

poque de leur fondation, des statuts déjà vérifiés et enregistrés au conseil d'État, et approuvés par d'autres communautés religieuses ;

2° Lorsqu'il sera attesté par l'évêque diocésain que les congrégations, qui présenteront des statuts nouveaux au conseil d'État, existaient antérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1825 ;

3° Lorsqu'il y aura nécessité de réunir plusieurs communautés qui ne pourraient plus subsister séparément ;

4° Lorsqu'une association religieuse de femmes, après avoir été d'abord reconnue comme communauté régie par une supérieure locale, justifiera qu'elle était réellement dirigée, à l'époque de son autorisation, par une supérieure générale et qu'elle avait formé, à cette époque, des établissements sous sa dépendance.

Art. 2. Les modifications des statuts vérifiés et enregistrés au conseil d'État pourront être également approuvées par un décret.

Art. 3. Dans les cas prévus par les articles précédents, l'autorisation ne sera accordée aux congrégations religieuses de femmes qu'après que le consentement de l'évêque diocésain aura été représenté, et que les formalités prescrites par les art. 2 et 3 de la loi du 24 mai 1825 auront été remplies.

Ces congrégations religieuses sont pour la plupart de véritables couvents. Mais les religieuses ne sont pas frappées de mort civile comme dans notre ancien droit français. Par l'article 5 de la loi du 24 mai 1825, elles ne peuvent disposer par acte entre-vifs ou par testament, au profit de l'établissement dont elles font partie, ou au profit d'un de ses membres, que du quart de leurs biens, à moins que le don ou legs n'excède pas 10,000 fr. Que si la donataire ou légataire était héritière en ligne directe de la donatrice ou de la testatrice, cette dernière ne serait pas réduite à la disposition du quart :

elle pourrait user du droit commun, qui, en principe, lui appartient (1).

551. Dans le droit romain, le fils de famille était incapable de tester. Il fallait être père de famille pour faire un testament (2). Tel était le droit public de Rome. Le fils de famille n'avait d'ailleurs, dans l'origine, aucune propriété. Il acquérait pour son père (3) ; il était donc naturel qu'il ne pût pas tester (4). Mais notez bien que la véritable raison de son incapacité n'était pas l'absence de biens ; car celui qui n'a rien peut faire un testament. Cette incapacité avait son fondement dans sa personne même, qui était dépendante d'autrui.

Par la suite, le progrès des idées fit accorder au fils de famille la permission de tester de son pécule castrense et quasi-castrense (5), ou de le donner entre-vifs ou à cause de mort (6). On considéra que celui qui, par ses travaux militaires ou civils, par son courage ou son industrie, acquérait du bien, le devait au plus sacré de tous les titres, qu'il en était maître *optimo jure* et qu'il était raisonnable de lui permettre de disposer de cette acquisition qui était son œuvre personnelle.

Mais, à l'égard de tous les autres biens, l'incapacité restait, même à l'égard des biens adventifs (7) ; car ces biens n'étaient pas marqués du sceau de la conquête personnelle. On n'était plus préoccupé que de la qualité de la personne qui n'était pas *sui juris*, et non de la qualité des biens (8).

(1) *Infra* sur l'art. 910.

(2) Doneau, VI, 5, 8.

(3) Caius, 2<sup>e</sup> *comm.* § 87. Justinien, *Instit.*, *Per quas personas*, § 1.

(4) Caius, l. 6, D., *Qui test. facere possunt*. Justin., *Instit.*, *Quibus non est permissum facere test.*

(5) L. 2, D., *de S. C. Maced.* L. 4, § *Nec castrense*, D., *De collat. bonor.* *Instit.*, *loc. cit.* L. ult., C., *De inoff. test.* L. 7, § 6, D., *De donat.*

(6) L. 7, § 6. D., *De Donat.*

(7) Furgole, IV, 2, 25. Doneau, 6, 5, 8.

