

595. Mais, comme l'intérêt du mari ne peut recevoir aucune atteinte d'une libéralité qui ne produit d'effets qu'après la mort de la femme et la dissolution de la société conjugale, le Code Napoléon, comme la majorité des coutumes, a permis que la femme testât sans le consentement marital.

596. On a demandé si la femme a capacité pour donner, d'accord avec son mari, les effets de la communauté. Nous avons examiné ailleurs cette question, et nous y renvoyons (1).

597. Lorsqu'une donation est faite par une femme sans l'autorisation maritale, il faut savoir qui peut exciper de ce défaut d'autorisation.

La solution à donner découle d'un principe que nous avons posé ailleurs (2), que la nécessité de l'autorisation maritale a été introduite tant à cause du mari que dans l'intérêt de la femme, qu'il fallait sauver de sa propre faiblesse et de son inexpérience des affaires. D'où il suit que le défaut d'autorisation peut être opposé par le mari ou par la femme, ou par leurs héritiers : c'est la disposition de l'art. 225 du Code Napoléon.

598. Notre article exige que le consentement du mari soit spécial; c'est une conséquence de l'art. 225, qui déclare que toute autorisation générale n'est valable que *quoad administrationem*. Il faut de plus, d'après l'art. 217, la présence du mari à l'acte ou son consentement par écrit.

Quant à la forme de l'autorisation, nous verrons, dans le cours de l'art. 951, que cette autorisation doit être dans la forme authentique, comme la donation elle-même.

(1) *Comm. du Contrat de mariage*, t. 2, nos 903 et suiv.

(2) *Ibid.*, t. 2, nos 935 et suiv.

ART. 906.

Pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable.

SOMMAIRE.

599. Raisons de la différence entre la donation et le testament quant à l'époque de la conception du gratifié.
600. Fiction de droit qui veut que l'enfant conçu soit réputé né quand il s'agit de son avantage; — à la condition toutefois qu'il naisse viable.
601. Des deux conditions nécessaires pour que l'enfant soit regardé comme né viable. — 1^{re} condition : il faut qu'il soit né dans le temps fixé par les lois civiles.
602. 2^e condition : il faut qu'il soit *perfecte natus*, et qu'il donne des signes certains de vie.
603. Si l'enfant est venu à terme, il a pour lui la présomption de viabilité.
604. Peu importe que l'enfant ait été mis au monde naturellement ou par l'opération césarienne. — Opinion exagérée de Zacchias dans ce dernier cas.
605. Le part monstrueux n'est pas compté au nombre des enfants.
606. Comment calculera-t-on si l'enfant né viable était ou non conçu lors de la donation ou au décès du testateur? — Diversité des décisions à l'occasion d'un édit d'Adrien. — Règle tracée par le Code Napoléon dans les art. 288, 296 et 312.
607. Le disposant peut-il gratifier, par forme de condition, un enfant à naître après son décès? — Affirmative admise avant l'ordonnance de 1735. — Lettre raisonnée du chancelier d'Aguesseau au sujet de la disposition de cette ordonnance, qui adopte la négative. — Le Code a résolu la question dans le même sens que l'ordonnance.
608. Examen critique de l'argumentation de d'Aguesseau.

609. Suite.
 610. Suite.
 611. La disposition de l'art. 906 sur cette question se justifie facilement par l'incertitude que l'institution des enfants à naître fait planer sur la propriété.
 612. Le legs fait à un établissement religieux dont l'existence n'a été autorisée que postérieurement au décès du testateur est-il valable? — Dans le cas où le legs est fait à une réunion de sœurs qui sont détachées de la société-mère autorisée, ce legs est réputé fait à l'établissement principal, avec affectation spéciale à la localité où ces sœurs sont déléguées.
 613. *Quid* dans le cas où Pierre, ayant donné 10,000 fr. aux sœurs du Sacré-Cœur qui s'établiront à Paris dans 20 ans, vient à décéder avant que cet établissement n'ait été créé? — Validité de cette disposition.
 614. Rien ne s'oppose à la validité d'un legs fait à un tiers, à la charge d'en faire profiter une personne non encore conçue au moment du décès du testateur. — Exemple.
 615. Autres exemples.
 616. Que doit-on entendre par ces mots de l'art. 906 *au moment de la donation*? — S'agit-il du moment de la rédaction de l'acte ou du moment de l'acceptation?
 617. La conception de l'enfant n'est point nécessaire au moment de la rédaction de l'acte.

COMMENTAIRE.

