

» quand le donataire majeur, *sui juris*, APRÈS LE DÉCÈS DU
 » DONATEUR, a accepté la donation purement et simplement
 » et sans aucune protestation; auquel cas ayant consommé
 » l'option, il n'est plus recevable à varier, ni à vouloir sé-
 » parer et diviser la donation et la restreindre aux biens
 » présents, pour se libérer et décharger des dettes contrac-
 » tées depuis (1). »

Lebrun, dont nous avons rapporté ci-dessus l'opinion contraire, convient que de son temps le Palais inclinait pour la divisibilité de la donation, et il reconnaît que cet avis est assez favorable dans les contrats de mariage (2).

Enfin Pothier (3) nous présente ce résumé lucide du dernier état de la doctrine coutumière sur cette matière : « On
 » peut donner par contrat de mariage ses biens à venir. On
 » peut aussi donner ses biens présents et à venir, et il est
 » au choix du donataire, lors de la mort du donateur, de
 » prendre la donation en entier, en se chargeant de toutes
 » les dettes du donateur, tant faites depuis qu'avant la do-
 » nation; ou de se restreindre aux biens qu'avait le dona-
 » teur lors de la donation, pour se décharger des dettes
 » faites depuis. »

2589. On voit que, dans ce quatrième système comme dans le troisième, on trouve la notion de deux donations distinctes et divisibles. Hâtons-nous de dire que l'ordonnance de 1751, par son art. 17, l'avait expressément consacré, et que par là les deux premiers systèmes se sont trouvés condamnés. Mais empressons-nous aussi d'ajouter que le troisième système n'entendait pas la division de la même manière que le quatrième. D'après le troisième système, la distinction et la division étaient substantielles et originaires;

(1) Arg. de la loi 20, D., *De optione legata*.

(2) *Success.*, 3, 2, 2, 42.

(3) Cout. d'Orléans, tit. 45, intr., n° 26.

il y avait *a priori* dans la donation deux donations diverses, pour me servir d'un mot d'Henrys (1), l'une actuelle, irrévocable, opérant au moment de l'acte et ouvrant, dès cet instant, une action même contre le donateur (2); l'autre à cause de mort, révocable, n'étant susceptible d'acceptation et de répudiation qu'au décès du donateur (3), et laissant subsister, au profit du donataire, la faculté de la répudier, à cette époque, malgré l'acceptation qu'il aurait pu faire, du vivant du donateur, de la donation de biens présents, et malgré sa persistance à en conserver le bénéfice (4).

Au contraire, dans le quatrième système, la donation universelle ne forme originairement qu'un seul tout; la générosité du donateur a fait un ensemble de sa fortune, qu'il a voulu faire passer sur la tête du donataire, non pas pour l'en saisir tout de suite, mais pour qu'il entre en jouissance à son décès. Seulement, comme la libéralité ne saurait être onéreuse au donataire, et qu'on ne peut supposer que le donateur ait voulu le jeter dans les embarras, on permet à ce donataire de séparer les biens présents des biens à venir et de faire, après le décès du disposant, une division que ce dernier approuverait certainement lui-même, s'il était vivant, ne voulant pas que son bienfait fût inutile. Cette division est motivée sur la diversité des deux natures de biens; elle rentre dans la pensée bienfaisante du donateur et dans l'ordre de ses prévisions subsidiaires; car s'il eût entendu qu'une telle option fût ôtée au donataire, il l'eût institué contractuellement et ne lui aurait pas fait une donation; il l'eût fait son héritier et non pas son donataire.

2590. Voilà la différence des deux systèmes; elle est capitale : et néanmoins l'ordonnance de 1751 s'est abstenue

(1) 4, 183, n° 9.

(2) Voyez l'espèce de l'arrêt rapporté par Henrys.