(8) L. penult. et ult., C., *Qui test. facere possunt*.



Ces principes étaient suivis en pays de droit écrit (1). Ils étaient repoussés avec raison dans les pays coutumiers, où l'on avait su s'affranchir des singularités du droit romain (2).

Le Code Napoléon ne s'en est pas moins écarté. Quand le fils de famille est arrivé à l'âge requis, la libre disposition de ses biens lui appartient.

552. Ceci nous conduirait à parler de l'incapacité des mineurs (3), si l'article 905, qui s'occupe spécialement de cette classe de personnes ne nous obligeait à remettre ce qui les concerne au commentaire de cet article.

553. Quant à la femme mariée (4), nous nous en occupons dans le commentaire de l'art. 905.

554. Parlons du prodigue. Autrefois le prodigue à qui l'administration de ses biens avait été enlevée, n'était pas capable de tester : *ob defectum consilii* (5). Par la loi des Douze Tables, il était assimilé au furieux (6), la conduite du prodigue, qui dissipe son bien sans raison, n'étant pas moins à craindre que le dérangement d'esprit de celui qui est aliéné. Il ne pouvait pas non plus donner entre-vifs (7); il passait sous la direction d'un curateur (8).

Mais il fallait que son interdiction de ses biens fût régulièrement prononcée (9); car son empêchement, étant plutôt

(1) Furgole, X, 2, 46.

(2) Id., 47.

(3) *Supra*, n° 443.

(4) *Supra*, n° 443.

(5) Ulpien, 20, fragm. 43. Ulpien, l. 48, D., *Qui test. facere poss.* Ulpien, l. 8, D., *De his qui sui.* Instit., *Quib. non est permiss. facere*, § 2.

(6) Ulpien, l. 4, D., *De curator. furios.* Pomponius, l. 40, D., *De regulis juris.* Doneau, 6, 3, 40. Furgole, VI, 2, 211.

(7) Arg. de la loi 23, D., *De donat.* Ulpien, l. 10, D., *De curat. furios.*

(8) *Supra*, n° 468.

(9) Instit., *loc. cit.*

civil que naturel, tirait toute sa vertu de l'acte public qui le frappait (1); en quoi son état différait de celui du furieux, dont l'incapacité purement naturelle n'avait pas besoin d'être déclarée. C'est pourquoi le testament du furieux était nul, pourvu qu'il fût constant qu'il était furieux, bien qu'il n'eût pas été déclaré tel. Le testament du prodigue n'était nul qu'autant que l'interdiction de ses biens avait été prononcée.

Aujourd'hui, d'après l'article 902 du Code Napoléon, combiné avec l'art. 515, le prodigue est relevé de cette incapacité; il peut disposer par testament (2). Mais il ne peut donner entre-vifs d'après ce dernier article, qui lui défend d'aliéner, à moins que ce ne soit avec l'assistance de son conseil judiciaire (3).

Le Code Napoléon, en effet, moins sévère à l'égard du prodigue que l'ancien droit, n'a pas voulu que le prodigue fût interdit; il s'est borné à le soumettre à un conseil judiciaire. La Constitution de l'an III avait été plus large pour les prodiges; elle les avait affranchis de toutes sortes d'entraves, les laissant maîtres de donner un cours à leurs goûts dissipés. Mais une bonne loi ne saurait porter l'indifférence jusqu'à ce point; elle doit une protection aux familles; elle en doit une à l'État. Catilina commença par la prodigalité; il finit par l'embrasement de Rome.

555. Nous avons particulièrement insisté jusqu'à présent sur les infirmités morales qui mettent obstacle au droit de donner et de tester. Mais n'y a-t-il pas des vices corporels d'où résulte le même empêchement?

Écartons d'abord la vieillesse qui est souvent l'âge de la plus haute prudence, lors même que le corps est courbé sous

(1) D'Aguesseau, 37<sup>e</sup> plaidoyer. Furgole, *loc. cit.*, n° 213.

