

1^o La donation est un *contrat*, le testament un *acte*.

2^o Dans la donation le donateur se dépouille *actuellement*; dans le testament il ne dispose que pour après sa mort. Aussi la donation ne doit-elle comprendre que des biens présents, tandis que le testament peut aussi comprendre des biens à venir.

3^o La donation entre-vifs est irrévocable; le testament est révocable.

Le Droit romain admettait une autre différence, qui n'existe plus aujourd'hui, entre la donation entre-vifs et le testament. La donation entre-vifs, faite sous une condition impossible ou illicite, était nulle; elle demeurait soumise à cet égard aux règles du droit commun qui gouvernent les contrats en général: tout était annulé, la condition et le contrat. On suivait une règle contraire en ce qui concerne les testaments, qui, on le sait, jouissaient à Rome d'une faveur particulière: les conditions impossibles ou illicites insérées dans un testament étaient réputées non écrites, *pro non scriptis habentur*; par suite la disposition testamentaire subordonnée à une pareille condition était considérée comme pure et simple; on annulait la condition, mais on maintenait la disposition. Ainsi en Droit romain, tandis que les conditions impossibles ou illicites insérées dans une donation entre-vifs *viciantur et viciant*, ces mêmes conditions insérées dans un testament *viciantur et non viciant*.

Quels étaient les motifs de cette différence? Il est assez difficile de le dire. Rationnellement, tout acte juridique, à titre gratuit ou à titre onéreux, qui a été subordonné à la réalisation d'une condition impossible ou illicite, devrait être déclaré nul; car l'efficacité d'un acte juridique fait sous condition dépend de la réalisation de cette condition, et il est certain qu'elle ne pourra pas se réaliser si elle est impossible, ou ne pourra pas se réaliser efficacement si elle est *illicite*, c'est-à-dire moralement ou légalement impossible. Logiquement donc, tout contrat à titre onéreux ou à titre gratuit et toute disposition testamentaire subordonnés à une condition impossible ou illicite devraient être déclarés nuls.

Le Droit romain, nous venons de le dire, fit l'application de cette règle aux donations entre-vifs; mais il y dérogea pour les testaments, en décidant que les conditions impossibles ou illicites que le testateur y aurait insérées seraient réputées non écrites. La faveur, dont les testaments jouissaient à Rome, paraît avoir été la principale, sinon l'unique cause de cette dérogation. Ce qui prouve que la chose n'allait pas toute seule, c'est qu'il y avait désaccord à ce sujet entre les deux écoles de jurisconsultes. Les Proculiens pensaient que l'effet des conditions impossibles ou illicites devait être le même dans les testaments que dans les contrats, que par suite les dispositions testamentaires faites sous des conditions impossibles ou illicites devaient être déclarées nulles. L'opinion contraire des Sabinieniens, qui considéraient la condition impossible ou illicite comme non écrite dans les testaments, prévalut; mais Gaius, qui était Sabinien, affirme lui-même qu'il ne voit pas bien les raisons de cette différence, *et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (G. Inst., comm. III, § 98). M. de Savigny pense que l'exception s'est fait jour, d'abord en ce qui concerne les conditions illicites, et qu'elle a été ensuite étendue aux conditions impossibles.

345. Les testaments ne jouissant plus chez nous de la même faveur qu'à Rome, il semble que notre législateur aurait dû supprimer une exception que cette faveur avait fait introduire. Tout au contraire, il l'a conservée et même aggravée en l'étendant aux donations entre-vifs; c'est ce qui résulte de l'art. 900 ainsi conçu: « *Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites* ».

Notre législateur assimile donc la donation entre-vifs au testament quant à l'effet des conditions impossibles ou illicites qui y seraient insérées: dans la donation comme dans le testament, ces conditions sont réputées non écrites, *viciantur et non viciant*. L'art. 1172 établit en ce qui concerne les contrats autres que la donation une règle opposée: « *Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend* ». Ainsi l'art. 1172 applique aux contrats en général cette règle, dictée par la raison, qu'un acte juridique, subordonné à une condition impossible ou illicite, doit être considéré comme nul. L'art. 900 déroge à cette même règle en faveur des dispositions à titre gratuit, testaments ou donations: ce qui non seulement ne satisfait guère la raison juridique, mais en outre contraste avec les nombreuses dispositions du Code civil qui témoignent de la défaveur marquée avec laquelle il accueille les dispositions à titre gratuit.

