

médecins; que la prescription d'un an édictée par l'art. 2272 ne commence pas à courir après chaque visite; qu'elle ne part pour les maladies aiguës que de l'époque où les soins ont cessé; et pour les maladies chroniques que de l'époque où le médecin aurait dû ou pu se faire payer d'après les usages. (Voy. cependant Sir. 72. 2. 97, une dissertation où l'auteur combat cette doctrine pour se rallier à celle de l'arrêt de Limoges.)

Dans les cas, fort rares, où un médecin aurait traité à forfait pour les soins à donner à un malade, il n'y aurait alors évidemment qu'une créance, et la prescription ne commencerait à courir que de la fin de la maladie.

Quant aux pharmaciens, en toutes circonstances, chacune de leurs fournitures est regardée comme une créance distincte et se prescrit séparément. Les rapports qui existeraient entre un pharmacien et un médecin, et qui consisteraient, de la part du premier, à vendre au second les drogues et médicaments que celui-ci administre à ses malades, dans les cas où il y est autorisé, ne changeraient rien à la durée de la prescription établie par l'art. 2272, qui n'est pas limitée aux cas où les fournitures faites par le pharmacien sont relatives à la maladie personnelle de celui qui les a achetées (Cass., 7 mars 1849 — 9 juillet 1850).

#### DES DONATIONS FAITES A UN MÉDECIN, CHIRURGIEN, ETC. (1).

ART. 909. Code civ. Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens, qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires qu'elle aura faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.

Sont exceptés : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus. 2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritier en ligne directe; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. — Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre des cultes.

ART. 911. « Toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées. — Seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable. »

Aux personnes désignées dans l'art. 909, il faut ajouter : 1° les sages-femmes, suivant MM. Vazeille, Pujol, Marcadé et Zachariæ. MM. Coin-Delisle, Troplong et Dalloz ne sont pas de cet avis : si la sage-femme s'est renfermée dans l'exercice de son art et n'a pas usurpé les fonctions de médecin, ils pensent qu'il ne saurait être permis d'étendre les incapacités édictées par la loi; 2° ceux qui, n'ayant aucun titre légal pour voir et soigner les malades, leur auraient donné des soins : ce qui doit s'entendre des charlatans et des empiriques; car si la prohibition s'applique à ceux qui ont un titre avoué par les lois, à plus forte raison doit-elle s'étendre à ceux qui, comme dit Ricard, s'ingèrent dans le cours des maladies sans avoir d'autre qualité qu'une hardiesse et une impudence téméraires (Paris, 9 mai 1820; — Grenoble, 6 févr. 1830; Dall. 30. 2. 223; — Caen, 10 août 1841; Dall. 41. 2. 253). Un arrêt de la Cour de cassation du 24 juill. 1832 (Dall. 32. 1. 300) semble décider le contraire; mais cet arrêt, qui n'est qu'un arrêt de rejet, a été rendu, dans des circonstances toutes particu-

(1) Voy. dans les *Annales d'hygiène et de médecine légale*, juillet 1867, page 137, un article de M. Ernest Chaudé sur cette matière.

lières, en faveur d'un étudiant en médecine qui, ayant appris que son bienfaiteur qui l'avait recueilli à l'âge de deux ans et qui depuis trente ans le traitait comme son fils était atteint d'une maladie mortelle, avait interrompu le cours de ses études pour accourir auprès de lui et lui prodiguer des soins inspirés par la reconnaissance; 3° et peut-être aussi les gardes-malades, lorsque, comme cela arrive quelquefois, elles se permettent de traiter les malades. Cet article ne leur est pas applicable lorsqu'elles se renferment dans leurs fonctions de gardes-malades. Il ne l'est pas non plus aux pharmaciens qui ont seulement vendu les médicaments ordonnés par les médecins (Cass., 12 oct. 1812).

L'influence du médecin sur l'esprit du malade qu'il soigne a depuis longtemps appelé l'attention du législateur. Le droit romain, qui fit loi pendant longtemps en France dans les pays de droit écrit, faisait de la qualité de médecin une cause de révision des contrats; dans les pays de coutume, on retrouve aussi cette cause de nullité, non pas formellement écrite, mais consacrée par la jurisprudence; seulement comme la prohibition ne résulterait pas d'un texte précis, les juges conservaient une certaine latitude d'appréciation. — Notre Code civil en a fait au contraire l'objet de dispositions formelles dans l'art. 909.