(3) Henrys. *loc. cit.*

(4) V. la même espèce.

de se prononcer pour l'un plutôt que pour l'autre. Cette ordonnance s'adapte à tous les deux et en consacrant la faculté de diviser la donation universelle, elle laisse intactes les idées opposées qui dominaient le caractère de cette option dans les pays de droit écrit et dans les pays coutumiers. Est-ce là une omission involontaire, ou un silence calculé? Nous croyons que l'ordonnance de 1731 a eu ses raisons pour ne rien dire. En préférant un système à l'autre, elle aurait préjugé des points de droit considérables touchant les institutions contractuelles et blessé des principes et des habitudes enracinées. Dans les pays de droit écrit, on ramenait les institutions contractuelles à la nature des donations universelles; dans les pays de droit coutumier, on faisait incliner les donations universelles vers la nature des institutions contractuelles. Or décider, contre les idées des pays de droit écrit, que le donateur restera maître de ses biens présents et qu'il pourra les vendre et les aliéner, c'eût été faire, pour ce genre de disposition, ce que l'on n'admettait pas pour les institutions contractuelles auxquelles elles servaient de type. C'eût été particulièrement froisser les notions reçues sur les privilèges du testament et communiquer ces privilèges à la donation. D'un autre côté, vouloir, contre les pays de droit coutumier, que le donateur eût les mains tellement liées par la donation universelle qu'il ne pût s'aider de ses biens présents, c'eût été blesser les sentiments existants à l'égard des donations et contrecarrer des pratiques invétérées dans les populations. L'ordonnance s'est donc abstenue; elle se plie aux deux systèmes. Le donataire a-t-il été mis en possession des biens présents, comme le voulait Henrys, par un usage dont l'ordonnance elle-même semble reconnaître l'existence (1)? Il est saisi; le donateur est dépouillé; il ne peut

(1) Art. 45, argum. de ces mots : « Encore que le donataire eût été mis en possession du vivant du donateur. »

aliéner ce qui n'est plus en sa possession, ce qui n'est plus à lui. Ou bien, n'est-il pas encore dessaisi, et s'avise-t-il de faire des aliénations et des dettes qui diminuent la donation de biens présents? Le donataire a une action contre le donateur; il peut, même du vivant du donateur, séparer le présent de l'avenir et sauver le premier, sans qu'on lui oppose les obligations résultant de la donation des biens à venir, laquelle est encore en suspens et qu'il pourra répudier au décès. Ainsi donc les principes des pays de droit écrit sont sauvegardés, et la donation universelle conserve la physionomie qui lui est naturelle dans ces contrées et qui s'est reflétée dans l'institution contractuelle telle qu'ils la conçoivent.

Maintenant, supposons que la donation universelle ait lieu en pays coutumier, et que le donateur, suivant l'usage, reste en possession des biens présents. Il peut si bien les vendre, les engager et s'en aider conformément aux idées admises, que le donataire, qui, après son décès, a accepté la donation purement et simplement, et qui, par là, est tenu de toutes les dettes, d'après l'art. 17 de l'ord., devient par cela même garant des aliénations et est tenu de les faire valoir. Il ne faut rien moins que la division réclamée après le décès du donateur, pour que, s'en tenant aux biens présents lors de la donation, il échappe aux dettes postérieures contractées par le donateur.

C'est ainsi qu'à l'ombre de l'ordonnance de 1731 et de sa neutralité, les deux derniers systèmes ont vécu jusqu'au Code Napoléon, en restant chacun dans leurs limites, et en conservant, malgré un point de contact considérable, les diversités de leur caractère.

2391. Ceci posé, il convient maintenant, d'insister sur les conséquences les plus saillantes du 4^e système, bien qu'on puisse dès à présent les pressentir. Ceci est d'autant plus

nécessaire que ce système est celui dont le Code Napoléon se rapproche davantage, et que par ce détail nous préparons la connaissance des doctrines dont la loi nouvelle a voulu s'inspirer.

Et d'abord, nous répétons que la donation de tous biens est une, avant l'option du donataire; qu'elle forme un bloc de l'actif et du passif jusqu'au décès du donateur, et qu'elle n'est pas divisible avant cet événement; que si le donataire ne fait pas son choix, après la mort du donateur, en faveur des biens présents, il est tenu de tous les actes par lesquels le donateur a vendu, échangé, hypothéqué, créé des dettes (1). Ceci paraît contraire au premier coup d'œil à la nature et à l'esprit de la donation et surtout à la partie de la donation qui touche aux biens présents. Mais, en y réfléchissant, tout s'explique par une raison bien simple: le donataire, ayant accepté les biens en masse et sans division, est tenu de toutes les charges et dettes, puisqu'il prend tout l'émolument.

