

révéler l'emploi qu'ils en devaient faire, mais seulement à la charge de dire qu'eux, ni leurs parents, ou autres personnes prohibées n'en devaient aucunement profiter (1). On ne manquait pas de dire, cependant, ainsi que nous l'apprend Basnage, que le legs est nul *cum in alienum arbitrium confertur* (2), et que *in alienam voluntatem legatum conferri non potest*. Mais on répondait que ces principes n'étaient pas applicables, puisque le testateur avait déclaré ses intentions, et que le fidéicommissaire était obligé de s'y conformer.

Même arrêt émané du parlement de Grenoble, le 29 avril 1641 (3).

On pourrait en rappeler plusieurs autres (4).

551. Reconnaissons bien cependant les limites de cette jurisprudence, et tâchons de n'en pas exagérer la portée. Les circonstances y exerçaient une grande influence.

Suivant Brodeau, elle n'allait pas jusqu'à autoriser le legs de sommes indéfinies laissées au secret emploi d'un tiers. Elle était renfermée dans le cas unique où le défunt avait légué par son testament une somme fixe, taxée et réglée. Ainsi, par exemple, un testateur ayant dit par son testament que toutes titres d'obligation et contrats seraient remis à son confesseur pour, par ce dernier, en faire l'usage qu'il lui avait dit et promis en confession, cette disposition fut déclarée nulle par arrêt du parlement de Paris, du 26 novembre 1637, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Talon (5). En effet, le fidéicommissaire pour-

(1) Basnage sur Normandie, t. II, tit. des Test., art. 442.

(2) L. Nonnunquam, D., De cond. et demonstr.

(3) Boniface, t. II, part. 2, liv. 2; t. I, ch. 3.

(4) M. Merlin, Répert., v° Légataire, § 2, p. 759. Bergier sur Ricard, part. 4, n° 592. Denizart, v° Confesseur, n° 45.

(5) Bardet, t. II, liv. 6, ch. 30. Brodeau sur Louet, loc. cit.

rait épuiser la succession en distributions par des scrupules de conscience exagérés, et ce serait là une source d'abus pour les familles. Le confesseur serait le maître d'étendre ou de resserrer les distributions suivant ses caprices; il aurait un arbitraire dangereux.

On trouve cependant un arrêt du parlement de Paris, du 27 janvier 1684, qui a décidé qu'un apothicaire pouvait être le dépositaire secret de la volonté d'un testateur pour disposer d'un legs universel (1).

552. Notez encore que la faveur accordée aux dépôts testamentaires dont nous venons de parler, était indépendante des questions de dépôt entre-vifs. Dans ce dernier cas, on jugeait quelquefois que la chose déposée devait être rendue, non aux personnes secrètement indiquées entre-vifs, mais aux héritiers. C'est ce qu'a jugé un arrêt de 19 février 1624, rendu sous la présidence du premier président de Verdun, et sur les conclusions de l'avocat général Servin (2). M. Merlin n'a pas fait assez ressortir la différence profonde qui existe entre cette espèce et la nôtre (3); il n'a pas vu de quoi il s'agissait dans le cas de l'arrêt de 1624. C'était un dépôt de 1,572 livres, fait manuellement par le prêtre Julien Bourrée, deux jours avant sa mort, à son ami Doublet, marchand bourgeois de Paris, pour distribuer cette somme suivant qu'il lui avait déclaré verbalement. Or, c'est là un cas tout à fait à

(1) Journal du Palais, t. II, p. 491. Furgole le cite et l'approuve, Quest. sur les donations, 46, n° 37. Il cite Godefroy sur la loi Theopompus, 14, D., De dote præleg. : « Aliud est in alterius voluntatem aliquid conferre, aliud » alicui amico mandare, tanquam mentis suæ instructo. »

(2) Bardet, t. I, liv. 2, ch. 8. Brodeau, loc. cit., et Journal des Audiences de Dufresne, liv. 1, 47. L'annotateur de Bardet remarque que Dufresne ne connaissait pas bien l'arrêt.

