

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'acquies 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.

53. Le droit coutumier ne regardait pas comme une donation entre-vifs la donation faite par un mourant.
54. Motif de cette disposition, tiré de ce que la quotité disponible par donation n'était pas la même que la quotité disponible par testament.
55. Ce motif n'existe plus sous le Code. — Explication historique.
56. Observation sur les mots *entre-vifs*.
57. La donation est-elle un contrat? — Controverses des auteurs.
58. Discussion au conseil d'État. — Observation sur une opinion du Premier Consul.
59. La donation est un contrat. — Argument tiré du contrat de prêt.
60. Suite.
61. Conclusion.
62. Mais la donation est-elle un contrat synallagmatique? — *Quid* du cas où elle est pure et simple?
63. *Quid* si, au lieu d'être pure et simple, elle contenait des charges pour le donataire? — Réfutation de l'opinion de Furgole à ce sujet.
64. Le donataire peut-il répudier la donation après l'avoir acceptée?
65. Raisons à l'appui de l'affirmative, dans le cas où la donation est pure et simple.
66. Opinion affirmative de Pothier en ce qui touche le préciput qu'il considère comme une donation. — Examen de la jurisprudence.
67. Arrêt de cassation du 29 février 1820.
68. Arrêts de la cour de Grenoble de 1823 et 1828. — Observations sur ces arrêts.
69. Mais si la donation contient des charges expresses pour le donataire, c'est-à-dire des charges autres que des charges naturelles, le donataire ne peut la répudier sans le consentement du donateur.
70. Résumé.
71. Sens des mots *se dépouille* employés dans la définition de l'art. 894.
72. Portée du mot *actuellement* dans le même article.
73. La maxime « *Donner et retenir ne vaut* » ne doit pas être comprise en ce sens, que la donation n'est pas susceptible de condition ou de terme.
74. Ce qu'il faut entendre par le mot *irrévocablement*. — On peut rendre la donation révocable sous condition. — On peut stipuler dans une donation le droit de retour.

75. La donation n'est irrévocable qu'à partir de l'acceptation. — Opinion contraire de Dumoulin.
76. Lorsque la donation a été faite à une personne présente et acceptante avec une charge stipulée par le donateur au profit d'un tiers absent, le donateur peut révoquer cette charge.
77. Le consentement du donataire n'est pas nécessaire pour cette révocation.
78. Conséquence de la règle de l'irrévocabilité des donations.
79. Explication des mots *au profit de*. — Conséquences qu'il faut en tirer dans le cas où la donation impose au donataire des obligations spéciales.
80. Arrêt de la cour de Paris dans l'affaire des lettres de Benjamin Constant.
81. De l'acceptation de la donation.

COMMENTAIRE.

51. L'art. 894 donne la définition de la donation entre-vifs. Cette définition contient les traits essentiels de ce genre de disposition; elle reproduit les idées de la loi 1, D. *De donat.* « Est ea, quæ fit a vivente, et ea mente ut accipientis » fiat; quod nullo modo per dispositionem contrariam re- » vocetur. »

On pourrait ajouter qu'elle est du droit des gens, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (1), et Ricard a raison d'enseigner qu'elle a pris naissance avec la société des hommes, qui ne se sont pas plutôt fréquentés qu'ils ont cherché par des libéralités et des présents réciproques à s'entretenir en amitié.

Mais ce qui doit être surtout remarqué, quoique notre article ne s'y soit pas arrêté, c'est que la donation entre-vifs doit avoir un caractère certain de spontanéité. Telle était l'observation positive de la loi 82, D. *De reg. juris.* « *Donari*

(1) Nos 9 et 40.

videtur quod nullo jure cogente conceditur. » Il n'y a en effet de véritable libéralité que celle qui est faite sans qu'on nous y oblige, et notre article, pour être complet, aurait peut-être dû donner l'équivalent du *nullo jure cogente*.

52. Ceci posé, arrivons au détail de la définition de l'art. 894.

Et d'abord, la donation est qualifiée entre-vifs pour signifier qu'elle doit être faite à une personne vivante par une personne vivante.

53. Sur quoi il convient d'examiner si le Code Napoléon permet les donations faites par les personnes gisantes au lit, malades de la maladie dont elles sont décédées.