(2) Lyon, 27 août 1825 (Daloz, 26, 4, 35).

(3) Merlin, Répert., v° *Prodigue*, § 7. Toullier, t. 2, n° 4378.



le poids des infirmités. La vieillesse n'est pas par elle-même une cause d'incapacité (1); elle ne peut être considérée comme telle que lorsqu'il s'y joint un affaiblissement des facultés mentales.

536. Celui qui est atteint d'une maladie mortelle (2) n'est pas moins capable de donner et de tester, quand même il serait à l'extrémité; « *Balbutiens et seminecis linguæ*, » comme dit l'empereur Constantin dans la loi 15, C., *De test. ordin.*

Si cependant la maladie lui enlevait la connaissance et le discernement, si, par exemple, dans un accès de fièvre chaude ou de transport délirant, il écrivait un testament, cette démence passagère enlèverait toute valeur à une disposition qui n'aurait pas ses racines dans la raison.

537. D'après l'empereur Justinien, le sourd de naissance ne pouvait tester, ni faire une disposition à cause de mort (3). Il n'y avait d'exception que pour le soldat, à qui il était permis de tester par signes (4).

Mais, depuis qu'un art bienfaisant a tiré les sourds-muets de leur triste état, il est clair que le sourd-muet peut tester olographiquement, lorsqu'il sait écrire (5). S'il ne peut tester par acte devant notaire, c'est que le testament par acte public doit être dicté, et que son infirmité ne lui permet pas de remplir cette condition. Au surplus nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'article 979 (6).

538. Pourrait-il faire une donation entre-vifs? Il est évi-

(1) Const., l. 3, C., *Qui test. facer.*

(2) Const., l. 3, C., *Qui test. facere possint*: « *Ægritudinem corporis.* » Hilliger sur *Donat.*, VI, 5, note 12. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 473, n° 17.

(3) L. 40, C., *Qui test. facere*. Voy. aussi Justinien, *Instit.*, *Quib. est permissum*, § 3; L. 6, §§ 4 et 7, D., *Qui test. facere*.

(4) *Instit.*, *De militari testamento*, § 2. Furgole, IV, 2, 246.

(5) M. Grenier, t. II, p. 613 (édit. de M. Bayle-Mouillard).

(6) V. aussi nos 4412 et 2226.

dent que, lorsqu'il sait écrire, il peut communiquer ses idées au notaire par l'écriture, et alors sa volonté se manifeste avec la même certitude que par la parole (1).

539. Mais pourra-t-il faire une donation par acte public par signes? Je n'en fais aucun doute; et c'est ce qu'a jugé la cour de cassation par un arrêt sagement motivé par M. Mesnard, du 30 janvier 1844 (2). Il n'y a rien à répondre aux raisons solides de cet arrêt, qui donne la préférence à la volonté vraie sur des formalités inutiles. Le testament militaire des Romains, gouverné par les seules notions du droit naturel, pouvait se faire par signes (3). Pourquoi donc le langage des signes serait-il repoussé dans notre droit français, lorsqu'aucune disposition de la loi ne le condamne, et qu'il est constaté, d'ailleurs, qu'il a été parfaitement compris par les assistants, notaire et témoins? N'oublions pas que d'après notre article, la capacité est de droit commun, et qu'il faut une loi formelle pour en être privé (4). Le sourd-muet, capable de se marier, lorsqu'il peut utilement manifester sa volonté, est également habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible. Il peut donc faire une donation par contrat de mariage, et, par suite, toute donation quelconque (5).

540. S'il est certain que l'aveugle peut faire un testament public (6), on conteste qu'il puisse faire un testament olographe (7). Un aveugle, dit-on, ne peut se flatter de former

(1) M. Merlin, *Répert.*, v° *Sourd-muet*.

(2) *Devill.*, 44, 1, 402.

