l'équivalent de ce qu'il donne. La cour avoue cependant que le concours du souscripteur constitue, dans une certaine mesure, une libéralité envers la fabrique, et il est difficile de le nier. Ne fallait-il pas dès lors une acceptation précédée de l'autorisation du gouvernement? L'arrêt répond que le contrat étant commutatif, les solennités des donations n'étaient pas applicables (1).

On voit, par la rédaction embarrassée et presque contradictoire de l'arrêt, qu'il y avait des éléments mixtes dans l'engagement litigieux, comme dans toute souscription. Celui qui souscrit n'est pas forcé de souscrire, donc il fait une libéralité; mais la libéralité est faite en vue d'un but auquel il s'intéresse; cet intérêt suffit-il pour donner à la souscription un caractère commutatif? La cour de Paris l'a décidé ainsi, et la cour de cassation a confirmé sa décision (2). A notre avis, il y avait donation avec charge.

362. Dès que le donateur a un but intéressé, il n'y a plus de libéralité. La cour de Liége l'a jugé ainsi pour les gratifications que l'on promet à un entrepreneur s'il achève les travaux dans un délai déterminé. Celui qui fait cette promesse doit avoir un intérêt quelconque à ce que les travaux soient achevés. De son côté, l'entrepreneur est tenu à un surcroît de travail, d'activité et ordinairement de frais pour remplir son engagement. La gratification est donc, en réalité, un supplément de prix, ce qui décide la question (3).

(1) Rejet, 14 avril 1863 (Dalloz, 1863, 1, 402).
(2) Paris, 11 décembre 1827, et Rejet, 7 avril 1829 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1300).
(3) Liége, 27 juin 1868 (*Pasicrisie*. 1869. 2, 15).

SECTION IV. — De l'effet des donations quant à la translation de la propriété.

§ Ier. *Principes généraux.*

N° 1. DE L'EFFET DES DONATIONS ENTRE LES PARTIES.

363. L'article 711 range la donation parmi les modes d'acquérir et de transmettre la propriété des biens. C'est dans ce sens que l'article 894 définit la donation « un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. » Ainsi la donation est essentiellement un contrat translatif de propriété. Il faut donc appliquer à la donation ce que l'article 1599 dit de la vente : la donation de la chose d'autrui est nulle. Nous dirons, au titre de la *Vente*, que la vente de la chose d'autrui est nulle, en ce sens qu'elle est annulable. Un arrêt de la cour de Liége dit que la donation de la chose d'autrui, à la différence de la vente, est radicalement nulle et de nul effet, puisque le donateur ne se dessaisit de rien (1). Cela veut dire que la donation de la chose d'autrui est inexistante. Il nous semble que la cour va trop loin; sa décision elle-même le prouve; elle reconnaît que la donation de la chose d'autrui peut servir de base à la prescription, donc elle produit un effet, et par conséquent l'on ne peut pas dire que la donation n'existe pas. Il n'y a d'ailleurs aucun motif juridique pour que la donation soit inexistante. Qu'importe que le donateur ne se dessaisisse de rien? Le vendeur aussi ne se dessaisit de rien quand il vend une chose qui ne lui appartient pas, et néanmoins il y a vente. Par la même raison, il faut décider que le donataire gagnera les fruits s'il ignore les vices de son titre (art. 550). Il y a seulement cette différence entre le vendeur et le donateur, que l'un est tenu à garantir, tandis que l'autre n'y est pas tenu, en général du moins. Mais les principes gé-

(1) Liége, 29 mai 1869 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 404).

néraux reprendraient leur empire si la donation était faite avec charge; le donataire pourrait demander la nullité ou la résolution du contrat, en prouvant que le donateur n'était pas propriétaire de la chose donnée.