Dans le droit romain il n'y avait pas de doute que de pareilles donations ne valussent comme donations entre-vifs, lorsqu'elles étaient irrévocables. Furgole dit à ce sujet : « Un » malade, même à l'extrémité; peut donner entre-vifs; on » ne peut pas dire que ce soit une donation à cause de » mort : c'est une donation entre-vifs faite par un mourant (1). »

Mais dans les pays coutumiers il en était autrement. On prenait le mot vif dans le sens le plus restreint; on voulait que le donateur fût dans son assiette ordinaire de santé, et qu'il ne flottât pas entre la vie et la mort; on voulait qu'une maladie mortelle ne fit pas présumer que sa prévoyance s'exerçait plutôt pour régler la distribution de ses biens après sa mort, que pendant sa vie. Les coutumes, et notamment celle de Paris (2), prohibaient donc comme donations entre-vifs les dispositions qualifiées entre-vifs par une personne malade de sa maladie mortelle; elles voulaient que la dispo-

(1) *Comm. sur l'ord. des Donat.*, art. 4.

(2) Art. 277.

sition fût réputée à cause de mort et revêtue des formalités testamentaires; sans quoi elle était nulle (1).

54. Cette jurisprudence prenait sa source dans un motif puissant en pays de coutume. D'une part, on voulait sauver les malades du danger de leur propre faiblesse, en leur refusant la capacité de faire des dispositions irrévocables qui les exposassent au repentir. L'homme espère toujours revenir à la santé (2), et la donation qu'il fait au plus fort d'une maladie mortelle, ne peut être présumée avoir été consentie contre cette espérance. Le malade a plutôt cru faire un testament; il a plutôt voulu dépouiller ses héritiers que lui-même.

D'autre part, pour quelle raison a-t-on profité du peu de lucidité de son agonie pour lui faire donner à sa libéralité la forme d'une donation, et non pas la forme d'un testament? Parce que la quotité disponible par testament est, dans les coutumes, bien inférieure à la quotité disponible par donation (3), et qu'on a voulu le conduire au delà des bornes de la puissance testamentaire.

C'est en partant de ces idées que les coutumes voulurent empêcher le donateur, en proie aux séductions qui sont si faciles dans la maladie, d'employer une voie détournée pour disposer, en apparence par donation entre-vifs, mais en

(1) Coquille, *quest.* 462.

(2) Delaurière, sur Paris, art. 277.

(3) Argou, t. I, p. 253, *Inst. au droit franc.*, en donne ainsi la raison : « Les coutumes ont permis de disposer de tous les propres par donation entre-vifs, parce qu'il arrive rarement qu'un homme veuille se dépouiller lui-même durant sa vie; et néanmoins, s'il le veut faire, la coutume le lui permet, ne voulant pas l'obliger à avoir plus d'égards pour ses héritiers qu'il n'en a pour lui-même. Mais la coutume ne permet de disposer par testament que d'une partie de ses propres, et cela afin de conserver les biens dans les familles. » Car il serait possible que le testateur qui quitte ce monde et qui n'est plus retenu par aucun intérêt personnel dépouillât entièrement ses héritiers naturels, pour faire passer en des mains étrangères des biens dont il va se détacher.

réalité à cause de mort, de plus qu'il ne lui était permis de disposer par testament.

55. Sous le Code Napoléon la quotité disponible par donation est la même que la quotité disponible par testament; en sorte qu'on n'a plus à craindre que la donation vienne se déguiser sous la forme d'une donation entre-vifs. Le motif qui avait excité la prévoyance de la coutume de Paris et des autres coutumes semblables, venant donc à cesser, la disposition de la loi ancienne a dû disparaître.

Aussi, sur l'observation du Tribunal, a-t-on retranché dans le projet du Code un article ainsi conçu : « La donation » entre-vifs qui sera faite dans les six jours qui précéderont » celui de la mort, ne vaudra que comme disposition testamantaire, soit qu'elle ait été acceptée ou non avant le » décès (1). » Le Tribunal remarquait très-bien (2) que dans l'état de choses où le Code Napoléon avait mis les réserves et la quotité disponible, il n'y avait plus d'inconvénient à déclarer donation entre-vifs toute donation portant ce caractère, quel que fût le temps de la survivance du donateur à la donation (3). Cette observation fut prise en considération et l'article du projet fut retranché. Il ne reste donc rien dans notre droit moderne des dispositions des coutumes sur les donations faites par les malades atteints de leur maladie mortelle. Pourtant, on est toujours en droit de rechercher s'ils ont été sains d'esprit. Mais c'est là un point qui se rattache à un autre ordre d'idées.

56. Les mots *entre-vifs* suggèrent une autre remarque, que nous faisons ici en passant; c'est que la donation ne peut être faite qu'à une personne née ou conçue au moment

(1) Art. 54, Fenet, t. XII, p. 423.

(2) Fenet, t. XII, p. 432.

(3) M. Merlin, Répert. v° *Donat.*, sect. 4, § 2, n° 8, et sect. 3, § 1, n° 5.

de la donation. Ce point reviendra plus bas dans le commentaire de l'art. 906.