(3) P. 759 et 760, v° Légataire, § 2. C'est le cas de l'article 4739. C. Nap.

part, qui n'a rien de commun avec la matière des testaments et des legs ; car il n'y avait là ni testament ni legs (1) : c'était une remise manuelle entre-vifs, accompagnée d'un mandat verbal (2). Observons que la cause offrait des circonstances particulières. La nièce du défunt, pauvre femme chargée de cinq enfants, et son unique héritière, était à la mendicité, et elle ne trouvait dans la succession, après les dettes payées, que la somme déposée ; il est probable que sa situation intéressa les juges en sa faveur. Il est juste d'avouer cependant que, dans la discussion, le défenseur de la nièce et l'avocat général Servin rappelaient un arrêt antérieur du parlement de Paris, qui avait annulé le testament de l'évêque de Digne, en tant qu'il avait laissé une somme à M. de Saint-Fussier, ecclésiastique, pour en faire la distribution *sub sigillo confessionis*.

Du reste, il ne serait pas difficile de citer d'autres arrêts, antérieurs au Code Napoléon, qui, dans des cas analogues, ont validé le dépôt et en ont permis l'exécution après la mort du déposant ; je les ai rappelés dans mon *Comm. Du dépôt* (3). On peut les autoriser de la loi 26, D., *Deposit*. Seulement ces arrêts ne seraient plus compatibles, d'une manière absolue, avec l'article 1959 du Code Napoléon (4) qui, par la crainte des abus attachés aux fidéicommis, veut que le mandat donné entre-vifs, de remettre une chose à un tiers après la mort de celui qui a opéré le dépôt, soit révoqué par le décès du déposant.

553. Mais rien n'empêchera de donner ce mandat par

(1) C'était la remarque de Servin.

(2) Mon *comm. Du dépôt*, n° 75, 147 et suiv., et 154 et suiv.

(3) *Loc. cit.*

(4) On verra, dans mon *Comm. Du dépôt, Loc. cit.*, n° 151, les circonstances au moyen desquelles des arrêts ont échappé à l'application de ce article.

testament ; il se soutient alors par forme de legs (1), et cela ne saurait faire question quand les tiers, à qui la remise doit être faite, sont désignés dans le testament.

Ainsi, personne ne s'aviserait de contester la disposition d'un testament qui porterait : « Je charge mon exécuteur testamentaire de distribuer 5,000 livres aux pauvres du 1<sup>er</sup> arrondissement de Paris ; » ou bien : « Je veux que mon exécuteur testamentaire remette à Titius, à sa majorité, 1,000 livres que j'ai reçues en dépôt de son père ; je l'ai promis par serment à ce dernier (2). »

Mais la question commence quand les tiers ne sont pas désignés.

La raison de ce secret est souvent très-plausible. Il peut arriver que, par des motifs de restitution (3), on charge, dans son testament, une personne amie de délivrer telle somme à des tiers qu'on lui a désignés en secret. Les nommer ouvertement serait une obligation pénible à laquelle résiste la pudeur. On ne décharge pas sa conscience en public ; toute confession demande le mystère. Ne serait-il pas d'une extrême sévérité d'enlever aux mourants ce moyen de s'en aller en paix dans une autre vie ? Voilà ce qu'on peut dire de plus spécieux en faveur de ces dispositions, qui ne font apparaître que la personne du mandataire, et laissent sous un voile impénétrable la personne à laquelle il est chargé de remettre la libéralité : et nous avons vu ci-dessus que des arrêts nombreux n'avaient pas eu la sévérité de priver les mourants de cette consolation. Mais nous avons vu aussi que des ménagements y étaient apportés ; qu'on consultait les circonstances ; qu'on exigeait des affirmations ;

(1) Mon *Comm. Du dépôt*, n° 75 et 150.

(2) Scævola, l. 37, § 5, *De legat.*, 3°.

