principes à l'espèce suivante. L'un des futurs époux fait aux enfants de l'autre nés d'un précédent mariage une donation en ajoutant : à la seule considération du mariage projeté. La donatrice entendait donc subordonner le maintien de la donation à la célébration du mariage qu'elle projetait; or, il était certes en son pouvoir de réaliser ou d'empêcher cette célébration, donc l'effet de la donation dépendait de sa volonté; elle donnait et elle retenait, et donner et retenir ne vaut (1).

§ II. De la donation de biens à venir.

Nº 1. NOTIONS GÉNÉRALES.

413. L'article 943 porte : " La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur: si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » Pourquoi le donateur ne peut-il pas disposer de ses biens à venir? C'est une conséquence de l'irrévocabilité des donations. Le donateur, dit Pothier, étant libre d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation; ce qui est contraire à la maxime fondamentale que donner et retenir ne vaut (2).

414. Qu'entend-on par biens présents et par biens à venir? Dans une matière toute traditionnelle, il faut toujours remonter à la tradition. L'ordonnance de 1731 portait (art. 15) que la donation ne pouvait comprendre que les biens qui appartenaient au donateur lors de la donation; puis elle ajoutait : « Défendons de faire dorénavant aucunes donations des biens présents et à venir. » Ainsi par biens à venir l'on entend, en cette matière, les biens qui n'appartiennent pas au donateur dans le temps de la donation. Furgole explique la définition; nous transcrivons ses paroles, elles sont le meilleur commentaire du code. " Lorsque les biens ne sont pas au pouvoir du donateur et qu'il n'a aucun droit, ni aucune action pure ou conditionnelle pour les prétendre ou les espérer, c'est le véritable cas des biens à venir, dont on ne peut faire des donations hors du contrat de mariage. Que s'il s'agit d'un droit acquis au donateur, ou d'une action qui lui compète, ou qui pourra lui compéter dans l'événement de quelque condition qui puisse avoir un effet rétroactif au jour de l'acte qui établit le droit ou l'action, ce n'est point un bien à venir: et la donation qui comprendrait une telle action ou un tel droit ne serait pas nulle comme faite d'un bien à venir; elle serait d'un bien présent, c'est-à-dire du droit ou de l'action (1). »

415. L'application du principe ainsi défini est facile. Les biens que le donateur acquerra après la perfection de la donation sont essentiellement des biens à venir. Peu importe le titre de l'acquisition. Quand c'est par contrat, la chose est d'évidence. Alors même que ce serait par succession ou testament, les biens de l'hérédité future ne peuvent faire l'objet d'une donation. Il est vrai que l'héritier présomptif a une espérance; il se peut même que cette espérance ne puisse lui être enlevée s'il est réservataire; néanmoins les biens qu'il acquerra comme héritier ou légataire sont des biens à venir; car l'espérance ne lui donne aucune action, aucun droit actuel, ni conditionnel; elle peut lui être enlevée par un changement de volonté s'il s'agit d'un testament, ou par une loi nouvelle s'il s'agit d'une succession ab intestat; ou celui dont il est l'héritier présomptif peut dissiper tous ses biens et ne laisser pour tout héritage que des dettes. Les biens que le donateur acquerra ne lui appartiendront que lors de l'acquisition qu'il en fera; ce sont donc des biens à venir, aux termes de l'ordonnance et d'après l'explication de Furgole.

416. La donation des fruits à naître d'un fonds dont le donateur est propriétaire, usufruitier ou fermier est une donation de biens présents. Il est vrai que, lors de la donation, les fruits n'existent pas encore; en ce sens ce sont des biens futurs; mais le donateur a un droit sur

⁽¹⁾ Orléans, 17 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203). (2) Pothier, Des donations entre vifs, nº 80.

⁽¹⁾ Furgole, sur l'article 15 de l'ordonnance de 1731 (Œuvres, t. V, p. 125).

ces fruits s'ils naissent; or, il suffit qu'il ait un droit conditionnel pour que les biens lui appartiennent, les droits conditionnels étant dans notre domaine aussi bien que les

droits purs et simples.