Tout ce que l'on peut dire pour justifier cette différence, c'est que, dans les contrats à titre onéreux, la responsabilité de l'insertion d'une condition illicite incombe à l'une aussi bien qu'à l'autre partie contractante, puisqu'elle est le résultat de leur commune volonté; il paraît donc tout naturel de leur infliger à l'une et à l'autre la nullité du contrat à titre de peine. Au contraire, dans les dispositions à titre gratuit, l'insertion d'une condition impossible ou illicite semble ne pouvoir être imputée qu'au disposant; le légataire y demeure bien évidemment tout à fait étranger, puisque le testament n'est pas son œuvre; et quant au donataire, quoiqu'il participe à la donation, on peut dire qu'il n'y joue qu'un rôle purement passif, et qu'il subit plutôt qu'il n'accepte une condition qui est dictée par le donateur comme toutes les autres clauses du contrat. Cela étant, il a pu paraître injuste de faire subir au donataire ou au légataire, en annulant la disposition, les conséquences d'une condition qui ne lui est pas imputable. D'un autre côté, si l'on avait appliqué aux dispositions à titre gratuit la règle de l'art. 1172, le donataire ou le légataire aurait peut-être été tenté d'accomplir la condition illicite qui lui a été imposée, dans l'espoir que le donateur, satisfait de cette exécution, ne demanderait pas la nullité de la donation, ou que l'héritier du testateur, complice de celui-ci, ne se prévaudrait pas de la nullité du legs. On peut objecter, il est vrai, que le donateur ou le testateur, qui donne ou lègue sous une condition impossible ou illicite, n'a pas voulu en réalité donner ou léguer. Mais on peut répondre que le but principal du donateur ou du testateur a été de faire une libéralité, et que, s'il avait fallu choisir entre le sacrifice de la condition et celui de la libéralité, le disposant aurait probablement sacrifié plutôt la condition; qu'en tout cas l'insertion de cette condition peut avoir été le résultat d'une erreur de sa part.

346. Les conditions, que notre article répute non écrites dans les donations ou les testaments, sont : 1^o les conditions *impossibles*; 2^o les conditions *contraires aux lois ou aux mœurs*, qu'on peut comprendre sous la dénomination générale de conditions *illicites*. La nature s'oppose à l'accomplissement des premières, la loi ou la morale à l'accomplissement des secondes, de sorte qu'elles sont impossibles légalement ou moralement, impossibles par conséquent pour un honnête homme. *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec nos facere posse credendum est.*

Observons du reste que le mot *conditions* a dans l'art. 900 le sens le plus large, et qu'il désigne, non seulement les conditions proprement dites, c'est-à-dire les événements futurs et incertains auxquels serait subordonnée l'existence d'une donation, mais aussi les charges imposées au donataire ou au légataire (arg. des art. 953 et 1046).

1^o *Des conditions impossibles.* Les jurisconsultes romains citent *exempli gratia* la condition *si cælum digito tetigeris*. Ce n'est pas vraisemblablement la pratique des affaires qui leur a suggéré cet exemple. A Rome, comme chez nous, on ne devait guère rencontrer dans les donations ou dans les testaments de conditions aussi manifestement impossibles, qui attesteront presque toujours l'insanité d'esprit du disposant et par suite son incapacité de disposer (arg., art. 901). La jurisprudence est à peu près muette sur les conditions impossibles : ce qui prouve qu'elles occupent une place fort restreinte dans le domaine des faits ; aussi n'y insisterons-nous pas. Disons seulement que, pour qu'une condition soit impossible dans le sens de l'art. 900, il faut qu'elle le soit d'une manière absolue, et non pas seulement par rapport au donataire ou au légataire chargé de la remplir. Ainsi la condition de peindre un tableau ne sera pas considérée comme impossible *hoc sensu*, parce que le donataire ou le légataire, auquel cette condition est imposée, ignore les notions les plus élémentaires de l'art de la peinture.

2^o *Des conditions illicites.* Sont illicites les conditions *contraires aux lois* et les conditions *contraires aux mœurs* (art. 900).

a. Conditions contraires aux lois. Toutes les conditions contraires aux lois ne sont pas illicites, et ne doivent pas par suite être assimilées indistinctement à des conditions impossibles. Parmi les lois il y en a auxquelles les particuliers peuvent déroger, parce qu'elles sont exclusivement fondées sur l'intérêt privé ; les conditions contraires à des lois de cette nature ne seraient pas illicites. Telle serait la condition de renoncer à une succession ouverte ; elle est contraire à la loi qui donne à tout héritier le choix entre l'acceptation et la répudiation ; mais c'est là une loi d'intérêt privé. Il y en a d'autres au contraire auxquelles les particuliers ne peuvent pas déroger, parce qu'elles touchent plus ou moins à

l'intérêt général, à l'ordre public ; toute condition contraire à une loi de cette nature serait illicite, et par suite réputée non écrite, si elle se trouvait insérée dans un testament ou dans une donation. Telles seraient les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance maritale, par exemple la condition imposée à un mari de ne pas reprendre sa femme qui a quitté le domicile conjugal (art. 214), ou les conditions qui porteraient atteinte aux lois relatives à la puissance paternelle, par exemple celle qui imposerait à un père l'obligation d'élever ses enfants dans telle religion.