(3) Mon *Comm. du dépôt*, n° 148.

qu'en un mot, on n'entraîne dans cette voie qu'avec de grandes précautions (1).

554. Il y a une autre remarque faite par M. Merlin : c'est que ces arrêts sont tous antérieurs à l'ordonnance de 1735, dont l'art. 1<sup>er</sup> est ainsi conçu : « Toutes dispositions testamentaires, ou à cause de mort, de quelque nature qu'elles soient, seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que verbalement, et défendons d'en admettre la preuve par témoins, même sous prétexte de la modicité de la somme (2). »

Cette disposition de l'ordonnance de 1735 n'est pas seulement fondée sur la nécessité de donner une base certaine aux dernières volontés, et d'écarter les preuves testimoniales toujours périlleuses ; elle a encore pour but de prévenir les fraudes des fidéicommissaires (3). Sans la précaution de l'écriture, sans la formalité d'une nomination précise de la personne gratifiée, on pourrait faire fraude à la loi et favoriser des incapables ou des indignes, par exemple, enrichir un établissement de mainmorte, gratifier un mort civil, un médecin, un confesseur, etc., etc. Les testateurs ont toujours eu une certaine tendance à envelopper de mystère quelques-unes de leurs dernières dispositions. Les lois romaines en offrent des exemples. Le jurisconsulte Callistrate parle, dans la loi 3, D., *De jure fisci*, d'un fidéicommissaire ainsi conçu : *Vos rogo, ut, in eo quod a vobis petii, fidem præstetis : perque Deum, ut faciatis, rogo* (4), fidéicommissaire énigmatique qui ne contient ni le nom du fidéicommissaire, ni la chose qui doit lui être rendue. En pareil cas, le juris-

(1) Montvalon, *Success.*, ch. 6, art. 49, d'après Julien sur les *Statuts de Provence*. M. Merlin, *loc. cit.*, p. 760, col. 4.

(2) Furgole, *Test.*, t. I, p. 30, no 23.

(3) Arg. de ce que dit Furgole, t. I (VI, 3, 224).

(4) Furgole, VI, 3, 240. L. 40, D., *De jure fisci*.

consulte Paul suspectait la fraude. « *Non enim est palam re-linguere,* » dit-il, « *quod ex testamento sciri non potest, cum recitatum est* (1). » La fraude, en effet, est très-facile avec des moyens pareils. Le manteau de la conscience peut servir de laisser-passer à des dispositions tout à fait contraires aux lois et aux mœurs.

555. Bien que le Code Napoléon n'ait pas répété les dispositions de l'ordonnance de 1735, il n'est pas moins dans son esprit de ne reconnaître pour valables que les volontés qui sont écrites dans le testament, et de rejeter toutes celles qui reposent sur des allégations verbales, dont il faudrait aller chercher la force en dehors du testament. *Idem est non esse et non apparere*. Le Code Napoléon ne craint pas moins que l'ordonnance de 1735 les détours pratiqués pour éluder les incapacités et les prohibitions. L'art. 1939 du Code Napoléon en est la preuve. On peut se reporter à l'analyse que nous en avons donnée dans notre Commentaire *du dépôt* (2). Si cet article réprime les moyens entre-vifs qui peuvent servir de voile à la fraude, le Code Napoléon ne condamne pas moins ceux qui sont mis en œuvre par la voie des testaments (3). Il est de l'intérêt public que la personne du légataire soit connue, et que le véritable but de la libéralité ne reste pas enveloppé de ténèbres. Ce qui se cache, en pareil cas, est naturellement suspect (4).

À la vérité, il peut arriver que, dans diverses occasions, le testateur sera gêné dans ses idées de restitution. Mais c'est là un mal beaucoup moindre que les fraudes si faciles avec des volontés secrètes. Le disposant n'a qu'à faire, de

(1) Furgole, VI, 3, 244.

(2) No 450.

(3) Mon Comm. *Du mandat*, no 732.

