

» sonne existante, qui recueille la succession ou qui accepte
 » la donation, et qui, profitant de la libéralité du testateur
 » ou du donateur, ne peut refuser d'accomplir dans la suite
 » les conditions qui lui sont imposées. Mais dans le cas d'in-
 » stitution d'un héritier qui n'est ni né, ni conçu, lors de la
 » mort du testateur, la disposition porte entièrement à faux,
 » l'institution s'anéantit de droit par le défaut d'existence
 » de la personne instituée; et c'est en vain qu'on veut la
 » ressusciter dans la suite, à la naissance de l'héritier insti-
 » tué, parce qu'il n'est pas possible de feindre qu'il a existé
 » avant que d'être.»

Pour parler franchement, ce système manquait de logique. Si les raisons fondamentales données par d'Aguesseau (pour prouver que la règle de la rétroactivité des conditions n'est pas applicable au cas de non-existence) sont vraies, juridiques, incontestables, elles doivent dominer tous les cas, le cas de legs et de donation, comme celui d'institution d'héritier. Sans doute elles auront un degré de force de plus à l'égard de l'institution d'héritier, parce que l'institution d'héritier telle que la concevaient les Romains et qu'elle était admise en pays de droit écrit, ne devait pas être suspendue et elle devait avoir son effet après la mort du testateur (1). Mais, étant prises dans le fond du droit, elles n'en ont pas moins à elles seules un degré d'autorité intrinsèque, assez grave pour plier à leur empire les cas où les inconvénients étaient moins saillants.

Le Code l'a senti; il a généralisé la disposition de l'article 49 de l'ordonnance de 1735; il oppose un même obstacle à toutes les libéralités quelconques faites à un enfant à naître; en cela il a mis plus d'harmonie que l'ordonnance de 1735 dans ses dispositions.

608. Le dirai-je cependant? je ne considère pas comme

(1) Furgole, *loc. cit.*

très-forte l'argumentation par laquelle d'Aguesseau repousse la légalité de la condition « *Si filius nascatur.* » Je n'aperçois pas pourquoi cette condition serait privée de l'effet rétroactif qui appartient à l'accomplissement de toutes les conditions. Nous verrons par l'article 1048, qu'elle est admise par la loi dans le cas de substitution. Elle n'est donc pas affectée d'un vice radical. Et pourquoi le serait-elle, puisqu'elle n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs? D'Aguesseau, en lui faisant le procès, oublie qu'elle avait paru juridique à une longue série d'arrêts et aux plus éminents docteurs (1).

609. Dira-t-on que l'enfant à naître est personne incertaine? On pouvait le décider ainsi du temps de Cælius (2). Mais ces subtilités sont depuis longtemps reconnues inadmissibles (3); et la rectitude de notre jurisprudence les repousse (4). Tout le monde reconnaît aujourd'hui qu'il n'est pas nécessaire que le testateur connaisse la personne qu'il gratifie; il suffit qu'il soit certain que la libéralité n'ira pas s'égarer sur la tête d'une personne qu'il n'avait pas en vue.

610. Quant à la distinction de d'Aguesseau entre les incapacités accidentelles et civiles et les incapacités naturelles, je crois qu'elle mérite le reproche de subtilité que le célèbre chancelier adresse à la thèse contraire. On convient que le testateur peut instituer une personne incapable pour le moment où elle deviendra capable. On convient que par le moyen d'une disposition conditionnelle, il peut faire que la capacité ne soit prise et exigée qu'au moment de l'échéance de la condition et non au moment du décès de lui, testa-

(1) Voy. Cujas, *consult.* 50 et 53. Hotman, *quest. illust.*, 6. Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 51. Domat, *loc. cit.* Dumoulin cité par Brodeau.

(2) II, comm. 241 et 242.

(3) Instit., *De legat.*, 26.

(4) *Supra*, n° 544.

teur (1). Si cette règle est vraie, pourquoi ne serait-elle pas applicable à l'enfant à naître ? Sans aucun doute, il faut être né ou conçu pour être gratifié : l'existence est la première des conditions. Et si la personne gratifiée purement et simplement n'existe pas, la disposition ne vaudra rien par suite d'une impossibilité radicale. Mais quand la disposition est faite sous la condition de la naissance d'un enfant qui n'existe pas encore, il n'en est plus de même : la naissance réalise la condition. L'enfant existe, et il existe au moment requis en matière de condition. Il n'y a plus d'impossibilité; tout devient simple, rationnel et évident.

