

En résumé, le droit d'invoquer le défaut de transcription appartient à tous les ayant-cause à titre particulier du donateur.

Toutes les personnes dont nous venons de parler peuvent invoquer le défaut de transcription, alors même qu'elles auraient eu connaissance de la donation par une autre voie. Les tiers intéressés sont réputés ignorer la donation, tant qu'elle n'a pas été portée à leur connaissance par la voie légale qui est la transcription, et cette présomption n'admet pas la preuve contraire (arg., art. 1352, al. 2). Toulouse, 49 août 1880, Sir., 84. 2. 424.

§ III. De la règle Donner et retenir ne vaut.

N° 1. Des applications de cette règle.

467. Ainsi que nous l'avons déjà dit (*supra*, n° 341), la règle *Donner et retenir ne vaut* paraît s'être introduite dans notre ancien Droit, surtout en haine des donations. On avait voulu retenir le donateur par le frein de son propre intérêt ; en l'obligeant à se dépouiller *irrévocablement*, on espérait qu'il hésiterait et finalement qu'il reculerait. Cette règle, à laquelle il est difficile de trouver un fondement juridique, a cependant été reproduite par notre législateur moderne qui en fait quatre applications dans les articles 943-946. Étudions-les successivement.

468. PREMIÈRE APPLICATION. — « 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 ». Ainsi s'exprime l'art. 943.

Il résulte de ce texte que la donation de biens présents est valable, celle de biens à venir nulle ; si la donation comprend tout à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est nulle seulement en ce qui concerne les derniers.

Il importe donc beaucoup de savoir ce qu'il faut entendre ici par biens présents et par biens à venir.

Les biens *présents* sont ceux qui figurent dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, ou qui doivent y entrer plus tard en vertu d'un droit alors existant. Ces biens peuvent faire, d'après notre article, l'objet d'une donation. Ainsi je puis valablement donner les fruits que mon fonds produira l'année prochaine : ce sont des biens présents *hoc sensu*, parce que j'ai dès maintenant un droit à ces fruits. Il en est de même des profits qui me reviendront pour ma part dans telle société dont je suis membre, ou des biens sur lesquels j'ai un droit de propriété conditionnel.

Les biens *à venir* sont ceux qui ne figurent pas dans le patrimoine du donateur au moment de la donation, et auxquels il n'a pour le moment aucun droit, même conditionnel, ceux qui ne pourront entrer dans son patrimoine qu'en vertu d'un acte dépendant de sa volonté. La donation est nulle, quand elle porte sur des biens à venir, parce que, le donateur

étant libre de ne pas les acquérir, la donation se trouve entièrement subordonnée à sa volonté. *Donner et retenir ne vaut.*

Seraient nulles comme portant sur des biens à venir :

a. La donation de tel bien que le donateur se propose d'acquérir ; il lui est facultatif de n'en pas faire l'acquisition, et par suite de réduire à néant la donation.

b. La donation de biens que le donateur est appelé éventuellement à recueillir en qualité d'héritier présomptif d'une personne qui n'est pas encore décédée. En effet il n'a aucun droit, même conditionnel, à ces biens, *viventis non est hereditas*. Sans doute ils rentreront de plein droit dans son patrimoine lors de l'ouverture de la succession, s'il s'y trouve appelé en vertu des dispositions de la loi (art. 711). Mais cette acquisition est subordonnée en définitive à sa volonté ; car il dépend de lui de l'empêcher de se produire en répudiant la succession, faculté à laquelle il ne peut même pas renoncer à l'avance en vertu de la règle qui interdit les pactes sur succession future.

c. La donation de tous les biens que le disposant laissera à l'époque de son décès. En effet aucun des biens appartenant au donateur n'est compris dans cette donation comme bien présent, puisqu'il ne les donne que sous la condition qu'ils lui appartiendront encore lors de son décès ; il se réserve donc le droit d'anéantir la donation en dissipant ces biens et en négligeant d'en acquérir d'autres. Une semblable disposition peut bien être faite par testament, parce que le testateur ne se dépouille pas irrévocablement ; mais elle ne saurait être faite par donation entre vifs, parce que *Donner et retenir ne vaut.*

d. La donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que le donateur laissera à l'époque de son décès. Cette restriction indique en effet que le donataire n'aura droit à la somme donnée qu'autant que le donateur laissera à son décès des biens d'une valeur suffisante pour en procurer le paiement. Le donateur se réserve donc le droit de rendre la donation inefficace en dissipant son patrimoine ; le donataire n'aura même pas en ce cas d'action contre sa succession insolvable, et, si cette succession est acceptée purement et simplement, l'héritier ne sera pas tenu de payer la somme portée en la donation.

