

tradition. Le donateur satisfait, de droit, à l'obligation de se dépouiller, qui est une loi de la donation, par cela seul qu'il déclare donner par un consentement solennel. Dès cet instant, la maxime *donner et retenir ne vaut* est applicable; le donateur est lié, il ne peut plus revenir sur son fait, la propriété est passée sur la tête du donataire (art. 932).

C'est ici une grande innovation. Dans l'ancien droit, la tradition était une solennité de la donation. Nous exposons ce point de droit dans notre commentaire de l'article 938 (1). Nous discuterons les raisons qui ont déterminé le Code à donner au consentement des effets translatifs jadis inconnus dans cette matière.

72. Non-seulement la donation dépouille le donateur, mais encore elle le dépouille actuellement, c'est-à-dire qu'elle est incompatible avec tous les moyens détournés par lesquels le donateur, après avoir donné, voudrait revenir sur sa libéralité, disposer de nouveau de la chose ou amoindrir les effets du contrat par un repentir tardif. Le repentir n'est pas admis dans la donation. Aussi est-ce un vieil adage de notre droit que « *donner et retenir ne vaut* (2) ». Il n'en est pas de la donation comme de la simple promesse dont les proverbes judiciaires disent : *promettre et tenir sont deux* (3). La donation saisit actuellement; le donataire n'a

(1) N° 1149.

(2) Paris, 273. Orléans, 283. Champagne, art. 44. Loisel, 4, 4, 5.

(3) Loisel, 4, 4, 6. — C'est ce qui a été reconnu par des arrêts d'où il résulte qu'au cas de donation d'un office avec promesse par le donateur de se démettre de son titre au profit du donataire, s'il arrive que le donateur meure avant de s'être démis, et qu'un tiers autre que le donataire soit nommé sur la présentation des héritiers du donateur, le donataire ou ses créanciers n'ont aucun droit au prix dû par le nouveau titulaire : ce prix comme le titre même de l'office, appartient à la succession du donateur. Cass., 11 novembre 1857 et sur le renvoi, Aix, 31 mars 1859 (Deville. 53, 1, 55; 60, 2, 187; J. Pal. 53, p. 305; 60, p. 749).

plus à craindre les caprices d'une volonté ambulatoire (1). C'est là surtout une des grandes différences qui séparent la donation et les testaments.

Telle est donc la portée du mot *actuellement* écrit dans l'art. 894. Il rappelle la loi 1, D., *De donat.* qui disait : « *Hæc » proprie donatio appellatur, cum dat aliquis ea mente ut » STATIM velit accipientis fieri. »*

73. Mais remarquons bien, pour ne pas tomber dans une grave erreur, que lorsque l'art. 894 a adopté cet ancien principe, il n'a pas voulu dire que la donation n'est pas susceptible de conditions, ou d'un terme de nature à en différer l'exécution. Il y en a plusieurs raisons.

La première, c'est que les art. 900 et 944 reconnaissent que la donation peut être soumise à des conditions. La loi 1, D., *De donat.*, l'avait également déclaré dans sa partie finale, et le titre entier du Code, *De donat. quæ sub mod. vel cond. vel cert. temp. conficiuntur*, met cette vérité dans tout son jour pratique.

La seconde raison, c'est qu'il faut considérer deux choses dans la donation : 1° la disposition qui lie irrévocablement, *statim ligat, nec suspenditur*; 2° l'exécution qui peut être différée sans que la nature de la disposition en souffre atteinte. Telle est la célèbre doctrine de Dumoulin, et ce principe s'applique dans toute son énergie aux donations avec terme, car le temps n'est relatif qu'à l'exécution; il n'empêche pas que la donation ne soit parfaite et que le donateur ne soit irrévocablement lié, nous dirons même dépouillé, puisque, dès le moment du contrat, le donataire aura eu une action contre lui, et qu'il est de règle que celui qui a donné une action contre lui pour se dessaisir d'une chose, s'en est déjà comme dessaisi (2).

(1) Paris, 274.

(2) Pothier, *Donat.*, sect. 2, art. 2, § 1.