Ces dispositions ont donné lieu à de nombreuses critiques et elles soulèvent en effet quelques difficultés sérieuses, mais la pensée du législateur est bien claire; il a voulu par un texte formel tarir la source des procès, il a voulu enlever aux juges l'appréciation des circonstances, créer une incapacité contre laquelle aucune preuve n'est admise : « Le législateur, dit M. Demolombe, a considéré qu'après avoir garanti le mineur ou l'ex-mineur contre l'ascendant de celui qui est ou a été son tuteur, il n'était pas moins nécessaire de garantir le malade contre l'ascendant de ceux qui lui administrent les secours de l'art médical ou de la religion, durant sa dernière maladie. Il s'agit donc d'une incapacité relative semblable à celle que nous venons d'examiner dans l'art. 907, et qui repose également, sinon tout à fait, sur une présomption d'abus d'influence, du moins sur la possibilité de cet abus qu'il était politique et moral de prévenir. » Puis il ajoute en excellents termes : « C'est n'est pas que le législateur ait présumé que toute libéralité qui serait faite serait nécessairement toujours le résultat d'un abus coupable de cette autorité; nous savons bien que l'on a souvent, dans notre ancien droit et dans notre droit nouveau, expliqué ainsi l'incapacité du tuteur, de même que l'incapacité prononcée contre les médecins et les ministres du culte..., mais cette explication peut paraître excessive et justement blessante pour une classe très-honorable de personnes. Ce que le législateur a voulu, c'est précisément écarter de ces situations les soupçons injurieux de ce genre. Il a considéré que ces libéralités, lors même qu'elles seraient l'expression libre de la volonté du disposant, pourraient paraître plus ou moins suspectes; qu'il y avait là, d'ailleurs, des abus possibles qu'il importait de prévenir dans l'intérêt et pour l'honneur de tous; et sa disposition ainsi entendue, comme elle doit l'être à notre avis, est en effet préventive tout au moins autant que répressive. »

Toutes les fois donc que les circonstances prévues par l'art. 909 se rencontrent, c'est-à-dire toutes les fois que la disposition aura été faite pendant la maladie dont est mort le disposant, et que le médecin aura traité le malade pendant cette dernière maladie, la nullité devra être prononcée. C'est en vain qu'on demanderait à prouver que ce n'est pas l'homme de l'art, mais l'ami ou le parent (hors le cas prévu par le § 2 de l'art. 909) que le malade a voulu instituer, que ce ne sont pas les services rendus et les soins donnés, mais bien l'affection unie à des rapports d'amitié ou de parenté, qui ont été la cause déterminante de la

libéralité; c'est en vain que l'on soutiendrait que faire de l'art. 909 une règle inflexible, c'est paralyser les effets d'une volonté qui a pu se manifester de la manière la plus éclatante, et placer le médecin, qui serait en même temps le parent ou l'ami du malade, dans l'alternative de choisir entre l'accomplissement d'un pieux devoir et l'intérêt qu'il aurait à ne pas compromettre des libéralités promises ou espérées. Tous les auteurs et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Seul, M. Troplong, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juill. 1832 que nous avons cité et sur un arrêt du Parlement du 31 août 1665, pense qu'il ne faudrait pas annuler d'une manière trop absolue la libéralité qui aurait été faite à un médecin si elle pouvait s'expliquer par des services rendus ou des soins donnés, que l'affection fondée sur des rapports étroits est un titre comme la reconnaissance, et qu'en conséquence on peut valider un testament qui institue pour légataire universel une personne qui, munie ou non d'un titre légal, vous a donné des soins, s'il est constant que la seule cause du testament a été une longue et tendre affection; cette théorie a été repoussée, admettre en principe que l'on puisse détruire la présomption du § 1<sup>er</sup> de l'art. 909 ce serait en anéantissant la portée. — La Cour de Toulouse a jugé en conséquence le 10 mai 1856 que l'art. 909 créait une nullité absolue et une présomption légale contre laquelle aucune preuve n'était admise, et qu'il y avait lieu d'annuler un testament fait en faveur d'un médecin, quoiqu'il fût prouvé que la testatrice avait pour ce médecin la tendresse d'une mère, qu'il était son filleul et le neveu de son mari, et qu'elle eût à plusieurs reprises manifesté l'intention d'en faire son héritier (Dall. 56. 2. 491). — C'est ce qui a été jugé également par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 12 mai 1862. Le tribunal de Bergerac avait admis un médecin à prouver que le testateur avait déclaré formellement qu'il entendait donner à l'ami et au parent, et non au médecin; la Cour a rejeté la preuve des faits articulés :

