

de la libéralité; dès que la donation confère un droit actuel au donataire, elle est valable (1). Il en serait autrement si le donateur n'entendait pas s'obliger actuellement, mais laisser seulement au donataire une éventualité sur sa succession future; dans ce cas, dit la cour de cassation, il y aurait donation à cause de mort (2). Ne serait-il pas plus exact de dire qu'une pareille libéralité serait nulle, parce qu'elle n'entraîne aucun dessaisissement actuel? La donation à cause de mort proprement dite implique que le donateur a la faculté de révoquer la libéralité qu'il fait; or, celui qui donne à sa mort ne se réserve pas le droit de révoquer, il impose une charge à ses héritiers, charge irrévocable, qui n'est ni un legs, ni une donation entre vifs, donc nulle à tous égards, sans que l'on puisse dire cependant que c'est une donation à cause de mort.

§ II. De la donation.

99. « La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte » (art. 894). Dans le projet de code civil soumis au conseil d'Etat, la donation était qualifiée de contrat. Le premier consul critiqua cette définition. « Le contrat, dit-il, impose des charges mutuelles aux deux contractants; ainsi cette expression ne peut convenir à la donation. » Cette critique ne fut l'objet d'aucune discussion; on parla sur la question de savoir s'il convenait d'admettre des définitions dans le code; dans le cours de la conversation, Maleville présenta une définition qui remplaçait le mot contrat par celui d'acte; ce que le conseil adopta. On a voulu voir dans l'observation du premier consul un de ces traits de lumière par lesquels un homme de génie devine les difficultés qu'il ignore en réalité. C'est une flatterie. Il est vrai que dans l'ancien droit les meilleurs jurisconsultes étaient

(1) Cassation, 22 mars 1848 (Daloz, 1848, 1, 94).

(2) Rejet de la chambre civile, 18 novembre 1861 (Daloz, 1861, 1, 465).

divisés sur la question : Furgole soutenait que la donation n'est pas un contrat, parce que son but essentiel est de gratifier le donataire, et que ce serait la dénaturer si l'on voulait le lier par un lien de droit. Cette subtilité n'est pas dans l'esprit du droit français. Ricard, Pothier, Domat s'en tinrent à la réalité des choses. Pourquoi exige-t-on l'acceptation du donataire, si la donation n'est pas un contrat? pourquoi veut-on que le donataire et le donateur soient capables au moment où se fait le concours de consentement? Certes le premier consul ne se doutait pas de cette subtilité quand il critiquait la disposition du projet; ce qu'il dit est tout simplement une erreur; car il suppose qu'il n'y a de contrat que lorsque les deux parties contractent des obligations réciproques, ce qui conduirait à la conséquence qu'un contrat unilatéral n'est pas un contrat; et est-il nécessaire d'ajouter que le contraire est écrit dans l'article 1103? « Le contrat est unilatéral lorsqu'une personne est obligée au profit d'une autre, sans que de la part de cette dernière il y ait d'engagement. » Cette définition s'applique littéralement à la donation. Il est donc certain que la donation est un contrat. Ce n'est pas une question de mots. La donation étant un contrat, il en résulte que les règles générales établies au titre des *Obligations conventionnelles* reçoivent leur application aux donations, à moins que le code n'y déroge (1). Nous verrons plus loin d'autres conséquences du même principe.

100. L'article 894 n'indique pas un des caractères distinctifs du contrat de donation. Il y a des contrats solennels qui n'existent que si les formes prescrites par la loi ont été observées, tandis que dans les contrats non solennels, l'écrit ne sert que de preuve. Les auteurs enseignent que la donation est un contrat solennel. Cela résulte de l'article 893 : « On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs, dans les formes ci-après établies. » Les formes sont donc requises pour l'existence de la donation. Voilà pourquoi l'article 1339 dit qu'une donation, nulle en la forme, ne peut

(1) Coin-Delisle, *Commentaire*, p. 23, n° 7 de l'article 894.