611. Je reconnais toutefois qu'en dehors de tout ceci, il existe une très-bonne raison pour justifier notre article : c'est l'incertitude que l'institution des enfants à naître fait planer sur la propriété, et cette considération a une haute gravité. Le Code Napoléon, autant dans l'intérêt des parties que dans celui des tiers et d'une bonne économie sociale, n'aime pas le doute dans la transmission des biens. Partout il se tient en défiance contre les volontés qui mettent les biens hors du commerce, et qui, par là, nuisent à leur amélioration et au développement de la richesse. Il a donc vu avec défaveur une manière de disposer qui est pleine de suspensions et d'attentes. Il a craint, par exemple, de voir renaître ces libéralités faites aux enfants à naître d'un homme non marié (2); libéralités qui, avec beaucoup d'autres de ce genre aussi exagérées dans leurs combinaisons, avaient mis tant d'entraves dans les affaires de famille, avant l'ordonnance de 1755. Telle est, suivant moi, l'explication de notre article, et il n'est pas nécessaire de se mettre l'esprit à la torture pour l'attribuer à des impossibilités de droit qui sont au moins très-contestables.

(1) L. 62, D., *De hæred. instit.* (Modest.).

(2) Lettre précitée de d'Aguesseau.

612. On vient de voir que, dans la vérité des principes, tels qu'ils sont proclamés par le droit romain et par le droit français, on n'aurait aucune raison sérieuse de contester la validité d'un legs ainsi conçu : Je donne 50,000 fr. à la congrégation de ***, si elle vient à être autorisée par le gouvernement. Cette disposition équivaut à celle de la loi 62, D., *De hæredib. instit.* « *Cum capere potuerit.* »

Il en serait de même si le legs, au lieu de renfermer la condition expresse dont il vient d'être question, la contenait implicitement. Comme, par exemple, lorsque le testateur, voulant gratifier une congrégation religieuse, n'ayant encore qu'une existence de fait au moment du testament, mais nourrissant la pensée de régulariser son établissement par l'obtention ultérieure d'une autorisation, fait en sa faveur une disposition de dernière volonté : dans ce cas, il est clair que le testateur a sous-entendu la condition *cum capere potuerit*; c'est là une de ces conditions implicites, *quæ insunt*, comme dit la loi romaine. Et quand intervient l'autorisation du gouvernement, le legs est valide *ab initio*, par l'effet rétroactif attaché à la réalisation des conditions.

Ces vérités ont été méconnues dans un arrêt de la cour de Douai du 30 juin 1851 dont voici l'espèce :

M. Lefebvre de Trois-Marquets, conseiller à la cour de Douai, avait, par testament notarié du 24 janvier 1843, fait entre autres legs la disposition suivante : « Je donne et lègue » à la maison des dames de la Charité d'Arras la nue propriété des biens, immeubles et rentes sans exception que » je possède à Lislors et aux environs, pour réunir, par les » dames de la Charité d'Arras, la jouissance à la nue propriété desdits immeubles et rentes, à partir de l'extinction » de l'usufruit que j'en ai légué à ma femme... »

Le testateur était mort le 29 du même mois de janvier.

Le 24 avril suivant, l'autorisation était demandée au gou-

vernement pour l'acceptation de ce legs. Sur cette demande, le 6 mars 1847, une ordonnance royale était rendue, qui accordait l'autorisation, nécessaire pour accepter, à la supérieure générale des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, congrégation religieuse dont la maison d'Arras n'était qu'une succursale, et qui existait légalement depuis le 8 novembre 1809. Par la même ordonnance, la maison d'Arras était autorisée comme établissement de l'ordre de la congrégation des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul.

Sur le refus de l'héritier de consentir à l'exécution du legs, une demande en délivrance fut dirigée contre lui à la date du 22 mars 1849 au nom de la supérieure générale de l'ordre à Paris et de la supérieure locale de l'établissement d'Arras.

Cette demande fut rejetée en première instance; et, sur l'appel, la cour de Douai eut à juger les deux questions suivantes :

L'existence de l'établissement des dames d'Arras n'ayant été autorisée que postérieurement au décès du testateur, le legs est-il valable ?

Ce legs peut-il être réputé avoir été fait à la congrégation-mère dont la maison des dames d'Arras n'était qu'une succursale et qui était régulièrement autorisée depuis 1809 ?