(4) *Infra*, nos 2222, 2223.

son vivant, ce que lui commande sa conscience; le plus tôt est le mieux en pareille matière.

Ajoutons une dernière considération.

Si l'on devait admettre les dispositions confiées au secret d'un tiers, pourquoi faudrait-il restreindre, à des sommes modiques précises et définies, le droit de les faire? Pourquoi ne pourrait-on pas remettre à un tiers le secret des dernières dispositions, pour distribuer l'hérédité entière? Et alors, que deviendraient toutes les précautions de la loi pour maintenir les incapacités et les prohibitions d'ordre public? On retomberait dans tous les dangers de l'arrêt du 27 janvier 1684 (1).

556. Dans l'ancien droit romain, on regardait comme personnes incertaines les corporations, les communautés et autres agrégations d'individus (2); c'était une trop grande subtilité. La législation impériale changea ce point de droit, et vit dans les corps politiques, municipaux et autres, des êtres moraux dont la certitude est évidente (3). Le droit romain avait été devancé en ce point par les coutumes de quelque provinces, et particulièrement de la ville de Marseille, qui vivait sous ses propres lois, et reconnaissait comme valables les libéralités faites aux corps moraux (4).

Aujourd'hui les établissements publics et les corps moraux sont capables de recevoir. Nous nous occuperons de ce point dans le commentaire de l'art. 910.

557. Quelquefois le corps moral, appelé à recueillir, n'est pas désigné par son nom. Mais on ne s'attache pas aux mots, pourvu que la disposition ne laisse en elle-même aucun doute (5).

(1) Voy. *supra*, n° 551, et *infra*, n° 558.

(2) Ulpien, *fragm.* 22, § 5. Plin., 5, *Epist.* 7.

(3) L. 12, C., *De hered. instit.*

(4) Tacite, *Annal.* IV, 43.

(5) V. Dict. du Notariat, 4<sup>e</sup> édit., v° *Testament*, sect. 4.

Ainsi ce n'est pas une libéralité incertaine que celle qui est faite aux pauvres. Loin qu'elle soit nulle, elle est au contraire très-favorable (1). C'est le bureau de bienfaisance de la commune qui la reçoit (2). Il en est de même du cas où le testateur affecterait une somme d'argent à des œuvres de charité. Cette disposition équivaut à celle par laquelle le testateur aurait légué aux pauvres une certaine somme (3).

558. On a critiqué devant la Cour de Pau la disposition suivante :

« Je veux que, mes dettes payées, le résidu de mes biens » soit employé en messes pour le repos des âmes de mon » mari, de mes père et mère, de ma fille, et de la mienne. » La testatrice nomme le prêtre Isaute son exécuteur testamentaire.

Après la mort de la testatrice, ce dernier ayant éprouvé des difficultés, demanda en justice que le résidu de la vente des biens meubles et immeubles restât déposé entre les mains du notaire pour, par celui-ci, payer les prêtres qui seraient chargés par lui, exécuteur testamentaire, de dire les messes.

Au contraire, les héritiers naturels soutenaient que la disposition était nulle, parce que la personne gratifiée était incertaine; que, dans tous les cas, elle ne pourrait subsister qu'à l'aide d'une autorisation du gouvernement.

(1) Art. 910. — 23, C., *De sacrosanctis eccles.* Mantica, IV, 8, 7.

(2) Art. 910.

(3) C. Paris, 11 mai 1852 (*Gazette des tribunaux*, n° du 12 mai 1852). Mais il a été décidé que la disposition testamentaire ayant pour objet la fondation de salles d'asile dans une commune désignée peut, par interprétation des diverses clauses du testament, être considérée comme constituant non un legs fait directement à la commune ou au bureau de bienfaisance, et dont ils aient qualité pour demander la délivrance, mais seulement comme une charge du legs universel fait par le même testament. Caen, 22 juin 1858. (J. P. 1859, p. 820); Req. 7 nov. 1859 (J. P. 1860, p. 4444; Dalloz, 59, 1, 444; Devill., 60, 1, 350.)