599. Notre article peut se résumer en peu de mots. Pour ce qui est de la donation, il faut être conçu au temps où elle est faite; mais en ce qui concerne le testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. La raison de cette différence vient de ce que la donation emporte un dessaisissement présent, et qu'on ne peut se dessaisir qu'au profit d'une personne déjà existante, tandis que le testament n'a d'effet qu'à la mort de celui qui l'a fait, et que c'est à cette seule époque qu'il saisit l'institué (1).

(1) Domat, *Lois civiles*, 3, 4, 2, 23.

600. Chez les Romains, comme chez nous, le moment de la conception a toujours été égalé à la naissance: « *Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse* (1). *Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent* (2). » Par une fiction favorable, le droit veut que, lorsqu'il s'agit de l'avantage d'une personne, la conception soit considérée comme la naissance même (3).

L'enfant conçu aux époques requises par l'art. 906, a donc tous ses droits réservés pour le moment de sa naissance. Mais ces droits ne lui sont dévolus que sous la condition tacite qu'il naîtra viable (art. 906): *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia nunquam liberi appellari potuerunt* (4). De là l'adage, *idem est non nasci, et natum mori*.

601. Mais quand l'enfant est-il censé né viable (*vitalis*)? Deux conditions sont absolument nécessaires: la première, qu'il soit né dans le temps fixé par les lois civiles; la deuxième, qu'il soit *perfecte natus*, et qu'il donne des signes certains de vie (5). Voyons la première condition:

La médecine chez les anciens et chez les modernes, s'est

(1) L. 26, D., *De stat. homin.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 712, n° 434.

(2) L. 3, D., *Si pars hæred. pet.* Junge, l. 187, D., *De reg. juris*, l. 144 et 153, D., *De verb. signif.*

(3) *Dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato, cum de commodis ejus queritur* (Cujas, *Quæst. Papin.*, l. 19, *Ad leg. 9, D., Ad leg. Falcid.*).

(4) L. 129, D., *De verb. signif.*

(5) Telle est l'opinion du docte à Caranza dans son savant *Traité De partu naturali et legitimo*. « *Non sufficit, dit-il, quoad effectus civiles, nasci quem legitimo tempore, puta 7° aut 9° mense, nisi vivus totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.* » (Voy. *etiam* le *Traité de la révocation des donations*, à la suite de Ricard, ch. 6.) Furgole, *Des test.*, t. II, p. 418, et comment. sur l'art. 39 de l'ord. de 1734. Ricard, *Disp. condit.*, n° 486 et suiv., et Brodeau sur *Louet*, lettre E, somm. 5.

occupée de déterminer l'époque où l'homme naît avec tous les germes de la vie. Le neuvième mois est ordinairement celui où la nature place l'accouchement; c'est le terme parfait de la grossesse, et le part venu à cette époque suit la règle assignée aux naissances par le cours habituel des choses. Mais il y a des naissances hâtives qui n'en sont pas moins parfaites, et qui produisent des enfants doués d'une force d'organes qui leur assure une longue carrière. On en voit tous les jours des exemples; et personne n'ignore aujourd'hui que l'homme né à sept mois est tout aussi viable que l'homme né à neuf. Les anciens avaient reconnu ce phénomène dans leur médecine légale : *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis* (1). Le même Hippocrate avait même décidé qu'un part, né le cent quatre-vingt-dixième jour, c'est-à-dire au commencement du septième mois, venait à terme avec tous les principes de vie, et l'opinion de ce célèbre médecin avait été consacrée par la loi 3, § 12, D., *De suis et legit. hæred.*, qui faisait règle en France avant le Code Napoléon. Mais, aujourd'hui, depuis la promulgation de l'art. 312, il faut tenir pour constant que l'enfant né le cent quatre-vingtième jour est viable (2). Tout ce qui vient avant cette époque n'est qu'un avortement (*partus abortivus*), c'est-à-dire une créature inerte que le souffle de la vie n'anime pas.

602. Mais il ne suffit pas que le part ait atteint ce terme légal, il faut encore qu'il soit né vivant; car, *idem est non nasci, et natum mori*. Il faut, comme le dit à Caranza, que *vivus totus procedat*.

L'existence de la vie doit se manifester par des signes

(1) L. 42, D., *De stat. homin.* Voy. là-dessus Pline, VII, 4. Cicéron, dans ses lettres à Atticus, se réjouit de la facilité avec laquelle sa fille Tullia est accouchée à sept mois (X, *epist. ult.*).

(2) M. Merlin, Répert., v° *Légitimité*, p. 233.

extérieurs qui ne laissent pas de doute. Suivant l'expression de Brodeau (1), l'enfant doit respirer et se mouvoir, non par un mouvement de palpitation, mais par un mouvement physique et naturel; le vagissement n'est pas une preuve absolument nécessaire (2), quoique ce soit un des indices les plus certains de la vie (3). Tel était autrefois l'avis des Sabiniens, et Justinien l'a adopté (4). La vie ne se manifeste pas nécessairement par les cris de la créature.

