

Du reste M. Grenier prétend qu'on ne peut avoir aucun regret d'une telle suppression (1). Nous partageons tout à fait cet avis. D'une part, la démission de biens était en opposition avec la règle *viventis nulla est hæreditas* (2). D'un autre côté, elle laissait planer sur la propriété des incertitudes fâcheuses.

Au surplus, les art. 1075 et suivants du Code Napoléon contiennent des dispositions qui ressemblent assez à la démission, mais qui en diffèrent d'une manière notable par l'irrévocabilité. Nous en reparlerons sous ces articles.

36. § 2° Parlons maintenant de la donation à cause de mort (3).

La donation à cause de mort nous est représentée dans l'ancien droit romain comme tenant le milieu entre la donation et le testament. Elle a du rapport avec la donation entre-vifs, parce qu'elle se produit comme elle, sous la forme d'un contrat et qu'elle est inspirée par un esprit de libéralité. Mais elle en diffère en ce qu'elle est révocable et toujours sujette à repentir (4); ce qui fait dire aux jurisconsultes romains que tandis que, dans la donation entre-vifs, le donateur préfère le donataire à lui-même, il arrive, au contraire, dans la donation à cause de mort, que le donateur se préfère au donataire, et qu'il le préfère seulement à son héritier (5).

Elle a du rapport avec le testament parce qu'elle est faite

(1) *Donations*, t. I, p. 90.

(2) Furgole, *loco citato*.

(3) Voët ad Pand. *De mortis causa donat.* Perezius sur ce titre du Code. Le présid. Favre, t. XXXIX, lib. 8. Mantica *De conject. ultim. volunt.*, t. XIII, lib. 4. Menochius, *De præsumpt.*, lib. 3, præ. 34. Furgole, sur l'ord. de 1734, art. 4 et 3, et *Testaments*, t. IV, ch. 44. M. Merlin, *Répert.*, v° *Donation*, etc., etc.

(4) L. 29, D., *De mortis causa donat.* Paul, III, *Sent.* 7, § 4.

(5) *Instit.*, *De donat.*, § 4; L. 4, § 4. D., *De mortis causa donat.*; L. 35, § 2. D. *loc. cit.*

en vue de la mort. *Ob mortis fit periculum*, dit Vinnius (1), et elle n'est parfaite que par le décès du donateur. Mais elle en diffère entre autres choses, en ce qu'elle se fait par contrat. *Mortis causa donatur, quo præsens præsentis dat* (2). Le donateur et le donataire sont en présence, ils règlent leurs conventions et font un contrat dont le résultat est, assez souvent, de donner au donataire le dépôt de la chose jusqu'à l'événement de la condition, toutes circonstances qui n'ont pas lieu dans le testament. « Ami, dit Télémaque à Pirée, l'avenir est » incertain. Si la trahison de nos cruels ennemis me ravit le » jour, je veux que tu sois en possession de ces armes que » m'a données Ménélas, afin qu'elles ne tombent pas aux » mains de leur troupe inhumaine; mais si j'ai le bonheur » de remporter la victoire, alors tu auras la satisfaction de » remettre ces armes à ton ami (3). »

On peut citer encore cet exemple tiré de l'*Alceste* d'Euripide: c'est Hercule qui s'adresse à Admète (4): « Conserve-moi » cette femme, mon esclave, jusqu'à ce que je revienne ici » vainqueur du tyran. Si pourtant je ne réussis pas (puis- » sent les dieux écarter ce funeste présage!), je donne cette » esclave à ta famille; elle n'a été conquise par moi qu'à la » suite de pénibles travaux. »

37. Mais comme la donation à cause de mort était susceptible de toutes les conditions compatibles avec sa nature, elle finit par affecter des combinaisons qui la rapprochèrent tellement du legs que Justinien disait qu'elle n'en était plus dissemblable (5). Aussi dans le dernier état du droit romain, la donation à cause de mort n'avait-elle plus besoin de l'ac-

(1) *Partit. juris*, lib. 2, c. 29.