C'est ce qui résulte de la jurisprudence du parlement de Paris, telle qu'elle se fixa après quelques hésitations. Louet (2), en effet, se demande « *an donatarius universalis, vel per modum quotæ omnium bonorum, teneatur ad debita?* » C'a été une grande question, dit-il, et il donne la raison de la négative: « autrement il serait en la puissance du donateur de rendre la donation inutile. » Il ajoute que c'est ce qui a été jugé « *novissime*, en la cause célèbre, plaidée au parlement, entre la reine Marguerite duchesse de Valois et les créanciers de la reine mère Catherine de Médicis pour le comté de Clermont; la provision a été adjugée contre les créanciers, *etiam* qu'il n'y eût aucun héritier, en mai 1606. »

(1) *Infra*, n° 2413.

(2) Lettre D, somm. 69.

» Cet arrêt fut prononcé, ainsi que le rapporte Brodeau, par M. le président de Harlay, la cause ayant été plaidée cinq matinées entières par M^e Omer Talon pour la reine Marguerite, M^e Dollé pour Pierre Cadot, syndic des créanciers de la reine Catherine de Médicis, et M. l'avocat général Servin. »

Servin nous a conservé (1) les conclusions qu'il a données dans cette cause comme avocat général. Elles sont très-longues, hérissées de citations, embarrassées de digressions, écrites d'un style emphatique. Nous en extrayons ce qui est nécessaire à faire comprendre quelle était la nature de la donation qu'invoquait la reine Marguerite. Cette donation résultait d'une clause du contrat de mariage du duc d'Orléans, depuis Henri II, avec Catherine de Médicis. Il y était dit: « Que le fils aîné qui viendrait du futur mariage, pourvu qu'il fust propre à la milice, entreroit à l'hérédité paternelle et maternelle, à condition qu'il bailleroit portion légitime à ses frères et dot à ses sœurs. — Que s'il advenoit que, n'y ayant aucun enfant mâle, l'hérédité tombast à filles, icelles filles partiroient les biens entre elles également... Ce qui même auroit été accordé, conclu, confirmé par stipulation entre les futurs mariés, autrement par donation entre vifs irrévocable ou par autre meilleur moyen que faire se pourroit.... Que la future épouse, si elle survivoit, recouvreroit sa dot, sous cette paction qu'elle donneroit, par donation entre vifs irrévocable dès à présent, aux enfants du mariage, les susdits immeubles avec le résidu de ses biens. »

De ces clauses combinées il résultait une donation de biens présents et à venir au profit de Marguerite de Valois pour le cas (qui s'est réalisé) du prédécès de ses frères. — Les

(1) Liv. 2, plaid. 48.

créanciers soutenaient que telles pactions de succéder s'étendaient seulement aux biens que la donatrice devait laisser par son décès, et que telles conventions n'empêchaient pas que le disposant ne pût aliéner son bien entre vifs (1). Ces créanciers étaient très-favorables ; ils étaient les anciens serviteurs de Henri II et de Catherine. Néanmoins Servin fut d'avis que les créanciers de la feuë reine mère ne pouvaient pas s'adresser à la reine Marguerite, laquelle n'était pas tenue de les satisfaire, puisqu'elle n'était pas héritière de la défunte reine et ne prétendait pas à ses biens à titre successif, mais comme substituée par contrat de donation faite au traité de mariage d'icelle reine sa mère, et il conclut à ce que Marguerite fût mise en possession des biens donnés, sans aucune charge ni garantie de dettes, hypothèques ni autres obligations ou aliénations faites depuis icelui contrat de mariage.

Et comme le syndic des créanciers s'était mis en possession des biens de Catherine de Médicis, la cour jugea que ces biens devaient être provisoirement restitués à la reine Marguerite, au profit de laquelle la substitution contenue dans la donation entre-vifs, faite par ledit contrat de mariage du roi Henri II, fut déclarée ouverte. Notez, pourtant, que dans l'arrêt de 1606 il n'y eut rien de décidé définitivement en ce qui concernait le payement des créanciers.

Mais plus tard le droit des créanciers fut positivement reconnu, et Brodeau nous apprend qu'il y eut arrêt définitif à leur profit, donné en la grand'chambre, au rapport de M. Deslandes, le 7 septembre 1618 (2).

(1) *Ibid.*, p. 455.