57. L'art. 894 ne donne pas à la donation le nom de contrat; il la qualifie du nom d'*acte*, et ce mot n'a été inséré dans le texte qu'après une discussion au conseil d'État, qui nous amène à examiner si la donation est, oui ou non, un contrat; question qui n'est pas sans importance et sur laquelle on rencontre une assez grande diversité d'opinions.

L'affirmative a été enseignée par Bartole (1), par Ricard (2), par Pothier (3) et par une foule d'auteurs très-graves.

Furgole a, au contraire, soutenu la négative avec force dans plusieurs parties de ses ouvrages (4). Il a suivi en cela l'opinion du président Favre, qui donne au sentiment opposé une large place parmi les erreurs de droit, dont il s'est fait l'intrépide redresseur dans son ouvrage intitulé *De erroribus pragmaticorum* (5).

Parmi les jurisconsultes nouveaux, M. Merlin est d'avis que la donation est un contrat synallagmatique. Mais M. Grenier n'adopte cet avis qu'avec une restriction déjà admise par d'anciens docteurs (6). Il consent à ce que la donation ne soit pas un contrat synallagmatique, quand elle est pure et simple; mais il la déclare telle, quand elle est accompagnée de charges, et ceci est encore l'opinion de Favre (7).

S'il est incontestable que la donation produit des obli-

(1) Sur la loi 9, § 4. D., *De donat.*

(2) *Donat.*, part. 4, n° 835-846.

(3) *Introd. à la cout. d'Orléans*, t. XV, n° 4, 2, 3, 4.

(4) *Quest. sur les donat.*, quest. 4, n° 32, et quest. 8, n° 4, et *Com. de l'ord. de 1731* sur les art. 5 et 18.

(5) *De errorib. pragmatic.*, decad. 45, error. 8.

(6) *Donations*, n° 76 et suiv.

(7) *De errorib. pragmatic.*, decad. 45, error. 8 et 9, n° 4.

gations, nous serons fondés à en conclure qu'elle est une convention et un contrat. Or l'évidence dit que la donation engendre un lien de droit qui oblige le donateur à se dessaisir de la chose donnée et à la livrer au donataire : « *Obligationum substantia consistit ut alium nobis obstringat* » *ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum* (1). Et comme il ne peut y avoir d'obligation sans une cause, et que la cause est ici une convention faite entre le donateur et le donataire, nous devons dire que la donation est une convention, produisant engagement, ou ce qui est la même chose, un contrat (2). Aussi, les empereurs Dioclétien et Maximien mettaient-ils la donation dans le nombre des contrats (3).

58. Lorsque le projet du Code fut soumis au conseil d'État, l'article que nous discutons portait : « *La donation est un contrat par lequel, etc.* (4). » Cette rédaction fut changée, et au mot *contrat* on substitua le mot *acte* sur l'observation faite par le Premier Consul que « *le mot contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants; qu'ainsi cette expression ne pouvait convenir à la donation.* » Le conseil d'État, au lieu d'examiner le mérite de cette proposition et de rechercher la doctrine admise jusqu'alors sur le caractère des donations, se livra à une digression imprévue sur le plus ou moins d'utilité des définitions dans les codes. Au milieu de cet épisode, M. Maleville fit passer, sans discussion, un amendement qui faisait droit à l'observation de Napoléon, et l'art. 847 fut voté tel qu'il est aujourd'hui.

(1) L. 3, Dig., *De oblig. et act.*

(2) V. Pothier, *Oblig.*, nos 2 et 3.

(3) L. 7, C., *De his quæ vi metwe. Junge* l. 8, D., *De præscript.*, 30 vel 40. — Godefroy sur la première de ces lois disait : « *Hinc colligitur donationem esse contractum.* » V. aussi ce qu'il dit sur la loi 49, D., *De verb. signif.*, note 52, où il réfute Alciat.

(4) Fenet, t. XII, p. 264.

Mais, quoi qu'en dise cet article, il n'est pas moins certain que la donation est un contrat. Il est surtout très-clair que le Premier Consul n'exprimait pas sa pensée avec une suffisante précision. Ce n'est pas que son observation manquaît au fond d'opportunité; elle dénote même chez son auteur l'instinct de la vérité juridique, et le sentiment d'un des caractères les plus féconds de la donation (1). Mais cet instinct se traduit par des paroles qui ne sont pas celles d'un jurisconsulte. Il n'est pas exact, en effet (et il eût été bon que la discussion du conseil d'État fit des réserves à cet égard), que tous les contrats imposent des charges mutuelles aux deux contractants. Pour s'en convaincre il suffit de lire l'art. 1103, portant : « *Le contrat est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres personnes, sans que, de la part de ces dernières, il y ait d'engagement.* » Le Premier Consul a évidemment donné aux contrats en général, à tous les contrats, un caractère qui n'appartient qu'aux contrats synallagmatiques, les seuls qui imposent des obligations mutuelles, suivant l'art. 1102 du même Code. C'est par erreur qu'il a pensé que la donation pure et simple n'est pas un contrat, parce que la définition des contrats bilatéraux ne lui appartient pas.