L'application de ces principes a donné lieu à de légères difficultés qui ont été portées jusque devant la cour de cassation. Le donateur se réserve l'usufruit du bien qu'il donne, et il attribue au donataire le droit aux fermages de l'année dans laquelle il viendra à décéder. En principe, les fruits appartiennent au propriétaire; lorsque l'usufruit est séparé de la propriété, l'usufruitier fait les fruits siens par la séparation s'il s'agit de fruits naturels, par leur échéance journalière s'il s'agit de fruits civils. Si donc les biens donnés sont affermés, les fermages appartiennent au donateur usufruitier jour par jour; rien ne l'empêche de disposer de ce droit puisqu'il est dans son domaine. Que s'il avait disposé au profit du donataire de la récolte qui se trouvera sur pied lors de son décès, il n'aurait réellement rien donné, puisque cette récolte appartient de droit au donataire, propriétaire du fonds. Cela a été jugé ainsi par la cour de cassation (1).

417. La donation de biens présents et à venir est-elle nulle pour le tout, ou seulement pour les biens à venir? En ce point, le code déroge à l'ordonnance de 1731; l'article 15 annulait la donation même pour les biens présents, et encore que le donataire eût été mis en possession desdits biens du vivant du donateur. L'ordonnance dérogeait à la jurisprudence qui était conforme à la doctrine consacrée par le code Napoléon. La difficulté est de savoir si la donation de biens présents et à venir est divisible ou indivisible. Pothier dit qu'il est dans l'esprit de l'irrévocabilité de considérer la donation comme indivisible et de la frapper de nullité pour le tout. En effet, la donation de biens présents et à venir contient en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera; elle pèche donc par le défaut d'irrévocabi-

lité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens même présents, en contractant des dettes qui absorberont tout son patrimoine (1). Cela est trèsjuridique; le donateur se réserve la faculté de révoquer indirectement sa donation, il donne et il retient, donc la donation est nulle.

Mais la question a encore une autre face. Ne faut-il pas tenir compte, avant tout, de la volonté du donateur? Il donne ce qu'il n'a pas le droit de donner, ses biens à venir; mais il a le droit de donner ses biens présents. Pourquoi ne maintiendrait-on pas la donation pour les biens dont le donateur pouvait disposer? S'il disait : « Je donne mes biens présents et à venir, mais si la donation ne peut être maintenue pour les biens à venir, je la réduis aux biens présents »; certes la donation serait valable. Or, telle est l'intention probable du donateur; celui qui veut donner le plus entend certes donner le moins. Les auteurs du code, qui tiennent à l'équité plus qu'à la rigueur du droit, ont consacré la doctrine qui répond le mieux à la volonté du donateur.

Est-ce à dire que la donation des biens présents et à venir soit nécessairement divisible? La négative nous paraît certaine. Tout ce qui résulte de l'article 943, c'est que les auteurs du code ont remplacé la présomption d'indivisibilité par la présomption de divisibilité; c'est ainsi que l'orateur du gouvernement explique la loi. « On avait, dit-il, dans l'ordonnance de 1731, déclaré nulle, même pour les biens présents, la donation qui comprenait les biens présents et à venir parce qu'on regardait ces dispositions comme indivisibles, à moins que l'intention contraire du donateur ne fût reconnue. Il est plus naturel de présumer que le donateur de biens présents et à venir n'a point l'intention de disposer d'une manière indivisible; la donation ne sera nulle qu'à l'égard des biens à venir (2). »

⁽¹⁾ Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 1340 et 1341, et au mot *Minorité*, n° 766, et un réquisitoire de Merlin, *Questions de droit*, au mot *Donation*, § 1V, n° I (t. VI, p. 20).

Pothier, Des donations entre-vifs, n° 80 et 81.
 Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 46 (Locré, t. V, p. 327).