b. Quant aux conditions contraires aux mœurs, il n'est pas besoin de les définir : telle serait la condition de commettre un inceste. La plupart du temps, les conditions contraires aux mœurs sont en même temps contraires aux lois ; qu'elles le soient ou non, elles sont illicites et par suite réputées non écrites dans les donations et les testaments.

D'après ce qui précède, on devrait considérer comme illicites :

1^o La condition de ne pas se marier ou même de ne pas se remarier ; il y a toutefois quelques doutes sur ce dernier point.

2^o La condition de ne se vouer jamais à aucun état ou profession.

3^o La condition de ne pas aliéner la chose donnée.

La jurisprudence, qui accepte en principe cette dernière décision, y apporte un certain nombre de restrictions plus ou moins contestables. C'est ainsi qu'on lit dans un arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 1865 que : « si la prohibition absolue d'aliéner contenue dans une donation ou dans un testament est nulle comme contraire à l'intérêt public de la libre circulation des biens, il en est autrement de la prohibition temporaire qui est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime soit du donateur soit des tiers ». Voyez aussi Angers, 18 décembre 1878, Sir., 79. 2. 322.

* Quant à la condition de ne pas attaquer le testament, avec clause pénale pour le cas où cette condition ne serait pas observée, il faut appliquer les principes édictés en matière de contrats par l'art. 1227. De là il résulte que la clause pénale sera nulle, quand la condition à laquelle elle se rattache (la condition de ne pas attaquer le testament) sera illicite, c'est-à-dire quand cette condition aura été imposée par le testateur pour assurer l'exécution d'un testament qui viole une loi à laquelle il n'est pas permis de déroger, d'un testament par exemple qui prive un héritier réservataire de sa réserve, ou d'un testament qui est nul pour vice de forme. Dans les autres cas, la prohibition d'attaquer le testament et la clause pénale qui l'accompagne seraient valables : par exemple si un père, qui a plusieurs enfants et qui a fait entre eux le partage de ses biens par testament en observant les règles de l'égalité, ajoute cette clause pénale : « Si l'un de mes enfants attaque le présent partage, je le prive de sa part dans la quotité disponible, qui sera répartie entre ses frères auxquels je la lègue ». Celui des enfants qui attaquerait le testament, par exemple pour inégale composition des lots (art. 826 et 832), encourrait la peine, alors même qu'il réussirait dans sa demande. La disposition des art. 826 et 832 est une disposition d'intérêt privé, à laquelle le testateur peut valablement déroger.

* **347.** Les conditions impossibles ou illicites étant réputées non écrites dans les donations (art. 900), tandis qu'elles annulent les contrats à titre onéreux qui ont été subordonnés à leur réalisation (art. 1172), il en résulte qu'il y a le plus grand intérêt à savoir si un acte, qui contient une condition impossible ou illicite,

doit être considéré comme une donation et soumis à ce titre à l'art. 900, ou comme un contrat à titre onéreux soumis à l'application de l'art. 1172. La question ne devra pas toujours être résolue en consultant le nom que les parties ont donné à l'acte, ni même les formes dont il est revêtu. Il faut aller au fond des choses, et rechercher quelle a été la véritable intention des parties, conformément à la règle *Contractus non ex nomine, sed ex re, legem accipiunt*. Le disposant a-t-il eu pour but principal de gratifier le donataire? Il y aura donation et on appliquera l'article 900. Est-il démontré au contraire que la prétendue libéralité faite par l'une des parties à l'autre n'est que le prix de l'exécution de la condition illicite imposée par l'acte au prétendu donataire, de sorte qu'il y a eu en réalité un marché honteux entre les deux parties, l'une s'engageant envers l'autre à accomplir un acte immoral et l'autre promettant pour cela un certain prix? Il y aura contrat à titre onéreux : ce qui amènera l'application de l'art. 1172. C'est ainsi que la soi-disant donation, faite à un homme marié sous la condition qu'il ne forcera pas sa femme qui a déserté le domicile conjugal à le réintégrer, pourrait être, suivant les circonstances, considérée comme un contrat intéressé de part et d'autre, nul par conséquent d'après l'art. 1172, s'il était démontré que le prétendu donateur entretient avec la femme du prétendu donataire des relations illicites, et que la condition imposée au mari n'est que le prix de son consentement à ces relations et de la promesse qu'il fait de garder le silence.