Mais, par arrêt du 24 août 1825 (1), la cour de Pau a déclaré la disposition bonne et valable même sans autorisation. La volonté de la testatrice lui parut claire et certaine ; la testatrice avait voulu que son bien fût employé à une destination précise. Qu'il n'y ait pas d'institution d'héritier : on l'accorde. Mais où en est la nécessité, d'après la législation actuelle et notamment d'après l'art. 967 du Code Napoléon ? Il y a un exécuteur testamentaire à qui est remis le soin d'accomplir les volontés pieuses de la défunte. Ce n'est pas lui qui est gratifié ; il est chargé de choisir des prêtres pour célébrer des messes, et ceux-ci ne font que recevoir une rémunération plutôt qu'une libéralité. En pareil cas, il n'y a pas d'autorisation nécessaire ; car nulle corporation, nul établissement public n'est gratifié. Tout se résume à un mandat donné à l'exécuteur testamentaire pour un emploi indiqué et légitime.

Cet arrêt ne saurait être désapprouvé. D'abord, il se distingue du cas examiné au n° 549. L'intention du testateur n'est pas secrète : elle ne laisse pas d'équivoque. D'un autre côté, il paraît que le résidu n'était pas considérable, et qu'il était de nature à être épuisé promptement par les cérémonies ordonnées. Ce n'est qu'autant qu'il aurait présenté les caractères d'une fondation que l'autorisation aurait pu être nécessaire. Mais telle n'était pas la disposition en question.

559. On a demandé si l'on pouvait instituer Dieu, les saints, la vierge Marie, etc., etc.

(1) Dalloz, 26, 2, 5. — Il a été jugé aussi que la disposition testamentaire d'une somme d'argent pour être employée en prières et en bonnes œuvres, doit être considérée comme une charge imposée par le testateur à sa succession, et non comme un legs fait à des personnes incertaines, alors même que l'exécution en est laissée à l'arbitrage d'un exécuteur testamentaire. *Rej.* 13 juillet 1859 *J. P.* 1860, p. 211 ; *Devill.*, 59, 1, 653 ; *Dalloz*, 59, 1, 322). V. en ce sens, *MM.* Vazeille, art. 967, n° 40 ; *Aubry et Rau*, t. 5, p. 474, § 655-656 et note 8 ; *Massé et Vergé sur Zachariæ*, t. 3, p. 35, note 9.

Du temps d'Ulpien, une question analogue était déjà jugée pour l'affirmative ; ce jurisconsulte nous apprend qu'un sénatus-consulte et des constitutions impériales avaient permis d'instituer certains dieux du paganisme (1).

Sous les empereurs chrétiens, il fut permis d'instituer Jésus-Christ, les anges, les martyrs (2).

Heineccius appelle ridicule le sénatus-consulte qui autorisait l'institution de quelques dieux païens (3). Mais il ne fait pas attention que ces institutions n'étaient qu'allégoriques, et qu'elles avaient pour but réel de gratifier, dans un langage figuré, les temples consacrés à ces divinités. C'est ce que déclare la loi *fin.*, *C.*, *De sacrosanctis ecclesiis*, en appropriant cette idée au culte catholique.

Sous le Code Napoléon, la libéralité se soutient à l'aide de la même explication : c'est la fabrique qui est gratifiée ; il suffit qu'elle soit autorisée à accepter, d'après la loi du 2 janvier 1817 et l'ordonnance du 2 avril de la même année.

560. A ceci revient un cas qui a été jugé à Turin : il s'agissait d'un individu prêtre, qui avait institué son âme pour son héritière universelle. Il chargeait un exécuteur testamentaire de faire vendre ses biens et d'en convertir le prix en célébration de messes, après le paiement des dettes et legs. Un arrêt de la cour de Turin, du 30 janvier 1808, a déclaré que cette institution était valable, sauf l'approbation du gouvernement (4).