(3) *Supra*, n° 537.

(4) Voy. *Revue de législ.*, t. XIX, p. 645, article de M. Pont.

(5) *Infra*, n° 4412.

(6) Paul, 3, *sent.* 4, § 4. L. 8, C., *De test.* *Instit.*, *Quib non est permiss.* § 4.

(7) M. Grenier, t. II, p. 640 (édit. de M. Bayle-Mouillard).



un corps d'écriture sans que sa main ne se perde et ne trace des caractères illisibles. Il faudra donc qu'il se fasse assister d'un tiers, qui le dirigera, et dès lors où sera cette liberté si indispensable dans les testaments ? où sera cette spontanéité qui fait la force du testament olographe ? où seront les garanties contre les suggestions et les captations ?

Je ne m'arrête pas à ces scrupules d'une manière absolue. Quand un aveugle sait écrire, il peut très-bien, avec de l'exercice et de l'habitude, conduire sa main et tracer lisiblement ses volontés. Son testament est donc valable, et c'est ce qu'a décidé un arrêt du parlement de Paris du 29 mai 1770 (1). D'ailleurs, il ne faut pas pousser à l'excès les craintes des captations ; il ne faut pas se laisser poursuivre par leurs fantômes.

541. Après avoir parlé de la capacité de donner, appelée en droit capacité active, occupons-nous de la capacité de recevoir, appelée capacité passive.

Il y a deux sortes d'incapacités passives : les incapacités absolues et les incapacités relatives.

Occupons-nous des premières.

542. Nous retrouverons ici le condamné à une peine afflictive perpétuelle, dont nous avons déjà parlé en traitant des incapacités actives.

Les condamnés à une peine afflictive perpétuelle, de même que les morts civils, sont incapables de recevoir par testament ; car leur indignité les exclut de la participation aux solennités dont ces grands actes de la vie sont environnés. L'article 3 de la loi du 31 mai 1854 en contient la disposition formelle. Du reste, cet article n'est, quant à cette incapacité, que la reproduction de l'art. 25 du Code,

(1) Denizart, v° Testament, n° 460. Bergier sur Ricard, Donations, p. 32, 33.

qui n'était lui-même que l'écho de l'ancien droit français et du droit romain. « *Neque hæreditas, neque legatum, neque fideicommissum, contra mores et jus publicum, hujusmodi personis relinqui potest* (1). »

Mais l'art. 3 de la loi de 1854, comme l'art. 25 du Code, permet, cependant, au condamné de recevoir à titre gratuit pour cause d'aliments. Ainsi le veut l'humanité, à laquelle le condamné a toujours droit malgré son crime. Cette disposition de faveur est puisée dans la loi que nous venons de citer, portant : « *Quod vero piærogastis, liceat vobis ultima voluntate eis ad victum et alios usus necessarios sufficientia relinquere, eis que ex hac causa relicta capere* (2). »

543. Mais pourraient-ils recevoir des dons manuels excédant les aliments ? On peut se reporter, pour la solution de cette question, à ce que nous avons dit n° 514.

544. Les personnes incertaines doivent nous occuper (3).

Le droit romain présente sur ce point des difficultés qui ne sont point sans gravité. Nous prendrons dans ses textes ce qui est de nature à nous éclairer ; nous élaguerons ceux qui sont une cause de doute et d'obscurité.

La certitude de la personne gratifiée est une des premières conditions de toute libéralité. Si le disposant a laissé dans l'ombre les côtés de sa volonté qui en montrent l'essence, c'est comme s'il n'avait rien fait : *Idem est non esse et non apparere*. De là cette excellente règle de Cælius : *Incertæ personæ legatum inutiliter relinquitur* (4).

Mais quand y a-t-il incertitude sur la personne ? C'est ici que commencent les difficultés.

(1) L. 46, D., De interd. et releg.

(2) Pothier, Pand., t. III, p. 525, n° 15.

