionem. L. in tempus 62,
De hæred. inst. : Ut si deportatus institutus sit hac conditione, valeat insti-
tutio, et admittitur institutus ad hæreditatem, quandocumque institutus
civis Romanus esse cæperit. Idem et de cæteris intelligendum est... Idque
est quod dicitur regulam catonianam..., ad conditionales institutiones non
*pertinere. » L. 1, l. pen., D., *De reg. Cat.**

Ce qu'il y a de remarquable, c'est que Vinnius, abrégiateur de Doneau,
 adopte l'opinion de ce maître dans ses *Partitions de droit*, lib. I, cap. 37.
 Or, Vinnius n'est pas un abrégiateur ordinaire, jurant sur les paroles du
 maître. Enfin, le plus grand des jurisconsultes, Cujas, enseigne que dans les
 dispositions conditionnelles on ne doit considérer que le temps de l'événement
 de la condition, d'après la loi 59, § 4 (*Obs. 4*, lib. IV, et *Quæst. Papin.*, lib
 XV, l. 3, D., *De reg. Cat.*)

Il faut dire cependant que le président Favre, dans ses *Conject.*, lib. XIII,
 chap. 49, soutient fort au long, en combattant Cujas, que dans les institut-
 ions conditionnelles, on doit considérer non-seulement le temps de l'événement
 de la condition, mais encore celui de la confection du testament. Il a
 pour sectateur Hilliger, commentateur de Doneau, qui combat l'avis de ce
 dernier (*Comm. lib. VIII, cap. 43, note 5*).

Favre donne les raisons suivantes à l'appui de son opinion :

D'abord il cherche à établir que la règle catonienne n'a eu en vue que les
 legs et non les institutions d'héritier; et même qu'elle n'a pu parler des legs
 qu'en tant qu'ils étaient contenus dans un testament valable; car c'eût été
 une chose dérisoire que d'insister sur l'inutilité d'un legs contenu dans un
 testament inutile.

Si les institutions d'héritiers, nulles dès le commencement, ne peuvent
 ensuite devenir valables, *convalescere*, ce n'est pas par la règle de Caton, mais
 par des règles de droit antérieures à Caton. L. penult. *De reg. juris.* (*Pand.*,
 t. III, p. 805, n° 839). Cette loi porte : « *Quæ ab initio inutilis fuit institutio,*
ex post facto convalescere non potest. » D'après ces règles du droit ancien,
 les institutions conditionnelles devaient être valables, même au temps de la
 confection du testament, et on y requerrait trois époques : 1° le temps de la

relatifs à la capacité des parties dans les donations entre-vifs.

Et d'abord, comme la donation est parfaite par le consentement des parties, c'est à l'époque de ce consentement réciproque que le donateur et le donataire doivent être capables.

Mais il peut arriver que l'acceptation du donataire, qui est l'acte de son consentement, ne concoure pas avec le moment de la donation; il est alors l'objet d'une manifestation

confection du testament; 2^o le temps de la condition; 3^o le temps de l'adition. Favre ajoute que le temps du testament avait paru d'autant plus nécessaire à considérer dans l'institution d'héritier, que c'est l'institution qui sert de fondement au testament; mais que les legs dépendaient tout à fait de l'institution; que, par conséquent, si l'institution était utile, il suffisait de considérer pour le legs une seule époque, celle de la mort, s'il était pur et simple; celle de la condition, s'il était conditionnel. A quoi bon considérer l'époque de la confection du testament pour le legs, puisque, l'institution étant valable, les legs qui suivaient l'institution devaient aussi subsister? Suivant Favre, c'était pour changer cet ordre de choses que Caton avait fait sa règle; c'était pour dire que, même dans les legs, on devait considérer le temps de la confection du testament; mais Caton ne s'était pas occupé de l'institution.

Favre sait toute la force de l'objection que Cujas tire de la loi 4, § 4, D. De regul. Cat., portant: «*Placet Catonis regulam ad CONDITIONALES institutiones non pertinere.*» (Pand., t. II, p. 439, n^o 2.) Donc, dit Cujas, si la règle de Caton ne concerne pas les institutions conditionnelles, elle concerne les institutions pures et simples. Mais Favre, dont l'audace n'est pas arrêtée par les textes les plus formels, retranche le mot *conditionales* comme échappé à un copiste ignorant.

Je ne sais si l'on pourra se payer, comme le fait Hilliger, des raisons de Favre; elles me paraissent plus subtiles que solides. Pour moi, je pense qu'on doit faire, avec Cujas, ce raisonnement: la règle de Caton ne concerne ni les institutions ni les legs faits avec conditions. La loi 4 le dit formellement. Donc on ne doit pas considérer le temps de la confection du testament, mais le temps de l'événement de la condition; donc la loi 62, D., De hered. inst., s'applique à toute sorte d'incapacité, et quand même elle ne s'y appliquerait pas, l'impossibilité d'appliquer la règle catonienne rendrait valable la disposition par laquelle on instituerait un incapable sous la condition qu'il deviendrait capable.

postérieure et séparée (1). Voici quelles sont les règles sur ce point:

Le donateur doit être capable au temps de la donation et au temps de l'acceptation. Au temps de la donation, parce qu'il fait acte de volonté, et que, pour agir, il faut être *idoneus ad agendum*; au temps de l'acceptation, parce que c'est elle qui opère le concours des deux volontés et engendre la translation de la propriété. Or, qu'arriverait-il s'il était incapable à ce moment décisif? C'est qu'il n'y aurait qu'une volonté au lieu de deux; l'acte manquerait d'un de ces deux termes (2). L'art. 932 du Code Napoléon offre à cet égard un argument puissant.