(2) L. 38, D., *De mortis causa donat.*

(3) Homère, *Odyssée*, liv. 47, v. 78.

(4) Act. V, sc. 4, vers 1625 et suiv.

(5) L. 3, c., *De mortis causa donat.*

ception du donataire (1) : elle pouvait se produire à titre d'acte unilatéral de libéralité.

58. Il semble que réduite à ces simples termes, la donation à cause de mort n'avait plus de raison d'exister d'une manière distincte de la donation entre-vifs et du legs. Elle se perpétua cependant dans les pays de droit écrit, et survécut à l'ordonnance de 1731 (2). Il y en avait une raison ; c'est que la donation à cause de mort, émanation du droit naturel, avait plus de latitude que le legs. Ainsi, par exemple, le fils de famille pouvait donner à cause de mort avec la permission de son père ; il ne pouvait pas faire de testament (3).

59. Mais dans les pays coutumiers où le droit reposait sur des données plus simples, la donation à cause de mort n'avait pas de rang distinct (4), elle se confondait avec les legs et elle valait à ce titre (5).

40. Le Code Napoléon n'a pas voulu s'embarrasser, plus que le droit coutumier, d'un genre de disposition dont il était inutile de faire une troisième manière de disposer à titre gratuit. Ce n'est pas qu'il proscrive positivement le mot de donation à cause de mort ; l'art. 967 du Code Napoléon admet toutes les dénominations quelconques. Ce n'est pas non plus qu'il proscrive la chose. Car la disposition vaudra évidemment si elle a les caractères d'une disposition testamentaire. Mais la pensée du Code Napoléon est celle-ci : c'est que « la distinction des dispositions de dernière volonté en testament, codicille, donation à cause de mort, ne subsiste plus (6). » La donation à cause de mort n'est donc qu'un

(1) L. dernière, c., *De donat. causa mortis*, novell. 87. Furgole, *Test.*, ch. 14, où il revient sur ce qu'il a dit *Quest. sur les donat.*, q. 47.

(2) Furgole, t. IV, ch. 14, n° 3, et *Com. sur l'ord. de 1731*, t. V, p. 23.

(3) L. 25, § 4, D., *De mortis causa donat.*

(4) Ricard, ch. 2, n° 18 et 37.

(5) Arg. de l'art. 277 cout. de Paris.

(6) M. Jaubert, disc. au Tribunat (Fenet, t. XII, p. 578).

legs dans notre droit ; elle n'a de valeur qu'à ce titre (1).

41. Ceci posé, on demande quel serait, sous le Code Napoléon, le sort d'une disposition analogue à la donation de Télémaque et d'Hercule, où le donateur plein de vie, mais en présence d'un danger de mort, met le donataire en possession de sa chose et pactise avec ce dernier qui accepte. Supposons, par exemple, que François pressé d'un grand péril, donne à Jacques une somme de 50,000 fr. qu'il dépose entre ses mains, à condition que Jacques la lui remettra, s'il échappe au danger, ou qu'il la gardera s'il y succombe.

Deux questions se présentent ici :

1° Quelle est la valeur intrinsèque d'un tel acte ? Dans quelle classe faut-il le ranger ? Dans la classe des donations ou dans la classe des legs ?

2° Si c'est un legs, n'est-il pas vicié par l'intervention du légataire, par son concours insolite dans une disposition testamentaire ?

42. Sur le premier point, l'acte contient un mélange de pensées diverses : il renferme un dépôt restituable, et en outre et en second ordre, une libéralité soumise à une condition de décès. Il renferme, disons-nous, un dépôt ; car le donateur entend que s'il échappe au danger, et assurément telle est sa ferme espérance et son plus vif désir, la chose lui soit rendue sans que le donataire en conserve rien (2). On ne serait pas fondé à dire que c'est là une donation avec pacte de retour. D'abord, le pacte de retour est plus particulièrement compatible avec la circonstance de prédécès du

(1) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Donations*, § 6, n° 4. M. Toullier, t. V, n° 41. M. Saintespès-Lescot, t. I, n° 9. M. Marcadé, art. 893, n° 2. M. Coin-Delisle, *ibid.*, n° 3 à 7. V. aussi le *Dict. du Notariat*, 4<sup>e</sup> édit., v° *Donations*, n° 5.