348. Notons en terminant que la règle de l'art. 900 comporte deux exceptions en ce qui concerne les *conditions contraires aux lois*.

La première est écrite dans l'art. 896. La condition ou charge imposée au donataire ou légataire de conserver les biens donnés ou légués et de les rendre à un tiers est *nulle* comme contraire à la loi, et entraîne la nullité de la donation ou du legs.

La deuxième exception résulte des art. 943-946. D'après ces articles, les conditions, qui auraient pour effet de rendre une donation entre-vifs révocable, *annulent* la donation.

CHAPITRE II

DE LA CAPACITÉ DE DISPOSER OU DE RECEVOIR PAR DONATION ENTRE-VIFS OU PAR TESTAMENT

349. Aux termes de l'art. 902 : « *Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables* ».

La capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit est donc la règle générale, l'incapacité l'exception. Une personne est capable de disposer ou de recevoir à titre gratuit par cela seul qu'elle n'en est pas déclarée incapable par la loi.

350. L'incapacité de disposer ne doit pas être confondue avec l'*indisponibilité*. L'incapacité de disposer affecte la personne même du disposant, l'indisponibilité affecte son patrimoine. En d'autres termes, l'incapacité de disposer tient à des causes personnelles à celui qui en est frappé : tantôt elle constitue pour lui une peine, comme l'incapacité

qui frappe les condamnés à une peine afflictive perpétuelle, tantôt une mesure de protection, comme l'incapacité qui frappe les mineurs ou les interdits. L'*indisponibilité* au contraire est fondée sur des causes étrangères à la personne même du disposant ; elle a pour but de sauvegarder le droit de réserve que la loi attribue sur son patrimoine à ses plus proches héritiers (descendants et ascendants), droit qu'il ne peut pas compromettre par des dispositions à titre gratuit. Les biens d'une personne sont indisponibles dans la mesure du droit de réserve accordé à ses héritiers.

L'indisponibilité étant la sanction du droit de réserve accordé à certains héritiers, on conçoit que toutes les questions qui tiennent à l'indisponibilité ne peuvent être résolues qu'au décès du disposant. Tout dépend en effet de l'état de son patrimoine à ce moment suprême, et de la qualité, quelquefois aussi du nombre des héritiers qui viennent à sa succession. Ainsi la personne, qui ne laisse à son décès aucun héritier réservataire, a pu valablement disposer à titre gratuit de la totalité de son patrimoine ; celle qui laisse un seul enfant n'a pu disposer que de la moitié ; celle qui en laisse deux, que du tiers... (art. 913). Il est donc impossible, tant qu'une personne vit, de dire quel est ou plutôt quel sera son disponible, et par suite de résoudre aucune question d'indisponibilité, parce qu'il faudrait pour cela savoir ce que vaudra son patrimoine lors de son décès et quels seront alors ses héritiers. Il n'en est pas de même des questions d'incapacité : le disposant devant toujours être capable au moins au moment où il dispose, il en résulte que, s'il est alors incapable, la libéralité est nulle, et elle demeure telle, quels que soient les événements ultérieurs. Ainsi la donation entre-vifs faite par un mineur sera nulle, alors même qu'il mourrait en majorité.

351. L'incapacité soit de disposer soit de recevoir à titre gratuit peut être *absolue* ou *relative* : *absolue* quand elle existe à l'égard de tous, *relative* quand elle n'existe que par rapport à certaines personnes. Ainsi le condamné à une peine afflictive perpétuelle est frappé d'une incapacité absolue de disposer et de recevoir à titre gratuit ; il ne peut en effet disposer au profit de personne ni recevoir de personne (l. 31 mai 1854, art. 3). Au contraire un père est frappé d'une incapacité *relative* de disposer à titre gratuit vis-à-vis de son enfant adultérin (art. 908) ; car cette incapacité n'existe que du père à l'enfant ; à l'égard de tous autres, il peut disposer suivant les termes du droit commun.

D'ailleurs toute incapacité relative de disposer à titre gratuit entraîne une incapacité corrélative de recevoir ; ainsi l'incapacité relative de disposer, dont le père adultérin est frappé vis-à-vis de son enfant, entraîne pour celui-ci une incapacité corrélative de recevoir de son père. Mais les incapacités soit de disposer soit de recevoir ne sont pas