Sur ces deux questions, la cour de Douai repoussa la demande.

L'arrêt d'abord établit en principe que c'est au moment de l'ouverture de la succession que se règle la capacité du légataire, et il refuse d'admettre que l'ordonnance du 6 mars 1847 ait pu donner à l'établissement dont il s'agit une aptitude rétroactive au 29 janvier 1845.

Examinant l'objection tirée de l'existence légale depuis 1809 de la congrégation des sœurs de la Charité de Saint-Vincent-de-Paul, l'arrêt, tout en reconnaissant que les sœurs composant la maison d'Arras sont momentanément détachées

de la maison chef d'ordre et appartiennent à cette congrégation, décide que ce serait méconnaître l'intention du testateur que de permettre à la congrégation générale d'accepter un legs expressément fait à un établissement particulier, et il s'applique en outre à faire cette distinction que le décret de 1809 n'a autorisé que la maison chef d'ordre de Paris seule, et qu'ainsi la maison d'Arras ne peut trouver dans ce décret une existence civile qui ne lui a été donnée qu'en 1847.

La cour de cassation a prononcé, sous ma présidence, la cassation de cet arrêt (1). Toutefois elle n'a statué que sur l'une de ces deux questions. Elle a décidé que les dames d'Arras, détachées de la congrégation, ne formaient pas un établissement particulier ayant une existence propre, et que le legs devait être réputé fait à la congrégation même, régulièrement et dès longtemps autorisée, avec affectation spéciale au soulagement des pauvres et malades secourus par les membres de ladite congrégation détachés à Arras.

Quant à l'autre question, que la cour a entendu laisser intacte parce qu'il n'était pas nécessaire de la décider, celle de savoir si l'autorisation postérieure à l'ouverture de la succession était suffisante pour valider le legs, il n'est pas douteux, d'après les principes que nous avons établis plus haut, que l'arrêt de la cour de Douai n'aurait pu davantage se soutenir.

Telle a été l'opinion de M. l'avocat général Vaisse. Il y avait en effet ici, dans l'intention du testateur, la condition implicite que le légataire se mettrait en règle et obtiendrait, en tant que de besoin, l'autorisation du gouvernement. Cette condition avait pour résultat de rétroagir au jour du décès du testateur. L'autorisation était venue réaliser la condition;

(1) 6 mars 1854 (Devill., 54, 4, 374).

l'établissement existait donc légalement au moment requis en matière de condition.

Du reste on comprend que, dans l'espèce, le conseil d'État, conformément à une jurisprudence qu'il a adoptée depuis plusieurs années, ait accordé à l'établissement des dames d'Arras simultanément les deux autorisations nécessaires : celle relative à son existence légale et celle concernant l'acceptation du legs. En effet, les libéralités, auxquelles sont appelés les établissements de cette nature, deviennent un motif déterminant de l'autorisation qui est demandée. Il y a dans ces libéralités une garantie assurée à l'existence matérielle de ces établissements et qui est de nature à les faire autoriser.

613. Mais que devra-t-on décider, si l'établissement gratifié n'existe pas, même de fait, au moment de l'ouverture de la succession et si le testateur a dit, par exemple : « Je donne » 10,000 fr. aux sœurs du Sacré-Cœur qui s'établiront à » Paris dans vingt ans ? » La disposition sera-t-elle nulle si, au décès du testateur, l'établissement n'existe pas encore ?

Nous avons cité ci-dessus un arrêt du parlement de Paris du 25 août 1525 qui s'est prononcé pour la validité. Mais à cette époque on vivait sous une jurisprudence qui n'était pas conforme aux idées de l'art. 906.

Or, on peut dire que l'art. 906 est applicable ici ; que la personne morale gratifiée par le testateur n'avait pas d'existence au moment de son décès ; qu'on conçoit bien une libéralité faite à un couvent qui n'existe que de fait, à la condition qu'il sera autorisé légalement ; et alors la libéralité est valable lors même que l'existence de droit ne lui serait donnée par l'autorité compétente qu'après le décès du testateur (1) ; mais que, lorsque l'existence de droit et l'exis-

(1) *Supra*, n° 614. On y cite la loi 62, D., *De hered. instit.*

tence de fait n'arrivent toutes deux qu'après le décès du testateur, c'est le cas de se retrancher dans la disposition de l'art. 906 du Code Napoléon.