(2) Mon *Com. du Dépôt*, n° 446 et suiv., contient quelques détails intéressants sur les dépôts faits avec la pensée de la mort.

donataire (1); laquelle ne se rencontre pas ici. De plus, dans une donation avec pacte de retour, le donataire est pleinement propriétaire tant que la condition est pendante; dans notre espèce, il ne paraît pas que dans l'intention des parties, il soit propriétaire à aucun titre; la propriété demeure au contraire sur la tête du donateur, qui n'a voulu que se dessaisir de la possession: il peut retirer le dépôt et exprimer un repentir (2), il est déposant *pendente conditione*; il en a tous les droits (3).

Maintenant se présente une autre alternative, à savoir, que le dépositaire deviendra donataire et propriétaire, si le déposant décède dans le péril qu'il a prévu. Qu'est cette disposition sinon un legs de la chose? Tant que le déposant a vécu, cette chose faisait partie de ses biens; elle n'était qu'à titre précaire entre les mains du dépositaire; elle ne lui avait pas été transférée. Elle ne commence à lui appartenir que par l'événement du décès. Jusque-là tout était, pour lui, précaire et révocable: il faut l'événement de la condition de prédécès pour consolider la disposition entre les mains de la personne gratifiée. On reconnaît à ces circonstances la disposition testamentaire, le legs, ou si l'on veut la donation à cause de mort, par laquelle le donateur se préfère au donataire, et préfère le donataire à son héritier légitime.

L'acte serait certainement excellent si le donateur, après avoir chargé le dépositaire de la garde de la chose, le chargeait, dans la forme requise pour la validité des actes de dernière volonté, de la remettre à un tiers (4). Pourquoi serait-il moins bon parce que l'acte donne au dépositaire le droit de remettre la chose à lui-même?

(1) Art. 954. V. *infra*, n° 4270.

(2) Inst., *De donat.*, § 4. Le texte est formel.

(3) *Infra*, n° 4271; mais voyez aussi n° 4044.

(4) Mon Com. du *Dépôt*, n° 450.

43. Il n'y a qu'un point qui puisse faire doute, et ici arrive notre seconde question, c'est que la disposition a eu lieu avec le mélange de la forme de contrat: *Quo præsens præsenti dat*, et que cette forme ne se pratique pas dans les testaments. Il est certain en effet que tel n'est pas l'usage. Mais ce qui abonde ne vicie pas, il suffit que l'intervention du donataire à cause de mort n'altère en rien les conditions substantielles du legs, pour qu'on ne doive pas s'en préoccuper (1). Or on ne voit pas, dans l'espèce, quelle atteinte serait portée à la nature du legs. La disposition n'a pas cessé d'être révocable pendant la vie du donateur; elle n'est devenue définitive qu'à sa mort. Que veut-on de plus? Depuis quand est-il défendu de convertir un dépôt en legs?

44. Je sais que Dumoulin redoutait l'intervention des donataires dans les dispositions à cause de mort, et cela, par crainte des captations. *Quod autem nullo modo valet, quando est in forma contractus; juste institutum est odio suggestionum* (2). Cette forme de legs, affectant les caractères d'un contrat lui paraissait pleine de périls, et il s'identifiait avec la disposition de la coutume de Blois qui, par cette raison, prohibait les donations à cause de mort. Mais, remarquons-le, si le donataire a joué ici un rôle actif, ce n'est pas en ce qui touche la libéralité, c'est en ce qui touche le dépôt. Il y avait deux choses dans la convention: un dépôt, et puis un legs sous condition. Est-ce qu'il ne faut pas que le dépôt soit accepté? Et pourquoi donc cette acceptation serait-elle ensuite rétorquée contre la libéralité, à qui elle est inutile? Je comprends les scrupules de la coutume de Blois et de son illustre annotateur, quand il s'agit d'un legs pur et simple

(1) M. Merlin, Q. de droit, v° *Donation*, § 6, n° 4.