être confirmée : on ne confirme pas le néant. Nous reviendrons, au titre des *Obligations*, sur la théorie des contrats inexistantes. Pour le moment, il nous faut voir pourquoi la donation est un contrat solennel, tandis que la vente est un contrat non solennel; et cependant par l'un et l'autre contrat, on transfère la propriété de la chose qui en est l'objet. Nous avons déjà dit la raison historique, traditionnelle (n^{os} 92 et 93). La loi multiplie les formes pour entraver les donations; si elle les voit avec, si peu de faveur, c'est qu'elles font sortir les biens des familles, et l'esprit du droit français est que les biens restent dans les familles. Ce qui est une entrave devient, à d'autres égards, une garantie. Il importe d'assurer la libre volonté de celui qui dispose de ses biens à titre gratuit, parce que les séductions et les captations assiègent le donateur, tandis qu'elles ne sont guère à craindre pour celui qui vend. L'intervention d'un officier public et de témoins tend à garantir le donateur contre ce danger, car le devoir du notaire est de refuser son ministère dès qu'il s'aperçoit que le donateur ne jouit pas d'une entière liberté d'esprit et de volonté.

101. L'article 894 veut que le donateur *se dépouille* actuellement de la chose donnée. Cette expression *se dépouiller* semble dire que le donateur doit livrer la chose au donataire. Il est certain que ce n'est pas là le sens de la loi; car, d'après notre droit moderne, la propriété est transférée par le seul consentement des parties contractantes, c'est-à-dire par la perfection du contrat, encore que la tradition n'en ait pas été faite, dit l'article 1138. Ce principe s'applique à la donation, en ce sens qu'elle transfère la propriété de la chose donnée dès l'instant où le consentement des parties est manifesté dans les formes légales. Que faut-il donc entendre par les mots : *se dépouiller actuellement*? La loi les emploie par opposition au testament, lequel ne dessaisit pas le testateur actuellement, puisqu'il dispose pour le temps où il n'existera plus. Ainsi le légataire n'a qu'une espérance, qui s'évanouit s'il précède au testateur; le donataire, au contraire, a un droit actuel, qui est dans son patrimoine, et qu'il trans-

met à ses héritiers, quand même il mourrait avant que la donation eût été exécutée. Peu importe donc la tradition, elle ne fait qu'exécuter la donation, de même que la délivrance de la chose vendue est une exécution de la vente; avant cette délivrance, l'acheteur est propriétaire si la chose est un corps certain et déterminé, ou il a une action contre le vendeur si la chose est indéterminée. Le donataire a aussi un droit irrévocable à l'objet de la donation dès que celle-ci est parfaite, indépendamment de toute tradition (1).

L'article 894 ajoute que le donateur doit se dépouiller *irrévocablement*. Il y a quelque incertitude sur le sens et la portée de l'irrévocabilité des donations; nous y reviendrons. Comme c'est un caractère distinctif des donations, il faut qu'il y ait quelque chose de spécial dans leur irrévocabilité. Tous les contrats sont irrévocables, en ce sens qu'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, et ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel (art. 1134); les donations sont plus irrévocables que les conventions ordinaires. Dans l'ancien droit, on disait : « Donner et retenir ne vaut, » pour marquer que la donation ne pouvait en rien dépendre de la volonté du donateur : il doit savoir que du moment où il donne, il se dépouille pour toujours de la chose donnée. Pourquoi cette rigueur? Toujours pour entraver les libéralités. On est moins disposé à donner quand on sait que l'on se prive soi-même et à jamais de la chose donnée; le législateur a compté sur cette attache naturelle à ce que nous possédons, et pour la bien faire sentir au donateur, il lui dit que le dessaisissement auquel il va consentir sera perpétuel. Certes, cette pensée a arrêté plus d'une donation dans son premier germe.