(2) *Jurage* Brillon, qui résume en ces termes l'arrêt définitif : « jugé le 23 février 1608 en la cause de la reine Marguerite et de Pierre Cadot, syndic des créanciers de la reine Catherine de Médicis, que la donation de biens présents et à venir n'empêche pas de vendre et créer des dettes. »

Cet arrêt, rendu dans une circonstance solennelle, paraît avoir fixé la jurisprudence (1).

L'art. 17 de l'ordonnance de 1731 l'a consacré, et la doctrine est restée imbue de cette idée. « Le donataire des biens présents et à venir, dit Pothier, étant tenu de toutes les dettes du donateur, lorsqu'il ne s'est pas tenu aux biens présents, il ne peut répéter contre les tiers acquéreurs ceux que le donateur aurait aliénés depuis la donation ; car il est tenu de l'obligation de garantie que le défunt donateur a contractée envers eux, et par conséquent non recevable dans la demande qu'il formerait contre eux, suivant la règle *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*. » De là, cette règle fondamentale dans le quatrième système, à savoir, que le donateur de tous biens présents et à venir peut s'aider de son bien, et que le donataire est lié par ses actes à titre onéreux, à moins qu'au décès il ne scinde la donation et qu'il n'opte pour les biens présents.

2592. Par la même raison le donataire qui n'a pas répudié les biens à venir, ne peut pas prendre, à un autre titre et sans charge de dettes, les biens présents. Il accepte la masse à peu près comme un héritier ; il la possède avec la confusion des biens présents et des biens à venir, et comme le revenant bon total, qui lui a été donné *ab initio*, avec toutes les incertitudes d'une donation testamentaire. « L'ordonnance, dit le nouveau Denizart (2), conserve en partie l'indivisibilité du titre du donataire. Elle ne considère pas la donation de biens présents et à venir, comme deux donations distinctes et séparées, qui aient chacune leurs charges particulières.

(1) V. un arrêt du parlement du 15 mars 1658, dans Brodeau sur Louët, lettre D, somm. 6, n° 7, et dans le journal des aud., t. I, liv. 9, ch. 36.

(2) V° *Donat. par contrat de mariage*, § 4.

» Le donataire est obligé de payer la totalité des dettes
 » antérieures et postérieures jusqu'à concurrence de la masse
 » entière des biens acquis par le donateur, soit avant, soit
 » depuis la donation..... à moins qu'il ne s'en tienne aux
 » biens présents. »

2393. D'un autre côté, s'il est vrai que le défaut d'option laisse la donation avec son caractère d'unité, d'universalité, de masse homogène *a priori*, il n'est pas moins évident que l'option faite au décès peut la diviser et la réduire à une donation restreinte de biens présents. Elle est donc dominée par l'incertitude d'un événement qui peut briser son unité originaire; et ce n'est que lorsque cet événement arrivera ou manquera, qu'on pourra savoir si elle sera transformée en une donation de biens présents, ou si elle restera une, universelle, embrassant tout. De là cette conséquence nécessaire que le donateur doit rester en possession, jusqu'au moment de sa mort, de tous ses biens, puisque le choix ne peut se faire qu'à cette époque. En attendant, le donateur, gardant la possession, peut faire des aliénations à titre onéreux; mais elles sont incertaines jusqu'au moment de la mort du donateur; elles sont validées ou infirmées à ce moment, selon la volonté du donataire.

2394. Il en résulte aussi que la disposition entière est caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité; tandis que, si on considérait la donation des biens présents comme tout à fait indépendante de la donation des biens à venir, les biens présents seraient à la rigueur transmissibles aux héritiers quelconques du donataire prémourant; la donation des biens à venir serait seule caduque (1). Mais il n'en saurait être ainsi dans le système dont nous

(1) V. Furgole, sur l'art. 47 de l'ordonn., p. 467.

cherchons à préciser l'esprit. La donation universelle n'ayant pas été modifiée par une option que le prédécès du donataire rend désormais impossible, elle reste avec son caractère primitif; elle se réduit au don de ce qui reste au décès du donateur. Or, le donataire étant mort avant ce moment, la donation devient caduque de même qu'un legs, ou une institution contractuelle.