(2) Sur Blois, ch. 42, art. 170, sur les mots *Ne vaut rien*. (T. II, p. 736.)

auquel on fait intervenir le légataire, et encore ne voudrais je pas condamner un tel legs sans examen, parce que le Code Napoléon ne prononce pas de nullité précise à cet égard, comme la coutume de Blois (1). Je n'aurais de scrupules qu'autant que j'apercevrais des indices probables de suggestion ; et la forme, à elle seule, ne serait pas pour moi une raison de décider contre la disposition. Mais je dépose toute hésitation quand l'intervention du donataire a une raison d'être nécessaire, raisonnable. Elle est légitimée ici par le dépôt qui précède la libéralité, dépôt qui a été la première pensée du disposant, dont ses augures lui ont fait espérer la restitution, et qui exclut, à lui seul, toute présomption de circonvention dolosive.

Du reste, tout ce que nous venons de dire n'a trait qu'à la substance même de l'acte, lequel nous paraît valable, lors même qu'il emprunte les conditions synallagmatiques particulières aux libéralités entre-vifs. Nous verrons plus tard ce qui touche à la forme extérieure des donations à cause de mort dont nous nous sommes occupé (2).

#### 45. § 3<sup>o</sup> Du codicille.

Dans les pays coutumiers, il n'y avait aucune différence entre les codicilles et les testaments ; l'on y tenait même pour maxime que les testaments n'étaient que des codicilles. Mais il n'en était pas de même dans les pays de droit écrit, et il convient de faire connaître, d'après les principes du droit romain, la nature de ce genre de disposition.

(1) *Donation pour cause de mort ne vaut rien*, art. 170.

(2) *Infra*, nos 4044 et 4053. Nous citons à ce dernier numéro un arrêt de la cour de Bordeaux qui annule une donation à cause de mort faite dans la forme des dons manuels. Cet arrêt a parfaitement raison : une donation à cause de mort ne vaut rien lorsqu'elle n'a pour appui qu'une tradition manuelle accompagnée d'explications verbales. C'est ce que l'on verra *loc. cit.* Mais cet arrêt contient sur la donation à cause de mort en général des propositions qui n'annoncent pas une suffisante analyse de la matière.

L'usage des codicilles est beaucoup moins ancien que celui des testaments. Il ne fut introduit que sous Auguste, ainsi que les Institutes nous l'apprennent au titre *De codicillis*. On ne l'autorisa d'abord que pour les fidéicommiss ; mais ensuite on l'étendit aux legs (1). Toutefois on borna là ses prérogatives et il ne fut jamais permis d'ôter ou de donner l'hérédité par cette forme de disposer, qui était beaucoup moins solennelle que le testament.

Corvinus définit le codicille. « *Ultima testati vel intestati voluntas de eo quod quis post mortem suam de bonis suis fieri velit, citra directam hæredis institutionem, et animum testamenti faciendi* (2). »

D'Aguesseau (3) en donne cette autre définition : « Un codicille n'est autre chose qu'une prière adressée par un homme mourant à son héritier, par laquelle il le charge d'exécuter une volonté moins solennelle qu'un testament. Le testateur ordonne comme revêtu de l'autorité de la loi ; celui qui fait un codicille supplie en vertu du seul pouvoir que la nature attache aux prières des mourants. »

Ce qu'il y a de remarquable dans le codicille d'un homme qui meurt avec un testament, c'est que ce codicille fait toujours partie de ce testament antérieur ou postérieur, en sorte que lorsque le testament est abandonné, ce qui est laissé par codicille ne vaut pas (4). Du reste, s'il peut y avoir des codicilles qui concourent avec un testament, il peut y en avoir

(1) *Infra* sur l'art. 1002, n<sup>o</sup> 1749. Au commencement, les legs ne pouvaient se faire que par testament ; mais cela fut changé lorsque les legs furent assimilés aux fidéicommiss.