(3) Voy. M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 575.

(4) 2, Comm. 238. Junge Ulpian, 24, fragm. 48. Paul, Sent., III, 6, 43.



Caius donne pour exemple le cas suivant : « Celui qui le premier viendra à mes funérailles recevra un legs de mille..... » Suivant lui, ce legs est fait à une personne incertaine.

Il en est de même de celui-ci :

« Je donne 100 à tous ceux qui viendront à mes funérailles ; »

Et de celui-ci : « Je lègue 10,000 à celui-là, quel qu'il soit, qui donnera sa fille en mariage à mon fils. »

La raison donnée par Caius se résume dans ces paroles : « *Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem, animo suo, testator subjicit.* » Le testateur n'a eu aucune idée précise sur la personne gratifiée; il n'aurait pu rien en dire de positif.

Mais si cette vague désignation d'une personne, dont le testateur n'a pas connu la classe, était précisée par quelque circonstance de nature à diminuer l'incertitude, la disposition n'était pas déclarée nulle. Par exemple : « Je donne 10,000 à celui de mes cognats, actuellement vivants, qui le premier viendra à mes funérailles (1). » Les jurisconsultes romains trouvaient là une certaine démonstration qui levait, dans une mesure suffisante, l'incertitude de la personne : *Certa demonstratione incertæ personæ recte legatur* (2). La personne, bien qu'incertaine à quelque point de vue, était prise dans une classe certaine (3).

Justinien a rappelé cette jurisprudence dans ses Institutes (4), et il n'en parle que comme d'un point de droit abandonné. Il ajoute qu'il avait fait une constitution à cet

(1) Caius, 2, 238. Ulpien, *loc. cit.*

(2) L. 9, § 10, D., *De hæred. instit.*

(3) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 200, n° 29.

(4) *De légat.*, § 25.

égard, et il paraît certain qu'elle avait pour objet de modifier les rigueurs subtiles enseignées par l'ancienne école. Mais cette constitution ne se trouve pas dans le corps de droit (1).

545. Quoi qu'en dise Hilliger, il ne saurait résulter de cette omission que l'ancien droit doit être maintenu (2). En France, surtout, où le droit romain n'était observé que comme raison écrite, on avait trouvé que c'en était assez des critiques prononcées par Justinien pour s'écarter des précédents de Caius et d'Ulpien. Un arrêt du parlement de Paris, du 25 avril 1625, a maintenu un legs fait aux Ursulines qui pourraient s'établir dans vingt ans à Troyes (3).

546. Cette jurisprudence nous paraît plus rapprochée de la vérité et plus conforme au pouvoir du testateur. D'abord, il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il institue : « *Li, quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt...; ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit* (4). » Qu'importe, en effet, que la personne soit inconnue du testateur, si sa pensée la précise par une détermination qui la fait connaître suffisamment, et s'il devient évident qu'il n'a pas testé au hasard. Marcianus décidait, du temps de la jurisprudence condamnée par Justinien, que ce legs était valable : « A ceux qui signeront mon testament, je lègue 100 (5). » Pourquoi ne considérerait-on pas comme valable le legs fait à celui qui épousera la nièce du testateur, à celui qui le premier assistera à son enterre-

(1) Hilliger sur *Doneau*, VI, 27, note 21. M. Frégier sur *Théophile*, p. 385.

(2) Vinnius sur les *Instit.*, *De legat.*, § 25 et 27.

(3) Furgole, t. I, p. 366, VI, 2, 32. M. Merlin, *Répert.*, v° *Institution d'héritier*, p. 399, col. 1, n° 48, et v° *Légataire*, p. 751. *Journal des Audiences*, t. I. *Infra*, n° 643.

(4) Justinien, *Instit.*, § *De hæred. instit.*

(5) L. 44, D., *De reb. dubiis*.



ment, etc., etc. Il y a dans ces exemples une détermination qui lève l'incertitude et donne à la volonté du disposant quelque chose de fixe, de positif, de respectable (1).