Donc c'est une question d'intention, comme l'enseignait Ricard (1); seulement la loi présume que la donation est divisible, sauf à la partie intéressée à prouver l'intention contraire. Bigot-Préameneu admet que la preuve contraire à la présomption d'indivisibilité était admise dans l'ancien droit; donc on doit aussi l'admettre contre la présomption de divisibilité consacrée par le code civil. Cela est d'ailleurs en harmonie avec les principes qui régissent les présomptions légales, elles admettent la preuve contraire, sauf dans les cas exceptés par l'article 1352; or, la présomption de divisibilité n'a rien de commun avec ces exceptions. On rentre donc dans la règle, et par conséquent les parties intéressées pourront prouver que, dans l'intention du donateur, la donation était indivisible (2)

Nº 2. DE LA DONATION PAYABLE AU DÉCÈS DU DONATEUR.

418. Aux termes de l'article 894, le donateur doit se dépouiller actuellement et irrévocablement de la chose donnée. Le dessaisissement du donateur doit donc être actuel ; et le donataire doit être saisi de la chose donnée, au moment de la donation. Cela ne veut pas dire que le donateur doive immédiatement exécuter la donation; il suffit qu'il transporte le droit à la chose lors de la donation; la délivrance peut se faire n'importe à quel moment. La donation peut donc être faite à terme, et le terme peut être la mort du donateur. Quand la donation a pour objet un corps certain, cela ne fait aucun doute; le donataire en acquiert la propriété dès l'instant où la donation est parfaite; il est donc saisi actuellement et irrévocablement (3). En est-il de même si la donation comprend une somme d'argent? La question est très-controversée; il règne une vraie anarchie dans la doctrine, et la jurisprudence aussi est hésitante.

419. En théorie, et si l'on fait abstraction de la tradition, la solution ne serait pas douteuse. Je donne mille

francs payables à mon décès; le donataire a, dès l'instant de la perfection de la donation, un droit à une somme de mille francs; ce droit est dans son domaine, il en peut disposer; il le transmet à ses héritiers, le donateur ne peut pas le lui enlever, il est donc dessaisi actuellement et irrévocablement; partant la donation est valable. Cela est aussi fondé en raison. Qu'importe la nature de la chose donnée, que ce soit une somme d'argent, ou un corps certain? Dans l'un et l'autre cas, le donateur transmet un droit au donataire, droit actuel et irrévocable. On est donc dans les termes comme dans l'esprit de l'article 894.

Telle est la décision de la question d'après les principes. Mais nous avons déjà remarqué que, dans la matière de l'irrévocabilité des donations, il est très-chanceux de prendre appui sur les principes; on pourrait presque affirmer qu'une opinion qui est en harmonie avec les principes est en opposition avec la règle de l'irrévocabilité, car la règle Donner et retenir ne vaut est précisément une dérogation aux vrais principes. Il faut donc laisser là la théorie, pour s'en tenir à l'esprit traditionnel du droit français. Placée sur ce terrain, la question, nous semblet-il, doit recevoir une autre solution. Rappelons-nous les paroles de Pothier et de Ferrière que nous venons de citer (nº 409). Il suffit, dit Pothier, qu'une clause laisse au donateur le pouvoir de détruire ou d'altérer l'effet de sa libéralité pour que la donation soit nulle. Or, si je donne mille francs payables à mon décès, ne sera-t-il pas en mon pouvoir de détruire l'effet de ma libéralité ou de l'alterer? Je n'ai qu'à dissiper mon patrimoine, et la libéralité sera détruite ou altérée : au lieu d'une somme de mille francs, le donataire aura une action contre une succession insolvable. Cependant Ferrière nous dit que le donateur ne peut, même indirectement, rendre inutile la donation qu'il a faite; et ne la rend-il pas inutile s'il ne laisse pas de biens? Celui qui donne une somme payable à son décès donne donc avec faculté d'anéantir sa donation; n'est-ce pas donner et retenir (1)?

⁽¹⁾ Ricard, Des donations, Ire partie, nos 1024 et suiv. (t. I, p. 260).
(2) Comparez Demolombe, t. XX, p. 395, nos 412 et 413.
(3) Coin-Delisle, art. 943, no 6, p. 242.