441. En est-il de même du donataire? Faut-il qu'il soit capable et au temps de la donation et au temps de l'acceptation? ou bien suffit-il qu'il soit capable au temps seul de l'acceptation? Cette question est facile à résoudre. Il est évident que la capacité du donataire ne doit être envisagée qu'au moment de l'acceptation; car c'est l'acceptation seule qui forme son droit. Qu'est-ce que la donation qui n'est pas encore acceptée? Elle est, sinon un projet, comme le dit Furgole (3), du moins, une offre. Il n'y a pas encore de lien formé; il faut que l'acceptation intervienne pour qu'il y ait *vinculum juris*, obligation. Or, puisque c'est de l'acceptation que la donation reçoit sa force, puisque c'est elle qui engage le donateur envers le donataire, il est clair qu'il suffit que le donataire soit capable au temps de cet engagement (4).

442. Ceci sert à résoudre la question de savoir si la donation ayant été faite à un enfant à naître, l'acte devient va-

(1) *Infra*, n^{os} 4097 et suiv.

(2) M. Toullier, t. V, n^o 96. M. Grenier, t. I, p. 620, 624, n^o 438.

(3) Furgole, *Quest. sur les donat.*, n^{os} 6, 7, 9.

(4) M. Toullier, t. III, n^o 206. M. Grenier, t. I, p. 620. M. Demante, *Thémis*, t. VII, 1825, p. 371.

lable par l'acceptation qui est faite de la libéralité du vivant du donateur. Nous y reviendrons dans notre commentaire de l'art. 906.

443. Les incapacités actives, soit absolues, soit restreintes, soit relatives, peuvent se résumer dans l'énumération suivante :

1° L'insanité d'esprit, ce qui comprend la fureur, la démence, la folie, l'imbécillité, la violence et la crainte, le dol et la fraude, la captation et la suggestion, et même l'erreur; 2° la condamnation à une peine afflictive perpétuelle (1); 3° la minorité; 4° l'état de la femme mariée; 5° la prodigalité.

444. Les incapacités passives, soit absolues, soit relatives, sont :

La condamnation à une peine afflictive perpétuelle; l'indignité; l'incertitude de la personne (2);

La qualité de tuteur (art. 907); de médecin ou chirurgien (art. 909); de ministre du culte (art. 909); de témoin instrumentaire (art. 975); d'enfant naturel (art. 908); de conjoint (art. 1091 et suiv.).

Nous allons passer tous ces points en revue dans le cours des articles qui suivent.

ARTICLE 901.

Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit.

COMMENTAIRE.

445. Étendue des mots *sain d'esprit*.

446. La volonté peut être dominée par la passion ou troublée par l'aliénation mentale.

(1) Art. 3 de la loi du 30 mai 1834, qui a prononcé la suppression de la mort civile. V. *infra*, n° 542.

(2) *Infra*, n° 544 et suiv., et art. 906.

447. L'homme en proie à ses passions n'en conserve pas moins la conscience du bien et du mal; mais l'homme sous le coup de l'aliénation mentale ignore complètement le bien et le mal moral.

448. Conséquence dans l'un et l'autre cas, quant à la capacité de faire un testament.

449. Des différentes espèces d'aliénation mentale. — De l'imbécillité, de la démence et de la fureur.

450. Un fou peut faire des actes de sagesse; il n'en est pas moins fou pour cela.

451. Il en est même qui ne déraisonnent que sur un point, ce qui constitue la monomanie. — Exemples.

452. Opinion hasardée des médecins qui soutiennent que la monomanie ne rend l'homme incapable qu'en ce qui a rapport au côté obsédé de son intelligence. — Réfutation.

453. Le point de vue de la médecine légale ne saurait être le point de vue de la jurisprudence.

454. Suite de la réfutation de l'opinion des médecins sur la monomanie.

455. C'est avec raison que le Code n'a point fait de distinction entre la démence partielle et la démence absolue.

456. Décision du parlement de Toulouse à l'occasion d'un monomane qui s'imaginait qu'il était fille.

457. Il faut rejeter les distinctions de la théologie comme celle de la médecine pour s'en tenir à la règle tracée par le Code.

458. Des intervalles lucides dans la folie. — Quelle était en droit romain la valeur des actes faits par l'insensé dans ces intervalles.

459. Trait de sagesse d'un fou, rapporté par les canonistes. — La rote romaine admettait les intervalles lucides.

460. Opinion de d'Aguesseau sur les intervalles lucides.

461. Si l'insensé est sous le coup d'un jugement d'interdiction, il n'y a jamais lieu de discuter si l'acte par lui fait l'a été ou non pendant un intervalle lucide.

462. Opinion contraire de Merlin, en ce qui touche le testament. — Réfutation.

463. En cas de non-interdiction, s'il est constant que le malade ait