59. Peut-être dira-t-on que tous les contrats possibles, nommés ou innomés, peuvent se réduire à ces quatre espèces, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*; que dans ces quatre espèces, les deux stipulants sont soumis à des charges réciproques dont on ne trouve pas les analogues dans la donation; que c'est dans ce sens que le Premier Consul a été fondé à enlever à la donation la qualité de contrat. Mais je réponds à cette objection par les distinctions qui vont en montrer les côtés faibles. Nul doute, par exemple,

(1) C'est ce qu'on va voir nos 64 et suiv.

que dans le contrat de vente ou le contrat de louage, le vendeur ou l'acquéreur, le bailleur ou le locataire ne soient soumis à des prestations mutuelles. Nul doute encore que ces prestations ne fassent l'objet principal du contrat et ne soient la conséquence de deux obligations réciproques. Mais dans les contrats qui se constituent par la chose et que l'on appelle réels (1), il faut bien distinguer la prestation qui est l'occasion du contrat, de celle qui en est l'objet. Par exemple, dans le contrat de prêt, le prêteur livre à l'emprunteur une somme d'argent que ce dernier s'oblige à lui rendre; c'est cette prestation du prêteur qui est l'occasion du contrat; car, sans elle, l'emprunteur ne serait soumis à rien; il n'y aurait pas de contrat. Or cette prestation du prêteur est hors de l'obligation; l'obligation produite par le contrat de prêt, c'est-à-dire l'obligation de rendre la chose prêtée (art. 1992, Code Napoléon), ne commence que du jour où la somme convenue a été livrée; de telle sorte qu'il est impossible de concevoir un contrat de prêt, sans que la somme à rendre par l'emprunteur ne soit livrée préalablement (2). Il est donc faux de dire que dans le contrat de prêt, par exemple, les deux contractants s'obligent à des charges mutuelles: on ne peut soutenir une telle opinion qu'en confondant une prestation qui n'est pas comprise dans l'obligation, avec une prestation qui est l'unique objet direct du contrat.

Le prêt ne renferme qu'une seule obligation principale, l'obligation de rendre la chose par l'emprunteur; quant au prêteur, il n'est tenu que d'obligations accessoires, décou-

(1) Voyez mes explications là-dessus dans mon commentaire *Du Prêt*, n° 6, où je combats M. Toullier, qui ne reconnaît pas l'existence, en droit français, des contrats réels (M. Toullier, t. VI, nos 47 et 48).

(2) Mon comm. *Du Prêt*, loc. cit.

lant de la pure équité et indépendantes d'un consentement (1).

60. Ceci posé, on aperçoit facilement qu'il importe peu que la donation ne présente pas l'accord des deux prestations qui se rencontrent dans tous les contrats, et on ne saurait en conclure qu'elle n'appartient pas à la classe des contrats. Tout ce qui en résulte, c'est qu'elle est un contrat qui ne ressemble pas aux autres. Qu'est-ce qu'un contrat, sinon une convention produisant obligation? Or peut-on nier que la donation ait ce caractère? Ce qui fait l'équivoque, c'est cette prestation qui, dans certains contrats, est hors de l'obligation, et qu'on ne trouve pas dans la donation. Mais, loin d'en tirer la conséquence que la donation n'est pas un contrat, on devrait seulement en conclure que la donation est un contrat à part; qu'étant une libéralité absolue, faite *nullo jure cogente*, elle ne comporte pas, par sa nature, ces doubles prestations qui sont la conséquence des autres contrats, soit synallagmatiques, soit unilatéraux, soit commutatifs, soit de bienfaisance.

61. Pour mieux faire sentir notre idée, reprenons notre exemple du prêt de consommation. La seule obligation principale qui résulte de ce contrat, c'est d'obliger l'emprunteur à rendre la chose prêtée, comme la seule obligation résultant de la donation est de forcer le donateur à se dépouiller de la chose donnée et à faire tradition. Mais quelle est la cause qui oblige l'emprunteur à rendre? c'est qu'il a reçu à charge de restitution, au lieu que si le donateur s'oblige à donner, c'est par un pur esprit de générosité, sans que rien lui en fasse un devoir. Il n'y a donc de différence que dans la cause; quant au lien de droit et au consentement des deux parties, on le trouve dans la donation comme dans le prêt et

(1) Mon comm. *Du Prêt*, n° 7.