Il en serait autrement, suivant l'opinion générale, de la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur. Il est incontestable qu'on peut valablement donner une somme d'argent payable à terme ; et pourquoi le terme fixé ne pourrait-il pas être la mort du donateur ? En ce sens Caen, 5 mars 1879, Sir., 80. 2. 68. On objecte que le donateur est maître de rendre la donation inutile en dissipant son patrimoine, que par suite la donation doit être nulle comme dans l'hypothèse qui précède et pour le même motif. Mais la différence est grande entre les deux cas. Quand je donne une somme d'argent à prendre sur les biens que je laisserai à l'époque de mon décès, je ne me dépouille pas irrévocablement ; car le droit de créance que je confère au donataire est subordonné à une condition dépendant de ma volonté, savoir : que je laisserai lors de mon décès des biens d'une valeur suffisante ; de sorte que, si je ne laisse rien, le donataire n'aura aucun droit, il n'aura même pas une créance nominale contre ma succession insolvable. Au contraire, quand je

donne une somme d'argent payable à mon décès, je me dépouille actuellement et irrévocablement; car je confère immédiatement au donataire un droit de créance qu'il ne m'appartient plus de lui enlever. Si je meurs insolvable, le donataire n'en aura pas moins une créance contre ma succession, créance dont il pourra exiger le paiement de mon héritier s'il accepte purement et simplement.

* La donation d'une somme d'argent payable au décès du disposant ne cesserait même pas d'être valable par suite de cette circonstance : que les biens appartenant au donateur lors de la donation seraient d'une valeur insuffisante pour en assurer le paiement. Cela n'empêche pas que le donateur devienne actuellement et irrévocablement débiteur de la somme promise. Aussi faut-il décider que les autres créanciers chirographaires du donateur n'auraient, lors de son décès, aucun droit de préférence sur le donataire. Celui-ci viendra donc en concurrence avec eux, en cas d'insuffisance des biens du donateur (art. 2093); il leur serait même préféré, s'il avait une hypothèque. Le tout pourvu que la donation n'ait pas été faite en fraude des droits des créanciers, auquel cas ils pourraient la faire annuler (art. 1167).

* Que décider, si un même donateur a fait successivement plusieurs donations de sommes d'argent payables à son décès, et qu'à cette époque le patrimoine du disposant se trouve ne pas avoir une valeur suffisante pour payer tous les donataires? Viendront-ils tous au marc le franc; ou bien suivra-t-on l'ordre des dates des donations, en payant d'abord le donataire le plus ancien, puis celui qui vient immédiatement après, et ainsi de suite? La jurisprudence est en ce dernier sens (Caen, 5 mars 1879, Sir., 80, 2, 68). Cette solution se fonde sur les motifs suivants. — 1^o Elle est seule compatible avec le principe de l'irrévocabilité des donations. L'opinion contraire, d'après laquelle tous les donataires sont payés au marc le franc, permet au disposant de révoquer en partie une première donation en en faisant de nouvelles. — 2^o L'art. 1083 décide que les donations de biens à venir, qui sont exceptionnellement permises en faveur du mariage (art. 1082), ne pourront recevoir aucune atteinte de donations postérieures faites par le donateur. Ce que la loi dit de donations de biens à venir, qui sont moins irrévocables que les donations ordinaires, doit évidemment s'appliquer à plus forte raison à ces dernières. — 3^o Enfin l'art. 923, qui, au cas d'atteinte portée à la réserve, ordonne de réduire les donations en commençant par la plus récente, fournit en faveur de cette solution un puissant argument d'analogie. Qu'importe en effet que la réduction des donations soit rendue nécessaire, par suite de cette circonstance qu'elles dépassent la quotité disponible, ou par suite de cette autre que les biens du donateur sont insuffisants pour payer tous les donataires?

469. Si une donation comprend à la fois des biens présents et des biens à venir, elle est nulle à l'égard des biens à venir seulement (art. 943).

L'ordonnance de 1731 (art. 15) annulait la donation tout entière, même quant aux biens présents. L'auteur de l'ordonnance avait sans doute considéré une semblable donation comme étant indivisible dans la pensée du donateur, et par suite comme ne pouvant pas être déclarée nulle pour partie seulement et valable pour le surplus. Mais la supposition contraire n'est-elle pas beaucoup plus vraisemblable? N'est-il pas probable que le donateur a voulu, comme le dit Cujas, « *utilem partem donationis non vitari per inutilem* », que, dans sa pensée en un mot, la donation était divisible? Ainsi l'a jugé notre législateur; aussi a-t-il consacré sur ce point une décision contraire à celle de l'ordonnance.