Que si l'enfant n'avait que quelque palpitation ou quelque sentiment de chaleur qui le fit un peu remuer, il est certain qu'il ne pourrait être considéré comme viable. Naître viable, ce n'est pas venir exhaler au dehors le reste d'un souffle de vie que l'enfant avait presque perdu dans le sein de la mère; il faut qu'il soit né avec la puissance de conserver la vie, avec la perfection d'organes qui en fait remplir les fonctions, en un mot qu'il soit *perfecte natus*, comme le dit la loi 3, C., *De post. hæredib.* (5).

603. S'il s'élevait des contestations sur la viabilité de l'enfant, la preuve pourrait en être faite par la sage-femme ou par l'accoucheur, et par les renseignements que pourraient donner les personnes présentes à l'accouchement.

Ce serait à celui qui soutient que le part n'est pas viable à en faire la preuve, d'après à Caranza et une foule de docteurs qu'il cite; car lorsque l'enfant est venu à terme, il a pour lui la présomption de viabilité.

604. Il importe peu que l'enfant soit venu au monde par l'effort naturel de sa mère, ou qu'il ait été arraché de son

(1) Lettre E. somm. 5.

(2) L. 3, C., *De postum hæred. instit.* Voy. aussi, l. 2, Furgole, VII, 6, 443.

(3) Godefroy sur la loi 3 précitée.

(4) L. 3 précitée. Doneau sur cette loi, n° 8.

(5) Traité de la RévoCAT. des donat., ch. 6.

sein par l'opération césarienne (1). Il est certain qu'il est capable des effets civils, pourvu, toutefois, qu'il soit né vivant, et, comme dit à Caranza, *aptus partui naturali et ut naturaliter vivere possit*; car il ne peut être de meilleure condition que l'enfant né naturellement (2).

Zacchias, jurisconsulte et médecin romain, que l'on peut considérer comme le père de la médecine légale (3), exige que l'enfant, venu au monde par l'opération césarienne, ait vécu au moins vingt-quatre heures pour qu'on le regarde comme viable : *Nisi vixerit per viginti quatuor horas, non debet pro vitali haberi, nec ad hæreditatem admitti*. Mais cette opinion est exagérée; il est suffisant que l'enfant ait vécu et manifesté des signes d'existence par des mouvements physiques et naturels.

605. D'après la loi 14, D. *De statu homin.* et la loi 155, D., *De verbor. signif.*, le part monstrueux n'est pas compté au nombre des enfants; il ne peut jouir d'aucune capacité pour recevoir (4); car son existence est contre nature : *Invita natura nascuntur sic et vivunt*, dit Zacchias (5).

606. Il s'agit maintenant de faire connaître comment l'on calculera si l'enfant, né viable, était ou non conçu lors de la donation, ou au décès du testateur. C'est l'époque de la naissance qui décidera tout. Et il ne faut pas croire que neuf mois soient le plus long terme qui puisse s'écouler entre la naissance et l'époque de la donation ou du décès du testateur. Tout le monde sait que l'époque de l'accouchement peut être plus ou moins retardée par mille causes cachées,

(1) Ulpian, l. 441, D., *De verb. signif.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 670.

(2) Furgole, VII, 6, 446.

(3) *Quæst. medicolegales*, lib. 9, t. II, quæst. 4, n° 23.

(4) Junge la loi 3, C., *De postum. hæred. instit.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 670.

(5) *Loc. cit.*, 7, 1, 7.

dont les physiologistes ont reconnu l'existence. Les livres de médecine nous retracent plusieurs exemples de naissances arrivées dans le dixième mois (1), et Aulu-Gelle parle d'un édit par lequel l'empereur Adrien, conformément à l'avis des médecins et des philosophes de son temps, déclara que l'enfant né dans le onzième mois de sa conception était censé légitime (2).

Dans l'ancien droit, on admettait sans difficulté que l'accouchement pouvait être retardé jusqu'au dixième mois (3); mais comme l'édit d'Adrien n'avait pas été inséré dans la compilation du droit, il y avait une grande variété de jurisprudence sur la question de savoir si l'enfant, né dans le onzième mois, était légitime (4). Cujas pensait, sur le fondement de la Nouvelle 39, ch. 2, que l'enfant né le onzième mois n'était pas légitime. *Undecimo mense a morte mariti genitus non est legitimus, ex Novella 39* (5); et c'était aussi l'avis de Furgole (6).