2395. Chabrol, qui écrivait pour la province d'Auvergne, où les principes du droit écrit avaient une grande autorité, a admis cette solution, et son opinion peut se justifier par la comparaison qu'il fait des institutions contractuelles et des donations universelles. Nous avons dit bien souvent que l'institution contractuelle et la donation de biens présents et à venir ont toujours eu de grandes ressemblances. L'institution contractuelle étant caduque par le prédécès de l'institué sans postérité, Chabrol examine s'il n'en doit pas être de même dans la donation universelle, et il se prononce pour l'affirmative, en considérant que *donatarius quotæ est hæres*. Il n'aperçoit qu'une objection à sa décision; c'est celle qui se tire du droit d'option réservé au donataire, et il se demande si le droit de diviser la donation ne change pas sa condition à cet égard. Mais il réfute cette objection par les raisons que voici : « Il est important de savoir (1)
 » si la donation universelle saisit le donataire dès l'instant
 » du contrat de mariage; de manière qu'en cas de prédécès
 » il transmette les biens donnés à ses héritiers collatéraux,
 » ou si, le donataire venant à mourir sans enfants avant le
 » donateur, la donation devient caduque; enfin, si, laissant
 » des enfants, c'est par voie de transmission qu'ils prennent
 » les biens donnés, ou s'ils les recueillent par un droit propre à eux, *jure suo*, de manière qu'ils puissent en profiter,

(1) Sur l'art. 26, ch. 44, t. II, p. 369.

» sans être héritiers de leur père, et par conséquent, sans
 » que le père ait pu en disposer à leur préjudice et qu'ils
 » soient obligés de payer ses dettes.

» ... Nous croyons que la donation de biens présents et
 » à venir s'évanouit, ainsi que l'institution d'héritier, par
 » le prédécès du donataire sans enfants.

» ... Il est vrai qu'un donataire de biens présents et à
 » venir peut diviser et s'en tenir aux biens présents, et que,
 » dans ce cas, la donation ne subsiste plus que comme do-
 » nation de biens présents...

» Mais, pour pouvoir faire la division des biens présents
 » et à venir, il faut nécessairement être capable de recueil-
 » lir et de prendre à son choix les deux espèces de biens ou
 » l'une d'elles seulement; ce choix ne saurait se faire qu'à
 » la mort du donateur. Le donataire ne peut donc opter,
 » s'il est déjà prédécédé.

» L'héritier collatéral du donataire n'a pas droit non plus
 » de faire cette division; il n'est pas possible qu'il ait qua-
 » lité pour recueillir les biens à venir. La donation univer-
 » selle n'est, au moins quant aux biens à venir, qu'une véri-
 » table institution d'héritier. Or, une institution d'héritier
 » ne peut pas passer à un collatéral de l'héritier institué;
 » elle ne saisit, suivant la coutume, que les mariés et leurs
 » descendants, le cas avvenu; elle ne saisit donc pas les col-
 » latéraux. Si, en donation de biens présents et à venir, le
 » collatéral n'est point habile à recueillir les deux natures de
 » biens, la conséquence paraît indubitable que des héritiers
 » collatéraux du donataire, n'ayant aucune prétention à
 » former sur les biens à venir, ne peuvent en détacher
 » les biens présents par une option que la loi défère
 » seulement à celui auquel elle accorde à la fois les biens
 » présents et à venir.

»

» Comme une pareille donation passe aux enfants, il y a
 » lieu de dire qu'ils ont aussi le droit d'opter et de diviser. »

On aperçoit, par ce fragment, que Chabrol mêle un peu les idées du droit écrit avec les idées du droit coutumier, et l'on s'en convaincra encore davantage en le lisant tout au long. Car il s'appuie à chaque instant sur l'autorité de Ricard, condamnée cependant par l'ordonnance de 1731. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'ordonnance de 1731 avait amené dans les esprits certains rapprochements, et que quelques-unes de ses décisions, notamment celle relative à la nullité totale de la donation de biens présents et à venir faite en dehors des contrats de mariage (1), avaient fait faire des progrès à la doctrine qui voyait, dans la donation faite en faveur de mariage, le don originaire d'une masse une et compacte, embrassant l'éventualité de ce qui serait au décès; que, de là, il résultait, d'une part, que l'hypothèse de deux donations distinctes *a priori* s'affaiblissait, et que, de l'autre, la donation universelle, tant qu'elle n'avait pas été scindée par l'option après le décès du donateur, apparaissait comme fraternisant avec les dispositions testamentaires.