Attendu qu'à la différence de l'ancien droit coutumier qui n'avait pas de prohibitions expresses contre les libéralités faites aux médecins, et d'une jurisprudence qui, en la créant elle-même par voie de simple analogie, restait évidemment libre de tempérer, suivant les circonstances, la rigueur de ses applications, le Code Napoléon pose comme règle générale l'incapacité pour les médecins de profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires faites en leur faveur par leurs malades pendant la maladie dont ils meurent; que cette incapacité, motivée par la crainte des abus que pourrait entraîner l'empire presque illimité exercé sur l'esprit de l'homme en danger par le médecin duquel il attend son salut, n'est limitée dans le texte de la loi que par deux exceptions : l'une en faveur de la reconnaissance procédant par voie de simple rémunération, l'autre en faveur de la parenté proche...; qu'il n'est pas possible de créer une troisième exception en faveur du médecin qui serait en même temps l'ami ou le parent plus ou moins éloigné de son malade, sans contrevenir à l'esprit aussi bien qu'au texte de l'art. 909; que vainement pour la faire accepter, suppose-t-on qu'au point de vue de ces influences exercées sur le testateur, on distinguerait dans la même personne la qualité d'ami ou de parent éloigné de celle de médecin, pour valider ou annuler les dispositions du malade, selon qu'elles auraient été déterminées par l'une ou par l'autre; qu'une telle distinction, dépourvue d'éléments certains, ne serait faite, dans la plupart des cas, qu'au moyen d'une appréciation arbitraire que le Code Napoléon a voulu précisément prévenir, et qui, toujours possible, laisserait à la discrétion du juge l'anéantissement de la règle établie par le législateur; — attendu que cette exception, réclamée en dehors des termes de la loi, n'est nullement nécessaire pour assurer une liberté bien largement suffisante aux actes d'affection qui, entre le testateur et le médecin, peuvent procéder, soit des liens de famille, soit de l'impulsion de l'amitié; qu'en effet, cette liberté est garantie non-seulement par l'exception introduite par la loi même en faveur du médecin proche parent, mais encore par la validité des dispositions libérales faites antérieurement à la dernière maladie au profit du médecin ou parent éloigné, celui-ci eût-il ensuite soigné le testateur pendant la maladie dont il est mort; qu'en un mot, pour disposer valablement en faveur de son médecin, sans risquer de se priver des soins qu'il peut en attendre, il suffit au testateur de prendre cette précaution avant la dernière maladie, ce qu'on manque bien rarement de faire en

pareil cas lorsqu'on obéit aux sentiments d'une vive et ancienne affection, indépendante de l'influence naturelle qui s'établit du médecin à son malade; — attendu qu'étant ainsi démontré que les exceptions de l'art. 909 ne sont pas susceptibles d'extension, il faut reconnaître que l'incapacité légale qui y est écrite repose sur une présomption *juris et de jure* contre laquelle aucune preuve ne saurait être admise; qu'il y a lieu dès lors d'écarter des faits qui, s'ils étaient appréciés, seraient propres à ébranler la foi due à cette présomption et conduiraient à faire fléchir la règle qu'elle protège... (Bordeaux, 12 mai 1862; Sir. 63. 2. 75.)

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation sur les conclusions conformes de l'avocat général :

Attendu que les principes généraux du droit, comme le texte impératif et formel de l'art. 909 protestent énergiquement contre une distinction qui énerverait, si elle ne l'annihilait pas, une disposition nécessaire à la protection des familles, et ne permettent pas de supposer qu'il soit entré dans la pensée de la loi de laisser aux juges la faculté d'éluder ses prohibitions, en déclarant que des circonstances de la cause il résulte que la libéralité s'adresse à l'ami plutôt qu'au médecin; que la prohibition de l'art. 909 est absolue, et qu'en dehors des exceptions nettement précisées, par lesquelles la loi fait elle-même dans une juste mesure la part de la reconnaissance et de l'affection personnelle, il ne peut être permis d'en tempérer la rigueur par une appréciation arbitraire; — attendu, d'ailleurs, qu'aux termes de l'art. 1352 du Code Nap., toute présomption créée par la loi et sur laquelle elle se fonde pour annuler certains actes, est une présomption *juris et de jure* qui s'impose à la conscience publique, et contre laquelle aucune preuve n'est admise, à moins qu'elle n'ait été expressément réservée; que tel est le caractère de la présomption de suggestion et de captation qui détermine dans l'art. 909 l'incapacité de recevoir qu'il édicte contre le médecin, et la nullité dont il frappe les libéralités à lui faites par celui qu'il a soigné pendant sa dernière maladie. (Cass., 7 avril 1863; Sir. 63. 1. 472.)

C'est donc avec raison que le tribunal de Lyon a jugé, le 2 août 1849 (*Gaz. des trib.*, 17 sept.), que la prohibition portée par l'art. 909 s'étend même au cas où la multiplicité des legs faits à d'autres personnes pourrait donner à penser qu'on n'a pas favorisé son médecin plus qu'une autre personne.

Pour que le testament pût être déclaré valable, il faudrait qu'il fût constaté en fait que le médecin institué n'a pas réellement *traité* le testateur, qu'il s'est borné à lui donner quelques soins qu'expliquaient les relations qui les unissaient.

Mais si les dispositions de l'art. 909 doivent être rigoureusement appliquées, il ne faut pas oublier que cet article est une exception au droit de la libre disposition des biens, et que toutes les exceptions, loin de pouvoir être étendues, doivent être soigneusement renfermées dans les cas qu'elles ont prévus. Pour que les libéralités faites par un malade soient nulles, il faut donc le concours de trois circonstances : 1<sup>o</sup> qu'elles aient été faites en maladie; elles sont valables si elles remontent à une époque antérieure; 2<sup>o</sup> que la personne soit morte de cette maladie; si elle revient à la santé, la libéralité est et demeure valable, encore que ce même médecin eût donné ses soins au disposant dans une nouvelle maladie dont celui-ci serait mort; 3<sup>o</sup> que le défunt ait reçu dans cette dernière maladie les soins du donataire ou légataire. A défaut d'une seule de ces circonstances, la disposition est valable (Grenoble, 16 janv. 1814; — Cass., 12 janv. 1833 et 9 avril 1835; Sir. 35. 1. 450). Sera donc valable la libéralité faite en état de santé en faveur du médecin, lors même qu'il vous aurait soigné antérieurement et qu'il vous soignerait encore pendant la dernière maladie; sera valable également la libéralité faite pendant la dernière maladie au médecin qui donnait ses soins si la mort est le résultat d'un accident et non de la maladie, car la loi annule seulement les libéralités faites par une personne pendant la maladie dont elle meurt, ce qui conduit à ce résultat singulier que le legs fait pendant