J'ai vu le même cas se présenter à la cour de Corse. Un arrêt, dont la date m'échappe, rendu sur mes conclusions conformes, se prononça aussi pour la validité. Le langage

(1) *Fragm.* 22, § 6.

(2) *L. fin.*, *C.*, *De sacrosanctis eccles.* *Pothier, Pand.*, t. II, p. 496, n° 7.

(3) *Instit.*, t. II, p. 228.

(4) *Devill.*, 2, 2, 311.

mystique du disposant ne parut pas offrir un motif suffisant pour détruire une libéralité dont le sens n'était pas douteux (1).

561. On a vu des testateurs faire des legs à des animaux qu'ils aimaient, à des chevaux, à des chiens ; ces dispositions sont bizarres pour la forme, mais raisonnables quant au fond. Ce sont tout simplement des charges imposées aux héritiers ou légataires pour la conservation de ces animaux, que le défunt a voulu traiter avec humanité.

562. Nous n'en disons pas davantage sur les personnes incertaines.

Passons à d'autres incapacités.

Les étrangers ont été relevés des incapacités de recevoir dont ils avaient été frappés autrefois. Nous avons cité ci-dessus la loi du 14 juillet 1819, qui a introduit cette sage innovation (2).

563. Par le droit des Empereurs, la femme, qui se remariait dans l'an de deuil était notée d'infamie ; elle était incapable de toute libéralité testamentaire (3).

Il en était de même de la femme qui malversait dans l'année du deuil (4).

Mais en France la peine du convol était abolie, excepté dans le parlement de Toulouse (5) ; la peine de malversation était seule observée (6).

(1) *Junge Furgole*, t. I, p. 329, 330. *Mantica*, VIII, t. VI.

(2) N° 526. *Voy. Furgole*, VI, 2, 40.

(3) L. 1, C., *De secundis nuptiis*, nov. 22, ch. 22. *Pothier, Pand.*, t. II, p. 90, n° 49. *Furgole*, VI, 2, 64.

(4) Nov. 39, ch. 2.

(5) *Furgole*, VI, 2, 67. V. *Extravag.*, t. *De secundis nuptiis*, c. 4 et c. dernier.

(6) *Dumoulin sur Paris*, § 43, n° 443. *Ferrières sur Paris*, art. 279, glos. 1, n°s 45 et suiv. *M. Merlin, Répert.*, v° *Deuil*, § 2, et v° *Noces*, § 2.

Cette législation a continué à être en vigueur jusqu'à la promulgation du Code Napoléon. Maintenant que la loi ne prononce aucune incapacité contre la femme qui se remarie ou qui malverse dans l'an du deuil, et qu'il n'y a d'incapables que ceux qui sont déclarés tels, il s'ensuit que la loi romaine ne peut plus être d'aucune considération (1).

564. Nous avons parlé ci-dessus de la capacité active des personnes vouées à la vie religieuse (2). Disons quelques mots de leur capacité passive.

Nous avons vu que les moines n'étaient pas morts civilement dans le droit romain et d'après le droit canonique suivi dans la plus grande partie de l'Italie et dans d'autres provinces d'Europe. Nous avons vu que sous cette législation ils pouvaient succéder (3). Nul doute, par conséquent, qu'ils ne pussent recevoir par testament ; c'était leur monastère qui recueillait les libéralités dont ils étaient l'objet. Dans le droit français (4), où l'esprit monacal était moins favorable et où l'on tenait que les religieux étaient morts civilement, ils étaient incapables de recevoir, comme incapables de donner ; les dispositions faites en leur faveur étaient considérées comme non écrites. Les monastères, dont ils faisaient partie, ne recevaient rien de leur chef, et c'était une maxime constante que celui qui entrait en religion n'apportait pas à son couvent les biens qu'il possédait avant. On considérait même comme nuls et extorqués les legs faits par un novice au monastère où il devait entrer.