Quoi qu'il en soit, l'opinion de Chabrol s'appuie sur un premier arrêt du parlement de Paris, du 18 juin 1731, rendu au rapport de M. Pasquier, et sur un arrêt plus récent, du 28 mai 1764, rendu au rapport du même magistrat. « Cet arrêt, dit Chabrol, a confirmé une sentence du bailliage d'Aurillac, qui avait jugé ainsi cette question entre des parties de cette province, en faveur de la dame de Senezergues. Elle avait fait une donation de tous ses biens présents et à venir à son fils par son contrat de mariage; il mourut en Canada sans postérité... L'arrêt jugea

(1) *Supra*, n° 4495.

» la donation caduque par le prédécès du donataire sans enfants (1). »

Ceci posé, et avec de tels précédents, il ne faut pas s'étonner que la question de survie ait été jugée dans le même sens par les arrêts intervenus depuis le Code Napoléon dans des anciens pays de droit écrit, sous l'empire de faits antérieurs à la loi nouvelle. On peut consulter surtout un arrêt de la cour de cassation, du 19 décembre 1845, rendu au rapport de M. Mesnard (2).

2596. Notez pourtant que, dans la pensée du rapporteur, cette décision, rendue sur un procès venu de la cour de Riom, ne porte pas atteinte au système des pays de droit écrit, qui voulait, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus (5), et ainsi que Chabrol le déclare formellement, que la donation « fût revêtue d'un caractère d'actualité en ce qui concerne les biens présents. » Cette phrase se trouve tout au long dans l'arrêt, et elle est remarquable. Seulement, l'arrêt lie cette donation à une condition de survie du donataire, qui, venant à défaillir, fait évanouir la donation (4).

De là, cette conclusion importante, à savoir, que, de ce que dans les pays de droit écrit on aurait rejeté l'opinion de Furgole en ce qui concerne la question de survie, il ne s'ensuit pas qu'on l'ait abandonnée en ce qui concerne les limites apportées au droit du donateur de disposer de ses biens pré-

(1) *Junge* Rousseau de la Combe, *Jurispr. civ.*, v^o *Donat.*, note 2, sur l'art. 47 de l'ordonn. de 1731.

(2) *Deville*neuve, 41, 4, 273. *Palais*, t. XLII, p. 367.

(3) N^o 2387.

(4) Il a été également jugé par application de l'ordonnance qu'en cas du décès du donataire de biens présents et à venir avant le donateur et sans postérité, la donation était caduque, non-seulement pour les biens à venir, mais encore pour les biens présents. Besançon, 5 janvier 1810 (*Deville.*, 3, 2, 479). Limoges, 8 janvier 1828 (*Deville.*, 9, 2, 3). Cass., req., 3 février 1835 (*Deville.*, 35, 1, 484; *Palais*, t. XXVI, p. 4344.)

sents à titre onéreux. L'antagonisme, à cet égard, reste donc, même au point où nous sommes parvenus, entre le troisième système et le quatrième.

2597. Nous voici arrivés au Code Napoléon. Quel système a-t-il embrassé? Quel parti a-t-il choisi à la suite de cette longue élaboration? Le système du Code Napoléon se résume dans des termes bien simples. Il permet de diviser la donation universelle de biens présents et à venir, de telle sorte qu'au décès du disposant, le donataire peut s'en tenir aux biens présents, et renoncer au surplus des biens. Le Code ne pouvait refuser au donataire ce parti avantageux; car, si le donateur a contracté beaucoup de dettes après la donation, le donataire qui se tient aux biens présents, n'est pas obligé de payer les dettes postérieures à la donation, tandis que, s'il acceptait la donation entière, il serait obligé au paiement de toutes les dettes (1).

La division est fondée sur ce que l'adjonction des biens à venir n'a été introduite qu'en faveur de l'époux donataire, et que, dans le cas où la succession serait obérée de dettes, il ne faut pas que cette faveur lui soit onéreuse. C'est un principe, en effet, en matière de donation, que la libéralité ne doit pas devenir un fardeau pour celui à qui elle s'adresse.