La troisième raison, c'est que les mots *se dépouille* ACTUELLEMENT ne veulent dire autre chose, dans l'ordre d'idées sous lequel nous les envisageons, sinon que, dès le temps du don, le donateur n'est plus le maître de se repentir. Or, il n'a pas plus la faculté de se repentir, soit que l'obligation qu'il contracte soit pure et simple, soit qu'elle soit conditionnelle, soit qu'elle soit soumise à un délai. Ce serait donc une erreur de croire que la rétention que le donateur fait de la chose pendant le terme ou le délai de l'exécution, est une violation de la maxime *donner et retenir ne vaut*. Le véritable sens de cette maxime est que le donateur ne peut se réserver la puissance de disposer à son gré de la chose donnée; et ce n'est *donner et retenir* que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même de la donation (1).

La quatrième raison, c'est qu'avant l'événement de la condition il n'y a pas encore, à un certain point de vue, de donation. Car tout est en suspens et c'est de l'événement de la condition qu'il dépend, s'il y aura, oui ou non, donation. Mais quand la condition arrive, c'est comme si la donation avait été pure et simple, et, par un effet rétroactif, la chose est censée avoir appartenu au donataire du jour de la donation. Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que la donation se trouve modifiée par une condition (2).

En résumé, le donateur se dépouille actuellement, soit qu'il donne sous condition, soit que l'exécution de la donation soit différée par un délai. Car il n'est plus le maître de se repentir. Tout est soumis à des événements indépendants de sa volonté. Dès l'instant du don, il a suffisamment prouvé

(1) Pothier, *loc. cit.* Dumoulin, *Com. sur la coutume de Blois*.

(2) Répert. de M. Merlin, v^o *Donation*.

qu'il voulait abdiquer ses droits et qu'il préférerait le donataire à lui-même (1).

74. De ce que nous venons de dire aux deux numéros précédents, il suit comme conséquence forcée, mais pourtant nécessaire à exprimer, que la donation est irrévocable. C'est ce qui la distingue principalement du testament. Tout ce qui blesse cette irrévocabilité est un vice qui annule les dispositions entre-vifs, en les privant d'un de leurs principes essentiels, formulé dans la maxime : *donner et retenir ne vaut*.

Il ne faut cependant pas croire que la loi veuille parler d'une irrévocabilité absolue, de sorte que la donation ne puisse jamais être révoquée pour quelque cause que se soit. L'irrévocabilité dont il s'agit ici n'est qu'un frein contre le caprice du donateur, et il suffit, pour que la donation soit irrévocable dans le sens de la loi, que le donateur n'ait aucune liberté de détruire ou d'altérer l'effet de la donation.

C'est pourquoi rien n'empêche qu'on ne puisse stipuler que la donation ne sera pas valable ou demeurera sans exécution en certains cas, pourvu que ces cas soient précisés et

(1) Riom, 25 février 1825 (Dalloz, 27, 2, 42. Devill. 8, 2, 36). Agen, 9 juill. 1847 (Devill., 47, 2, 455). Cassat., 25 juin 1839. (Devill., 39, 4, 545). Cassat., 11 décembre 1844. (Devill., 45, 4, 97). Je trouve une application remarquable de ces principes dans l'arrêt de la Cour de Limoges du 18 juin 1859 (Devill., 59, 2, 465) et dans l'arrêt par lequel la Chambre des requêtes a rejeté, le 7 mars 1860 (J. P. 1860, p. 353; Dalloz, 60, 4, 453; Devill., 60, 4, 203), le pourvoi dont a été l'objet l'arrêt de la Cour de Limoges, lesquels arrêts décident que lorsqu'une personne a fait successivement deux donations entre-vifs de sommes payables à son décès, et que la succession est insuffisante pour les acquitter toutes deux intégralement, c'est toujours la première donation qui doit être préférée, alors même que la seconde est garantie par une hypothèque. Cette décision a été l'objet de quelques critiques. V. les observations de M. Dutruc dans le Rec. de M. Devill. (59, 2, 465) et celles de M. Labbé dans le *Journal du Palais* (1860, p. 353). Mais elle a été très-bien défendue par M. le président Nicias Gaillard, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. 46, p. 493. — Je reviens moi-même la-dessus, *infra*, n^{os} 1201 et suiv.

qu'ils ne dépendent pas de la volonté du donateur. « Cette donation, en effet, dit Ricard, ne laisse pas d'être parfaite en sa disposition dès l'instant de la donation, quoique la condition ne soit pas échue, de sorte qu'il n'est plus en la liberté du donateur de faire que le don soit valable ou non, mais il a sa subsistance nécessaire au cas de la condition; ce qui suffit pour l'essence de la donation entre-vifs, la loi ne désirant autre chose, sinon que la révocation ne dépende pas de la volonté du donateur (1).