la maladie est nul si le testateur meurt de cette maladie, mais qu'il est valable s'il meurt pendant sa maladie, frappé d'un coup de feu, ou dans un incendie, un naufrage, etc. Enfin, la libéralité faite pendant la maladie au médecin, nulle si le malade meurt, est valable s'il revient à la santé.

Il faut remarquer que la loi fait ici une confusion assez étrange en mettant sur la même ligne les donations et les testaments qui ont cependant des résultats bien différents. Le testament étant un acte essentiellement révocable, le testateur revenu à la santé est toujours le maître d'annuler les legs qu'il a faits en faveur de son médecin s'il a cédé à l'influence qu'il exerçait sur lui; s'il ne révoque pas son testament, il prouve ainsi qu'il était bien le résultat d'une volonté entièrement libre, et la loi a eu raison d'en assurer l'exécution. Il en est tout autrement pour la donation; c'est là un acte essentiellement irrévocable: si le malade meurt, elle est annulée; s'il revient à la santé, elle est valable et il est obligé d'en subir toutes les conséquences quand bien même il reconnaîtrait qu'il a cédé à de coupables obsessions, et il n'aura d'autres ressources que de déférer cet acte devant les tribunaux et de faire devant eux la preuve souvent si difficile de la captation. Il eût été plus logique de déclarer nulle toute donation faite pendant la maladie à un médecin, quand bien même le donateur aurait survécu à cette maladie. L'ancien droit, il est vrai, mettait aussi sur la même ligne les donations et les testaments; mais les donations qu'un malade faisait à son médecin étaient toujours considérées comme des donations à cause de mort, et par suite étaient essentiellement révocables, dès lors il n'y avait aucun inconvénient; notre Code civil, en reproduisant cette disposition, n'a pas pris garde qu'il avait aboli les donations à cause de mort, que toute donation était aujourd'hui *entre-vifs* et irrévocable de sa nature.

Que le médecin ait traité le malade pendant sa dernière maladie, que la disposition ait été faite pendant le cours de la maladie dont le disposant est mort, tels sont, en définitive, les deux points qu'il faut rechercher et constater pour établir l'incapacité.

Que doit-on entendre, au point de vue juridique, par dernière maladie et par traitement?

Peu de difficultés s'élèveront à l'occasion des maladies aiguës, suivant un cours normal, traversant des phases régulières et aboutissant à la mort; mais si l'on se trouve placé en face d'une de ces maladies chroniques, capricieuses dans leur marche, souvent incertaines dans leur principe, subissant des influences diverses et multiples, paraissant parfois s'arrêter tout à coup, affectant même les dehors trompeurs de la guérison, puis reprenant soudain leur cours fatal pour accomplir leur œuvre de destruction, des difficultés sérieuses peuvent se produire, alors surtout que l'on n'a souvent sur les premières périodes de la maladie, sur son caractère, sur son traitement, que des renseignements incomplets ou erronés.

Le Code civil ne donne aucune définition de la dernière maladie. Les Coutumes étaient plus explicites: en même temps qu'elles déclaraient que les donations faites pendant la dernière maladie étaient des donations à cause de mort, elles s'efforçaient de caractériser la dernière maladie, et la Coutume de Paris réputait donations à cause de mort celles faites par personnes gisant au lit malades de la maladie dont elles décédaient. Pothier et Ferrières font remarquer que ces mots n'ont rien de sacramentel, qu'on peut être très-malade de la maladie dont on va mourir sans être gisant au lit; mais ils exigent avec tous les jurisconsultes, non pas cet affaiblissement des derniers jours qui diminue et altère

la volonté, mais que la maladie ait *un trait prochain* à la mort, et ils indiquent les limites fixées par les Coutumes: c'est quarante jours dans quelques-unes. Pothier prévoit les débats qui peuvent s'élever sur le caractère de la maladie: « Un malade ne peut donner *entre-vifs* dès que la maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort; que si la maladie, lors de la donation, était mortelle de sa nature, mais qu'elle n'eût trait qu'à une mort éloignée, et n'empêchât pas le donateur de pouvoir espérer encore plusieurs années de vie, telle qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à une certaine période, en ce cas la donation ne sera pas réputée à cause de mort. »

Il fallait donc que la maladie eût un trait prochain à la mort. Sous le Code civil la doctrine et la jurisprudence adoptent les mêmes principes; n'oublions pas toutefois qu'il s'agit aujourd'hui d'une incapacité établie par un texte formel, et que le pouvoir du juge est plus circonscrit dans son appréciation.