Pierre lègue un prix de 2,000 fr. à celui qui, trois ans après sa mort, fera le meilleur mémoire sur les causes de la chute de la république romaine, au jugement de l'Académie des sciences morales et politiques. Ce legs est excellent. Bien que la personne qui gagnera le prix soit inconnue de Pierre au moment du testament; bien qu'il ne la connaisse pas et ne puisse la connaître, il n'y a pas, dans cette espèce, d'incertitude véritable. Les circonstances du legs donnent une cause raisonnable à la libéralité et une suffisante détermination à la personne. D'ailleurs, il n'est pas impossible de soutenir que la libéralité est faite à l'Académie des sciences morales et politiques, pour servir de récompense à celui qui traitera avec le plus de distinction le sujet proposé.

Pierre lègue 1,000 fr. à celui qui, dans l'année de sa mort, gagnera le prix Monthyon décerné par l'Académie française: c'est encore là un legs qui doit valoir.

547. Remarquons ici qu'il pourra arriver quelquefois que de telles libéralités soient faites de telle sorte que la personne gratifiée ne sera pas conçue au moment du décès du testateur (2); alors se produira la question de savoir si l'art. 906 est applicable.

Mais on aperçoit, tout d'abord, que cet argument ne porte pas, dans tous les cas où celui qui aura rempli la condition prouvera qu'il était conçu au moment du décès ou de la donation; et cette preuve sera certainement acquise dans les cas que nous avons cités. Celui qui doit gagner le prix Monthyon dans l'année du décès du testateur, celui qui doit

(1) Menoch., *De præsumpt.*, IV, 25, 17.

(2) Art. 906, *infra*, n° 608.

faire un mémoire historique trois ans après la mort du disposant, tous ceux-là remplissent les conditions de l'art. 906.

Au surplus, nous verrons plus tard que, lors même que le lauréat n'aurait pas été conçu ou vivant au moment du décès, l'objection n'est pas sans réplique (1).

548. La faculté d'élire se lie à la question de l'incertitude des personnes (2). On a prétendu proscrire l'usage de cette faculté, en se renfermant dans les règles du droit romain, qui repoussent les institutions incertaines.

Mais les notions que nous venons de rappeler répondent à ces scrupules (3). Quand la faculté d'élire est renfermée dans le cercle étroit de personnes désignées (*ex certo genere*) (4), l'incertitude n'est pas réelle, et c'est ce que le droit romain lui-même reconnaissait malgré la rigueur de ses maximes (5). Je sais bien que le tribun Jaubert disait au Tribunalat: « En matière de disposition de biens, il ne peut y » avoir de facultés que celles qui sont définies par la loi. » Ainsi, le projet ne s'expliquant pas sur l'ancienne faculté d'élire, le silence de la loi suffit pour avertir que cette faculté ne peut plus être conférée. Heureuse interdiction! » Que d'actes immoraux épargnés à ceux que cette faculté d'élire aurait pu intéresser. » Mais ces paroles ne sauraient faire impression; tout y est faux ou contestable. Il n'est pas vrai qu'en matière de dispositions de biens, il n'y ait de facultés que celles qui sont concédées par la loi. C'est le con-

(1) *Infra*, n° 645.

(2) *Supra*, n° 454.

(3) Voy. Furgole, t. III, p. 57, n° 73. Il cite les arrêts qui ont validé la faculté d'élire, avec la loi 7, § 1, D., *De reb. dubiis*. Voir aussi ses *Quest. sur les donations*, 46, nos 7 et 31.

(4) *Supra*, n° 454. M. Merlin, *Répert.*, v° *Légataire*, § 2, dans son plaidoyer sur l'affaire Laugier.