Ces réflexions prouvent bien clairement qu'il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous une condition casuelle et qui ne dépende pas de la volonté du donateur. Car alors, ce n'est pas le donateur qui révoque, c'est la condition.

Notez de plus que la donation ne serait pas moins bonne, encore que la condition imposée au donataire dépendît indirectement de la mort du donateur, parce que, pour juger de la validité d'une donation, on ne s'arrête pas à ce qui concerne l'exécution, mais seulement à ce qui regarde la disposition. Ainsi une donation avec rétention d'usufruit est valable, quoique l'exécution pour la jouissance des fruits soit remise après la mort du donateur (2) : *Ubi enim donatur mortis causa ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio*. Ainsi encore nous pensons qu'une donation faite à condition qu'elle n'aurait d'effet qu'après la mort du donateur serait, non une donation à cause de mort, mais une véritable donation entre-vifs, irrévocable pour ce qui concerne le donateur, assurant un droit positif au donataire dès le moment de la donation. On ne pourrait pas dire que c'est une donation à cause de mort, et que le

(1) *Donat.*, no 4044.

(2) Ricard, no 933. Furgole, sur l'ord. de 1731, art. 15.

donateur se préfère au donataire, car le donateur préfère, en un sens, le donataire à lui-même, puisqu'il l'investit d'un droit positif sur ses biens, qu'il s'interdit d'aliéner, et que le sursis ne concerne que l'exécution (1).

Les mêmes principes conduisent à une autre conséquence : c'est qu'on peut très-bien et très-valablement stipuler dans une donation le droit de retour, en cas que le donataire vienne à mourir avant le donateur (2). Telle est la disposition de la loi 2 C., *De donat. quæ sub modo*, et de l'art. 951 du Code Napoléon. Car le caractère de la donation étant que le donateur préfère à lui-même le donataire, ce caractère se rencontre dans l'espèce. Mais le donateur n'est pas obligé de continuer son bienfait aux héritiers du donataire.

75. Disons maintenant à quelle époque la donation acquiert le caractère d'irrévocabilité.

Pour que la donation soit irrévocable, il faut le concours des parties contractantes, c'est-à-dire la volonté de donner manifestée par le donateur, et la volonté d'accepter manifestée par le donataire. Avant l'acceptation il n'y a pas de donation, il n'y a qu'un simple projet de donner, qui ne lie pas le donateur (3) et qui est révocable à sa volonté (4).

Tels sont les principes. Ils ont cependant été controversés ; l'on trouve même Dumoulin parmi les auteurs qui soutiennent que la donation est irrévocable, même avant d'avoir été acceptée. Il est vrai que c'est dans une consultation

(1) M. Merlin, Répert., v^o *Donations*, p. 72.

(2) *Infra*, no 4261.

(3) L. 55, D., *De oblig. et act.* — Grotius enseigne très-bien que la simple promesse non acceptée ne produit aucun effet, car quand on offre son bien à quelqu'un on ne veut ni le lui faire prendre par force, ni l'abandonner dès ce moment. (*De jure pacis et belli*, 2, 11, 14.)

(4) Furgole, *Test.* t. IV, p. 277, ch. 44, sect. 4, no 45, et surtout *Questions sur les donat.*, p. 45.

qu'il exprimait cette opinion hasardée (1). Mais l'art. 932 du Code Napoléon a formellement proscrit une telle erreur qui, déjà avant sa promulgation, n'avait qu'un faible crédit (2).

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-il révoquer cette charge? Autrefois, on pouvait peut-être discuter cette question. Aujourd'hui, l'art. 1121 du Code Napoléon ne le permet plus et il est certain que la charge en faveur de l'absent peut être révoquée.

La loi 3, C., *De donat. quæ sub mod.*, qu'on a coutume d'opposer, n'y est pas contraire, car, suivant cette loi, l'action n'est acquise au tiers que *juxta donatoris voluntatem*. Mais si le donateur change de volonté, le droit n'est plus acquis.

D'ailleurs, la charge de donner à un tiers absent n'est-elle pas une libéralité pour lui? Il faut donc qu'il l'accepte, et avant l'acceptation, elle est révocable comme toutes les donations. Qu'importe l'acceptation du premier donataire? Il n'accepte que pour lui-même et non pour l'absent dont il n'a pas les pouvoirs (3).