On a voulu soutenir que dans les maladies chroniques la période d'incapacité, ce que la loi appelle la dernière maladie, ne commence qu'à ce moment où l'état s'est tellement aggravé que la mort est imminente et prochaine. Ce que le législateur a eu en vue, dit-on, c'est l'homme dont on peut dire qu'il est tombé pour ne plus se relever; c'est le malade courbé sous la force du mal, entrevoyant déjà la mort et aux prises avec elle, chez lequel la vigueur de l'âme, le ressort de la volonté, se sont brisés sous l'effet de la maladie qui doit avoir un terme fatal; c'est le malade livré sans défense aux influences qui souvent s'exercent sur son esprit affaibli: il ne fallait pas moins que ce trouble exceptionnel, extraordinaire de la santé, que cet état grave et immédiatement alarmant, pour déterminer le législateur à abandonner le droit commun et édicter la plus rigoureuse des présomptions d'incapacité. L'art. 909 lui-même en donne la preuve en mettant à côté du médecin, sur la même ligne, le confesseur qui d'ordinaire arrive à la dernière heure dans cette phase d'un mal nouveau par sa gravité, par son intensité, par des accidents exceptionnels, dont tout le monde comprend et présente le funeste dénoûment; c'est au chevet du malade mourant que le législateur a vu le confesseur, et à côté de lui, dans les mêmes conditions que lui, il a vu et il a placé le médecin. C'est la crise suprême, et non le dépérissement insensible, continu, cheminant lentement vers la mort. La maladie chronique n'est pas, à proprement parler, une maladie, c'est plutôt une affection; elle peut durer de longues années, elle peut même faire sentir ses effets pendant la vie tout entière, et l'on voudrait priver un homme atteint d'une pareille maladie du droit de disposer; il ne pourrait, à aucune époque, longtemps même avant l'époque fatale, alors qu'il jouit encore de toute la liberté de son esprit, faire une libéralité à l'ami et au médecin qui lui a prodigué ses soins! L'art. 2101, sur le privilège des médecins pour le paiement de leurs honoraires, qui parle des frais de la dernière maladie, et l'art. 909 ont entre eux une étroite corrélation; un médecin serait-il admis à réclamer son privilège pour les soins qu'il a donnés depuis vingt ans, sous prétexte que depuis cette époque il s'agit toujours de la même maladie, qui a été réellement la dernière? « Évidemment, dit M. Valette, la loi n'a pu entendre par la dernière maladie un état qui a duré plusieurs années et même peut-être une grande partie de la vie du débiteur, mais seulement la maladie qui se rattache à la mort d'une manière immédiate et déterminante. » — « Si le débiteur, dit aussi M. Zachariæ, est mort à la suite d'une maladie chronique, il paraît conforme à l'esprit de la loi de restreindre le privilège aux dépenses faites depuis l'époque où la maladie s'est aggravée au point de la menace d'une mort prochaine. » Et si l'action en paiement du médecin est repoussée parce que la dernière maladie ne peut embrasser une

aussi longue période, comment pourrait-on, sous ce prétexte de dernière maladie, annuler une libéralité faite longtemps d'avance en sa faveur ?

Cette théorie n'a pas prévalu. La maladie c'est l'altération de la santé, la dernière maladie c'est cette altération fatale de la santé qui conduit irrésistiblement à la mort; la maladie chronique peut, comme la maladie aiguë, constituer la dernière maladie, à la condition qu'elle se caractérise assez énergiquement pour qu'on soit certain que l'on marche vers la mort; cette maladie lente, invétérée, dont la terminaison est fatale, c'est là la dernière maladie, dès qu'elle se trouve dans cette dernière période de transformation, de symptômes, de phénomènes, où aucun doute n'est plus désormais possible, et sans qu'il faille attendre la crise suprême; admettre une pareille exigence, c'est rayer d'un trait de plume de l'art. 909 la maladie chronique, c'est créer une distinction arbitraire que la loi ne fait pas; la maladie dont parle l'art. 909, qu'elle soit chronique ou aiguë, « c'est une maladie persévérante dans son cours et fatale dans son issue ». Ainsi interprété, l'art. 909 se concilie parfaitement avec l'interprétation que donnent les auteurs sur le privilège de l'art. 2101. Non assurément, des secousses accidentelles, intermittentes, qui ne dénotent pas d'avance comme résultat certain la mort même, ne constituent pas la dernière maladie; un vice d'organisation qui rend la santé chancelante peut donner lieu à vingt maladies distinctes et dont chacune exigera un traitement proprement dit; on ne prendra pas pour point de départ de la dernière maladie les premiers symptômes du mal, mais elle commence dès l'instant où l'issue n'est plus douteuse dans une période plus ou moins éloignée, mais qui jamais n'atteindra ces quinze ou vingt années que l'on se plaît à évoquer, et dont on veut se faire un argument; mais que la maladie présente quelques intervalles de repos, de trêve dans les souffrances de celui qui en est atteint, il n'importe; qu'à force d'énergie il retrouve une activité passagère, qu'il semble dompter le mal et le forcer à reculer, il n'importe encore; il suffit que la maladie marche souterrainement, qu'elle accomplisse toujours son office destructeur. Quelle que soit la cause de la mort, une seule question est donc à examiner : à quelle maladie a succombé le disposant, à quelle époque la maladie a-t-elle pris le caractère de gravité que nous venons d'indiquer ?