Le Code Napoléon ne pouvait manquer de s'occuper de la question; il l'a tranchée dans les deux cas; il a fixé à trois cents jours le terme ordinairement le plus long de la grossesse (art. 228, 296, 312). L'enfant né le trois centième jour est légitime; il appartient de droit au mariage.

Mais si l'enfant naît après trois cents jours, la légitimité est douteuse; l'art. 315 autorise à la contester. Toutefois, prenant en considération certaines circonstances extraordi-

(1) Furgole les cite, VII, 6, 437. Voy. Zacchias, 4, 2. François Moriceau, *Des maladies des femmes grosses*, liv. 2, ch. 4.

(2) III, 16. Voy. aussi Plin., VII, 4.

(3) L. 3, § 41, D., *De suis et legit. hæred.*

(4) Ricard, *Disp. cond.*, n° 472, M. Merlin, *Répert.*, v° *Légitimité*, p. 455, 456. Furgole, VII, 6, 439, Brodeau sur Louet, lettre E, somm. 5.

(5) *Traité De diversis tempor. præscript.*, c. 19.

(6) VII, 6, 439.

naires qui se rencontrent parfois dans la nature, il veut que le juge examine les faits, et que la légitimité puisse sortir triomphante d'attaques qui ne seraient fondées que sur de fausses apparences. La nature peut déroger à ses propres lois; il y a des phénomènes extraordinaires dans ses œuvres (1). Le Code Napoléon a voulu laisser aux magistrats la latitude d'en tenir compte. Que si la naissance est postérieure aux trois cents jours, on examinera les circonstances.

Toutes ces présomptions, bien que posées par le Code au titre *des Personnes*, sont applicables en matière de succession et de donation (2); fondées sur la nature et l'observation, elles forment une loi générale, dont s'empare la raison.

607. Arrivons maintenant à un point important et demandons-nous si le disposant pourrait gratifier, par forme de condition, un enfant à naître après son décès; en d'autres termes, la condition *si nascatur* est-elle proscrite par notre article, lorsqu'elle se réalise après le décès?

L'affirmative n'est pas douteuse. Autrefois cependant la jurisprudence fondée sur la loi 64, D., *De hæred. instit.*, avait longtemps décidé que l'on pouvait donner par donation ou par testament à l'enfant à naître (3). On disait qu'une telle disposition était conditionnelle, et qu'ainsi il suffisait que l'enfant fût capable au moment de l'échéance de la condition (4).

Mais l'ordonnance de 1735 (art. 49) changea ce point de

(1) Cuvier, dans ses notes sur Plin (édit. Panck., t. VI, p. 472), semble reconnaître que la naissance au 41^e mois n'est pas impossible.

(2) Cassat., 8 février 1821 (Devill., 6, 1, 379). Autre arrêt 28 novembre 1833 (Devill., 34, 1, 668).

(3) Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 31. Furgole, VI, 1, 6. Domat, 3, 2, 1, 2, 22.

(4) Voy. sur ce point *supra*, n^o 439.

droit : elle voulut qu'en aucun cas et sous aucun prétexte, on ne pût instituer l'enfant ni né ni conçu.

La raison en a été expliquée par le chancelier d'Aguesseau, dans une lettre raisonnée au parlement de Provence (1), dont voici le résumé :

La première des capacités et le fondement des autres, c'est l'existence; celui qui n'est pas ne saurait être capable d'une succession testamentaire. L'argument qu'on tire des institutions conditionnelles ne détruit pas ce principe. Car, bien que l'accomplissement de la condition produise un effet rétroactif et que par une fiction favorable on suppose que l'héritier institué était capable dès le temps de la mort du testateur, il ne s'ensuit pas que ces règles puissent s'étendre au cas en question; car elles n'ont été faites que pour suppléer à une capacité accidentelle et purement civile; mais elles ne sont pas applicables quand il s'agit d'une incapacité absolue, d'une incapacité naturelle et essentielle que l'on veut faire disparaître. Ni la fiction, ni la loi, n'ont la force de vaincre la nature.

Mais, remarquons-le bien : l'ordonnance de 1735 ne prohibait que l'institution des enfants à naître. Elle ne défendait pas les legs particuliers, les donations, les fidéicommiss faits aux enfants à naître (2). D'Aguesseau en donne encore le motif (3) :

« On ne doit pas comparer les legs ou les fidéicommiss, ni
 » les donations entre-vifs faites à des personnes nées ou à
 » naître, avec l'institution d'héritier. Dans les deux premiers cas de disposition, il y a toujours, au temps de la
 » mort du testateur ou à l'instant de la donation, une per-

(1) 23 novembre 1737, t. IX, p. 457.

(2) Furgole VI, 1, 7.

(3) Lettre précitée, p. 464.