Depuis la destruction des ordres monastiques, les moines

(1) *M. Merlin, loc. cit.*, v° *Deuil*, p. 653.

(2) N°s 528, 529 et 530.

(3) Nov. 423, ch. 41.

(4) *Furgole*, VI, 2, 20.

ont recouvré la vie civile, et sont capables de toute sorte de dispositions testamentaires ou entre-vifs.

La loi ne voit en eux que de simples individus soumis au droit commun. Leurs associations sont pleinement libres aux yeux de notre droit public; il n'en saurait résulter aucune incapacité individuelle.

565. Il n'en est pas tout à fait de même des religieuses appartenant à une congrégation autorisée. La loi du 24 mai 1825, sans toutefois les frapper de mort civile, a gêné, à certains égards, leur capacité de recevoir, aussi bien que leur capacité de donner. Ainsi, une religieuse ne peut recevoir, d'une autre religieuse faisant partie du même couvent, au delà du quart des biens, à moins que le don ou legs n'exède pas 10,000 fr. (1).

566. Peut-on donner en France, par testament ou par donation, à un religieux étranger mort civilement d'après la législation de son pays?

« Si, comme on n'en peut douter (dit Boullenois) (2), » cette mort civile est un état personnel, cet homme, mort civilement dans le lieu de son domicile, est mort partout et ne peut par conséquent succéder, parce qu'il ne saurait acquérir en quelque endroit que ce soit... Cet homme cesse d'avoir aucune agnation dans le monde, elle est réservée pour le ciel (3). Ainsi, il suffit de n'être point compté au nombre des vivants, dans la loi du domicile, pour ne pas succéder en quelque endroit que ce soit (4). »

567. Il y a des incapacités relatives en assez grand nombre.

(1) *Supra*, n° 530.

(2) *Des statuts*, t. 1, p. 66.

(3) Boullenois ne parle pas ici du mort civilement par condamnation, parce qu'il est de droit public que les jugements rendus dans une souveraineté n'ont pas d'effets dans une autre. (Merlin, *Répert.*, v° *Succession*, p. 223.)

(4) *Contra*, M. Fœlix, *Traité du droit international*, nos 30 et 42.

La loi les a établies en considération de certains rapports particuliers, qui font douter de la spontanéité et de l'honnêteté de la libéralité. On peut citer :

1° Le tuteur, dont s'occupe l'art. 907 ;

2° Les médecins, chirurgiens (art. 909);

3° Le ministre du culte (*id.*);

4° Les enfants naturels (art. 908);

5° Les témoins instrumentaires dans un testament (article 975) ;

6° Les conjoints (art. 1094 et 1098 du C. N.).

Nous traiterons de ces incapacités dans le commentaire de ces articles.

568. Faut-il y joindre celle des concubins entre eux (1)?

Le concubinage, chez les Romains, n'était pas une union défendue de l'homme et de la femme. Moins solennelle que le mariage, qui, par le droit civil, était environné de toute la faveur de la loi, cette association, dérivée du droit naturel, s'opérait sans formalités par la seule cohabitation, et se dissolvait de même. Écoutons Cujas :

« *Concubinatus non est matrimonium, sed imitatio matrimonii, aut semimatrimonium; nec tamen est illicita. Imo legitima conjunctio; quod nostri ignorant quomodo fiat, quia non sunt in usu hodie concubinæ, nisi in montanis quibusdam regionibus. Ergo et concubinatus et matrimonium, utraque legitima conjunctio est. Sed hoc maxime concubina distat ab uxore dignitate, seu honestate, vel honore pleno* (2). »

Il y avait plusieurs convenances entre le mariage et le concubinage. De même qu'on ne peut avoir deux femmes à

(1) *Supra*, n° 496.

(2) *Respons. Pap.*, lib. 8, sur la loi 46, § 4, D., *De his quæ ut indig.* Junge Voët, 25, 7. Favre, code 9, 29, 20.