C'est là ce que nous enseigne la jurisprudence; les solutions ont dû varier avec les espèces à apprécier, mais les principes sont restés les mêmes. Il a été jugé que l'état continuel de souffrances dans lequel un individu s'est trouvé jusqu'à sa mort, peut être considéré comme sa dernière maladie; que le médecin qui lui avait donné ses soins et auquel il avait fait un legs, opposerait en vain que la première affection qui a duré plusieurs années était une maladie de langueur, et que le malade a été enlevé en un jour par une hydropisie, maladie toute différente : « Attendu qu'il avait été reconnu, en fait, que le médecin l'avait traité sans discontinuation depuis l'année 1816 jusqu'à sa mort, qu'il avait été son seul médecin, et que depuis le mois de septembre 1816 il était attaqué d'une maladie dont il n'est nullement prouvé qu'il eût jamais été guéri » (Cass., 27 août 1822). D'autre part, il a été jugé aussi que l'état souffrant et valétudinaire dans lequel un individu est resté jusqu'à sa mort à la suite d'une fracture qui lui est arrivée dans un âge avancé, ne peut être regardé comme constituant la maladie dont cet individu est mort, et que la mort, arrivée longtemps après l'accident, a pu être réputée l'effet unique de la vieillesse (Cass., 12 janv. 1833, rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Agen, du 9 déc. 1830); que l'art. 909 ne s'applique pas non plus lorsque le testateur a succombé à un état de dépérissement remontant à une époque antérieure à celle où le médecin légataire a été appelé, et que l'aggravation de cet état n'a nécessité de la part

dudit légataire aucun traitement médical (Paris, 14 nov. 1855); que le legs fait au profit de la fille du médecin ne peut être annulé, sur le motif qu'au moment de la confection du testament, la testatrice était affectée d'un petit bouton qui, quatre ans après seulement, s'est converti en une plaie cancéreuse, s'il est constant qu'à l'époque du testament la testatrice n'appliquait que quelques remèdes familiers, sans traitement ni prescription de médecin, et en vaquant à ses affaires (Cass., 9 avril 1835, rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Grenoble, du 16 janv. 1834; Sir. 35. 1. 450). — La Cour de Pau a jugé, le 23 déc. 1872 : « que dans une maladie chronique qui peut durer plusieurs années, il serait déraisonnable et contraire à l'esprit de la loi de considérer cette longue durée comme constituant la dernière maladie; qu'il convient de restreindre cette qualification à la période où le mal s'est aggravé de manière à ôter tout espoir de guérison...; que l'état continuel de souffrances dans lequel un malade se trouve jusqu'à sa fin peut sans doute être considéré comme la maladie qui a causé la mort, quoique des accidents particuliers se soient produits dans les derniers temps, mais qu'il faut toujours qu'au moment des soins donnés, la maladie fût arrivée à une période où elle aurait été réellement mortelle...; que le doute doit s'interpréter en faveur de la liberté de tester » (Dall. 74. 2. 205).

La question s'est présentée dans les circonstances les plus favorables à la validité de l'acte à l'occasion du testament du père Lacordaire. Son testament était du mois de décembre 1860; postérieurement il était venu prendre possession de son siège académique, il avait poursuivi le cours des soins multiples qui partageaient sa vie, enfin il s'agissait de biens qui n'étaient, disait-on à tort ou à raison, entre les mains du prêtre que comme un dépôt et ne constituaient pas sa fortune personnelle, et si le testament était annulé, ces biens allaient cependant devenir la propriété de ses héritiers légaux; mais le père Lacordaire avait testé en faveur du père Mourey, son confesseur et son successeur dans la direction de l'école de Sorèze. En vain on soutint que le testament était antérieur à la dernière maladie; qu'à cette époque il était atteint seulement d'une maladie chronique, l'anémie, offrant des caractères intermittents et passagers; que ce n'était pas encore la crise dernière que prévoit l'art. 909 : la justice constata qu'à l'époque de la confection de son testament, l'illustre dominicain était déjà frappé du mal qui devait fatalement le conduire au tombeau; elle constata en même temps que le père Mourey avait été son confesseur pendant les dernières années de sa vie, et ces deux faits établis, le tribunal de Castres, en tirant la conséquence juridique, annula le testament; la Cour de Toulouse, saisie par l'appel, a confirmé le jugement en ces termes :

« Attendu que le père Lacordaire est décédé le 21 nov. 1861, en laissant un testament olographe à la date du 17 déc. 1860; que cet acte est attaqué par Léon Lacordaire, l'un des trois frères du testateur, comme renfermant au profit du père dominicain Mourey, confesseur du père Lacordaire, une institution prohibée par l'art. 909 du Code Nap.; qu'un premier fait n'a pas été contesté, c'est que le père Lacordaire, pendant les dernières années de sa vie, a toujours eu pour confesseur le père Mourey, sous-directeur de l'école de Sorèze; qu'un second fait a été également reconnu, c'est que la santé du père Lacordaire s'était gravement altérée dès le commencement de l'année 1860; que la seule question à résoudre est donc celle de savoir si, à la date du 17 déc. 1860, le testateur était déjà atteint de la maladie à laquelle il a succombé onze mois plus tard ;