77. Le consentement du donataire présent et acceptant est, du reste, inutile pour la révocation de la charge. Il est vrai que quelques auteurs, et particulièrement Ricard (4), ont prétendu que ce consentement était nécessaire d'après la règle que les choses ne se détruisent que de la même manière qu'elles ont été faites (5). Mais que peut faire ici cette règle?

(1) Conseil 60, n° 14.

(2) V. Coquille, *sur Nivernais*, chap. 27, *Des donations*. Ferrières, *sur Paris*, art. 275.

(3) On peut voir la question 5 de Furgole avec toutes les autorités. V. aussi Ricard, n° 873.

(4) N° 873.

(5) L. 35, D., *De reg. juris*.

La raison dit clairement que la libéralité faite à l'absent ne tire aucune force du donataire à qui cette libéralité a été imposée comme charge. Ce dernier ne joue un rôle dans cette obligation que pour la souffrir. Il est donc clair que son état passif le met tout à fait hors de cause et la raison dit assez que celui des contractants qui peut révoquer le pacte de libéralité peut le faire sans lui, malgré lui, parce que celui-ci n'y a pas d'intérêt. La loi 36, D., *De pact.*, en porte la décision expresse.

78. Du principe posé ci-dessus que la donation acceptée est irrévocable, il suit plusieurs conséquences :

La première, qu'on ne peut donner ses biens à venir. Cette donation pèche par le défaut de dessaisissement et par le défaut d'irrévocabilité; car le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore; et comme il est en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il serait aussi en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation (1), ce qui est impossible.

La seconde, qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même ses biens présents; car cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité. (Art. 944 du Code Napoléon.)

La troisième, qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite, le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, et de détruire, par conséquent, l'effet de la donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera. (Art. 945 du Code Napoléon.)

La quatrième, que si le donateur avait donné tous ses biens présents à quelqu'un en se réservant toutefois la fa-

(1) Art. 943, C. Napoléon. Voir le Comm. de cet article, nos 4493 et suivants.

culté de tester ou de disposer d'une certaine somme, quand bien même il serait dit par l'acte que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeurerait comprise en la donation, néanmoins, la donation serait nulle jusqu'à concurrence de cette somme, parce qu'elle n'était pas irrévocable jusqu'à concurrence de cette somme (art. 746 du Code Napoléon). Au reste, tous ces points reviendront plus tard. Nous ne faisons que les résumer en les groupant, pour mieux montrer la puissance du principe auquel ils se rattachent.

79. Revenons maintenant à la définition de l'art. 894. Les mots *au profit* qu'il renferme nous conduisent à remarquer que la donation est un avantage que le donateur entend faire au donataire. Ce trait eût manqué à une bonne définition de la donation s'il eût été omis. Les jurisconsultes romains s'étaient bien gardés de le passer sous silence, et Julianus fait très-bien remarquer que la donation naît de la libéralité et de la munificence du donateur : *Propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent : hæc proprie donatio appellatur* (1). Le donataire n'intervient donc dans le contrat que pour y être gratifié. C'est à lui que la donation est et doit être avantageuse (2) : dans toute donation pure et simple, le donateur n'agit que dans des vues désintéressées. Aussi avons-nous vu tout à l'heure que le donataire pur et simple est reçu à répudier la donation quand elle lui est onéreuse.

Il suit de là que la donation qui contient des charges expresses et des obligations spéciales imposées au donataire comme une sorte de retour de la libéralité, ne sont pas des donations proprement dites, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (3). D'après les textes positifs du droit romain, elles

(1) L. 4, D., *De donat.*

(2) *Supra*, nos 64 et suiv.

(3) N° 69.

participent du caractère des contrats onéreux; ce sont des contrats d'un genre particulier dont le nom n'est pas défini, et que l'on désigne par la formule *do ut des, facio ut facias*. Nous avons déjà vu, au numéro 69, comment ces sortes de donations *sub modo* aboutissent à des résultats différents de la donation. Ajoutons ici qu'appartenant à la classe des actes dont parle l'art. 1106 du Code Napoléon, elles ne sont pas soumises au retour successoral édicté par l'art. 747 du même Code, qui n'a trait qu'aux donations proprement dites. C'est ce qu'a jugé la Cour de Nancy par arrêt du 31 janvier 1855 (1) et la Cour de Paris (première chambre) sous ma présidence par arrêt du 20 décembre 1850 (2).

80. Une autre conséquence de notre règle, c'est que lors même qu'un don se trouverait mélangé à un autre agissement dans lequel il ne tiendrait qu'une place secondaire, l'acte ne serait pas pour cela une donation; on le jugerait par son caractère dominant.