(2) *Enarrat.* sur le Code ; T. *De codicillis*. Furgole, t. IV, p. 348, ch. 12. Vinnius, *Partit. juris*, lib. 4, c. 45. Mantica, *De conject. ult. vol.*, t. VIII, lib. 4, n<sup>o</sup> 4.

(3) 2<sup>e</sup> plaidoyer sur le test. de l'abbé d'Orléans.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 263, n<sup>o</sup> 4. Voët, 39, 7, 4.

aussi *ab intestat* (1). Lorsqu'il y a un héritier testamentaire, la délivrance des choses laissées par le codicille doit lui être demandée. Lorsqu'il y a codicille sans testament, c'est aux héritiers *ab intestat* qu'on doit demander la délivrance.

Quant aux solennités du codicille, on tient pour constant que cette façon de disposer n'exige aucune solennité; c'est-à-dire qu'elle ne comporte ni institution d'héritier, ni exhérédation, et que l'obligation d'appeler sept témoins et de les prier n'est pas nécessaire. Mais elle n'en est pas moins soumise à des formalités. Si le codicille est nuncupatif, il doit être daté, prononcé en présence de la personne publique qui retient l'acte, et de quatre témoins, écrit par le notaire, signé du codicillant, du notaire et des témoins, fait *uno contextu*, et lu au codicillant en présence des témoins.

S'il est mystique, le codicille doit être écrit par le testateur ou par une personne affidée, et signé du codicillant. Si le testateur, ne sachant pas signer, a fait écrire ses dispositions, on doit appeler à l'acte de suscription un témoin surnuméraire, comme il est prescrit pour les testaments (2). Il n'y a que celui qui sait lire qui puisse faire un codicille clos: l'écrit intérieur doit être daté (3). Quant à l'acte de suscription, les formalités en sont déterminées par les art. 9 et 10 de l'ordonnance.

S'il est olographe, il suffit qu'il soit daté, écrit et signé de la main du codicillant. Mais la disposition en cette forme ne peut valoir qu'en faveur des descendants. S'il était fait en faveur d'étrangers, il serait nul. Enfin s'il est *inter liberos* par personne publique, il doit être reçu par deux notaires ou par un notaire et deux témoins (4).

(1) Instit., *De cod.*

(2) Art. 40, ord. de 1735.

(3) Art. 38, ord. de 1735.

(4) Ord. de 1735.

Quant à la capacité du codicillant, il n'y a que celui qui peut faire un testament qui puisse faire un codicille. *De persona ordinantis ita jus est, ut is demum codicillos facere possit, qui et testamentum facere potest* (1).

46. Nous n'avons fait qu'indiquer la différence du codicille avec le testament. Nous allons la préciser davantage.

Première différence.

Les dispositions universelles ne peuvent valoir dans les codicilles que comme fidéicommiss, et la maxime *le mort saisit le vif* n'y a pas lieu.

Deuxième différence.

On ne peut ni donner, ni ôter l'hérédité par un codicille (2).

Troisième différence.

On ne peut pas décéder avec plusieurs testaments valables, dans le droit romain; mais dans le même droit, on peut décéder avec plusieurs codicilles, à moins qu'ils ne soient inconciliables (3).

Quatrième différence.

On ne considère, dans le codicille, la capacité du codicillant qu'au moment de la mort (4).