» Attendu que, parmi les documents dont il a été fait usage dans les débats, il faut distinguer ceux qui émanent du père Lacordaire de ceux du père Mourey; qu'en rapprochant ces derniers documents des faits et circonstances de la cause, il est facile de se convaincre que le père Lacordaire, pendant les deux années 1860 et 1861, n'a eu qu'une seule maladie, persévérante dans son cours, fatale dans son issue, dont le point de départ le plus certain se fixe au carême de 1860,

époque où le révérend père, saisi à l'autel même de violentes douleurs de tête et de reins, fut obligé de se retirer précipitamment dans sa chambre; qu'à juger cette maladie par les symptômes qui l'ont manifestée, on conçoit que les hommes de l'art l'aient appelée une anémie, un appauvrissement du sang, affectant l'estomac, les entrailles et le cœur; que, du reste, dans la maison de Sorèze, nul ne savait mieux la vérité sur ce point que le père Mourey, et que c'est lui qui a écrit ces lignes: « La science avait déclaré une anémie et commandé le repos: le cœur, l'estomac, les entrailles, ressentaient successivement les atteintes du mal, on en voyait les traces dans un amaigrissement successif; » — attendu que le père Lacordaire, instruit de la nature de son mal, n'a pas hésité à prendre des mesures pour alléger le fardeau que faisait peser sur lui l'administration de son ordre, qu'il a même adressé à tous les prieurs des circulaires par lesquelles il leur faisait connaître « l'affaiblissement progressif de ses forces, son état de faiblesse, sa maladie de langueur »; qu'à la fin de 1860, prévoyant et non découragé, il a écrit son testament du 17 décembre, en même temps qu'il préparait son discours de réception à l'Académie française; que le jour où il a pris possession de son fauteuil, le grand orateur a pu laisser croire qu'il avait recouvré la santé, mais qu'il était perdu dès ce jour pour le corps illustre qui venait de l'entendre; — attendu qu'au mois d'avril suivant la maladie avait repris son cours, et, malgré sa répugnance à sortir des maisons de son ordre, le père Lacordaire avait consenti à aller respirer un autre air dans le département de la Somme; que, quelques semaines plus tard, il se retrouvait déjà à Sorèze, entouré de ses élèves, salué par leurs acclamations, auxquelles il répondait par la promesse de ne plus se séparer d'eux; mais que, dans ce cas encore, il était perdu pour ceux qui se montraient si fiers de le posséder; qu'on peut même dire que cette fois aucune illusion ne lui était permise, car il arrivait de Paris, où il avait interrogé le docteur Rayer, et c'est encore le mot *anémie* que ce savant médecin avait écrit dans une consultation désespérée, désespérée comme allait le devenir la situation du père Lacordaire, pour qui une existence de quelques mois ne pouvait plus être qu'un martyre d'une égale durée;

» Attendu que ces faits suffisent pour démontrer l'unité d'une maladie qui, reconnue une anémie en 1860, était encore une anémie en 1861, avec cette circonstance qu'elle s'était compliquée d'une affection intestinale; que c'est bien la marche continue de cette maladie que le père Lacordaire a lui-même constatée dans sa correspondance avec les religieux de son ordre, lorsqu'il leur a écrit en mai 1860, qu'il luttait depuis trois mois contre un affaiblissement progressif de ses forces; en septembre 1860, que la congrégation intermédiaire de la province, réunie à Flavigny le 1<sup>er</sup> sept. de cette année, avait bien voulu prendre en considération l'état de faiblesse où il était tombé depuis plus de six mois; en avril 1861, que la maladie de langueur dont il était atteint depuis une année avait paru céder avant l'hiver, mais que les fatigues et l'influence de la mauvaise saison lui avaient rendu son cours;

» Attendu que le père Lacordaire n'existait plus quelques mois après avoir écrit la dernière de ces lettres, où, parlant de sa maladie à trois époques différentes, il en faisait remonter le cours à trois mois, à six mois, à une année...; qu'on peut donc affirmer qu'à dater du mois de mars 1860, il n'y a pas eu d'époque où le père Lacordaire n'ait été atteint de la maladie dont il est mort; que ce jugement n'est pas plus contredit par le discours qu'il a prononcé à l'Académie française que par les pages éloquentes dont il a été parlé dans les débats et que son génie dictait encore à l'approche de son heure suprême; que tout ce qu'on peut induire des dernières productions de son esprit, c'est que dans cette organisation exceptionnelle, l'âme triomphait aisément des défaillances du corps, et que sa grande intelligence ne s'est voilée que dans les angoisses de sa cruelle maladie;

» Attendu que la prohibition écrite dans l'art. 909 du Code civ. est absolue, tellement absolue qu'il ne convient pas même d'examiner si le père Lacordaire, à raison de la supériorité de son esprit, était à l'abri de la captation que la loi présume et qu'elle a voulu atteindre par l'application d'une règle inflexible; qu'il y a donc lieu d'annuler le testament du 17 déc. 1860, fait par le père Lacordaire, pendant le cours de la maladie dont il est mort, en faveur du père Mourey, qui était son confesseur à cette époque. » (Toulouse, 12 janvier 1864; Dall. 64. 2. 9.)