C'est ce que la Cour de Paris, première chambre, vient de juger dans un arrêt du 20 décembre 1850, qui a eu beaucoup de retentissement.

M^{me} Récamier, voulant venger Benjamin Constant du reproche de sécheresse et d'égoïsme adressé à sa mémoire dans des écrits contemporains, eut l'idée de faire publier une correspondance confidentielle dans laquelle cet homme célèbre lui exprimait les sentiments d'un cœur tendre et aimant. Elle chargea de ce soin M^{me} Louise Collet, connue dans le monde littéraire par quelques ouvrages intéressants. Cette publication ne devait avoir lieu qu'après la mort de M^{me} Récamier. Pour mettre M^{me} L. Collet en mesure de remplir ses

(1) Dalloz, 34, 2, 472. Devill., 34, 2, 603.

(2) Inédit. (Époux Rossignol contre Lebercher.)

intentions, M^{me} Récamier lui remit un écrit contenant sa volonté et portant qu'elle lui donnait en même temps une copie du manuscrit des lettres à publier. Qu'était-ce que cette remise? une donation? un don manuel? Ni l'un ni l'autre. D'une part, on ne pouvait qualifier de donation un acte qui était inspiré, non par une pensée de libéralité pour M^{me} Collet, mais par un souvenir pieux pour Benjamin Constant. De l'autre, il n'était pas sérieux de voir un don manuel dans une remise dont il y avait acte écrit. La Cour qualifia l'agissement du nom de mandat; et ce n'était pas autre chose, en effet, qu'un mandat donné par M^{me} Récamier à M^{me} Louise Collet, pour être exécuté après la mort du mandant (1).

81. Enfin, l'art. 894 termine en parlant de l'acceptation du donataire comme élément de la donation.

Sans ce dernier trait, la définition de la donation n'eût pas été complète. Il n'y a de donation parfaite que lorsqu'elle est acceptée; car il est de principe qu'une chose ne peut entrer dans les biens d'un individu sans sa volonté et son consentement: «*Non potest liberalitas nolenti acquiri*(2).» Nous parlerons plus en détail de l'acceptation quand nous serons parvenus à l'art. 933 du Code Napoléon.

On peut maintenant se faire une idée juste de la donation. Nous venons d'en rassembler tous les caractères distinctifs; ils ressortiront avec plus d'évidence en les comparant avec ceux du testament, dont nous allons nous occuper dans l'art. 895.

ARTICLE 895.

Le testament est un acte par lequel le testateur

(1) Mon Comm. Du Mandat, n^{os} 468 et 728.

(2) L. 49, § 2, D., De donat.

dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer.

SOMMAIRE.

- 82. Définition du testament en droit romain.
- 83. Division de la matière des testaments.— Le testament n'est qu'une volonté ambulatoire pendant la vie du testateur.
- 84. Erreurs et préjugés sur les difficultés de faire un testament valable.— Superstition singulière.
- 85. Quoique le testament soit l'œuvre de la volonté, cependant il n'est pas au-dessus de certaines lois d'ordre public.— Transition.

COMMENTAIRE.

82. Le jurisconsulte Modestin a donné une définition du testament qui est restée célèbre (1).

«*Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit.*»

Ce fragment du droit romain est remarquable par la précision et l'énergie, et chaque mot porte coup par le sens profond qu'il renferme. *Voluntatis* indique que la volonté du testateur est le fondement de la disposition testamentaire; *nostræ*, qu'elle doit avoir son principe dans l'esprit libre du disposant; *justa*, qu'elle doit être exprimée dans les formalités de droit; *post mortem*, que le testament n'a d'effet qu'après la mort, de sorte que jusque-là il peut être révoqué; *de eo quod quis fieri velit*, que le testament est parfait par la volonté d'un seul et que par là il diffère des contrats. Ce sont là toutes les idées mères du testament (2). Ce mot de testa-

(1) L. 1, D., Qui testam. facere possunt.

(2) J'emprunte ce commentaire de la définition du testament à Duaren (sur le t. du Digeste, *Qui testam. facere possunt*, l. 1), à Doneau (sur la rubrique du Code Just., *De testamentis*) et à Hilliger sur Doneau (comment. 6, 4, note 3). Furgole (t. 1, ch. 2, n^{os} 1 et suiv.) les a copiés sans le dire.