470. DEUXIÈME APPLICATION. — « Toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du dona-

teur, sera nulle » (art. 944). Ce texte signifie en d'autres termes que la donation est nulle, lorsqu'elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher : telle serait la donation qu'une personne aurait consentie sous cette condition *si je me marie*.

C'est ce qu'il reste à démontrer.

Les conditions, dans l'accomplissement desquelles la volonté du donateur joue un rôle, peuvent être classées en trois catégories :

1^o La condition *purement potestative*, qui dépend de la seule volonté du donateur, *ex mero arbitrio donatoris*. C'est la condition *si voluero* ou toute autre équivalente, par exemple *si je lève le bras*.

2^o La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et du hasard; on pourrait l'appeler condition *potestative*. Tel serait le cas où le donateur aurait subordonné la donation à cette condition : *si je vais à Paris*, ou *si je me marie*. Des circonstances indépendantes de sa volonté peuvent l'empêcher de mettre à exécution son projet, et en ce sens la réalisation de la condition dépend dans une certaine mesure du hasard.

3^o La condition dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et de celle d'une autre personne *déterminée*. Tel serait le cas où le donateur aurait subordonné la donation à cette condition *si j'épouse telle personne*. Dans l'article 1474, le législateur désigne cette condition sous le nom de condition *mixte*.

Qu'une donation soit nulle quand elle est faite sous une condition *purement potestative* de la part du donateur, sous la condition *si voluero*, c'est incontestable. Ce qui ne l'est guère moins, c'est que ce n'est pas à cette hypothèse que se réfère l'art. 944, bien qu'il parle de conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur. Une obligation quelconque est nulle, quand elle est contractée sous une pareille condition (art. 1174), parce que ce n'est pas s'obliger que de s'obliger si l'on veut; le législateur n'avait certes pas besoin de dire que cette règle s'applique à la donation. D'ailleurs l'art. 1086, qui autorise exceptionnellement les donations que l'art. 944 défend en principe, et qui peut servir par suite à déterminer la portée de la règle formulée par l'art. 944, parle de conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et non pas de sa seule volonté. Nous en concluons que les conditions, auxquelles fait allusion l'art. 944, ne sont pas des conditions *purement potestatives*.

Restent les conditions *potestatives* et les conditions *mixtes*.

On admet généralement que la donation est nulle, à la différence d'un contrat ordinaire, si elle est faite sous une condition *potestative* de la part du donateur. L'art. 944 a été presque littéralement copié sur l'art. 16 de l'ordonnance de 1731; or Pothier, expliquant cet article, dit que la donation est nulle, « quand elle est faite sous une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher. »

Il y a plus de difficultés relativement aux donations faites sous une condition mixte, par exemple sous cette condition *si je me marie avec telle personne*. On décide généralement qu'elles sont valables. Les mots *de la seule volonté du donateur* (art. 944) ont été employés, dit-on, pour faire antithèse aux conditions dont l'exécution dépend d'une double volonté, celle du donateur et celle d'une tierce personne déterminée; ce sont seulement les premières qui annulent la donation. — Il nous paraît difficile d'admettre cette solution. En effet on ne voit pas trop le motif juridique de la distinction entre les conditions dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et du hasard, et celles dont l'exécution dépend de la volonté du donateur et de

la volonté d'une personne déterminée. Dans un cas comme dans l'autre, la volonté du donateur semble jouer un rôle prépondérant, en ce sens que, si elle ne suffit pas pour faire accomplir la condition, elle suffit du moins pour la faire défaillir. J'ai donné sous la condition *si je me marie avec telle personne*. Ma volonté suffit évidemment pour faire défaillir la condition, le mariage n'étant pas possible sans mon consentement; j'ai donc donné et retenu. Aussi finalement nous semble-t-il préférable d'assimiler ici la condition mixte à la condition potestative.

Il est sans difficulté qu'une donation peut valablement être faite sous une condition *casuelle*, c'est-à-dire sous une condition dont la réalisation dépend du hasard et nullement de la volonté du donateur (art. 1169), par exemple sous la condition de survie du donataire au donateur.