C'est pour la même raison que la loi exige une acceptation expresse. Si l'on ne consultait que la nature des conventions et l'intention des parties contractantes, on aurait dû se contenter d'une acceptation tacite, en matière de donation, plutôt qu'en matière de vente; qui n'aime

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 220.

à recevoir une libéralité et ne consent volontiers à l'accepter? Le code renverse donc l'ordre naturel des choses en exigeant une acceptation expresse du donataire, alors qu'il se contente d'une acceptation quelconque de l'acheteur. On chercherait vainement une raison juridique de cette différence; il n'y en a d'autre que l'esprit traditionnel du droit français.

Le code ne dit pas que le donateur se dépouille gratuitement. On lui en a fait une espèce de reproche⁽¹⁾. N'est-ce pas pousser trop loin la rigueur de l'école? Est-ce que la donation par elle-même n'indique pas un titre gratuit, de même que la vente marque un titre onéreux?

§ III. Du testament.

102. « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895). Il va sans dire que le testament est un acte et non un contrat; le légataire n'intervient pas dans le testament; pourquoi y figurerait-il alors que le legs ne lui donne aucun droit? On peut même demander si sa présence ne vicierait pas le testament, cet acte devant être l'expression de la seule volonté du testateur. Nous reviendrons sur la question. Le principe que nous venons de rappeler est certain, il était même formulé dans le projet adopté au conseil : la définition portait : « Un acte par lequel le testateur dispose *seul*. » Le Tribunat demanda la suppression de ce mot, comme inutile⁽²⁾, tellement l'idée qu'il exprime lui paraissait évidente. Il est donc bien entendu que le légataire ne doit pas intervenir au testament; nous dirons plus loin dans quel cas cette intervention vicierait le legs.

Il faut ajouter que le testament est un acte *solennel*. Si la loi ne le dit pas dans l'article 895, c'est qu'elle l'avait

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 416, note 2 du § 646.

(2) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 3 (Loché, t. V, p. 290).

déjà dit dans l'article 893, pour le testament aussi bien que pour la donation; et l'article 1001 dit que les formalités auxquelles les divers testaments sont assujettis doivent être observées à peine de nullité. Cela suppose que le testateur a voulu faire un testament solennel, mais qu'il n'a pas observé les formes telles que la loi les prescrit. Une déclaration de dernière volonté sans forme aucune, faite verbalement, n'aurait aucun effet, comme nous le dirons plus loin.

103. Il ne suffit pas qu'un acte soit fait dans les formes voulues par la loi pour être un testament; l'article 895 ajoute que le testateur doit disposer de tout ou partie de ses biens. Il faut donc une disposition de biens, directe ou indirecte, peu importe. En effet, la donation testamentaire est rangée par la loi parmi les actes qui transmettent la propriété (art. 711) : c'est là son objet, c'est dans ce but que le législateur le sanctionne. De là suit qu'un acte fait dans la forme d'un testament, et contenant des déclarations de dernière volonté, sans aucun rapport avec les biens du défunt, ne serait pas un testament et ne vaudrait pas comme tel; c'est dire qu'il serait nul, à moins que la loi n'eût autorisé expressément le défunt à le faire. Ainsi la loi permet au père de nommer un conseil à la mère survivante par acte de dernière volonté; un testament olographe, qui ne contiendrait rien que la nomination d'un conseil, serait donc valable (art. 392). De même le dernier mourant des père et mère peut choisir un tuteur à ses enfants par acte de dernière volonté (art. 398). Le code dit aussi que le tuteur officieux peut conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366); mais ceci n'est plus un simple acte de dernière volonté, il implique une disposition de biens puisque, en adoptant, le testateur dispose de sa succession au profit de l'adopté. L'hypothèque testamentaire rentre dans le même ordre d'idées (loi hyp., art. 44); car hypothéquer, c'est aliéner partiellement; la constitution d'hypothèque est donc une disposition de biens, et dès qu'il y a une disposition quelconque de biens, la définition de l'article 895 est applicable. Hors des cas où la loi permet au défunt de faire une disposition de der-