En cela le Code Napoléon a été plus logique que l'ordonnance de 1751; car il reste d'accord avec lui-même, en permettant de diviser un acte que l'art. 945 coupe en deux, afin de ne pas annuler pour le tout la donation des biens présents et à venir faite en dehors du contrat de mariage (2); au lieu que l'ordonnance de 1751, qui annulait pour le tout la donation universelle faite hors le cas de contrat de ma-

(1) *Argou*, *Inst. au droit français*, t. 1, p. 274. *Ricard*, part. 3, ch. 44. *Furgole*, sur l'art. 47 de l'ordonn. de 1731, t. V, p. 464.

(2) *Supra*, n^o 4193.

riage, permettait de la scinder, lorsqu'elle était faite en faveur de mariage.

Cette faculté de diviser la donation établit une différence bien marquée entre ce genre de libéralité et l'institution contractuelle. L'institution contractuelle fait un héritier; or la qualité d'héritier est une et produit des effets indivisibles (1). L'héritier qui accepte une partie, accepte le tout; on ne peut être héritier en partie et répudiant pour partie. Au contraire la donation universelle ne fait qu'un donataire et pas un héritier; et comme la donation se compose de deux éléments divisibles, le donataire, qui ne doit pas être lésé par le bienfait qu'il reçoit, peut prendre l'élément avantageux et répudier celui qui ne l'est pas.

Il est vrai qu'on trouve souvent dans les auteurs une assimilation entre la donation de biens présents et à venir et l'institution contractuelle. Mais cette assimilation n'est exacte que dans la bouche des auteurs qui, comme Ricard et Lebrun, rejetaient la division de la donation. Elle manque de vérité, au moins en beaucoup de points, lorsqu'il est décidé, ainsi que cela est fait par l'art. 1084, que la donation est divisible.

2598. Ce n'est pas tout; et le Code, plus précis que l'ordonnance de 1731, décide, en termes exprès, que c'est seulement au décès du donateur que l'option du donataire peut se faire utilement. On reconnaît là le système de Brodeau et de Pothier. Les conséquences en sont palpables: nous les exposerons tout à l'heure.

2599. Enfin le Code ne s'en tient pas là; afin que le donataire puisse profiter du bénéfice de séparation, il veut qu'il soit annexé à l'acte un état des dettes et charges existantes lors de la donation. Sans cette formalité le donataire doit accepter la libéralité telle qu'elle est. Il ne saurait la diviser,

(1) *Supra*, n° 2367.

et il faut qu'il accepte ou répudie pour le tout. Le Code a exigé cette condition, afin de faire connaître les dettes d'une manière précise et pour ne pas confondre les charges postérieures avec celles qui sont antérieures à la donation (1).

Voici, du reste, les motifs que M. Bigot de Préameneu donne de cette précaution (2), qui est une disposition toute nouvelle dont l'ordonnance de 1731 ne s'était pas avisée, mais dont la jurisprudence avait entrevu la nécessité (3).

« L'époux auquel avaient été donnés les biens présents
» et à venir, avait, à la mort du donateur, le droit de pren-
» dre les biens existants à l'époque de la donation en renon-
» çant aux biens à venir, ou de recueillir les biens tels qu'ils
» se trouvaient au temps du décès. Lorsque le dona-
» taire préférerait les biens qui existaient dans le temps de la
» donation, des procès sans nombre, et qu'un long inter-
» valle de temps rendait le plus souvent inextricables, s'éle-
» vaient sur la fixation de l'état de la fortune à cette même
» époque: c'était aussi un moyen de fraude envers des
» créanciers dont les titres n'avaient pas de date certaine.
» La faveur du mariage ne doit rien avoir d'incompatible
» avec le repos des familles et la bonne foi. Il est donc néces-
» saire que le donateur, qui veut donner le choix des biens
» présents ou de ceux à venir, annexe à l'acte un état des
» dettes et des charges alors existantes, et que le donataire
» devra supporter, sinon le donataire ne pourra, dans le
» cas où il acceptera la donation, réclamer que les biens
» qui se trouveront à l'époque du décès. »

Il suit de là que le législateur atteint un double but; il

(1) Limoges, 49 mars 1841 (Devill., 41, 2, 442).

(2) Exposé des motifs (22 avril 1803); Loqué, t. XI, p. 448; Fenet, t. XII, p. 569.

(3) Rousseau de la Combe, sur l'ordonn. de 1731, art. 47.