364. Pour que la donation transfère la propriété, il faut qu'elle ait pour objet un corps certain. Cela est élémentaire. La propriété, le plus considérable des droits réels, ne se conçoit que quand elle s'exerce sur une chose déterminée; comment le propriétaire exercerait-il le pouvoir absolu que lui donne son droit, s'il ne sait pas sur quelle chose il peut l'exercer? Si donc la chose donnée n'est déterminée que par son espèce, la propriété ne se transférera au donataire que lorsque la chose sera déterminée, ce qui se fait d'ordinaire lors de la tradition. Il n'en faudrait pas conclure que c'est la tradition qui transfère la propriété; ce qui le prouve, c'est que la propriété serait transférée avant toute tradition, s'il intervenait une convention qui détermine la chose. C'est donc toujours par l'effet du contrat que la propriété est transmise. Nous reviendrons sur ces principes au titre des *Obligations*.

365. Aux termes de l'article 1138, l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. La loi ajoute qu'elle rend le créancier propriétaire dès l'instant où la chose a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite. Nous dirons, au titre des *Obligations*, quels sont les motifs de cette grande innovation. En droit romain, on suivait comme principe que la propriété se transfère, non par le consentement des parties, mais par la tradition. Le législateur moderne attache à la volonté la même force que l'on attachait jadis à des actes matériels. L'article 938 applique ce principe aux donations, mais il le fait dans des termes presque inintelligibles. « La donation dûment acceptée sera parfaite par le *seul consentement* des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'*autre tradition*. » Il est vrai que la donation est un contrat consensuel, en ce sens qu'elle se forme par le concours de consentements sans qu'il faille une tradition; mais il n'est pas exact de dire que la donation est

parfaite par le seul consentement des parties; la donation est aussi un contrat solennel, et la solennité est requise pour l'existence même du contrat.

La seconde partie de l'article 938 a pour objet d'expliquer la première, en disant en quel sens la donation est un contrat consensuel, c'est qu'il se parfait sans la tradition de la chose. Mais le principe est mal formulé. La loi parle d'une *autre* tradition. Qu'est-ce que cette *autre tradition?* Le code n'en connaît qu'une, c'est la remise ou la délivrance de la chose (art. 1604 et suiv.). On ne peut comprendre la rédaction de l'article 938 qu'en remontant à l'ancien droit, auquel les auteurs du code ont entendu déroger. On y distinguait deux traditions, la tradition de fait et la tradition de droit. Il est difficile de définir exactement ce que l'on entendait par tradition de droit, parce que les coutumes variaient. Ce qu'elles voulaient toutes, c'est l'irrévocabilité absolue de la donation, le *dessaisissement* actuel et irrévocable du donateur; le dessaisissement opérait la tradition de droit, sans qu'il fût nécessaire de délivrer la chose au donataire. Le code se contente de cette tradition de droit, comme il se contente du concours de consentements pour la transmission de la propriété; l'article 938 n'est donc que l'application de l'article 1138. Dans l'ancien droit, il fallait encore une *autre tradition*, soit la remise réelle de la chose, soit des formalités qui en tenaient lieu. C'est cette *autre tradition* que le code écarte (1).

Nous négligeons, à regret, les détails d'histoire; dans l'espèce, ils sont inutiles pour l'intelligence du code. Le principe de droit moderne est aussi simple que juste. Tous les effets des contrats dépendent de la volonté des parties : ce que les parties veulent fait leur loi. La donation ne diffère point, sous ce rapport, des autres contrats. Il n'y a qu'une différence, c'est que le principe de l'irrévocabilité des conventions est appliqué avec plus de sévérité en matière de donations. C'est ce qui égarait les

(1) Demolombe, t. XX, p. 204, nos 222-227; Mourlon, d'après Valette, t. II, p. 295.