Sans examiner ici si l'anémie est, au point de vue de la science, une maladie chronique, si elle est nécessairement mortelle, si au mois de décembre 1860 elle existait réellement, il faut remarquer avec quel soin l'arrêt établit qu'en 1860 et 1861 il n'y a eu qu'une seule maladie, persévérante dans son cours, fatale dans son issue, dont le malade lui-même constatait la marche continue, de telle sorte qu'on peut affirmer qu'à partir du mois de mars 1860 il n'y a plus eu d'époque où le père Lacordaire n'ait été atteint de la maladie dont il est mort. Les faits ainsi posés, cet arrêt fait une juste application de l'art. 909; on retrouve en effet ici réunies les deux conditions nécessaires pour qu'il y ait inca-

pacité du médecin ou du confesseur: confection de l'acte dans le cours de la maladie, secours donnés au défunt pendant cette maladie. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation.

La seconde condition requise par l'art. 909, c'est que le médecin ait *traité* le malade: ce n'est pas sans raison que ce mot est employé; il indique de la part du médecin une direction dans le traitement, une assiduité et une permanence de soins; c'est, pour rappeler l'expression de Pothier, le médecin qui a entrepris une cure. Cette incapacité ne frapperait donc pas le médecin consultant, celui qui, en l'absence du médecin ordinaire, a été appelé deux ou trois fois accidentellement auprès du malade; celui qui, au chevet de son ami mourant et sans lui avoir donné ses soins, s'efforceraient de calmer et d'endormir les suprêmes douleurs de l'agonie; mais si les visites avaient un caractère de continuité, si elles cessaient d'être accidentelles, il y aurait lieu d'appliquer l'incapacité, car il peut se faire que plusieurs médecins *traitent* à la fois un malade. C'est là une question d'appréciation dont les tribunaux seront juges.

Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour constater les circonstances diverses dont se compose un traitement médical (Cass., 12 oct. 1812 — 9 avril 1835; Sir. 35. 1. 450. — 7 avril 1868; Dall. 68. 1. 378 — 17 janv. 1876; Sir. 76. 1. 299). Mais, malgré les termes un peu trop généraux de quelques-uns de ces arrêts, il faut admettre, selon nous, que la Cour de cassation a encore le droit de rechercher si les juges du fond ont tiré des faits souverainement constatés par eux les conséquences juridiques qui en découlent, et si ces faits constituent ou non un traitement médical (voy. le rapport du conseiller rapporteur de l'arrêt du 17 janv. 1876).

Il est difficile de déterminer nettement dans quels cas les soins donnés au malade constituent légalement un traitement; les tribunaux doivent avoir un large pouvoir d'appréciation pour décider cette question. C'est ainsi que le tribunal de Niort a pu décider, le 30 avril 1857, que le médecin qui, pendant une certaine période d'une maladie lente et de longue durée, et à une époque éloignée du décès, a surveillé l'application des remèdes ordonnés par le médecin ordinaire, ne pouvait être considéré comme ayant traité le malade (Dall. 59. 3. 15); — que la Cour d'Angers a décidé, le 19 mars 1875, que l'incapacité de recevoir ne s'appliquait pas au médecin qui n'a fait que donner au malade des soins et des remèdes prescrits par un autre, ni au pharmacien qui a seulement fourni et préparé un remède (Dall. 73. 2. 79); — que la Cour d'Aix a jugé qu'on ne devait pas annuler, pour cause d'interposition de personne, le legs fait à la femme d'un médecin, alors que ce dernier n'a donné au testateur pendant la maladie dont il est mort, que des soins purement accidentels et non des soins assidus et réguliers (Aix, 14 janv. 1875; Cass., 17 janv. 1876; Sir. 76. 1. 299; Dall. 76. 1. 181).

Un arrêt de la Cour de Montpellier du 31 août 1852 (Dall. 53. 2. 585) a décidé qu'un pharmacien ne saurait être considéré comme ayant traité une personne pendant la maladie dont elle est morte, lorsque le traitement médical a été uniquement dirigé par un médecin dont le pharmacien n'a fait qu'exécuter les ordonnances; que peu importerait que ce pharmacien ait en outre donné habituellement ses soins généraux au malade, si cela peut s'expliquer par l'existence d'un lien de parenté ou d'amitié. Il en serait autrement si les fournitures de médicaments étaient entourées de circonstances telles qu'on pût y voir un véritable traitement (Cass., 21 juill. 1806 — 12 oct. 1812); si, par exemple, au lieu de se borner à préparer, sur les ordonnances du médecin, les médica-