(5) L. 7, § 1, D., *De reb. dubiis*.



traire qui est vrai, et notre article le dit en termes formels. Il n'est pas vrai que du silence de la loi doive ressortir une prohibition ; c'est le contraire qui est vrai, et notre article en est la preuve. Il n'est pas vrai que la faculté d'élire soit immorale ; elle est au contraire, souvent, dans l'intérêt de l'autorité paternelle, et elle peut servir de frein à l'inconduite des enfants.

Voici, du reste, une espèce dans laquelle cette opinion de M. Jaubert a été expressément condamnée par arrêt de la cour de Paris, du 11 mai 1852, rendu sous ma présidence (1).

Prévost Niatel, après avoir nommé pour seul héritier de tout ce qu'il possédait à son décès Nicolas Niatel, avait disposé ainsi qu'il suit : « Il voudra bien cependant, avant tout, » donner une somme, que je désignerai plus bas, pour les » œuvres de charité, et laquelle somme devra être versée, » sans qu'il en soit demandé aucun compte, soit à la per- » sonne, soit à l'administration où cette somme devra être » versée. » Plus loin, dans son testament, il avait ajouté cette autre clause : « La somme, que je désigne pour les pau- » vres, est de 50,000 fr. qui devront être versés à l'arche- » vêché de Paris, pour fondation sur six œuvres de charité, » afin de faire prier Dieu pour le repos de mon âme. »

Nicolas Niatel vit là un legs incertain, dans lequel le testateur avait laissé à un tiers le droit d'élire, et il refusa de faire droit à la demande en délivrance formée par l'archevêque de Paris. Mais l'arrêt repoussa sa prétention ; il décida qu'à la vérité le testateur s'en était rapporté à l'archevêque de Paris pour la désignation des six œuvres qui devaient, en recueillant sa libéralité, être chargées de réciter les prières pour le repos de son âme ; mais que cette cir-

(1) *Gazette des Tribunaux* du 12 mai 1852, n° 7754.

constance n'empêchait pas que la disposition principale, contenue dans le testament, n'eût la précision et la certitude exigées par la loi, et que c'était seulement pour l'exécution que le testateur avait invoqué le concours, l'intervention et la désignation de l'archevêque.

549. Mais voici un cas plus difficile et qui pose nettement la question d'incertitude : par exemple, si le disposant charge son exécuteur testamentaire, ou toute autre personne de confiance, de distribuer telle somme d'argent, conformément à l'intention secrète qu'il lui a manifestée verbalement.

Cette question a été sérieusement agitée devant la cour de cassation, dans une affaire où un sieur Merindol avait chargé ses exécuteurs testamentaires de mettre à la disposition du sieur Laugier, prêtre, une somme de 14,000 fr., pour laquelle il lui avait fait connaître ses intentions. La cour d'Aix avait déclaré cette disposition nulle. Sur le pourvoi en cassation, Merlin examina la question sous toutes ses faces (1) et le pourvoi fut rejeté par arrêt du 12 août 1811 (2).

Un autre arrêt de la cour de cassation du 8 août 1826, a déclaré radicalement nul un legs fait à un exécuteur testamentaire pour être employé suivant les intentions secrètes du testateur (3). Dans l'espèce, le testateur avait voulu faire une libéralité déguisée aux jésuites de Saint-Acheul. La cour a même décidé, dans cet arrêt, que la nullité pouvait être invoquée par les héritiers, alors même qu'ils avaient exécuté le legs ; car le legs avait pour but de gratifier une

(1) *V° Légataire*, § 2, n° 18 bis.

(2) Devilleneuve, *Coll. nouv.*, à sa date. Dalloz, *v° Dispositions entre-vifs et Testament*, t. VI, p. 65. *Infra*, n° 554 et 2223, où je pose le principe que les dispositions testamentaires doivent être rédigées par écrit.

(3) Dalloz, 27, 1, 50.



corporation inhabile à recevoir, soit parce que les jésuites n'ont aucune existence légale en France, soit parce que nulle corporation ne peut recevoir en France qu'avec l'autorisation du gouvernement.