anciens auteurs : pour assurer l'irrévocabilité des donations, il leur semblait que le lien de droit ne suffisait pas, qu'il fallait de plus une tradition réelle, tradition qui garantissait de plus les intérêts des tiers. Telles sont les raisons que donne Ricard pour justifier le principe de la saisine. Merlin le réfute longuement (1). Nous n'entrons pas dans ce débat. Le législateur moderne a assuré l'irrévocabilité des donations mobilières, en exigeant un état estimatif; nous en traiterons à part. Il a sanctionné l'irrévocabilité des donations en général, en proscrivant toute clause qui ferait dépendre la donation de la volonté du donateur; nous y reviendrons en exposant le sens de la règle : *donner et retenir ne vaut*. Quant aux intérêts des tiers, ils sont sauvegardés par la publicité des donations immobilières, comme nous allons le dire. Par là tombent toutes les controverses de l'ancien droit sur la tradition.

N° 3. DE L'EFFET DES DONATIONS A L'ÉGARD DES TIERS.

366. Comment le donataire devient-il propriétaire à l'égard des tiers? Il faut distinguer si la donation a pour objet des meubles corporels, des droits mobiliers ou des immeubles. Le code ne contient pas de disposition spéciale sur les donations mobilières, en ce qui concerne la translation de la propriété des choses données à l'égard des tiers. Elles restent donc sous l'empire du droit commun. Or, dans la doctrine du code, la propriété des meubles corporels se transmet, à l'égard des tiers comme entre les parties, par le seul effet de la perfection du contrat. Si donc une chose mobilière a été donnée successivement à deux personnes, sans qu'aucune d'elles ait été mise en possession de la chose, le premier donataire sera propriétaire de préférence au second, à condition de prouver l'antériorité de son titre, pour mieux dire, en produisant son titre, puisque c'est un acte authentique qui fait foi de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Donations*, sect. VI, § II (t. VIII p. 489 et suiv.); Coin-Delisle, p. 214, n° 15 de l'article 938.

sa date. Si le donateur a livré la chose à l'un des donataires, quand même ce serait au second, celui-ci demeurera propriétaire, pourvu que sa possession soit de bonne foi : c'est la disposition de l'article 1141, qui s'applique à la donation aussi bien qu'à la vente, parce qu'il y a même motif de décider. Nous l'expliquerons au titre des *Obligations* (1).

Il y a un cas dans lequel la tradition est nécessaire pour la perfection de la donation mobilière, c'est quand le don se fait de la main à la main. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut sur cette matière (2).

367. Quand la donation a pour objet une créance, il faut, en général, un acte authentique pour la validité de la donation; la remise de la main à la main ne suffit point, sauf pour les effets au porteur. Il faut de plus, pour que le donataire soit saisi à l'égard des tiers, qu'il ait signifié la donation au débiteur, ou que celui-ci ait accepté le transport dans un acte authentique. C'est la disposition de l'article 1690, que nous expliquerons au titre de la *Vente*. Notre loi hypothécaire a ajouté une formalité nouvelle (art. 5); lorsque la créance est garantie par un privilége ou une hypothèque, la donation ne peut être opposée au tiers qu'après avoir été inscrite sur les registres du conservateur des hypothèques. Nous reviendrons sur ce principe au titre des *Hypothèques* (3).

Il y a des effets de commerce qui se transmettent par la voie de l'endossement. Quand l'endossement est régulier, le nouveau titulaire est propriétaire à l'égard des tiers. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 282).

368. Les actes portant donation immobilière doivent être transcrits sur un registre tenu par le conservateur des hypothèques; la transcription consiste dans la copie littérale de l'acte. Toute personne ayant intérêt peut opposer le défaut de transcription (art. 939 et 941. Loi hypo-

(1) Duranton, t. VIII, p. 565, n° 498.
(2) Voyez plus haut, p. 347, n°s 277-283.
(3) Duranton, t. VIII, p. 567, n° 499; Coin-Delisle, p. 215, n° 20 de l'article 938.