Cependant, je crois que cette argumentation, toute spéculative qu'elle est, doit s'évanouir devant les réflexions suivantes. Quelle a été la véritable pensée du testateur ? C'est de se montrer libéral envers l'Église, dont les congrégations religieuses sont les membres et les auxiliaires ; quelle que soit la formule dont il s'est servi, son legs se réduit à ceci : je donne à l'Église 10,000 fr., à condition que dans vingt ans elle établira à Paris un couvent du Sacré-Cœur, à la dotation duquel elle emploiera ces 10,000 fr. Or, l'Église est une société impérissable, qui existait au moment du décès du testateur. Donc, l'art. 906 ne saurait être invoqué dans ce cas, que par suite d'une équivoque.

614. Et par là, l'on voit que rien ne s'oppose à la validité d'un legs adressé à une personne présente, à la charge d'en faire profiter, suivant telle ou telle circonstance, une autre personne non encore vivante au moment du décès du testateur.

C'est ce que va rendre plus clair et plus palpable l'exemple suivant :

« Un individu lègue à la ville d'Orléans une rente annuelle de 9,000 fr. pendant trente ans. Cette rente est destinée par le testateur à doter tous les ans trois jeunes filles de dix-neuf à vingt ans de la paroisse de Recouvrance, où il est né (1). »

Cet individu meurt dans l'année de la confection de son testament. Dira-t-on que les jeunes filles, qui seront nées après le décès, ne sont pas capables ? Évidemment non. Car elles ne sont gratifiées que par forme de charge. Le legs est

(1) *Débats*, 11 juillet 1851.

fait directement à la ville d'Orléans, personne capable et qui a recueilli le legs sous la condition de présider à l'exécution des volontés du disposant.

615. Voici un cas analogue :

François constitue une rente de 1,000 fr. par an, et à perpétuité, payable à celui qui remportera le prix Monthyon, décerné par l'Académie française. C'est vainement qu'on viendrait prétendre que ceux qui par la suite du temps seront couronnés, bien que nés après le décès du testateur, sont frappés d'incapacité. La vérité est qu'un tel legs est réellement fait à l'Académie française, pour donner un supplément de récompense aux lauréats ; c'est en effet l'Académie qui décide du prix en dernier ressort, et qui donne ouverture à la condition par son choix. C'est donc elle qui doit être considérée comme instituée principalement, non pour profiter de la libéralité, mais pour faire l'élection qui doit l'attribuer à la personne la plus méritante.

On déciderait la même chose d'un legs annuel fait à perpétuité à celui des jeunes avocats du barreau de Paris qui fera le meilleur discours à la conférence. Ce legs serait censé fait au barreau de Paris.

616. Nous terminerons par une observation relative à la donation.

Notre article dit que, pour être capable de recevoir entre-vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Mais que doit-on entendre par le moment de la donation. Est-ce celui où se rédige l'acte ? Ou bien n'est-ce pas plutôt celui de l'acceptation ?

L'opinion la plus accréditée est que l'acceptation est le moment décisif qui forme le contrat ; qu'avant l'acceptation il n'y a qu'une offre simple, sans lien de droit ; que c'est seulement par l'acceptation que la donation acquiert sa per-

fection et sa stabilité ; qu'ainsi il suffit que l'enfant soit conçu au moment de l'acceptation (1).

617. Contre cette opinion, on a objecté que l'on ne saurait faire une offre à un être qui n'existe pas ; que l'offre n'est sérieuse et valable qu'autant qu'elle s'adresse à une personne existante ; qu'ainsi c'est au moment même de l'acte que l'enfant doit être conçu (2).

Mais nous n'adoptons pas cette manière de voir. Elle n'est ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Dans le texte : car l'art. 906 exige l'existence non au moment du don, mais au moment de l'acceptation ; dans l'esprit : car il n'y a à craindre ici ni suspension, ni incertitude, ni mise de la propriété hors du commerce ; le donateur est maître à chaque instant de retirer sa donation.

Ajoutons que l'offre subsiste tant qu'elle n'est pas révoquée. Il ne faut donc pas dire qu'elle s'adresse au néant, puisqu'elle est toujours présente et qu'elle se renouvelle le jour de la conception.

ARTICLE 907.

Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur.

Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre-vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré.

(1) M. Grenier, t. I, p. 622. *Supra*, n° 441. MM. Duranton, t. VIII, n° 223 ; Demante, *Thémis*, t. VII, p. 377.

(2) M. Coin-Delisle sur notre article.