Cet arrêt juge deux choses : 1° que le legs est nul comme fait à une personne incertaine, comme laissé à la volonté d'un tiers. Sous ce rapport, ce legs viole la règle : *Veteres decreverunt testamenta ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* (1) ; il est, de plus, en contradiction avec l'ordonnance de 1735 et les art. 895 et 967 du Code Napoléon, qui enlèvent tout effet aux dispositions faites en faveur des personnes incertaines ;

2° Que le legs, en supposant la personne certaine, s'adresse à une personne frappée d'incapacité légale.

550. Cette jurisprudence doit être examinée de près.

Dans l'ancien droit, on ne s'était pas toujours montré inflexible pour ces sortes de dispositions. Et d'abord, à ceux qui essayaient de les condamner en les taxant de dispositions captatoires (2), il était facile d'opposer que, lorsque Papinien condamne les institutions de cette espèce (3), et Caius, les legs ayant ce caractère (4), ils ne font pas le moins du monde allusion à la volonté qui nous occupe. Papinien appelle, à la vérité, institutions captatoires celles, « *quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* » Mais ce n'est pas du tout de notre cas qu'il entend parler (5). Il n'y a rien de commun entre cette définition et notre espèce (6).

(1) Voy. les lois 32, D., *De hæred. instit.*, et 52, D., *De cond. et demonstr.*

(2) Bartole sur la loi *Theopompus*, l. 44, D., *De dote præleg.*

(3) L. 70, D., *De hæred. instit.*

(4) L. 64, D., *De legat.*, 1<sup>o</sup>.

(5) Cujas, XVI, *obs.* 44. Furgole, t. I, p. 250, et Pothier, *Pand.*, t. II, p. 203, n<sup>o</sup> 43.

(6) *Supra*, n<sup>o</sup> 490.

M. Jacques Perdrier, sieur de la Basse, avait ordonné par son testament, que 3,000 écus seraient délivrés à M. Jean Le Pelletier, curé de Saint-Jacques-de-la-Boucherie, pour être distribués aux œuvres pitoyables, qu'il lui avait fait entendre avant de mourir, sans être tenu d'en rendre compte. Un arrêt du 23 décembre 1580, prononcé en robes rouges, sous la présidence du premier président de Thou, déclare le legs valable (1). Les héritiers avaient prétendu que le legs cachait une libéralité au profit de la veuve, et le curé avait affirmé, par-devant l'un de messieurs, qu'elle n'y avait aucune part.

Brodeau a examiné cet arrêt avec soin ; sa discussion est un modèle pour les arrêttistes. Brodeau était petit-neveu, du côté maternel, du curé Le Pelletier. Il rappelle avec orgueil que tous les jurisconsultes qui ont cité cette décision, lui ont donné pour un des principaux motifs la probité et l'intégrité de ce vénérable ecclésiastique.

Il cite un arrêt conforme du 14 avril 1615, rendu sous la présidence du premier président de Verdun. Il rappelle la foi du dépôt, surtout du dépôt fait par un homme mourant ; la confiance due aux ecclésiastiques, à qui étaient commises autrefois les dernières dispositions des testateurs (2) ; enfin la loi *Theopompus*, 14, D., *De dote præleg.* (3), et la loi *penult.*, C., *De donat.*, etc., etc.

Ces arrêts ne sont pas les seuls. Il en existe quatre du parlement de Rouen, des années 1635, 1637, 1638 et 1661, qui ont déclaré bons et valables les legs déposés entre les mains des curés, pour les distribuer selon l'intention des testateurs ; et cela, sans que lesdits curés fussent obligés de

(1) Louet, lettre L, § 5.

(2) Nicéphore, 8, *Hist. ecclésiast.*, c. 54.

(3) Elle dit : *Pollianus sciens mentem meam.*