thécaire belge, art. 1). La transcription a pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers, en rendant publique la transmission des biens qui est soumise à cette formalité. Il y a publicité en ce sens que toute personne peut demander au conservateur des hypothèques un certificat des mutations et concessions de droits réels transcrites sur ses registres (art. 127, loi hypothécaire). L'origine de cette publicité remonte au droit romain : toute donation, mobilière ou immobilière, qui dépassait cinquante solides devait être insérée (insinuée) dans les actes des magistrats, sous peine de nullité. On voit que l'insinuation romaine avait moins pour objet de sauvegarder les intérêts des tiers, que de mettre un frein aux libéralités irréfléchies, ou d'entraver celles que l'on n'osait pas avouer. Les ordonnances des rois de France, notamment celle de 1731 sur les donations, prescrivirent également l'insinuation, mais ce fut dans un autre esprit. « Cette formalité, dit Pothier, a été ordonnée dans l'intérêt des tiers qui contracteraient avec le donateur depuis la donation, afin que l'ignorance en laquelle ils seraient de la donation ne pût les induire en erreur, comme aussi en faveur de ses héritiers, de peur que l'ignorance de la donation ne pût les porter à accepter mal à propos sa succession (1). » La donation, bien que non insinuée, était valable à l'égard du donateur. Ainsi l'insinuation n'était pas une formalité intrinsèque prescrite pour la validité, ou même pour l'existence de la donation, telle que l'authenticité ; elle avait uniquement pour objet de garantir les intérêts des tiers ; et on comprenait les héritiers parmi ceux qui pouvaient opposer le défaut de publicité, parce que la clandestinité de la donation les induisait en erreur et leur causait un préjudice.

Chose singulière, la publicité n'était pas exigée pour la transmission des biens à titre onéreux ; cependant il y avait identité de raison pour la prescrire. C'est ce que fit la loi du 11 brumaire an VII : elle ordonna la transcription des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hy-

(1) Pothier, *Introduction au titre XV de la coutume d'Orléans*, n° 45.

pothèques, et elle décida que jusque-là ces actes ne pourraient être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur. La loi de brumaire ne supprima pas l'insinuation ; de sorte que les donations furent soumises à une double publicité : elles devaient être insinuées et transcrites. Cette double publicité n'avait point de raison d'être ; les auteurs du code civil ne maintinrent que la transcription.

369. De là est née une question très-controversée. Les auteurs du code ont-ils entendu maintenir les principes qui régissaient l'insinuation des donations? Dans ce cas, il faut interpréter le code par l'ordonnance de 1731. Ou ont-ils voulu appliquer aux donations le système de publicité qui régissait toutes les transmissions immobilières, à l'époque où le titre des *Donations* fut discuté? Dans ce cas, il faut interpréter le code par la loi de brumaire. Il y a des différences entre l'insinuation et la transcription. Toute donation, mobilière ou immobilière, devait être insinuée, tandis que la loi de l'an VII prescrivait seulement la transcription des actes translatifs de propriété immobilière. Le défaut d'insinuation pouvait être opposé au donataire par toute personne ayant un intérêt à la nullité de la donation, même par les héritiers du donateur. Il n'en était pas de même du défaut de transcription, dans le système de l'an VII : l'acte, quoique non transcrit, était valable entre les parties et leurs héritiers ; les tiers seuls pouvaient se prévaloir du défaut de transcription.

Il nous semble que la question qui divise les auteurs est décidée par le texte et l'esprit du code. Il se sert du mot de *transcription* introduit par la loi de brumaire, et il emprunte à cette loi le principe fondamental qui ne soumet à la transcription que les mutations immobilières, en limitant ce principe, comme le faisait la loi de l'an VII, aux actes translatifs de biens et de droits susceptibles d'hypothèques. C'est l'abandon formel du système de l'insinuation. Tronchet en fit la remarque au conseil d'Etat. Il appela aussi l'attention du conseil sur les effets différents de l'insinuation et de la transcription. L'insinuation,