47. Ceci admis et le codicille étant une manière de disposer différente du testament, il s'ensuit qu'un testament nul ne peut valoir comme codicille, quoiqu'il soit revêtu des formes du codicille; car celui qui fait un testament ne veut pas faire pour cela un codicille, qui est une chose toute distincte. Le testament ne peut valoir comme codicille qu'autant que le testateur l'a expressément déclaré par la clause appelée

(1) Vinnius, *Part. juris*, lib. 4, cap. 45. Voët *ad Pand.*, *De jure codicill.*, n° 2.

(2) Cujas, *Quæst. pap.*, lib. 15, l. 40. D., *De jure codicill.*

(3) Voët, *loc. cit.*, n° 29 et 73.

(4) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 279, n° 56.

clause codicillaire, laquelle doit être explicite et ne se suppose pas (1).

Au reste, suivant la remarque de Voët, la clause codicillaire peut confirmer un testament nul par défaut de solennité; mais elle ne peut valider un testament nul *ratione voluntatis*, soit parce que le testateur n'avait pas la capacité requise, soit parce que le légataire se trouvait dans le même cas.

Enfin, pour que la clause codicillaire puisse produire effet, il faut que l'acte auquel elle se rapporte soit revêtu des formes du codicille (2).

48. Le Code Napoléon ne reconnaît plus de codicilles proprement dits. Il qualifie du nom de testament tous les actes de dernière volonté, en sorte qu'il n'y a plus aucune différence entre le codicille et le testament. Ces deux manières de disposer sont fondues en une seule, qui doit être revêtue de certaines formalités nécessaires à sa validité, et que nous expliquerons plus bas.

49. L'art. 893 ne comprend pas dans sa disposition les remises de dettes, qui sont un genre de libéralité tout particulier et environné de tant de faveur que jamais on n'a exigé pour leur validité aucune formalité spéciale. Elles peuvent, en général et sauf quelques cas particuliers, être faites par lettres missives, ou de toute autre manière non solennelle. (Art. 1282, Code Napoléon). Elles sont *distractus* plutôt que *contractus*.

Au reste, nous y reviendrons dans notre commentaire de l'art. 931, où nous parlerons aussi d'autres sortes de libéralités, telles que les dons manuels, qui échappent aux formalités édictées par le titre que nous analysons (3).

(1) Voët, 39, 7, 6, et Mantica, *De conject.*, 1, 9.

(2) Voët, *loc. cit.*, n° 8. Favre, *Code*, 6, 53.

(3) *Infra*, n° 4076.

50. Il faut enfin dire un mot d'un genre de disposition qu'on appelait chez les Romains *mortis causa capio*. C'est un moyen d'acquérir à l'occasion de la mort de quelqu'un, lorsque le testateur impose à son héritier, par forme de condition, l'obligation de donner à un tiers. Ce tiers reçoit alors en vertu du titre de *mortis causa capio*. Les Romains avaient inventé cette dénomination dont le vague est calculé; car le tiers n'est à proprement parler, ni héritier, ni légataire, ni fidéicommissaire, puisqu'il n'est pas placé dans la disposition, et qu'il ne figure que dans la condition, laquelle ne dispose pas directement (1). Dans notre droit, où l'on ne regarde pas de si près aux classifications formalistes, on range dans le nombre des dispositions testamentaires, les capions à cause de mort qui sont faites à titre de libéralité. Ce sont là des avantages, on pourrait même dire des legs, et ils entrent dans le calcul de la portion disponible (2).

Nous verrons même *infra* (5) que la personne gratifiée peut avoir action comme le légataire lui-même.

#### ARTICLE 894.

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.

#### SOMMAIRE.

51. Observations générales sur la définition de la donation entre-vifs.

52. Pourquoi elle est qualifiée *entre-vifs*.

(1) L. 31 et 38, D., *De mortis causa donat.* Pothier, *Pand.*, t. III, p. 44, n° 25. Mantica, *De conject.*, t. XIV, lib. 4. Ricard, ch. 2, n° 85. M. Ortolan, sur les *Instit.* *De donat.*

(2) Ricard, *loc. cit.*

(3) Nos 298 et 299.