471. TROISIÈME APPLICATION. — « Elle [la donation] sera pareillement nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé » (art. 945). De ce texte, dont la formule est un peu trop elliptique, résultent les trois propositions suivantes.

1° Le donateur peut imposer au donataire, comme charge de la donation, l'obligation de payer ses dettes présentes en tout ou en partie.

* Et il n'est pas nécessaire que les dettes soient énumérées dans l'acte de donation ou dans un état y annexé; les mots *qui seraient exprimées soit dans l'acte...* font allusion aux dettes à venir, ainsi que cela résulte de la disjonctive *ou* et de l'esprit de la loi qui fait ici une application de la règle *Donner et retenir ne vaut*. Serait donc valable la donation faite à la charge par le donataire de payer toutes les dettes présentes du donateur sans autre explication. Sauf le droit pour le donataire de se refuser à payer les dettes qui n'auraient pas date certaine antérieure à la donation (arg., art. 1328); autrement le donateur pourrait indéfiniment augmenter les charges de la donation en anticiplant les nouvelles obligations qu'il contracterait.

2° Le donateur peut imposer au donataire l'obligation de payer une dette à venir, mais à la condition qu'elle soit exprimée dans l'acte de donation ou dans un état y annexé. Ainsi serait valable la donation faite à la charge par le donataire de payer une dette de 20,000 fr. que le donateur se propose de contracter. Seulement le montant de la donation sera, quoi qu'il arrive, diminué de 20,000 fr.; en d'autres termes, il faudra déduire de la donation le montant de la dette, que le donateur la contracte ou ne la contracte pas. Et en effet il y a faculté de révocation pour le donateur jusqu'à concurrence de 20,000 fr.; il a donné et retenu jusqu'à concurrence de cette somme; la donation est donc nulle dans cette mesure. Tel était notre ancien Droit, et c'est au surplus ce qui résulte très nettement de l'article 946.

3° La donation est nulle pour le tout, si elle est faite à la charge par le donataire de payer, sans limitation à un certain chiffre, les dettes à venir du donateur, par exemple les dettes de sa succession. Il y a encore ici faculté pour le donateur de révoquer la donation pour le tout; donc la donation est nulle pour le tout d'après la règle *Donner et retenir ne vaut*.

472. QUATRIÈME APPLICATION. — « En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires » (art. 946). « C'est donner et retenir, dit l'art. 174 de la Coutume de Paris, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer de la chose par lui donnée ». — La donation est nulle dans la mesure où le donateur a retenu. Elle sera donc nulle pour le tout, si le donateur s'est réservé le droit de disposer de la totalité du bien donné, par exemple, dit Pothier, s'il s'est réservé la faculté d'en aliéner ce qu'il jugerait à propos. Au contraire la donation sera nulle pour partie seulement, si le donateur s'est réservé le droit d'aliéner certains biens parmi ceux qu'il a donnés, ou s'il s'est réservé la faculté de disposer d'une somme fixe à prendre sur ces biens. Et remarquez qu'il n'y a pas à distinguer si le donateur a usé ou non de cette faculté. La réserve du droit de disposer est considérée comme équivalente à la disposition elle-même, et la donation est nulle dans la mesure de cette réserve. Les héritiers du donateur pourront donc réclamer l'effet ou la somme, alors même que le donateur n'en aurait pas disposé. Pareil droit appartient bien évidemment au donateur lui-même. Si la loi ne parle que de ses héritiers, c'est parce qu'elle présume, ce qui arrivera en effet le plus ordinairement, que le donateur ne se prévaut pas lui-même de la nullité. — Toute clause, qui aurait pour but d'empêcher l'application des règles qui viennent d'être établies, serait nulle et de nul effet.

473. Les donations faites par contrat de mariage au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur union, ainsi que les donations faites entre époux pendant le mariage échappent, en vertu de la faveur dont la loi les entoure, aux quatre applications, qui viennent d'être indiquées, de la règle *Donner et retenir ne vaut*; c'est ce qui résulte de l'art. 947, ainsi conçu : « Les quatre articles précédents ne s'appliquent point aux donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre ».

N° 2. Des stipulations qui ne sont pas incompatibles avec la règle
DONNER ET RETENIR NE VAUT.

474. Les articles 949-952 en indiquent deux : la première est la réserve de l'usufruit des biens donnés (art. 949-950); la deuxième, le retour conventionnel (art. 951-952).

I. De la réserve de l'usufruit des biens donnés.

475. « Il est permis au donateur de faire la réserve à son profit, ou de disposer au profit d'un autre de la jouissance ou de l'usufruit des biens