dit-il, garantit les héritiers du donateur du danger d'accepter une succession devenue onéreuse par l'effet d'une donation faite avec réserve d'usufruit. La question du choix entre l'insinuation et la transcription fut donc posée au conseil d'Etat, et elle fut décidée en faveur de la transcription (1). C'est aussi en ce sens que l'orateur du gouvernement exposa les motifs du code; après avoir parlé des ordonnances nombreuses qui régissaient l'insinuation, Bigot-Préameneu ajoute : « Toute cette législation relative à la publicité des actes de donations entre-vifs est devenue inutile depuis que, par la loi qui s'exécute maintenant dans toute la France, non-seulement ces actes, mais encore toutes les autres aliénations d'immeubles doivent être rendus publics par la transcription sur des registres ouverts à quiconque veut les consulter. L'objet de toutes les lois sur les insinuations sera donc entièrement rempli, en ordonnant que lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèques, la transcription des actes contenant la donation devra être faite aux bureaux des hypothèques dans l'arrondissement desquels les biens seront situés. » Bigot-Préameneu explique encore pourquoi la loi n'assujettit pas les donations mobilières à la publicité : c'est que les meubles n'ont point de suite (2). D'après cela il nous paraît certain que les auteurs du code ont entendu appliquer aux donations le système de la transcription établi par la loi de brumaire pour toutes les transmissions immobilières. C'est l'opinion généralement suivie par les auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (3).

370. Le code Napoléon n'a pas maintenu la transcription pour les actes à titre onéreux. Ce défaut de publicité est un des vices que l'on reprochait à la législation française. La loi hypothécaire belge du 16 décembre 1851 est revenue au système de la loi de brumaire; elle porte (art. 1er) que « tous actes entre-vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. » En France, une loi spéciale du 23 mars 1855 a rétabli la transcription. Cette nouvelle législation abroge-t-elle les articles 939-942 du code civil concernant la transcription des donations immobilières? La loi française décide la question négativement en ces termes (art. 11) : « Il n'est point dérogé aux dispositions du code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation; elles continueront à recevoir leur exécution. » Il n'en est pas de même de notre loi hypothécaire, elle ne maintient pas les dispositions du code, il résulte, au contraire, du texte et de la loi qu'elle les abroge tacitement.

(1) Séance du 12 ventôse an XI, n° 21 (Locré, t. V, p. 251).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 42 (Locré, t. V, p. 327).
(3) Voyez les autorités dans Dalloz, n° 1559; Aubry et Rau, t. VI, p. 79, note 2, et Demolombe, t. XX, p. 221, n° 242.

L'article 1er de la loi comprend expressément les actes entre-vifs à titre gratuit translatifs de droits réels immobiliers; il les place sur la même ligne que les actes onéreux. La loi a donc voulu établir un système général et uniforme de publicité pour tous les actes translatifs de droits immobiliers. Cela répond à l'objection que l'on puise dans les principes qui régissent l'abrogation tacite des lois. Une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale. Rien de plus vrai, mais pourquoi? Parce que l'exception peut subsister à côté de la règle; le principe suppose donc que le législateur a entendu maintenir l'exception; mais s'il comprend la disposition spéciale dans la loi générale, il absorbe l'exception dans la règle; par suite il n'existe plus d'exception, elle est virtuellement abrogée. C'est bien là ce qu'a fait le législateur belge. Il ne s'est pas borné à prescrire la transcription de tous actes translatifs de droits réels immobiliers; une pareille disposition, conçue en termes généraux, aurait laissé subsister la législation spéciale sur la transcription des donations. La loi hypothécaire est spéciale en même temps que générale, elle énumère les actes qu'elle veut soumettre à la transcription, et le premier acte dont elle parle est précisément la donation immobilière. Il suit de là que le législateur belge a entendu régir les donations. Or, comprend-on que