⁽¹⁾ Championnière et Rigaud, Traité des droits d'enregistrement, t. II,

Il faut, disons-nous, s'en tenir à la tradition. On l'invoque aussi pour l'opinion contraire; nous devons donc y insister. Que dit Pothier, le guide habituel des auteurs du code? « Lorsque quelqu'un me fait donation d'une certaine somme, payable seulement après sa mort, dont il se constitue envers moi le débiteur, je pense que la donation est valable et que je dois être censé suffisamment mis en possession de la chose donnée par l'acte même de donation, par lequel je suis fait d'une manière irrévocable créancier de la créance qui m'est donnée, et par la clause de dessaisissement par laquelle le donateur se dessaisit envers moi de ses biens jusqu'à due concurrence, en les chargeant de cette dette pour moi (1). » Pothier commence par exposer les principes comme nous l'avons fait; mais il ne s'en contente pas, il exige, pour la validité de la donation, une clause de dessaisissement; il veut que le donateur se dessaisisse au profit du donataire de ses biens jusqu'à due concurrence, et il entend par là que les biens soient chargés de cette dette envers le donataire. Pourquoi ajoute-t-il ces restrictions? La chose est évidente; ces restrictions étaient commandées par la maxime Donner et retenir ne vaut. Il fallait garantir le donataire contre le pouvoir que le donateur a de disposer de ses biens et de détruire la donation ou de l'altérer. Ce n'est que moyennant le dessaisissement des biens jusqu'à concurrence de la somme donnée que la donation devenait valable, en assurant le donataire contre toute révocation indirecte. Sans le dessaisissement, la donation était nulle, puisqu'elle laissait au donateur le pouvoir de l'anéantir. On dit qu'il ne faut voir dans ces paroles de Pothier que des imperfections de langage (2). Cela n'est pas sérieux; Pothier est fidèle aux principes traditionnels du droit français; il exige formellement que le donateur se dessaisisse de ses biens jusqu'à due concurrence; c'est ce dessaisissement qui seul valide la donation.

n°s 1546 et 1547, p. 475, et t. III, n°s 2201, p. 334. La jurisprudence de la cour de cassation a longtemps été en ce sens (voyez les arrêts cités par Championnière, et Demolombe, t. XX, p. 365, n° 388.

(1) Pothier, Introduction au titre XV de la coutume d'Orléans, n° 24.

(2) Demolombe, t. XX, p. 370, 3°, n° 392.

Ricard est du même avis. En traitant de la donation des biens à venir, il pose ce principe restrictif qu'il ne doit pas être en la liberté du donateur de rendre la donation inutile; il en conclut que les donations, pour être irrévocables, doivent être composées de choses certaines. Cela suffit pour décider la question que nous discutons. La somme d'argent que le donateur promet au donataire est certaine, en ce sens qu'elle est écrite au contrat; elle est incertaine, en ce sens qu'elle ne donne pas au donataire un droit certain, à l'abri du pouvoir que le donateur conserve sur ses biens. Comment donner cette certitude au donataire? Ricard examine la question de savoir si la donation de mille livres de rente à prendre sur les biens du donateur, pour commencer à en jouir après son décès, est valable. Il n'y voit aucune difficulté, pourvu que la tradition de droit soit faite; il entend par là que les biens du donateur soient affectés à la rente dès le moment que la donation a été faite (1). C'est, à la lettre, la doctrine de Pothier. La jurisprudence était conforme à cette opi-

Nous citerons encore le témoignage de Ferrière; il ne fait que résumer avec intelligence les opinions régnantes; son témoignage est d'autant plus considérable. Praticien avant tout, le commentateur de la coutume de Paris n'hésite pas à décider que la donation d'une somme d'argent payable à la mort n'est pas valable comme donation entrevifs; et il en donne cette raison, que le donateur ne transfère pas de propriété au donataire; ce qui est vrai en ce sens qu'il peut engager, vendre et hypothéquer tous ses biens; il pourrait même les donner et les léguer, preuve que le premier donataire n'a aucun droit dans les biens du donateur. Ferrière admet néanmoins que cette donation peut devenir valable; il faut pour cela que l'acte porte hypothèque sur les biens que le donateur a lors de la donation (2). C'est toujours l'opinion de Ricard et de

Pothier.

⁽¹⁾ Ricard, Des donations, Ire partie, nºs 1001 et 1006 (t. I, p. 254 et 253). (2) Ferrière, Commentaire sur la coutume de Paris, t. 111, p. 1229,