sur une seule et même matière, la publicité des donations, il y ait deux lois, et deux lois que l'on pourrait interpréter en un sens différent? Au point de vue juridique, cela n'aurait point de sens. Au point de vue législatif, cela serait inexplicable. Si le législateur belge avait entendu maintenir les dispositions du code civil, il ne devait pas parler des donations dans l'article 1er. Mais y avait-il une raison pour maintenir une loi spéciale à côté d'une loi générale? Le but de la publicité est le même; l'article 1er le reconnaît en plaçant les actes à titre gratuit sur la même ligne que les actes onéreux. Et là où il y a mêmes motifs, il faut que les dispositions soient identiques. Dès lors les principes du code civil doivent faire place aux principes de la loi hypothécaire. Il y avait une raison déterminante pour le décider ainsi. Les articles 939-941 ont donné lieu à des controverses interminables; à chaque pas, l'interprète se demande : Est-ce l'ordonnance de 1731 que les auteurs du code ont entendu suivre? est-ce la loi de brumaire? est-ce un système nouveau? Si, tout en comprenant les donations dans l'article 1er, la loi hypothécaire avait laissé subsister la législation française, elle aurait ajouté un nouvel élément d'incertitude à tous ceux qui embarrassent déjà cette difficile matière; il y aurait quatre systèmes différents qui se trouveraient dans un perpétuel conflit : l'ordonnance de 1731 avec tout l'ancien droit, la loi de brumaire an VII, le code civil et la loi belge. Il nous semble que le but du législateur, quand il a compris les donations dans une seule et même disposition avec les actes onéreux, a dû être de mettre fin à toutes les controverses, en établissant un système uniforme, le même pour tous les actes, gratuits ou onéreux. Il n'y avait pas de raison, au point de vue de la publicité, de faire une différence entre les actes gratuits et les actes onéreux; cela est décisif. Le rapport fait par la commission spéciale à la chambre des représentants vient à l'appui de notre opinion. Il ne dit pas formellement que les articles 939-941 sont abrogés; mais il dit que le but que se proposait le législateur français est complétement atteint par la transcription que prescrit la loi nouvelle. C'est dire que la loi

nouvelle prend la place du code Napoléon. Telle est aussi l'opinion des interprètes (1).

371. L'abrogation qui résulte de la loi hypothécaire n'est que tacite. De là de nouvelles difficultés. Il est de principe que la loi nouvelle n'abroge la loi ancienne que dans les dispositions qui sont incompatibles. Ce principe doit recevoir son application à la transcription des donations, puisque la loi hypothécaire ne contient pas d'abrogation expresse. C'est dire que pour chaque question il faut examiner s'il y a incompatibilité entre la loi belge et le code Napoléon. Nous renvoyons l'examen de ces difficultés au titre des *Priviléges et hypothèques*. Il est impossible de scinder cette matière, en traitant séparément de la transcription des donations et de la transcription générale, puisque la première n'est que l'application d'un système qui comprend tous les actes.

§ II. *De l'état estimatif.*

N° 1. LE PRINCIPE.

372. L'article 948 porte : « Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation. » Cette disposition est empruntée à l'ordonnance de 1731. Furgole en donne plusieurs raisons; la plus considérable, dit-il, est que les meubles peuvent facilement être divertis; pour que la donation soit ferme et irrévocable, il est requis que l'acte en contienne une description, ou qu'il en soit fait un inventaire séparé (2). L'état estimatif a donc pour objet de garantir l'irrévocabilité des donations mobilières. Pour mieux l'assurer, le code ajoute une formalité que l'ordonnance n'exigeait point; il ne se contente pas de l'inventaire, il

(1) Rapport de M. Lelièvre (Parent, p. 115); Martou, *Commentaire de la loi du 16 décembre* 1851, t. I, p. 33, n° 17, et p. 91, n° 70.

(2) Furgole, *Commentaire sur l'article* 15 *de l'ordonnance de* 1731, t. V, p. 127 et suiv